

ETIENNE, LOUIS JOSSERAND (1868-1941)

Théoricien, Louis Josserand le fut certainement en cette période charnière de la fin du XIX^e siècle - début du XX^e siècle. Qui ne connaît, en effet, la contribution de celui qui allait devenir le doyen de la Faculté de droit de Lyon aux deux célèbres théories de la responsabilité du risque et de l'abus de droit ? A ces deux questions principales, auxquelles il consacra de nombreux articles et notes de jurisprudence (1), il faut d'ailleurs ajouter – encore que leur fortune soit sans comparaison – tous les articles et commentaires de jurisprudence parus notamment à la Revue trimestrielle de droit civil (2), aux Annales de droit commercial (3), au Dalloz hebdomadaire ou périodique, et consacrés au droit des personnes, à la famille, au contrat (4), aux sources du droit (5)..., écrits qui mêlent clarté du style, sens de la for-

(1) Les quelques quarante notes de jurisprudence publiées au *Dalloz périodique* abordent presque toutes des questions de droit des obligations, et, notamment, de théorie du risque et d'abus de droit.

(2) A laquelle il collabora de 1902 à 1908.

(3) A laquelle il collabora de 1902 à 1906.

(4) Il s'attacha à décrire le déclin de l'autonomie de la volonté contractuelle, du fait de l'apparition du contrat dirigé, du contrat légal, du contrat forcé, du retour du formalisme... (v. notamment "Le contrat dirigé", *D.H.* 1933. Chr. 89 ; "Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal", *D.H.* 1940. Chr. 5...).

(5) Il contesta, surtout à la fin de sa carrière, diverses évolutions fondamentales de la règle de droit : atteinte à sa vocation universaliste par la reconstitution d'un droit de classe "instrument de guerre civile" ou l'apparition de droits réservés aux français (au détriment du principe d'égalité et de l'unité du droit), errements de la production normative (transfert de pouvoir vers l'exécutif), mouvance et amoralité d'une règle de droit sous l'empire de l'économique (outre l'article intitulé "Les déformations récentes de la technique législative", *D.H.* 1939. Chr. 9, v. son *Cours de droit civil positif français*, Vol. 1, 3^e édition, n° 7 s.), du politique (v. l'appel à une législation de "techniciens

mule (6), et, le cas échéant, vigueur du ton. Sans oublier le *Traité élémentaire des voies d'exécution* de Garsonnet, dont il assumait la remise à jour et qui, à compter de la septième édition, parut sous son seul nom, ni le *Droit des transports* publié dans la collection de droit commercial dirigée par Thaller, ni, surtout, le *Cours de droit civil positif français*, œuvre entreprise vers la fin de sa carrière et couronnée par l'Institut.

Louis Josserand fut ainsi d'abord un *universitaire* remarquable. Après avoir obtenu son doctorat à la Faculté de droit de Lyon en 1892 en soutenant sous la direction de Garraud une thèse relative aux contrats innomés et aux successions entre époux, Louis Josserand avait pourtant choisi un temps la voie du *barreau*. Mais, dès 1895, il était chargé de cours, à l'École de droit d'Alger d'abord, puis à Lyon, et à nouveau à Alger (7), avant de réussir brillamment (8) en 1898 le concours d'agrégation (9). Quatre ans plus tard, il devenait professeur de droit civil à la Faculté de droit de Lyon, puis, dès 1913, doyen de cette même faculté (10). Et il ne quitta ses fonctions que pour entrer au sein de la Cour de cassation le 14 juin 1935.

A cet autre égard, Louis Josserand retient l'attention : il fait partie de ces quelques universitaires choisissant d'intégrer l'ordre judiciaire à l'issue de leur carrière (11). Il n'eut certes guère le temps d'exercer ses

(suite de la note 5) rompus à la langue et à la science juridique" plutôt qu'abandonnée "aux corps politiques" : *ibid.*, n° 45 *in fine*...

(6) "La politique de Gribouille" - *D.H.* 1927. Chr. 66 - ; la rupture des fiançailles "divorce par anticipation" - *D.H.* 1927. Chr. 21 - ; "le forçage du contrat" ; le "droit à l'écrasement" refusé aux "chauffeurs pressés" - *D.H.* 1927. Chr. 65 - ; "pot de terre contre pot de fer" - *D.H.* 1928. Chr. 33 - ; la personne humaine qui s'"américanise" - *D.H.* 1932. Chr. 1 - ; le contrat conclu sous l'empire d'une erreur sur la nature de l'acte ou l'identité de l'objet ramené à un "simple malentendu" - *Les mobiles...*, cité *infra*, n° 33 - ; la "publicisation" du contrat - *Études Lambert*, 1938, T.3, p. 143 s. -, ce "barbarisme" comme disait Ripert - *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, L.G.D.J., 1951, 2^e édition, n° 15 - ; le contrat "dirigé" - *D.H.* 1933. Chr. 91 - ; le divorce "un mal nécessaire" - *Cours de droit civil...*, Vol. 2, 3^e édition, n° 906 - ; l'interdiction des hypothèques sur les biens à venir pour ne pas "manger son blé en herbe" - *ibid.*, n° 1694 -...

(7) Il y fut, semble-t-il, chargé d'un cours de droit romain. Ce qui ne lui laissa apparemment pas un goût immodéré pour l'histoire (v. *infra*) mais explique peut-être son choix, une fois entré à l'Académie, de rédiger un mémoire sur l'œuvre et la vie de Ch. Appleton.

(8) Il fut major d'un concours auquel participèrent, entre autres, R. Demogue, Ed. H. Labbe, E. Levy, J. Percerou, E. Perreau.

(9) Il enseigna d'abord la procédure civile.

(10) Il y fut assesseur du doyen Flurer dès 1908. Il occupa d'ailleurs diverses autres fonctions administratives. Il fut ainsi Représentant des facultés de droit au Conseil supérieur de l'Instruction publique et membre du Comité consultatif de l'enseignement public.

(11) Faut-il déceler un certain regret dans l'allusion à "ces heures abolies à jamais, couronnement de ma carrière professorale" ? ; *Evolutions et actualités*, Conférences de droit civil, Sirey, 1936, présentation, p. 7.

talents à la *Cour de cassation* – encore qu'il fut chargé d'y rapporter sur quelques jolies questions, comme l'affaire Mercier contre Nicolas (12)... –, puisqu'il fut admis prématurément à la retraite, une loi ayant avancé l'âge de départ en retraite pour les plus hauts postes de la magistrature : il fut ainsi nommé conseiller honoraire dès 1938, Lerebours-Pigeonnière étant appelé à le remplacer à la Chambre civile.

A quoi il faut ajouter une *renommée internationale* manifeste si l'on en croit les nombreuses publications dans des revues étrangères, participations à des colloques ou conférences (13) et les diverses marques d'estime qui lui furent témoignées : outre de nombreuses distinctions au sein d'ordres étrangers (Italie, Grèce, Roumanie (14), Yougoslavie, Portugal, Maroc, Syrie, Liban), il reçut le titre de docteur *honoris causa* des Universités de Bruxelles, Coïmbre, Lisbonne et Montréal. Surtout, il fut chargé de remanier la partie générale du Code libanais des obligations (15) que Choucri Cardahi, alors Ministre de la justice du Grand-Liban, avait chargé Ropers de rédiger, code qui, promulgué en 1932 et entré en vigueur dans le courant du mois d'octobre 1934, portait en lui les théories chères à Louis Josserand (16). Il fut également choisi pour appartenir à une commission chargée de rapporter sur un projet de Code franco-italien des obligations. Celui qui eut à cœur de faire connaître dans les autres pays le Code civil, qu'il se plaisait à

(12) A l'occasion de laquelle fut affirmée l'obligation, pour le médecin, de donner des soins attentifs, consciencieux, et conformes aux données acquises de la science. Les conclusions de P. Matter, qui citent en des termes élogieux le rapport du conseiller Pilon, devant la Chambre des Requêtes, passent en revanche sous silence le rapport de L. Josserand devant la Chambre civile, alors pourtant que les conclusions dudit rapport sont largement reprises : v. *D.P.* 1936.1.88. – V. aussi *Ch. civ.*, 30 décembre 1936, *D.P.* 1937.1.5, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, F. TERRE, Y. LEQUETTE, n° 145, l'arrêt dans lequel fut rejetée, contrairement aux suggestions de L. Josserand, la possibilité de cumuler la responsabilité du commettant – pour le fait du préposé – et celle, personnelle, du préposé – du fait des choses qui lui sont confiées –, solution toujours de droit positif quoique souvent contestée. – *Ch. civ.*, 16 juin 1936, *D.H.* 1936.1.321...

(13) V. notamment les conférences présentées en 1930, 1931, 1934, dans de nombreuses facultés étrangères et réunies dans *Evolutions et Actualités*, préc.

(14) Une revue roumaine adressa même, en 1946, une demande de renseignements sur L. Josserand à la Faculté de droit de Lyon.

(15) Il participa en outre à la fondation de l'École de droit de Beyrouth par le professeur Huvelin.

(16) Les articles 131 (responsabilité du fait des choses), 124 (abus de droit), 194 à 201 (était posée la distinction entre cause des obligations et cause du contrat, le rôle de celle-ci étant considérablement renforcé) sont des consécutions directes de l'œuvre doctrinale de L. Josserand. Pour l'appréciation portée par l'auteur sur cette œuvre, v. "Le Code libanais des obligations et des contrats, et le mouvement législatif et jurisprudentiel contemporain", *Mélanges à la mémoire de P. Huvelin*, Sirey, Paris, 1938, p. 161 s.

qualifier lui-même de “magnifique ambassadeur de la pensée française à l'étranger” (17) fut ainsi, à juste titre, considéré comme l’“un des jurisconsultes les plus fêtés, les plus admirés à l'étranger” (18).

Le personnage paraît donc d'envergure. Comment expliquer, pourtant, le relatif oubli dont il semble victime, aujourd'hui, en doctrine (19) ? Peut-être son nom a-t-il été éclipsé par la renommée de certains de ses contemporains comme Saleilles, Ripert ou Capitant... Surtout, n'a-t-il pas pâti de la “modernité mesurée” de son œuvre (20), trop moderne sur certains points pour n'être pas jugée hérésie par les classiques (I.) et trop mesurée sur d'autres pour n'être pas jugée banalité – voire archaïsme – par les modernes (II.) ?

I. – Le nom de Louis Josserand est, avant tout et essentiellement, attaché à la théorie de l'abus de droit et à la responsabilité fondée sur le risque (A.). Son apport en droit positif fut d'ailleurs, à cet égard, considérable, même si ses prises de position, plutôt audacieuses pour le début du XX^e siècle, lui valurent la critique de bon nombre de ses contemporains (B.).

A. – Josserand fut d'abord *l'un des vigoureux défenseurs de la responsabilité fondée sur le risque* et, plus précisément, *l'un des artisans, à partir de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil* (21), *de l'admission d'un principe général de responsabilité du fait des choses*. Après avoir, dès 1897, exposé sa théorie dans un ouvrage intitulé *“De la responsabilité du fait des choses inanimées”*, il consacra au sujet de nombreux articles ou

(17) L'expression a été rapportée par l'avocat général Rey, Discours prononcé à l'Audience solennelle de la Cour de Cassation le 16 octobre 1942.

(18) L'expression est de Roubier, tirée du discours prononcé à la Faculté de droit de Lyon le lundi 10 novembre 1941.

(19) A l'exception du doyen J. Carbonnier, qui s'y réfère souvent, la doctrine contemporaine ne le cite, le plus souvent, qu'au sujet de l'abus de droit et de la responsabilité du fait des choses.

(20) Définition du droit subjectif, fondement de la responsabilité civile, conception générale du droit – rôle de la jurisprudence, importance de la pratique, mélange d'individualisme libéral et de protection de l'intérêt général, volonté d'adaptation du droit au milieu social... – ...Sur tous ces points, l'œuvre de L. Josserand pourrait presque être celle d'un contemporain.

(21) Ce qui lui valut les critiques de F. Geny, reprochant à cette utilisation du texte son caractère artificiel, alors même que le doyen de la faculté de Nancy approuvait entièrement la fin poursuivie, c'est-à-dire la réparation du dommage subi par la victime : *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, 1899, n° 174. Il est vrai que ce texte n'avait sans doute pas d'autre signification que d'annoncer les cas spéciaux de responsabilité du fait des choses prévus explicitement par le Code civil : P. ESMEIN, S. 1897.1.17.

commentaires de décisions de justice au Dalloz hebdomadaire ou périodique (22). Favorable à un *principe général de responsabilité* du fait des choses, qu'il jugeait nécessaire eu égard à l'évolution sociale – multiplication des accidents sans cause établie, "anonymes" et ne pouvant être rattachés à une faute humaine, développement de l'assurance autorisant une extension de la responsabilité civile – et qu'il fondait sur le *risque créé* par le gardien, il prit position en faveur de la plus large application possible du texte (23) et contesta énergiquement la possibilité d'une exonération par la preuve de l'absence de faute, applaudissant à l'affirmation, par l'arrêt Jand'heur, d'une présomption générale de responsabilité du fait des choses (24). Plus généralement, il fut, avant d'anticiper sur la "collectivisation" moderne de la responsabilité (25), favorable à l'admission de la théorie du risque (26).

(22) V. notamment "Le transport bénévole et la responsabilité des accidents automobiles", *D.H.* 1926. Chr. 21 ; "Garde et conduite des automobiles", *D.H.* 1927. Chr. 65 ; "Les collisions entre véhicules et la responsabilité civile", *D.H.* 1928. Chr. 33 ; "Le travail de refoulement de la responsabilité du fait des choses inanimées", *D.H.* 1930. Chr. 5 ; "La responsabilité du fait des automobiles devant les Chambres Réunies", *D.H.* 1930. Chr. 25 ; "La doctrine contre la jurisprudence sur le problème de la responsabilité du fait des choses inanimées", *D.H.* 1931. Chr. 69 ; "La collision entre véhicules et entre présomptions de responsabilité", *D.H.* 1935. Chr. 41 ; "La notion de garde : le gardien d'automobile, le voleur et la victime d'accident", *D.H.* 1936. Chr. 37 ; "Vers l'objectivation de la responsabilité du fait des choses", *D.H.* 1938. Chr. 65.

(23) Sauf sur la question spécifique de la collision de véhicules automobiles (qui entraînait, d'après lui, neutralisation de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil, chacun, ayant créé un risque, devant par conséquent en assumer les conséquences dommageables : v. notamment "Les collisions entre véhicules et la responsabilité civile", préc. ; "La collision entre véhicules et entre présomptions de responsabilité", préc. ; la Cour de cassation écarta cette restriction par une décision de la Chambre civile du 20 mars 1933 (*Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, F. TERRE, Y. LEQUETTE, n° 130), il était favorable à l'extension maximale de cette responsabilité : en conformité avec le fondement qu'il assignait à une telle responsabilité – le *risque créé* –, il défendit ainsi l'application du texte au profit d'une victime transportée bénévolement (il fallut attendre une Chambre mixte du 20 décembre 1968 – *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, préc., n° 132 – pour que cette proposition – v. notamment "Le transport bénévole et la responsabilité des accidents automobiles", préc. – devienne de droit positif, ce qu'elle n'est plus, d'ailleurs, depuis la loi de 1985) et s'opposa vigoureusement aux diverses distinctions proposées par les auteurs hostiles à l'innovation – chose dangereuse ou non, fait de l'homme ou de la chose, dommage aux biens ou à la personne, chose vicieuse ou non – (l'arrêt Jand'heur lui donna raison ; v. les références citées note précédente). Il prônait même l'application du texte au profit des voyageurs transportés par contrat, s'opposant à la doctrine majoritaire qui défendait l'extension de l'obligation contractuelle de sécurité mise à la charge du transporteur de marchandises par l'article 1784 du Code civil au transport de personnes (ce qu'admit finalement la Cour de cassation : Civ., 21 novembre 1911, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, préc., n° 188).

(24) "La responsabilité du fait des automobiles devant les chambres réunies de la Cour de cassation", *D.H.* 1930. Chr. 25.

(25) V. notamment *Cours de droit civil...*, Vol. 2, 3^e édition, n° 418 bis.

(26) *Ibid.* n° 414 s. ; v. aussi son analyse de la responsabilité du commettant du fait de son préposé, du gardien du fait d'un animal : *ibid.* n° 510 s., spéc. n° 513, n° 523. Pour autant, il ne souhaitait pas éliminer la notion classique de faute : il maintenait

- SZRAMKIEWICZ (Romuald), "Autour d'une pétition d'étudiants de la Faculté de droit de Paris contre le projet Villèle de retour au droit d'ânesse en 1826", XIV (1993), p. 93-137.
- THIREAU (Jean-Louis), "L'enseignement du Droit et ses méthodes au XVI^{ème} siècle. Continuité ou rupture ?", II (1985), p. 26-36.
- Id. "Cicéron et le droit naturel au XVI^{ème} siècle", IV (1987), p. 55-85.
- Id. "Les Facultés de droit françaises au XVI^{ème} siècle. Éléments de bibliographie (première partie)", V (1987), p. 101-123.
- Id. "Les Facultés de droit françaises au XVI^{ème} siècle. Éléments de bibliographie (deuxième partie)", VII (1988), p. 177-205.
- Id. "Le comparatisme et la naissance du droit français", X-XI (1990), p. 153-193.
- Id. "Professeurs et étudiants étrangers dans les Facultés de droit françaises", XIII (1992), p. 43-73.
- THOMANN (Marcel), "Réalités et mythes du droit naturel en Europe vers 1789", VI (1988), p. 63-76.
- Id. "Strasbourg et l'Europe : l'élaboration et la diffusion de doctrines juridiques à la Faculté de droit du XVI^{ème} au XX^{ème} siècles", XIII (1992), p. 115-125.
- THOMAS (Yan), "L'institution juridique de la nature", VI (1988), p. 27-48.
- THUILLIER (Guy), "Un projet de pensionnat près de l'École de droit en 1806-1807", V (1987), p. 165-171.
- Id. "Un rapport du ministre de la Justice sur les Écoles de droit en 1801", VII (1988), p. 163-167.
- TOUJAS (Dominique), "La notion de compétence chez Gaston Jèze", XII (1991), p. 87-91.
- TRIGEAUD (Jean-Marie), "Notices pour l'histoire de la science juridique : Savigny, Rosmini, Windscheid, Ihering", V (1987), p. 125-148.
- Id. "Faut-il juger la nature ?", VI (1988), p. 155-158.
- Id. "Notices sur l'histoire de la science juridique : Jellinek, Saleilles, Radbruch", VII (1988), p. 205-219.
- Id. "Le droit naturel dans la perspective du personnalisme rosminien", VIII (1989), p. 113-129.
- Id. "Notices pour l'histoire de la science juridique : Hugo, Gény, Gurvitch", IX (1989), p. 77-89.
- TUNC (André), "La maîtrise en droits français et anglais", XIII (1992), p. 217-221.
- VAREILLES-SOMMIÈRES (Pascal de), "La philosophie politique du Marquis de Vareilles-Sommières", XV (1994), p. 243-246.
- VENEZIA (Jean-Claude), "Gaston Jèze et le service public", XII (1991), p. 93-103.
- VENTRE-DENIS (Madeleine), "La Faculté de droit de Paris et la vie politique sous la Restauration. L'affaire Bavoux", V (1987), p. 33-64.
- Id. "La difficile naissance, à la Faculté de droit de Paris, de la première chaire autonome de droit criminel (1804-1846)", XII (1991), p. 151-183.
- Id. "Joseph-Elzéar Ortolan (1802-1873), un juriste dans son siècle", XVI (1995), p. 173-239.
- VERPEAUX (Michel), "Quelle 'constitution anglaise' (1748-1848) ?", XIII (1992), p. 303-316.

réjouissait d'ailleurs – et les diverses hypothèses, en droit positif, dans lesquelles le juge exerçait un tel contrôle subjectif (35)... Il s'employait en second lieu à déterminer *le critère de l'acte abusif*, qui consistait, selon lui, dans le fait de détourner le droit de sa fonction sociale. Pour lui, en effet, les droits étaient en principe (36) des prérogatives "causées", c'est-à-dire conférées aux individus dans un but déterminé, ordonnées à une fonction sociale, soit qu'elles tendent à satisfaire l'intérêt égoïste de leur titulaire, soit qu'elles visent à protéger l'intérêt d'autrui ; dans une telle perspective, était constitutif d'un abus de droit l'exercice d'un droit subjectif qui n'était pas justifié par un motif légitime (37), c'est-à-dire par un motif conforme à l'esprit de ce droit, à la fonction sociale attribuée à ce droit, fonction sociale découverte par le juge (38) et susceptible d'évoluer dans le temps, permettant ainsi l'adaptation du droit au milieu social (39).

Dans le second volume des *Essais*, Louis Josserand étudiait *l'impact des mobiles sur les actes juridiques de droit privé*. Il s'efforçait tout d'abord de *définir les notions* et tentait ainsi de distinguer les concepts de volonté (le vouloir appliqué à un fait matériel), d'intention (la volonté appliquée aux conséquences de l'acte) et de mobile (le ressort de la volonté, les sentiments et passions de l'âme humaine), cette dernière notion générique recouvrant trois espèces : le motif (ou motif déterminateur, quelque peu abstrait, ayant un rôle causal, et définissant le "parce que"), le mobile téléologique (ou mobile-but, concret, et répondant au "afin") et la cause directe et immédiate d'une obligation (ou mobile intrinsèque). Une fois posées ces distinctions – qui restaient d'ailleurs souvent artificielles (40) –, il exposait le rôle qu'il assignait aux mobiles dans les actes juridiques. Le mobile était essentiel en premier lieu à *la validité* de ces actes, puisqu'il pouvait soit invalider l'acte – lorsqu'il était "vicié" (41), "faussé" (42) par l'erreur, le dol ou la

(35) *De l'esprit...*, n° 254 s.

(36) La réserve résultant de l'existence de "droits non causés", échappant par exception à la sanction de l'abus de droit et pouvant être mis en œuvre sous l'empire d'un motif quelconque.

(37) Défini, par Josserand lui-même, comme étant le "précipité visible" de la théorie, la "véritable pierre angulaire" du système élaboré : *De l'esprit...*, n° 296.

(38) *Ibid.*, n° 301.

(39) *Ibid.*, n° 299.

(40) V. *infra*. V. d'ailleurs les doutes que L. Josserand lui-même manifeste dans sa conclusion ("tout se tient" : *op. cit.*, n° 25 *in fine*).

(41) *Ibid.*, n° 29 s.

(42) *Ibid.*, n° 104.

crainte (43) ou lorsqu'il était "illicite", "vicieux" (44) en raison de l'illicéité de la cause, d'une fraude, ou d'une simulation –, soit, tout à l'inverse, être doté d'un effet "justificatif", "sauveur" (45) – par exemple lorsqu'il permettait de valider une clause d'inaliénabilité... –. Le mobile déterminant se voyait en second lieu attribuer un rôle considérable dans *la solidité*, la permanence des actes juridiques puisque l'auteur y rattachait la résolution et la révocation. Enfin, son importance se manifestait également dans la détermination de *la nature véritable* et donc des effets des actes juridiques : considérant que les mobiles témoignent souvent de l'intention, Louis Josserand considérait en effet qu'ils révélaient ainsi le titre onéreux ou le titre gratuit, ainsi que la nature juridique réelle de divers actes.

Responsabilité fondée sur le risque, théorie de l'abus de droit et rôle des mobiles en droit sont donc les domaines principaux dans lesquels se distingua Louis Josserand. L'audience de ces théories fut, à cet égard, remarquable.

B. – Si son œuvre suscita la controverse doctrinale, alors même qu'elle se contentait peut-être de prolonger des analyses ébauchées par d'autres, elle n'en connut pas moins, en effet, un succès certain en droit positif.

Sans doute Louis Josserand s'est-il, pour partie au moins, contenté de *développer des solutions initiées par d'autres auteurs* : la responsabilité fondée sur le risque fut prônée par Saleilles dans le domaine des accidents du travail (46) avant d'être défendue – et étendue, il est vrai – par Josserand en 1897 dans son ouvrage relatif à "*La responsabilité du fait des choses inanimées*", si bien que, même précurseur, il n'en apparaît pas comme le fondateur exclusif ; la théorie de l'abus de droit, de la même

(43) La lésion échappait en revanche à cette explication, puisque le droit positif la traite comme un vice purement objectif de l'acte. Et si L. Josserand considérait que, fondamentalement, la sanction du déséquilibre trouvait dans la contrainte (donc dans la teneur du mobile) sa justification profonde, il reconnaissait néanmoins qu'un tel fondement restait "dans les limbes" : *Les mobiles...*, n° 100.

(44) *Ibid.*, n° 105 s., n° 207.

(45) *Ibid.*, n° 208 s.

(46) *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1894, T. IV, 1^{re} partie, p. 659-665 ; *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, Paris, Rousseau, 1897. – Comp. l'obligation de sécurité proposée par SAINCTELETTE en droit belge (*De la responsabilité et de la garantie*) et reprise en France par SAUZET ("De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels", *Rev. crit.* 1883, 596 s., 677 s.).

façon, fit l'objet d'une étude doctrinale de Charmont (47) et fut présentée par Saleilles (48) avant d'être reprise par Josserand qui, il est vrai, lui donna une tout autre dimension ; quant à l'analyse du rôle des mobiles dans les actes juridiques, son ouvrage succéda à celui de Capitant (49), dont le renom occulta l'apport de Louis Josserand.

Reste que défendre, au début du XX^e siècle, l'existence d'une responsabilité sans faute et le contrôle de l'exercice des droits subjectifs était novateur (50). Trop sans doute pour *la doctrine de l'époque*. Très attachée dans l'ensemble à l'*individualisme libéral*, elle lui reprocha – et la controverse fut souvent conduite sur un ton peu aimable (51) –, dans le domaine de la responsabilité, un objectivisme propre à aboutir à la négation de la liberté humaine et de la notion même de responsabilité (52) ; quant au subjectivisme prôné sous la sanction de l'abus de droit, il ne plus pas davantage : fut alors critiqué le relativisme, jugé outrancier, qu'il introduisait dans la notion de droit subjectif, relativisme propre à mener à la destruction du concept même de droit subjectif selon ses détracteurs (53).

(47) "L'abus du droit", *R.T.D.Civ.* 1902.113.

(48) Après avoir abordé cette question dans son *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil allemand* (1890, p. 370), Saleilles présenta la théorie à la première Sous-commission de la Commission de révision du Code civil ("De l'abus de droit", *Bull. de la Société d'études législatives*, 1905, p. 325). Il défendait l'idée qu'était abusif, et contraire au droit "par le caractère antisocial de son but intentionnel", l'acte dont "l'effet ne peut être que de nuire à autrui sans intérêt appréciable et légitime pour celui qui l'accomplit".

(49) *De la cause des obligations*, Dalloz, 1923.

(50) V. aussi son analyse de "La responsabilité envers soi-même" (*D.H.* 1934. Chr. 73), sa faveur pour une sanction élargie de la lésion et de la violence ("Le Code libanais...", préc., p. 166)...

(51) V. la critique des "civilistes des plus autorisés", dont H. Capitant, taxé d'"éminent civiliste", de "savant collègue", M. Picard de "très distingué collègue"... – *D.H.* 1931. Chr. 69 –, P. Esmein d'"honorable contradicteur" – accusé de "faire du bruit"... – *D.H.* 1934. Chr. 25 –, H. et L. Mazeaud, les "brillants élèves" de H. Capitant – *D.H.* 1938. Chr. 65 – ... *D.H.* 1933. Chr. 65 ; v. la pique adressée à H. Lalou, le "distingué professeur à la Faculté libre de droit de Paris"...

(52) V. ainsi toutes les critiques de P. Esmein (v. notamment "La cause étrangère et la théorie du risque dans la responsabilité civile" – *D.H.* 1934. Chr. 53 –, où P. Esmein raille L. Josserand, "cet auteur aussi expert... à trouver des expressions neuves"), d'H. Capitant (v. notamment "La responsabilité du fait des choses inanimées d'après l'arrêt des Chambres réunies du 13 février 1930", *D.H.* 1930. Chr. 29), de M. Planiol... sans parler de G. Ripert (v. notamment *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 1949, 4^e édition, n° 116 s. ; *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, L.G.D.J., 1948, 2^e édition, n° 181 s...).

(53) G. RIPERT, "L'exercice des droits et la responsabilité civile", *Rev. crit.* 1905.352 ; "Abus ou relativité des droits, à propos de l'ouvrage de M. Josserand, De l'esprit des droits et de leur relativité", *Rev. crit.* 1929 ; *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J., 4^e édition, 1949, n° 103 bis ; *Le déclin du droit, Etudes sur la législation contemporaine*, 1949, n° 62 ; *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, L.G.D.J., 1948, 2^e édition, n° 117 s. ; comp. H. Capitant, *R.T.D.Civ.* 1928.371.

La jurisprudence a pourtant bien souvent suivi les analyses qu'il défendait.

Ses propositions relatives à la responsabilité objective de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil, et, plus généralement, à la théorie du risque, furent ainsi souvent consacrées par le droit positif : une fois intervenue la loi du 9 avril 1898 régissant les accidents du travail, la théorie construite conservait toute son utilité, notamment à l'égard des accidents de la circulation. Et, sur ce terrain, la Cour de cassation consacra largement la doctrine de Louis Josserand – l'arrêt Jand'heur en témoigne –, et ce bien avant qu'il ne fasse son entrée à la Chambre civile (54). Sans doute un certain reflux de la théorie du risque se produisit-il après son départ en retraite (55). Mais les solutions proposées par lui sont encore, pour une bonne part, de droit positif – “La responsabilité du fait des choses inanimées”, ouvrage pourtant paru en 1897, est d'une modernité remarquable –, même si leur portée a considérablement décliné du fait de l'intervention de la loi du 25 juillet 1985, qui régit désormais l'indemnisation des dommages résultant d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur.

Quant à ses *Essais de téléologie juridique*, il est certes possible de leur adresser diverses critiques, notamment celle d'avoir fait preuve d'une trop vaste ambition et de vouloir tout expliquer (56) par la théorie de

(54) On semble parfois imputer à la carrière judiciaire de L. Josserand la consécration jurisprudentielle de la théorie du risque. L'influence exercée par Louis Josserand n'a pourtant relevé que de l'ordre intellectuel.

(55) On songe ainsi à la définition de la garde retenue par l'arrêt Franck, rendu par les Chambres réunies le 2 décembre 1941 (*Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*), préc., n° 123 ; l'arrêt, écartant la garde juridique, retint la garde matérielle) ou l'arrêt Escoffier, rendu par la Chambre civile le 28 avril 1947 (*Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*), préc., n° 126 ; arrêt qui exigea le discernement du gardien pour admettre sa responsabilité, solution qui n'est plus de droit positif depuis l'arrêt Gabillet, rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 9 mai 1984), ou encore à l'admission, par la Cour de cassation, de la théorie du fait passif de la chose (Civ., 19 février 1941, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence civile*, préc., n° 129).

(56) Ce qui transforme parfois les deux ouvrages – sans doute davantage le second d'ailleurs – en “fourre-tout” et procède en outre, le cas échéant, et ce même si l'auteur s'en défendait (v. notamment *De l'esprit...*, n° 238, n° 310...), d'une certaine confusion entre des notions distinctes telles que droit, pouvoir, liberté, faculté, volonté, intention, motif déterminateur, mobile déterminant... L'effort de définition liminaire (v. *supra*) n'était pas toujours, à cet égard, suivi d'effet : v. notamment les passages relatifs à l'intention, et non aux mobiles dans *Les mobiles...*, n° 254 s., n° 319 s., passages qui entretiennent un certain flou, même si l'auteur se défend à l'avance du reproche de confusion de notions distinctes en s'efforçant de justifier sa position par l'assertion – au demeurant exacte – suivant laquelle les mobiles seraient révélateurs de l'intention ; mais pourquoi, dans une telle perspective, n'avoir pas traité, de façon générale, de l'intention en envisageant aussi la faute intentionnelle, la faute dolosive... ?

l'abus de droit (57) ou par l'influence des mobiles dans les actes juridiques (58). Mais ils ont, sinon déterminé l'adoption de systèmes cohérents, du moins eu le mérite d'insister sur l'idée d'un certain subjectivisme bienfaisant en droit, et entraîné, ça et là, des solutions ponctuelles. L'étude du rôle des mobiles dans les actes juridiques de droit privé a ainsi certainement encouragé l'entreprise jurisprudentielle de moralisation des relations contractuelles. Et, si le droit positif s'est montré plus prudent que ne le souhaitait Louis Josserand dans la détermination du critère de l'abus des droits, puisque le critère qu'il proposait – détournement de la fonction sociale du droit considéré – n'a pas été retenu en pratique (59) – en raison, sans doute, de la grande difficulté que présente la définition de l'esprit d'un droit, difficulté faisant craindre l'arbitraire judiciaire et malmenant donc l'impératif de sécurité juridique –, nul doute néanmoins que son œuvre ne soit pour beaucoup dans l'admission généreuse du principe même de l'abus de droit.

Le droit positif lui a donc donné raison, plus qu'à ses pairs. Et il est, aujourd'hui encore, possible de dire de ses deux constructions qu'elles "n'ont pas vieilli" et paraissent "appelées à demeurer classiques" (60). Si bien que le nom de Louis Josserand est avant tout attaché à l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil et à la théorie de l'abus de droit. Le reste de son œuvre, en revanche, est largement méconnu aujourd'hui.

II. – Si Louis Josserand ne limita pas son analyse à ses deux domaines de prédilection, son influence resta limitée à ses deux théories phares. Il faut reconnaître que sa conception générale du droit restait somme toute très modérée (A.) et ne présente aujourd'hui aucune originalité particulière ; quant à sa vision de la famille, elle était tout à fait conservatrice (B.), ce qui ne lui assure évidemment pas beaucoup d'audience à l'heure actuelle.

(57) De multiples institutions – fraude, vice du consentement, cause des actes juridiques... – étaient rattachées à l'abus de droit : v. *supra*.

(58) C'est la prise en compte du mobile qui expliquait de nombreuses règles : la sanction des vices du consentement, de la fraude, de la simulation, la distinction du titre gratuit et du titre onéreux, la distinction des actes civils et commerciaux, la résolution des contrats... V. *supra*.

(59) Du moins les tribunaux ne se fondent pas expressément sur lui pour sanctionner l'abus : A. PIROVANO, "La fonction sociale du droit : réflexions sur le destin des théories de Josserand", *D.* 1972. Chr. 67.

(60) Le jugement est de Roubier, discours précité.

A. – C'est une conception relativement mesurée de l'organisation sociale qui se dégage de ses écrits, ce qui explique une appréhension nuancée du phénomène juridique.

Sa conception générale du droit n'eut rien, en effet, de révolutionnaire. Son *Cours de droit civil positif français*, comme tous les véritables traités, est, à cet égard, particulièrement révélateur. Il ne paraîtra pas excessif, à sa lecture, de dire que Louis Josserand se contenta de vouloir *tempérer l'individualisme libéral de la première partie du XX^e siècle* (61). Et les reproches qui lui furent adressés – on l'accusa, et on l'accuse encore, de positivisme, collectivisme, matérialisme, voire étatismisme – apparaîtront comme des étiquettes un peu sommaires. Et qui ne parviennent pas à ôter quoi que ce soit à cet ouvrage, justement récompensé par l'Institut, et assez injustement méconnu aujourd'hui.

Sans doute ce *Cours de droit civil positif français* se voulait-il, comme l'intitulé l'indiquait, *guide de droit positif*, pour les étudiants comme pour les praticiens : Louis Josserand se targuait, du moins dans les préfaces des deux premières éditions (62), de vouloir faire œuvre scientifique et non romanesque en exposant la "réalité bien vivante" du droit, c'est-à-dire "avant tout le droit jurisprudentiel", en réduisant "la dialectique à la portion congrue" et en ne consacrant que des développements limités à l'histoire (63), refusant haut et fort de se prêter aux "préludes rituels et quasi-séculaires" (64). Six ans plus tard, il est vrai, l'avant-propos de la troisième édition manifestait une certaine évolution de ses convictions : Louis Josserand y dissimulait mal le regret des transformations incessantes de la règle sociale (65) et, surtout, se

(61) V. d'ailleurs l'appréciation portée par Roubier sur L. Josserand, discours précité : si L. Josserand combattait "l'individualisme" pratiqué "avec excès", il était demeuré "fidèle aux idées chères aux jurisconsultes romains, propriété individuelle et liberté des contrats". Il n'est pas sûr que la position sociale de sa famille l'ait beaucoup poussé vers cette voie. Fils de bonne famille lyonnaise – si son père était bourguignon, sa mère, quant à elle, était lyonnaise –, famille de trois enfants – l'un de ses frères fut médecin des hôpitaux, l'autre reprit l'industrie familiale –, L. Josserand fut d'un "socialisme bon teint" quoique jugé subversif de son temps.

(62) De mai 1929 et d'octobre 1931.

(63) Encore qu'il ne répugnait pas, le cas échéant, à s'y référer : v. notamment *De l'esprit...*, n° 206 s. ; v. aussi l'exposé historique du système de publicité hypothécaire, *Cours de droit civil...*, Vol. 2, 3^e édition, n° 1779 s...

(64) Ce qui lui valut la critique de G. Ripert, *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, L.G.D.J., 1948, 2^e édition, n° 25.

(65) Est révélateur d'un certain malaise l'avis au lecteur présenté en 1938 en tête du deuxième volume de la troisième édition : "la vérité juridique, devenue singulièrement fugitive, change sans cesse", "l'auteur doit se résigner à écrire, non pour demain, mais pour aujourd'hui".

targuait de l'ouverture au *droit comparé*, "discipline dont aucun esprit cultivé ne saurait, à l'heure actuelle, se désintéresser" et dont il jugeait "la valeur éducative égale" à "celle de l'histoire" (66). Mais l'ambition de faire œuvre pratique restait largement respectée : c'est bien à un exposé du droit positif, et tout particulièrement des solutions jurisprudentielles (67), que l'auteur se livrait (68) – les institutions classiques côtoyant les innovations modernes (69) –, avec un certain bonheur d'ailleurs, comme le permettait un style clair, concis et, le cas échéant, critique. Après l'exposé du droit positif, venait en effet très souvent ce qu'il appelait lui-même un "*examen critique*" dans lequel il appréciait la teneur de la règle de droit, souvent sans complaisance. S'il fut ainsi toujours soucieux de la réalisation du droit et s'efforça de présenter le droit tel qu'appliqué en pratique – son entrée à la Cour de cassation ne fut que l'aboutissement logique de cet attachement au droit vécu, que son expérience de jeunesse au barreau expliquait peut-être –, il ne devint jamais pour autant le "*professeur de législation*" se contentant d'exposer la règle qu'il décria tant (70). Si bien que l'accusation qui lui fut adressée d'être l'exemple de la "version la plus radicale du *positivisme*" (71), accusation sans doute fondée sur la profession de foi insérée en tête de son *Cours* et l'intitulé choisi – *Cours de droit civil*

(66) Une telle ouverture au droit étranger explique sans doute sa présidence de la Société de législation comparée, son titre de docteur *honoris causa* de nombreuses universités étrangères (Bruxelles, Lisbonne, Montréal) et ses distinctions au sein de divers ordres étrangers.

(67) V. notamment le *Cours de droit civil...*, Vol. 1, N^o 90 et 94, où L. Josserand renvoie au "beau livre" de F. Geny. V. aussi son approbation du Code libanais des obligations et des contrats, jugé "à la page" (art. préc., p. 168), "œuvre conçue et aménagée dans la ligne du droit français de la dernière époque, du droit jurisprudentiel plus encore que de la lettre législative" (*id.*, p. 163).

(68) Quant à l'ordre suivi pour les développements, il n'étonnera guère, tant il coïncide souvent avec les programmes contemporains de la faculté : à une introduction, consacrée à une "théorie générale du droit et des droits", succédaient cinq parties consacrées respectivement la première aux personnes, la deuxième à la famille, la troisième aux biens isolément envisagés (au sein de laquelle il exposait ce qui correspond aujourd'hui au droit des biens, au droit des obligations, au droit des contrats spéciaux – où était exposé le statut de divers contrats qui ont, depuis, entraîné l'apparition de branches autonomes du droit privé : contrat de travail, contrat de transport, contrat d'assurance... –, aux sûretés et aux régimes matrimoniaux), la quatrième au patrimoine et aux successions légales, la cinquième aux libéralités.

(69) Ainsi d'un exposé développé de la famille naturelle, de la cause des obligations, de la théorie de l'abus des droits, de la responsabilité du fait des choses, de la stipulation pour autrui...

(70) *D.H.* 1933. Chr. 89.

(71) Ch. ATIAS, "Premières réflexions sur la doctrine française de droit privé", *R.R.J.* 1981, p. 189 s., spéc. p. 199. Comp. J. BONNECASE, *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente*, Delmas, 1933, T. II, p. 112, n^o 328, qui présente le *Cours* de L. Josserand comme "un ouvrage de pur Droit positif".

“positif” français – (72), paraîtra caricaturale. Louis Josserand sut au contraire à merveille manier “observation du réel” et “goût de l’idéal” (73). Quant à l’intervention de l’Etat qu’il souhaitait dans le domaine de la mise en œuvre des droits subjectifs, de l’appréciation de la moralité des actes juridiques..., suffit-elle à lui reprocher son *étatisme* alors qu’il regrettait justement l’étatisation du droit, défendait vigoureusement la prééminence de la coutume (74) sur la loi et citait Portalis comme exemple de codificateur à imiter (75) ?

De même, l’*objectivisme* qu’on lui impute est-il plus limité qu’il n’y paraît à la lecture de sa théorie de la responsabilité fondée sur le risque. Il ne faut pas oublier, en effet, qu’il prônait une application téléologique du droit (76) et maintenait, à côté d’une responsabilité fondée sur le risque, une responsabilité fondée sur la faute (77), notion qu’il concevait d’ailleurs toute subjective (78). Quant au *matérialisme* de celui qui affirmait croire, sinon en une religion (79), du moins en un droit naturel (80), prônait la moralisation des relations contractuelles (81), approuvait le jansénisme du Code civil à l’égard du jeu et du pari (82), présentait l’obligation naturelle comme un “hommage rendu à la morale par le droit” (83) et le droit comme “la morale en action” (84), force est de reconnaître qu’il fut pour le moins tempéré par un certain *idéisme*.

(72) Qui manifestait pourtant sans doute seulement de la part de son auteur la conviction que “la véritable positivité est non pas légale, mais jurisprudentielle” : J. CARBONNIER, *Introduction*, P.U.F., 20^e éd., 1991, n° 150, p. 270.

(73) L’expression est de Roubier, discours précité.

(74) *Ibid.*, n° 98 s. A laquelle il n’assignait pas, d’ailleurs, le contenu qu’on lui attribue aujourd’hui puisqu’il y rangeait les principes généraux du droit (et notamment l’enrichissement sans cause : *Cours de droit civil...*, Vol. 2, n° 566), les règles corporatives et, surtout, la jurisprudence (*ibid.*, n° 99).

(75) V. notamment “Le Code libanais...”, p. 163 et la conclusion, p. 173.

(76) On l’accusa d’ailleurs de contradiction ; v. sa réponse dans *De l’esprit...*, n° 258 s.

(77) *Cours de droit civil...*, Vol. 2, 3^e édition, n° 418, 558.

(78) La capacité délictuelle lui semblait indispensable pour admettre l’existence d’une faute (*Cours de droit civil...*, Vol. 2, n° 455 s., spéc. n° 457 *in fine*) ; et il s’en tenait à une interprétation stricte des cas de responsabilités du fait d’autrui, favorable qu’il était au caractère personnel des fautes (*Cours de droit civil...*, Vol. 2, n° 494).

(79) Il ne semblait guère préoccupé d’assurer le respect de la loi divine par le droit : v. dans son *Cours de droit civil...*, les passages relatifs au mariage, civil et non religieux (n° 695, n° 774), aux actes de l’état civil (n° 248)...

(80) *Cours de droit civil...*, Vol. 1, 3^e édition, n° 4 s. ; v. aussi divers articles comme celui publié au *D.H.* 1937. Chr. 21. Encore faut-il reconnaître que le droit naturel invoqué était tout relatif : v. ainsi son *Cours de droit civil...*, n° 6, où il dresse une liste équivalente, selon lui, au “contingent aprioristique du droit naturel” avant d’y ranger des principes correspondant à une “volonté collective” “dans l’air”...

(81) V. ses *Essais de téléologie juridique*.

(82) *Cours de droit civil...*, Vol. 2, n° 1383.

(83) *Ibid.*, n° 717.

(84) *De l’esprit...*, spéc. n° 254. L. Josserand répondait alors à la critique adressée par A. Esmein à la théorie de l’abus des droits, théorie qui lui paraissait confondre droit et

Quant à son *collectivisme*, enfin, il reste hypothétique.

Sans doute sa définition très "sociale" des droits subjectifs (85), sa conception générale du droit, qu'il considérait comme enfanté par la volonté collective (86) ou encore sa défense de la propriété collective (87) ou de la théorie du risque expliquent-elles qu'on l'ait ainsi présenté. Mais s'en tenir là est méconnaître que ce collectivisme apparaissait moins comme un principe dogmatique d'organisation sociale, souhaitable en soi, que comme une *limite nécessaire à l'individualisme libéral*. S'il ne fit pas preuve, ainsi, d'une hostilité systématique à l'encontre du dirigisme contractuel (88) et ne peut certes pas être présenté comme un farouche partisans de l'autonomie de la volonté, lui qui analysait le contrat "comme un phénomène social et non pas seulement individuel" (89) et passait pratiquement sous silence son fondement, du moins désapprouvait-il l'interventionnisme étatique lorsqu'il menait à la désorganisation et à l'anarchie contractuelles (90).

(suite de la note 84) morale (note S.1898.1.17). V. aussi *Cours de droit civil...*, Vol. 1, 3^e édition, n° 3. V. aussi la définition qu'il donnait du droit dans *Evolutions et actualités*, préc.

(85) Il leur attribuait origine et finalité sociales : *De l'esprit*, n° 236 s., 292 ; v. aussi *Cours de droit civil...*, Vol. 2, 3^e édition, n° 428.

(86) *Cours de droit civil...*, Vol. 1, 3^e édition, n° 16. D'où résultait logiquement la présentation de deux sources de droit, la loi et la coutume. Il excluait en revanche la jurisprudence, alors pourtant qu'il en affirmait l'importance dans la préface de son ouvrage. C'est que l'article 5 du Code civil lui paraissait enfermer le pouvoir judiciaire dans des limites d'espace et de temps interdisant d'y voir une source du droit (*ibid.*, n° 63), la jurisprudence n'étant habilitée qu'à interpréter les lois "par voie de décision d'espèce" (*ibid.*, n° 86). Encore faut-il souligner qu'il considérait la jurisprudence comme étant à l'origine d'un véritable "droit coutumier", "venu se superposer à la loi écrite" (*ibid.*, n° 87, 99 s.). Faut-il y voir la marque d'un adepte de F. Geny, dont il signalait l'ouvrage *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif* au titre de la bibliographie sur la question, ouvrage qualifié de "beau livre" (*ibid.*, n° 55 *in fine*) ?

(87) Annoncée par l'article du *Livre du Centenaire du Code civil* ("Essai sur la propriété collective", p. 357 s.), dans lequel L. Jossier critiquait l'indivision romaine, cette "notion fragmentaire et individualiste" considérée comme une propriété extravagante et aberrante, se montrait assez louangeur à l'égard de la personnalité morale (dans laquelle il se refusait à ne voir qu'une "chimère éclosée dans le cerveau de juristes en mal d'invention" et dont il proposait une analyse très moderne – une volonté collective et l'existence d'organes représentatifs –) et manifestait une faveur certaine pour la propriété en main commune inspirée du modèle germanique – la *Gesamte Hand* –, cette copropriété sans indivision, propre, selon lui, à entraîner la "déroute complète et définitive" de sa rivale, l'indivision (si dérouté il n'y a pas eu, malgré la concurrence, c'est que les réformes successives de l'indivision ont rapproché l'indivision de sa sœur "rivale" : il est sans doute difficile, depuis la réforme de 1976, de réduire l'indivision à une "prétendue propriété collective" répugnant "à toute utilisation collective"), cette défense fut reprise par l'auteur dans son *Cours de droit civil...*

(88) Sur quoi, v. notamment "La publicisation du contrat", *Etudes Lambert*, 1938, T. 3, p. 143 s. ; "Les dernières étapes du dirigisme contractuel : le contrat forcé et le contrat légal", *D.H.* 1940. Chr. 5.

(89) *Cours de droit civil...*, Vol. 2, 3^e édition, n° 405 bis.

(90) *Id.* V. aussi, outre divers articles (v. notamment "Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats", Rapport présenté au deuxième Congrès de droit

De même, s'il ne manifestait aucune sympathie pour un droit de propriété absolu, il critiqua néanmoins diverses atteintes à ce droit, comme la propriété commerciale (91), les législations transitoires sur les loyers, jugées "démagogiques" (92)... Quant à sa volonté de protection du faible contre le fort (93), elle dégénéra rarement en misérabilisme de principe (94) : il n'eut pas de mot assez dur pour critiquer ainsi cette "psychose collective" "qui tend à voir dans le créancier, comme dans le propriétaire... plus généralement dans tous ceux qui occupent une situation dominante, matériellement, juridiquement ou moralement, des ennemis de la société" alors qu'ils en constituent "la plus solide armature" (95).

S'il fut ainsi promoteur ou partisan de diverses évolutions importantes, considérant nécessaire l'adaptation de la règle de droit à la société, son goût de la réforme ne fut pas pour autant immodéré et systématique (96). Et l'assertion se vérifie encore bien plus dans le droit des personnes et de la famille.

(suite de la note 90) comparé, La Haye, 1937, *R.T.D.Civ.* 1937.1 s.), l'avis placé en tête de son deuxième volume de la troisième édition de son *Cours de droit civil...* V. aussi sa critique du "forçage" du contrat, de l'"inflation obligationnelle" tenant à la découverte faite par la jurisprudence de l'obligation de sécurité (*Cours de droit civil...*, Vol. 2, 3^e édition, n° 491).

(91) Il souhaitait un "effort de transaction aussi équitable que possible entre les intérêts et les droits en présence" : *Cours de droit civil...*, Vol. 2, 3^e édition, n° 1234 ter. V. aussi la mesure de la conclusion de l'article "Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau", *Mélanges Sugiyama*, 1940, p. 110.

(92) *Cours de droit civil...*, Vol. 2, 3^e édition, n° 1257 bis.

(93) V. sa défense de la "petite propriété foncière" (*Cours de droit civil...*, Vol. 1, 3^e édition, n° 1573 s.), des victimes d'accidents de la circulation... V. aussi son article "La protection des faibles par le droit", dans *Évolutions et actualités*, préc.

(94) V. son ironie à l'encontre de la réglementation du contrat de travail, en faveur des ouvriers "éternels mineurs" contre les "méchants patrons" (*Cours de droit civil...*, Vol. 2, 3^e éd., n° 1273)...

(95) "Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats", p. 20.

(96) La modernité de ses prises de position ne le transforma que rarement en progressiste de principe : s'il regretta parfois, lors des balbutiements jurisprudentiels de la responsabilité du fait des choses, l'attachement des auteurs à la notion de faute, marquée, selon lui de la "tyrannie du passé", du "joug de la tradition" (*D.H.* 1928. Chr. 33 ; comp. *D.H.* 1934. Chr. 25), il eut l'occasion d'affirmer aussi toute l'importance qu'il conférerait à la sécurité juridique, ce "souverain bien" (*D.H.* 1937. Chr. 21), et put même, à l'occasion, avouer préférer "la conservation d'une habitation antique qui a fait ses preuves" à "sa démolition soudaine suivie d'une reconstruction hâtive, sans garantie de confort ni de durée" (*D.H.* 1939. Chr. 9). V. aussi son accueil très mitigé des progrès des communications et transports, *Evolution ascendante du contrat de transport*, 1939, p. 14.

B. – C'est une *conception* bien *classique de la famille* (97) qu'il défendit en effet (98). Il déplorait "la crise" de cette "institution nécessaire et sacrée" (99) à laquelle il assignait pour "raison d'être" "la propagation de l'espèce, la permanence de la race et l'éducation des enfants", crise qui procédait, selon lui, de l'affaiblissement du principe d'autorité" et de "l'esprit d'égalité extrême", "affaiblissement fertile en dangers" comme "susceptible de conduire à la décadence et à l'anarchie" (100). L'apparition des principes républicains – liberté, égalité – dans la famille ne lui paraissait donc pas bienvenue. Il regrettait l'effritement des puissances maritale (101) et paternelle (102), dénonçait le déclin du mariage, résultant de la disparition de l'indissolubilité du lien (103) et de l'apparition d'une famille naturelle (104) fondée sur le concubinage (105) ; il semblait favorable à l'ouverture restrictive de la recherche judiciaire de paternité naturelle (106), même s'il regrettait, dans le même temps, le statut rigoureux passé de la fille-mère (107) ; il restait partisan d'une infériorité du statut de l'enfant naturel (108), critiquait la légitimation de l'enfant adultérin, accusée de "saper" l'institution du mariage (109)...

Louis Josserand ne fut peut-être pas toujours aussi éloigné à cet égard des idées d'un *Ripert* que la lecture de certaines discussions relatives à la

(97) V. aussi sa critique de l'"américanisation" de la personne : "La personne humaine dans le commerce juridique", *D.H.* 1932. Chr. 1.

(98) Sauf, peut-être, pour ce qui a trait à l'analyse des fiançailles. Il critiquait la jurisprudence pour son absence de logique et proposait d'analyser les fiançailles comme un véritable contrat, soumis à la force obligatoire de l'article 1134 du Code civil, mais comportant une faculté de rupture unilatérale pour juste motif ("Le problème de la rupture des fiançailles", *D.H.* 1927. Chr. 24). L. Josserand faisait ainsi la synthèse de deux courants : celui favorable à la liberté du mariage – et qui refuse de lier les fiancés –, celui favorable à la loi morale – et qui refuse de ne pas attacher de conséquences à cette violation de la foi jurée –.

(99) *Cours de droit civil...*, Vol. 1, 3^e édition, n° 676.

(100) *Ibid.*, n° 677.

(101) *Ibid.*, n° 881 ; sur l'incapacité de la femme mariée, v. aussi n° 594 s.

(102) *Ibid.*, n° 677 ; l'exposé du droit positif est d'ailleurs moins critique que ne l'est l'introduction, puisque, à diverses reprises, L. Josserand semble approuver les limites apportées à cette puissance paternelle.

(103) *Ibid.*, n° 677, 906, où il présente le divorce comme un "mal nécessaire".

(104) *Ibid.*, n° 697.

(105) Auquel il n'était pas vraiment favorable : v. notamment sa position sur le problème de l'indemnisation du dommage subi par un concubin du fait du décès de son compagnon dans *Cours de droit civil...*, Vol. 2, 3^e édition, n° 424, où il déplore qu'une jurisprudence libérale introduise "le vaudeville" dans le droit. V. aussi son article sur "L'avènement du concubinat", *D.H.* 1932. Chr. 45.

(106) *Ibid.*, n° 1207.

(107) *Ibid.*, n° 1216.

(108) *Ibid.*, n° 1249.

(109) *Ibid.*, n° 1290 bis.

théorie de l'abus des droits ou à la théorie du risque pourraient le laisser penser ; d'autant que la comparaison pourrait se poursuivre hors le droit de la famille : Louis Josserand adressa ainsi à l'encontre de l'évolution du droit (perte de généralité, atteinte à la sécurité juridique, déclin de la règle morale...) (110) des critiques qui ne sont pas sans rappeler les écrits de l'auteur de la Règle morale (111). Sauf peut-être que, à partir d'un même constat, les conclusions divergeaient, l'un annonçant le déclin du droit, l'autre ne désespérant pas d'une amélioration du système juridique, et plaçant de nombreux espoirs, notamment, dans un "*droit commun législatif mondial*" (112).

Cette *hésitation entre conservatisme et progressisme* explique-t-elle le peu d'audience de son œuvre au sein de la doctrine contemporaine ? Toujours est-il que, mis à part ses théories de l'abus de droit et de la responsabilité fondée sur le risque, son nom n'est que peu cité. Ainsi, les traités contemporains sont-ils largement muets sur le *Cours de droit civil positif français*, pourtant justement remarqué par l'Institut (prix Chevalier). Et il serait permis de s'interroger sur la place qui fut la sienne, de son vivant même, si l'on s'en tenait à la discrétion avec laquelle il quitta la scène juridique en novembre 1941 (113) : ni article à la Revue trimestrielle, ni éloge au Dalloz, ni Mélanges en son honneur... Mais les nombreuses distinctions – Lauréat de l'Académie des sciences morales et politiques, officier de la légion d'honneur en 1932, Vice-président de la Société d'études législatives, Président de la Société de législation comparée, où il succéda à René Demogue en 1938... – et marques d'estime qui lui furent adressées, à Lyon, dont il fut une personnalité éminente (114), mais aussi à Paris ou à l'étranger, interdisent pareille explication. Sans doute ne faut-il en réalité attribuer

(110) V. notamment "Sur la reconstitution d'un droit de classe", *D.H.* 1937. Chr. 1 ; "Comment les textes de loi changent de valeur au gré des phénomènes économiques", *Etudes Capitant*, 1939, p. 369 ; "Les déformations récentes de la technique législative", *D.H.* 1939. Chr. 9.

(111) V., d'ailleurs, dans *De l'esprit...*, les renvois assez nombreux à *La règle morale...*, spéc. n° 254.

(112) V. notamment "Le droit commun législatif", *Congrès international de droit comparé*, 1900, T. 1, p. 237 s.

(113) L. Josserand quitta Paris en 1940, pour gagner Toulon en compagnie de sa fille et de ses petits-enfants, son gendre, alors procureur général à la Cour d'appel de Dijon, venant d'y être nommé. Lorsque ce dernier fut rappelé à Dijon, il installa femme, enfants, et beau-père à La Sauvetat, dans le Puy de Dôme ; c'est là que Louis Josserand mourut le 4 novembre 1941, à l'âge de soixante-treize ans.

(114) Il fut élu à l'Académie des Sciences, Belles-Lettres et Arts de Lyon en juin 1930.

ce silence qu'à l'époque mouvementée à laquelle il disparut. Louis Josserand fait partie de ces juristes qui vécurent la Commune – il est vrai de son berceau –, la première guerre mondiale et la défaite de 1940. Et qui surent faire évoluer le droit, paisiblement mais considérablement.

Dominique FENOUILLET

*Professeur à la Faculté de droit de Paris XI
(Paris Sud)*