

REVUES GÉNÉRALES

HISTOIRE ÉCONOMIQUE

DROIT COMMERCIAL

DÉFINITION ET ÉVOLUTION GÉNÉRALE

Dans le domaine encore si inégalement connu de l'histoire des institutions, il n'y a pas de champ moins exploré — en France surtout — que celui de l'histoire du droit commercial. Jamais, à ma connaissance, sujet emprunté à cet ordre d'études n'a été traité dans un enseignement public, en France ou à l'étranger; jamais leçon tirée de cette matière n'a été imposée aux concurrents de notre agrégation française d'histoire du droit. A peine une demi-douzaine de chercheurs (on en rencontrerait peut-être un ou deux en Allemagne, autant en Italie, autant en Belgique et autant en France) se partagent le champ immense qui leur est offert. Et pourtant il n'en est pas où les recherches puissent être plus fécondes, plus vivantes, plus riches en aperçus inattendus. L'union du point de vue sociologique et du point de vue juridique est plus apparente que partout ailleurs, et nulle part on ne saisit mieux quelle influence les milieux physique, économique et social exercent sur le développement d'un ensemble d'institutions.

Il serait trop long d'examiner en détail les causes de l'ostracisme qui pèse sur le droit commercial. Il faut sans doute faire la part à la fois de la pénurie des sources, de leur obscurité, et des difficultés spéciales du sujet.

Nous indiquerons en effet que les transactions commerciales sont essentiellement consensuelles et dégagées des entraves du formalisme. Or si les transactions civiles anciennes ont quelque chance, par leur formalisme même, c'est-à-dire par les gestes, les paroles, le cérémonial solennels dont elles s'entourent, de laisser des traces, il n'en est pas de même de celles qui ont pour élément essentiel la volonté. Les actes non formalistes sont aussi bien plus complexes. Les formes sont immuables et rigides; la volonté est souple et susceptible de nuances infinies. Aussi l'histoire des obligations non formelles, et spécialement des obligations commerciales, présente-t-elle des complications et des subtilités qui rebutent les premières recherches. On ne s'étonnera donc pas qu'on l'ait négligée; dans une science en voie de formation, comme l'histoire générale du droit, on va de prime abord au plus aisé. Nul doute que l'histoire des institutions politiques, ou de la famille, ou des successions soit plus immédiatement accessible que celle des effets de commerce.

En outre, le droit commercial étant originairement, comme nous le verrons, un droit international, ne peut, pendant longtemps, être matière à législation. Et, lors même qu'il devient droit interne, le législateur ne s'en occupe que tardivement; il y touche seulement pour régler les rapports du commerce avec les intérêts (fiscaux ou annonnaires) de l'Etat¹. Les premières lois qui s'occupent du commerce peuvent assez aisément nous renseigner sur la *politique commerciale* du législateur, non sur le mécanisme des transactions. Celles-ci obéissent à des usages et à des coutumes, dont nous n'avons ordinairement de traces que dans les actes concrets de la pratique, c'est-à-dire dans les documents juridiques qui ont le moins de chance de survivre et qui, lorsqu'ils existent, sont les plus difficiles à interpréter.

Ainsi l'histoire du droit commercial est inconnue ou méconnue. A peine s'aperçoit-on que cette branche historique embrasse au moins une bonne moitié de l'histoire du droit privé. Je voudrais montrer ici comment on doit la concevoir, puis établir le bilan des recherches d'ensemble ou de détail qui lui ont été consacrées.

1. Voy. mon article *Mercatura* (partie grecque) dans le *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines* de Daremberg et Saglio.

I

La question primordiale est de définir le droit commercial et de marquer en quoi il se différencie du reste du droit. Cette question suppose résolue une question préliminaire : Qu'est-ce que le commerce ?

On est surpris de constater combien peu cette question a préoccupé jusqu'à présent les historiens. Les incertitudes de leurs œuvres sont assez paraitre le flottement de leur pensée sur cette notion fondamentale. Et l'on voit écrire des études, souvent considérables, d'histoire économique, où sont mises pêle-mêle dans le même sac l'histoire de l'agriculture et celle de l'industrie avec celle du commerce ¹.

Cependant on peut serrer d'assez près les fondements de la notion du commerce si on l'étudie historiquement, et si l'on cherche à rétablir dans leur succession chronologique les étapes de l'évolution par laquelle cette notion a passé pour se constituer sous sa forme actuelle. Pareille étude n'est pas entièrement neuve. Elle a été en partie réalisée par les économistes de l'école historique allemande, depuis List et Roscher jusqu'à Bücher et Sombart ². Mais ceux-ci n'ont mis en relief que l'aspect *économique* de la question. Les

1. Je pourrais prendre comme exemples à peu près toutes les *Histoires du commerce*. Pour n'indiquer que des œuvres à d'autres égards excellentes, je citerai l'étude de M. Guiraud sur *La main-d'œuvre industrielle dans l'ancienne Grèce* et le livre récent de M. G. Yver sur *Le commerce et les marchands dans l'Italie méridionale au XIII^e et au XIV^e siècle* (Paris, 1903). C'est le défaut de définitions précises du commerce et de l'industrie qui rend inextricable et sans issue possible le débat institué entre historiens sur la question de savoir si l'antiquité gréco-romaine a eu vraiment un commerce, une industrie, etc. Voy. notamment Meyer, *Die wirthschaftliche Entwicklung des Alterthums* (Léna, 1895). M. Francotte, *L'industrie dans la Grèce ancienne* (Bruxelles, 1900-1901) est peut-être le seul auteur qui ait cherché à échapper à la critique ci-dessus.

2. Il existe une littérature économique très abondante sur ce sujet, surtout en Allemagne. On se bornera à citer ici les livres les plus caractéristiques ou les plus récents : Roscher, *Nationalökonomik des Handels und Gewerbefleisses* (*System der Volkswirtschaft*, t. III, 1881) ; Schäffle, *Das gesellschaftliche System der menschlichen Wirtschaft*, 3^e éd., 1873 ; Wagner, *Allgemeine oder theoretische Volkswirtschaftslehre*, 1, 2^e éd., 1879 ; Cohn, *System der Nationalökonomie* (III, *Nationalökonomie des Handels und Verkehrswesens*, 1898) ; Bücher, *Die Entstehung der Volkswirtschaft*, 3^e éd., 1900 (trad. française sous le titre *Études d'histoire et d'économie politique*, 1901) ; Doehow, *Untersuchung über die Stellung des Handels in der Volkswirtschaft*, 1900 ; Ehrenberg, *Der Handel, seine wirtschaftliche Bedeutung*, 1900 ; Sombart, *Die Entwicklung des Kapitalismus*, 1902 ; Schmoller, *Grundriss der allgemeinen Volkswirtschaftslehre*, I, 1900, etc.

résultats qu'ils ont dégagés ne prennent toute leur portée que si son aspect *juridique* n'est pas négligé. On comblera cette lacune avec l'aide des quelques travaux juridiques ou sociologiques qui ont touché à l'évolution générale du droit commercial. Les travaux juridiques de ce genre sont rares; il faut pourtant mettre hors de pair ceux de M. Thaller¹. Parmi les travaux sociologiques, on utilisera surtout, mais après une adaptation préalable nécessaire², les observations pénétrantes présentées par M. Durkheim dans sa magistrale *Division du travail social*³.

II

On n'ignore point que M. Durkheim, étudiant les rapports de la solidarité sociale avec la division du travail, a pu distinguer et opposer à ce point de vue deux types de groupements sociaux :

1° D'une part les groupes élémentaires dans lesquels la cohésion est due à la similitude des consciences individuelles. Cette *solidarité mécanique*, due aux ressemblances, règne soit dans le groupe simple et homogène appelé *horde*, soit dans les groupes complexes

1. Thaller, *De la place du commerce dans l'histoire générale et du droit commercial dans l'ensemble des sciences* (Extrait des *Annales de droit commercial*, 1892); *Traité élémentaire de droit commercial*, 2^e éd., 1900. Voyez aussi l'ouvrage classique de Goldschmidt, *Universalggeschichte des Handelsrechts* (t. I de la 3^e éd. de son *Handbuch des Handelsrechts*, 1891), et l'article du même auteur dans *Revue de droit international et de législation comparée*, II, p. 359 et suiv. Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 3^e éd., I, 1898; Cohn, *Drei rechtswissenschaftliche Vorträge*, 1888; Parlossus, *Discours sur l'origine et les progrès de la législation et de la jurisprudence commerciales*, 1820; Lastig, *Entwicklungsreihe und Quellen des Handelsrechts*, 1877; Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, 3^e éd., 1874, etc.

2. On trouvera peut-être que les résultats de la présente esquisse sont assez différents de ceux qu'indique parfois M. Durkheim. Pour n'en donner qu'un exemple, cet auteur considère (p. 34; p. 94) le droit civil et le droit commercial comme également *restitutifs*, alors que nous considérons le premier comme *répressif*, et le second seulement comme *restitutif*. Ces divergences tiennent d'abord à ce que M. Durkheim a envisagé surtout le droit dans sa forme actuelle, et non dans les premières phases de son développement historique; elles tiennent aussi à certains désaccords dans l'emploi technique des notions et de la terminologie juridiques, désaccords que le lecteur reconnaîtra aisément sans qu'il soit utile d'y insister chaque fois. Il nous paraît d'ailleurs que l'étude de l'évolution du droit commercial, telle que nous la concevons, loin d'affaiblir la thèse de M. Durkheim, contribue singulièrement à l'affermir.

3. 2^e éd., 1902. Les autres études de sociologie relatives au commerce et au droit commercial manquent de solidité. Il faut pourtant en excepter les *Principes de sociologie* d'Herbert Spencer (traduction française par Cazelles). L'ouvrage de Létourneau, *L'évolution du commerce dans les diverses races humaines* (1897) manque de critique dans la documentation, et de prudence dans la généralisation.

formés par la juxtaposition de segments (*hordes* ou *clans*) semblables les uns aux autres (*Sociétés de type segmentaire*)¹.

2° D'autre part, les *sociétés organisées*, dans lesquelles la cohésion (*solidarité organique*) est due à l'interdépendance nécessaire qui unit les organes spécialisés par la division du travail. Le type segmentaire est chronologiquement antérieur au type organisé.

Comment les groupes primitifs de type segmentaire peuvent-ils pourvoir à leurs besoins économiques? La logique et l'observation s'accordent pour établir que c'est par les moyens qui ne comportent qu'une division du travail nulle ou très faible. S'il en était autrement, la spécialisation engendrerait rapidement des formes nouvelles de solidarité, et le type segmentaire s'effacerait devant le type organisé. Les moyens de vivre sont donc nécessairement les plus rudimentaires; ils reposent sur l'utilisation directe des produits naturels (*Economie naturelle, Naturalwirtschaft*). Ce sont d'abord la cueillette et l'extraction des produits naturels, la pêche et la chasse; puis l'élevage nomade des troupeaux; enfin l'agriculture et l'élevage agricole. Cette dernière forme économique comporte sans doute le maximum de division du travail compatible avec une société nettement segmentaire.

Les membres du groupe peuvent donc se suffire à eux-mêmes par leur seule activité très faiblement spécialisée. Le groupe acquiert par ses propres forces tout ce dont il a besoin: nourriture, vêtement, habitation. Il n'a rien à demander aux groupes étrangers que séparent de lui leurs dissemblances. On exprime ce caractère *économique* du groupe en disant qu'il forme une *communauté économique autonome*. C'est le système dit de l'*économie domestique (Hauswirtschaft)*.

Il ne suffit pas d'exprimer le principe économique, il faut exprimer aussi le principe *juridique* du système. Les groupes étrangers n'ayant pas besoin les uns des autres ne sont pas liés par la solidarité organique; étant dissemblables, ils ne sont pas liés non plus par la solidarité mécanique. Cette absence de tout lien possible de solidarité fait d'eux des ennemis. Il n'y a entre eux ni religion ni paix communes. Les hommes primitifs ne reconnaissent de droits qu'aux membres de leur groupe. Les étrangers sont hors le droit. Tuer un membre d'un autre groupe, s'emparer

1. Durkheim, p. 149 et suiv.

de lui ou de ce qu'il possède n'est pas un fait illicite, c'est un exploit¹.

Les hommes de groupes différents ne peuvent entrer en contact les uns avec les autres à raison de cette absence réciproque de droits. L'isolement, au point de vue juridique, des sociétés segmentaires primitives s'exprime dans le nom qu'on donne au système économique qui les caractérise (*Economie domestique* FERMÉE : *geschlossene Hauswirtschaft*). Un pareil système, exclusif de tout échange de services, peut être constaté dans un assez grand nombre de sociétés primitives. Il y a donc, quoi qu'on ait dit, des milieux qui ignorent complètement ce qu'est le commerce².

Dans ces milieux il n'existe aucun droit commercial. Le droit est purement *national*, puisqu'il est propre aux membres de chaque groupe, et ne s'étend point à d'autres. C'est un droit *civil*, au sens étymologique du mot. Il est nécessairement aussi *religieux*. La conscience collective lui assigne des origines transcendantes, et le répute généralement révélé par la divinité. Dire qu'il est religieux revient à dire, sous une autre forme, qu'il est *social*³. Il s'impose à tous impérativement, puisqu'il n'est que l'expression de croyances communes chez des individus semblables. Toute manifestation de volonté individuelle est un fait anormal. Les droits (notamment le droit de propriété) ne se présentent donc pas sous forme de droits individuels, mais de droits *collectifs* (communauté agraire, puis copropriété familiale). Quiconque porte atteinte à l'ordre préexistant des croyances communes rompt ainsi la solidarité mécanique ; il commet un acte perturbateur, contre lequel la collectivité réagit en le réprimant, c'est-à-dire en infligeant une souffrance à son auteur. Le droit religieux et civil des sociétés segmentaires dégage les notions du *péché* et du *délit*, qui ne sont originairement qu'une seule et même notion. Ce droit est exclusivement *répressif* ; il n'est pas *restitutif*, c'est-à-dire qu'il ne fournit pas de moyens à la volonté individuelle pour obtenir certains

1. Kullischer, *Der Handel auf primitiven Kulturstufen* (Zeitschr. für Völkerpsychologie, X, 1878), p. 378-389 ; Koehe, *Markt- Kaufmanns- und Handelsrecht in primitiven Kulturverhältnissen* (Zeitschr. für vergleichende Rechtswissenschaft, XI), p. 196 et s. ; Schrader, *Linguistisch-historische Untersuchungen zur Handelsgeschichte und Waarenkunde*, I, 1886 ; Post, *Aufgaben einer allgemeinen Rechtswissenschaft*, p. 38 ; *Afrikanische Jurisprudenz*, p. 176.

2. Kulischer, p. 379 ; Waitz, *Anthropologie der Naturvölker*, II, p. 107.

3. Durkheim, p. 142 et suiv.

résultats acceptés et sanctionnés par la collectivité¹. L'idée d'un droit civil restitutif serait en elle-même contradictoire, puisque, nous l'avons dit, toute manifestation de volonté individuelle est par elle-même anormale, constitue une atteinte à la solidarité mécanique, et même un délit.

Cependant il arrive, lorsque les premiers symptômes de différenciation sociale apparaissent, que des individus veuillent intéresser à leurs entreprises individuelles la conscience collective, et, par suite, leur assurer la garantie religieuse et sociale. Ils n'y parviennent pas directement, mais seulement s'ils déguisent leurs actes sous des rites religieux (*formes* : solennités, paroles, gestes, etc.) dont la transgression entraînerait une répression. Ce sont ces rites seuls, et non la volonté individuelle, qui deviennent sources de droit et appellent les sanctions². Le droit civil des sociétés segmentaires est nécessairement *formaliste*.

III

Comment les sociétés passent-elles de l'économie domestique fermée à l'économie commerciale, et comment, par suite, le droit commercial naît-il à côté du droit civil ?

Cela se réalise par l'effet de causes complexes, variables avec les lieux et les temps, mais dont la plus générale semble être l'augmentation du volume des sociétés primitives sur un espace qui n'est pas illimité³. De là la nécessité, pour faire vivre, sur un espace invariable, un nombre d'hommes de plus en plus grand, de

1. Ceci aurait sans doute besoin d'être développé. Car on se méprend trop souvent sur la sanction des contrats formalistes du droit civil primitif. On croit parfois à une sanction restitutive, et l'on parle communément de *voies d'exécution*. C'est que l'on connaît imparfaitement les contrats formalistes des sociétés segmentaires, et que, lorsqu'on parle de contrats formalistes, on se réfère implicitement aux contrats formalistes des sociétés déjà avancées dans la voie de l'organisation, dans lesquelles les formes segmentaires s'effacent : ainsi les contrats formels du très ancien droit romain paraissent déjà pourvus de sanctions repressives. — Mais on remarquera que les prétendues voies d'exécution des droits primitifs portent régulièrement sur la personne physique du débiteur, et ont pour but de lui infliger une souffrance (mise à mort, mutilation, captivité) ; ce ne sont donc, en réalité, que *des peines*, qui n'ont point pour objet, au moins directement, d'assurer l'exécution d'une convention, mais seulement de réprimer la violation des rites employés par les parties.

2. Thaller, *Place du commerce*, p. 39-40.

3. Durkheim, p. 237 et suiv.

recourir à des moyens économiques plus perfectionnés nécessitant une division du travail plus avancée. Il arrive un temps où, pour satisfaire à ces besoins croissants, la division du travail et l'échange réciproque de services doivent tendre à s'établir entre des hommes appartenant à des groupes segmentaires différents et jusque-là isolés. Des échanges suivis supposent nécessairement une spécialisation entre les coéchangistes : l'échange serait inutile si les coéchangistes produisaient la même chose ¹.

La possibilité d'échanges se heurte à l'obstacle déjà signalé : l'hostilité entre hommes appartenant à des groupes différents ². Pour que l'obstacle soit levé, il faut que les hostilités soient suspendues et qu'une convention expresse ou tacite de paix établisse entre les coéchangistes certains liens de droit. Les premières conventions de paix sont étroites et fragiles. Les plus rudimentaires de ces trêves apparaissent dans le système du *commerce muet* ou *par dépôts*, dont l'existence nous est attestée dans les pays et les temps les plus divers. On sait ce dont il s'agit. Celui qui veut troquer sa marchandise contre une autre la dépose dans un endroit déterminé (ordinairement dans un lieu désert) ; puis il se retire. Un étranger s'approche, examine l'objet offert, met à côté ce qu'il propose en échange et se retire à son tour. Le premier acteur rentre alors en scène ; s'il est satisfait du troc, il prend ce

1. Nous nous séparons ici, — plus en apparence qu'en réalité — de M. Durkheim, pour qui la division du travail ne se produit qu'au sein de sociétés constituées. « Si cependant dans certains cas, dit-il (p. 266), des peuples qui ne tiennent ensemble par aucun lien, qui même parfois se regardent comme ennemis, échangent entre eux des produits d'une manière plus ou moins régulière, il faut ne voir dans ces faits que de simples rapports de mutualisme qui n'ont rien de commun avec la division du travail. Car, parce que deux organismes différents se trouvent avoir des propriétés qui s'ajustent utilement, il ne s'ensuit pas qu'il y ait entre eux un partage de fonctions. » — Mais il n'est pas possible de considérer un fait en lui-même identique, l'échange, comme se rattachant tantôt au mutualisme et tantôt à la division du travail (cf. Durkheim, p. 94). De plus, comme nous l'indiquons plus loin, l'échange ne se conçoit même pas entre peuples entièrement ennemis. Il ne peut s'effectuer qu'à la faveur d'une trêve, c'est-à-dire d'une solidarité temporaire et restreinte. L'ensemble des groupes qu'unissent de semblables relations d'échange constitue en réalité une société temporaire et limitée dans son étendue (de même par exemple que l'ensemble des nations civilisées, *tant que la paix est maintenue*, forme une société limitée, comme le remarque quelque part M. Durkheim). On aurait aimé voir M. Durkheim donner place, dans son beau livre, à ce type social, précurseur du type organisé permanent.

2. Outre les travaux cités ci-dessus (p. 206, n. 1), on consultera Thaller, *Place du commerce*, p. 49 et suiv. ; Lehmann, *Kauffriede und Friedenschild (Germanistische Abhandlungen zum LXX Geburtstag Konrad von Maurer's, 1893)*, p. 47-63 ; Huvelin, *Essai historique sur le droit des marchés et des foires*, 1897, chapitre xiv (*La paix des foires*) ; Huvelin, v. *Mercatura* (partie grecque) dans le *Dictionnaire de Daremberg et Saglio*.

qu'on lui offre et laisse ce qu'il avait apporté ; sinon il laisse ce qu'on lui offre et retire ce qu'il avait apporté. Par de semblables allées et venues, plus ou moins répétées, les transactions s'accomplissent sans que jamais les parties se trouvent face à face. Ce système suppose une trêve tacitement conclue à l'égard des objets d'échange, pour lesquels chaque partie est obligée de s'en rapporter à la foi de l'autre. Mais cette trêve est très étroite, puisqu'elle ne s'étend même pas aux personnes des intéressés.

On comprend que le commerce muet se prête mal à des transactions suivies et nombreuses. Aussi rencontre-t-on des trêves plus larges qui permettent aux coéchangistes de se rencontrer sans craindre pour leur sûreté personnelle. Il existe des signes et des symboles par lesquels les étrangers peuvent se témoigner leurs intentions de paix. Le plus général peut-être des symboles de paix consiste à élever à bout de bras une branche d'arbre garnie de ses rameaux et de ses feuilles vertes. Cette manifestation implique l'intention de renoncer à toute pensée hostile, sans doute par une opposition naturelle avec l'acte consistant à brandir une branche émondée : car la branche émondée est une massue, un épieu, un bâton, donc une arme. Un autre signe non équivoque d'intentions paisibles, résulte du fait de déposer les armes offensives ou défensives qu'on portait. Ces premières trêves sont fort irrégulières et fort précaires.

Elles se régularisent avec l'institution de certains rendez-vous périodiques, placés sous la sauvegarde d'une trêve, qu'on nomme *marchés*. Ces rendez-vous présentent de l'importance, tant au point de vue économique qu'au point de vue juridique¹.

1° *Au point de vue économique*, le système des marchés remédie au double obstacle matériel qui entrave la distribution des richesses : je veux dire *l'espace* et *le temps*. (Distances ; obstacles naturels ; insuffisance des voies et instruments de circulation.) Il convient de réduire les distances à parcourir pour se procurer les marchandises, de perfectionner et d'améliorer les voies et instruments de circulation. On y parvient en faisant converger toutes les marchandises vers un centre commun. Les transports peuvent

1. Goldschmidt, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, p. 23 et suiv. ; Kochne, *Markt- Kaufmanns- und Handelsrecht in primitiven Kulturverhältnissen*, loc. cit. ; Huvelin, *Essai historique sur le droit des marchés et des foires*, Introduction et chapitre 1,

ainsi s'opérer collectivement, en convois armés (*caravanes*); les routes du trafic peuvent s'établir. Si les marchandises devaient aller directement du producteur au consommateur, il faudrait tracer pour cela un réseau très complexe de distribution; mais du moment que les échanges sont concentrés en certains points, on pourra se contenter de réseaux simples rayonnant autour de ces points, et se ramifiant seulement à la périphérie. Les marchés se localisent naturellement vers les limites des territoires des groupes intéressés, c'est-à-dire en des points intermédiaires des routes du transit. Chacun des visiteurs du marché ne fait donc qu'une partie du chemin. Le marché réunit en un seul lieu tout le stock des marchandises à échanger, et ce groupement a d'importantes conséquences. Les marchandises rapprochées peuvent être comparées; on peut apprécier la proportion des offres et des demandes, établir des cours, débattre la *valeur* marchande des objets offerts.

De là à choisir comme unités de mesure de cette valeur et comme intermédiaires d'échange certaines marchandises, il n'y a qu'un pas. Le *commerce de troc* rétrograde devant le *commerce d'achat et de vente*. C'est dans le marché que la monnaie fait son apparition et que l'*économie-argent* (*Geldwirtschaft*) commence à éclipser l'ancienne économie naturelle. A ce premier instrument de circulation qu'est la monnaie s'en joint un autre, le *crédit*. Il facilite la circulation parce qu'il permet d'échanger, non plus seulement une richesse présente contre une richesse présente, mais encore une richesse présente contre une richesse future. L'*économie-crédit* est le corollaire habituel de l'*économie-argent*. Le marché constitue un cercle économique de circulation intense et s'oppose par là aux sphères économiques situées hors de lui.

Il convient aussi d'écarter l'obstacle du temps. L'économie domestique fermée suffisant encore, par hypothèse, à une grande partie des besoins, il ne saurait être question d'échanges permanents. Le commerce ne doit pas détourner les hommes de ce qui est encore la principale source de leur économie. Les marchés seront donc temporaires, et se tiendront à de certains intervalles. Mais il faut aussi que les hommes puissent compter sur leur retour régulier à intervalles fixes. Ils seront donc *périodiques*. La période est d'autant plus espacée que les besoins d'échanges sont

plus exceptionnels : on a, par exemple, des marchés tous les cinq ans, tous les deux ans, tous les ans, tous les six mois. Mais elle se rapproche à mesure que les besoins et les habitudes d'échanges se développent. Le rythme de distribution économique s'accélère. On a des marchés tous les mois, toutes les quinzaines, toutes les semaines, tous les jours même.

2° *Au point de vue juridique*, l'institution du marché remédie à l'obstacle qu'oppose aux relations humaines l'hostilité des groupes segmentaires différents. Le marché est *un lieu de paix*, mais de paix *temporaire et limitée*.

A. *Temporaire*. Dès que le marché s'ouvre, l'état d'hostilité cesse ; il ne reprend que lorsque le marché se ferme. Il y a, entre les clients d'un même marché, des ondes également espacées de solidarité. Lorsque le rythme de la périodicité s'accélère, les ondes se rapprochent dans le temps ; la solidarité tend à devenir permanente.

B. *Limitée*. La paix est limitée *dans l'espace* ; elle ne protège que la place du marché. Mais, avec le temps, elle rayonne autour de cette place. Elle s'étend à toutes les routes qui y conduisent (*Sauf-conduit* ou *Conduit des foires*)¹. — La paix est limitée *quant aux hostilités auxquelles elle s'applique*. Une trêve entre étrangers est, dans des sociétés segmentaires, quelque chose d'anormal, d'exceptionnel. Les conditions en sont donc étroitement définies par l'accord qui l'établit. La paix garantit d'abord la sécurité matérielle des personnes et des biens des clients du marché. Puis, s'élargissant, elle en vient à garantir la fermeté des transactions, et particulièrement l'exécution exacte des engagements. Elle ne s'étend pas plus loin. Notamment les hommes qui fréquentent le marché ne renoncent point aux avantages économiques qu'ils peuvent posséder. La paix du marché ne fournit point de garantie au plus faible lorsque l'équilibre des besoins et des disponibilités est rompu ; elle ne réagit point contre les excès de la libre concurrence et de la spéculation, c'est-à-dire de la lutte économique. Les transactions du marché demeurent par là des transactions entre ennemis.

1. Goldschmidt, *Universalgeschichte*, p. 118 ; Huvelin, *Droit des marchés et des foires*, ch. xiii (*Conduit des foires*).

IV

La paix du marché, nous venons de le voir, est temporaire. Il arrive qu'un groupe assure à un étranger une paix plus durable, par le système de l'*hospitalité*¹. L'accueil d'un étranger à titre d'hôte le rend solidaire de ceux qui l'accueillent. Comment expliquer ce lien de solidarité? Les formes symboliques par lesquelles l'hospitalité est accordée et acceptée semblent indiquer que l'étranger est véritablement assimilé à ceux qui l'accueillent. Par exemple on pratique avec lui l'échange des sangs², ou bien on le reçoit au foyer commun, dans le culte commun, à la communion du repas familial³; en un mot, on réalise artificiellement entre lui et ses hôtes les similitudes grâce auxquelles un lien religieux et social pourra les unir. C'est pourquoi la paix que crée l'hospitalité est durable. Les hôtes ont des signes pour se reconnaître, même après de longues séparations (Tessères d'hospitalité).

L'hospitalité affecte des formes plus ou moins compréhensives. Parfois elle unit deux étrangers pris isolément (hospitalité *privée*). L'hôte répond de son hôte vis-à-vis de ses nationaux; il lui sert d'intermédiaire et d'appui (interprète, commissionnaire, courtier, cojureur, caution, avocat, etc.) dans ses affaires; en un mot, il lui communique son droit. Parfois l'hospitalité unit un étranger isolé à un groupe (proxénies grecques; système des consuls *hospites* au moyen âge); parfois enfin elle unit deux groupes entiers (hospitalité *publique*). Ces deux dernières formes d'hospitalité apparaissent beaucoup plus tardivement que la première.

1. Goldschmidt, *Universalgeschichte*, p. 33 et suiv.; Jhering, dans *Deutsche Rundschau*, juin 1887, p. 357 et suiv.

2. Les sangs échangés font naître la solidarité religieuse parce que ce sont les sangs des totems des deux hôtes. Les formes sont à peu près les mêmes que celles qui servent à réaliser une parenté artificielle.

3. On pourrait grouper ici un grand nombre de faits connus : pain et sel offerts à l'hôte étranger; calumet de paix des sauvages; libation propitiatoire accompagnant les contrats (*σπονδαί* grecques, *sponsio* romaine, *vin du marché* au moyen âge, etc.); banquets caractéristiques des confréries commerçantes (thiases, orgéons grecs; corporations romaines, ghildes germaniques, etc.).

V

Le système d'échanges entre étrangers dont on vient d'esquisser le mécanisme porte le nom de *système économique commercial* (*Handelswirtschaft*). Son caractère essentiel est que chaque groupe, au lieu de vivre isolé des autres, est lié avec eux par des échanges réciproques. Il peut être dès lors question d'un *droit commercial*, par opposition au *droit civil* de chaque société segmentaire. Le droit commercial est l'ensemble des conditions de la convention de paix (trêve des marchés ou hospitalité) grâce à laquelle les échanges peuvent s'effectuer. Le droit du marché (*Marktrecht*) et le droit de l'hospitalité (*Gastrecht*) sont les deux premières sources du droit commercial.

Ce qui précède nous permet de dégager les caractères essentiels du droit commercial primitif. C'est un droit *international*, puisqu'il n'est pas propre aux membres d'un seul groupe, mais régit les rapports des ressortissants de groupes différents. C'est un droit *laïque*. Sans doute, lorsque le contact entre groupes étrangers s'est régularisé, et a déterminé, sur les points où il se réalise, des croyances communes, ces croyances prendront une forme religieuse; il y aura des dieux internationaux du commerce ou de la foi due aux conventions: le marché deviendra un lieu religieux. Mais ce n'est point là un phénomène originaire. Le droit du commerce est laïque parce qu'il ne repose pas primitivement sur des croyances communes. Il repose sur la volonté individuelle des contractants. Le droit commercial est *individualiste*¹; il dégage la notion des droits individuels, et notamment du droit individuel de propriété². La trêve qui rend les transactions possibles ou, pour mieux dire, qui crée le droit de ces transactions, résulte d'un accord exprès ou tacite de volontés. Le droit commercial est *conventionnel*; il repose sur la convention³, c'est-à-dire sur l'ac-

1. Thaller, *Place du commerce*, p. 16.

2. Cette proposition sera peu discutée pour la propriété individuelle des meubles; elle le sera davantage pour celle des immeubles. On peut cependant démontrer que la propriété individuelle du sol n'apparaît que dans des civilisations commerciales, comme une première manifestation de cette tendance à la mobilisation des richesses immobiles qui sera relevée plus loin.

3. Nous ne disons pas le *contrat*, pour ne pas créer d'équivoque, ce mot étant fré-

cord des volontés individuelles. Mais d'où provient la force obligatoire attachée à la convention? Ou, ce qui revient au même, comment est sanctionnée la convention?

Il ne peut être question d'une répression exercée au sein d'un groupe contre le membre de ce groupe qui a manqué de parole à un étranger. L'étranger n'avait aucun droit dans le groupe et n'a pu être victime d'un délit. Il peut être question seulement d'une *vengeance* exercée par l'étranger et par son groupe contre son cocontractant infidèle et les siens. On revient, somme toute, à l'hostilité dont on s'était temporairement départi, et il semblerait qu'il n'y eût pas là une sanction véritable, si l'on ne réfléchissait que les échanges constituent, pour les groupes dont il s'agit, une nécessité pressante; la reprise des hostilités se heurte aux liens de plus en plus forts de la solidarité organique. Les vengeances exercées contre un groupe risquent d'atteindre les sources de sa vie économique. C'est en ce sens que la contrainte qui en résulte est efficace. Certaines formes de vengeance, particulièrement usitées, portent le nom de *représailles*. Les représailles constituent la sanction du droit commercial primitif¹. La crainte des représailles assure l'exécution des conventions; car, dans chaque groupe, pour éviter les représailles, on exerce une contrainte sur le contractant récalcitrant pour l'obliger à s'exécuter. Le droit commercial est essentiellement *restitutif, et non répressif*.

Enfin il résulte de ce qui précède que la volonté, source du droit commercial, peut s'exprimer en des formes quelconques. Elle ne requiert ni paroles, ni gestes, ni cérémonial solennels. Il arrive qu'elle se manifeste dans la pratique sous certaines formes extérieures définies; mais ces formes ne sont pas nécessaires pour faire naître le droit. Le droit commercial *n'est pas formaliste*.

Ainsi le droit civil et le droit commercial s'opposent nettement par leurs origines. L'un dérive de la solidarité mécanique, il est national, collectif, religieux, formaliste, répressif; il exclut la concurrence et la spéculation. L'autre dérive de la solidarité organique; il est international, individualiste, laïque, non formaliste, restitutif; il repose sur l'idée de lutte économique et de libre concurrence.

quemment appliqué aussi aux rites formalistes du droit civil qui servent à faire naître des obligations.

1. Thaller, *Place du commerce*, n. 51.

VI

L'opposition ainsi présentée du droit commercial et du droit civil paraît quelque peu schématique, surtout pour qui considère ces deux droits sous leur aspect actuel. C'est que, dans les civilisations modernes, cette opposition s'est atténuée. Les deux droits se sont pénétrés, juxtaposés, transformés. Cette action réciproque est une conséquence nécessaire de l'effacement du type social segmentaire et des progrès du type organisé.

C'est sur le terrain du marché que l'organisation se dessine d'abord. Il se crée dans le marché des organes spécialisés communs. Il faut garantir la sécurité du rendez-vous commercial contre les attaques du dehors : le marché se fortifie, se double d'une citadelle et d'une organisation militaire commune. Il faut assurer la tranquillité du marché au dedans, et régler promptement les litiges qui y peuvent naître : une juridiction et une police spéciales veillent au maintien de la paix. Il faut délibérer sur les intérêts communs : des assemblées (politiques, législatives) y pourvoient. Le marché est devenu un lieu religieux : il lui faut son culte et ses prêtres. Les organes militaire, judiciaire, politique, religieux, sont institués tantôt par l'ensemble des groupes qui fréquentent le marché, tantôt par un ou par quelques-uns d'entre eux qui y occupent une situation prépondérante¹.

Ce système de *communauté de marché* (*Marktgenossenschaft*) doit nécessairement se transformer et aboutir à une fusion plus ou moins complète des groupes qui fréquentent le marché. Le marché pourvu d'organes communs constitue le centre de cristallisation d'une société nouvelle basée, non plus sur les similitudes, mais sur les différences, et sur la division du travail. Autour du marché s'établissent des marchands, des artisans, etc. La paix (le droit) du marché s'étend à eux d'une manière permanente, et l'on a une *ville*. La ville est un marché dont les établissements sont devenus fixes et dont la paix est devenue permanente. L'agglomération de forme *urbaine* est caractéristique d'une civilisation commerciale. Le marché de la ville (*agora*, *forum*, etc.) demeure pendant long-

1. Hanoteau et Letourneux, *La Kabylie et les coutumes kabyles*, II, p. 73.

temps le centre de la vie commune : à des intervalles réguliers y ont lieu les revues militaires, les assemblées politiques, judiciaires, législatives, les fêtes religieuses de la communauté. La ville est soumise à un droit particulier : c'est le droit commercial primitif, le droit du marché, qui devient *le droit municipal*¹. Le plat pays, au contraire, dans lequel les divisions des différents groupes ne sont pas effacées, reste soumis aux divers droits civils des groupes qui se le partagent. Par exemple, tandis que la propriété foncière est déjà, à la ville, une propriété individuelle, elle est encore une propriété collective dans le plat pays². La forme de société qui se caractérise par une organisation permanente concentrée dans une ville, coexistant avec la segmentation dans le plat pays, porte le nom de *communauté territoriale* (*Territorialgenossenschaft*).

Mais la segmentation s'efface peu à peu. Les religions et les droits particularistes des divers groupes perdent du terrain. L'organisation gagne le plat pays. L'effacement de la segmentation amène le rattachement immédiat à la société de l'individu (qui jusque-là n'y était relié que par l'intermédiaire de son groupe) et la disparition du caractère en quelque sorte contractuel de la solidarité organique. Celle-ci se resserre de plus en plus étroitement, s'impose de plus en plus impérieusement. La similitude des situations des individus à l'égard de la contrainte que cette solidarité leur impose s'exprime dans une croyance commune qui a, par suite, un caractère en quelque sorte religieux. C'est la croyance à une *chose publique*, c'est-à-dire à un intérêt social supérieur à l'intérêt individuel. La chose publique impose des obligations à tous les membres de la société, et elle est sauvegardée à cet effet par une force coercitive organisée qu'on nomme *puissance publique*. Ainsi l'organisation de communauté territoriale se transforme en *organisation sociale* ou *étatique* (*Soziale Organisation*).

En même temps, le système économique progresse de l'économie

1. Sur l'origine des formations urbaines et leurs rapports avec l'institution du marché, on consultera, par exemple, pour les syncrismes grecs, les travaux de Curtius (spécialement l'article *Zur Geschichte der griechischen Stadtmärkte*, dans *Archäologische Zeitung*, VI, 1848, p. 292 et suiv.) ; — pour les villes du moyen âge : Sohm, *Die Entstehung des deutschen Städtewesens*, 1891 ; Huvelin, *Droit des marchés et des foires*, ch. viii (Les formations municipales). Cf. Pirenne, *L'origine des constitutions urbaines*, dans *Revue Historique*, 1893 : *Villes et marchés*, *ibid.*, 1898.

2. Cf. à Rome le contraste qui existe entre les terres gentiles, communes entre toutes les familles de la *gens*, et les *heredia* urbains, qui appartiennent individuellement à chaque chef de famille.

urbaine (Stadtwirtschaft) à l'économie nationale (*Nationalwirtschaft*). Le commerce est devenu un instrument *interne* de vie économique pour la nation.

Il demeure d'ailleurs en même temps pour elle un instrument *externe* de vie économique. Les sociétés organisées ne peuvent pas vivre dans l'isolement, quand leur volume s'accroît. De même que les groupes segmentaires ont dû nouer des relations entre eux, les sociétés organisées ont dû entrer en contact les unes avec les autres ou avec des sociétés moins avancées qu'elles ont subjuguées économiquement ou politiquement (système des *comptoirs* ou des *colonies*)¹. De nouveaux cercles de commerce international se sont superposés au cercle du commerce national; l'économie *internationale* a rayonné au-dessus de l'économie nationale. Ces formes extensives des relations économiques ont amené la création de marchés internationaux nouveaux et la conclusion, expresse ou tacite, par les sociétés organisées, jusque-là isolées, de conventions de paix (conventions ou traités d'hospitalité publique). Ces conventions sont même devenues assez fréquentes pour qu'elles soient sous-entendues dans les rapports ordinaires des sociétés civilisées. La paix est leur état normal. Elles peuvent cependant dénoncer encore le pacte de paix et revenir volontairement à l'état de guerre. Mais le fait que la paix est considérée comme la règle, la guerre comme l'exception, suffit à établir l'existence d'une solidarité organique grandissante entre ces sociétés. Les conventions *actuelles* de paix n'ont guère pour but que de rétablir une paix qui a existé et qui a été rompue, ou de modifier les conditions d'une paix préexistante (traités, — spécialement traités de commerce)². Le terme de cette évolution est l'apparition d'un *commerce mondial* et d'une *économie commerciale mondiale*. La solidarité organique s'étend de proche en proche. On peut prévoir qu'une époque viendra, quelque éloignée qu'elle puisse être, où la paix encore temporaire qui unit les nations deviendra permanente, et où l'accession à cette paix cessera d'être volontaire, pour s'imposer au nom d'un intérêt commun supérieur. On s'acheminera vers une *organisation sociale mondiale*.

1. Ce système qui, pour M. Thaller (*Place du commerce*, p. 48 et suiv.), représenterait le système primitif, nous paraît nécessairement assez récent, car il suppose une société au moins (celle qui porte le commerce au dehors) parvenue à un plein essor commercial.

2. Leur principal objet est, à l'origine, d'écarter les représailles ou de les limiter, en leur substituant des procédures moins brutales d'exécution et de contrainte. Arias, *I trattati commerciali della repubblica fiorentina*, I, 1901.

VII

A cette évolution économique et sociale correspond une transformation profonde du droit commercial et du droit civil.

Si l'on examine leurs rapports respectifs, au sein d'une société organisée, on constate qu'il n'y a plus entre eux de séparation arrêté, puisqu'ils ne se meuvent plus dans des sphères distinctes. On peut donc voir, selon les besoins de la pratique, les institutions empruntées aux deux droits se combiner sur le même terrain, concourir ou s'exclure. En général celles du droit commercial l'emportent parce qu'elles correspondent à une division du travail plus accentuée : elles triomphent précisément dans les matières où le progrès de la division du travail est en jeu. Ainsi dans le droit de propriété, la propriété individuelle éclipse la propriété collective ; dans le droit des obligations le formalisme disparaît progressivement. Le droit civil résiste mieux dans les institutions familiales par exemple. Certaines institutions empruntées au droit civil sont peu à peu modelées par le commerce et adaptées aux besoins nouveaux : ainsi la communauté familiale primitive devient contractuelle et donne naissance à la société de commerce. D'autres fois une institution civile se double d'une institution commerciale correspondante, plus souple et plus plastique : ainsi la lettre de change naît à côté de l'*instrumentum ex causa cambii*, ou, d'une façon plus générale, l'effet de commerce, à côté de l'instrument civil.

Le résultat de ces actions et de ces réactions est le suivant :

Le droit civil des sociétés organisées n'a plus de caractère religieux depuis que s'est dégagée la croyance à un droit fondé sur l'intérêt social. Il témoigne, à vrai dire, quelque défaveur aux étrangers, mais il ne les exclut pas complètement ¹. Il traduit ordinairement ses manifestations sous une forme plus ou moins sacramentelle, mais cela n'est pas absolu. S'il reste répressif en certaines matières, il est plus généralement restitutif ².

1. Lyon-Caen et Renault, *Traité* ³, I, p. 7-8.

2. Tout ceci, bien entendu, est présenté en raccourci. Il faudrait montrer comment la partie de l'ancien droit civil qui est réputée reposer sur l'intérêt public s'en est séparée sous le nom de *droit pénal*.

En sens inverse, le droit commercial n'est plus exclusivement restitutif; il est aussi répressif, et pourvu de sanctions organisées internes. Il devient formaliste en quelques matières (Effets de commerce)¹. Il perd son caractère purement international, car, dans le sein de la nation, l'autonomie des groupes segmentaires a disparu. Il devient un droit national, au moins pour partie, et ne se distingue point par là du droit civil nouveau². On a réservé le nom de *droit international* à l'ensemble des institutions juridiques par lesquelles peuvent se résoudre les conflits qui surgissent entre deux états, soit qu'il s'agisse de leurs intérêts propres (*Droit international public*), soit qu'il s'agisse des intérêts privés de leurs sujets (*Droit international privé*). Ce droit international, issu de la solidarité organique qui tend à unir les nations autonomes, embrasse une partie des institutions que comprenait l'ancien droit commercial des groupes segmentaires. Le droit commercial actuel conserve seulement de son caractère international ancien une généralité d'application, une aptitude à l'unification que ne comporte pas le droit civil³ et qui permet d'envisager le jour où l'on arrivera à un droit du commerce uniforme pour des sphères économiques de plus en plus larges⁴.

Il n'y a donc plus vraiment de critérium *juridique* de la distinction du droit civil et du droit commercial. Comment expliquer dès lors que cette distinction subsiste alors que ses bases historiques ont disparu?

C'est qu'à défaut d'une raison d'être *juridique*, la distinction du droit civil et du droit commercial a encore une raison d'être *économique*. Il subsiste un trait du contraste que nous avons signalé. A la différence du droit civil, le droit commercial est individualiste; il considère la volonté individuelle comme le facteur fondamental de la distribution des richesses; ses institutions sont celles par lesquelles cette volonté se manifeste avec le maximum de liberté, donc celles qui permettent aux richesses de circuler le plus aisément.

Le droit commercial se présente ainsi comme *le droit de la richesse circulante et des agents de sa circulation*; le droit civil

1. Thaller, *Place du commerce*, p. 30.

2. Thaller, *Place du commerce*, p. 54 et suiv.

3. Goldschmidt, p. 11; Thaller, *Place*, p. 9.

4. Cohn, *Die Anfänge eines Weltverkehrsrechts (Drei rechtswissenschaftliche Vorträge, 1888)*.

comme le droit de la richesse immobile et des titulaires de cette richesse. De là vient que l'un s'applique surtout (mais non exclusivement) aux meubles, et l'autre aux immeubles. La circulation est une notion qui manque de contours définis; elle est susceptible de plus ou de moins. Cela explique les incertitudes de la distinction actuelle de l'acte de commerce et de l'acte non commercial. Cela explique aussi pourquoi notre Code de commerce français, ne pouvant définir l'acte de commerce, s'en est tenu à une énumération dont toute idée générale paraît absente¹, et pourquoi les juriscultes qui recherchent le lien doctrinal que le législateur n'a pas indiqué ne peuvent aboutir qu'à des définitions purement économiques mettant plus ou moins en relief l'idée de circulation².

Le domaine du droit commercial ainsi compris est susceptible de s'accroître aux dépens de celui du droit civil, car la richesse circulante peut s'accroître aux dépens de la richesse immobile. Le phénomène de mobilisation des valeurs considérées comme les moins aptes à circuler, et notamment de la propriété foncière, a souvent été mis en relief: les immeubles représentés par des parts sociales ou par certains titres (livres fonciers) deviennent susceptibles de circuler et d'entrer indirectement dans la clientèle du droit commercial³. Et le droit civil emprunte de plus en plus les institutions du droit commercial. C'est par exemple la procédure commerciale de la faillite qui s'étend dans certains pays aux non-commerçants, ce sont les clauses commerciales à ordre ou au porteur qui s'introduisent dans les titres civils; ce sont les formes commerciales qui peuvent être adoptées par des sociétés ayant un objet civil⁴, etc. L'empreinte mercantile du droit civil devient assez

1. Code de commerce, art. 632-633. Lyon-Caen et Renault, *Traité*³, I, p. 3.

2. Thaller, dans les *Annales de droit commercial*, 1895; *Traité élémentaire*, Introduction, notamment p. 15. Cf. Goldschmidt, I, p. 1: Handel ist die den Güterumlauf vermittelnde Erwerbsthätigkeit. MM. Lyon-Caen et Renault (*Traité*³, I, p. 101), tout en critiquant la formule de M. Thaller, sont amenés pourtant à reconnaître que les actes de commerce « ne trouvent pas leur définition dans des conditions absolues de droit et de justice », et qu'ils « sont soustraits au droit commun pour des raisons d'utilité pratique. Ainsi, ajoutent-ils, dans les idées des rédacteurs du Code, le billet à ordre rend moins de services que la lettre de change; aussi n'est-il pas nécessairement un acte de commerce, tandis qu'il en est autrement de la lettre de change ». Or, s'il rend moins de services pratiques, n'est-ce pas tout simplement parce qu'il se prête à une circulation moindre?

3. Cf. Thaller, *Place du commerce*, p. 38.

4. Thézard, *De l'influence des relations commerciales sur le développement du droit privé* (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1873-74, p. 103, 166 et 250).

profonde pour qu'on puisse prévoir qu'un temps approche sans doute où il n'y aura plus de ligne de démarcation tranchée entre la richesse immobile et la richesse circulante, et où toutes les richesses seront également aptes à circuler. Le droit civil et le droit commercial pourront alors se fondre. Cette fusion est accomplie plus ou moins complètement dans certains pays étrangers (Suisse; Grande-Bretagne) ¹.

VIII

Résumons les résultats auxquels nous sommes parvenus.

Le commerce est un système de distribution économique qui correspond à des formes sociales de transition, échelonnées entre le type segmentaire et le type organisé. Ces formes sociales sont issues d'une division du travail économique s'opérant *dans l'espace* (spécialisation des centres de production, des voies de transit, des centres de distribution, etc.). Le commerce permet de réaliser la division du travail malgré l'obstacle de l'espace; il fait *circuler* les produits. Le droit commercial permet de réaliser la division du travail malgré l'obstacle des hommes. Il assure la sécurité et la solidité matérielle des conventions, mais il laisse subsister l'inégalité économique des contractants, et par là, il manifeste encore son caractère originaire de droit limité *entre ennemis*.

Cela posé, qu'arrive-t-il lorsque les formes transitoires où se marque encore la segmentation primitive disparaissent et que l'organisation est poussée plus avant? On peut prévoir une régression du commerce et du droit commercial. Cette régression se réalise. Comme il arrive vers le sommet de toute courbe ascendante, on perçoit dès maintenant la menace d'une chute.

La division du travail ne produit en effet ses résultats et n'engendre la solidarité organique que lorsqu'elle est spontanée. C'est, sous une autre forme, la même idée que nous avons exprimée lorsque nous avons indiqué que le droit commercial, expression d'une forme déterminée de division du travail, repose essen-

1. Thaller, *Place du commerce*, p. 97, 98; Lyon-Caen et Renault, *Traité* ³, p. 7; Gauffre, *Essai sur une tendance actuelle à l'unification du droit civil et du droit commercial*, 1898; Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé*, 1899, p. 551. Cf. Goldschmidt, I, p. 10, n. 3.

tiellement sur la volonté. Or la division du travail n'est spontanée qu'autant qu'il n'y a aucune inégalité dans les conditions extérieures de la lutte¹. Le droit commercial n'apporte par lui-même², nous l'avons dit, aucun correctif aux conditions inégales de la lutte économique. Bien plus, il a contribué à établir l'une des sources les plus fécondes qui soient d'inégalité, la propriété individuelle. Il est clair qu'entre celui qui possède et celui qui ne possède pas, la balance n'est point égale ; l'équilibre nécessaire pour que la division du travail soit génératrice de solidarité est rompu. Le droit commercial est donc le droit d'une division du travail incomplète, et ne sanctionne que des formes incomplètes de solidarité organique. On peut présenter la même idée d'une autre façon : le régime d'hostilité matérielle avait créé l'esclavage, qui exclut toute solidarité entre le maître et l'esclave et n'établit que des relations unilatérales. Le régime d'hostilité économique crée un état de dépendance économique qui n'est pas moins exclusif de toute solidarité.

Or, la rupture de la solidarité est d'autant plus sensible que la division du travail est poussée plus avant. La crise devient particulièrement aiguë lorsqu'un progrès nouveau de la division du travail marque l'avènement d'un système économique différent des systèmes de l'économie naturelle et de l'économie commerciale, et qui se superpose à eux. Je veux parler du système de l'*économie industrielle*.

Qu'appelle-t-on *industrie* ? Il serait trop long d'examiner, avec les développements nécessaires, cette question qui dépasse les bornes strictes de notre sujet. Contentons-nous d'indiquer que, pour nous, l'industrie est le mode de production qui se caractérise par la division du travail portée *dans l'acte même de production*. Cet acte est scindé en un grand nombre de mouvements simples, dont chacun est accompli par des agents spécialisés. Cela entraîne

1. Durkheim, p. 367 et suiv.

2. Il existe à vrai dire parfois certains correctifs au principe de libre concurrence ; mais ces correctifs ne sont pas issus du régime commercial. Ainsi la limitation et la prohibition de l'usure sont très généralement d'origine *religieuse*, donc nationale (Prohibition canonique chez les Musulmans, chez les Chrétiens, etc. On pourrait prouver que la prohibition et la limitation du prêt à intérêt à Rome ont aussi un caractère canonique). Les correctifs que le droit contemporain applique aux excès de la concurrence (répression de la concurrence déloyale, annulation par la jurisprudence de certaines clauses de non-responsabilité, etc.) sont relativement récents et correspondent à des formes de civilisation où l'organisation a dépassé la phase purement commerciale.

comme corollaires l'emploi d'un nombre important d'agents pour un même acte, l'usage possible du machinisme et, partant, la nécessité d'une réunion importante de capitaux. Cette définition est plus étroite que celles qu'on adopte communément. Elle exclut, par exemple, de la sphère de l'industrie, le simple *métier* exercé par un artisan seul ou avec quelques autres artisans. L'artisan n'est pas un industriel.

On comprend aisément quel malaise juridique doit résulter de l'avènement de l'économie industrielle dans un milieu façonné par l'économie commerciale. La division du travail entre les agents et le patron n'est point spontanée, puisqu'elle résulte des capitaux qui manquent aux uns et dont l'autre dispose. Elle n'est donc point génératrice de solidarité; elle ne crée pas une véritable réciprocité de services; elle crée seulement des *relations unilatérales*¹, d'autant plus inégales que la division du travail est plus accentuée. Du moment que celle-ci multiplie les agents et ne demande à chacun d'eux que des mouvements simples, elle fait d'eux des rouages plus infimes et plus facilement interchangeables de l'entreprise. Ainsi, tandis qu'un petit cordonnier hésitera à se défaire de l'ouvrier qui travaille avec lui, le grand fabricant de chaussures n'hésitera pas à renvoyer l'un des ouvriers qui posent des œillets aux brodequins qu'il fabrique.

Il n'y a même pas de solidarité organique entre les agents spécialisés, car il n'y a pas *entre eux* échange de services; il y a seulement apport de services à un tiers. Mais la similitude de leur situation, l'opposition commune de leurs intérêts à ceux du capital fait naître entre eux une conscience collective, donc une solidarité mécanique, qui devient d'autant plus étroite, par une réaction naturelle, que le principe antagoniste d'individualisme est plus accentué.

Il y a donc antinomie entre le droit individualiste issu du commerce (c'est-à-dire d'une division du travail limitée), et une division du travail plus avancée². Le conflit des principes se traduit

1. Cf. un autre aspect de la question dans Durkheim, p. 155.

2. Nous nous séparons ainsi de M. Durkheim, qui voit la principale cause du malaise dans l'*anomie*, c'est-à-dire dans l'indétermination juridique des rapports des fonctions spécialisées. En réalité, il n'y a pas *anomie* (absence de règles), mais *antinomie* (opposition de règles), adaptation à une situation nouvelle de règles préexistantes qui ne lui conviennent pas. Ainsi le contrat de travail industriel est réglementé, mais il l'est par le Code civil qui n'a pas prévu le développement de l'industrie au XIX^e siècle. En réalité

extérieurement par des conflits entre le capital, d'une part, et la masse des agents unis par la solidarité mécanique de l'autre.

La fin de cet état de lutte ne peut résulter que de l'avènement d'un droit nouveau réagissant contre le droit individualiste. Ce droit en voie de formation porte le nom de *droit industriel*¹. Il gagne dès maintenant du terrain au fur et à mesure que l'économie industrielle fait tache d'huile. On peut suivre aujourd'hui la pénétration du droit industriel jusque dans les institutions qui se rattachent à l'économie naturelle (pêche, agriculture, élevage, exploitations extractives), et cette pénétration a pour cause le progrès de la division du travail (grandes entreprises, machinisme, etc.) dans cette forme économique.

La réaction du droit industriel contre le droit commercial peut résulter soit d'un accord de volontés, soit d'une contrainte exercée par le pouvoir régulateur de la société. Il existe, dès maintenant, au conflit industriel, des solutions contractuelles et des solutions étatiques. D'un côté se placent les institutions de prévoyance, de mutualité, d'arbitrage, etc., de l'autre, les institutions de tutelle sociale. L'attitude du droit industriel à l'égard du commerce diffère beaucoup selon qu'on considère la partie contractuelle, donc individualiste, ou la partie impérative, donc étatique, de ce droit.

Il n'y a pas d'incompatibilité entre les institutions contractuelles du droit industriel d'une part, le commerce et le droit commercial de l'autre : car ces institutions contractuelles cherchent précisément dans le principe d'individualisme qui est à la base de l'économie commerciale le remède du conflit que le régime industriel fait naître. Les groupements corporatifs, par exemple, ou la coopération (spécialement la coopération de production), ne portent pas atteinte au droit du commerce². Cela n'arrive que si l'intervention sociale dans le système corporatif ou coopératif s'accroît au point de faire disparaître son caractère contractuel. C'est d'ailleurs ce qui se produit de plus en plus, et c'est forcé. On ne saurait guérir l'excès de l'individualisme par l'individualisme même ; le

le droit industriel récent ne bâtit pas sur un terrain vide ; il doit d'abord démolir des règles juridiques anciennes adaptées à d'autres formes de division du travail. De même à d'autres égards : il existe évidemment une morale des rapports entre patron et ouvrier ; mais c'est la morale du commerce, et elle ne suffit pas.

1. Pic, *Traité élémentaire de législation industrielle*, 2^e éd., 1903.

2. Thaller, *Place du commerce*, p. 123.

remède engendre les mêmes ruptures de solidarité que le mal. L'homéopathie réussit peu en matière sociale.

Il y a, par contre, incompatibilité entre les institutions étatiques du droit industriel d'une part, le commerce et le droit commercial de l'autre. L'interventionnisme est nécessairement hostile au commerce ; il a pour but de restreindre ou de supprimer la libre concurrence, et d'établir la *paix économique*. Les doctrines socialistes, qui traduisent les aspirations et les espérances extrêmes de l'interventionnisme grandissant, sont logiques lorsqu'elles se prononcent à la fois contre la propriété individuelle, contre la liberté des conventions et contre le commerce, et lorsque, faisant de la société l'unique agent de distribution économique, elles fondent le droit commercial dans le droit administratif¹. Est-ce à dire que l'avenir doit réaliser de tout point les programmes que trace par exemple le collectivisme ? Il serait téméraire de le prédire, surtout quand l'on sait combien les prévisions des doctrines sont fréquemment démenties par les faits. On peut constater seulement une tendance : c'est que le développement de la division du travail, réagissant contre les traditions individualistes issues de l'économie commerciale, paraît devoir limiter le champ du commerce et des institutions commerciales. Jusqu'à quel point ? L'avenir le dira. Cette conclusion, trop flottante au gré de quelques-uns, nous paraît seule prudente.

IX

L'esquisse que nous venons de tracer de l'évolution du droit commercial suffit à marquer le cadre dans lequel se meut l'histoire de ce droit. Ce cadre déborde sensiblement celui où se renfermerait l'histoire des institutions du droit commercial actuel. Il comprend notamment l'histoire des conventions de paix par lesquelles se nouent les premières relations commerciales : hospitalité, trêve des marchés ; système des représailles (droit de marque), traités ; en un mot un ensemble de questions qu'on rattacherait aujourd'hui au droit international ; — puis l'histoire des forma-

1. Thaller, *Place du commerce*, p. 118 et suiv. La large organisation corporative dont M. Durkheim (2^e éd., Préface, p. i-xxxvi) attend le renouvellement de l'ordre juridique et moral dans nos sociétés modernes doit aboutir au même résultat.

tions urbaines et du droit municipal, qu'on rattacherait au droit administratif; — puis l'histoire de l'individualisme dans le droit privé (propriété individuelle; décadence du formalisme; contrats consensuels, à sanction restitutive) qu'on rattacherait au droit civil. A ces matières qui sortent de la sphère du droit commercial contemporain se joint l'histoire encore extrêmement vaste des institutions qui rentrent dans cette sphère (par exemple : sociétés, effets de commerce, faillites, juridictions commerciales, etc.).

Un essai de synthèse de ce vaste ensemble devrait naturellement comprendre trois parties :

1^o Une partie consacrée aux *Sources*. Elle se diviserait en deux sections : A. Une théorie générale des *sources juridiques* du droit commercial, c'est-à-dire des faits générateurs de ce droit. B. Un tableau de ses *sources historiques*, c'est-à-dire des documents par lesquels nous le connaissons.

2^o Une partie consacrée à l'*Histoire externe* de notre droit, c'est-à-dire à l'examen de l'influence que les différentes manifestations de la vie économique, politique, sociale, ont exercée sur les institutions commerciales. L'histoire externe du droit commercial est donc basée sur l'histoire même du commerce et de la politique commerciale. Elle doit passer en revue les diverses civilisations, et mettre en relief l'importance et les formes que le droit du commerce a prises dans chacune d'elles.

3^o Une partie consacrée à l'*Histoire interne* du droit commercial, c'est-à-dire à l'étude historique de chaque institution commerciale prise séparément, en dégagant la marche générale de cette institution, et les précédents immédiats de sa forme moderne.

Nous suivrons cet ordre même pour exposer les principaux résultats des recherches qui ont été jusqu'ici consacrées à ces questions.

P. HUVELIN.