

Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique : un exercice de lecture comparée

Christophe JAMIN

Directeur de l'École de Droit de Sciences Po

L'histoire de la pensée juridique contemporaine recèle un curieux paradoxe. Alors que plusieurs auteurs voient au moins une certaine parenté entre le réalisme juridique américain¹ et les travaux de quelques civilistes français situés à la charnière des XIX^e et XX^e siècles², ces mêmes civilistes ont délibérément tourné le dos au réalisme au moment même où il prenait son essor outre-Atlantique. Ce qui amène à se poser cette question : que s'est-il passé, durant cette période cruciale que constituent les années 1880-1930, pour que les civilistes français aient refusé de céder aux tourments du réalisme, alors que plusieurs ingrédients étaient là pour qu'ils opèrent un mouvement identique à celui de leurs homologues américains ? Autrement dit, et en quelques mots seulement, que s'est-il passé pour qu'ils aient refusé de contester radicalement « la méthode d'interprétation classique » que Gény avait identifiée dans *Méthode d'interprétation et sources en droit positif français*³ ? Non d'ailleurs pour lui substituer un corps tout armé de doctrine, car le réalisme fut plutôt un mouvement réactif qu'une réelle école de pensée⁴, mais pour remettre en cause ce qui structurait la pensée juridique de l'époque sur les deux rives de l'Atlantique : la jurisprudence des concepts, l'esprit de système, le formalisme, un fort juridisme, etc. Un mouvement qui insuffla le doute sur un très grand nombre de croyances fortement ancrées chez les juristes : sur la naturalité des catégories juridiques, l'incapacité à se mettre au contact des faits autrement qu'en les assujettissant aux classifications juridiques préétablies⁵, la distinction des sphères publiques et privées, la cohérence et l'autonomie du droit, voire sa neutralité axiologique, ou encore, car la liste n'est nullement exhaustive, son éventuelle indétermination⁶. Un mouvement qui permit surtout l'éclosion – dans son prolongement, mais aussi en opposition à lui⁷ – d'une multitude de courants de pensée et de visions du droit, fréquemment opposés les uns aux autres et qui ont d'ailleurs connu et continuent à connaître des fortunes diverses : des études de sociologie

¹ Sur lequel, parmi une littérature particulièrement abondante, le classique W. W. Fisher III, M. J. Horwitz and T. A. Reed (ed.), *American Legal Realism*, Oxford UP, 1993, qui contient les textes canoniques de la pensée réaliste.

² V. récemment, F. Schauer, *Thinking like a Lawyer*, Harvard UP, 2009, pp. 124-125.

³ F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif – Essai critique*, Chevalier-Marescq, 1899, pp. 15-52.

⁴ Tous les historiens s'accordent sur cette caractéristique du mouvement réaliste qui constitue plutôt un état d'esprit (*a mood*) qu'un mouvement intellectuel cohérent, ce qui ne permet guère de le cerner. Cf. en ce sens, des auteurs aussi différents que Morton J. Horwitz (*The Transformation of American Law*, Oxford UP, t. I, 1992, pp. 172-192) ou Neil Duxbury (*Patterns of American Jurisprudence*, Oxford UP, 1995, pp. 65-159).

⁵ V. sur ce thème, la présentation par Louis Assier-Andrieu de l'ouvrage de Karl N. Llewellyn et E. Adamson Hoebel : *La voie Cheyenne*, PUF, 1999, spéc. p. XXV.

⁶ Peut-être faudrait-il préférer un autre mot à celui d'indétermination qui apparaît trop radical, tel celui de « *vagueness* » qu'emploie aujourd'hui Timothy Endicott (*Vagueness in Law*, Oxford UP, 2000), mais qui paraît assez difficilement traduisible.

⁷ V. par exemple, la défense à nouveau frais du formalisme juridique par Ernest Weinrib : *The Idea of Private Law*, Harvard UP, 1995.

empirique⁸ à l'analyse économique du droit⁹ en passant par une grande variété de mouvements critiques¹⁰.

Répondre à la question posée, celle du refus des civilistes français de céder aux tourments du réalisme, dont ils auraient été pourtant les précurseurs, ne relève pas seulement de l'érudition. Si nous y avons fait face, la plupart de ceux qui font œuvre doctrinale n'en seraient peut-être pas à se lamenter sur l'impuissance actuelle de la dogmatique juridique à construire un droit ordonné et cohérent¹¹. Cette question ne serait plus aussi fondamentale et nous en aurions pris notre parti, ou du moins nous ne la poserions plus en ces termes. Nous n'en serions pas plus à nous offusquer des théories réalistes de l'interprétation. Au lieu d'être perçues comme autant de théories subversives, elles auraient fait partie de notre lot commun. Quant à l'analyse économique du droit, elle ne serait pas fustigée à longueur de colonnes. Au lieu de nous interroger encore et encore sur sa pertinence, nous en serions à débattre des diverses manières de penser les rapports entre le droit et l'économie. Le tout pour ne rien dire de la sociologie du droit qui n'aurait pas été pratiquée sans rigueur avant d'être reléguée aux marges de la doctrine¹². Au lieu de cela, nous aurions privilégié d'autres voies que celles liées à la seule « technologie juridique »¹³ qui sature le discours savant (au point peut-être de l'asphyxier) et nous serions-nous ouverts, au sein même des facultés de droit, à une vision pluridisciplinaire du droit en ne croyant plus vraiment nécessaire de préserver l'autonomie du discours juridique vis-à-vis des autres sciences sociales¹⁴. En d'autres termes, nous aurions rompu avec une certaine nostalgie du « temps des cathédrales »¹⁵ et refusé de nous rallier en masse à une « apologie pour les faiseurs de systèmes »¹⁶ qui ne pouvait aboutir qu'à une glorification d'un droit de manuels¹⁷. Quant à ceux qui n'appartiennent pas au monde des juristes, ils ne nous percevraient peut-être plus comme ne faisant « par fonction... que rationaliser les situations de fait en vue d'y introduire une cohérence reposant sur des principes »¹⁸. Bref, notre tradition juridique aurait peut-être bifurqué.

⁸ Sur lequel on peut lire l'intéressant J. H. Schlegel, *American Legal Realism & Empirical Social Sciences*, University of North Carolina Press, 1995. V. son compte-rendu par D. R. Ernst, « The Lost Law Professor », (1996) 26 *Law and Social Enquiry* 967.

⁹ En guise d'introduction historique, N. Mercurio and S. G. Medema, *Economics and the Law*, Princeton UP, 1997.

¹⁰ A nouveau en guise d'introduction, M. Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies*, Harvard UP, 1987. – Adde, G. Minda, *Postmodern Legal Movements*, New York UP, 1995.

¹¹ V. récemment, D. Bureau et N. Molfessis, « L'asphyxie doctrinale », *Etudes à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 45 sq.

¹² Sur la sociologie du droit, cf. le constat de Liora Israël dans *L'arme du droit* (Presses de Sciences Po, 2009, p. 32) : « Dans le sillage des travaux pionniers du doyen Carbonnier, émerge dans les années 1970 une nouvelle génération de chercheurs, intéressés au droit dans une perspective sociologique. Ils feront carrière le plus souvent au CNRS, institution plus propice à l'interdisciplinarité que l'Université française ».

¹³ P. Amserek, « L'interpellation actuelle de la réflexion philosophique par le droit », *Droits*, t. 4, 1986, p. 132, qui la définit comme la manière d'« agencer à la manière d'un dogme les différentes règles juridiques édictées par les pouvoirs publics, à s'efforcer d'en établir une présentation ordonnée, systématique et cohérente, en tâchant de donner des dispositions juridiques en vigueur des commentaires interprétatifs judicieux et rationnels, explicitant toute leur portée, toutes leurs potentialités, éliminant ou réduisant leurs défauts apparents, leurs obscurités, leurs lacunes, leurs contradictions, etc. »

¹⁴ Rappelons-nous ici des mots de Grant Gilmore dans *The Ages of American Law* (Yale UP, 1977, p. 87) à propos de « l'âge de l'anxiété » constitué par la montée en puissance du réalisme : « At the hands of the Realists, the slogan "law is a science" became "law is a social science"... the Realists talked of economics and sociology not merely as allied disciplines but as disciplines which were in some sense part and parcel of law ». Ce qui distingue le mouvement réaliste du discours juridique français qui a très rapidement pris soin de faire de l'économie ou de la sociologie des sciences annexes, ce qui permit au droit de conserver son autonomie.

¹⁵ F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, PUF, 1995, p. 322, qui considère, de manière tout à fait caractéristique, que ce sont « les grandes œuvres synthétiques » qui, voyant le jour à compter des années 1890, « contribuent à donner ses lettres de noblesse à cette partie du savoir juridique » que constitue la doctrine.

¹⁶ J. Rivero, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *D.* 1951, Chron., p. 99 sq.

¹⁷ Sur lequel, J. Caillosse, « *Quel droit administratif enseigner aujourd'hui ?* », *Revue administrative*, n° 328, 2002, p. 461.

¹⁸ J. Donzelot, *L'invention du social*, Le Seuil, 1994, p. 89.

La question du réalisme et de son refus mérite donc d'être posée. Et l'on peut tenter d'y répondre en reprenant la lecture de quelques auteurs emblématiques. Celle-ci ne fournit certes pas tous les éléments d'une théorie. Il y a en effet d'autres manières de procéder : s'intéresser par exemple à l'importance des réseaux d'acteurs¹⁹ ou s'interroger sur les conditions institutionnelles de la production du savoir juridique, ce qui nous amènerait peut-être à regarder d'un peu plus près l'organisation très centralisée des facultés de droit en France²⁰, voire à toucher du doigt ce sujet tabou que constitue l'agrégation. S'agissant même d'un travail de relecture, nous pourrions ne pas focaliser notre attention sur quelques plumes illustres, mais nous plonger dans l'étude de tous les seconds grades de la doctrine qui ont largement contribué à la construction de notre droit sans vraiment retenir l'attention. Et même entre les grandes plumes, le choix a nécessairement sa part d'arbitraire.

Je l'assumerai néanmoins en retenant trois noms pour leurs qualités quasiment « archétypiques ». Par ordre d'entrée en scène : Raymond Saleilles (1855-1912), René Demogue (1872-1938) et Georges Ripert (1880-1958)²¹. Le premier ouvre la période. Il donnera toute sa mesure entre 1890 et 1910. Plus encore que Gény, qui n'est en définitive que son meilleur élève, plus encore que les autres membres de la nébuleuse réformiste de l'époque, il contribue à remettre en cause les postulats de la doctrine classique. Mais il a peut-être compris que cette remise en cause pouvait avoir des effets dévastateurs et il va s'employer très vite à refermer la boîte de Pandore, ce qu'avaient déjà commencé à faire ces très grands civilistes que furent Henri Capitant (son *Introduction au droit* d'inspiration pandectiste paraît en 1898) et Planiol (la première édition de son *Traité élémentaire de droit civil* étant publiée en 1899). Le deuxième auteur (Demogue) œuvre durant les années 1910-1930. Il lui revient d'avoir signalé à ses contemporains qu'une fois ouverte, la boîte de Pandore ne pouvait plus être refermée. Ce qui lui vaudra très vite de se voir reprocher par Gény de propager un « nihilisme décourageant »²², une appréciation largement partagée qui ne contribuera guère à sa notoriété doctrinale, si ce n'est sur des questions secondaires, au premier rang desquelles figure la distinction des obligations de moyens et de résultat. Le troisième clôt le cycle en dominant – que dis-je ? en écrasant ! – la doctrine civiliste entre les années 1920 et 1950. Lui aussi a fort bien compris qu'une fois ouverte, il ne serait guère possible de refermer cette fameuse boîte, mais qu'il fallait pourtant s'y employer très sérieusement et peut-être même sans réellement croire au succès de l'entreprise.

De ces trois auteurs, les deux premiers retiendront un peu moins mon attention, ne serait-ce que parce qu'ils ont fait l'objet d'études très approfondies ces dernières années, études dont je me bornerai à reprendre certaines conclusions²³. Il n'en ira pas de même du troisième dont l'œuvre n'a pas donné lieu au même genre d'analyse, même si presque tous ses essais ont été récemment réédités – à l'exception significative de son *Régime démocratique et le droit civil*, véritable pamphlet contre la démocratie²⁴. Mais il faut dire que le comportement de Ripert n'en fait guère un auteur fréquentable : n'a-t-il pas été secrétaire d'Etat (à l'Instruction publique et à la Jeunesse) sous le régime de Vichy, même brièvement (entre septembre et décembre 1940) ? Il faut pourtant insister

¹⁹ V. en ce sens, F. Audren et C. Fillon, « Louis Josserand ou la construction d'une autorité doctrinale », *RTD Civ.* 2009, p. 39 *sq.*

²⁰ V. sur les rapports entre compétition universitaire et innovation juridique, N. Garoupa and T. S. Ulen, « The Market for Legal Innovation : Law and Economics in Europe and the United States », *Alabama Law Review* 59.5 (2008) : 1555-1633.

²¹ V. pour des indications biographiques sur chacun de ces auteurs, P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français*, PUF, 2007.

²² F. Gény : *Nouvelle revue historique de droit français et étranger* 1911, p. 125, qui constitue le compte-rendu de l'essai publié la même année par Demogue sur *Les notions fondamentales du droit privé*.

²³ Sur Saleilles, il faut lire tout particulièrement M. Xifaras : « La *Veritas Iuris* selon Raymond Saleilles – Remarques sur un projet de restauration du juridisme » ? *Droits*, t. 47, 2008, p. 77 *sq.* – Quant à Demogue, il a fait l'objet d'un colloque en 2003 dont les actes ont fait l'objet d'un numéro spécial de la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* en 2006 (vol. 56).

²⁴ Sur lequel, J.-P. Chazal, « G. Ripert et le déclin du contrat », *Revue des contrats* 2004/2, p. 244 *sq.*

sur l'œuvre de Ripert, parce qu'il est celui qui siffle la fin de la récréation, d'une récréation qui a commencé au début du XX^e siècle. Après les années 1930, la doctrine civiliste française n'aura plus vraiment l'occasion ni le goût de se livrer aux tourments du réalisme.

Mais peut-être faut-il commencer par dire quelques mots sur ce début de XX^e siècle, le fameux moment 1900 qui n'est d'ailleurs pas propre au droit²⁵, pour comprendre l'apport de chacun de nos trois auteurs que nous étudierons successivement par la suite.

❖ Le moment 1900 en droit civil

De façon générale, le dernier tiers du XIX^e siècle est dominé par la crise intellectuelle du modèle libéral classique²⁶ qui avait commencé à monter en puissance en France dès les années 1820²⁷. Fondé sur la philosophie du libre-échange, celui-ci repose sur cette idée que le marché produit de l'harmonie sociale, le jeu des intérêts engendrant par lui-même une forme d'équilibre jugé satisfaisante.

Ce modèle aura fini par trouver sa traduction sur le plan juridique²⁸, du moins dans certains domaines (plus certainement en matière contractuelle que familiale) et non sans de fortes nuances selon les auteurs (qui peuvent être au surplus libéraux sur certains points et conservateurs sur d'autres). Or, dès les premières années de la III^e République, ce modèle ne tient plus pour des raisons politiques que certains civilistes ont parfaitement comprises. Et cela d'autant plus qu'ils participent à l'aventure de la sociologie naissante qui leur permet de percevoir les effets très concrets de la philosophie qui fonde ce modèle²⁹. Ces raisons, on peut les résumer ainsi : si les juristes ne reviennent pas sur le postulat libéral classique, c'est la société bourgeoise elle-même qui sera très sérieusement malmenée. Je me bornerai ici à citer les propos d'un civiliste qui écrit ceci en 1903 : « le devoir des bons citoyens est de comprendre la nécessité des réformes et d'aider à les accomplir. Un accord est encore possible : les deux partis ont un intérêt égal à ce que cet accord soit tenté... si le prolétariat ne veut que remplacer une législation de classe par une autre intolérante, injuste, exclusive, il n'aura réalisé aucun progrès, aucune œuvre viable... de son côté, la bourgeoisie doit accepter l'inévitable, – ne pas s'obstiner à la défense de ses privilèges, dans le regret de l'hégémonie qu'elle a perdue, – reconnaître ce qu'a de légitime le mouvement d'émancipation de la classe ouvrière. A ce prix, elle fera l'économie d'une Révolution »³⁰. Fait instructif : il s'agit là des dernières lignes d'une introduction à un cours de droit civil consacré à la socialisation du droit, laquelle est censée répondre à la crise du modèle libéral classique, dont l'auteur pense qu'il est susceptible d'aboutir à une révolution ouvrière s'il est maintenu.

En soulignant la nécessaire conciliation des intérêts des classes en conflit *via* la socialisation du droit, l'auteur met en lumière une opposition décrite en 1848 par l'économiste Frédéric Bastiat :

²⁵ F. Worms (dir.), *Le moment 1900 en philosophie*, PU Septentrion, 2004.

²⁶ Je me borne à emprunter cette expression, certes contestable, aux auteurs qui s'emploient, durant les années 1930, à distinguer ce « libéralisme classique » d'autres modèles, au premier rang desquels figurent le néo-libéralisme ou le corporatisme. Cf. par exemple, G. Pirou, *Néo-libéralisme, Néo-Corporatisme, Néo-Socialisme*, Gallimard, 1939. – *Adde*, sur « l'ordre libéral de 1900 », cf. R. Kuisel, *Le capitalisme et l'Etat en France – Modernisme et dirigisme au XX^e siècle*, Gallimard, 1981, pp. 27-72.

²⁷ V. récemment, sur la diffusion des idées économiques libérales durant cette décennie, D. Todd, *L'identité économique de la France*, Grasset, 2008, spéc. p. 103 *sq.*

²⁸ V. pour un regard synthétique, A. Bürge, « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTDciv.* 2000, p. 1 *sq.*

²⁹ V. sur cette participation, F. Audren, *Les juristes et les mondes des sciences sociales en France*, th. Dijon, dactyl., 2005, p. 289 *sq.*

³⁰ J. Charmont, « La socialisation du droit (leçon d'introduction d'un cours de droit civil), *Revue de métaphysique et de morale* 1903, pp. 404-405.

« La dissidence profonde, irréconciliable sur ce point entre les socialistes et les économistes [(qui désignent) les libéraux], consiste en ceci : Les socialistes croient à l'antagonisme essentiel des intérêts. Les économistes croient à l'harmonie naturelle, ou plutôt à l'harmonisation nécessaire et progressive des intérêts. Tout est là »³¹. En définitive, si tant est que les civilistes y aient jamais adhéré pleinement, tant ils demeurent attachés à la puissance tutélaire de l'Etat, ils sont de plus en plus nombreux à rompre, au début du XX^e siècle, avec la croyance des économistes, à savoir que le libre-échange aboutit à un équilibre des intérêts. Tout au contraire, nombreux sont ceux qui pensent que ce libre-échange engendre des conflits d'intérêts qui ne peuvent être résolus par le seul jeu du marché et qui sont susceptibles de mettre en péril la société. Pour le dire autrement et choisir l'exemple, peut-être le plus emblématique, du droit des contrats, la majorité ne pense plus que l'Etat (en l'occurrence le juge) doit se borner à garantir la bonne exécution de conventions qui naissent et produisent leurs effets juridiques de la seule volonté des particuliers.

C'est à mon sens à cette époque et pour ces raisons éminemment politiques que prend forme la fameuse théorie de la balance des intérêts : dans le regard lucide que portent un certain nombre de juristes sur les effets très concrets qu'engendrent les rapports sociaux dans un monde dominé par le modèle libéral. Désormais, il faut absolument recréer de l'harmonie sociale autrement que par le marché pour que la société bourgeoise tienne le choc. Ce qui ne signifie d'ailleurs pas que le marché soit seul en cause : c'est l'ensemble des instruments traditionnels propres à engendrer cette harmonie qui passe au hachoir sous les coups du capitalisme, qu'il s'agisse de la famille, de la propriété, de la loi, etc. Mais pour ce qui concerne le marché et le libre-échange, une large fraction des juristes de cette époque entend privilégier deux voies pour surmonter son incapacité à construire de l'harmonie sociale. D'une part, l'invention d'un concept qui permettra de faire en sorte que les groupes sociaux qui s'opposent (la bourgeoisie et la classe ouvrière) fassent un pas l'un vers l'autre dans un esprit de conciliation. D'autre part, la détermination d'une instance, hors le marché, susceptible de recréer une certaine harmonie sociale.

Le concept, c'est la solidarité³² – un concept issu d'un conservatisme politique bien trempé et dont l'objectif est certainement de tranquilliser les esprits...³³ L'instance, c'est l'Etat à travers l'action du législateur, mais surtout du juge (civil, mais aussi administratif). Dans une tradition française qui s'ordonne autour de la toute puissance de la loi depuis la grande Révolution, le plus intéressant, du moins vers 1900, c'est cette montée en puissance du juge. Celui-ci devient une instance légitime pour dire le droit. De par sa fonction même, il est en effet placé au cœur des intérêts en conflits entre lesquels il doit trancher. Encore une fois, puisque le marché ne peut plus y parvenir de manière satisfaisante, la fonction qu'il exerce devient éminente. Et les juristes de l'époque lui en donnent les instruments, en lui disant qu'il peut au moins en partie s'affranchir des textes pour régler plus aisément ces conflits – et cela jusqu'au premier président de la Cour de cassation qui soutient cette idée lors des fêtes du centenaire du code civil, du moins lorsque les textes ne sont pas clairs !³⁴ Pourquoi s'affranchir des textes ? Parce que nous sommes à un moment (avant les années 1920 sur lesquelles nous reviendrons) où le législateur n'est pas encore réputé pour son interventionnisme. A cette époque, le droit civil se résume essentiellement à un code qui, s'il fait certes l'objet d'une jurisprudence abondante, n'a guère changé depuis 1804 et qu'il faut donc interpréter librement si l'on ne veut pas qu'il continue à servir le modèle libéral classique. Le meilleur exemple étant ici celui de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du code civil qui doit changer de sens pour permettre l'indemnisation des accidents professionnels...

³¹ F. Bastiat, « Justice et Fraternité », *Journal des Economistes*, t. 20, n° 82, 15 juin 1848, p. 325.

³² V. de manière générale, M.-C. Blais, *La solidarité – Histoire d'une idée*, Gallimard, 2007. – *Adde*, sur les aspects juridiques de la question, J.-F. Niort, « La naissance du concept de droit social en France : une problématique de la liberté et de la solidarité », *RRJ-Droit prospectif* 1994-3, p. 773 *sq.*

³³ V. sur ce thème, N. et A.-J. Arnaud, « Une doctrine de l'état tranquillissante : le solidarisme juridique », *APD*, t. 21, 1976, p. 131 *sq.*

³⁴ Discours du Premier président Ballot-Beaupré : *Le Code civil – 1804-1904 – Livre du centenaire* publié par la Société d'études législatives, 1904, t. II, spéc. pp. 26-28.

Pour autant, il existe un problème lié à la liberté nouvelle reconnue au juge : son éventuelle toute puissance. Le problème, c'est le risque de subjectivité radicale d'un juge libéré de la tutelle de la loi, soit qu'il l'interprète librement, soit qu'il s'en affranchisse dans certains cas. Autrement dit, la sortie du libéralisme classique passe entre autres par une montée en puissance du juge qui devient une instance légitime pour trancher les conflits d'intérêts. Pour autant, cette légitimité nouvelle s'accompagne d'un risque : puisque le juge doit s'affranchir de la tutelle des textes, il est possible qu'il cède à une subjectivité radicale. Les civilistes de l'époque en ont d'ailleurs un exemple vivant sous les yeux : celui du bon juge Magnaud et ce n'est nullement un exemple qu'ils apprécient. Disons-le trivialement : au nom de sa liberté nouvelle, il ne faudrait pas que le juge se mette à faire n'importe quoi !

En définitive, une fraction de la nouvelle génération des civilistes entend lui donner un plus grand pouvoir en vue rompre avec le libéralisme classique, mais cette même génération s'accorde aussi sur l'existence du risque engendré par cet accroissement de pouvoir qu'il va falloir conjurer. Nous avons là repéré ce qui fait le moment 1900 du droit civil – ou du moins l'un des moments, car la période est trop riche pour se résumer à un seul facteur. Ce moment-là nécessite de répondre aux deux interrogations qu'il engendre sur la substance (la remise en cause du libéralisme classique) et sur la méthode (le risque de toute puissance du juge du fait de la liberté interprétative qui lui a été accordée). Saleilles peut alors entrer en scène.

❖ La solution proposée par Saleilles : la soumission des juges aux constructions juridiques

Salleilles a puissamment contribué à la naissance de la crise que je viens de décrire. Il est de ceux qui pensent – il est même peut-être le premier à penser – que si les civilistes continuent à défendre une conception individualiste et libérale du droit civil, la société ira à sa perte, en ce sens qu'elle donnera le gain du match au socialisme révolutionnaire. Fidèle à son conservatisme politique, il s'emploie donc à socialiser ce droit civil dans un esprit de compromis politique. C'est ainsi qu'il défend tout à la fois le concept de solidarité et la montée en puissance du juge. Néanmoins il perçoit le risque de cette montée en puissance et il entend bien le conjurer en soumettant le juge à l'autorité doctrinale, seule à même de produire des constructions juridiques uniques garantes de l'objectivité des décisions rendues.

Que sont ces constructions juridiques, autrement dénommées théories générales ? Elles constituent, écrit-il, « la mise en formule positive d'idées rationnelles, tirées du point de vue social, et ramenées à des précisions qui les soustraient autant que possible à l'arbitraire »³⁵. Mon collègue Xifaras en a déduit qu'elles devaient présenter cinq caractéristiques : expressivité, complexité, unicité, systématisme et élégance³⁶. Il est inutile de les reprendre ici dans le détail. Retenons seulement que si les idées rationnelles dont parle Saleilles sont complexes, elles doivent être uniques. La fonction que Saleilles assigne à la science juridique, c'est de dicter au juge la « bonne réponse ». Or ce point est essentiel : si plusieurs idées juridiques sont vraies, le juge pourra choisir arbitrairement l'une ou l'autre. Pour supprimer le risque d'arbitraire et de subjectivisme, les supprimer « autant que possible », il faut absolument qu'à une institution de droit donnée corresponde une idée juridique vraie. Ajoutons à cela que les constructions juridiques doivent avoir cette faculté de concilier les intérêts en conflit, conciliation que le marché n'est plus à même de réaliser, et qu'elles doivent impérativement reposer sur des principes, qu'il appartient au juriste de rechercher et dont le propre est de subsumer sous un concept unique des

³⁵ R. Saleilles, « Droit civil et droit comparé », *Revue internationale de l'enseignement*, t. 61, 1911, p. 20.

³⁶ M. Xifaras, art. précité, pp. 91-94.

considérations contradictoires – les antinomies du droit chères à Saleilles. Or une pareille recherche ne peut plus se faire par voie de déduction à partir des diverses dispositions légales, ce qui est supposé être à la fois le propre et le tort de la doctrine classique, mais par voie d'induction, en prenant précisément appui sur le « point de vue social ».

Voici à mon sens le double apport de Saleilles. D'une part, il contribue à rénover la doctrine civiliste en soutenant que le juge ne peut interpréter le code civil comme en 1804 au risque de rester fidèle au libéralisme classique qui mène à la victoire du socialisme révolutionnaire. En ce sens, il inscrit le droit civil dans l'histoire tout en lui conférant un soubassement politique. D'autre part, il contribue à fermer les portes de l'interprétation en retenant que l'on ne peut tout de même pas donner trop de pouvoir au juge au risque de le voir céder au subjectivisme, ce qui l'amène à promouvoir les constructions juridiques qui constituent autant de discours de vérité propres à canaliser ce juge.

Autrement dit, Saleilles aura contribué à changer le statut ontologique des vérités légales en les inscrivant dans le temps. Ce qui n'est pas rien, parce qu'en fondant ces vérités sur les nécessités d'une vie sociale mouvante, il aura contribué à faire sortir les juristes de l'univers des vérités éternelles. Pour autant, la vérité en droit demeurera une question centrale. Le catholique Saleilles pourrait donc avoir accompli dans l'ordre juridique ce que le modernisme permettait au même moment de réaliser sur un plan théologique³⁷. Ce qu'avait fort bien compris Maxime Leroy quand il écrivait, dès 1908, que Saleilles avait mis fin à « la disharmonie de la conception rigide du dogme avec les faits » en tâchant de « ramener le dogme à la vie » par son assouplissement, mais « tout en le maintenant comme impératif ». Une orientation qu'il résumait dans une formule saisissante : « Au-delà du Code, mais par le Code, dit M. Saleilles. Au-delà du dogme, mais par le dogme, dit M. Edouard Le Roy », qui fut avec d'autres l'un des artisans de ce modernisme³⁸.

Ce n'est pas ce discours que tient Demogue qui aurait plutôt tendance à soutenir que les portes ne peuvent pas être refermées une fois ouvertes, autrement dit que les constructions juridiques sont inopérantes pour résoudre la question de l'arbitraire du juge quand il règle les conflits d'intérêts charriés par la société. Raison pour laquelle certains juristes nord-américains voient aujourd'hui en lui l'un des précurseurs du réalisme³⁹.

❖ Demogue ou l'incapacité des constructions juridiques à domestiquer la toute puissance des interprètes

Lecteur de Léon Bourgeois, mais aussi de Léon Harmel, Demogue est incontestablement un partisan de la socialisation du droit civil. En ce sens, il s'inscrit parfaitement dans la ligne politique de Saleilles : il défend les intérêts de la bourgeoisie en songeant à intégrer les ouvriers dans l'imaginaire démocratique *via* cette socialisation. Dans cet esprit, il ne voit nullement que le

³⁷ Même s'il lui est très proche et qu'il ait pu s'emballer un temps pour le mouvement du Sillon (lors de la venue de Marc Sangnier à Nancy), il n'est pas certain qu'on puisse en dire autant du modernisme catholique de Gény, du moins à en croire les propos abrupts de Harold J. Laski tenus lors d'un dîner avec Gaston Jèze en 1931 : « I have no doubt at all that Geny simply mistakes old catholic dogmatism for legal philosophy and I hate that », *Holmes-Laski Letters*, Harvard UP, 1953, pp. 1325-26.

³⁸ M. Leroy, *La loi – Essai sur l'autorité dans la démocratie*, Giard & Brière, 1908, p. 329. – *Adde*, sur les liens entre l'école scientifique et les réseaux catholiques, il faut lire les différents articles du volume 28 de la *Revue française d'histoire des idées politiques* publiée en décembre 2008 sur les juristes catholiques entre 1880 et 1940.

³⁹ V. plus spécialement, D. Kennedy et M.-C. Belleau, « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2006, vol. 56, p. 163 *sq.* – Ce qui ne signifie pas que Saleilles ne soit pas aussi un précurseur du réalisme : si Demogue préfigure la critique du « systématisme », Saleilles est certainement un précurseur de l'empirisme sociologique (ce que tend à démontrer le succès de *L'individualisation de la peine* publié chez Alcan en 1898, bientôt suivie d'une traduction anglaise avec une préface de Pound)

marché puisse harmoniser les intérêts en conflits. Et tout comme Saleilles, il plaide en faveur de l'intervention d'un tiers, le mouvement de socialisation signifiant pour lui que le droit doit désormais réglementer « les frottements sociaux » et non plus seulement limiter la liberté ⁴⁰. Ce qui en fait un défenseur du juge qui ne saurait plus être seulement le garant d'un droit créé en dehors de lui.

En revanche il diffère de Saleilles sur un point majeur, d'ordre méthodologique : il ne croit pas à la possibilité de contenir le subjectivisme du juge. Tout est presque dit dans la préface de son essai de 1911 : « Je me suis surtout placé à un point de vue critique pour montrer sans chercher à en rien dissimuler les conflits et les contradictions qui sans doute agiteront toujours le droit civil » ⁴¹. Ce qui est une manière de soutenir, contre Planiol et Capitant qu'il cite, que les constructions juridiques ne seront pas en mesure de créer une vérité juridique susceptible de combattre cette subjectivité. Ce qui est aussi une manière de se distinguer de Saleilles qui pensait que ce n'était tout de même pas une raison pour ne pas essayer quand il écrivait que ces constructions allaient réduire « autant que possible » la part de subjectivité du juge (cf. *supra*).

Et cela pourquoi ? Parce que, plus encore que Saleilles, Demogue est un pessimiste qui postule la faiblesse de l'esprit humain. A la question qu'il s'était lui-même posée en 1911 : « est-il possible d'espérer que le cerveau humain soit un jour assez puissant pour réunir en un faisceau harmonieux les données sur lesquelles s'appuie le droit ? », il avait conclu : « je ne le crois pas ». Aussi avait-il enjoint à ses pairs de ne surtout pas appeler « nos tentatives juridiques un équilibre, stable ». Avant de se justifier : « La position des plateaux d'une balance n'est qu'un tour de force exceptionnel dans le monde physique. Le monde moral et le monde physique ne vivent que d'approximations, d'équilibres divers. Comme les saisons se font régulièrement par des phases atmosphériques d'une irrégularité sans nombre, ainsi au total le monde social peut s'équilibrer avec les aspirations les plus durables de l'esprit humain, par des déséquilibres constants et divers » ⁴².

C'est par son pessimisme extrême que Demogue tranche en définitive avec tous les juristes de son temps. « L'étude, écrit-il encore, permet de se garer de certaines erreurs, sans fixer toutefois la vérité nette et certaine » (ce qui le fait encore ressembler à Saleilles) et si équilibre il peut y avoir parfois, il ne ressemble qu'à « la paix d'un soir de lutte ou celle de deux adversaires qui mesurent leurs forces » (ce qui l'en distingue) ⁴³.

Pour le dire autrement, Demogue rompt avec ce qu'on pourrait appeler *l'esprit savignien* de la pensée juridique française, dont on peut parier qu'il a constitué le point de départ du travail des civilistes français tout au long du XX^e siècle.

Souvenons-nous que la paternité de l'expression « technique juridique » est unanimement attribuée à Savigny. Gény, dont j'ai déjà dit qu'il était certainement le meilleur élève de Saleilles, lui rend fortement hommage lors des célébrations du centenaire du code civil en 1904. Et Gény de distinguer, en s'inspirant de la distinction de Savigny entre l'élément politique et l'élément technique du droit, ce qui relève « des principes qui répondent aux conditions de la vie sociale », autrement dit « l'élément substantiel de la jurisprudence, de nature morale et sociologique », de ce qui relève de la mise en œuvre de ces principes et de leur adaptation aux circonstances, autrement dit l'« élément formel », qui constitue « un ensemble de procédés ou de moyens

⁴⁰ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, Arthur Rousseau, t. I, 1923, n° 33, p. 94. Cette conception d'un droit « social » destiné à réglementer les « frottements sociaux » me fait penser, mais peut-être à tort, à la société « criblée de frictions » que le droit doit s'employer « à réduire ou à prévenir » dont parle, dans *The Bramble Bush* (publié en 1930), la figure majeure du réalisme nord-américain qu'est Llewellyn (cité par L. Assier-Andrieu, précité, p. XXI)...

⁴¹ R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Arthur Rousseau, 1911, p. VII.

⁴² R. Demogue, *op. cit.*, pp. 198-199.

⁴³ R. Demogue, *op. cit.*, p. 197.

pratiques... qui représente la part spécifique de l'art ou du métier dans le Droit et qu'on peut appeler sa technique »⁴⁴.

Or, si chez Gény et ceux qui viendront à sa suite, cette partie de l'activité des juristes constitue la tâche la plus noble qui leur incombe, mais aussi la plus utile, s'il considère que « l'élaboration technique doit former la partie capitale de toute l'organisation positive du droit » qui « conquiert nécessairement en envergure tout ce qui manquait à [l'élément substantiel] » en lui étant « supérieure en fécondité et en justesse d'effets »⁴⁵, tel n'est pas le cas chez Demogue. Ce dernier ne répudie pas la technique⁴⁶. Simplement, il ne se fait guère d'illusions. Certes, écrit-il, le droit « peut espérer faire d'ingénieuses constructions petites ou moyennes... il régularisera les conflits en en donnant la solution précise et temporaire... mais il ne pourra tout y mêler de telle sorte qu'il ne reste au dehors la force qui la fera s'effriter ou s'écrouler »⁴⁷. En définitive, Demogue croit bien que la vie est largement trop complexe et conflictuelle pour que les théories humaines ne déclinent pas « lamentablement » les unes après les autres, même si de la technique il reste toujours quelque chose et que certains équilibres ont parfois perduré fort longtemps...

Autrement dit, là où Saleilles et Gény résolvent la difficulté engendrée par la nécessité de balancer des intérêts conflictuels en poussant les feux de la technique, ce qui se traduira bientôt chez leurs successeurs par l'édification massive et continue de constructions juridiques, Demogue se montre nettement plus circonspect. Pour lui, le droit n'est fait que d'une suite de marchandages voués à l'approximation, d'équilibres plus ou moins stables obtenus à force de compromis... En définitive, il considère que le projet de Saleilles de refermer les portes qu'il a lui-même contribué à ouvrir est chimérique.

Or c'est précisément ce qui va paraître insupportable aux yeux de Ripert qui coupera court aux interrogations de la doctrine française entamées à la fin du XIX^e siècle – ce qui aurait pu constituer l'amorce d'un tournant réaliste au sens où nous avons défini ce réalisme (cf. *supra*).

❖ Ripert ou la nécessité politique de promouvoir principes et constructions juridiques

Ripert est un auteur dont la pensée est plus complexe à pénétrer qu'on ne peut l'imaginer au premier abord. Il se distingue tout à la fois de Saleilles et de Demogue.

Ce qui le différencie du premier, c'est sa critique radicale du jusnaturalisme qu'il exprime dès 1918 dans une implacable charge contre Gény⁴⁸. Pour lui, le droit n'est rien d'autre que le produit d'une lutte entre gouvernés et gouvernants. Ce n'est que le résultat d'une politique de la force où chacun essaie d'obtenir le statut de gouvernant – intellectuels, juges, législateur... En ce sens, Ripert se dit très proche à la fois de Jhering et de Duguit. Et de cette conviction, il infère deux questions qui ne cesseront de hanter son œuvre : quelle raison donner à l'obéissance aux lois par les gouvernés, et comment limiter la toute puissance des gouvernants ?

⁴⁴ F. Gény, « La technique législative dans la codification civile moderne », *Le Code civil – 1804-1904 – Livre du centenaire*, Sociétés d'études législatives, 1904, t. II, p. 991. – *Adde*, sur cette même manière de présenter la technique juridique en référence à Savigny, P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Sirey, 1951, n° 10, pp. 87-90.

⁴⁵ F. Gény, *Sciences et technique en droit privé positif*, Sirey, t. III, 1921, n° 178, p. 2.

⁴⁶ V. sur ce thème, N. Dissaux, « La technique juridique dans la pensée de René Demogue », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2006, vol. 56, p. 57 *sq.*

⁴⁷ R. Demogue, *op. cit.*, p. 199.

⁴⁸ G. Ripert, « Droit naturel et positivisme juridique », *Annales de la faculté de droit d'Aix*, nouvelle série, n° 1, 1918, p. 3 *sq.*

A cette dernière question, Ripert aurait pu apporter une réponse équivalente à celle de Demogue, et soutenir qu'il n'y a pas vraiment de moyens de la limiter autrement que par des équilibres instables et précaires entre des combattants aux intérêts contradictoires. Mais cela, Ripert ne peut pas l'admettre. Et pour une raison politique qui tient aux craintes engendrées chez lui par le régime démocratique, et plus spécialement par le suffrage universel. Pour Ripert, son instauration en 1848 a sonné le glas de la société traditionnelle en donnant le pouvoir au plus grand nombre constitué par la masse des ouvriers et la nébuleuse des employés en proie à une industrialisation et une urbanisation croissantes et désordonnées. Or les uns et les autres sont très attirés par les idées socialistes, pour ne pas dire par le bolchevisme, ce dont il estimera avoir la preuve avec la venue au pouvoir du Front populaire en 1936⁴⁹.

Si donc Ripert s'en tient à un droit qui n'est que le produit d'une politique de la force, le régime démocratique entraînera l'inéluctable défaite de son camp, celui d'une société conservatrice et catholique. Il lui faut donc trouver le moyen de limiter la toute-puissance des gouvernants.

Entendons-nous bien : il ne s'agit pas pour lui de s'en prendre à la toute-puissance du juge qui constituait le cœur de la réflexion de Saleilles. Dans ce juge, il voit plutôt un allié, dès lors que celui-ci, « choisi parmi les meilleurs de la nation », est tout à la fois « habitué à respecter les règles de la morale traditionnelle... [et] tenu... par la discipline du corps et la hiérarchie des juridictions »⁵⁰. Son problème, c'est plutôt le législateur. Autant la question de sa toute-puissance ne se posait pas vers 1900-1910, au moment où écrivait Saleilles, autant elle se pose de manière cruciale depuis la fin du premier conflit mondial, car, à partir du début des années 1920, la machine législative s'est mise à fonctionner à plein régime. Le tiers censé équilibrer les intérêts en conflit et donc créer une part d'harmonie sociale, c'est désormais au moins autant le juge que le législateur. Ripert prend donc le second plutôt que le premier comme objet d'étude, mais son interrogation est de même nature que celle de Saleilles : comment limiter la toute-puissance d'un juge qui devait s'affranchir d'une lecture étriquée des textes pour socialiser le droit, s'interrogeait celui-ci ; comment limiter la toute puissance d'un législateur qui ne cesse de produire des lois nouvelles, et des lois réputées destructrices du droit civil parce qu'elles ont une vocation sociale, se demande Ripert.

Le moyen de limiter cette toute-puissance, on le trouve le plus nettement exposé dans un chapitre de son essai *Les forces créatrices du droit* que Ripert consacre aux principes⁵¹, dont nous avons dit qu'ils sont à la base des fameuses constructions juridiques (cf. *supra*).

Ripert part en l'occurrence du constat que « trop de lois imparfaites accusent le déclin du droit » et que « les lois... doivent obéir à des règles de techniques fondamentales ». Ne souhaitant pas s'en tenir au respect de la seule technique par le législateur, il se heurte alors à sa souveraineté, autrement dit sa toute-puissance. Pour un positiviste conséquent, écrit-il, un législateur maîtrisant la technique fondamentale ne serait guère critiquable. Ce qui est nettement insuffisant pour Ripert pour les raisons politiques que nous venons d'exposer. Celles-ci l'amènent donc à prêter une oreille attentive à la voix des orateurs qui, lors de la discussion de tel projet de loi, soutiennent qu'il est contraire aux principes juridiques. Peut-être y a-t-il en effet dans l'invocation de ces principes, perçus comme une évidence, le moyen de constituer un frein efficace à l'action débridée du législateur démocratique, du moins selon Ripert... D'où vingt pages consacrées à l'étude de ces principes juridiques qui méritent d'être lues avec soin (quitte à en suivre un peu lourdement les méandres), tant elles sont importantes puisqu'elles constituent le moyen ultime

⁴⁹ Sur ce thème, il faut lire à mon sens le plus intéressant, mais aussi le plus sulfureux, des essais de Ripert tant il constitue une critique virulente du régime démocratique : *Le régime démocratique et le droit civil* (LGDJ) dont la première édition remonte précisément à 1936 (une seconde édition sera publiée en 1948). – *Adde*, sur cet ouvrage, J.-P. Chazal, « G. Ripert et le déclin du contrat », *RDC* 2004/2, p. 244 *sq.*

⁵⁰ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^e éd., 1949, n° 21, p. 34.

⁵¹ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 2^e éd., 1955, pp. 325-345. Les citations qui suivent sont toutes issues de ces pages.

que l'auteur trouve pour fermer définitivement la boîte de Pandore de la subjectivité et de l'arbitraire ouverte par Saleilles plus d'un demi-siècle plus tôt.

« Tant que la croyance à l'existence du droit naturel a été générale, commence par écrire Ripert, l'appel aux principes juridiques a eu un sens » ; il s'agissait de comparer le droit positif à un droit idéal. Néanmoins l'auteur ne se rallie guère à la bannière du droit naturel... sauf pour retenir que, si des règles sont imposées par la nature de l'homme et les exigences de la raison, elles se retrouvent tout au long de l'histoire plus ou moins longue d'une civilisation. Ce dont il déduit que « la constatation de l'existence de règles traditionnelles suffit... pour affirmer qu'il y a des principes ». Les principes seraient ainsi de vieilles règles qui s'imposeraient par la seule force de la tradition. Pour autant, l'analyse ne le séduit pas vraiment : il y a, écrit-il, de vieilles règles devenues sans valeur et il n'existe en droit aucune aristocratie de naissance...

Ripert passe donc à une deuxième analyse et retient que, d'après certains auteurs, la nature du principe tiendrait à son caractère de généralité. Le principe dominerait les règles particulières qui viendraient se ranger sous son application. Ainsi l'article 726 du code civil, qui dispose que l'enfant conçu succède à son père, serait une règle juridique placée sous le principe : *Infans conceptus pro nato habetur*. L'analyse est certes exacte, retient l'auteur, mais « à entendre dans ce sens les principes juridiques, on ruine leur autorité, car tout se réduit à une question technique ». Si le principe est formulé par le législateur, il est une règle d'une large portée d'application, mais il est de même nature que les autres et ne dispose d'aucune supériorité à l'égard des autres lois positives. Et s'il est découvert par l'analyse des règles qui en découlent, il ne peut leur être supérieur puisqu'il en procède. « En réalité, écrit Ripert, ce sont les techniciens qui créent les principes si on les entend dans le sens de règles générales ». Quand ils construisent des systèmes, ils découvrent, sous les données des règles légales, une règle générale qui explique un certain nombre de dispositions particulières. Néanmoins, à entendre ainsi les principes juridiques, on ne peut admettre la condamnation d'une loi au nom de leur respect : « une loi ne saurait être déclarée mauvaise parce qu'elle constituerait une exception à une règle générale, que la doctrine a déclarée être un principe ». Tout au plus, le législateur a créé une contradiction dont il aurait pu se passer, mais on sait, conclut Ripert, qu'un peu d'habileté technique permet de concilier des règles juridiques contradictoires.

Troisième analyse : les règles générales ont un caractère éminent si on peut prouver qu'elles sont exigées par la raison humaine. On aura alors trouvé le moyen de critiquer une loi contraire à un principe, car ce sera dire par là-même que cette loi est contraire à la raison. Les « principes rationnels » seraient ainsi un obstacle à la toute-puissance du législateur. Cependant Ripert n'est pas davantage convaincu par cette analyse : il y a bien des exemples de principes rationnels qui sont écartés sans que notre raison se cabre contre la loi qui les méconnaît ; et « vouloir reconnaître les principes juridiques par le seul appel à la raison humaine, c'est s'exposer à des discussions sans fin entre des hommes qui ne raisonnent pas de la même façon ». En réalité, poursuit-il, le jugement de valeur porté sur une loi s'appuie sur notre expérience : « Nous jugeons raisonnables les règles que nous avons l'habitude de suivre ». Ce qui renvoie à l'ancienneté des lois qui ont contribué à former notre raison, et donc à la question, à laquelle l'auteur a déjà répondu, du respect de la tradition.

« Arrivé à ce stade de l'analyse des principes juridiques, écrit Ripert, il faudrait donc conclure qu'ils n'existent point ou plus exactement qu'ils se confondent avec les règles du droit existantes et ne sont qu'une manière de grouper ces règles autour de quelques grandes notions ». Ripert se demande alors « si l'idée qui sert à classer les règles n'a pas par elle-même une valeur propre, de telle sorte qu'elle pourrait inspirer d'autres règles de même nature ou empêcher de naître celles qui ne trouveraient pas leur place sous leur égide. Les principes seraient alors de *nature idéologique* ». Ce qui, pour l'auteur, « expliquerait à la fois leur force et leur faiblesse parce qu'ils inspireraient l'action du législateur mais ne l'arrêteraient pas de façon efficace ». C'est ainsi que le principe de la liberté religieuse est une notion première qui commande un ensemble de règles. Sa

force tient à l'idée qu'il donne des relations humaines ; il ne peut être facilement écarté parce que le législateur et les sujets de droit sont pénétrés de la valeur suprême de cette idée. Ces derniers n'admettront pas facilement qu'une loi interdise l'exercice d'un culte contrairement au principe de la liberté religieuse. Même si le droit est le produit d'une transaction entre des forces sociales opposées, on transige difficilement avec un principe ; le législateur hésitera donc à s'exposer à la critique. Néanmoins « si les principes sont purement idéologiques ils n'ont aucune valeur sérieuse, car ils n'ont aucun contenu précis, et dès qu'on essaye de les préciser, leur vanité apparaît ». Les grandes lois du XX^e siècle ont tenté de réaliser la liberté d'association ou la liberté de la presse. Qui peut dire que ces lois étaient conformes ou contraires au principe de la liberté ? Et quand une loi est contraire à un principe idéologique, on ne saurait dire qu'elle est mauvaise. Le principe ne se défendant ni par son ancienneté, ni par son universalité, ni par son caractère rationnel, ni par son utilité pratique, le seul fait qu'il soit écarté par la loi « prouve qu'il était faux par son intransigeance. Ce ne sont pas les principes idéologiques qui imposent les lois, ce sont les lois qui donnent à ces principes une figuration réelle ». L'idée vient alors, poursuit Ripert, de donner aux principes idéologiques une valeur plus grande en précisant leur contenu et en les proclamant dans un acte solennel. C'est le cas des « *déclarations de droits* ». Pour autant ces textes, qui peuvent avoir une valeur constitutionnelle, ne seront « jamais que l'œuvre de quelques hommes politiques, choisissant arbitrairement les règles qu'ils estiment les meilleures ».

A ce stade de son raisonnement, Ripert est sur le point de renoncer à soutenir qu'il existe des principes que le législateur doit respecter, qu'il n'existe donc aucun moyen juridique de le domestiquer. Néanmoins, il ne s'incline pas encore, car il veut croire qu'il est impossible que l'affirmation générale de leur existence ne réponde à aucune réalité : si, en présence d'une loi, les juristes protestent de sa contrariété avec tous les principes juridiques, « c'est bien qu'ils trouvent dans quelque idée supérieure de droit les motifs d'une condamnation ». Certes, « le scepticisme négateur trouve un argument facile en demandant à connaître la liste des principes juridiques » et il peut facilement reprendre contre leur existence la critique qui fut présentée contre les règles du droit naturel. Mais peu importe qu'on ne puisse pas établir cette liste : d'abord les principes se révèlent quand ils sont violés, car leur violation crée un trouble, et puis ces principes forment un tout, « une barrière opposée à la souveraineté du Pouvoir ».

Et là Ripert renonce à aller beaucoup plus loin : « Que ces principes soient donnés par le droit naturel, par la force de la tradition, par les exigences de la raison, par le souci pratique de l'ordre, l'essentiel est de constater leur valeur en tant qu'une limite est apportée à la souveraineté du droit positif ».

Néanmoins Ripert ne s'en tient pas à ce constat, qui est en même temps un constat d'échec. Fait majeur : il explique en quelques mots seulement, mais en quelques mots décisifs et fortement stratégiques, la raison ultime qui impose de limiter la toute-puissance du législateur en recourant à des principes qu'il a renoncé à fonder : parce que ceux-ci procurent un élément de « stabilité nécessaire du droit » qui est propre à « maintenir les caractères de notre civilisation ». Et de commencer par citer, au soutien de son affirmation, Lerebours-Pigeonnière (en l'occurrence, un extrait d'un long article intitulé « la déclaration des droits de l'homme et le droit international privé français » publié en 1950) : « Jusqu'à la dernière époque, la civilisation, par opposition à ce que nous appelons depuis le droit romain la barbarie, repose sur certains éléments communs, constitutifs de l'ordre juridique, et parmi ceux-ci des éléments spirituels, une notion de la dignité de la personne humaine ». La victoire sur le nazisme remonte à dix ans à peine. L'appel à la civilisation contre la barbarie constitue un argument qui interdit radicalement toute réplique⁵². Au même titre, dans l'esprit de Ripert, que la citation de Rivero (un extrait d'un texte sur « la culture

⁵² Notons qu'au cours de la première guerre mondiale Ripert avait entendu dévaloriser la conception allemande du droit créant « cette nouvelle idole : l'Etat moderne proclamant le droit par la suprématie de la force », en invoquant « l'éminente dignité de la personne humaine » (expression qu'il empruntait au passage à Henry Michel) : « L'idée du droit en Allemagne et la guerre actuelle », *Revue internationale de l'enseignement* 1915, pp. 179 et 183.

juridique » publié en 1952) : « Union fragile [de la puissance et de la liberté], nous la voyons en péril [la civilisation] dans les empires que la retraite de l'Occident a rendus à leur génie propre et qui, ne trouvant pas dans ce génie la tradition juridique que nous leur avons un moment imposée, semblent parfois ne s'éveiller à l'indépendance que pour retourner au chaos ». Ripert s'empresse de reprendre ce dernier mot : « Ce retour au chaos menace tous les pays qui ne savent pas défendre les principes de leur civilisation ». Ce qui lui permet de conclure sur les principes juridiques : « En définitive les principes juridiques ce sont les grandes règles qui président au maintien de l'ordre essentiel. Leur existence dépend de notre conception du droit ». Principes juridiques – et donc quelque peu mystérieux « ordre essentiel » – qu'il appartient évidemment aux juristes de défendre et promouvoir, en signalant « sans répit la violation des principes et de forcer le législateur à renoncer aux projets qu'il médite ».

Le mot « chaos » ne manque pas d'évoquer immédiatement les très vives critiques formulées contre les conceptions méthodologiques de Demogue, sa vision prétendument kaléidoscopique du droit, son nihilisme doctrinaire. Soyons plus précis : au même titre que Demogue, Ripert n'est pas jusnaturaliste et il est convaincu que le droit est le produit des forces sociales en lutte, mais alors que Demogue pense que cette lutte est incessante, qu'elle n'est gouvernée par aucune force transcendante ou aucun principe juridique susceptible d'y mettre fin, Ripert ne peut se résoudre à cette extrémité dont il pense qu'elle aboutira au chaos. Il ne peut donc faire l'impasse sur les éléments spirituels dont il veut qu'ils gouvernent le droit. Certes ces éléments ne procèdent pas du droit, puisque Ripert ne n'adhère pas au droit naturel, mais de la morale, d'une morale imposée par la tradition historique, une tradition qui en fait la puissance propre à s'opposer à la puissance démocratique. Pour autant, le résultat concret est à peu près le même que celui recherché par les jusnaturalistes. Il s'agit à chaque fois de mettre fin au désordre possible du droit. Le tout, notons-le, au prix d'une contradiction majeure, puisque Ripert se prévaut de la tradition alors même qu'il l'avait révoquée en doute quelques pages auparavant.

Résumons notre propos. La montée en puissance de la socialisation du droit avait mis au jour l'existence de conflits d'intérêts entre diverses classes sociales, au premier rang desquelles les classes ouvrières et bourgeoises, conflits dont les juristes avaient fini par se convaincre qu'ils ne pouvaient être résolus par la seule puissance du marché. Il avait alors fallu donner à un tiers – chez les civilistes : le législateur ou le juge – le pouvoir de concilier ces intérêts pour restituer à la société son harmonie, celle-ci ne pouvant plus être le fait du seul libre-échange. En ce sens, la théorie de la balance des intérêts peut être vue comme le produit de cette prise de conscience. Celle-ci avait alors eu des effets immédiats sur la méthode de travail des juristes. Au lieu de raisonner sur les seuls textes du code, au lieu de tenter de les combiner pour en tirer des principes, il fallait désormais qu'ils se plongent dans la réalité des innombrables conflits sociaux en posant les questions juridiques de façon différente. *Brevitatis causa*, non en déduisant des solutions des textes, selon un modèle philologique⁵³, mais en balançant des intérêts à partir des faits – le fameux « point de vue social ». Cependant, une large fraction des civilistes s'était rendu compte du risque engendré par cette méthode susceptible de ne plus donner d'armature fixe au droit, ce que précisément Demogue avait semblé entériner dès 1911. C'est alors que, pour tenter de redonner au droit cette fameuse armature, Saleilles emprunta les constructions juridiques au premier Jhering. Et l'on vient de voir que le recours aux principes, qui en constituent la base, relève d'une logique identique chez Ripert. A une différence près toutefois : alors que les premiers croient que ces théories mèneront peu ou prou à une forme de vérité technique, de solution objectivement juste, Ripert n'y croit peut-être pas. Il ne cesse en effet d'écrire que le droit est le produit de la politique de la force. Et s'il renonce à fonder les principes juridiques, il

⁵³ Sur lequel, B. Frydman, *Le sens des lois*, Bruylant & LGDJ, 2^e éd., 2007, p. 317 *sq.*

soutient qu'il faut tout de même les opposer à l'action du juge⁵⁴ et surtout du législateur, afin de ne pas contribuer à l'écroulement de la civilisation. Autrement dit, Ripert ne serait nullement un croyant, mais agirait comme s'il l'était. Ce qui serait une manière d'ériger le cynisme en système de pensée juridique. A moins que la défense de la civilisation ne constitue pour lui, en dernière analyse, ce lieu de vérité du droit. Ce qui se ferait alors prix d'une contradiction interne à son système de pensée, le droit ne pouvant plus apparaître seulement comme le produit d'une politique de la force.

Le mouvement de socialisation du droit aurait pu mener au déclin des constructions doctrinales telles que nous les connaissons aujourd'hui, ce qui nous aurait évité quelques déconvenues quand nous sommes confrontés à des phénomènes qui ne s'y prêtent guère, telle la montée en puissance des droits fondamentaux⁵⁵ ou ce que nous appelons (de manière significative) le désordre des sources du droit⁵⁶. Ce mouvement aurait pu aussi aboutir à une remise en cause de la croyance largement partagée en un principe d'autonomie du raisonnement juridique, puisqu'il n'aurait plus été porteur de vérité, ce qui aurait autorisé le recours aux sciences sociales qu'avaient commencé à prôner certains juristes dès les premières années du XX^e siècle en soutenant, par exemple, que les juges devaient impérativement se former à l'économie politique⁵⁷. Pour autant, ce double mouvement a fait long feu : il s'est agi pour les héritiers de Saleilles et Ripert, dont la plupart des civilistes français sont les petits-enfants, de défendre l'armature du droit à grand coup de principes et de constructions juridiques. Comme si les conflits pris en eux-mêmes, les « frictions » ou les « frottements sociaux », ne leur parlaient pas autrement qu'en étant ramenés à une forte transcendance – comme si du « *trouble-case* » (pour parler comme Llewellyn) ils ne pouvaient rien tirer. Le tout pour conserver à notre société une harmonie un temps mise en danger du fait même de la pensée dissolvante de certains civilistes (Demogue au premier chef). Bref, pour défendre la civilisation contre les tendances nihilistes, le risque d'incohérence du droit, le désordre social, l'anomie, les totalitarismes, etc.

Et Ripert n'aura pas eu beaucoup de mal à convaincre ses pairs. A nouveau pour des raisons politiques. Au début du XX^e siècle, le mouvement de socialisation du droit est le fait de civilistes, le plus souvent conservateurs sur un plan politique, qui sont convaincus que c'est le seul moyen de parvenir à un équilibre entre la bourgeoisie et la classe ouvrière. Pour le dire autrement, ce mouvement constitue un moyen de surmonter la lutte des classes. Or trente ans après, qu'est-il advenu ? Le Front populaire, qui a engendré une législation de classe dont beaucoup de juristes pensent qu'au lieu d'apaiser les conflits entre lesdites classes, elle va les exacerber, car chaque groupe réclamera au détriment des autres toujours un peu plus de droits : les ouvriers contre les patrons, les preneurs contre les bailleurs, etc. Autrement dit, exactement l'inverse du résultat qu'ils avaient escompté en prônant la socialisation du droit trente ans auparavant !

A titre d'exemple, c'est exactement l'état d'esprit du célèbre Josserand qui me semble ne jamais avoir varié entre ses idées de jeunesse et ses années de maturité : au début du XX^e siècle, pour contribuer à l'harmonisation des rapports sociaux, il invente la théorie de l'abus des droits en précisant que les droits subjectifs ne sont accordés que pour l'accomplissement d'une fonction sociale⁵⁸, et Ripert le traite méchamment de bolchevique⁵⁹. Au cours des années 1930, il se plaint

⁵⁴ Notons ici que les principes qu'il s'agit d'opposer au juge sont les principes que la doctrine se charge de « découvrir », non les principes généraux du droit qui sont le produit des juges. Alors que les premiers ont pour fonction de limiter la toute puissance du juge, les seconds sont pour lui un moyen d'affirmer sa puissance législative.

⁵⁵ V. en particulier, G. Morin, *La loi et le contrat*, Alcan, 1927, pp. 145-159, qui en appelle à « une nouvelle formation intellectuelle des juges ».

⁵⁶ V. très nettement, R. Libchaber, « L'impossible rationalité de l'ordre juridique », *Etudes à la mémoire du professeur Bruno Oppetit*, précitées, p. 505 sq.

⁵⁷ Sur ce thème, je me permets de renvoyer à mon article : « Le droit des contrats saisi par les droits fondamentaux », in G. Lewkowicz et M. Xifaras (dir.), *Repenser le contrat*, Dalloz, 2009, spéc. pp. 217-220.

⁵⁸ L. Josserand, *De l'abus des droits*, Dalloz, 1905, puis *Essais de téléologie juridique*, t. 1^{er}, *De l'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, Paris, 1927.

à de nombreuses reprises de la montée en puissance d'une législation de classe qui lui apparaît destructrice de l'harmonie sociale ⁶⁰. Ceux qui, écrit-il en 1937, occupaient une situation dominante, matériellement, juridiquement et moralement constituaient « la plus solide armature » de la société, les voici désormais réduits au rang d'« ennemis de la société » avec l'avènement du dirigisme qui est le produit du mouvement de socialisation du droit ⁶¹. Avant de conclure son article : « dirigisme, oui ; mais incohérence, partialité partisane et anarchie, non » ⁶². Anarchie, incohérence, chaos : ce sont toujours les mêmes termes.

Mais il n'y aura pas eu que le Front populaire. La seconde guerre mondiale et son lot d'atrocités auront définitivement mis fin aux interrogations méthodologiques des premières années du XX^e siècle – sans que les réflexions issues de l'existentialisme puissent les réanimer après guerre ⁶³ : comment imaginer que le droit puisse être principalement le produit de rapports de force qui n'aboutiront au mieux qu'à des équilibres instables, comment imaginer qu'il ne soit tenu par aucun principe transcendant, alors que cette façon de voir prive le droit de son armature ferme, le transforme en un kaléidoscope qui peut en définitive aboutir à un « chaos » dont l'Europe sort à peine ? Relisons l'extrait du texte de Lerebours-Pigeonnière très opportunément cité par Ripert : priver le droit de tout élément spirituel, c'est purement et simplement risquer la barbarie ⁶⁴.

Dès 1936 et définitivement après 1945, la fin de la récréation est vraiment sifflée. Sur le plan substantiel, il n'est plus question de défendre le mouvement de socialisation du droit – que la doctrine civiliste s'efforce désormais de cantonner à cette branche particulière que constitue le droit social, comme pour mieux sauver l'intégrité du droit civil ⁶⁵. Certes la mécanique législative et judiciaire (mais à un degré nettement moindre) s'est mise en marche dès les décennies 1920-1930 et il sera difficile d'arrêter le mouvement de socialisation du droit qu'elle sert puissamment avant les années 1980, marquées par un retour à la croyance dans les vertus du libre-échange, mais il n'est plus question pour la plupart des civilistes français de la soutenir. Et sur un plan méthodologique, ces mêmes civilistes, qui se sont un court instant offert le luxe d'avoir peur avec Demogue, sont désormais convaincus, pour certains que la technique juridique est susceptible de produire de la vérité en droit (les petits-enfants de Saleilles, dans la veine la plus sceptique, et plus encore de Gény), pour d'autres de la nécessité de faire comme si elle en produisait (les héritiers du plus cynique Ripert). Et cela pour nous préserver du chaos ⁶⁶.

Autrement dit, ils auront été jusqu'au bord du gouffre, un gouffre constitué par un droit qui pourrait ne plus être porteur de vérité, qui ne serait donc plus susceptible de fixer de borne au

⁵⁹ G. Ripert, « Abus ou relativité des droits – A propos de l'ouvrage de M. Josserand : *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927 », *Revue critique de législation et de jurisprudence* 1929, p. 33 sq.

⁶⁰ V. en particulier la série de courtes chroniques aux titres évocateurs que Josserand publie tout au long de ces années : « Le contrat dirigé », *D.H.* 1933, Chron., p. 89 sq. ; « Libéralisme et verbalisme », *D.H.* 1933, Chron., p. 65 sq. ; « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *D.H.* 1937, Chron., p. 1 sq. ; « La renaissance des droits "civils" ; Symptômes d'autarchie juridique », *D.H.* 1937, Chron., p. 69 sq. ; « Le contrat forcé et le contrat légal (contrat dit *de salaire différé*) », *D.H.* 1940, p. 5 sq.

⁶¹ L. Josserand, « Aperçu général des tendances actuelles de la théorie des contrats », *RTDciv.* 1937, p. 20, n° 18.

⁶² L. Josserand, art précité, p. 30, n° 25.

⁶³ Je songe en particulier aux interrogations de Chenot (dont « L'Existentialisme et le Droit », *Revue française de sciences politiques* 1953, p. 57 sq.) qui lui valurent la cinglante réplique de Rivero, précitée.

⁶⁴ Une étude comparative nous permettrait de voir que le reflux du réalisme juridique américain a tenu à des motifs à peu près identiques (ce qui n'empêche pas les juristes de prétendre majoritairement être les petits-enfants du réalisme, ce qui les différencie grandement de nous). V. par exemple, N. Duxbury, *op. cit.*, p. 67 : « From the 1930s onwards, realist jurisprudence suffered a series of increasingly penetrative body-blows as American legal philosophers, tormented by the spectre of Nazism, became ever more determined to discover democratic values, rational processes, neutral principles and, ultimately, integrity in the law ».

⁶⁵ V. sur ce thème, Ch. Jamin et P.-Y. Verkindt, « Droit civil et droit social : l'invention d'un style néo-classique chez les juristes français au début du XX^e siècle », in N. Kasirer (dir.), *Le droit civil, avant tout un style ?*, éd. Thémis, 2003, p. 103 sq.

⁶⁶ V. par exemple, G. Cornu, « Aperçu de la pensée juridique française contemporaine », *Annales de l'Université de Poitiers*, nouv. série, n° 1, 1960, spéc. p. 24 sq.

pouvoir du législateur ou du juge, et plus largement à la volonté de puissance des gouvernants, mais ils n'auront pas voulu s'y plonger et l'affronter. Ce qui aurait été pourtant un moyen de vivre les tourments du réalisme (américain) et peut-être même de permettre à la tradition juridique française de bifurquer. Mais le prix à payer était peut-être trop élevé. Nous n'aurions certes pas connu le chaos – de fait, je ne crois pas que les juristes américains l'aient connu – mais cette bifurcation nous aurait fait vivre dans un monde nettement plus incertain, en nous obligeant à reprendre à nouveaux frais la question des rapports entre droit et vérité⁶⁷, à penser à des formes de rationalité différentes de la technique juridique, une technique qui emplit la quasi-totalité du discours juridique et dont l'enflure nous empêche assez souvent de percevoir certaines questions⁶⁸, à ne plus tout à fait croire, du moins de façon aussi péremptoire et générale, qu'« en droit aussi, deux et deux font quatre »⁶⁹, à repenser à la réalité du processus de décision judiciaire⁷⁰, etc. etc.

Néanmoins cette bifurcation n'était peut-être pas envisageable, car elle aurait fini par amener les professeurs de droit, initiateurs du mouvement, à saborder les fondements mêmes du pouvoir doctrinal qu'ils étaient en train de conquérir.

⁶⁷ V. sur ce thème, D. Patterson, *Law & Truth*, Oxford UP, 1996.

⁶⁸ V. récemment, sur un certain registre, S. Pimont, « Peut-on réduire le droit en théories générales ? », *RTDciv.* 2009, p. 417 *sq.*

⁶⁹ Pour reprendre l'expression récente du professeur Philippe Comte : « "L'action pénale" en lévitation », *D.* 2010, p. 775.

⁷⁰ Souvenons-nous ici du texte canonique de la littérature de la *sociological jurisprudence*, dont nous n'avons pas vraiment l'équivalent en France, que constitue *The Nature of the Judicial Process* publié en 1921 par le juge Benjamin N. Cardozo.