

**Rethinking Law « à la Belle Epoque » : the french experience.**

(Repenser le droit à la Belle Epoque : l'exemple français)

**University of Macerata**

**2016 may 31 - 1<sup>th</sup> of june**

**Summary**

1. Abstract
2. Reading material
3. Annotated bibliography

## 1. Abstract

This seminar has for objective to introduce the students to a particular moment of the French legal thought in the Belle Epoque. This period particularly rich in legal doctrine extends of the beginning of the third French Republic at the beginning of the World War One.

After an introduction which offers a panorama and elements of understanding, two major authors were selected : It is about François GénY (1861-1959) and about Léon Duguit (1859-1928).

A study of certain texts of these authors will be propose to understand better the doctrinal stakes and the legal and social ideas of this period which opens the way in the 20<sup>th</sup> century both France as in Europe or the United States.

## 2. Reading material

### INTRODUCTION

#### §1 HISTORY OF LEGAL THOUGHT : AN ESSAY OF DEFINITION

Nader Hakim and Fatiha Cherfouh, « L’histoire de la pensée juridique contemporaine : hétérogénéité et expansion », dans *L’Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, en collaboration avec Fatiha Cherfouh, sous la dir. de Bernard d’Alteroche et Jacques Krynen, éd. Garnier, 2014, p. 117-143. **On internet : Academia.edu**

#### “L’histoire de la pensée juridique contemporaine : hétérogénéité et expansion

Faire un état des lieux de l’histoire de la pensée juridique contemporaine est une chose des plus délicates à réaliser, surtout lorsqu’il s’agit de territoires nouveaux et de nouvelles perspectives. Et ce, y compris dans le cadre d’une discipline aussi ancienne et vénérable que l’histoire du droit. Aussi souhaitons nous simplement poser quelques jalons<sup>1</sup>.

À titre liminaire, il nous est agréable de préciser que cette modeste présentation n’aurait pu voir le jour sans l’aimable participation des collègues qui nous ont fait l’amitié de répondre à quelques questions relatives à l’enseignement de la matière et à leurs conceptions et méthodes personnelles<sup>2</sup>. Sans être une restitution intégrale de leurs réponses et tout en restant sous l’entière et pleine responsabilité de ses signataires, le présent propos souhaite rendre compte tant du développement de l’histoire de la pensée juridique contemporaine au sein des Facultés de droit que des interrogations soulevées par ce champ de recherche. Auparavant, deux remarques introductives peuvent être faites.

Notons tout d’abord le succès, relatif mais bien réel, du champ que l’on peut au moins à titre provisoire et conventionnel nommer : histoire de la pensée juridique contemporaine. Cette branche de l’histoire du droit connaît en effet une expansion notable au sein des Facultés de droit depuis le milieu des années 1980. S’il ne saurait être question de faire commencer l’étude de la pensée juridique à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, ce qui aurait pour fâcheuse conséquence de passer sous silence les travaux antérieurs parmi lesquels, dès la première moitié du siècle, il faut rappeler les analyses, somme toute fondatrices à défaut d’être exemptes de toute critique, de Julien Bonnecase ou d’Eugène Gaudemet, il est indéniable que les études s’attachant au premier chef à l’analyse des auteurs, de leurs idées, constructions et doctrines juridiques ont fleuri depuis l’avant-dernière décennie du XX<sup>e</sup> siècle. Or, il faut remarquer que ces travaux sont d’abord le fait de juristes privatistes (parmi lesquels on peut citer C. Atias, P. Rémy, J-M. Trigeaud) et publicistes (J.-J. Bienvenu, S. Rials), et assez peu des historiens du droit (du moins quantitativement car il faut bien entendu mentionner ici le travail précurseur

---

1 Précisons que le champ objet de notre attention est celui ayant pour cadre les XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles, puisque l’histoire de la pensée et de la doctrine juridiques du XII<sup>e</sup> au XVIII<sup>e</sup> siècles est abordée dans le présent volume par Géraldine Cazals, Patrick Arabeyre, Marie Bassano et Arnaud Vergne.

2 Que soient ici remerciés A.-J. Arnaud, F. Audren, G. Bigot, A.-S. Chambost, C. Chêne, D. Deroussin, J. Ferrand, C. Fillon, F. Garnier, L. Guerlain, J.-L. Halpérin, C. Lecomte, A. Mages, X. Martin, J.-L. Mestre, J-F. Niort, F. Renucci et M. Vidal.

de Michel Villey, d'André-Jean Arnaud ou encore de Jean Gaudemet). Ce n'est qu'ensuite, toujours aux côtés des publications réalisées par les privatistes (C. Jamin et P. Jestaz notamment), publicistes (O. Beaud, P. Gonod, O. Jouanjan, F. Melleray, B. Plessix) et politistes (M. Milet, G. Sacriste...), que les historiens du droit ont davantage investi le champ de l'histoire de la pensée juridique contemporaine<sup>3</sup>.

Il est d'ailleurs remarquable que les historiens du droit ont alors bénéficié du soutien de publications qui vont devenir des lieux privilégiés de cette historiographie. Le rôle en la matière de la revue *Droits. Revue française de théorie juridique* (depuis 1985) est décisif. En liaison directe avec le champ de l'histoire de la pensée juridique, on notera aussi les apports des *Annales d'histoire des Facultés de droit* (depuis 1985) devenues *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, des *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (depuis 1972), de la revue électronique *Clio et Thémis* (depuis 2009) ou encore de l'*Annuaire de l'Institut Michel Villey* (depuis 2009 également).

On assiste dès lors à l'augmentation significative des études estampillées « histoire de la pensée juridique » ou « histoire de la doctrine juridique », fruits de colloques, de séminaires et autres rencontres scientifiques comme d'ouvrages collectifs ou individuels. En l'occurrence, l'apport des mémoires et des thèses de doctorat est notable et ne saurait être négligé malgré l'absence de publication systématique de ces travaux pourtant fréquemment de grande qualité. Si une analyse quantitative reste à faire en la matière, le volume de ces travaux a considérablement augmenté et il n'est pas impossible de considérer que le champ est passé du statut marginal réservé à quelques chercheurs, le plus souvent déjà reconnus, à celui de sous-discipline dont la visibilité est certaine et susceptible d'attirer étudiants et jeunes chercheurs.

Remarquons ensuite le lien intime unissant la recherche en histoire de la pensée juridique et l'enseignement de cette matière dans les Facultés de droit. En l'occurrence, histoire contemporaine et histoire ancienne, médiévale ou moderne ne peuvent être distinguées car la majorité des enseignements réalisés porte sur la longue durée ou laisse l'enseignant choisir une ou plusieurs périodes à privilégier. Si traditionnellement l'histoire de la pensée juridique était présente dans les cours de philosophie, de culture juridique ou de théorie (comme bien sûr dans de nombreux cours d'histoire du droit privé ou public), depuis une petite dizaine d'années sont apparus des enseignements spécialisés à l'initiative d'historiens comme d'ailleurs de privatistes et de publicistes. Ont ainsi été créés pas moins de dix-huit cours consacrés à l'histoire de la pensée juridique dans quinze établissements d'enseignement supérieur<sup>4</sup>, auxquels il convient d'ajouter les enseignements du Master II d'histoire de la pensée juridique issu de la collaboration entre les Universités de Paris Panthéon-Sorbonne et de Paris Descartes.

---

3 Notons ici l'apport considérable des études réalisées à l'extérieur des Facultés de droit françaises. À titre d'exemple, cf. D. R. KELLEY, *Historians and the law in Postrevolutionary France*, Princeton University Press, 1984 ; A. BÜRGE, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, Frankfurt am Main, 1995 ; M. GLÄSER, *Lehre und Rechtsprechung im französischen Zivilrecht des 19. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main, 1996 ; P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milan, 1998.

4 Nos différents sondages révèlent ainsi l'existence de cours intitulés « histoire de la pensée juridique » ou « histoire des doctrines juridiques » à Aix-en-Provence, Avignon, Besançon, Bordeaux IV, Dijon, Grenoble, Lille, Limoges, Lyon 3, Paris Sud et Rouen. Il convient d'y ajouter l'École de droit de Sciences po ainsi que l'École Normale Supérieure, sans oublier les enseignements du Master II de Paris I Sorbonne et Paris V Descartes. Cette liste ne saurait nullement prétendre à la moindre exhaustivité, ne serait-ce qu'en raison de l'existence d'un certain nombre de cours similaires développés par nos collègues privatistes et publicistes qui n'ont pu être consultés.

Cet essor mérite pour le moins d'être souligné. Répondant sans aucun doute à un regain d'intérêt pour le rôle du juriste dans la société et pour la science du droit, ces créations ou transformations témoignent d'une mutation sensible des Facultés de droit et de l'état d'esprit des juristes, historiens ou non, qui y enseignent.

Cet appétit pour un droit qui n'est pas uniquement un ensemble de règles mais aussi objet de discours, de constructions intellectuelles, de débats et finalement de culture assigne ainsi un objectif et une finalité non seulement à ces enseignements qui doivent en quelque sorte « intellectualiser » l'enseignement de la matière juridique, mais également, par ricochet, au champ de recherche qu'il alimente. Il n'en demeure pas moins que le contenu de ces cours et de ces recherches est loin d'être uniforme. D'ailleurs, cette hétérogénéité se remarque à un autre niveau. En effet, malgré la fréquence attestée des travaux consacrés au champ, travaux qui semblent lui donner tant sa légitimité que sa physionomie générale, il convient de souligner l'absence de définition claire et consensuelle tant de la nature que des frontières de ce domaine scientifique. Cette pluralité de dénominations dont il convient de rendre compte se conjugue en outre à une diversité thématique qu'il faut exposer.

### I - Une pluralité de dénominations

Cette difficulté surgit immédiatement lorsque l'on s'intéresse aux travaux produits en la matière. Histoire de la doctrine juridique, histoire de la science juridique, histoire des idées disputent ainsi à l'histoire de la pensée juridique, la désignation des travaux portant parfois sur le même objet, parfois sur des objets proches voire connexes ou, parfois encore, sur des objets assez différents. Il convient en l'occurrence de noter que certaines appellations sont plus larges et extensives que d'autres.

Parler ainsi d'histoire de la pensée juridique renvoie à une histoire tant des acteurs que de leurs œuvres, de leurs idées, de leur culture ou encore de la littérature et des formes littéraires dont ils usent pour exprimer leurs opinions et exposer leurs constructions. Cette dénomination sous-entend que le droit est objet de pensée et peut, à ce titre, provisoirement être comprise comme l'histoire des représentations relatives au droit et des moyens par lesquels ces dernières sont exprimées. Ainsi définie, l'histoire de la pensée juridique est alors tout à la fois histoire des sources du droit, des méthodes, des textes, des hommes, de leur (s) cultures (s) et de leurs idées<sup>5</sup>.

Opter pour l'histoire de la « doctrine juridique »<sup>6</sup> est susceptible de restreindre l'objet de l'analyse en ce que le recours au terme doctrine, si l'on veut être rigoureux, implique de limiter la pensée juridique aux membres de la doctrine juridique qui est le plus souvent définie comme les opinions des juristes et plus particulièrement des professeurs de droit. Si le mot doctrine reste parfois ambivalent comme en témoigne l'usage que l'on retrouve chez Kant dans sa *Doctrine du droit*, il n'en demeure pas moins que les juristes l'emploient, à partir de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, dans le sens à peu près fixé depuis Marcel Planiol

---

5 Paolo Grossi adopte une autre définition stimulante : « Expression spécifique de la culture occidentale, impliquant l'existence d'une dimension juridique spécifique, l'enracinement profond d'un droit lié aux valeurs essentielles d'une société, objet d'une connaissance non pas seulement technique et scientifique, mais de ce plus haut degré de compréhension que les philosophes appellent pensée, d'une pensée cependant ancrée au cœur de l'action humaine » (*Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, dir. A-J. ARNAUD, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, PUF, 1993, p. 426).

6 Pour une présentation de cette problématique, cf. E. MILLARD, « Ce que « doctrine » veut dire », dans *La doctrine en droit administratif*, Paris, Litec, 2010, p. 3-12

il écrit en 1900 : « on appelle doctrine les opinions et les idées émises par les jurisconsultes dans leurs ouvrages »<sup>7</sup>. La doctrine est alors clairement le fait de certains juristes qui expriment leurs opinions dans des textes qualifiés eux-mêmes de doctrinaux ou de littérature proprement doctrinale. Nonobstant cette possible exclusive, reste que la dénomination doctrine juridique, renvoyant par une double métonymie à la fois aux opinions et aux juristes qui en sont les auteurs, permet d'intégrer pleinement la prosopographie et lie irrémédiablement cette histoire à celle des facultés de droit, champ connexe qu'il est nécessaire de parcourir si l'on souhaite comprendre doctrine et pensée juridiques.

Recourir à l'appellation histoire de la science juridique peut sembler davantage se rapprocher de la « pensée juridique » et donc d'une acception large<sup>8</sup>. Notons toutefois qu'il n'est pas impossible de lui donner une connotation plus théorique puisqu'elle suppose que le droit est compris comme une science associée à une méthodologie idoine, ce qui pourrait exclure tous ceux qui ne font pas de science au sens privilégié par l'université ou les cercles académiques (le plus souvent d'ailleurs simplement comme forme de connaissance bien plus que comme méthode précise).

Enfin, préférer l'histoire des idées peut faire prendre le risque de négliger toute prosopographie, voire toute contextualisation pourtant chère à la discipline historique. Aussi n'est-elle que peu utilisée à notre connaissance, sauf peut-être pour associer le champ à l'histoire des idées politiques qui peut s'avérer un allié utile, voire indispensable, tant pensée juridique et politique tendent parfois à se rejoindre.

Quoi qu'il en soit, il est possible de préférer l'expression histoire de la pensée juridique ou, mieux, histoire des pensées juridiques<sup>9</sup> tout en usant de ces sœurs parfois jumelles que sont l'histoire de la doctrine juridique et l'histoire de la science du droit.

En définitive, si la question mérite de toute évidence une réflexion plus approfondie, il n'en demeure pas moins que ces distinctions, apparemment triviales, ont des enjeux méthodologiques, du moins si l'on donne à ces définitions une quelconque valeur heuristique. En l'occurrence, elles peuvent avoir le mérite décisif de distinguer l'histoire de la pensée juridique de l'histoire du droit lui-même car, si l'on admet que le droit a « ses histoires »<sup>10</sup> et s'il convient de ne pas confondre le discours des juristes et le droit positif, ces dénominations ont l'avantage de mettre en exergue une spécificité indéniable. Ajoutons avant de clore ce bref tour d'horizon des désignations possibles de notre champ, qu'on ne peut passer sous silence le cas de la philosophie et de la théorie du droit. Sans revenir sur les circonstances de la naissance et du développement de ces deux disciplines<sup>11</sup>, on ne peut que constater que les frontières entre celles-ci et l'histoire de la pensée juridique sont extrêmement poreuses. Au-delà d'une communauté d'intérêt thématique, le fait que les philosophes et théoriciens du

---

7 *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1900, tome 1, n° 42, p. 14. Dans le même sens, cf. J. CARBONNIER, *Cours de droit civil*, tome 1, *Introduction, Les personnes*, 16<sup>ème</sup> éd. mise à jour, Paris, PUF, 1987, n° 35, p. 188 et G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 6<sup>ème</sup> édition revue et augmentée, 1996, p. 290.

8 Pour des éléments d'analyse, cf. E. PICARD, « "Science du droit" ou "doctrine juridique" », dans *Mélanges offerts à Roland Drago*, Paris, Economica, 1996, p. 119-171.

9 Cf. O. JOUANJAN, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, Paris, PUF, 2005, p. 2. Relevons que cet ouvrage constitue un modèle du genre qu'il convient assurément de méditer.

10 Sur ce point essentiel, cf. J-L. HALPERIN, « Le droit et ses histoires », *Droit et Société*, 2010, n°75, p. 295-313.

11 En la matière, cf. P. AMSELEK, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Archives de Philosophie du droit*, 2001, p. 17-32.

droit empruntent régulièrement la voie de l'exposé diachronique constitue un point de convergence notable. Ces appellations illustrent en toute hypothèse la variété qui règne au sein de ce champ, variété à laquelle fait écho la pluralité d'objets d'étude.

## II - Une variété thématique

Au-delà du recours naturel et traditionnel aux analyses doctrinales dans le cadre des travaux portant sur le droit substantiel, les historiens du droit ont progressivement pris ces analyses pour objets d'étude autonomes. En effet, l'une des caractéristiques de l'histoire de la pensée juridique est qu'elle peut être conçue isolément, déconnectée ou presque d'une branche du droit, mais également s'adosser précisément à l'une d'entre elles. Pour schématiser, et même si certains travaux mêlent naturellement ces aspects, on observe que les études prennent pour objet soit la doctrine, soit les méthodes, soit les idées ou courants, soit enfin la littérature juridique elle-même.

### *Histoire de la doctrine juridique*

Domaine sans doute le plus dynamique de l'histoire de la pensée juridique contemporaine, l'histoire de la doctrine a été investie de manière croissante ces dernières années. L'abondance des sources tant archivistiques qu'imprimées offre en effet à l'historien un réservoir de données assez substantiel lorsqu'il s'agit d'étudier les auteurs de la pensée juridique.

Témoin de cet élan vers la prosopographie, le projet CEDRE regroupe plusieurs historiens du droit dans la confection d'une base de données collationnant diverses informations sur les professeurs de droit français de 1850 à 1950, à l'instar de projets similaires dans d'autres pays. Dans la même veine, il faut citer la parution de l'outil essentiel et innovant qu'est le *Dictionnaire historique des juristes français XII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*<sup>12</sup>.

Portant de manière marginale sur la doctrine juridique dans son ensemble et de manière globalisante<sup>13</sup>, les études s'intéressent bien plus souvent à une fraction de cette dernière. Les travaux d'histoire de la pensée juridique se sont historiquement d'abord tournés vers la doctrine civiliste<sup>14</sup>. Ce primat intellectuel s'est traduit par de nombreuses analyses de la doctrine ayant élaboré puis commenté le Code civil. Il a pu également se concrétiser par des publications portant sur telle ou telle figure doctrinale jugée comme majeure en la matière. C'est notamment le cas d'auteurs comme Jean-Etienne-Marie Portalis, Raymond-Théodore Troplong, Marcel Planiol, Raymond Saleilles ou encore François Gény.

Dans un ordre décroissant d'importance, des travaux sont consacrés à la doctrine sociale *lato sensu*, pénale et commercialiste. Cela reste toutefois sans commune mesure, quantitativement, avec ceux dédiés à la doctrine civiliste : il y a là une traduction encore pérenne de l'ascendant historique que cette dernière a exercé.

---

12 P. ARABEYRE, J-L. HALPERIN et J. KRYNEN, *Dictionnaire historique des juristes français XII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, PUF, Quadrige, 2007.

13 En dehors du travail précurseur d'A-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société, du XIX<sup>e</sup> siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975, cf. notamment les travaux de Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN (surtout *La Doctrine*, Paris, Dalloz, 2004).

14 Parmi d'autres références, on citera A-J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, 1969 ; HALPERIN, Jean-Louis, *L'impossible Code civil*, Paris, 1992 ; N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX<sup>e</sup> siècle*, Paris, LGDJ, 2002.

L'historiographie de la pensée juridique contemporaine est alors révélatrice des rapports de force disciplinaires qui peuvent exister à l'intérieur du droit. En témoigne plus récemment, mais de manière tout aussi dynamique, l'avènement de la doctrine publiciste contemporaine comme objet privilégié d'étude.

Ce qui caractérise de façon remarquable ces dernières recherches est qu'elles sont majoritairement menées par des publicistes et non des historiens du droit. La doctrine en droit administratif a ainsi les faveurs des chercheurs, devant la doctrine constitutionnaliste comme le montre un ouvrage collectif publié très récemment sous l'égide de l'Association française pour la recherche en droit administratif<sup>15</sup>. La majorité des études s'inscrivant dans ce champ sondent les fondements doctrinaux du droit administratif ou optent pour la présentation d'un auteur en particulier. Des ouvrages ont ainsi été très récemment consacrés à Charles Eisenmann<sup>16</sup>, Léon Duguit<sup>17</sup>, Jean Rivéro<sup>18</sup>, Adhémar Esmein<sup>19</sup> ou encore Joseph-Barthélémy<sup>20</sup>.

Qu'il s'agisse de la doctrine privatiste ou publiciste, il faut donc constater un réel engouement pour les monographies dédiées aux auteurs considérés comme illustres. L'attention est d'ailleurs tournée non seulement vers leurs écrits, mais aussi, de plus en plus, vers leur parcours personnel et professionnel, avec un effort pour reconstituer les réseaux et cercles intellectuels à l'intérieur desquels ils évoluent.

Aux côtés de ces travaux sur les « grands juristes », une piste féconde à peine explorée promet des résultats intéressants : celle qui conduit à s'intéresser aux auteurs de moindre renommée. Ces derniers, que l'on peut étudier par le prisme des productions éditoriales de praticiens, d'une revue<sup>21</sup> ou d'une société savante<sup>22</sup>, pourraient être en effet bien plus représentatifs de la doctrine d'une époque que certaines grandes plumes, qui gagnent fréquemment leurs galons d'auteur célèbre au prix d'une certaine originalité par rapport à leurs contemporains.

### *Histoire des méthodes juridiques*

L'histoire des méthodes juridiques ou d'une méthodologie juridique n'est pas un champ suffisamment dense pour constituer une sous-discipline. Il faut toutefois constater que de plus en plus d'études y sont spécifiquement consacrées. Cette thématique naturellement abordée parmi d'autres aspects d'une œuvre ou d'un auteur, tend depuis quelques décennies à gagner en visibilité. En témoignent les intitulés mêmes des recherches qui, s'intéressant à tel ou tel

---

15 *La doctrine en droit administratif*, Paris, Litec, 2010. Cf. également M. TOUZEIL-DIVINA, *La doctrine publiciste 1800-1880. Éléments de patristique administrative*, Paris, La Mémoire du Droit, 2009.

16 N. CHIFFLOT, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, Paris, Dalloz, 2009.

17 F. MELLERAY (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruxelles, Bruylant, 2011.

18 F. MELIN-SOUCRAMANIEN et F. MELLERAY (dir.), *Le professeur Jean Rivéro ou la liberté en action*, Paris, Dalloz, 2012.

19 S. PINON et P.-H. PRELOT (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, 2009.

20 F. SAULNIER, *Joseph-Barthélemy (1874-1945). La crise du constitutionnalisme libéral sous la III<sup>e</sup> République*, Paris, LGDJ, 2004.

21 Cf. entre autres P. CANTO, *La revue de Législation et de Jurisprudence*, thèse droit, Lyon III, dactyl., 1999 ; F. CHERFOUH, *Le juriste entre science et politique : la Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger (1877-1938)*, thèse droit, Bordeaux IV, dactyl., 2010.

22 Pour une étude récente, cf. P.-L. BOYER, *L'Académie de Législation de Toulouse (1851-1958) : un cercle intellectuel de province au cœur de l'évolution de la pensée juridique*, thèse droit, Toulouse, dactyl., 2010.



auteur, contiennent le mot même de méthode. Il en est ainsi des études consacrées à Friedrich Carl von Savigny<sup>23</sup>, Adhémar Esmein<sup>24</sup>, Claude Bufnoir<sup>25</sup> ou Édouard Lambert<sup>26</sup>.

Ne s'adossant pas à une figure doctrinale singulière, certaines études tentent depuis trente ans de sonder les méthodes des juristes. Celles qui ont le plus fréquemment fait l'objet d'attention sont la méthode exégétique, avec un effort de déconstruction du mythe de l'existence d'une École en la matière, la méthode historique et la méthode comparative. Il faut cependant relever que, pour ces deux dernières, ce sont fréquemment les mêmes auteurs qui servent de support, Raymond Saleilles et Édouard Lambert au premier chef, alors même que l'intitulé de la recherche ne le mentionne pas.

### *Histoire des courants ou des idées*

Axe majeur de l'histoire de la pensée juridique connexe au précédent, l'analyse des courants des idées juridiques est investie de manière significative par les chercheurs. Les principaux courants ayant leurs faveurs sont les jusnaturalismes<sup>27</sup>, les différents positivismes<sup>28</sup> et le socialisme juridique<sup>29</sup>. Pour ce qui est des études portant sur les jusnaturalismes et les positivismes, il faut à nouveau souligner tant l'hétérogénéité des travaux réalisés que leur origine, leur paternité revenant fréquemment à des non-historiens. Aux côtés de ces trois courants majeurs, les juristes catholiques sont également un objet récent d'études<sup>30</sup>.

Sans pouvoir analyser la teneur de tous ces travaux, on ne pourra que constater l'intensification des réflexions portant sur l'imbrication du juridique et du politique. On cherche ainsi à mettre en relief non seulement l'engagement politique de tel auteur, les enjeux politiques et idéologiques des différents courants de pensée, mais également les dimensions politiques du discours juridique lui-même, au-delà des déclarations de principes et de la prétendue neutralité affichée par la plupart des juristes.

### *Histoire de la littérature et du discours juridiques*

Une tendance s'accusant clairement depuis moins d'une dizaine d'années pousse ceux qui s'intéressent à la pensée juridique contemporaine à investir deux domaines connexes que sont la littérature et la culture juridiques.

23 J. GAUDEMET, « Histoire et système dans la méthode de Savigny », dans *Sociologie historique du droit*, Paris, PUF, 2000, p. 21-35.

24 J. BOUDON, « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », dans *Le renouveau de la doctrine française : les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX<sup>e</sup> siècle*, dir. N. HAKIM et F. MELLERAY, Paris, Dalloz, 2009, p. 263-279.

25 N. HAKIM, « De l'esprit et de la méthode des civilistes de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle. L'exemplarité de Claude Bufnoir », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, 2008, n° 47, p. 45-75.

26 T. KIRAT, « La méthode de jurisprudence comparative d'Édouard Lambert et son destin tragique », dans *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III<sup>e</sup> République. La faculté de droit de Lyon*, dir. D. DEROUSSIN, Paris, La Mémoire du Droit, 2007, p. 213-233 ainsi que E. LAMBERT, *Le droit civil et la législation ouvrière*, Paris, Dalloz, 2013.

27 Pour ne citer qu'une référence récente, cf. P. JESTAZ, *Droit naturel et positivisme juridique*, Paris, Dalloz, 2013.

28 Les références sont très nombreuses ; parmi elles on citera l'ouvrage un peu ancien mais décisif de C. GRZEGORCZYK, F. MICHAUT et M. TROPER, *Le positivisme juridique*, Paris, LGDJ, 1992.

29 En la matière, cf. notamment les travaux de Carlos Miguel HERRERA.

30 Cf. par exemple le n° 28 de la *Revue française d'histoire des idées politiques*, intitulé « Juristes catholiques » et paru en 2008.

Cet intérêt porté à la littérature juridique permet notamment de décloisonner le travail de l'historien du droit, dans la mesure où il le conduit à mobiliser, si ce n'est des paradigmes, du moins des concepts employés par d'autres disciplines telles que l'épistémologie, la sociologie ou la sémiologie.

Remarquons également que les chercheurs tendent à ne plus se cantonner à une histoire désincarnée des idées ou de la pensée juridiques. Ainsi, concomitamment à une recrudescence des études biographiques, on assiste désormais à une augmentation des réflexions sur les supports du discours des juristes comme sur leur (s) culture (s).

Les formes du discours juridique et les supports éditoriaux par lesquels s'expriment les juristes ont dès lors fait l'objet de plusieurs recherches. Des thèses ainsi que plusieurs articles ont été consacrés aux revues juridiques, soit en les envisageant comme objets autonomes d'analyse, soit à l'aune d'une question juridique particulière. Il y a là un champ d'exploration qui semble prometteur eu égard à l'efflorescence des périodiques juridiques à l'époque contemporaine. Une histoire de l'édition juridique reste ainsi encore largement à faire<sup>31</sup>, même s'il faut souligner ici les lacunes des archives qui grèvent lourdement une telle entreprise.

Le discours juridique, longtemps sondé uniquement dans son fond, est ainsi depuis très peu d'années analysé dans sa forme, les auteurs prenant soin parfois d'en dévoiler les enjeux non négligeables. Un ouvrage collectif a ainsi été dédié à l'écriture des juristes<sup>32</sup> tandis qu'un colloque a été consacré aux traités et manuels de droit<sup>33</sup>. Dans le même ordre, il faut remarquer l'organisation des journées « Genres littéraires et nature du droit » (dont une sixième édition est prévue) par la Société pour l'Histoire des Facultés de droit et dont les actes sont publiés dans la *Revue d'histoire des Facultés de droit*.

Saluons enfin le frémissement très récent des études consacrées à la culture juridique ou aux cultures juridiques<sup>34</sup>. Ce thème éminemment complexe et stimulant marque sans doute un tournant historiographique majeur en ce qu'il démontre tant une montée en généralité qu'un approfondissement considérable de notre connaissance d'une pensée juridique appréhendée comme culture spécifique mais aussi dans une culture et comme un phénomène culturel.

\*

Quoi qu'il en soit, tous ces travaux participent au renouvellement d'une histoire juridique à la fois singulière, achoppant sur ses propres difficultés et sans doute dotée d'une chronologie distincte de celle du droit lui-même, et profondément immergée dans l'ensemble de cette discipline mère qu'est l'histoire du droit. Comme toute histoire et donc comme toute science, elle appelle non seulement une exigence de sources et de méthode, mais également un *corpus* scientifique, une bibliographie, indispensable à l'intelligence d'objets qui dépassent l'entendement des individus isolés. »

---

31 Pour quelques informations sur certains éditeurs juridiques, cf. les études de Valérie Tesnière et de Jean-Yves Mollier.

32 L. GIAVARINI (dir.), *L'écriture des juristes XVIe-XVIIIe siècle*, Garnier, 2010.

33 Colloque international « Des traités aux manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire », Université Paris Descartes, 29-30 mars 2013.

34 Cf. spécialement F. AUDREN et J-L. HALPERIN, *Mythes et réalités de la culture juridique française*, Paris, CNRS, 2013, à paraître.

## §2 THE CLASSICAL THOUGHT : NATURAL LAW AND POSITIVE LAW

### Few abstracts of classical thought:

#### Domitius Ulpianus (170-223)

« Faire du droit impose d'abord de savoir d'où vient ce nom de droit. Il provient de la justice, car, comme l'a défini avec finesse Celse, le droit est l'art du bon et du juste. — 1. À juste titre certains nous appellent « prêtres », car nous cultivons la justice et nous proclamons la connaissance du bon et du juste, séparant le juste de l'inique, distinguant le licite de l'illicite, souhaitant rendre bons les individus, non seulement par la crainte de peines mais aussi par l'encouragement de récompenses, aspirant — si je ne me trompe — à la vraie philosophie, non à la fausse. — 2. Dans cette science, il y a deux branches : le public et le privé. Le droit public, c'est ce qui concerne l'État romain, le privé ce qui intéresse les particuliers. En effet, il est des choses utiles publiquement, d'autres seulement sur le plan privé. Le droit public concerne les choses sacrées, les prêtres, les magistrats. Le droit privé se divise en trois parties, car il est en effet constitué de préceptes naturels, des gens ou civils. — 3. Le droit naturel est ce que la nature a enseigné à tous les animaux. Car ce droit n'est pas propre au genre humain, mais il est commun à tous les animaux qui naissent sur terre ou dans la mer, même aux oiseaux. De là provient l'union du mâle et de la femelle que nous appelons mariage ; de là aussi la procréation des enfants, leur éducation, car nous voyons en effet que tous les autres animaux, même les fauves, sont censés avoir la connaissance de ce droit. — 4. Le droit des gens est celui qui est utilisé par les nations humaines. Il est facile de comprendre ce qui le distingue du droit naturel car, tandis que l'un est commun à tous les animaux, l'autre ne l'est qu'aux seuls hommes. »

— Ulpien, au I<sup>er</sup> livre de ses *Institutes (Digeste)*, 1, 1, 1, 1-4), traduction Frank Roumy.

#### Jean Domat (1625-1696)

*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Nlle éd., 1735, livre préliminaire, titre 1, section 1, 1 :

« Les règles du Droit sont des expressions courtes et claires de ce que demande la justice dans les divers cas. Et chaque règle a son usage pour ceux où sa disposition peut se rapporter. »

*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, livre préliminaire, titre 1, section 1, 2 :

« Les lois ou les règles sont de deux sortes, l'une de celles qui sont du droit naturel et de l'équité, et l'autre de celles qui sont du droit positif, qu'on appelle autrement des lois humaines et arbitraires, parce que les hommes les ont établies. Ainsi c'est une règle du droit naturel, qu'une donation peut être révoquée pour l'ingratitude du donataire, et c'est une règle du droit positif, que les donations entre-vifs doivent être insinuées. »

*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, livre préliminaire, titre 1, section 1, 3 :

« Les règles du droit naturel sont celles que Dieu a lui-même établies, et qu'il enseigne aux hommes par la lumière de la raison. Ce sont ces lois qui ont une justice immuable, et qui est la

même toujours et partout ; et soit qu'elles se trouvent écrites ou non, aucune autorité humaine ne peut les abolir, ni en rien changer. Ainsi la règle qui oblige le dépositaire à conserver et à rendre le dépôt ; celle qui oblige à prendre soin de la chose empruntée, et les autres semblables sont des règles naturelles et immuables qu'on observe partout. »

*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, livre préliminaire, titre 1, section 1, 4 :

« Les règles arbitraires sont toutes celles que les hommes ont établies, et qui sont celles, que sans blesser l'équité naturelle, elles peuvent disposer ou d'une manière, ou d'une autre toute différente. »

Add Paolo Grossi, *L'Europe du droit and other texts in Italian*.

### §3 THE FRENCH REVOLUTION BETWEEN POSITIVISME AND JURISPHOBIA

#### **Adrien Duport (1759-1798) :**

« le jugement est la conclusion d'un syllogisme dont la majeure est le fait et la mineure la loi »

#### **Maximilien de Robespierre (1758-1794) :**

« si la loi peut être interprétée, augmentée ou appliquée au gré d'une volonté particulière, l'homme n'est plus sous la sauvegarde de la loi, mais sous la puissance de celui qui l'interprète ou qui l'augmente »

Add Jean-Louis HALPERIN, « Haro sur les hommes de loi », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°17, 1993, p. 55-65.

### §4 THE FRENCH CODIFICATION AS A REHABILITATION OF THE LAWYERS

#### **Jean-Etienne-Marie Portalis (1745-1807), author of the french civil Code**

*Discours préliminaire sur le projet de Code civil présenté le 1<sup>er</sup> pluviôse an XI par la commission nommée par le gouvernement consulaire*, 1801.

« Toute révolution est une conquête. Fait-on des lois dans le passage de l'ancien gouvernement au nouveau ? Par la seule force des choses, ces lois sont nécessairement hostiles, partiales, éversives. On est emporté par le besoin de rompre toutes les habitudes, d'affaiblir tous les liens, d'écarter tous les mécontents. On ne s'occupe plus des relations privées des hommes entre eux : on ne voit que l'objet politique et général ; on cherche des confédérés plutôt que des concitoyens. Tout devient droit public.

Si l'on fixe son attention sur les lois civiles, c'est moins pour les rendre plus sages ou plus justes, que pour les rendre plus favorables à ceux auxquels il importe de faire goûter le régime qu'il s'agit d'établir. On renverse le pouvoir des pères, parce que les enfants se prêtent

davantage aux nouveautés ? L'autorité maritale n'est pas respectée, parce que c'est par une plus grande liberté donnée aux femmes, que l'on parvient à introduire de nouvelles formes et un nouveau ton dans le commerce de la vie. On a besoin de bouleverser tous les systèmes des successions, parce qu'il est expédient de préparer un nouvel ordre de citoyens par un nouvel ordre des propriétaires. A chaque instant, les changements naissent des changements ; et les circonstances, des circonstances. Les institutions se succèdent avec rapidité, sans qu'on puisse se fixer à aucune ; et l'esprit révolutionnaire se glisse dans toutes. Nous appelons esprit révolutionnaire, le désir exalté de sacrifier violemment tous les droits à un but politique, et de ne plus admettre d'autre considération que celle d'un mystérieux et variable intérêt d'Etat.

Ce n'est pas dans un tel moment que l'on peut se promettre de régler les choses et les hommes, avec cette sagesse qui préside aux établissements durables, et d'après les principes de cette équité naturelle dont les législateurs humains ne doivent être que les respectueux interprètes. »

« Les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites ; qu'il faut être sobre de nouveautés en matière de législation, parce que s'il est possible, dans une institution nouvelle, de calculer les avantages que la théorie nous offre, il ne l'est pas de connaître tous les inconvénients que la pratique seule peut découvrir ; qu'il faut laisser le bien, si on est en doute du mieux ; qu'en corrigeant un abus, il faut encore voir les dangers de la correction même, qu'il serait absurde de se livrer à des idées absolues de perfection, dans des choses qui ne sont susceptibles que d'une bonté relative ; qu'au lieu de changer les lois, il est presque toujours plus utile de présenter aux citoyens de nouveaux motifs de les aimer ; que l'histoire nous offre à peine la promulgation de deux ou trois bonnes lois dans l'espace de plusieurs siècles ; qu'enfin, il n'appartient de proposer des changements qu'à ceux qui sont assez heureusement nés pour pénétrer, d'un coup de génie, et par une sorte d'illumination soudaine, toute la constitution d'un Etat. »

« Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir aux magistrats. Car les lois une fois rédigées demeurent telles qu'elles ont été écrites. Les hommes, au contraire, ne se reposent jamais ; ils agissent toujours : et ce mouvement, qui ne s'arrête pas, et dont les effets sont diversement modifiés par les circonstances, produit, à chaque instant, quelque combinaison nouvelle, quelque fait nouveau, quelque résultat nouveau.

Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges.

L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit : d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière.

C'est au magistrat et au jurisconsulte, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application.

De là, chez toutes les nations policées, on voit toujours se former, à côté du sanctuaire des lois, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines qui s'épure journallement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation.

On fait à ceux qui professent la jurisprudence le reproche d'avoir multiplié les subtilités, les compilations et les commentaires. Ce reproche peut être fondé. Mais dans quel art, dans

quelle science ne s'est-on pas exposé à le mériter ? Doit-on accuser une classe particulière d'hommes, de ce qui n'est qu'une maladie générale de l'esprit humain ? Il est des temps où l'on est condamné à l'ignorance, parce qu'on manque de livres, il en est d'autres où il est difficile de s'instruire, parce qu'on en a trop.

Si l'on peut pardonner à l'intempérance de commenter, de discuter et d'écrire, c'est surtout en jurisprudence. »

« Il serait, sans doute, désirable que toutes les matières pussent être réglée par des lois.

Mais à défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi. Quand on n'est dirigé par rien de ce qui est établi ou connu, quand il s'agit d'un fait absolument nouveau, on remonte aux principes du droit naturel. Car si la prévoyance du législateur est limitée, la nature est infinie ; elle s'applique à tout ce qui peut intéresser les hommes.

Tout cela suppose des compilations, des recueils, des traités, de nombreux volumes de recherches et de dissertations.

Le peuple, dit-on, ne peut, dans ce dédale, démêler ce qu'il doit éviter ou ce qu'il doit faire pour avoir la sûreté de ses possessions et de ses droits.

Mais le code, même le plus simple, serait-il à la portée de toutes les classes de la société ? Les passions ne seraient-elles pas perpétuellement occupées à en détourner le vrai sens ? Ne faut-il pas une certaine expérience pour faire une sage application des lois ? Quelle est d'ailleurs la nation à laquelle des lois simples et en petit nombre aient longtemps suffi ?

Ce serait donc une erreur de penser qu'il pût exister un corps de lois qui eût d'avance pourvu à tous les cas possibles, et qui cependant fut à la portée du moindre citoyen.

Dans l'état de nos sociétés, il est trop heureux que la jurisprudence forme une science qui puisse fixer le talent, flatter l'amour-propre et réveiller l'émulation. Une classe entière d'hommes se voue dès lors à cette science, et cette classe, consacrée à l'étude des lois, offre des conseils et des défenseurs aux citoyens qui ne pourraient se diriger et se défendre eux-mêmes, et devient comme le séminaire de la magistrature ».

### **Charles Demolombe (1804-1887) French professor in the University of Caen**

Charles Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, tome 1, *De la publication, des effets et de l'application des lois en général ; de la jouissance et de la privation des droits civils ; des actes de l'état civil ; du domicile*, A. Durand et L. Hachette et Cie, 2e éd. 1860.

Titre préliminaire :

« Il est un certain nombre de grands principes et de vérités fondamentales, sur lesquels repose la législation toute entière. » n° 1.

« La loi est une règle établie par l'autorité qui, d'après la Constitution politique, a le pouvoir de *commander*, de *défendre* ou de *permettre* dans toute l'étendue de l'Etat.

La loi véritable et proprement dite, la loi qui fait l'objet de nos études comme juristes, est donc une règle sanctionnée par la puissance publique, une règle civilement et juridiquement obligatoire.

Le droit est le résultat, ou bien encore l'ensemble et la collection de ces règles. » n° 2.

« La religion, la morale, la philosophie, aussi bien que la législation, se proposent de tracer aux hommes des règles d'action et de conduite, auxquelles dès lors cette définition de la loi peut également convenir ; aussi, est-il arrivé que beaucoup de préceptes de philosophie, de morale, de religion même, très-vrais assurément et très-respectables, mais qui enfin ne sont pas des *lois*, ne sont pas du *droit*, suivant l'acception technique et juridique de ces mots, ont cependant trouvé place, non pas sans quelque confusion, dans les livres de jurisprudence [...] Il est facile de voir que ces maximes générales, ainsi formulées, constituent des préceptes de *morale*, mais non pas des règles de *droit*, c'est-à-dire des règles légalement et juridiquement obligatoires. » n° 3.

« Ce n'est qu'autant que la puissance publique a imprimé son autorité et sa sanction à ces préceptes, que l'accomplissement extérieur peut en être exigé.

La suprême mission du législateur est précisément de concilier le respect dû à la liberté individuelle des citoyens avec le bon ordre et l'harmonie morale de la société. » n° 4.

« Le droit naturel est :

1° Préexistant et obligatoire, indépendamment de toute promulgation ;

2° Universel et applicable en tous les lieux et à tous les hommes, sans distinction de pays et de nationalité ;

3° Enfin, immuable et de tous les temps, il ne peut pas être abrogé, changé.

Le droit positif est différent :

1° Il dérive de la volonté du législateur humain, qui ne peut être connue et obligatoire que par la promulgation ;

2° Il est local et particulier, application seulement aux citoyens du même Etat ;

3° Enfin il est variable, susceptible de changement et d'abrogation. » n° 6.

Au sujet de la distinction du droit naturel et du droit positif :

« il me semble qu'il serait plus exact, plus logique, et aussi plus prudent de dire que la loi véritable, c'est-à-dire la règle civilement obligatoire, est toujours positive, et que, sous ce rapport, nous n'avons qu'une espèce de droit, qu'une espèce de lois, savoir : le droit, les lois, sanctionnées par la puissance publique.

Parmi ces lois, il est vrai, les unes, les plus nombreuses, les plus essentielles, ne sont que la consécration de ces grandes règles d'humanité, de sociabilité que Dieu a gravées dans tous les cœurs, et qui sont les conditions communes de l'existence et du développement de toutes les associations, de toutes les relations humaines : comme les lois sur le mariage, sur la famille, sur la propriété, sur la plupart des conventions, etc., etc. Les autres, plus accidentelles, plus spéciales, sont, par cela même aussi, l'œuvre plus arbitraire, la création plus immédiate du législateur humain.

Cette distinction est profonde et considérable sans doute ; et elle devra exercer, en effet, une grande influence dans l'*interprétation*, dans l'*application*. Mais je crois aussi qu'elle ne serait plus exacte et qu'elle pourrait devenir dangereuse, si on voulait en faire résulter une source principale et directe, une cause indépendante et immédiate de règles civilement obligatoires, c'est-à-dire des lois véritables, en dehors et à côté des lois sanctionnées par la puissance publique. » n° 8.

« je crois devoir pourtant signaler encore un autre danger de la doctrine qui accorde aux règles du droit naturel une puissance obligatoire, nécessairement et indépendamment de la sanction législative.

C'est que, selon moi, il ne convient pas d'attribuer au droit naturel ces caractères absolus, qui le représentent comme un droit préexistant, toujours immuable, toujours universel.

N'est-ce pas là effectivement raisonner en philosophe, en moraliste plutôt qu'en juriste ? [...]

Le juriste, en effet, ne doit pas s'attacher à un modèle plus ou moins parfait, à un type plus ou moins idéal ; il ne doit pas considérer les règles des actions humaines a priori, d'une manière abstraite, absolue, spéculative, mais bien relativement à l'état présent de la société, à ses besoins, à ses mœurs et aux lois positives elles-mêmes, qui la gouvernent. Le droit naturel pour lui n'est pas toujours le meilleur ni le plus excellent peut-être ; mais c'est le droit naturel possible, praticable, réalisable ; c'est celui surtout qui se conforme et s'assimile le mieux à l'esprit, aux principes et aux tendances générales de la législation écrite ; et voilà pourquoi je pense que c'est toujours dans cette législation même qu'il faut puiser, directement ou indirectement, toutes les règles des solutions juridiques » n° 10.

« Le but essentiel des lois positives est précisément de prévenir, à cet égard, l'incertitude et l'arbitraire, en déterminant, parmi les règles si nombreuses et quelquefois mêmes [sic] si controversées du droit naturel, celles qui deviendront lois ! celles qui seront *légalement* obligatoires ! » n° 10.

Add Jean-Louis HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, 1996, rééd. PUF Quadrige 2001, 2<sup>e</sup> éd. PUF Quadrige, 2012.

## §5 HISTORICAL CONTEXT : “LA BELLE EPOQUE”

Nader Hakim and Fabrice Melleray, « La Belle Epoque de la pensée juridique française », dans *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX<sup>e</sup> siècle*, Dalloz, 2009, p. 1-12. **On internet : Academia.edu**

## Présentation

### La Belle Epoque de la pensée juridique française

L'histoire de la pensée juridique bénéficie depuis les années 1980 d'un regain d'intérêt dans les Facultés de droit<sup>35</sup>, situation qui n'est peut-être pas totalement sans rapport avec le sentiment de crise que connaissent les membres de la doctrine juridique, notamment les professeurs<sup>36</sup>.

Cette histoire a ainsi été en partie revisitée, les traditionnels exposés confinant à la mémoire et les travaux davantage instrumentaux comme ceux d'Eugène Gaudemet<sup>37</sup> ou de Julien

<sup>35</sup> V. l'article fondateur de Philippe Rémy, « Éloge de l'Exégèse », *Droits*, n°1, *Destins du droit de propriété*, 1985, p.115-123 (article également publié dans la *Revue de la recherche juridique-Droit prospectif*, 1982, n°2, p.254-262).

<sup>36</sup> Sur ce sentiment récurrent, v. not. Jean-Denis BREDIN, « Remarques sur la doctrine », dans *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, 1981, p.111-123, et le n°20 de la revue *Droits (Doctrine et recherche en droit)*, 1994) ainsi que *La doctrine juridique*, PUF, 1993.

<sup>37</sup> V. Philippe Jestaz et Christophe Jamin, « En relisant Eugène Gaudemet », présentation de *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804* (1935), La Mémoire du Droit, 2002, p.9-36.



Bonnecase<sup>38</sup> cédant désormais la place à une historiographie non exempte de parti pris ni de polémique, mais tendant à la fois à désacraliser les mythes fondateurs<sup>39</sup> et à dévoiler les ressorts et la complexité de la doctrine française contemporaine.

Le renouvellement de l'histoire de la pensée juridique est également lié au recours aux archives qui permettent d'étayer l'étude des oeuvres juridiques. Ces nouvelles sources de type archivistique, papiers personnels et lettres notamment, tendent ainsi à orienter les travaux en la matière vers l'étude des parcours personnels, des réseaux, des « communautés de pratiques »<sup>40</sup> et des jeux d'influence et d'opposition<sup>41</sup>. L'histoire des idées, des pensées et des méthodes s'enrichit de la sorte de nouveaux apports susceptibles d'éclairer la construction de cet ensemble singulier que constitue la pensée juridique française ou la doctrine juridique française, selon que l'on insiste sur les « énoncés » ou que l'on entende mettre l'accent sur la « force des propositions doctrinales » ou sur les « formes de l'énonciation du discours savant »<sup>42</sup>.

Cet ouvrage, dont le titre illustre l'intérêt des auteurs pour une histoire des idées, souhaite toutefois s'inscrire dans un mouvement tendant à proposer, concomitamment et tant que faire se peut, une histoire de la doctrine, histoire qui n'exclut aucune des sources disponibles et qui résulte de la conscience tant de l'immersion, au demeurant évidente mais souvent négligée, de la science juridique dans l'ensemble des pratiques et des savoirs, que de la tâche particulière des juristes et des spécificités de la doctrine juridique.

C'est dans cette perspective qu'une période particulièrement riche et propice à la prospection, la Belle Époque, a été choisie et que dix auteurs ont été sélectionnés.

Reste alors à justifier ces choix.

## I. Pourquoi cette période ?

Comme l'a parfaitement montré Christophe Jamin<sup>43</sup>, le passage du XIX<sup>ème</sup> au XX<sup>ème</sup> siècle est un tournant extrêmement important. Il constitue en effet un moment politique (A) et, ceci expliquant en partie (mais pas complètement) cela, doctrinal (B) essentiel.

<sup>38</sup> V. Nader Hakim, « Julien Bonnecase : historien de la science juridique ? », dans *Histoire de l'histoire du droit, Actes des Journées internationales de la Société d'Histoire du Droit (Toulouse, 1-4 juin 2005)*, Textes réunis par Jacques Poumarède, *Études d'histoire du droit et des idées politiques*, n°10/2006, p.291-302.

<sup>39</sup> Par exemple, pour les origines de l'histoire du droit, v. Frédéric Audren, « Écrire l'histoire du droit français : Science du politique, histoire et géographie chez Henri Klimrath (1807-1837) », dans *Histoire de l'histoire du droit...*, préc., p.113-131.

<sup>40</sup> Frédéric Audren, « La Belle Époque des juristes catholiques (1880-1914) », *Revue française d'histoire des idées politiques*, n°28, *Juristes catholiques*, 2008, p.233-271.

<sup>41</sup> Pour un exemple d'étude, v. Frédéric Audren et Marc Milet, « Maurice Hauriou sociologue. Entre sociologue catholique et physique sociale », préface aux *Écrits sociologiques* de Maurice Hauriou, Dalloz, 2008, p.V-LVII.

<sup>42</sup> Frédéric Audren et Catherine Fillon, « Louis Josserand ou la construction d'une autorité doctrinale », *Revue trimestrielle de droit civil*, n°1, 2009, à paraître.

<sup>43</sup> V. not. « L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine positiviste à la charnière des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, p.815-827, Philippe Jestaz et Christophe Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, spécialement p.95 et s. et Christophe Jamin, et Pierre-Yves Verkindt, « Droit civil et droit social : l'invention du style néoclassique chez les juristes français au début du XX<sup>e</sup> siècle », dans *Le droit civil, avant tout un style ?*, sous la dir. de Nicholas Kasirer, Les éditions Thémis, 2003, p.101-120. V. également Olivier Motte, *Lettres inédites de juristes français du XIX<sup>e</sup> siècle conservées dans les archives et bibliothèques allemandes*, Bonn, 1989, 2 volumes ; Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Quadrige, 2001, n°112 et s., p.171 et s. ; Marc Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, thèse science politique, Paris II, 2000 ; Guillaume Sacriste, *Le droit de la République (1870-1914) : légitimation(s) de l'État et construction du rôle de professeur de droit constitutionnel*, thèse science politique, Paris 1, 2002 ainsi que la *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*.

### A. Un moment politique

Les bornes temporelles de la « Belle Époque » ne font pas l'unanimité. L'expression désigne-t-elle uniquement la période courant de 1900 à 1914 ? Cette séquence démarre-t-elle au contraire un peu plus tôt<sup>44</sup>, par exemple lorsque l'affaire Dreyfus devient en 1896 l'Affaire pour reprendre la belle formule de Madeleine Rebérioux<sup>45</sup>, ou même dès les années 1880 comme en matière artistique ?

En toute hypothèse, il semble y avoir consensus du point de vue de l'histoire des idées politiques pour considérer que les dernières années du XIX<sup>ème</sup> siècle et les premières du XX<sup>ème</sup> siècle constituent une période fondamentale, structurante voire décisive, et ce que l'on y voit comme Jacques Donzelot une phase importante de « l'invention du social »<sup>46</sup> ou comme Jean-Fabien Spitz « le moment républicain en France »<sup>47</sup>.

A la charnière des « débuts de la III<sup>ème</sup> République »<sup>48</sup> et de la « République radicale »<sup>49</sup>, l'heure est en effet à une puissante réflexion sur l'État républicain, sa justification, sa légitimation, son encadrement par le droit. Ce que certains juristes désignent par la formule légèrement anachronique de passage « de l'État légal à l'État de droit »<sup>50</sup> est ainsi l'illustration, dans un champ disciplinaire déterminé, de cette situation politique.

Il s'agit alors, comme a pu le souligner Jacques Donzelot, de tenter de répondre aux questions suivantes : « Comment valider l'intervention de l'État, l'extension de son pouvoir dans la société avec des limites assez claires pour qu'elle soit acceptable ; mais aussi comment maintenir l'autorité au sein de la société dès lors que s'effacent les partages de l'ancien ordre juridique, que la source de l'autorité apparaît partout et nulle part ? »<sup>51</sup>.

La République est à la recherche d'une philosophie. Elle la trouvera, ou plutôt croira un temps la trouver, dans le solidarisme<sup>52</sup> popularisé par Léon Bourgeois. Cette construction constitue en effet une « voie moyenne »<sup>53</sup> permettant à la République de consolider son assise conceptuelle afin de lutter contre les remises en cause venues de sa gauche ou de sa droite.

La prise en compte de la question sociale et des conséquences de la révolution industrielle, le puissant mouvement de réforme législative initié par les radicaux, participent et procèdent de cette réflexion et de cette volonté de faire de l'État le garant et le moteur du progrès. La tension entre holisme et individualisme, ainsi que la querelle religieuse, constituent également des éléments essentiels de ces débats.

Les juristes de la Belle Époque, que leur politisation soit affichée (rarement) ou plus discrète (le plus souvent), prennent part à ces débats politiques et intellectuels ou à tout le moins s'en nourrissent<sup>54</sup>. Est-il besoin de rappeler l'influence du solidarisme sur la pensée d'un Léon Duguit ou sur celle d'un Paul Pic ? Comment nier qu'à trop négliger la dimension religieuse

<sup>44</sup> Michel Winock, tout en sous-titrant son ouvrage *La Belle Époque* (Perrin, 2002, coll. Tempus, 2003, 429 p.) *La France de 1900 à 1914* précise dès l'introduction qu'« on peut faire remonter la Belle Époque à quelques années antérieures » (p.11).

<sup>45</sup> Madeleine Rebérioux, *La République radicale ? (1898-1914)*, Points Seuil, 1975, 258 p., p.7.

<sup>46</sup> Jacques Donzelot, *L'invention du social*, 1984, Points Seuil, 1994, 263 p.

<sup>47</sup> Jean-Fabien Spitz, *Le moment républicain en France*, nrf Gallimard, 2005, 523 p.

<sup>48</sup> Jean-Marie Mayeur, *Les débuts de la III<sup>ème</sup> République (1871-1898)*, Points Seuil, 1973, 256 p.

<sup>49</sup> Madeleine Rebérioux, ouvrage préc.

<sup>50</sup> Marie-Joëlle Redor, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française 1879-1914*, Economica-PUAM, 1992, 389 p.

<sup>51</sup> Jacques Donzelot, *L'invention du social*, préc., p.89.

<sup>52</sup> Marie-Claude Biais, *La solidarité. Histoire d'une idée*, nrf Gallimard, 2007, 347 p.

<sup>53</sup> Jean-Fabien Spitz, *Le moment républicain en France*, préc., p.184.

<sup>54</sup> Sur ce point, v. not. les travaux de Carlos Miguel Herrera parmi lesquels *Les juristes face au politique. Le droit, la gauche, la doctrine sous la III<sup>e</sup> République*, Paris, Kimé, 2003.

de la pensée d'un François Géný ou d'un Maurice Hauriou<sup>55</sup> on se prive (volontairement ou pas suivant les commentateurs d'ailleurs) d'éléments essentiels à la pleine compréhension de leurs œuvres<sup>56</sup> ?

Les constructions doctrinales, si elles sont ainsi indissociables du contexte et des enjeux politiques de leur période d'émergence, n'en sont cependant pas le simple reflet. Elles obéissent aussi à des considérations propres au champ académique dans lequel elles se déploient. Et le « moment 1900 » est également dans cette perspective une période particulière de « crise et de renouveau dans la culture juridique »<sup>57</sup>.

## B. Un moment doctrinal

Que la Belle Époque constitue un moment doctrinal, nul ne peut en douter bien qu'il soit toujours difficile d'expliquer dans toute sa complexité un moment historique. Quoi qu'il en soit, les auteurs qui se sont intéressés à la question relèvent une série de facteurs convergents<sup>58</sup>.

Le premier d'entre eux, d'un point de vue chronologique du moins, est quelque peu antérieur puisqu'il s'agit de la défaite de Sedan en 1870. Les conséquences de celle-ci, très nombreuses, vont affecter tant l'institution de l'Université que l'ensemble de ses membres, les juristes ne faisant nullement exception. Cette remise en question touche ainsi durablement une doctrine juridique dont nombre de prises de position seront dorénavant directement à mettre en corrélation avec le miroir allemand dans lequel se contemple une bonne part des élites françaises.

Les années 1880 sont également marquées par l'achèvement du commentaire du Code civil et par le relatif épuisement de la méthode exégétique qui lui est attachée. Cette période voit ainsi prendre fin les grandes œuvres qui marquent profondément le XIX<sup>ème</sup> siècle, à l'instar de celles de Demolombe ou d'Aubry et Rau. Le Code civil, devenu une véritable « constitution civile des français » peut alors faire l'objet en 1904 d'une commémoration sincère, mais aussi d'un bilan nuancé<sup>59</sup>.

D'ailleurs, ce Code et le droit qui en est issu ne constituent plus, en cette fin de siècle, l'horizon indépassable des juristes. Le droit civil subit irrémédiablement la concurrence non seulement des sciences sociales et économiques, mais également des disciplines juridiques en pleine expansion que sont le droit constitutionnel, le droit administratif ou encore, dans une moindre mesure peut-être, la législation industrielle.

Les juristes, spécialement les civilistes, ne sont plus en effet les spécialistes incontournables de la société et d'autres qu'eux, dotés d'outils scientifiques efficaces et séduisants, entendent occuper ce magistère. Ce sont ainsi les sciences sociales, la science politique ou l'économie qui tendent à disputer aux juristes leur position jusque là dominante<sup>60</sup>.

---

<sup>55</sup> V. à cet égard l'importance préface de Frédéric Audren et Marc Milet, « Maurice Hauriou sociologue. Entre sociologie catholique et physique sociale », préc., ainsi que la contribution de Norbert Foulquier dans cet ouvrage.

<sup>56</sup> V. le dossier de la *Revue française d'histoire des idées politiques*, n°28, *Juristes catholiques*, 2008.

<sup>57</sup> Christophe Jamin, *Dix-neuf cent : Crise et renouveau dans la culture juridique*, dans *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de Denis Alland et Stéphane Rials, Lamy-PUF, coll. Quadrige, 2003, p.380.

<sup>58</sup> Sur ce point, outre les articles précités de Christophe Jamin, v. les travaux de Jean-Louis Halpérin, not. « Présentation », dans *Le Code civil 1804-1904. Livre du centenaire*, rééd. 2004, Dalloz, p.1-6 et Dominique Bureau, « Les regards doctrinaux sur le Code civil », dans *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p.171-210.

<sup>59</sup> Jean-Louis Halpérin, « Présentation », dans *Le Code civil 1804-1904...*, préc.

<sup>60</sup> Sur ce thème, v. not. Frédéric Audren, *Les juristes et les mondes de la science sociale en France. Deux moments de la rencontre entre droit et science sociale au tournant du XIX<sup>e</sup> siècle et au tournant du XX<sup>e</sup> siècle*, thèse droit Dijon, dactyl., 2005 ; « Comment la science sociale vient aux juristes ? Les professeurs de droit

A cette première concurrence s'ajoute celle des disciplines juridiques dont la légitimité s'est notablement accrue avec le sectionnement du concours d'agrégation en 1896. Bien que les effets de cette spécialisation ne se feront sentir que plus tard<sup>61</sup>, les civilistes vont immédiatement prendre conscience de la nécessité d'un renouvellement méthodologique destiné à la fois à adapter la science juridique au contexte scientifique et à sauver le rôle des juristes, spécialement celui des privatistes. C'est sans doute là que réside une partie essentielle de l'explication du large mouvement de rénovation méthodologique mené par les tenants de l'École dite scientifique. Réflexion sur les sources, rénovation des méthodes d'interprétation, recours à la méthode historique, au droit comparé, octroi d'une fonction essentielle à la jurisprudence sont alors autant de moyens de sortir de ce qui semble être une véritable crise. Or, si cette dernière aboutit indubitablement à redorer le vernis scientifique des juristes, elle tend aussi, et peut-être surtout, à jeter les bases d'un néo-classicisme méfiant envers la législation républicaine et peu enclin à sortir d'un juridisme ou d'une dogmatique traditionnelle, et ce malgré l'ouverture, finalement prudente et fort raisonnable, aux sciences sociales. L'obsession méthodologique que toutes les études du présent ouvrage soulignent ne saurait ainsi cacher les enjeux sous-jacents d'une mutation qui n'est que partielle, alors que le rapport aux textes demeure largement inchangé<sup>62</sup> et que les continuités ne peuvent être niées tant avec la période précédente qu'avec l'entre-deux-guerres qui connaît, il est vrai, une fermeture notable aux idées nouvelles.

Il faut de plus souligner que, si la doctrine privatiste semble opérer cette douloureuse et en partie infructueuse mutation, la doctrine publiciste connaît de son côté un développement remarquable. Alors que Gény et Saleilles tentent de sauver le droit civil, Esmein et Duguit bâtissent les fondations pérennes du droit constitutionnel, tandis qu'Hauriou consolide les bases conceptuelles d'un droit administratif qui s'impose dans le champ juridique et doctrinal. Or, si cette doctrine publiciste se nourrit globalement aux mêmes sources que la précédente, notamment en vouant un culte à la jurisprudence mais également, du moins pour Hauriou et Duguit et dans un premier temps au moins, aux sciences sociales, elle ne connaît pas toutefois de crise de développement puisqu'elle est alors dans une phase d'essor et de réalisation de ses grandes synthèses classiques.

Ce moment doctrinal peut ainsi être compris comme celui de l'apparition de la physionomie propre à la doctrine française, doctrine largement professorale, doctrine soucieuse d'œuvrer à la systématisation du droit, mais également doctrine partagée entre son intimité avec le Palais et son désir de science, entre son désir de perpétuer son autorité traditionnelle exercée principalement dans le monde judiciaire et administratif et sa quête de légitimité positiviste<sup>63</sup>. Et ce moment essentiel est évidemment marqué par des auteurs tout aussi essentiels.

## II. Pourquoi ces auteurs ?

---

lyonnais et les traditions de la science sociale (1875-1935) », dans *Le renouvellement des sciences sociales sous la IIIe République. La Faculté de droit de Lyon*, La Mémoire du droit, 2007, p.3-50.

<sup>61</sup> Sur cette question, v. not. J-L Halpérin, « La première génération d'agrégés d'histoire du droit », dans *Histoire de l'histoire du droit*, Actes des Journées internationales de la Société d'Histoire du Droit (Toulouse, 1-4 juin 2005), Textes réunis par Jacques Poumarède, *Études d'histoire du droit et des idées politiques*, n°10/2006, p.257-264.

<sup>62</sup> En ce sens, v. Nader Hakim, « Le miroir de l'autorité : l'instrumentalisation de l'autorité dans la doctrine contemporaine », *Revue d'Histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, n°27, 2007, p.459-477.

<sup>63</sup> V. les articles précités de Christophe Jamin et, pour la composition de la doctrine civiliste, Nader Hakim, « La contribution de l'université à l'élaboration de la doctrine civiliste au XIX<sup>e</sup> siècle », dans *Les Facultés de Droit inspiratrices du Droit*, Les travaux de l'IFR Mutation des Normes Juridiques, n°3, 2005, Toulouse, p.15-33.

Cet ouvrage se concentre sur une dizaine d'auteurs. Il convient évidemment d'essayer de justifier tant les inclusions que les exclusions, que ce soit en droit privé (A) ou en droit public (B), sans toutefois se dissimuler que les options retenues sont inévitablement subjectives.

Il est pour cela nécessaire de garder à l'esprit que ce recueil, à rebours d'autres projets récents<sup>64</sup>, repose sur le choix de privilégier des études substantielles (dont le nombre est dès lors nécessairement réduit) sur des analyses plus rapides (mais beaucoup plus nombreuses).

### A. En droit privé

Dans la pléiade des privatistes de renom de la Belle Époque, nombre de juristes parmi les plus connus encore aujourd'hui n'ont pas fait l'objet d'une étude dans le présent ouvrage. Ce n'est bien entendu pas faute d'intérêt que Raymond Saleilles<sup>65</sup> ou Marcel Planiol<sup>66</sup> ne font pas l'objet de développements spécifiques dans les pages qui suivent. L'importance et le nombre des travaux qui leur sont consacrés permettent en revanche de justifier leur absence, alors même que l'on doit souligner tant le rôle déterminant que prend Saleilles au renouvellement de la pensée juridique que l'apport considérable de Planiol, notamment en ce qu'il diffuse largement les idées nouvelles en publiant son incontournable *Traité élémentaire de droit civil*. Il en va d'ailleurs globalement de même pour des personnalités comme Édouard Lambert<sup>67</sup>, Louis Josserand<sup>68</sup> ou René Demogue<sup>69</sup> dont le rôle a peut-être été moins central, mais dont on

---

<sup>64</sup> Not. le *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques* dirigé par Olivier Cayla et Jean-Louis Halpérin, Dalloz, 2008 et le très précieux *Dictionnaire historique des juristes français (XII<sup>ème</sup>-XX<sup>ème</sup> siècle)* dirigé par Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halpérin et Jacques Krynen, PUF, 2007.

<sup>65</sup> V. en dernier lieu l'étude de Mikhaïl Xifaras, « La *veritas iuris* selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juridisme », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°47, 2008, p.77-148.

<sup>66</sup> V. spécialement Philippe Rémy, « Planiol : un civiliste à la Belle Époque », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2002, n°1, p.31-45 et G. Babert, *Le système de Planiol (bilan d'un moment doctrinal)*, thèse droit Poitiers, dactyl., 2002.

<sup>67</sup> Sur cet auteur, v. les travaux de Carlos Petit (notamment « Derecho en provincias. Actividades de E. Lambert en la Universidad de Lyon », 2003 ; « Absolutismo jurídico y derecho comparado. Metodo comparativo y sistema de fuentes en la obra de Édouard Lambert », dans *De la ilustracion al liberalismo*, Madrid, 1995, p.121-137) ; Christophe Jamin, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », *Revue internationale de droit comparé*, 2000, p.733-751 ; Évelyne Serverin, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, Presses universitaires de Lyon, 1985 ; Olivier Moréteau, « Ed. Lambert et l'enseignement du droit comme science sociale et comparative », dans *Le renouvellement des sciences sociales et juridiques sous la III<sup>e</sup> République -La Faculté de droit de Lyon-*, contributions réunies par David Deroussin, La Mémoire du Droit, 2007, p.193-212 ; Thierry Kirat, « Les théories de la jurisprudence de François Gény et Édouard Lambert et la *common law* : remarques sur la position de la *case-law method* par rapport à l'œuvre des deux juristes français », dans *François Gény, mythe et réalité*, éd. Yvon Blais, Dalloz et Bruylant, 2000, p.321-341 ; « La méthode de jurisprudence comparative d'Édouard Lambert et son destin tragique », dans *Le renouvellement des sciences...*, préc., p.213-233 ; Bianca Gardella Tedeschi, « Édouard Lambert : le rôle du droit comparé dans l'unification du droit », même ouvrage, p.235-249 ; Catherine Fillon, « La Faculté de Droit lyonnaise et l'expansion universitaire sous la Troisième République : La Fondation de l'École de droit de Beyrouth », même ouvrage, p.303-331.

<sup>68</sup> Sur Josserand, nous disposons désormais des travaux de David Deroussin (notamment ses préfaces dans Louis Josserand, *Essais de téléologie juridique I, De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006, p.V-xxxvi ; *Essais de téléologie juridique II, Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Dalloz, 2006, p.V-xxi, ainsi que « Josserand, le Code civil et le Code libanais des obligations et des contrats », dans *Le Code civil français et le dialogue des cultures juridiques*, Bruylant, 2008 et « L. Josserand : le droit comme science sociale ? », dans *Le renouvellement des sciences sociales...*, op. cit., p.63-119) et de Frédéric Audren et Catherine Fillon, « Louis Josserand ou la construction d'une autorité doctrinale », préc. V. également Dominique Fenouillet, « Étienne Louis Josserand (1868-1941) », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1996, n°17, p.27-45 ; Christian Baillon-Passe, « Relire Josserand », *D.*, 2003, p.1571 ; Jean- Pierre Chazal, « Relire Josserand, oui mais... sans le trahir ! », *D.*, 2003, p.1777-1781 ; Christian

peut dire qu'ils contribuent largement au moment doctrinal que constituent les années 1880-1914, comme l'entre-deux-guerres d'ailleurs. D'autres, enfin, tels Emmanuel Lévy<sup>70</sup>, Ambroise Colin ou Joseph Charmont ont également dû être écartés.

Au sein de cette période qui voit disparaître toute une génération d'auteurs notamment issus du tout premier concours d'agrégation de 1856, comme Claude Bufnoir<sup>71</sup>, Charles Beudant et Joseph-Émile Labbé<sup>72</sup>, seuls cinq auteurs ont donc été retenus.

Le premier d'entre eux est François Gény qui est sans doute l'un des privatistes les plus connus, mais dont Jérémie Boulaire nous montre qu'il mérite non seulement d'être relu mais également redécouvert, notamment à l'aune de ses motivations politiques et du rôle qu'il entend réellement attribuer au législateur.

Les auteurs suivants sont en revanche moins bien connus, ou du moins n'ont pas fait l'objet d'études aussi nombreuses que Gény ou Saleilles. Ils permettent cependant d'appréhender non seulement le champ classique et central du droit civil, mais également les disciplines que sont le droit commercial, la législation industrielle et le droit international privé. L'un des intérêts de ces auteurs est alors de nous donner la possibilité de saisir la communauté des préoccupations de l'ensemble de la doctrine juridique et, à l'opposé, la singularité de celles-ci en fonction des champs doctrinaux (qui tendent d'ailleurs à se distinguer plus nettement au début du XX<sup>ème</sup> siècle).

C'est d'abord le cas d'Edmond Thaller que Florent Garnier nous permet de découvrir ou de redécouvrir, la doctrine commercialiste en général, et Thaller en particulier, ayant été trop peu étudiés d'un point de vue historique. Acteur central de l'affirmation d'une science propre au droit commercial, il prend également part au renouvellement de la pensée juridique dans son ensemble.

Le cas de Paul Pic est quelque peu différent car l'apport de ce dernier à la construction de la législation industrielle est aujourd'hui connu. Toutefois, son projet scientifique méritait d'être mis au jour eu égard à l'hétérodoxie de sa science de la question sociale construite à mi-chemin entre droit et sciences sociales, entre science et engagement politique.

Henri Capitant, quant à lui, dont le nom est aujourd'hui presque toujours associé à celui d'Ambroise Colin pour leur *Cours élémentaire de droit civil français*, méritait une étude en ce qu'il contribue, comme Planiol, au succès des thèses de l'École dite scientifique. David Deroussin nous dévoile également toute la richesse de sa conception du droit bâtie sur un classicisme renouvelé qui n'exclut cependant nullement la possibilité d'une socialisation du droit.

Enfin, une cinquième étude est consacrée à Henri Lévy-Ullmann dont Jean-Louis Halpérin montre si ce n'est l'exemplarité, du moins la singularité. Sa carrière atypique, son engagement politique et l'originalité de ses recherches, spécialement sur le droit anglais, font pour le moins de Lévy-Ullmann un auteur que l'histoire de la pensée juridique (et de la doctrine) ne

---

Baillon-Passe, « Réponse à Jean-Pascal Chazal : mission accomplie, on va relire Josserand », *D.*, 2003, p.2190-2191.

<sup>69</sup> V. Christophe Jamin, « Henri Capitant et René Demogue : notations sur l'actualité d'un dialogue doctrinal », dans *L'avenir du droit. Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, p.125-139 ainsi que les études consacrées à Demogue dans la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* (n°56, 2006).

<sup>70</sup> Sur celui-ci, v. not. le dossier coordonné par Frédéric Audren et Bruno Karsenti qui lui est consacré : « Révolution et croyance dans le droit : Emmanuel Lévy (1871-1944) », *Droit et société*, n°56-57, 2004, p.75-206.

<sup>71</sup> V. Nader Hakim, « De l'esprit et de la méthode des civilistes de la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle : l'exemplarité de Claude Bufnoir », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°47, 2008, p.45-75.

<sup>72</sup> V. Christophe Jamin, « Relire Labbé et ses lecteurs », *Archives de philosophie du droit*, tome 37, 1992, p.247-267.

doit pas passer sous silence, notamment afin de rendre compte tant de la variété des démarches scientifiques individuelles que de la totale immersion des Facultés de droit dans une société en proie à tous ses démons.

## B. En droit public

Nul doute que le lecteur un tant soit peu féru de doctrine publiciste de la III<sup>ème</sup> République se posera immédiatement les deux questions suivantes en parcourant cet ouvrage : Pourquoi avoir retenu Henry Berthélemy, Léon Duguit, Maurice Hauriou, Léon Michoud et Adhémar Esmein ? Pourquoi ne pas avoir étudié Édouard Laferrière, Gaston Jèze, Raymond Carré de Malberg ou encore Achille Mestre et Roger Bonnard<sup>73</sup> ?

Les quatre premiers choix nous semblaient s'imposer, Henry Berthélemy, Léon Duguit, Maurice Hauriou et Léon Michoud étant les représentants les plus notables de la génération probablement la plus emblématique du droit public, la fameuse génération 1882 (date à laquelle trois d'entre eux furent brillamment agrégés, Berthélemy étant reçu deux ans plus tard<sup>74</sup>). Henry Berthélemy lui-même, lors de l'inauguration du buste élevé en 1931 à la mémoire de Maurice Hauriou, réunit leurs quatre destinées dans un discours resté célèbre (qui sera suivi quelques minutes plus tard par une intervention d'un dénommé Georges Vedel, alors représentant des étudiants toulousains...) : « Nous étions (...) quatre jeunes hommes, sensiblement du même âge, ayant les mêmes goûts, animés de la même ambition : Michoud, Hauriou, Duguit et moi-même. La parallélisme de nos vies, malgré la séparation dans l'espace que nos carrières nous ont imposée, a fait naître et a maintenu entre nous une sympathie qui ne s'est jamais altérée (...) Michoud a été enlevé prématurément à la science, laissant une œuvre remarquable où sa haute valeur s'est révélée. Duguit a illustré l'enseignement du droit constitutionnel par sa prestigieuse originalité. J'ai, de mon mieux, vulgarisé le droit administratif. D'Hauriou, on peut dire qu'il l'a créé »<sup>75</sup>.

Duguit et Hauriou étaient ici incontournables tant leurs figures s'imposent aussi bien en droit administratif qu'en droit constitutionnel<sup>76</sup>. Seule l'excellente qualité des nombreux travaux dont ils ont fait l'objet<sup>77</sup> aurait pu justifier qu'ils ne soient pas étudiés dans ce livre. Leurs œuvres sont probablement les plus emblématiques du « temps des cathédrales »<sup>78</sup> doctrinales, de cette ambition de (re)penser le droit public et de le décrire grâce à un système théorique globalisant.

<sup>73</sup> Cette liste d'exclusions est évidemment tout sauf exhaustive.

<sup>74</sup> V. pour une confusion sur ce point Bernard Pacteau, *Le Conseil d'État et la fondation de la justice administrative française au XIX<sup>ème</sup> siècle*, PUF 2003, p.240, qui écrit que Berthélemy est lui aussi agrégé au « grand concours » de 1882.

<sup>75</sup> *Cérémonie de l'inauguration le 22 avril 1931 du monument élevé par souscription à Maurice Hauriou*, Sirey, 1932, 50 p., p.25.

<sup>76</sup> Comme le souligne Grégoire Bigot ces « deux auteurs dominant l'époque » (*Introduction au droit administratif depuis 1789*, PUF, 2002, p.227).

<sup>77</sup> V. ainsi, pour s'en tenir à quelques références récentes, sur Duguit, Laurent Fonbaustier, « Une tentative de refondation du droit : l'apport ambigu de la sociologie à la pensée de Léon Duguit », *Revue française de droit administratif*, 2004, p.1053 et Simon Gilbert, « Présentation », dans Léon Duguit, *Le pragmatisme juridique*, éditions La Mémoire du Droit, 2008, p.1 et, sur Hauriou, v. outre Frédéric Audren et Marc Milet, « Maurice Hauriou sociologue. Entre sociologie catholique et physique sociale », préc., les travaux de Jean-Arnaud Mazères, not. « La théorie de l'institution de Maurice Hauriou ou l'oscillation entre l'instituant et l'institué », dans *Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, p.239 et « Hauriou ou le regard oblique », dans *Mélanges en hommage à Lucien Sfez*, PUF, 2006, p.45.

<sup>78</sup> Expression empruntée à François Burdeau, *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, PUF, 1995, p.323.

Léon Michoud est quant à lui, pour reprendre l'heureuse formule de Benoît Plessix, « l'homme de l'entre-deux » et l'étude de son œuvre, organisée autour de sa monumentale monographie consacrée à la personnalité morale (qui est sans doute une des rares œuvres juridiques de ce temps encore utilisée par les publicistes<sup>79</sup> et les privatistes contemporains), n'en est dès lors que plus précieuse dans la perspective de cet ouvrage.

Quant à Henry Berthélemy, sa qualité de représentant de la « tradition du libéral-étatisme », pour reprendre le très suggestif intitulé de la contribution de Grégoire Bigot, rendait sa présence dans cet ouvrage essentielle. Car le « moment 1900 » n'est pas qu'une rupture. Il est aussi marqué par la volonté de certains auteurs importants de conserver des cadres d'analyse hérités du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>80</sup>. Et Berthélemy est à certains égards un digne représentant de cette branche particulière du libéralisme français dont Lucien Jaume a montré à quel point elle était historiquement puissante<sup>81</sup>.

Le cas d'Adhemar Esmein, le plus ancien des cinq auteurs ici réunis sous la bannière du droit public (il est agrégé une dizaine d'années avant les quatre autres), pouvait prêter à discussion. Non pas qu'il existe un doute sur l'opportunité de lui consacrer une étude dans cet ouvrage. La lecture de la fort belle analyse de Julien Boudon suffira d'ailleurs pour convaincre les éventuels sceptiques. Mais où le classer ? S'agit-il véritablement d'un publiciste ? Ne peut-on au contraire y voir d'abord et surtout un historien du droit<sup>82</sup> ? L'objection est réelle mais n'est pas sans réplique possible. Non seulement les césures disciplinaires, qui sont hélas aujourd'hui parmi les frontières les mieux gardées au monde pour reprendre le célèbre mot du doyen Vedel, étaient plus faibles et plus artificielles encore à l'époque qui nous intéresse ici, mais encore et surtout c'est la méthode d'Esmein publiciste qui est étudié par Julien Boudon. Autrement dit c'est l'auteur des *Éléments de droit constitutionnel*, dont la première édition paraît en 1896, et non celui du *Cours élémentaire d'histoire du droit français* qui retient ici l'attention<sup>83</sup>.

D'autres auteurs auraient pu être évoqués. Tel est le cas d'Édouard Laferrière si on accepte d'entendre extensivement le champ temporel de cette étude dans la mesure où les deux volumes de la première édition de son *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* sont publiés en 1887 et 1888<sup>84</sup>. Ce « juriste au service de la République »<sup>85</sup>, qui illustre la structuration très particulière du champ doctrinal que constitue le droit administratif<sup>86</sup> (où les membres du Conseil d'État occupaient, et occupent encore en partie, une place importante voire essentielle), a indéniablement eu une influence considérable<sup>87</sup>. Mais ne peut-on soutenir qu'il est davantage le dernier représentant de la génération antérieure (il meurt en 1901) à celle illustrant le « moment 1900 » que le premier de la génération ensuite menée par Maurice Hauriou ou Léon Duguit ?

---

<sup>79</sup> V. ainsi les actes du colloque de Paris de l'Association française pour la recherche en droit administratif, *La personnalité publique*, Litec, 2007.

<sup>80</sup> V. ainsi l'intitulé et la substance de l'article probablement le plus connu de Berthélemy, « Défense de quelques vieux principes », dans *Mélanges Hauriou*, Sirey, 1929, p.809.

<sup>81</sup> Lucien Jaume, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Fayard, 1997.

<sup>82</sup> Jean-Louis Halpérin, « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », RHDFE, 1997, p.415.

<sup>83</sup> V. à cet égard Stéphane Pinon et Pierre-Henri Prélôt (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Montchrestien, 2009.

<sup>84</sup> On dispose également, grâce à Pascale Gonod, d'un recueil aisément accessible d'autres écrits de Laferrière (Pascale Gonod, *Édouard Laferrière*, PUF, 1999).

<sup>85</sup> Pascale Gonod, *Édouard Laferrière. Un juriste au service de la République*, LGDJ, 1997.

<sup>86</sup> Philippe Jestaz et Christophe Jamin, *La doctrine*, préc., p.202.

<sup>87</sup> Nul n'ignore les célèbres mots de Gaston Jèze : « Enfin Laferrière vint, et le premier, en France, essaya d'apporter de l'ordre et de la méthode, d'expliquer les solutions de la pratique » (« Préface » à la deuxième édition des *Principes généraux du droit administratif*, tome 1, 1914, reproduite dans la 3<sup>ème</sup> éd., tome 1, Giard, 1925, réimpression Dalloz, 2005, p.XII).



Gaston Jèze<sup>88</sup> entre par contre incontestablement dans le champ temporel de cette étude, comme Achille Mestre d'ailleurs<sup>89</sup>. Pour autant, dès lors que le substrat philosophique et théorique de Jèze est largement emprunté à Duguit et que Mestre ne reprend pas le volet théorique de la pensée d'Hauriou et se refuse même à proposer un système d'ensemble à l'inverse de ses contemporains et à l'instar de la doctrine postérieure<sup>90</sup>, il a semblé possible de ne pas les étudier ici.

Quant à Raymond Carré de Malberg et à Roger Bonnard, leurs travaux essentiels sont publiés après la première guerre mondiale, dans les années 1920 et au tout début des années 1930 pour le premier<sup>91</sup> et dans les années 1930 pour le second<sup>92</sup>. La barrière temporelle de la grande guerre (même s'il est vrai que la *Contribution à la théorie générale de l'État* fût rédigée avant 1914) justifie leur absence de cet ouvrage dès lors que leur participation aux débats doctrinaux et au renouvellement de la pensée juridique de la Belle Époque n'est pas avérée, à l'inverse de ce qui se produira durant l'entre deux guerres<sup>93</sup>.

Cet ouvrage aura atteint son objectif s'il convainc les lecteurs des dix monographies ici réunies, dont nous remercions avec une profonde reconnaissance les auteurs, de l'existence d'une période particulière, d'un moment essentiel de la construction de la pensée juridique française au tournant du XX<sup>ème</sup> siècle, et de son intérêt<sup>94</sup>.

Il aura dépassé cet objectif s'il fait naître chez quelques uns de ses lecteurs la conviction que l'histoire des idées et des doctrines juridiques constitue un champ d'investigation qui mérite que les juristes y consacrent une partie de leur temps et de leur énergie.

Nader Hakim et Fabrice Melleray

---

<sup>88</sup> Dont l'œuvre foisonnante mériterait assurément de susciter une courageuse vocation doctorale.

<sup>89</sup> Même si la plupart des principaux travaux de ce dernier ont été publiés après 1914.

<sup>90</sup> V. pour une tentative de démonstration en ce sens Fabrice Melleray, « Achille Mestre ou les débuts du droit administratif moderne », dans *Mélanges Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien, 2008, p.443.

<sup>91</sup> En particulier sa monumentale *Contribution à la théorie générale de l'État spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, Sirey, 2 vol., 1920 et 1922, réimpression Dalloz, 2003.

<sup>92</sup> V. spéc. *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé*, Delagrave, 1934, réimpression Dalloz, 2005 et l'injustement décrié *Le droit et l'État dans la doctrine nationale-socialiste*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> éd., 1939.

<sup>93</sup> V. en particulier sur l'œuvre de Carré de Malberg les actes des journées d'études qui lui furent consacrées en 1961 à Strasbourg, *Carré de Malberg (1861-1935)*, Dalloz, 1966 et l'ouvrage d'Eric Maulin, *La théorie de l'État de Carré de Malberg*, PUF, 2003. V. sur l'œuvre de Roger Bonnard la thèse essentielle de Bernard Noyer, *Essai sur la contribution du doyen Bonnard au droit public français*, thèse Bordeaux I, 1984.

<sup>94</sup> Même s'il est évident possible de plaider pour le dépassement du paradigme qui en résulte. V. en ce sens en particulier Christophe Jamin, « Un modèle original : La construction de la pensée juridique française », *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, 15 avril 2004 qui plaide en faveur d'« un débat sur la pertinence du modèle qui, près d'un siècle après son édification, sert encore aujourd'hui de matrice disciplinaire à la quasi-totalité des juristes français ».

**CHAPTER 1**  
**THINKING THE LAW *AU-DESSUS DU LÉGISLATEUR* : FRANÇOIS GÉNY AND THE**  
**RESCUE OF THE NATURAL LAW**

**SECTION 1**  
**ABOUT FRANÇOIS GÉNY**

**Biography**

Nader Hakim, « François Gény », dans *Dictionnaire historique des juristes français XII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, sous la direction de Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halpérin et Jacques Krynen, P.U.F., Quadrige, 2007, p.360-362 ; 2<sup>e</sup> éd., 2015, p. 471-473.

François Gény est né à Baccarat le 17 décembre 1861 et décède à Nancy, le 16 décembre 1959. Après un passage au collège jésuite Saint-Clément à Metz et un baccalauréat obtenu à Nancy à 17 ans, Gény est venu au droit, selon ses propres mots, « sans aucune vocation héréditaire ni préparation spéciale, mais avec une simple curiosité laborieuse ». Il débute ses études en 1878 à la Faculté de droit de Nancy où il obtient sa licence en 1882, puis est reçu docteur en 1885 après avoir passé une année en stage chez un avocat aux Conseils. Il se consacre toutefois exclusivement à sa carrière universitaire et est admis en 1887 au concours d'agrégation à la huitième et dernière place. Il est alors affecté à Alger où il enseigne d'abord le droit civil et le droit pénal, avant d'être nommé professeur de droit romain le 12 avril 1889. Très rapidement cependant, dès 1890, il obtient un poste à Dijon où il enseigne le droit civil. Il rentre finalement le 10 juillet 1901 à Nancy où il accède à une chaire de droit civil en 1905. Il est élu doyen le 23 avril 1919 et conserve cette fonction jusqu'en 1925. Il préside par ailleurs le concours d'agrégation de 1929 et, deux ans plus tard, devient membre correspondant de l'Académie des sciences morales et politiques. Admis à la retraite en 1931, il continue pourtant ses activités pédagogiques en enseignant la propriété industrielle. Entre autres honneurs, Gény est docteur *honoris causa* de plusieurs Universités européennes. Son œuvre se caractérise par une grande longévité et une remarquable unité. Une question centrale la traverse en effet, de la publication de ses premières pages relatives à l'interprétation en 1897 (*Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, tome 7, p.307-362) à ses *Ultima verba* en 1951 alors qu'il perd progressivement la vue (cf. également « Évolution du droit français au XIX<sup>e</sup> et au XX<sup>e</sup> siècles », *J.C.P.*, 1958.I.1448). Il s'agit de la nature et de la méthode du droit positif. Autrement dit, comme il l'écrit lui-même au tout début de *Science et technique...* (cf. *infra*) : « De quelle façon, jurisconsultes, travaillons-nous en fait ? De quelle façon devons-nous travailler ? Voilà bien, ce semble, traduit sous sa forme la plus simple, ce dont il nous importe, avant tout, de prendre conscience, et qui ne peut être fixé que par l'adaptation aux matières juridiques d'une théorie rationnelle, qui, partie des bases fondamentales de la connaissance, pénètre jusqu'aux ressorts de l'action ». Or, pour réaliser la tâche qu'il s'est assignée, il trouve en la personne de son mentor et ami Raymond Saleilles celui qui saura lui permettre de faire fi de ses scrupules intellectuels et de ses hésitations. Le contexte est d'ailleurs favorable à son ambitieux projet. Gény est en effet stimulé par la pensée allemande qu'il connaît bien, et développe une réflexion personnelle qu'alimentent de nombreuses influences parmi lesquelles figurent le mouvement allemand du droit libre ainsi

que Ihering, Stammler, Victor Cousin, Fouillée, Tarde, Durkheim, Maurice Blondel, ou enfin Henri Poincaré et Henri Bergson. Gény avoue d'ailleurs : « nous ne visons pas un éclectisme aveugle, mais un syncrétisme raisonné ». Il prend alors part au renouvellement doctrinal de la Belle Époque en dépit de quelques réticences, notamment face à l'anticléricisme de la Troisième République. Son premier ouvrage -*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique* (Paris, 1899 ; 2<sup>ème</sup> éd., 1919, 2 tomes ; Réimp. Paris, 1995, 2 tomes)- est essentiel non seulement parce qu'il contient les principales idées du professeur nancéien, mais également en raison de son impact sur la pensée juridique contemporaine. C'est une œuvre de destruction des méthodes juridiques antérieures puisque Gény y entreprend l'analyse critique de la « méthode traditionnelle d'interprétation » qu'il associe au règne exclusif de la loi et à une méthode déductive fondée sur la plénitude du pouvoir législatif. Son analyse connaît immédiatement un succès sans égal et permet à Eugène Gaudemet et Julien Bonnecase de bâtir une histoire officielle de la pensée juridique articulée entre deux écoles que tout oppose. Toutefois, cette critique n'est pour Gény que la première étape permettant de réformer les méthodes juridiques en les purgeant de leurs imperfections. Débute alors son travail de construction pour lequel il formule une théorie des sources du droit très largement reprise par les civilistes du 20<sup>e</sup> siècle. Elle se caractérise par une distinction entre les sources formelles, définies comme « les injonctions d'autorités extérieures à l'interprète et ayant qualité pour commander à son jugement, quand ces injonctions, compétemment formées, ont pour objet propre et immédiat la révélation d'une règle, qui serve à la direction de la vie juridique », et les autorités qui sont des « sources productives du droit privé positif » toutefois dénuées de force contraignante. Il place alors logiquement dans la première catégorie la loi et la coutume (dont il forge la théorie juridique actuelle en s'inspirant des doctrines allemandes) et, dans la seconde, la jurisprudence, exclue par là même des sources, ainsi que la doctrine. S'ouvre alors le cœur de son œuvre qui est le renouvellement de la méthode d'interprétation. Gény souhaite que les juristes donnent tous leurs effets aux sources formelles, et refuse le recours à l'analogie et à la volonté du législateur actuel pour adapter le droit à l'évolution sociale. Si la loi n'est pas satisfaisante, il propose de se tourner vers le législateur pour en obtenir une nouvelle. Toutefois, à défaut de sources positives, s'ouvre la libre recherche scientifique qui permet au juriste de retrouver sa liberté. Pourtant, Gény n'est pas pleinement satisfait de son œuvre constructive dont il déplore le « trou béant ». Il poursuit alors sa réflexion et publie entre 1914 et 1924, malgré de cruelles épreuves personnelles, son second ouvrage fondamental : *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique* (Paris, 4 tomes). Cette œuvre approfondit la méthode de la libre recherche scientifique et est conçue comme un guide pour le juriste, le juge, voire le législateur. Les thèmes abordés sont extrêmement variés : philosophie, légistique, épistémologie, histoire doctrinale, droit public comme droit privé, Gény faisant feu de tout bois pour étayer ses thèses. L'activité du jurisconsulte est décrite comme oscillant entre deux pôles : le donné et le construit auxquels répondent la science et la technique. La science a pour but de connaître le donné, dans lequel on retrouve la nature des choses, l'histoire, les préceptes immuables de la raison ou autrement dit « l'irréductible droit naturel », et les aspirations changeantes du moment. La technique permet, quant à elle, de mettre en œuvre le construit qui est le résultat de l'effort de connaissance du donné, c'est-à-dire les sources formelles associées à l'ensemble des procédés intellectuels des juristes. Gény écrit ainsi : « L'effort du jurisconsulte tend donc à *savoir* pour *pouvoir*, avec prédominance du dernier terme, qui exprime le but final, sur le premier, qui n'est guère plus qu'un moyen d'y atteindre ». Les autres publications du doyen nancéien s'articulent en définitive autour de ces deux ouvrages, qu'il s'agisse d'appliquer ses idées (*Des droits sur les lettres missives étudiés principalement en vue du système postal français. Essai d'application d'une méthode critique d'interprétation*, Paris, 1911, 2 vol.) ou de discuter les opinions de Léon Duguit (*Revue*

*trimestrielle de droit civil*, 1922, p.779-829) ou de René Demogue (*Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1911, p.110-125). Il se consacre également à promouvoir le droit naturel qui occupe une place croissante dans son œuvre et dont il s'attache à affirmer la laïcité (« La laïcité du droit naturel », *Archives de philosophie du droit*, n<sup>os</sup>3-4 (1933), p.7-27). Malgré toute son influence et son prestige éclatant, dont témoigne notamment le *Recueil d'études* réalisé par Édouard Lambert, la doctrine privatiste n'adopte pas véritablement la libre recherche scientifique, préférant poursuivre dans la voie tracée par Raymond Saleilles. Celui-ci émet d'ailleurs lui-même quelques réserves devant l'audace de « l'œuvre de franchise » de son ami. Sa formule est restée célèbre : « Aussi je ne saurais mieux finir que par cette forte devise [...] autour de laquelle converge [...] tout le livre de M. Gény : *Par le Code civil, mais au-delà du Code civil !* Je serais de ceux peut-être qui en eussent volontiers retourné les termes : *Au-delà du Code civil, mais par le Code civil !* ». En définitive, Gény n'a pas radicalement bouleversé la science du droit en France, comme le laisse pourtant entendre Eugène Gaudemet, mais ses interrogations ont conservé toute leur pertinence et certaines de ses idées ont été reprises dans l'article 1<sup>er</sup> du Code civil Suisse de 1907 tandis que son influence aux États-Unis apparaît déterminante.

### **On Wikipedia you can find a short English version**

#### Bibliography:

CACHARD, Olivier, LICARI, François-Xavier et LORMANT, François, *La pensée de François Gény*, Paris, Dalloz, 2013.

DISSAUX, Nicolas, « L'influence de Bergson sur les idées du doyen Gény », *Revue trimestrielle de droit civil*, n<sup>o</sup>3, 2008, p. 417-429.

BOULAIRE, Jérémie, « François Gény et le législateur », dans *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Dalloz, 2009, p. 69-94.

## SECTION 2

### FEAR THE HUMAN LAW, TRUST THE NATURAL LAW : OLD PERSPECTIVE AND NEW METHODOLOGY

**François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, 2<sup>nd</sup> éd. revue et mise au courant, LGDJ, tome 1, 1919.**

#### Introduction

« C'était, il n'y a pas longtemps encore, une idée fort répandue, dans ce que l'on est convenu d'appeler le *grand public*, que les études de droit seraient vouées, par leur nature même, à une routine désolante, enserrées dans les lisières d'une scholastique étroite, qui constituerait leur méthode unique et nécessaire ; d'où ne pourrait surgir qu'une casuistique froide et stérile, échafaudée sur des formules impénétrables au commun des hommes, casuistique, indispensable peut-être à la vie pratique de l'humanité, mais, à coup sûr, indigne du nom de science.

On a beaucoup cherché, et non sans succès, depuis quelque dix ans, à combattre ces préjugés de l'opinion courante. Dans ce but, on s'est principalement attaché à montrer que le champ d'investigation, ouvert aux recherches de ceux, qui veulent mériter le nom de jurisconsultes, était autrement plus vaste que ne le supposait la critique vulgaire. On a fait observer, qu'à côté du droit positif, étroitement compris, il y avait l'histoire, la philosophie du droit, l'économie politique, le droit public, le droit international, la législation au sens large du mot, bref tout le groupe des sciences politiques, économiques et sociales [...]

En d'autres termes, on distingue deux objets, nettement séparés, dans tout notre champ de travail : d'un côté, ce qui est matière de pure interprétation juridique, la loi positive, son explication et son application concrète ; d'un autre côté, ce qui, planant en dehors et au-dessus les textes légaux, ouvre un plein et libre essor aux investigations de l'esprit, l'étude des phénomènes sociaux, envisagés en eux-mêmes, et la recherche de leurs lois naturelles. Cette seconde partie qu'on a quelque fois appelée *Sociologie* par opposition au *Droit proprement dit*, serait seule, pleinement et véritablement, matière scientifique. » n°1.

« En présence de cet état de stagnation, sinon de décadence, d'études si longtemps florissantes et progressive en France, devant les impressions, favorables à cette situation, qui paraissent gagner, bien qu'il s'en défendent, quelques-uns même de ceux, qui connaissent le mieux notre objectif et notre mission, un devoir s'impose à nous, juristes par vocation, qui restons convaincus de l'importance de l'un et de la dignité de l'autre. C'est d'envisager, ouvertement et sincèrement, les reproches qu'on nous adresse. Mieux encore, il nous faut formuler et préciser nous-mêmes les critiques, un peu vagues et flottantes, dont nous sentons contre nous l'insinuation, plutôt que nous n'en percevons très nettement l'impression. - En un mot, il nous faut faire un sérieux examen de conscience, qui, comme tout acte de ce genre, doit tendre à une réforme décidée, si nous la reconnaissons nécessaire [...]

Toutes la mission de la jurisprudence, dans l'ordre positif, consiste à dégager et à appliquer aux relations, qu'engendre l'état de société, sous la sanction coercitive qu'assure la force du pouvoir social, des règles qui soient de nature, en satisfaisant notre intime sentiment de justice, l'harmonie désirable, conformément à la fin assignée par Dieu à l'humanité. » n°3

« si nous sommes convaincus que, comme toute autre fraction de la science, la jurisprudence est soumise à la loi du progrès, il nous faut bien, en dehors de la législation proprement dite, manifestement impuissante à suivre d'un pas égal et sûr l'évolution incessante des nécessités juridiques, avoir constamment sous la main un autre instrument d'élaboration du droit. - Cet instrument, qui, à défaut d'un organe constitutionnel, spécialement adapté à ce but (tel qu'était l'édit du préteur romain), doit se trouver à la portée du magistrat comme du juriste de cabinet, également nécessaire pour la solution des questions pratiques, et pour la féconde systématisation de la jurisprudence, ne peut être, dans notre civilisation française moderne, qu'une *Méthode*, à la fois large et souple, dont il appartient à la science seule de définir les procédés et de fixer les lois. » n°3

### **Théorie des sources du droit :**

« D'abord, ce sont les sources du droit, supérieures au juge, s'imposant à lui, et supprimant, sur les points tranchés par elle, toute appréciation de sa part ; telles, avant tout, la loi écrite ; à côté d'elle aussi, la coutume ; peut-être même (?) la tradition historique. Mais, si multipliées et perfectionnées qu'elles soient, ces sources impératives n'épuiseront jamais le domaine juridique et laisseront, malgré tout, un vaste champ à l'activité personnelle de l'interprète. En tout cas, jamais elles ne représenteront l'absolu, dans une plénitude qui suffise à tous les cas. - A côté d'elles, comme expédient d'un autre ordre, de nature essentiellement pratique, on

conçoit qu'une forte hiérarchie judiciaire, dominée par une Cour régulatrice, à l'autorité puissante et efficace, contribue, avec le plus grand succès, à assurer, par la régularité et l'uniformité de jurisprudence, une stabilité de l'ordre juridique positif, qui satisfasse amplement la sécurité des intérêts. Toutefois, l'on sent assez que cette organisation toute pratique ne saurait suppléer à la méthode, puisque celle-ci reste nécessaire pour guider l'ordre judiciaire lui-même et le diriger vers la meilleure application du droit. » n°86.

« Les observations, qui précèdent, impliquent que l'interprétation juridique, loin d'être bornée par la loi écrite ou par les catégories étroites d'une logique abstraite, ne peut trouver son plein champ de développement et, pour ainsi dire, son terrain de culture propre, que dans le milieu moral, social, économique, qui est comme l'atmosphère du monde juridique. Tel est, le résultat, resté définitivement acquis, des travaux qu'a suscités l'Ecole historique sous l'influence de Savigny. C'est, dit Orlando (*Principi di diritto costituzionale*, 1889, n°169), « un postulat fondamental de la science actuelle, que le droit est, aussi bien dans ses origines que dans son développement, une manifestation naturelle et nécessaire de la vie d'un peuple, comma la langue, la pensée, le caractère général d'un peuple. De la conscience populaire, où il repose immédiatement, le droit se transfuse et s'élabore dans la *science juridique*, jusqu'à ce qu'il reçoive la sanction solennelle de l'autorité de l'Etat et devienne loi. » n°87

« Tantôt, l'interprète est en présence de sources formelles de droit, qui, s'imposant à lui, suppriment ou restreignent la liberté de ses jugements : telles, la loi, la coutume, peut-être encore la tradition. – A cet égard, il s'agit de discerner quelles sont, dans notre état actuel de civilisation, ces sources impératives, de caractériser chacune d'elles et de déterminer dans quelle mesure elle commande l'interprétation, quelle place elle laisse encore à son activité indépendante, enfin comment celle-ci s'exercera dans la mise en valeur de ces sources.

Tantôt, tout appui formel manquant, l'interprète est plus complétement livré aux inspirations de sa conscience individuelle. Mais cette conscience ne peut statuer au gré de sa fantaisie et, pour ainsi dire, à son caprice. – Il y a lieu de dégager, du fonds commun de la nature des choses, les règles objectives, qui la guideront et la garantiront contre le subjectivisme de ses jugements. Il faut peser la valeur de ces règles, se rendre compte de l'influence qu'elles exerceront suivant leur origine, marquer leur autorité toujours relative et préciser leur effet. » n°87

« Au premier rang des sources formelles [...] se présente incontestablement aujourd'hui la *Loi écrite* [...] A la suite, bien qu'à un degré inférieur (du moins, dans l'état social actuel), vient se placer la *Coutume*. Mais sa puissance, créatrice de droit, est, de notre temps, très vivement discutée [...] Enfin, à côté de la loi écrite et de la coutume juridique, représentant deux sources, actuellement vivantes, tirant leur force impérative de cette actualité même, développement d'un ferment social qui se recrée et se renouvelle sans cesse, il faut, je crois, indiquer encore, du moins hypothétiquement, et sous réserve d'enquête plus sérieuse, la *Tradition* ou les *Autorités*, s'exprimant sous une forme non catégorique, consistant surtout en précédents de jurisprudence et opinions doctrinales, force essentiellement historique et psychologique, mais tout de même nettement extérieure à l'interprète, et dont, en tant qu'il en résulte une direction juridique précise, il y a lieu de se demander aussi, si elle ne doit pas influencer positivement sur l'interprétation, et à quelles conditions elle peut prétendre à la conduire.

Ainsi donc, *loi écrite*, *coutume*, *tradition* ou *autorités*, voilà, dans leur ordre hiérarchique, dessiné par les faits eux-mêmes, la série des sources formelles, dont nous devons estimer la puissance. » n°91

« la coutume se présente comme un fait, ou plutôt, comme un ensemble de faits, révélant un sentiment juridique [...] un usage accepté dans un groupe social et exprimant un sentiment juridique de ceux qui composent ce groupe » n°110

**François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, 2<sup>nd</sup> éd. revue et mise au courant, LGDJ, tome 2, 1919.**

« Nous n'oublierons pas que c'est à l'autorité plutôt qu'à la raison que nous devons non seulement la religion, mais la morale et la politique ; que c'est l'autorité qui nous a fourni les éléments essentiels des prémisses de la science ; que c'est l'autorité plus que la raison qui a solidement jeté les bases de la vie sociale ; que c'est l'autorité plus que la raison qui a cimenté l'édifice [...] dans les recherches, qui ont l'homme pour objet, et où sa volonté joue un rôle essentiel, le sentiment de la vérité ne se fait jour que par l'exercice même de cette volonté, et ne s'affirme que par une accumulation d'exemples et de précédents, où chaque époque entre pour sa part [...] Ayons le courage de confesser notre fidélité à la tradition, notre attachement à l'autorité. » n°139

« on doit dire, que, sur les points compris dans le domaine des codifications, et qu'il n'a pas positivement réglés, le législateur a nécessairement laissé plus grande liberté d'appréciation à l'interprète. Si, donc, celui-ci a recours, pour éclairer son jugement, aux traditions anciennes, il ne les prend, qu'en elles-mêmes, à titre de simples autorités. Or, je n'aperçois vraiment pas, comment, ainsi envisagées, ces traditions pourraient avoir survécu à la table rase de la codification, avec la force qu'elles avaient autrefois, alors qu'elles étaient dans leur milieu d'éclosion, aujourd'hui complètement transformé, et qu'elles s'harmonisaient avec un système juridique, qui se trouve, à l'heure actuelle, gravement altéré par les Codes. » n°143

« les règles juridiques sont le produit de forces et de besoins immanents aux rapports de la vie, et que l'étude approfondie de l'histoire permet seule de découvrir ces forces, comme de peser ces besoins. L'histoire n'est donc pas un but en soi ; elle n'est qu'un moyen et ne vaut que par la critique qui s'y joint » n°143

### **La libre recherche scientifique :**

« Les sources formelles, du droit privé positif, dont j'ai cherché, dans le chapitre précédent, à préciser la juste portée et à déterminer l'usage légitime, procurent, assurément, dans la mesure permise à leur champ d'action, la plus ferme des directions. Mais, nous ne pouvons nous dissimuler que, si pénétrante et si subtile puisse être l'interprétation de ces manifestations positives du droit, elle ne saurait, sans méconnaître leur nature et sans excéder leur puissance propres, satisfaire, à elle seule, tous les *desiderata* de la vie juridique [...] Il arrive donc, nécessairement, un moment, où l'interprète, dépourvu de tout appui formel, doit se fier à lui-même, pour découvrir la décision qu'il ne peut refuser [...] Ses facultés propres entrent en scène pour découvrir et employer, à propos de la formule qu'il applique, les éléments objectifs de tout ordre qui, seuls, la font valoir et la fécondent. » n°155

« l'activité qui [incombe au juge, « interprète effectif et officiel du droit positif », mais aussi au praticien et à l'« interprète doctrinal ou critique »] m'a paru pouvoir être justement qualifiée : libre recherche scientifique ; recherche libre, puisqu'elle se trouve ici soustraite à l'action propre d'une autorité positive ; recherche scientifique, en même temps, parce qu'elle ne peut rencontrer ses bases solides, que dans les éléments objectifs, que la science peut seule lui révéler. » n°156

La recherche scientifique est l'« examen attentif des conditions mêmes de la vie de l'humanité et un emploi judicieux des facultés morales de notre nature » pour échapper à l'arbitraire n°157

Quels sont ces « éléments objectifs » ?

Refus du recours à « l'opinion publique, représentant le sentiment général, et plus ou moins conscient, de l'ensemble des intéressés » pour suggérer à l'interprète les solutions juridiques qu'il recherche n°157

« Sans parler de la difficulté, presque insurmontable en fait, d'une constatation convaincante de l'état de l'opinion publique sur une question de droit donnée, j'estime que le jugement commun, tant qu'il n'est pas traduit en coutume caractérisée, n'a aucun titre à imposer son appréciation, pour la solution des problèmes juridiques. » n°157

Certes l'opinion publique est un fait social qui entre dans l'appréciation de l'interprète mais « cette opinion ne peut jouer le rôle d'une autorité pour l'interprète, ni lui servir de criterium pour discerner le droit positif à suivre, par cela même qu'elle ne saurait prétendre à représenter la vérité des choses, qu'il s'agit seule de découvrir et d'appliquer. » n°157

### **Suprématie de la « nature des choses » :**

Le but principal de la libre recherche scientifique est la nature des choses.

idée fondamentale de Runde : « la nature des choses, envisagée comme source (*lato sensu*) du droit positif, repose sur ce postulat, que les rapports de la vie sociale, ou , plus généralement, les éléments de fait de toute organisation juridique (du moins possible), portent en soi les conditions de leur équilibre, et découvrent, pour ainsi dire, eux-mêmes, la norme qui les doit régir. » n°159

« Il faut, pleins de confiance en notre conscience morale comme en notre raison, user de ces facultés, pour dégager les lois des phénomènes, et faire ainsi contribuer toutes nos ressources à une construction, vraiment scientifique, du droit commun que nous cherchons. » n°159

que faut-il faire ? = « D'une part, interroger la raison et la conscience, pour découvrir en notre nature intime les bases mêmes de la justice ; d'autre part, s'adresser aux phénomènes sociaux, pour saisir les lois de leur harmonie et les principes d'ordre qu'ils requièrent. » n°159

« tout interprète du droit positif doit compter avec les inspirations de la raison et de la conscience, pour scruter le mystère du juste, avant de descendre à l'examen de cette *nature des choses positives*, qui précisera son diagnostic et mettra en œuvre les principes rationnels. » n°161

« Tout cela revient à dire, qu'il y a des principes de justice, supérieurs à la contingence des faits, et que, si les faits précisent la réalisation des principes, ils n'en sauraient contenir l'essence. [...] en dehors et au-dessus de la nature des choses positive, formée d'éléments matériels et mouvants, [il y a donc] une sorte de nature des choses supérieure, toute en principes rationnels et en entités morales immuables. Et, si cette justice absolue s'impose d'abord au législateur, elle ne saurait être indifférente au juge, quand les lacunes des sources positives l'amènent à créer lui-même le droit, que la loi lui refuse. » n°161



« Sans prétendre justifier, sous le rapport de la justice absolue, les institutions juridiques de toutes les époques et de tous les lieux, il suffit, pour écarter le scandale de leur diversité, d'observer que, presque toujours, le but a été moins différent que les moyens de le réaliser. Mais, si l'on admet, d'après la raison, l'expérience, et le sentiment intime, l'uniformité de la nature humaine, l'identité constante de sa destinée, et l'existence d'un ordre naturel permanent de rapports entre les éléments du monde, on en conclura nécessairement, que les principes de pure justice, qui ne sont qu'une des faces de cet ordre, conservent, au milieu des variétés et des contingences de leur mise en œuvre, un caractère universel et immuable. » n°162

« Je consens, qu'en passant à travers l'âme de chacun, les notions, objectives par essence, s'imprègnent de subjectivité, et que, n'apparaissant, dans la pratique, qu'adaptée aux éléments variables de la nature des choses positive, elles perdent, à des yeux peu clairvoyants leur aspects d'entités supérieures à l'homme et indépendantes de lui. » n°162

« ce sera notre effort propre, de dégager, dans la masse, un peu chaotique, du monde social, les éléments, vraiment positifs, doués de la fermeté suffisante, pour fournir les solutions nécessaires » n°164

« Ici interviendra l'histoire, et, plus précisément, toute la tradition de notre droit privé, pour nous instruire par l'expérience du passé, et mettre au point le moment exact de civilisation, qui doit rester seul décisif. Et, sans doute, la révélation, souvent confuse par sa complexité même, toujours mouvante et imparfaite dans sa signification précise, qui résultera d'un semblable examen, n'aura jamais, ni la rigueur de détermination, ni la force de conviction qui s'attachent aux sources formelles. Il n'en reste pas moins vrai, qu'elle nous présente, à l'image et un peu au dessous de l'analogie proprement dite, un procédé de découverte juridique, tirant sa force d'une nature des choses vraiment positive, et procurant à l'interprète des éléments objectifs d'appréciation, capables d'assurer une sérieuse direction à son jugement. » n°167

Conclusion :

« Même sous sa forme positive, le droit nous apparaît comme un ensemble de règles, issues de la nature des choses, et devant être dégagées, au moyen d'une interprétation, plus ou moins libre, des éléments sociaux, qu'il a pour objet d'ordonner en vue du bien commun. Directement inspiré par la justice et l'utilité générale, son essence le place fort au-dessus des sources formelles, qui n'en sont que des révélations empiriques, destinées seulement à diriger les jugements humains de façon plus précise, mais, en soi, toujours incomplètes et imparfaites. » n°183

La loi écrite « ne peut être tenue pour autre chose, qu'une information, très limitée, du droit, résultant d'un ensemble d'injonctions, consacrées par un organe supérieur, à l'effet d'établir, sans conteste, quelques règles, qui ont paru susceptibles d'une formule nette, ou pratiquement indispensables. De là, personne n'hésitera à conclure, que la décision légale tombe sous le coup du jugement rationnel, et, notamment qu'on la peut critiquer librement, en vue d'une réforme future [...] Sans doute, à la rigueur, le législateur pourrait opérer lui-même les réformes. S'il les réalise, rien de mieux. Mais, vraiment, on ne peut se fier à lui, pour suffire à tout. Son intervention doit rester relativement rare, en matière de droit privé. » n°185

**François Gény, Science et Technique en droit privé positif, Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, I, Introduction, Première partie – Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution, Sirey, 1914.**

Introduction :

« j'entends m'expliquer en toute franchise, et prendre le bien et le vrai où ils m'apparaîtront, insoucieux des routines comme du parti pris. Pareille affirmation n'est peut-être pas inutile au seuil d'un travail, que je sens, bon gré mal gré, chargé de postulats métaphysiques et de jugements de valeur, entre lesquels le choix nécessaire pourra heurter certaines opinions courantes. Si je ne puis, pas que tout homme au monde, prétendre me soustraire à l'influence d'idées préconçues, de préjugés d'origine, de milieu ou d'intérêt, je m'efforcerai d'en réduire la portée par une entière bonne foi et une ferme volonté d'impartialité objective. Mais je ne vois pas pourquoi je renoncerais, par une sorte de snobisme scientifique, à des convictions réfléchies ou aux opinions qui, sur les points les plus obscurs de l'énigme de notre univers, me paraissent encore, jusqu'à nouvelle démonstration, les plus plausibles. D'autre part, sans céder à un engouement irraisonné, je me tiendrais pour coupable de lâcheté ou d'inertie intellectuelles, si j'hésitais à emprunter aux mouvements des idées, les plus riches et les plus osés de notre temps, les éléments sains et vrais que j'y croirai découvrir, pour en fortifier, en élargir, en accroître nos conceptions traditionnelles. » n°6, p.18-19.

« le droit se présente à nous comme l'ensemble des règles, auxquelles est soumise la conduite extérieure de l'homme dans ses rapports avec ses semblables, et qui, sous l'inspiration de l'idée naturelle de justice, en un état donné de la conscience collective de l'humanité, apparaissent susceptibles d'une sanction sociale, au besoin coercitive, sont ou tendent à être pourvues de pareille sanction et d'ores et déjà se posent sous la forme d'injonction catégorique dominant les volontés particulières pour assurer l'ordre dans la société. » n°16.

Le donné et le construit :

Donné = « il s'agit de constater purement et simplement ce que révèle la « nature sociale », interprétée d'après elle-même ou suivant les inspirations d'un idéal supérieur, pour aboutir à des règles d'action, dont le fondement sera d'autant plus solide qu'elles contiendront moins d'artificiel ou d'arbitraire. » n°33

Construit = « au moyen d'un travail tout subjectif, il tend à ériger la règle brute en précepte capable de s'insérer dans la vie et d'animer celle-ci, en vue des fins suprêmes du droit » = le construit augmente ainsi le donné car en partant du donné, il met en œuvre, transforme, assoupli, le modèle « sur les besoins de l'ordre juridique » n°33

« la science, quelque peu défaillante en ces matières, s'y trouve renforcée, sinon même remplacée, par cette révélation obscure, émanée des profondeurs les plus mystérieuses de l'âme, qu'on appelle la croyance, et qui, se rencontrant à la base de toute notre activité, semble, en même temps, indispensable et suffisante pour procurer les directions, sans lesquelles l'homme ne saurait assurer sa marche dans le sens de sa complète destinée. » n°62

**François Gény, Science et Technique en droit privé positif, Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, II, Seconde partie – Elaboration scientifique du droit positif (L'irréductible droit naturel), Sirey, 1915.**

« La vérité juridique ne saurait être une et identique à elle-même, que si les conditions sociales se rencontrent également identiques. Conscients des nécessités contingentes de la vie du monde et pressentant les forces obscures, qui individualisent chaque fraction de l'humanité, les jurisconsultes, formés par la méthode historique, ont reconnu que l'idéal juridique prenait un aspect différent et se nuancait en mille teintes à travers les époques et les contrées diverses. » n°70

« Pour obtenir, de façon décisive, avec une plénitude assurée et une fermeté convaincante, le principe des normes directrices de l'activité morale et juridique, il faut avoir pris parti sur la conception générale de l'Univers, sur l'essence et la nature de l'homme, sur le mystère de son origine et de son existence en ce monde, sur l'énigme de sa destinée. » n°162

« pour moi, elles demeurent résolues suivant les directions de la philosophie traditionnelle, issue des plus hauts esprits de l'antiquité, notamment les grands philosophes grecs, Socrate, Platon, Aristote, complétée et affinée par leurs successeurs, restée enfin, malgré toutes les attaques qu'elle a subies, à la base de la conscience générale de l'humanité. Si cette philosophie a servi d'assiette ferme aux constructions théologiques et dogmatiques du Christianisme, plus précisément au catholicisme romain, elle y conserve sa consistance propre, en dehors de l'appoint d'une révélation surnaturelle, qui postule le soutien de la foi et dont les résultats dépassent singulièrement la portée des seules facultés humaines. C'est donc, sur le simple fondement de l'expérience, interprétée à l'aide de toutes les puissances de la raison, que je veux affirmer ici le dualisme, voire le pluralisme, éclatant dans la constitution même de l'Univers, le théisme avec ses conséquences nécessaires, la distinction fondamentale entre l'homme et les autres êtres créés, l'immortalité de l'âme humaine, sa liberté essentielle, sa sublime destinées vers Dieu. » n°162

4 aspects de « tout système juridique » = données réelles, historiques, rationnelles et idéales

**Donné réel** = « les conditions de fait, où se trouve placée l'humanité » = milieu nécessaire : sol, climat, productions, constitution anatomique et physiologique, état psychologique, sentiments religieux, économies n°167

ex. les différences psychologiques ou morales entre mari et femme conduisent inéluctablement à des situations juridiques différentes ! il y a donc des éléments naturels à la base du droit positif !

**Donné historique** : faits et circonstances produisent des réglementations considérables : droit produit historiquement

« Elle s'est réalisée notamment par le jeu de ces moyens techniques que nous devons signaler plus loin : coutume caractérisée, loi écrite et autres sources formelles du droit qui s'y peuvent rattacher ; sans parler des instruments d'interprétation ou d'application, doctrine, jurisprudence, pratique proprement dite. De cet ensemble de forces concurrentes, complétée encore par le travail mystérieux qui accompagne l'évolution même du monde, résulte un acquis de préceptes, servent le cadre à la conduite de l'humanité, qui, parfois, pèsera

lourdement sur elle, donc, en tout cas, elle ne saurait faire abstraction, dans la poursuite de sa marche progressive. » n°168

**Donné rationnel** : « le critérium décisif doit être recherché dans un domaine supérieur aux contingences et aux hasards de la vie » = donné rationnel n°169

= droit naturel classique : « Il est, en effet, des règles de conduite que la raison dégage de la nature de l'homme et de son contact avec le monde ». Donné ferme, impérieux qu'il faut distinguer des *desiderata* contestables du donné idéal.

« le donné rationnel résulte d'une élaboration véritablement scientifique, si l'on reconnaît ce caractère – comme on doit incontestablement le faire – à toute activité intellectuelle, pénétrant l'essence des choses par ses moyens propres de connaître, sans s'aider de forces plus obscures, dont la valeur paraît discutable. » n°169

Universel et immuable (n°170)

**Donné idéal** = aspirations humaines : « en dehors du règlement juridique, qu'imposent les réalités de la vie ou les exigences de la raison quelque peu organisées par l'histoire, se présente un ensemble de considérations, d'ordre physique, psychologique, moral, religieux, économique, politique, qui, sans déterminer, de façon nécessitante, de nouveaux préceptes de conduite sociale, en projettent la direction à suivre » = « atmosphère ambiante », élément subjectif, variable, intuition, croyances, sentiments

« Il ne s'agit pas de l'opinion publique ; puissance aveugle et brutale, celle-ci peut parfois révéler l'idéal, mais reste incapable de le détruire, quand elle s'insurge contre lui sous la poussée d'un instinct évidemment inférieur. » **!!! et hop la démocratie !!!**

« Il est clair que ce donné idéal ne saurait avoir, en lui-même, l'autorité décisive des suggestions de la raison pure, interprétant la nature à la lumière de l'histoire. » n°170

mais instrument important quand même...

Conclusion :

« Tous les efforts se doivent concentrer autour du donné rationnel »

« Le donné réel et le donné historique, tels que nous les avons présentés, servant d'assise ferme à toute élaboration, ne demandent qu'à être constatés, et ne prêtent pas, en eux-mêmes, à une activité personnelle et créatrice de l'esprit juridique. » n°171

« le droit naturel demeure le principe suprême de toute élaboration proprement scientifique du droit positif » il est antérieur et supérieur n°172

**François Gény, *Science et Technique en droit privé positif, Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, III, Troisième partie – Elaboration technique du droit positif*, Sirey, 1922.**

La technique (reprise de Savigny et Jhering) est « la réalisation effective de la justice entre les hommes » n°181

Critique Demogue qui retient que la technique est « l'art de concilier les intérêts par des mesures plus exactement adaptées au but » n°181

Pour solution : retour à Aristote = distinction matière et forme

Technique = « construction artificielle du donné » : rôle de la volonté et de la raison face aux données imparfaits, impropres à donner la netteté

Technique = rôle du juriste = « œuvre d'action plus que d'intelligence, où la volonté du juriste se puisse mouvoir librement, dirigée seulement par le but prédéterminé de l'organisation juridique qui suggère les moyens de sa propre réalisation » 183

« Les exigences universelles de la nature des choses [et la « nature des hommes »] nous indiquent » les éléments d'une « bonne technique juridique » n°189

« le droit reste homogène par la vertu même de la puissance mystérieuse, qui nuit constamment les éléments, issus de la nature des choses, aux inventions et constructions, dénotant la part d'artifice due aux efforts propres de l'homme, qui cherche à réaliser pleinement la justice » n°268

**François Gény, *Science et Technique en droit privé positif, Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, IV, Quatrième et dernière partie – Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif (Le conflit du droit naturel et de la loi positive)*, Sirey, 1924.**

« Dans l'hypothèse d'un conflit absolu, le droit naturel demeurerait, envers et contre tout, supérieur à la loi écrite [...] c'est comme d'un droit naturel supérieur, que surgit l'hégémonie nécessaire de la loi positive » n°289

Conclusion générale de l'ouvrage :

« Le « donné » correspond, à peu près, à la notion fondamentale de droit naturel. Il consiste en un fonds de vérités morales et économiques, qui, placées en présence des faits, commandent, pour les régir, certaines directions. Il se concentre autour de l'idée du « juste objectif », représentant un équilibre d'intérêts, qu'il faut parfois ausculter par toutes nos puissances pour connaître, mais qui ne fournit jamais qu'une orientation assez floue, de nature plutôt morale qu'économique, à vrai dire même, principalement morale. Ce « donné » reste la base essentielle du droit positif, mais ne peut avoir qu'une portée restreinte. Du moins, fournit-il la « règle », le « principe ». » n°302

**On internet (google books) : A treatise of legal philosophy and general jurisprudence, Vol.9, p.319-321.**

Add Nader Hakim, « Droit naturel et histoire chez François Gény », *Clio@Thémis, Revue électronique d'histoire du droit*, n° 9, 2015, <http://www.cliothemis.com/Clio-Themis-numero-9>

**CHAPTER 2**  
**THINKING THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND IUS : LÉON DUGUIT:**  
**OBJECTIVE LAW AND POSITIVE LAW**

**SECTION 1**  
**ABOUT LÉON DUGUIT**

Universalis: Léon Duguit (1859-1928)

« Né à Libourne, en Gironde, d'un père juriste, Léon Duguit fit de brillantes études secondaires au collège de sa ville natale, puis entra à la faculté de droit de Bordeaux, où il fut reçu docteur à vingt-deux ans et agrégé l'année suivante.

Passionné de droit public, Léon Duguit enseigne alors à Caen puis à Bordeaux le droit constitutionnel et le droit administratif ; en 1919, il est élu doyen de la faculté de droit de l'université de Bordeaux, il garde ce titre jusqu'à sa mort. Parallèlement à sa carrière professorale, il s'engage dans l'action politique, mais avec moins de succès. Difficile à classer sur l'échiquier politique, il se réclame du courant « solidariste » de Léon Bourgeois, représenté aussi par Charles Gide et Émile Durkheim notamment. Après un premier succès à des élections municipales en 1908, il est mis en ballottage aux élections législatives de 1914 et ne se présente pas au second tour. Renonçant à la politique, il se consacre pour de nombreuses années à l'action sociale dans sa ville de Bordeaux.

Léon Duguit a surtout marqué son temps par ses écrits juridiques, tant pour la théorie générale du droit qu'en matière constitutionnelle et administrative. Il s'est d'abord situé par opposition aux tendances individualistes et subjectivistes qui étaient alors regardées comme l'unique approche des fondements du droit. Très influencé par Durkheim, Léon Duguit se présenta très vite comme le principal tenant de « l'école réaliste », selon laquelle le droit est un phénomène objectif, de nature évolutive. Aussi affirme-t-il qu'« il est impossible de démontrer le passage du droit subjectif au droit objectif et d'admettre l'antériorité du droit subjectif par rapport au droit objectif ».

Dans son *Traité de droit constitutionnel* (1911), il se déclare partisan du bicaméralisme et souhaite qu'une des chambres soit élue par les syndicats professionnels, idée qu'il développe notamment dans l'article intitulé « La représentation syndicale au Parlement » de la *Revue politique et parlementaire* de 1911. Duguit défend aussi le suffrage féminin. Enfin, il se déclare partisan d'un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, non en instituant une cour spéciale, mais en permettant à toute personne de soulever directement l'exception d'inconstitutionnalité.

Dans la logique de sa théorie générale du droit, il défend la conception « matérielle » de la loi (disposition contraignante de caractère général et impersonnel) contre la conception « formelle » alors dominante (acte émanant du Parlement) ; en outre, il distingue les lois dites

« normatives », qui sont très peu nombreuses et imposent à tout homme vivant en société une certaine abstention ou une certaine action, et les lois « constructives », qui ne font sur un plan technique qu'assurer l'application des premières.

Mais c'est dans le domaine du droit administratif que l'apport de Duguit est le plus important. Il a élaboré un véritable corps de doctrine qu'il a exposé principalement dans *Les Transformations du droit public* (1913). Selon lui, la puissance publique doit être conçue comme « devoir fonctionnel », c'est-à-dire comme un ensemble d'obligations, conception qui a des incidences sur les principaux secteurs du droit administratif (notamment recours contentieux, statut des collectivités locales et des établissements publics). La contribution de Duguit et de ce qu'on a appelé l'« école de Bordeaux » consiste pour l'essentiel dans une théorie de la responsabilité et du service public. Il a introduit l'idée, aujourd'hui généralement acceptée, selon laquelle le fondement de la responsabilité des personnes morales de droit public réside dans une « responsabilité du fait d'autrui », en cas de préjudice causé par un fonctionnaire agissant en leur nom. Duguit rompait en cela avec la conception qui assimile les actes du fonctionnaire à ceux de la collectivité elle-même. »

**On Wikipedia you can find a short English version**

Bibliography:

Fabrice MELLERAY (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Bruylant, 2011.

Fabrice MELLERAY, « Léon Duguit. L'Etat détrôné », dans *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Dalloz, 2009, p. 215-262.

## SECTION 2

### A SOCIOLOGICAL POINT OF VIEW FOR BUILDING A NEW LEGAL THEORY

**On internet (google books) : A treatise of legal philosophy and general jurisprudence, Vol.9, p.321-322.**

Léon Duguit, *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Fontemoing, 1901, rééd. Dalloz, 2003.

« Des groupements humains fondés sur la communauté des besoins, sur la diversité des aptitudes individuelles, sur la réciprocité des services rendus ; dans ces groupements humains, des individus plus forts que les autres, soit parce qu'ils sont mieux armés, soit parce qu'on leur reconnaît un pouvoir surnaturel, soit parce qu'ils sont plus riches, soit parce qu'ils sont les plus nombreux, et qui, grâce à cette plus grande force, peuvent se faire obéir par d'autres : voilà les faits. Qu'on appelle Etat un groupement humain, fixé sur un territoire déterminé, où les plus forts imposent leur volonté aux plus faibles, nous le voulons bien ? Qu'on appelle souveraineté politique ce pouvoir des plus forts sur les plus faibles, nous y donnons les mains. Aller au-delà, c'est entrer dans l'hypothèse. Dire que cette volonté de ceux qui commandent

ne s'impose aux individus que parce qu'elle est la volonté collective, c'est fiction imaginée pour justifier ce pouvoir des plus forts, fiction ingénieuse, inventée par les détenteurs de la force pour légitimer cette force, mais pas autre chose. « Politique de la force », dit Jhering en parlant du droit ; politique de la force, dirons-nous de cette fiction, qu'on appelle la volonté collective. Politique dangereuse, car elle crée et maintient le conflit séculaire entre l'individu et l'Etat qui personnifie la collectivité, entre l'intérêt individuel et l'intérêt collectif, conflit qui ne peut se résoudre, nous le craignons bien, si cette politique se continue, que par le triomphe de la tyrannie collectiviste ou de l'anarchisme individualiste. Nous voulons montrer qu'il n'y a pas, qu'il ne peut pas y avoir d'opposition entre l'intérêt individuel et l'intérêt collectif, entre l'individu et l'Etat, que l'intérêt de tous et l'intérêt de chacun sont étroitement solidaires, qu'il y a une coïncidence permanente et absolue des buts collectifs et des buts individuels, que, d'après l'expression de Karl Marx, « le libre développement de chacun est la condition du libre développement de tous », que plus la société se fortifie, plus l'homme s'individualise et réciproquement ; qu'en d'autres termes l'individuel et le collectif se confondent, car le lien social est d'autant plus fort que l'individu est plus libre, et l'individu est d'autant plus libre que le lien social est plus fort. L'Etat n'est donc point cette personne collective, représentant contre l'individu les droits de la collectivité. L'Etat est un groupement dans lequel il y a des hommes qui doivent employer leur force matérielle à réaliser l'intégration sociale en protégeant l'individu et protéger l'individu en travaillant à l'intégration sociale [...] C'est dire que dans notre pensée, si la puissance politique est simplement le pouvoir des plus forts, un simple fait, il y a cependant une règle qui s'impose à ces plus forts comme elle s'impose à tous. Cette règle est la règle de droit. » p. 9-10

« Fondée sur la coïncidence des buts sociaux et individuels, cette règle trouve sa première expression dans la conscience des hommes, son expression plus complète dans la coutume, dans la loi positive, et sa réalisation dans la contrainte matérielle de l'Etat, qui n'est ainsi que la force mise au service du droit, non pas d'un prétendu droit subjectif, mais d'une règle sociale des consciences et des volontés individuelles.

Nous voudrions montrer qu'en niant le droit individuel subjectif, qu'en niant ces prétendus droits naturels fondés [...] « sur l'éminente dignité de la personne humaine », nous n'arrivons point aux conclusions décevantes de la doctrine réaliste allemande [...] Nous pensons au contraire qu'il y a un droit sans le souverain et au-dessus du souverain. Nous repoussons également la doctrine de l'auto-limitation de l'Etat défendue par Jellinek [...] L'explication est ingénieuse ; mais elle ne résout pas le problème : cette auto-limitation de l'Etat est purement illusoire. Les limites que l'Etat s'imposera à lui-même, elles lui seront dictées par son but, par les mœurs, par l'opinion publique : elles sont morales, politiques, économiques, elles ne sont pas juridiques. Nous repoussons tout cela, et nous croyons fermement qu'il y a une règle de droit supérieure à l'individu et à l'Etat, supérieure aux gouvernants et aux gouvernés, qui s'impose aux uns et aux autres, que, s'il y a une souveraineté de l'Etat, elle est juridiquement limitée par cette règle de droit. Ou le droit n'est rien, ou il est une limitation des volontés individuelles, et ce qu'on appelle la volonté de l'Etat n'est au fond que la volonté d'un certain nombre d'individus. Cette limite de l'Etat est à la fois positive et négative : il y a des choses que l'Etat est obligé de faire ; il y a des choses que l'Etat ne peut pas faire. Cette double limite, c'est à la science du droit qu'il appartient d'en fixer le principe, à l'art juridique d'en établir la formule et la sanction pratique. Si la science et l'art juridiques sont impuissants à la faire, leur étude ne vaut pas une minute d'effort. » p. 11-12.

« Toute la législation positive de nos codes a été établie sur le fondement du droit individuel ; et le droit est social, exclusivement social. L'homme moderne sent ou conçoit le droit comme



un produit social. Cette antinomie entre les législations positives et la conscience moderne est, à notre sens, une des causes profondes du malaise dont souffrent nos sociétés. » p. 13

« L'Etat, c'est la force matérielle, quelle que soit son origine ; elle est et reste un simple fait ; mais elle devient légitime si ceux qui la détiennent l'emploient à l'accomplissement des obligations négatives et positives que leur impose la règle de droit, c'est-à-dire l'emploi à la réalisation du droit. Le droit n'est donc point, suivant l'expression de Jhering, la politique de la force ; il est la limite de la force. » p. 15.

« Quel est le fondement de cette règle de droit ? C'est ce que nous nous proposons de rechercher dans ce livre. On ne peut le trouver dans l'individu. Il ne peut donc être que dans la société. Mais ce droit n'est pas un pouvoir de la collectivité, pas plus qu'il n'est un pouvoir de l'individu. Il est une règle objective. Ce n'est pas cependant l'impératif catégorique de Kant. Ce n'est pas davantage la règle morale des doctrines utilitaires ou hédoniques. C'est une règle de fait ; une règle qui s'impose aux hommes, non pas en vertu d'un principe supérieur, quel qu'il soit, bien, bonheur, mais en vertu et par la force des faits, parce que l'homme vit en société et ne peut vivre qu'en société. » p. 16

« Elle est la loi de l'homme social, parce que les faits sont ce qu'ils sont. L'homme la sent ou la conçoit ; le savant la formule ; le législateur positif la constate et en assure le respect ; et lui même y est soumis, parce que ses lois ne sont rien, si elles ne sont l'expression de cette règle s'imposant à tous. » p. 16

« Le monde du droit n'est pas ce monde fermé que nous montrent certains juristes, monde séparé de la réalité, monde idéal ; c'est un monde de faits tangibles, qu'il faut expliquer et classer ; ce sont des volontés humaines qu'il faut saisir dans leurs manifestations concrètes ; c'est l'effet social qu'elles produisent ; c'est la force matérielle qu'elles mettent en jeu, qu'il faut constater et apprécier. » p. 21

« Le christianisme dit à l'homme : aime tes semblables ; la devise républicaine : agis en frère avec les autres hommes, tes égaux, libres comme toi. La doctrine de la solidarité ne commande pas ; elle constate qu'en fait les hommes sont solidaires les uns des autres, c'est-à-dire ont des besoins communs qu'ils ne peuvent satisfaire qu'en commun, qu'ils ont des aptitudes différentes et des besoins divers qu'ils ne peuvent satisfaire que par un échange de mutuels services » p. 23-24.

### 3. Annotated bibliography

#### ESSENTIAL BIBLIOGRAPHY

##### Methodology:

P. VEYNE, *Comment on écrit l'histoire ?*, Paris, Seuil, 1996 (poche).

J.-L. HALPÉRIN, « Le droit et ses histoires », *Droit et Société*, 2010, n°75, p. 295-313. **On Internet**

- « French doctrinal writing », dans Nils jansen (ed.), *The Development and Making of Legal Doctrine*, Cambridge University Press, 2010, p. 73-95

- « Law in Books and Law in Action : the Problem of Legal Change », *Maine Law Review*, vol. 63, n° 3, Fall 2011, p. 45-76.

- « Est-il temps de déconstruire les mythes de l'histoire du droit français ? », *Clio @ Thémis. Revue électronique d'histoire du droit*, n° 5, 2012, p. 1-19. **On internet**

##### Dictionaries:

D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003.

P. ARABEYRE, J.-L. HALPÉRIN et J. KRYNEN (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français*, Paris, PUF, 2<sup>e</sup> éd. 2015.

O. CAYLA et J.-L. HALPÉRIN (dir.), *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, Paris, Dalloz, 2008.

##### About the French “Belle Epoque”:

Fr. AUDREN, « La Belle Époque des juristes catholiques (1880-1914) », *Revue française d'histoire des idées politiques*, n°28, *Juristes catholiques*, 2008, p. 233-271.

- « Les professeurs de droit, la République et le nouvel esprit juridique », *Mil neuf cent*, n°29, 2011, p. 7-33.

N. HAKIM et F. MELLERAY (dir.), *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Dalloz, Méthodes du droit, 2009.

Chr. JAMIN, « L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine positiviste à la charnière des XIX<sup>e</sup> et XX<sup>e</sup> siècles », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, p. 815-827.

- « *Dix-neuf cent : Crise et renouveau dans la culture juridique* », dans *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, Paris, Lamy-PUF, 2003, p. 380.

##### Essential about French doctrine:

N. HAKIM, *L'autorité de la doctrine civiliste française au 19<sup>e</sup> siècle*, Paris, LGDJ, 2002. **On internet : Academia.edu**

J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, Quadrige, 2<sup>e</sup> éd., 2012.

Ph. JESTAZ et Chr. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, Méthodes du droit, 2004.

##### New researchs and new perspectives:

F. AUDREN et J.-L. HALPÉRIN, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités (XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*, Paris, éd. Du CNRS, 2013.

Chr. JAMIN, *La cuisine du droit. L'École de Droit de Sciences Po : une expérimentation française*, Paris, Lextenso, 2012.

**Reviews:**

*Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*: <http://www.univ-droit.fr/rhfd>  
*Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques* (depuis 1985).

*Clio & Thémis. Revue électronique d'histoire du droit* : <http://www.cliothemis.com>

*Historia et Ius. Rivista di storia giuridico dell'età medieval e moderna*:  
<http://www.historiaetius.eu>

And of course: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*:  
<http://www.centropgm.unifi.it/quaderni/indici.htm>