HAL
open science

Commentaire sous La méthode de la libre recherche scientifique de F. Gény

Xavier Magnon

To cite this version:

Xavier Magnon. Commentaire sous La méthode de la libre recherche scientifique de F. Gény. Les grands discours de la culture juridique, 2017. hal-01725354

HAL Id: hal-01725354

https://hal.science/hal-01725354v1

Submitted on 7 Mar 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

François Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, -Essai critique* (Xavier Magnon), t. 2, 2ème édition, LGDJ, 1919, pp. 74-93, § 155-159.

Note du commentateur : la longueur des développements consacrés à l'exposé de la méthode de la libre recherche scientifique (plus d'une centaine de pages), ci-après la Méthode, a conduit à opérer des choix quant aux extraits reproduits. Seule l'introduction de la Méthode a été reproduite. Ce choix a imposé, dans les commentaires, des développements descriptifs permettant d'exposer les détails de la Méthode qui ne sont pas contenus dans l'introduction reproduite.

François Gény, Mythe et réalités, c'est sous cette formule qu'un colloque a été organisé pour fêter, en 1999, le centenaire de la parution de *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique* (C. Thomasset, J. Vanderlinden, P. Jestaz, *François Gény, Mythe et réalités, 1899-1999 Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Les Editions Yvon Blais inc. – Dalloz – Bruylant, Thémes et Commentaires, Etudes, 2000, 397 p.). La part de mythe est sans doute à rechercher dans la réception de l'œuvre ; la réalité, dans l'œuvre elle-même. La réception de cet ouvrage, dont le rayonnement dépasse la France grâce à une traduction en anglais, a pu, dans le temps, altérer, déformer et même transformer son sens. Il n'est d'ailleurs pas inutile de le relire pour se débarrasser peut-être de ces premières impressions de lecture et oublier l'image de Gény telle que l'on la retrouve communément et de manière diffuse dans la doctrine. La Méthode, telle qu'elle apparaît dans la seconde édition de l'ouvrage précité dont le texte commenté est issu (*Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique*, t. 2, LGDJ, seconde édition, 1919, dans les références ci-après, l'indication des seules pages sans aucune précision renvoie aux pages de cet ouvrage), mérite d'être (re)lue. La pensée de Gény y apparaît, si l'on excepte, parfois, certaines envolés lyriques excessives, modérée ou, pour le moins, complexe. Gény est à la fois *naturaliste*, il se revendique lui-même comme défenseur du droit naturel (voir notamment sur cette dimension : C. Jamin, « François Gény d'un siècle à l'autre », in *François Gény, mythe et réalités*, *op. cit.*, p. 17 et s.), un droit naturel fondé sur la raison, et *positiviste*, il soutient en général le respect de la loi (pour une présentation de Gény comme un « légaliste convaincu » : Ph. Jestaz, « François Gény : une image française de la loi et du juge », in *François Gény, mythe et réalités*, *op. cit.*, spécial. p. 44 et, plus généralement, pp. 44 et s.). En outre, il défend le pouvoir d'appréciation du juge, tout en soutenant que celui-ci ne peut s'exercer qu'en cas de lacune des sources formelles et à condition de le soumettre à une méthode scientifique rigoureuse d'interprétation. La pensée peut apparaître contradictoire. Elle est complexe et se développe sans évacuer les contradictions que l'on pourrait lui opposer. Dans ce contexte, la présentation de la Méthode doit se faire dans la mesure, en mettant en équilibre des exigences parfois contradictoires.

Dans le texte commenté, la Méthode de la libre recherche scientifique proposée par Gény est une méthode à destination des juges afin que ceux-ci, en cas de lacune des sources formelles, puissent, de manière objective, dégager « les solutions requises par le droit positif » (p. 79). Elle est une « recherche *libre*, puisqu'elle se trouve ici soustraite à l'action propre d'une autorité positive ; (une)

recherche *scientifique*, en même temps, parce qu'elle ne peut rencontrer ses bases solides, que dans les éléments objectifs, que la science seule peut lui révéler » (p. 78). Elle s'inscrit dans le cadre général de la réflexion portant sur les lacunes du droit écrit et du pouvoir du juge, deux domaines sensibles de la pensée juridique.

Sur ces questions, Gény adopte un positionnement particulier qui éclaire la lecture de sa Méthode. Il considère en effet : 1) qu'il existe des lacunes des sources formelles ; 2) que le pouvoir créateur du juge est inévitable ; 3) qu'il est nécessaire que le droit s'adapte aux faits. Ces trois éléments apparaissent comme révélant une certaine conception du droit, des présupposés ontologiques, voire une certaine idéologie dans l'appréhension de celui-ci.

Sur le premier point, Gény considère que les sources formelles ne peuvent prévoir toutes les situations et, surtout, tous les cas dans lesquels elles ont vocation à s'appliquer. La préface du premier tome de l'ouvrage est ici éclairante : « étant donné que la volonté du législateur n'a porté que sur les solutions littérales qu'il a prévues et leurs conséquences les plus immédiates, pour tout le reste, c'est-à-dire pour le domaine presque indéfini des questions qui s'y rattachent et au sujet desquelles il faut prendre parti, il y a lieu de choisir une méthode de direction désormais indépendante de toute recherche de volonté et d'adopter des procédés scientifiques et précis de solution » (*Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique*, t. 1, préface, P. XVII, voir également dans le même sens, t. 2, par exemple, p. 75, p. 116). L'analyse relève du mythe : le mythe selon lequel la loi ne serait pas capable de tout prévoir. Cette difficulté pratique est aujourd'hui résolue par la science du droit. Les normes posées par le législateur présentent un caractère général et abstrait. Il en résulte qu'elles ne visent aucune situation précise déterminée, mais plutôt un ensemble de situations générales non déterminables *a priori*. La prétendue lacune n'en est pas une. Elle est inhérente au caractère général et abstrait des normes législatives. Celles-ci nécessitent, dans chaque cas déterminé, une concrétisation, c'est-à-dire une explicitation de ce que la norme générale et abstraite impose dans un cas déterminé, ce qui relève de la question de l'application de la loi. Le Code pénal interdit le meurtre en général, sans pouvoir interdire le meurtre de Monsieur X par Monsieur Y. Il appartiendra au juge d'appliquer l'interdiction générale du meurtre aux cas de Monsieur Y qui a tué Monsieur X et d'expliciter ainsi ce qu'impose une norme générale et abstraite dans un cas déterminé. Quelles que soient les explications contemporaines du phénomène, et sans doute ces explications n'emportent-elles pas la conviction de toute la doctrine, l'existence de lacunes des sources formelles du droit demeure un point essentiel de la Méthode préconisée par Gény car elle justifie le pouvoir créateur du juge.

Sur ce second point, en effet, Gény considère à la fois que le pouvoir d'appréciation du juge est incontournable, ce qui est difficilement contestable, mais que le juge dispose d'un rôle social équivalent à celui du législateur. Le juge doit d'ailleurs créer du droit, même si la jurisprudence n'est pas considérée comme étant une source formelle du droit (p. 35 et s.), ce qui a pu être qualifié de « compromis Gény » (D. Kennedy, M.-C. Belleau, « François Gény aux Etats-Unis »,

in *François Gény, Mythe et réalités*, *op. cit.*, p. 297). Il dispose en général d'une liberté pour le faire (pp. 75-77), ce que, précisément, la Méthode entend limiter.

Le pouvoir du juge est justifié par le fait que l'intervention du législateur n'est pas toujours souhaitable, ni même opportune. « Mais, quand une règle nouvelle peut s'introduire dans les espaces laissés libres par la loi, et pour combler les lacunes de celle-ci, ou en compléter le système sans contrarier ses dispositions, n'est-il pas excessif, d'exiger encore, comme condition *sine qua none* les moindres innovations, la mise en mouvement de l'appareil législatif » (p. 228). Si l'intervention du législateur n'est pas toujours souhaitable, le juge n'intervient que pour combler les lacunes de la loi ou compléter le système « *sans contrarier ses dispositions* ».

La création du droit par le juge est finalisée pour Gény. Ce dernier considère que le juge a la même mission que le législateur ; il doit « satisfaire, au mieux, par une règle appropriée, la justice et l'utilité sociale » (p. 77), « assurer l'ordre et l'équilibre des intérêts » (p. 83), même s'il doit « baser sa décision juridique sur des éléments de nature objective » (p. 78). Gény cite ici Aristote : « lors donc que la loi dispose d'une manière toute générale, et que, dans les cas particuliers, il y a quelque chose d'exceptionnel, alors on fait bien, là où le législateur est en défaut, et où il s'est trompé parce qu'il parlait en termes absolus, de redresser et de suppléer son silence, et de prononcer à sa place, comme il prononcerait lui-même s'il était là ; c'est-à-dire, en faisant la loi comme il l'aurait faite, s'il avait pu connaître le cas particulier dont s'agit » (*Ethique à Nicomaque*, lib. V, cap. X (XIV), § 5, trad. Barthélemy Saint-Hilaire, *Morale d'Aristote*, 1856, t. II, p. 184, cité p. 78, note 1). Il ajoute encore que « l'organisation juridique doit tendre à réaliser, dans la vie de l'humanité, un idéal de justice, d'une part, d'autre part un idéal d'utilité, en entendant par là ce que l'opinion commune fait envisager comme le bien du plus grand nombre » (p. 91).

Cette finalisation de l'activité du juge est d'autant plus vivante qu'elle s'inscrit dans une défense, et c'est le troisième élément d'ordre idéologique, de ce que le droit doit évoluer et s'adapter aux évolutions sociales : « l'adaptation du droit aux faits » (p. 143), « le droit positif doit rester chose vivante » (p. 225). Cumulé aux deux précédents, cet élément contribue à dynamiser le rôle du juge dans sa fonction créatrice.

De ces trois principes, il faut retenir qu'en cas d'insuffisance des sources formelles le juge aura à exercer un pouvoir créateur, adapté aux exigences sociales. Tout l'intérêt et la singularité de la pensée de Gény est qu'il ne s'arrête pas à ce constat pour défendre l'étendue du pouvoir du juge. Il entend, au contraire, limiter les pouvoirs de celui-ci, en le contraignant au respect d'une méthode visant à obtenir un comportement objectif. Précisément parce que le pouvoir du juge est incontournable, Gény entend lui imposer une méthode afin de limiter l'étendue de celui-ci : « comment donc l'interprétation du droit positif, lorsqu'elle reste abandonnée à elle-même, pourra-t-elle, et devra-t-elle, procéder, sur *données objectives*, de façon à satisfaire les besoins de la vie, sans encourir le reproche d'arbitraire ? » (pp. 80-81), « il s'agit de constituer, par effort scientifique, une sorte de droit commun, général par sa nature, subsidiaire par son office, qui

supplée aux lacunes des sources formelles, et dirige tout le mouvement de la vie juridique » (p. 89). La Méthode doit permettre au juge de « baser sa décision juridique sur des éléments de nature objective » (p. 78). Gény défend à la fois le pouvoir du juge, en ce qu'il est inéluctable, et le respect par celui-ci de principes permettant d'encadrer l'exercice de son pouvoir.

Seul le recours à la science permet de parvenir à ce résultat. La démarche « scientifique » défendue par Gény consiste, « 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'il requièrent » (p. 92). Si l'on peut avoir quelques difficultés, en tant que positiviste qui tient pour acquis le principe du non-cognitivisme dans le domaine éthique, à admettre qu'interroger sa raison et sa conscience participe d'une démarche scientifique, la prise en compte des phénomènes sociaux par l'usage de sciences sociales *auxiliaires*, le terme est explicitement utilisé (p. 138), telle qu'elle est préconisée par Gény, s'inscrit bien dans une telle démarche.

La pensée de Gény apparaît ici dans toute sa complexité. Sous l'angle du domaine de la Méthode, elle oscille entre pouvoir créateur du juge et respect de la loi (§ I) ; sous celui des principes mêmes de la Méthode, elle s'inscrit à la fois dans une logique naturaliste et dans une recherche pluridisciplinaire (§ II).

§ I – Le domaine de la Méthode : entre respect de la loi et pouvoir créateur du juge

Si l'on peut sans doute considérer que la Méthode préconisée par Gény peut rencontrer des prolongements au bénéfice de la doctrine (le positionnement de Gény sur la doctrine est à rechercher de manière explicite dans les quatre volumes de *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, voir plus largement sur cette question : B. Frydman, « Le projet scientifique de François Gény », in *François Gény, mythe et réalités*, *op. cit.*, pp. 213-231), de la science du droit pourrait-on dire, cette Méthode n'est préconisée dans l'ouvrage commenté qu'au profit du juge (p. 33). Seul le juge est invité à user de cette Méthode afin de pouvoir dégager les solutions qu'impose le droit positif en usant de son pouvoir créateur. Il reste que ce pouvoir créateur demeure un pouvoir subsidiaire (A), qui doit être objectivisé (B).

A – Un pouvoir créateur subsidiaire

La pensée de Gény sur cette question est forte et se manifeste à trois égards. S'appuyant sur les lois constitutionnelles de 1875, Gény refuse tout d'abord de reconnaître un pouvoir législatif aux juges. Ensuite, s'il se permet de préconiser une méthode à destination du juge, c'est précisément parce que le droit positif n'est pas suffisamment précis sur cette question. Enfin, et surtout, il considère que le pouvoir du juge ne doit être sollicité qu'en cas de lacunes du droit positif.

Gény défend le principe de séparation des pouvoirs tel qu'il résulte des lois constitutionnelles alors en vigueur, et s'appuie également sur l'article 5 du Code civil qui interdit les arrêts de règlement. Il en déduit de manière indiscutable que : « les décisions des tribunaux, de quelqu'ordre que ce soit, n'ont pas le pouvoir d'émettre une règle générale, qui prétend s'imposer, à titre abstrait, en dehors de l'espèce, pour laquelle elle serait légitimement formulée. Les juges sont chargés d'appliquer la loi, ou, plus généralement, de mettre en œuvre le droit soit exprès, soit latent. S'ils peuvent le créer pour une espèce déterminée, ils n'ont pas qualité, pour l'ériger en précepte destiné à régir les cas à venir » (p. 36). La pensée de Gény est ici positiviste et sans ambiguïté : « les décisions de jurisprudence ne sauraient contenir des règles générales, qui aient, pour l'interprète, force obligatoire dans l'avenir » (p. 38). Il n'en est pas moins vrai, qu'il précise, plus tard dans son ouvrage, que la jurisprudence peut néanmoins disposer d'une autorité morale et pratique en présence d'une jurisprudence constante (p. 49) et qu'elle peut inspirer les sources formelles du droit (p. 50).

La possibilité même de proposer une méthode à destination des juges est subordonnée, par Gény, aux incertitudes du droit positif concernant le pouvoir d'appréciation du juge : « en dehors de quelques textes généraux, qui, d'une part, faisant très large le rôle des tribunaux (art. 4 C. civ. Franç.), d'autre part, limitant ce rôle à la juridiction proprement dite et empêchant tout empiètement de ce côté sur la sphère législative (loi des 16-24 août 1790, titre II, art. 10 et 12 ; art. 5 C. civ. Franç.), posent nettement les données, que notre organisation politique assigne au problème indiqué, celui-ci reste, comme il doit l'être, abandonné à la recherche scientifique. Il semble que nous ayons pleine liberté pour l'envisager et le résoudre » (p. 31). La proposition d'une méthode est d'autant plus légitime qu'elle est permise par le droit positif ou, du moins, qu'elle n'est pas explicitement couverte par celui-ci.

Pour Gény, enfin, « la recherche scientifique de l'interprète n'intervient, avec une pleine liberté, que pour suppléer les sources formelles (loi-coutume) défaillantes » (pp. 146-147). L'intervention du juge n'est donc là que pour suppléer les sources formelles et toute la question est alors de savoir quels sont les cas d'insuffisance de ces sources qui vont ainsi délimiter le domaine d'intervention du juge et influencer son étendue. Il est question du caractère muet ou incomplet des sources formelles (p. 151), des lacunes des sources formelles (p. 114), du *pouvoir prétorien* en cas de silence ou d'insuffisance de la loi (p. 33) ou encore de « cas non réglés positivement par le Code » (p. 28) ; la Méthode pourrait alors intervenir, soit pour se substituer à la loi, soit pour la compléter. Le pouvoir d'appréciation du juge couvrirait ainsi dans un domaine d'autant plus vaste qu'il interviendrait non seulement pour suppléer, mais également pour compléter la loi.

Il reste que d'autres développements de la Méthode incitent à une lecture plus nuancée. Gény entend en particulier distinguer le *pouvoir discrétionnaire* de la *Méthode*. Il admet « une différence, du plus au moins, entre la libre recherche, qui tend à créer individuellement des règles nouvelles, et le pouvoir discrétionnaire, qui se borne à imprimer une direction inattendue à des règles, dont la forme est révélée primitivement par la loi. Que si l'on veut préciser cette différence, au moyen

d'une terminologie, qui en rende nettement la pensée essentielle, peut-être pourrait-on dire, que la première vise proprement l'*interprétation* du droit positif, tandis que la seconde se réfère à son *application*, c'est-à-dire à son *adaptation à la vie* » (p. 188). Le domaine de la Méthode serait alors celui de la substitution à la loi ; celui du pouvoir discrétionnaire du complément de la loi. Le pouvoir discrétionnaire se place dans le cadre de « l'application de la loi » ; la libre recherche dans « le silence des dispositions légales ou de toute autre source formelle de droit positif » (pp. 189-190). L'usage de la Méthode serait donc seulement exigé en présence d'une véritable création de droit, en l'absence de source formelle ; alors qu'une plus grande liberté serait laissée avec le pouvoir discrétionnaire car celui-ci intervient dans le cadre du domaine qui lui est laissé par le législateur. A propos de la survie éventuelle des coutumes après la codification, Gény inscrit également sa réflexion dans le cadre du complément à la loi et non pas de la substitution à celle-ci : « 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 » (pp. 22-23).

Pour autant, Gény ne semble pas totalement certain de la distinction qu'il pose : « on aperçoit combien la limite reste incertaine, flottante, à peine saisissable, entre deux institutions, dérivant d'une même nécessité de nature, celle qui répugne à la mise en œuvre, pleine et suffisante, du droit positif, sans l'intervention d'une volonté constamment directrice, pour encadrer les faits dans la règle infrangible » (p. 189). Autrement dit, tout en soutenant une distinction forte entre le pouvoir discrétionnaire et la Méthode, Gény la nuance pourtant dans un souci de mesure dans son analyse.

B – Un pouvoir créateur à objectiviser

La raison d'être de la Méthode peut être résumée par un bref aphorisme : parce que le juge ne saurait se départir d'une part de subjectivité dans l'exercice de sa fonction, il convient de lui imposer le respect d'une méthode susceptible d'objectiviser son comportement. Gény constate qu'il est impossible d'échapper à une part d'appréciation subjective du juge « en présence de sources formelles insuffisantes ou s'adaptant inégalement aux faits » (p. 225). La raison d'être de sa Méthode consiste précisément à limiter l'étendue du pouvoir du juge dans ces situations. Son ambition ne consiste pas à supprimer toute part de subjectivité, mais à en limiter l'étendue. Gény considère, en effet, que « nous ne saurions, dans aucun système d'interprétation juridique, nous flatter de supprimer toute appréciation personnelle de l'interprète. Il n'est pas, en fait de sciences morales, de méthode ni de procédé, qui puissent *entièrement* suppléer à la raison subjective » (p. 93). L'objectif est clair : « tout ce que l'on peut raisonnablement demander d'une méthode juridique, c'est qu'elle fournisse assez de points d'appui objectifs pour empêcher l'arbitraire des décisions et réduire au minimum le rôle de la raison subjective » (p. 143). L'ambition de Gény consiste à limiter la part de subjectivité du juge grâce à formalisation d'une méthode pour juger. L'explicitation et l'usage d'une technique servent l'objectivisation de la démarche du juge.

La Méthode n'est légitime « que si elle s'exerce sur des bases scientifiques et par les moyens consacrés à la technique du droit » (p. 188). C'est dans la science et, nous le verrons, dans le recours à des sciences auxiliaires, que Gény entend rechercher des éléments objectifs à même de guider le pouvoir d'appréciation du juge. Il ne suffit pas de défendre une méthode elle-même subjective, ce qui ne ferait que déplacer le problème que Gény entend résoudre. La méthode doit être légitime. Imposer une méthode au juge n'est pas légitime en soi, si la méthode imposée de l'est pas elle-même. La démarche de Gény n'est pas totalement dépourvue d'ambiguïtés. Si la légitimation de la Méthode par le recours à la science en tant qu'instrument d'objectivisation de la démarche du juge, cette méthode ne préconise pas seulement un recours à la science ou, plus exactement nous le verrons, aux sciences auxiliaires. Des éléments beaucoup plus subjectifs s'ajoutent en effet à la démarche scientifique préconisée. C'est n'est donc pas le seul ordre de valeur « science » qui légitime la Méthode qu'il propose, mais également une démarche *jus naturaliste*. Sans doute, la pensée de Gény est plus complexe encore alors que des éléments qui pourrait apparaître, *a priori*, comme étant subjectifs, sont considérés par lui comme participant d'une démarche objective. Tel est le cas, en particulier, de la défense du recours à la « nature des choses » dans la Méthode.

§ II – Les principes de la Méthode : entre droit naturel et recherche pluridisciplinaire

La Méthode préconisée par Gény se décompose en deux éléments. Il faut « d'une part, interroger la raison et la conscience, pour découvrir en notre nature intime les bases mêmes de la justice » et « d'autre part, s'adresser aux phénomènes sociaux pour saisir les lois de leur harmonie et les principes d'ordre qu'il requièrent » (p. 92). Le premier s'inscrit dans une démarche naturaliste rationnalisée et finalisée. La recherche raisonnable de la justice est le premier guide à user avec la Méthode (A). Le second s'inscrit dans une démarche scientifique, visant à identifier des éléments objectifs du réel permettant de révéler les règles qui s'imposent (B). Il s'appuie sur la « *nature positive des chose* » « représentée par l'ensemble des conditions qui forment comme l'atmosphère de la vie juridique extérieure » (p. 92). C'est à partir de l'observation et de l'expérience sensible que cette nature est en mesure de se révéler. Sous cet angle, l'on doit souligner, avec Benoît Frydman, que « la démarche de Gény prend toute sa signification lorsqu'on la replace dans la perspective du projet moderne de *construire le droit comme une science, c'est-à-dire sur le fondement de la raison plutôt que de l'autorité* » (B. Frydman, *précit.*, p. 217) et, sans doute, comme une science empirique. La nature des choses s'inscrit toutefois dans une perspective objective : « je considère, comme *a priori* incontestable, que les plus fermes et les plus sûrs préceptes du droit sont ceux qui se dégagent directement de la nature des choses, sans l'intermédiaire d'aucune conception idéale, déformant toujours, par quelques points, les réalités » (p. 86).

A - Une démarche naturaliste rationnalisée et finalisée : interroger « la raison et la conscience »

La première direction à entreprendre pour l'interprète consiste à rechercher des « principes révélés à la conscience et aperçus comme d'intuition par la race humaine » (p. 93). Par cette

formule, Gény s'inscrit d'emblée, et de manière explicite et assumée, dans une logique de droit naturel (p. 93). Il réintroduit ici une dimension rejetée par l'Ecole historique allemande et, en particulier, même si Gény y apporte des nuances, par Savigny (p. 95).

Gény défend son positionnement naturaliste de manière indirecte en relativisant d'abord l'objectivité supposée du droit positif. Il relève ainsi que les positivistes, malgré leur « nihilisme doctrinaire », reviennent, inconsciemment, à la reconnaissance effective d'un *juste objectif*, si réduite puisse en être la portée (p. 98). Le juste et, plus exactement, l'objectivement juste n'est donc pas totalement étranger pour Gény au positivisme.

Il s'attaque ensuite à l'opposition entre science et croyance, en excluant, au sein de cette dernière, la foi religieuse. Ces deux moyens, science et croyance, permettent tous deux d'obtenir la certitude et de découvrir la « vérité totale ». Celle-ci, pour Gény, « objet nécessaire de nos recherches, s'obtient, - tantôt, par des procédés déterminant une conviction plus ferme, plus irrésistible, et c'est ce que nous appelons science, - tantôt, par une voie moins lumineuse, quoique non moins sûre peut-être dans ses résultats, et c'est, dans notre terminologie actuelle, la croyance » (p. 99). Il concède que la différence entre ces deux voies est une différence d'intensité dans la possibilité d'accéder à la vérité. Ce n'est pas tant la recherche de la vérité qui distingue science et croyance, que les instruments utilisés pour y parvenir. Dans le prolongement, Gény considère qu'il existe une « pleine certitude objective » du juste (p. 100) et qu'il existe « des principes de justice, supérieurs à la contingence des faits (p. 101).

A propos de ce que doit faire le juge dans sa jurisprudence, Gény ne défend pas une recherche absolue de la justice, ce qui relève de la discipline de la philosophie du droit, mais seulement de ce qu'est le juste dans « la contingence des situations matérielles et des faits » (p. 103). Le cadre ainsi explicité, Gény préconise deux démarches pour le juge.

D'une part, « si la jurisprudence doit, à l'aide du vrai, découvrir le bien, il ne lui appartient pas, de réaliser le bien tout entier, mais seulement cette part de bien, qui forme proprement le juste, parce que la raison nous la montre susceptible d'une sanction sociale » (p. 103). Pour Gény, « la notion d'utilité vient compléter l'idéal du bien en soi, pour en dégager ce qui mérite et exige protection juridique, tout le surplus devant être abandonné aux usages de la vie (mœurs) ou à la morale proprement dite » (pp. 103-104). Couplé à l'utilité, l'idéal de bien en soi permet de délimiter ce qu'il s'agira d'imposer en droit au nom de celui-ci et ce qu'il conviendra de laisser aux usages de la vie ou à la morale. La possibilité d'une sanction sociale guide la jurisprudence dans la recherche du juste.

D'autre part, « la justice absolue, si nécessaire qu'elle soit pour affermir l'interprétation juridique, ne lui donne jamais qu'une direction, que la considération, des faits et de la nature des choses positive, pourra, seule, préciser » (p. 104). Les révélations de la raison et de la conscience ne fournissent aucune solution prédéterminée ; elles offrent seulement un guide à suivre. Autrement

dit, les principes de justice ne sont qu'un guide dans la recherche d'une solution dans un cas déterminé : « le juste étant un *but* à atteindre, l'interprète n'a pour mission que de découvrir le *moyen* de le réaliser dans des conditions données » (p. 104).

Dans le prolongement, Gény met en évidence un certain nombre de principes, hiérarchisés entre eux, susceptibles d'être révélés par la raison et à même de guider l'interprète. En premier lieu, figure le principe de justice en soi (p. 105), qui est une notion dominante et qui s'impose avec « force absolue » (p. 105). Viennent ensuite des principes moins absolus et que « la raison nous révèle avec une généralité inférieure et dont la mise en œuvre dépendra déjà, en quelque mesure, de considérations contingentes : tels le principe qui reconnaît à tout être humain le droit absolu d'agir et de développer ses facultés (…) ; - ou le principe de la conservation sociale et de la prépondérance des intérêts communs sur les intérêts particuliers ; - celui de l'égalité (…) ; - etc., etc. » (p. 105). « A un degré, plus bas encore », Gény identifie des « règles ou maximes de conduite juridique, plus rapprochées des faits, et ne trouvant, que dans un étroit contact avec ceux-ci, leur pleine mise en valeur effective » : « la règle de l'engagement en vertu d'une promesse librement faite et acceptée ; - la maxime, que nul ne doit s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui ; - celle suivant laquelle chacun doit réparer le dommage causé par sa faute ; - etc., etc. » (p. 105).

Le sentiment d'équité est envisagé à part par Gény (p. 109). Il en retient deux sens : d'une part, « une sorte d'instinct, qui, sans faire appel à la *raison raisonnable*, va, de lui-même et tout droit, à la solution la meilleure et la plus conforme au but de toute organisation juridique » (pp. 109-110) ; d'autre part, « en vue de l'adaptation aux faits de l'idée de justice, la considération des circonstances individuelles, prenant le pas sur les idées générales, ou les modelant à la mesure des éléments concrets » (p. 110). Gény n'accepte d'intégrer que la première dimension de l'équité, et ce de manière limitée (p. 110), tout en rejetant la seconde (p. 112). Dans sa première dimension, elle consiste « en une croyance invincible en la rectitude de notre esprit érige seule à l'état de vérités morales absolues » (p. 110). Gény ne saurait donc lui « refuser l'autorité (…) reconnue à la conscience elle-même, en l'admettant, comme succédané de la raison, au nombre de nos modes de connaissance du droit positif » (p. 110). L'utilisation de l'équité ne saurait emporter d'effet que pour « l'appréciation d'éléments juridiques purement abstraits » et non pas pour déterminer « la solution de droit proprement dite, sur les circonstances, individuelles et spécialement concrètes, du cas qui lui est soumis » (p. 110). C'est pourquoi l'équité, dans sa seconde dimension, l'équité « individuelle, celle qui détermine l'influence des circonstances particulières à une situation concrète et déterminée (…) sur la solution juridique de l'espèce » est rejetée par Gény (p. 112).

B – Une démarche scientifique : l'identification de la « nature des choses positives » (p. 114 et s.)

Le second temps de la Méthode consiste pour Gény à s'appuyer sur la *nature des choses positives* qui, « accessible aux seuls procédés scientifiques, va élargir singulièrement l'horizon du jurisconsulte, et le faire nécessairement sortir du champ, un peu étroit, de l'interprétation des sources, pour

proposer à son étude, le terrain inépuisable des réalités vivantes » (p. 114). Deux procédés sont mobilisés par Gény qui participent à la mise en évidence de la nature des choses positives : l'analogie et l'organisation juridique positive.

En premier lieu, l'analogie est entendue comme un « procédé de l'extension analogique, reposant sur la base solide du droit écrit (exceptionnellement, même, du droit coutumier) ». Elle est considérée « en tant qu'elle s'exerce avec la liberté et la portée d'une recherche scientifique » comme « un secours de premier ordre » (p. 117). S'inscrivant dans le rejet de l'exégèse, Gény refuse de considérer le fait que l'usage de la technique de l'analogie puisse être considéré comme rattachant l'interprétation à laquelle elle aboutit « directement et exclusivement » à la volonté du législateur. Ce procédé ne saurait non plus, pour Gény, être considéré comme étant consacré par une coutume. Aussi entend-il rechercher le fondement rationnel de l'analogie dans l'essence même et dans les exigences intimes du droit positif, qu'elle aide à découvrir » (p. 117). Il a « à sa base une raison d'être sociologique » (p. 130) et repose sur « la nature logique des règles du droit formel » (p. 119). L'égalité juridique impose alors que les « mêmes situations de fait doivent comporter les mêmes sanctions juridiques » (p. 119).

Ce qui peut alors justifier l'analogie est à rechercher dans « les considérations de politique législative, c'est-à-dire les motifs d'ordre moral, social, économique, visant à satisfaire la justice concrète ou l'utilité générale, qui ont inspiré la règle servant de type et de modèle (*ratio legis*) » (p. 120). Il convient de faire appel à ce que l'on appelle « proprement l'esprit de la loi, avec le caractère d'un véritable *principe de droit*, consacré par le législateur dans des applications particulières, mais ayant, en soi, une vertu plus féconde, que l'analogie soit fondée à mettre en œuvre » (p. 120). Le fonctionnement de l'analogie est alors le suivant : il est le « procédé logique, qui vise à induire, de solutions particulières, le principe intime, qui les explique, pour chercher ensuite les conditions du même principe en d'autres hypothèses, et le leur appliquer par voie de déduction » (p. 121). S'il résulte de la logique, il est surtout justifié par une idée plus haute, celle de l'égalité juridique. Le légalisme est encore manifeste : l'analogie est « nécessaire pour développer les principes, contenus, en germe, dans les dispositions légales positives, et pour en multiplier les conséquences » (p. 122). L'analogie est considérée comme une voie médiane en offrant « une transition précieuse, entre les résultats de la loi, envisagée comme source formelle, et ceux d'une recherche scientifique, s'élaborant à côté et en dehors des textes » (p. 126).

En second lieu, l'*organisation juridique positive* renvoie à « une philosophie du droit positif, dont la mission, telle que je la comprends, quant à moi, consisterait à édifier, au-dessus des textes, une vaste théorie d'ensemble, contenant pour ainsi dire, la quintessence des solutions légales, et traduisant l'esprit du droit positif moderne en une synthèse susceptible des plus précieuses applications pratiques » (p. 131). Il apparaît ainsi que « la jurisprudence positive a, pour devoir absolu, d'interroger, dans toutes ses manifestations, l'organisation sociale, dont elle n'est elle-même qu'un élément » ; « elle doit, pour satisfaire à sa mission, et dans la liberté de ses recherches, envisager tous les éléments de la civilisation actuelle, en tant qu'ils révèlent un état

d'équilibre, où surgissent, comme d'elles-mêmes, maintes nécessités juridiques de l'heure présente » (p. 135). Il s'agit de rechercher les « éléments positifs de l'organisation sociale » (p. 136). Pour ce faire, Gény préconise de manière tout à fait originale une recherche pluridisiplinaire. Il s'agit « de s'adresser aux sciences de la vie sociale (sciences morales et politiques), dans ce qu'elles ont à la fois de plus élevé et de plus pratique, pour en tirer les lignes essentielles, permettant à l'interprétation juridique, d'ordonner, jusque dans le détail, les rapports humains qui rentrent dans sa sphère » (p. 137). Le recours à ces sciences auxiliaires permet de dégager des réalités objectives, de véritables principes « exprimant les besoins éthiques sociaux, politiques et économiques, qui doivent dominer toute organisation juridique, soucieuse de sa fin » (p. 141). Il est le gage du caractère scientifique de la démarche préconisée.

Dans ces sciences auxiliaires, Gény évoque la sociologie (p. 137 et s.), même s'il apparaît extrêmement critique au regard de la « complexité un peu confuse » de l'objet de cette science et de l'insuffisance de sa méthode, la philosophie générale, la psychologie, l'éthique (p. 138), le droit public rationnel, l'économie politique (p. 139), les résultats de l'expérience humaine, l'histoire, les statistiques, la législation et la jurisprudence comparées (p. 140), la jurisprudence et la pratique judiciaire (pp. 141-142). Si l'on rappelle que la Méthode doit être menée par les juges, on mesurera l'ampleur de la tâche à former ces derniers afin de les familiariser à l'usage de toutes ces disciplines auxiliaires.

Dans un contexte doctrinal français majoritairement réaliste, c'est-à-dire qui considère que c'est l'interprète de la norme, et donc en priorité le juge, qui, librement, pose la norme et non pas celui qui la rédige, que ce positionnement théorique soit assumé ou implicite, la Méthode peut être lue, si une telle analyse n'était anachronique, comme prolongeant la réflexion. A considérer que le juge est libre de poser des normes, il n'est peut-être pas inutile de penser comment limiter l'étendue de son pouvoir. Telle est l'ambition de la Méthode, dont la dimension pluridisciplinaire renvoie aujourd'hui à une préoccupation significative de la science du droit. La formation des magistrats en France, qu'elle provienne des Facultés de droit, de(s) institut(s) d'études politiques ou de l'Ecole nationale de la magistrature n'a, semble-t-il, donné aucune postérité à la Méthode de Gény. Les enseignants-chercheurs pourraient aujourd'hui s'en réemparer ou du moins s'en servir de point de d'appui pour repenser la formations des juristes dans les Facultés de droit, comme pour développer une réflexion sur la limitation du pouvoir des juges.

BIBLIOGRAPHIE :

Auberger (M.), « Un autre regard sur François Gény et son œuvre », *RTD Civ.*, 2010, p. 261.
Cachard (O.), Licari (F.-X.), Lormant (F.), *La pensée de François Gény*, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2013, 243 p.
Chazal (J.-P.), « Léon Duguit et François Gény, controverse sur la rénovation de la science juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2010/2, Vol. 65, pp. 85-133.

Gény (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, 2ème édition, LGDJ, 1919, t. 1, 446 p., t. 2, 422 p., réédition en fac-similé en 1995 (existe dans une traduction anglaise par le Louisiana State Institute, 1963).
Gény (F.), *Science et technique en droit privé positif*, Librairie de La Société Recueil Sirey, vol. 1, 1914, 212 p., vol. 2, 1915, 422 p., vol. 3, 1921, 522 p., vol. 4, 1924, 265 p., réédités.
Gény (F.), *Ultima verba*…, R. Pichon & R. Durand-Auzias, 1951, 65 p.
Lazzarin (G.), « Le juge administratif et la doctrine de François Gény. Réflexions sur la méthode de la « balance des intérêts » », *La semaine juridique*, Administrations et Collectivités territoriales, n° 25, 20 juin 2011, 2222.
Sargos (P.), « François Gény : précurseur de l'interprétation constitutionnelle de la loi », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 712, oct. 2013, repère 9.
Thomasset (C.), Vanderlinden (J.), Jestaz (P.), *François Gény, Mythe et réalités, 1899-1999 Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Les Editions Yvon Blais inc. – Dalloz – Bruylant, Thémes et Commentaires, Etudes, 2000, 397 p.