

## PRÉFACE.

*Scribitur ad probandum, non ad narrandum.*

Quintilien dit : « Scribitur ad narrandum, non ad probandum. » Je fais, comme on voit, une inversion, et je dis : **SCRIBITUR AD PROBANDUM, non ad narrandum.** J'écris, veux-je dire, pour émettre et pour justifier mon avis sur les questions que je discute, et non pour rapporter ou reproduire plus ou moins l'opinion des autres.

**RAISONNER, PROUVER, DÉMONTRER** : c'est la première règle, en effet, c'est la loi principale que doit s'imposer tout juriconsulte en écrivant, comme tout magistrat en jugeant. Oui, aujourd'hui surtout et plus que jamais, toute décision, juridique ou doctrinale, doit porter sa preuve avec elle-même, doit être une véritable et sérieuse démonstration, et non point un oracle ou façon d'oracle, non point une sentence ou leçon de maître (*ipse dixit!*), et non point, non plus, un servile écho d'autres décisions plus ou moins semblables.

Que de fois pourtant, dans les livres et dans les arrêts, soit pour se donner le mérite d'une concision, bien facile à ce compte, soit pour autres motifs, on se permet de trancher la question par la question même, plus ou moins retournée quant à l'expression (1), ou par des mots plus ou moins vides de sens (2), ou par des suppositions, par de prétendus principes, mis en avant comme tels, mais sujets eux-mêmes à dénégation et controverse!

Que d'opinions, aussi, aveuglément adoptées, sans examen ni

---

(1) *Opium facit dormire, quia opium habet virtutem dormitivam (Mol.).*

(2) *Verba et voces, prætereaquæ nihil (Hor.).*



contrôle, sur la foi d'un auteur ou d'un arrêt, ou de plusieurs ! opinions souvent erronées, illogiques, injustes, mais qui enfin, à force d'être répétées et consacrées par de nouvelles décisions successivement copiées sur les précédentes, arrivent à l'état de jurisprudence, et font autorité, autorité égale, dans la pratique, à celle même de la loi ! à ce point, que d'autres juges, appelés à statuer sur la même question, et malgré leur conviction personnelle en sens contraire, n'oseront pas ou ne voudront pas ne s'y point conformer, crainte de voir infirmer ou casser leur décision, ou crainte d'exposer les parties à de nouveaux frais reconnus d'avance devoir être en pure perte. Ce n'est point ici une supposition ; c'est un fait ; je l'ai vu, et plus d'une fois, dans la pratique judiciaire. Puis, cette nouvelle décision, contraire à l'opinion des juges mêmes de qui elle émane, mais conforme en apparence aux décisions précédentes qui l'ont seules motivée et forcée, viendra s'y ajouter, en augmentera le nombre et aussi par suite l'autorité, en appellera et motivera d'autres à son tour, à titre également de précédent et d'exemple, et ainsi de suite, d'arrêts en arrêts, de jugements en jugements ; et toutes ces décisions réunies formeront une masse qui finira par écraser, par étouffer, bon sens, logique, raison, justice, liberté d'examen et d'appréciation ! Un brin de neige, un *rien*, se détache et tombe de la montagne ; accru dans sa chute par d'autres *riens*, brins de neige aussi, qui s'y attachent et le suivent, il finit par devenir, toujours augmenté et grossi de la même manière, une masse énorme, renversant tout, écrasant tout sur son passage !... Et voilà pourtant, parfois, ce qu'est, ce que vaut la jurisprudence, formée d'abord d'un arrêt qui n'est et ne vaut *rien*, arrêt suivi et grossi d'autres qu'il a provoqués mais qui au fond ne valent *rien* non plus, et qui néanmoins de tous ces *riens* réunis fait cette avalanche morale si redoutable et si puissante en effet !...

Et ne croyez pas, même, que pour en venir à ce point il faille un bien grand nombre d'arrêts uniformes. Non ; trois ou quatre, souvent, suffiront ; même deux seulement, quelquefois : tant est grande et commune la facilité à se soumettre aux idées reçues, à

l'autorité ! Exemple et preuve : un jugement est rendu en 1842 ; ce jugement est cassé par un de ces arrêts que M. Troplong renvoie à la première décade du traité *de erroribus* ; un arrêtiste reproduit cet arrêt et renvoie pour les développements aux motifs du jugement de première instance, qu'il dit très bien motivé, semblant par là, plus ou moins, approuver et préférer sa décision ; second jugement conforme au premier ; second arrêt qui casse, copie littérale du précédent ; et le même arrêtiste de dire : « Il faut espérer que les tribunaux se rallieront à une opinion qui vient, après l'épreuve d'un double examen, de recevoir de la Cour suprême une nouvelle consécration. » !... Or, et par suite, j'ai, d'un troisième jugement proposé en sens contraire à l'avis de la Cour *suprême* et de l'arrêtiste, j'ai entendu dire : A quoi bon ? votre jugement sera infailliblement cassé, et la partie n'y gagnera que des frais nouveaux et énormes !...

« Certes, dit un jurisconsulte, quand on voit se reproduire de livre en livre des idées aussi contraires à la raison la plus vulgaire, on comprend de reste à quel point nos interprètes se laissent guider par l'habitude d'accepter des idées reçues, par l'autorité de la tradition, tranchons le mot, par la routine. » (1)

« C'est précisément, continue le même auteur, pour substituer le raisonnement à l'autorité des traditions, que j'ai entrepris mon travail ; c'est pour remplacer les idées de convention par des idées logiquement appréciées ; c'est pour revendiquer dans la doctrine écrite l'exercice plein et entier du droit de libre examen et de franche discussion. »

Tels étaient aussi ma pensée et mon but lorsque, il y a plusieurs années, je publiai une première série de questions de droit approfondies, ramenant tout, également, à un libre et sérieux examen, à une discussion toute de raisonnement et de logique, non de routine et d'autorité, avec une exactitude et un soin dont il a été dit, notamment, ce que voici : «..... Cet exemple prouvera avec

(1) M. MARCADÉ, *Explication du Code Napoléon*, préface.



quelle impartialité l'auteur des *Dialogues ou questions de droit* examine une question, la creuse dans tous les sens, la retourne sur toutes ses faces, et avec quel soin il cherche à ne rien omettre. »

Et tels ont été également, dans mes nouvelles *Questions de droit*, mon but, mes efforts, et mes soins ; telle est la pensée que j'entends exprimer par ces mots : *scribitur AD PROBANDUM, non ad narrandum.*

Entrer ainsi dans tous les détails et dans tous les développements propres à établir la vérité, ne laisser surtout aucune objection sans réponse, m'a paru alors, en effet, et me paraît encore aujourd'hui, une indispensable nécessité, à la vue de toutes les variations, tergiversations, contradictions et erreurs de la jurisprudence et de la doctrine.

Je me suis, dis-je, attaché surtout à réfuter les objections, parce qu'en effet, comme le disent fort bien Merlin et M. Marcadé, « la science du droit consiste autant dans la réfutation des faux principes, que dans la connaissance des véritables. » Mais aussi, comme le dit encore ce dernier jurisconsulte, « c'est là un travail en plus ; et ce travail sera long ; car l'erreur présentée en une seule ligne, il faudra parfois tout une page pour la bien faire comprendre, puis tout une page encore (et souvent plus) pour la combattre. » (1).

Long et difficile en effet, et le plus difficile qu'on puisse s'imposer en écrivant sur le droit, ce travail n'en est pas moins une nécessité, devant laquelle, aujourd'hui, il est impossible de recu-

---

(1) Exemple : « M. Marcadé présente d'abord la question..., et il la résout en une demi-page ; puis, passant à la réfutation des diverses objections, il y consacre sept pages. » (Prospectus ou *Opinion des jurisconsultes sur le Cours élémentaire de droit civil français, par M. Marcadé.*) Exemple frappant, on le voit, de ce que la réfutation exige en effet de détails et de développements : sept pages pour réfuter les objections, là où il suffit d'une demi-page pour résoudre la question.

ler. Écoutons en effet, sur ce point, une autre et bien compétente autorité : « .... Pour réfuter ce système, dit M. Troplong à propos d'une question controversée, il y avait un point qu'il fallait aborder de front ; c'était de prouver que.... ; or, c'est précisément là l'endroit sur lequel l'arrêt de la Cour de cassation reste muet. Serait-ce qu'un arrêt ne doit pas entrer dans tant de détails ? Mais, prenons-y garde : dans ce siècle de critique et de controverse, l'autorité ne s'accorde qu'à la raison, et la vérité elle-même doit se donner la peine de prouver qui elle est. » (*Hypoth.*, t. 3, n. 679.)

Il est, ai-je osé dire ou lu je ne sais où, il est telles ou telles objections ou difficultés auxquelles on peut se dispenser de répondre. Je ne me permets pas, je l'avoue, de traiter avec ce dédain des objections ou raisonnements présentés sérieusement, et d'ailleurs aussi avec tout le prestige de leur talent et de leur autorité, par des jurisconsultes tels que MM. Troplong, Toullier, Marcadé, Merlin, Demolombe, et tant d'autres dont s'honore la science, ou par des tribunaux tels que la Cour de cassation et les autres Cours souveraines, ces foyers de lumière, d'expérience et de savoir. Partout donc où je trouve, c'est-à-dire où je crois trouver une erreur, je me fais un devoir de la relever et de la combattre.

Et comme, au fond, mon ouvrage roule uniquement sur des points difficiles et contestés, qu'il se compose tout entier de ces controverses et questions où naturellement les opinions combattues sont par là même, qu'on le dise ou non, signalées comme autant d'erreurs, il se trouve être comme un traité *de erroribus*, ce traité dont parle M. Troplong, en ces termes : « Si jamais un nouveau président Favre entreprend de faire un traité *de erroribus*, approprié à notre jurisprudence, cet arrêt en ouvrira certainement la première décade... » (*Cautionnem.*, n. 188.) Il est aussi, on le comprend, comme une *revue critique* de la jurisprudence des arrêts et de la doctrine des auteurs.

Je parle de *critique*, je parle d'*erreurs*, d'erreurs que je relève et combats dans les autres ! Ai-je besoin d'ajouter : sauf erreur, bien



entendu ; sauf erreur de ma part, à moi-même ? Non, sans doute ; cela va sans dire ; car, hélas ! telle est la faiblesse, l'incertitude, la fragilité de cette pauvre raison humaine, de ce roseau pensant, agité à tous vents de doctrines et d'idées contradictoires, que nul ne peut se flatter de tenir ou posséder plus qu'un autre la vérité ; il y aurait présomption, sot orgueil, outrecuidance, à vouloir imposer aux autres ses propres opinions, comme les seules vraies, les seules justes, les seules raisonnables : *errare humanum est...* Mais enfin, et sous le bénéfice de cette protestation, je me crois permis de signaler et de combattre comme erronées des opinions et décisions qui me paraissent telles. Et je crois aussi, d'ailleurs, en les relevant et réfutant d'une manière sérieusement raisonnée et approfondie, faire quelque chose d'utile, voire même remplir un devoir, si je m'en rapporte à Paul-Louis Courier. « La vérité, dit-il quelque part, est tout à tous. Ce que vous connaissez utile, bon à savoir pour un chacun, vous ne le pouvez taire en conscience. Et comme il n'y a point d'homme qui ne croie ses idées utiles, il n'y en a point qui ne soit tenu de les communiquer et répandre par tous moyens à lui possibles. Une pensée déduite en termes clairs, avec preuves, documents, exemples, quand on l'imprime, c'est la meilleure action, courageuse souvent, qu'homme puisse faire au monde ; car, si votre pensée est bonne, on en profite ; mauvaise, on la corrige, et l'on en profite encore. »

Ce qui précède suffit déjà pour donner une idée de ce qui fait la matière ou le sujet de mon livre, et du but que je me suis proposé en le composant. Il convient toutefois, ici, d'en donner encore une idée plus précise et plus complète. Or, l'un et l'autre (but et objet) ont été si bien compris et si parfaitement exposés par d'habiles et judicieux critiques, qui s'en sont occupés lors de la publication de mes premiers volumes, que je ne crois pouvoir mieux faire, dans cette vue, que de citer ici quelques passages littéralement extraits de quelques uns de leurs comptes-rendus :

« Aujourd'hui, la complication toujours croissante de nos lois,

de notre jurisprudence, donne naissance à une foule d'ouvrages de droit... sans profit pour la science et pour l'avancement de la législation, ouvrages dont la destinée est toute précaire et contemporaine, et qui ne sont eux-mêmes que la reproduction plus ou moins littérale de leurs devanciers. Dans de pareilles circonstances, ce serait une idée heureuse que de faire porter ses études et ses veilles, non point sur le vulgaire rabâchage de points convenus (1), mais bien sur la haute discussion des difficultés légales, graves, vivement débattues, et de préparer ainsi aux hommes de loi, aux magistrats, au législateur lui-même, un travail de révision, de réforme, d'amélioration, de perfectionnement. Cette idée a inspiré le livre de M. Coulon, et cette idée est heureuse et pleine d'à-propos. Mais nous ne pourrions affirmer qu'il ait trouvé la meilleure forme de composition. Le *dialogue* entraîne des longueurs, des redites, qui ne vont pas à la langue du droit, considéré sous le rapport scientifique. » LORAIN, professeur et doyen de l'école de droit de Dijon (*Spectateur*, 23 août 1838).

« On a tout dit aujourd'hui pour tout ce qui est de pure théorie, de doctrine et d'exposés de principes, en matière de droit. A compulsé les commentaires et les traités qui se sont succédé depuis la promulgation de nos Codes, on voit que l'exposé des règles générales du droit est une sorte de monnaie courante transmise par ceux qui, les premiers, ont pris le mandat d'éclairer notre législation à ceux qui les ont suivis dans la même carrière. Sauf quelques modifications dans le style, pour tout ce qui est de principe, et ne rentre pas dans la controverse, les Duranton, les Merlin, les Duvergier, n'ont rien dit qu'on ne puisse trouver dans les ouvrages de MM. Toullier et Proudhon ; et ceux-ci eux-mêmes, toujours sous le même rapport, en succé-

(1) Alors sans doute n'existaient pas ou n'étaient pas connues de l'auteur de cet article les œuvres de MM. Demolombe, Marcadé, P. Pont, etc., pour lesquelles, autrement, il n'eût pas manqué de faire une exception, qu'elles méritent si bien à tous égards.



dant aux Domat et aux Pothier, n'ont guère fait que les reproduire. En sorte que, s'il reste maintenant un moyen d'écrire utilement sur le droit, c'est assurément de disserter sur les questions qui sont encore controversées entre les auteurs et les tribunaux, celles qui ne sont pas encore tranchées d'une manière définitive par l'accord unanime de la doctrine et de la jurisprudence (1).

» C'est là ce que M. Coulon paraît avoir parfaitement senti; et les *Dialogues* dont nous nous occupons maintenant ne sont que l'exécution de cette pensée.....

» On peut certainement ne pas s'accorder sur la valeur de la forme que M. Coulon a cru devoir donner à ses dissertations. Mais pour nous, et après y avoir sérieusement réfléchi, il nous a paru que la forme du *dialogue* pouvait être appliquée aux discussions de droit, aussi bien que dans d'autres temps elle fut appliquée aux discussions philosophiques.

» Qui ne sait, a dit Marmontel, que dans notre faible entendement rien n'est trop clair ni trop bien assuré? Le difficile, c'est de démêler, de classer, de circonscrire nos idées, en leur donnant toute leur étendue; d'en saisir les justes rapports; de tirer ainsi du chaos les éléments de la science et d'y répandre la lumière. C'est à quoi le dialogue est utilement employé, parce qu'à mesure qu'il forme des nuages il les dissipe; qu'à chaque pas, il ne présente une nouvelle difficulté qu'afin de l'aplanir lui-même, et que son but est la solution de toutes celles que l'ignorance, l'habitude, l'opinion opposent à la vérité. La beauté du dialogue résulte de l'importance du sujet et du poids que les raisons donnent aux opinions opposées. Les leçons en dialogue ont deux grands avantages, l'attrait et la clarté. Mais il serait à souhaiter que l'on réservât cette forme d'instruction pour les sujets naturellement épineux et confus, qui exigent des dévelop-

(1) Ceci veut dire, en d'autres termes : *Scribatur ad probandum, non ad narrandum.*

pements, et dans lesquels l'intelligence et la raison veulent être conduites à travers les difficultés successivement résolues, du doute à la persuasion, de l'obscurité à l'évidence..... » P. PONT (*Revue de législation*, tome 11, page 159).

« Qui n'est frappé chaque jour des progrès que fait en France la science du droit? Qui n'est frappé surtout des efforts persévérants de nos jurisconsultes, pour répandre et vulgariser cette science, dont les principes transmis et modifiés d'âge en âge, depuis Justinien jusqu'à nos jours, par les travaux des *Cujas*, des *Loyseau*, des *Pothier*, des *Domat*, etc., ont été enfin consacrés si solennellement par le législateur impérial?...

» Cependant, il est des points dans la législation sur lesquels la jurisprudence hésite; les auteurs eux-mêmes sont en contradiction; les textes se prêtent à des interprétations également ingénieuses, et l'habileté des commentateurs est incessamment déjouée. Quelques esprits élevés en ont été frappés; et M. Merlin le premier sentit que la forme de son *Répertoire* était incompatible avec l'examen approfondi de certaines difficultés. Telle fut l'idée qui le préoccupa lorsqu'il fit paraître ses *Questions de droit*; il comprit que pour mieux convaincre, il fallait établir le *pour* et le *contre* sur tout ce qui avait rapport à la question, et qu'ainsi elle arriverait d'elle-même à une conclusion plus ferme, plus nette et plus logique. C'est ce plan constamment suivi par le procureur impérial près la Cour suprême qui fit la force de son argumentation, et donna tant de puissance à son jugement. M. de Cormenin de même dans ses *Questions de droit administratif*....

» L'utilité des *questions* posée d'une manière précise, et résolue immédiatement, nous mène naturellement à parler d'un plan analogue, dans lequel un ouvrage peut être conçu. Ce plan, c'est le *dialogue*. « L'art du dialogue, a dit Voltaire, consiste à faire dire à ceux qu'on fait parler ce qu'ils doivent dire en effet. Il n'y a pas d'autre secret, mais ce secret est le plus difficile de tous; il suppose un homme qui a assez d'imagination pour se transformer en ceux qu'il fait parler, assez de jugement pour ne mettre dans leur bouche que ce qui convient, et assez d'art pour intéresser. »