



HAL
open science

“ Race ”, santé et “ génie français ”. Un commentaire de Paul Esmein du Code de la famille de 1939

Silvia Falconieri

► To cite this version:

Silvia Falconieri. “ Race ”, santé et “ génie français ”. Un commentaire de Paul Esmein du Code de la famille de 1939. *Droit & société: théorie et sciences sociales du droit*. [Carnet hypotheses.org], 2021, 2021/3 (109), pp.607-616. 10.3917/drs1.109.0607 . hal-03480886

HAL Id: hal-03480886

<https://hal.science/hal-03480886v1>

Submitted on 30 Jan 2023

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.

« Race », santé et « génie français ».

Un commentaire de Paul Esmein du Code de la famille de 1939

Silvia Falconieri

En 1939, une longue étude consacrée au Code de la famille paraît dans la section doctrinale de la *Gazette du Palais*, sous la plume du professeur de droit civil, Paul Esmein. Dans les « Généralités », l’auteur s’arrête sur les principes inspirateurs des dispositions prises par le gouvernement Daladier en matière de famille, démographie et natalité. Dans ce commentaire introductif, Esmein mobilise à plusieurs reprises, et sous différentes acceptions, le mot « race ». En quel sens et de quelles manières, à la veille de l’avènement du régime de Vichy, Esmein emploie-t-il ce mot ? Qu’est-ce que la « race » dans le Code de la famille et dans l’étude d’un civiliste de son envergure ? Est-ce que ce mot recouvre la même signification dans le texte du décret du 29 juin 1939 et dans les « Généralités » de l’étude d’Esmein ? À l’aune de ces questionnements, cet article interroge et analyse les usages polysémiques de la « race » dans un commentaire doctrinal « ordinaire » d’un civiliste du XX^e siècle.

Dégénérescence – Espèce – Étrangers – Juif – Natalité – Vichy.

“Race,” Health, and “French Genius.” Paul Esmein’s Commentary on the Family Code of 1939

In 1939, a long study on the *Code de la famille*, written by the civil law professor Paul Esmein, was published in the doctrinal section of the *Gazette du Palais*. In the “Généralités”, the author focuses on the principles that inspired the measures taken by the Daladier government in matters of family, demography, and natality. In this introductory commentary, Esmein uses the word “race” several times and in different ways. On the eve of the advent of the Vichy regime, how does Esmein use this word? What does “race” mean in the Code de la famille and in the study of a civil law scholar of his stature? Does this word have the same meaning in the text of the decree of June 29, 1939 and in the “Généralités” of Esmein’s study? In the light of these questions, this article examines and analyzes the polysemous uses of “race” in an “ordinary” doctrinal commentary by a twentieth-century civilist.

Degeneration – Foreigners – Jews – Natality – Species – Vichy.

En 1939, une longue étude consacrée au Code de la famille paraît dans la section doctrinale de la *Gazette du Palais*, sous la plume du très réputé professeur de droit civil, Paul Esmein¹. Le décret-loi du 29 juillet 1939², relatif à la famille et à la natalité française, est l'issue d'un débat – débuté durant la deuxième moitié des années 1910 et ayant connu son *acmé* durant la période de l'entre-deux-guerres – autour de la nécessité d'une législation, inspirée de politiques démographiques et natalistes réfléchies, visant à la protection de la population française. Dans cette lignée, la famille devient rapidement l'épicentre des réformes souhaitées et l'objet privilégié des attentions des mouvements hygiéniste et eugéniste. Ces mouvements – qui s'affirment dans la France républicaine, quoique de manière plus discrète par rapport à d'autres pays européens tels que l'Angleterre, la Belgique, la Suède, l'Allemagne³ – visent à l'amélioration des conditions de vie et de santé de la population et retiennent l'attention de certains juristes qui n'hésitent pas à avancer des propositions radicales surtout dans le domaine du droit de la filiation⁴.

L'historiographie qui a traité des politiques hygiénistes et natalistes des années 1920-1930 s'est soigneusement arrêtée sur la procédure et sur les discussions relatives à la rédaction de ce décret, à la composition hybride qui, sous la dénomination plus connue de Code de la famille, reproduit des mesures en large partie adoptées durant la première moitié du XX^e siècle. Aboutissement tardif de l'évolution des objectifs des Républicains au sujet du droit de la famille, ce texte réunit à la fois des dispositions qui touchent à des matières qui, telles que la tutelle et l'adoption, sont règlementées par le Code civil, ainsi que des mesures concernant de manière plus spécifique la santé et l'hygiène⁵. Résultat du travail du Haut comité consultatif de la population et de la famille, institué le 23 février 1939, le Code de la famille est associé aux noms d'Alfred Sauvy, de Georges Mauco, de Ferdinand Boverat et d'Adolphe Landry. Autant d'universitaires provenant de différentes disciplines qui, quoique avec quelques nuances, attachent de l'importance au mot « race »⁶.

L'étude qu'Esmein publie dans la *Gazette du Palais* se compose de quatre articles différents qui s'attaquent de manière plus spécifique à l'analyse des dispositions du décret relatives à « L'aide de la famille en général », à « La famille paysanne » et à « La réforme de l'adoption et de la tutelle des enfants naturels ». Ils sont précédés par un article introductif qui, sous le titre de « Généralités », s'arrête sur les principes inspirateurs des dispositions prises par le gouvernement d'Édouard Daladier en matière de famille, démographie et natalité.

Précisément dans ce contexte, Esmein a recours à diverses reprises au mot « race ». Ce qui ne serait pas *a priori* surprenant, du moment que le texte-même du décret en fait usage explicite,

1. Paul ESMEIN, « Le Code de la famille », *Gazette du Palais*, 1939, 2, Doct., p. 11-16 et 18-21. Sur Paul Esmein, voir la notice biographique dans le dossier documentaire.

2. Décret-loi du 29 juillet 1939, portant Décret relatif à la famille et à la natalité française, *Journal officiel de la République française (JORF)*, 30 juillet 1939, p. 9607-9626.

3. Paul-André ROSENTAL, *L'intelligence démographique. Sciences et politique des populations en France (1930-1960)*, Paris : Odile Jacob, 2003 ; Jean-Paul GAUDILLIERE, « Le syndrome nataliste : hérédité, médecine et eugénisme en France et en Grande-Bretagne », in Jean GAYON et Daniel JACOBI (dir.), *L'éternel retour de l'eugénisme*, Paris : PUF, 2006, p. 177-199.

4. À titre d'exemple, Laure BIARDEAU, *Le certificat prénuptial. Étude de droit comparé et de législation*, thèse pour le doctorat en droit, Paris, 21 novembre 1930.

5. Jean-Louis HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris : PUF, 2012, p. 207 et suiv. Paul-André ROSENTAL, *L'intelligence démographique*, *op. cit.* ; Michel CHAUVIERE et Virginie BUSSAT, *Famille et codification. Le périmètre du familial dans la production des normes*, Paris : La Documentation française, 2000.

6. Alain DROUARD, « Le Haut Comité de la Population et la politique de population de la France (1939-1966) », *Annales de démographie historique*, 2, 1992, p. 171-197 ; Michel CHAUVIERE, « L'expert et les propagandistes. Alfred Sauvy et le Code de la Famille de 1939 », *Population*, 9, 1992, p. 1441-1450 ; Christophe CAPUANO, *Vichy et la famille. Réalité et faux-semblant d'une politique publique*, Rennes : PUR, 2009. Pour le détail des mesures prises depuis les années 1910, v. Jean-Louis HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, *op. cit.*, p. 207 et suiv.

dans son troisième chapitre de la troisième section qui a pour titre « Protection de la race ». La précipitation et l'emphase avec lesquelles le civiliste se lance dans le commentaire ne sont néanmoins pas sans interpeller, compte tenu que ce décret-loi atteste de l'emprise croissante de l'État sur le droit de la famille et se présente comme l'expression quasi-accomplie d'une politique familiale très attentive à la préservation de la santé et de la « race »⁷.

En quel sens, à la veille de l'avènement du régime de Vichy, Esmein parle-t-il de « race » ? Qu'est-ce que la « race » dans le Code de la famille et dans l'étude d'un civiliste de son envergure ? Est-ce que ce mot, utilisé plus fréquemment qu'on ne le croirait dans les sources juridiques, recouvre la même signification dans le texte du décret du 29 juin 1939 et dans les *Généralités* de l'étude d'Esmein ? Avant de s'immerger dans le commentaire du texte, il s'avère intéressant d'esquisser le contexte dans lequel Esmein opère.

I. La protection de la « race » dans les réseaux des juristes familialistes et natalistes

Dans la période de l'entre-deux-guerres, un certain nombre de juristes, les civilistes comme les publicistes, s'érigent en protecteurs de la famille et, par son biais, de la « race », en plaidant pour la mise en œuvre d'une législation contrant l'individualisme antifamilial. Ces positions se traduisent dans une dénonciation de l'usage répandu du divorce, ainsi que de l'union libre, et de la reconnaissance des enfants naturels⁸. Certains juristes de renom s'engagent plus directement dans la défense d'une vision particulière de la politique familiale. Proche du journal *La Croix*, André Rouast, qui finira par ailleurs par s'impliquer directement dans la politique familiale de Vichy, met en avant une conception morale et religieuse de la famille⁹.

La participation active de spécialistes du droit privé et du droit public au sein des ligues de protection de la famille est importante. Ces dernières représentent des lobbies ayant joué un rôle fondamental dans l'adoption du décret de 1939 et dans la direction des politiques familiales des années de l'entre-deux-guerres¹⁰. Maurice Hauriou, Paul Bureau, Emmanuel Gunot sont connus pour leur engagement. Certains de ces juristes participent de manière active à la rédaction du décret de 1939. Un projet d'Office national de la famille voit le jour à la fin des années 1920, porté par la Ligue des pères et des mères de familles nombreuses. À ses travaux sont associés Hauriou, ainsi que ses proches Georges Renard et Gounot¹¹. D'autres juristes siègent au sein du Haut comité¹².

7. C. Olivier insiste sur le caractère excessif et disproportionné du commentaire d'Esmein par rapport au contexte. Cyril OLIVIER, *Le vice ou la vertu. Vichy et les politiques de la sexualité*, Toulouse : Presses Universitaires du Mirail, 2005.

8. Jean-Louis HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, op. cit.

9. Marc BONINCHI, *Vichy et l'ordre moral*, Paris : PUF, 2005.

10. Michel CHAUVIERE, « L'expert et les propagandistes », op. cit. ; ID., « Le rôle des lobbies dans la politique familiale », *Informations sociales*, 1, 2010, p. 70-79 ; ID., « Mobilisation familiale et intérêts familiaux », in ID., Régis ALLARD, Brigitte BOUQUET, Bruno RIBES et Monique SASSIER (dir.), *Les implicites de la politique familiale. Approches historiques, juridiques et politiques*, Paris : Dunod, 2000, p. 75-86 ; Remi LENOIR, *Généalogie de la morale familiale*, Paris : Seuil, 2003 ; Paul-André ROSENTAL, *L'intelligence démographique*, op. cit. Pour les biographies des juristes cités, v. Patrick ARABEYRE, Jean-Louis HALPERIN et Jacques KRYNEN (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XIX^e-XX^e siècles*, Paris : PUF, 2007 ; Frédéric AUDREN, « Bureau Paul », p. 148-149 ; Jean-Louis HALPERIN, « Gounot Emmanuel », p. 379-380 ; *Les Études sociales*, 141, 2005, numéro thématique : « Paul Bureau (1865-1923) et la Science sociale », coordonné par Frédéric AUDREN.

11. Éric MILLARD, *Famille et droit public. Recherches sur la construction d'un objet public*, Paris : LGDJ, 1995 ; Michel CHAUVIERE, « Mobilisation familiale et intérêts familiaux », op. cit.

12. Philippe Serre, Frédéric Roujou, Georges Pernot, Jacques Doublet, Pierre Racine, Philippe Serre, Pierre Bouzat. Michel CHAUVIERE, « L'expert et le propagandiste », op. cit. Archives Nationales (AN) de Pierrefitte, F 60 494 : *Lettre du Recteur de l'Académie de Rennes au Secrétaire du Haut comité de la population du 23 mars 1939*.

De par cette implication directe dans l'élaboration du décret-loi de 1939, la plupart de ces spécialistes du droit sont tous plus au moins accoutumés à l'usage du mot « race », compris comme véhiculant à la fois une certaine idée de la pureté morale de ce que doit être la Nation et de la santé de la population française, dans son lien étroit avec la protection de la famille¹³. Les sources ne laissent pas de traces de ce type de militantisme de la part d'Esmein qui, quoique par rapport à une autre matière, à l'occasion d'une commission d'études à la Chambre des députés, est désigné comme « un homme étranger à la politique, mais qui porte un nom illustre à la faculté de droit »¹⁴.

Au moment de la publication du Code de la famille, Esmein a quitté la faculté de droit de Poitiers depuis six ans pour enseigner le droit civil dans la capitale¹⁵. Spécialiste du droit des contrats et des obligations¹⁶, ainsi que de la responsabilité civile, les études et les notes consacrées au droit de la famille ne représentent pas la partie la plus considérable de sa production scientifique. Elles donnent néanmoins des indications intéressantes sur son positionnement au sein de la science du droit civil, dans un contexte où, depuis l'essor de la Troisième République, la famille se situe de plus en plus au cœur des préoccupations de l'État¹⁷.

La manière dont Esmein conçoit l'institution familiale présente plusieurs points de contact avec la pensée de ses collègues, privatistes et publicistes, qui participent à l'adoption du Code de la famille de 1939. À l'occasion du débat doctrinal qui s'amorce durant les années 1930 autour de l'admissibilité du concubinage, Esmein se situe dans une tendance conservatrice, aux côtés de Marcel Planiol et Georges Ripert, et devient l'un des auteurs le plus cités en la matière¹⁸. Il s'exprime pour la tutelle d'une famille traditionnelle, axée sur l'« institution du mariage, fondement essentiel de la famille » que les tribunaux se doivent de sauvegarder¹⁹.

La présence du mot « race » dans les « Généralités » de l'étude d'Esmein va de pair avec un positionnement précis de l'auteur parmi les civilistes de son temps vis-à-vis de la conception du droit de la famille. L'accueil enthousiaste du décret de 1939 de la part d'Esmein – qui se fait en dépit de critiques formelles avancées par certains de ses collègues civilistes, parmi lesquels Ripert, ahuris de voir des dispositions du Code civil modifiées par un décret-loi introduisant des mesures d'une toute autre nature²⁰ – témoigne d'une conception de la famille qui non seulement se place sous l'égide de l'État, mais qui en fait la cellule principale de protection et de préservation du « génie français ».

II. Polysémie du mot « race » dans le commentaire d'un civiliste à la fin des années 1930

Quoique intégrées dans le titre relatif à la « Protection de la famille », sur lequel le commentaire d'Esmein se concentre en grande partie, les mesures regroupées sous le chapitre

13. AN de Pierrefitte, F 60 494, *Haut comité de la population : liste des personnes à convoquer*.

14. Président de la Commission chargée de l'étude du projet de loi relatif aux fonds de commerce. *Suite de la discussion d'un projet de loi relatif aux ventes de fonds de commerce. JORF. Débats parlementaires. Chambre des députés. 15^e législature, Session ordinaire de 1934, 70^e séance. Compte rendu in extenso, 70^e séance, 63, 4 juillet 1934, p. 1979-1998, ici p. 1982.*

15. René SAVATIER, « Paul Esmein », *Revue internationale de droit comparé*, 2, 1967, p. 488-490.

16. Sur cet aspect spécifique, Pierre-Yves GAUTIER, « Paul Esmein », *Revue des contrats*, 4, 2017, p. 105.

17. Jean-Louis HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804, op. cit.* ; ID., « Les fondements historiques des droits de la famille en Europe. La lente évolution vers l'égalité », *Informations sociales*, 1, 2006, p. 44-55.

18. *Ibid.* À titre d'exemple, Francis BAUER, *Droits de la concubine lésée par accident mortel survenu à son concubin*, thèse pour le doctorat en droit, Paris, 1935.

19. Paul ESMEIN, « L'union libre », *Recueil Dalloz, Chroniques*, 1935, p. 49-52, ici p. 49.

20. Jean-Louis HALPERIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804, op. cit.*

« Protection de la race », ne font pas l'objet direct de l'attention du juriste. Pourtant le mot « race » est mobilisé, à plusieurs reprises et dans différentes acceptions, dans les *Généralités* 21.

Dans le Code de la famille, la protection de la « race » se concrétise dans l'adoption des mesures qui prévoient la répression du trafic de substances vénéneuses, ainsi que la lutte contre l'alcoolisme, en plus de l'outrage aux bonnes mœurs. Ces dispositions se donnent pour objectif de lutter contre toute forme de dégénérescence physique, psychique et morale et se rassemblent dans un chapitre du décret fortement marqué par l'hygiénisme social 22. L'« avenir de la race » représente le but ultime de la « répression des vices » et de la « lutte contre les fléaux sociaux », lit-on dans le rapport du président du Conseil au président de la République qui précède la publication du décret dans le *Journal officiel* 23. La « race » dans le Code de la famille se situe ainsi dans un lien étroit avec la protection de la santé, aussi bien morale que physique, de la population et, surtout, apparaît indissociable de la question de la natalité 24. Le rapport au président de la République fait par ailleurs mention explicite de la « race saine » 25 et situe la protection de la cellule familiale au cœur d'un processus de renaissance de la population française.

Dans le cadre du droit français de la période de l'entre-deux-guerres, la « race », prise en compte dans une acception étroitement liée à la protection de la santé, devient progressivement un bien juridique protégé contre tout type de dégénérescence 26. Dans ce cas, observe Michel Prum, on a tendance à désigner la « race » plutôt au singulier 27. Il demeure néanmoins impossible de déceler exactement ce que recouvre la « race », l'emploi du mot n'étant guère univoque. Parfois, il est question de se référer d'une manière plus générale à l'« espèce humaine » ou à la « race humaine », d'autres fois il s'agit plutôt de la « race française », d'autres fois encore référence est faite à la « race blanche » 28. L'étude d'Esmein permet de saisir de près la polysémie que le mot recouvre dans les discours politique et juridique français de l'époque.

Après avoir qualifié « d'événement considérable » la promulgation du décret-loi du 29 juillet 1939, Esmein interroge la *ratio* qui en a animé la rédaction, en situant son adoption dans un lien direct avec l'exigence de remédier aux problèmes démographiques graves frappant la population française 29. Il tient cependant à préciser son propos et observe que l'accroissement de la population n'est pas un bien en tant que tel. Au contraire, la contextualisation de cette affirmation s'avère toujours nécessaire. Esmein prend ainsi pour exemple la période de la Grande Guerre pour observer que la dénatalité fait spécialement peur dans une période où la paix est en danger et surtout « en présence d'un voisin dont la population croissante était animée systématiquement d'un esprit de conquête » 30. C'est

21. Paul ESMEIN, « Le Code de la famille », p. 11.

22. Christophe CAPUANO, *Vichy et la famille*, *op. cit.*

23. *Rapport au Président de la République* précédant le décret du 29 juillet 1939, *op. cit.*, p. 9607-9609, ici p. 9608.

24. Silvia FALCONIERI, « Le droit face à la race. Étude historique des expériences juridique française et italienne au xx^e siècle », *Politika*, 2021 (en ligne : <<https://www.politika.io/fr/article/droit-face-a-race-etude-historique-experiences-juridiques-francaise-italienne-au-xxe-siecle>>).

25. *Rapport au Président de la République*, *op. cit.*, p. 9609.

26. Claude-Olivier DORON, *L'homme altéré : races et dégénérescence (XVIII^e-XIX^e siècles)*, Paris : Champ Vallon, 2016.

27. Michel PRUM (dir.), *Ethnicité et eugénisme. Discours sur la race*, Paris : L'Harmattan, 2009.

28. À titre d'exemple, l'intitulé de la brochure publiée en 1931 par Ferdinand Boverat : *La race blanche en danger de mort*, v. Michel CHAUVIERE, « L'expert et les propagandistes », *op. cit.* Sur les occurrences du mot race en droit, v. Silvia FALCONIERI, « Le droit face à la race », *op. cit.*

29. Paul ESMEIN, « Le Code de la famille », *op. cit.*, p. 11.

30. *Ibid.*

précisément en se livrant à cette explication qu'Esmein emploie la formulation « race des hommes »³¹, dans une acception très commune qui se veut plutôt un synonyme d'espèce humaine, d'humanité, et qui est couramment utilisée dans les pages des juristes des XIX^e et XX^e siècles.

La « race » est de nouveau mentionnée par Esmein lorsqu'il décrit la structure du Code de la famille. Dans ce cas, l'occurrence recouvre donc le sens que le texte du décret lui attribue – à savoir la protection de la population de toute forme de dégénérescence physique, psychique et morale à la fois – et le professeur se borne à observer que « sous la rubrique “protection de la race”, on a placé des mesures répressives nouvelles de l'outrage aux bonnes mœurs et du trafic des substances vénéneuses, des mesures tendant à combattre l'alcoolisme »³².

Une troisième, et dernière fois, le mot « race » fait son apparition à la fin de l'article, à côté des occurrences « famille » et « patrie » – ce qui n'est pas sans évoquer les mots-clés de la politique qui sera mise en place durant le régime de Vichy –, lorsque l'auteur s'arrête sur l'importance d'alimenter la « volonté » des individus de donner naissance à des familles nombreuses³³. Alors que dans les deux cas précédents Esmein utilise le mot « race » avec une certaine fluidité et une certaine aisance, dans cette troisième acception il semble se retrancher derrière une critique de nature pragmatique. La propagande visant à gagner « des adeptes au culte de la famille et de la race » catalyse le scepticisme du juriste. Tout en écrivant que la « volonté [...] ne sera puissante que si elle atteint la force d'un sentiment religieux », en l'occurrence « ici la religion de la famille, de la patrie ou de la race »³⁴, il insiste plutôt sur la nécessité de prévoir des financements *ad hoc* pour les familles nombreuses. Dans l'esprit du civiliste, l'intérêt économique semble l'emporter sur la propagande.

Dans ces trois différentes acceptions, il s'agit d'un emploi très courant du mot « race » de la part des juristes de l'époque. La spécificité et l'intérêt du commentaire dressé par Esmein sont à rechercher, en dehors de ces usages explicites, plutôt dans l'argumentaire auquel le civiliste a recours et qui se traduit dans un discours sur l'origine, axé sur la présence étrangère en France, ainsi que sur une conception précise de l'assimilation³⁵. Quoique jamais explicitée, la « race » est ici également un synonyme de « génie français ». Cette formule renvoie à une substance singulière et originale qui composerait les Français. Il s'agit de l'aspect le plus saisissant de l'introduction d'Esmein qui, dès le début, n'a de cesse de relater la nécessité de protéger le peuple français et d'afficher une forte crainte vis-à-vis de la présence étrangère croissante en France. Sans cacher une certaine méfiance à l'égard « de nombreuses naturalisations d'étrangers » et après avoir fait remarquer la présence « d'un nombre anormal d'étrangers non naturalisés », le professeur de droit civil explicite ainsi le risque de la dépopulation dans la France de la fin des années 1930, en insistant sur le lien profond de « chaque Français » à la « communauté française » :

Un envahissement progressif de la France par des étrangers, venant combler les vides de sa population décroissante, préoccupera tous ceux qui nourrissent le sentiment que le génie français est leur substance même, et que la pérennité de ce génie est leur propre pérennité³⁶.

31. *Ibid.*

32. *Ibid.*

33. Sur les liens entre famille, nation et patrie, Jennifer Ngairé HEUER, *The Family and the Nation. Gender and Citizenship in Revolutionary France, 1789-1830*, Londres : Cornell University Press, 2005.

34. Paul ESMEIN, « Le Code de la famille », *op. cit.*, p. 12.

35. François MASURE, *Qu'est-ce que devenir Français. Approche anthropologique de la nationalité*, Toulouse : Presses Universitaires du Mirail, 2014 ; Abdellali HAJJAT, *Les frontières de l'identité nationale. L'injonction à l'assimilation en France métropolitaine et coloniale*, Paris : La Découverte, 2012.

36. *Ibid.*, p. 11.

Esmein s'arrête donc sur un aspect spécifique que le décret-loi de juillet 1939 ne réglemente pas explicitement, mais qui fait l'objet de débats lors des travaux du Haut comité de la population³⁷. En plus, l'observation relative à la présence étrangère en France se situe dans le droit chemin des discussions et des mesures adoptées tout au long des années 1930 vis-à-vis du phénomène migratoire, dont font partie les naturalisations de 1927 et 1937, devenues un instrument démographique³⁸. Se référant à un « génie français » et l'opposant à une nation d'immigrés, il reprend en quelque sorte les mots laconiques du président du Conseil qui dresse un éloge à la « grandeur de la France », découlant entre autres « des qualités intellectuelles, physiques et morales de ses habitants »³⁹.

Quoique de manière non explicite, Esmein s'exprime à la faveur d'une politique de limitation de l'immigration. L'accroissement des naissances, par le biais de l'augmentation des aides à la famille, lui paraît un moyen nécessaire pour éviter que la « substance »⁴⁰ française puisse être altérée. Encore une fois, son discours recoupe celui de Daladier qui, regrettant le manque d'une réglementation de la politique migratoire dans le décret, se plaint de l'atteinte au « prestige intellectuel » et « artistique » de la France au-delà des frontières⁴¹.

Le commentaire d'Esmein n'est pas sans interroger l'adhésion des civilistes, et des juristes français d'une manière plus générale, à l'entreprise de rédaction d'un décret-loi qui érige la « race » en bien nécessitant une protection juridique. Durant la période de l'entre-deux-guerres, un nombre non négligeable de juristes plaide en faveur de l'adoption de mesures qui placent de plus en plus la famille sous l'égide de l'État, en faisant basculer sa réglementation du droit privé vers le droit public.

III. Quelques années plus tard...Paul Esmein, la famille et la « race juive »

La question des continuités et des ruptures entre la politique familiale des dernières années de la Troisième République et le régime de Vichy a retenu l'attention de l'historiographie qui est loin d'être unanime⁴². Alors qu'une partie des spécialistes considère que les réformes entamées par le régime de Vichy se situent dans le droit chemin du décret-loi de 1939⁴³, d'autres historiens sont plutôt enclins à mettre en exergue les discontinuités. Au nombre de ces dernières réside le fait que le régime de Vichy utilise la politique familiale contre la République et propose de résoudre les problèmes sociaux et démographiques moyennant un modèle de famille autoritaire et patriarcal⁴⁴.

Dans cette analyse des rapports entre les dernières années de la Troisième République et l'avènement du gouvernement de Vichy, l'introduction du commentaire d'Esmein a été considérée par certains historiens comme un accueil des plus favorables à la politique de

37. AN Pierrefitte, F 60 494, *Haut comité de la population : séance du 28 mars 1939 et Haut comité de la population, séance du 31 mars 1939*.

38. Patrick WEIL, *Qu'est-ce que un Français ? Histoire de la nationalité française depuis la révolution*, Paris : Gallimard, 2004.

39. *Rapport au Président de la République*, *op. cit.*, p. 9607.

40. Paul ESMEIN, « Le Code de la famille », *op. cit.*, p. 11.

41. *Rapport au Président de la République*, *op. cit.*

42. Gérard NOIRIEL, *Les origines républicaines de Vichy*, Paris : Hachette, 1999.

43. Parmi ceux-ci, les continuités sont mises en exergue par Marc BONINCHI, « Le Code de la famille de 1939 et la répression des infraction d'« ordre moral » », *Passé et présent du droit*, 6, 2009, p. 205-216 ; ID., *Vichy et l'ordre moral*, *op. cit.* Concernant l'avortement comme crime contre la race, Cyril OLIVIER, « Du « crime contre la race ». L'avortement dans la France de la Révolution Nationale », in Christine BARD, Frédéric CHAUVÉAU, Michelle PERROT et Jacques-Guy PETIT (dir.), *Femmes et justice pénale. XIX^e-XX^e siècles*, Rennes : PUR, 2002, p. 253-264.

44. Christophe CAPUANO, *Vichy et la famille*, *op. cit.*

protection de la famille et de la « race ». Suivant cette ligne interprétative, le juriste aurait profité de la tribune de la *Gazette du Palais* « pour abonder dans le sens des théoriciens racistes de la dénatalité, voire des théories antisémites nazies »⁴⁵. L'étude analytique du commentaire d'Esmein de 1939 ne permet pas d'étayer cette assertion, du moment qu'aucune référence n'est faite dans ce contexte aux théories antisémites allemandes. Il est connu qu'Esmein, aux côtés d'André Breton, soutient sans réserve certaines réformes entamées durant la période de Vichy, en l'occurrence, celle relative au divorce (loi du 2 avril 1941)⁴⁶. Il dresse également un commentaire de la loi du 23 juillet 1942 sur l'abandon de la famille qui s'inspire du sentiment du devoir familial⁴⁷. Ces attitudes sont tout-à-fait cohérentes avec les écrits des années 1930 sur les unions libres, mentionnés plus haut⁴⁸. Le commentaire au Code de la famille doit être compris dans la continuité de la conception du droit de la famille que le juriste se forge tout au long de sa carrière.

Qu'en est-il par ailleurs de l'emploi du mot « race » sous Vichy ? Est-ce que les usages qu'Esmein en fait dans cette période et durant les dernières années de la Troisième République se recoupent ?

Quoique très actif dans les pages de la *Gazette du Palais* entre 1940 et 1944, Esmein ne publie pas sur la législation antisémite⁴⁹. La catégorie de « race » fait plutôt son apparition dans le cadre de l'enseignement universitaire, dans les cours de droit civil qu'Esmein dispense à la faculté de droit de Paris entre 1940 et 1944, cette fois-ci, dans un contexte complètement différent. Il fait partie des civilistes qui, avec des approches très diverses, proposent aux étudiants des commentaires assez détaillés des deux *Statuts des Juifs*⁵⁰. Il est intéressant de relever que, dans cette circonstance, son attention se concentre sur une analyse technique des dispositions qui déterminent l'appartenance à la « race juive »⁵¹. Dans son commentaire aux étudiants de première année de licence, la notion de « race » est en large partie déconnectée de sa dimension anthropologique. Esmein met en effet en exergue que la jurisprudence a plutôt tendance à déterminer l'appartenance à la « race juive » sur la base d'un critère religieux, fait estimé comme étant bien plus sûr que l'examen de « traits physiques »⁵².

En conclusion, il est possible de remarquer que, dans les pages d'Esmein, l'usage du mot « race » se fait de manière assez aisée, suivant des acceptions différentes, courantes à l'époque dans les facultés de droit et dans les textes de loi. Le recours au mot « race » est bien plus fréquent que les juristes et les historiens du droit d'aujourd'hui ne veulent bien le voir, en le reléguant plutôt aux périodes sombres de l'histoire juridique européenne. Mot polysémique, la « race », ponctue en revanche régulièrement les textes des juristes et du législateur. Dans ses différentes significations, la « race » est susceptible de présider à la mise en place de dispositions de loi qui se fondent sur des justifications hétérogènes. Le commentaire de Paul

45. Cyril OLIVIER, *Le vice ou la vertu. Vichy et les politiques de la sexualité*, op. cit.

46. Frédéric AUDREN et Jean-Louis HALPERIN, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités. XIX^e-XX^e siècles*, Paris : CNRS Éditions, 2013, p. 213.

47. Marc BONINCHI, *Vichy et l'ordre moral*, op. cit.

48. V. partie I de cet article.

49. Pour une étude analytique systématique des revues de droit privé durant la période de Vichy, v. Martine FABRE, « La doctrine sous Vichy. Analyse systématique des revues de droit privé de juin 1940 à juin 1944 », in Bernard DURAND, Jean-Pierre LE CROM et Alessandro SOMMA (dir.), *Le droit sous Vichy*, Francfort sur le Main : Klostermann, 2006, p. 375-401.

50. Pour plus de détails sur ce sujet, Silvia FALCONIERI, « Le “droit de la race”. Apprendre l'antisémitisme à la Faculté de droit de Paris », *Clio@themis. Revue électronique d'histoire du droit*, 7, 2014 : <<https://publications-prairial.fr/cliiothemis/index.php?id=1657>>.

51. Article 1^{er} de la loi du 2 juin 1941, remplaçant la loi du 3 octobre 1940 portant Statut des Juifs.

52. *Répétitions écrites de droit civil rédigées d'après le cours et avec l'autorisation de M. Esmein*, Paris : Les cours de droit, 1942-1943.

Esmein du Code de la famille de 1939 en représente un excellent exemple qui ne fait pas exception dans l'histoire du droit français des XIX^e et XX^e siècles.