



HAL
open science

L'histoire du droit au service du droit naturel (1870-1900)

Mingzhe Zhu

► **To cite this version:**

Mingzhe Zhu. L'histoire du droit au service du droit naturel (1870-1900). L'Histoire du droit entre la science et la politique, 2019. <hal-03914662>

HAL Id: hal-03914662

<https://hal.science/hal-03914662v1>

Submitted on 28 Dec 2022

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.



HAL Authorization

L'histoire du droit au service du droit naturel (1870-1900)

ZHU Mingzhe, Assistant Professeur, Université des sciences politiques et de droit de Chine

Introduction

En apparence, le droit naturel, notion qui s'appuie traditionnellement sur l'hypothèse d'un ensemble de principes éternels et universels, est tout à fait en opposition avec la matière des historiens. L'histoire du droit a pour tâche de découvrir les transformations des normes au cours du temps. Au-delà de cette divergence, se présente aussi la distinction entre les faits et les normes. Raymond Saleilles nous l'a enseigné dans son article du premier numéro de *Revue trimestrielle du droit civil* :

« Théoriciens déductifs et dogmatiques d'un côté, historiens du droit d'autre part, tous se rencontraient, les uns en partant de la conception possible d'un droit naturel, les autres en rejetant tout postulat de ce genre, pour aboutir à l'empirisme pratique le plus décevant et le plus troublant pour les consciences. [...] On prétendait l'introduire surtout dans le domaine de l'étude scientifique du droit, puisque la méthode historique, semblable aux méthodes d'observation des sciences naturelles, devait se contenter de constater, d'analyser, et d'étudier les réalités phénoménales, sans avoir à remonter à la cause finale, qui seule pourrait justifier une appréciation de leur légitimité abstraite. »¹

Il semble donc paradoxal d'être à la fois jusnaturaliste et historien du droit. Les dernières décennies du XIX^e siècle, cependant, sont simultanément les témoins de la renaissance du droit naturel² et de la stabilisation de l'histoire du droit comme l'une des quatre branches de l'agrégation en 1896, cette dernière étant accompagnée de vives controverses portant sur l'enseignement des facultés de droit, ce qui est loin d'être le fruit du hasard.

L'intérêt émergent des études historiques et la renaissance du droit naturel peuvent refléter les stratégies des juristes face aux sciences sociales. Vers la fin du XIX^e siècle, la méthode positiviste domine la science. La philosophie du droit elle-même est devenue trop

¹ R. Saleilles, « L'École historique et droit naturel », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1-1, 1902, p. 82-112.

² Voir J. Charmont, *La renaissance du droit naturel*, Paris, Masson, 1910.

métaphysique face aux sciences sociales montantes³. Les tendances « positivistes » condamnaient l'idée du droit naturel devant le tribunal de la science, ainsi que sa croyance de pouvoir rationaliser les lois par la pure réduction des préceptes généraux, sans constater les faits. Le « moment 1900 », c'est-à-dire la période 1880-1914, provoque donc au sein des facultés de droit une série de réflexions et réactions liées à la naissance des sciences sociales, ou, comme le terme préféré par un colloque récent, à la critique sociologique⁴. Pour ne citer que quelques exemples, s'inscrivent dans ce moment les contributions de Charles Beudant⁵, de Maurice Hauriou⁶, d'Émile Bouvier⁷ et de Raymond Saleilles⁸. Malgré des points de départ différents, ces juristes ont certes collaboré à la défense collective de la légitimité scientifique de leur matière⁹.

Derrière la « critique sociologique », il existait aussi la « critique sociale ». Les juristes ont été aussi conscients de la difficulté d'observer les besoins sociaux et de s'y adapter. Les interprètes ont pour mission « avant tout de juger la loi d'après ses résultats et de l'apprécier, non pas seulement par des procédés de pure logique juridique, mais surtout par des

³ M. Hauriou, « Philosophie du droit et science sociale », *RDP*, 12-2, 1899, p. 462-476 ; M. Hauriou, « La crise de la science sociale », *RDP*, 1-2, 1894, p. 294-321.

⁴ Voir O. Jouanjan et É. Zoller (dir.), *Le « moment 1900 » : Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Paris, Panthéon Assas, 2015 ; Voir particulièrement F. Audren, « Le "moment 1900" dans l'histoire de la science juridique française. Essai d'interprétation », in O. Jouanjan et É. Zoller (dir.), *Le « moment 1900 » : Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Paris, Panthéon Assas, 2015, p. 55-74.

⁵ C. Beudant, *Le droit individuel et l'État : introduction à l'étude du droit*, Paris, A. Rousseau, 1891 ; Charles Beudant, « L'application des méthodes biologiques à l'étude des sciences sociales », *RDP*, 5-1, 1896, p. 434-456.

⁶ M. HAURIOU, « La crise de la science sociale »..., *op. cit.*

⁷ É. Bouvier, « La crise de la science politique et le problème de la méthode », *RCLJ*, 32, 1903, p. 175- 187.

⁸ R. Saleilles, « Y a-t-il vraiment une crise de la science politique ? », *Revue politique et parlementaire*, 35, 1903.

⁹ De nombreuses études ont déjà abordé la naissance des sciences dites sociales et ses conséquences dans la science juridique, voir F. Audren, *Les juristes et les mondes de la science sociale en France : deux moments de la rencontre entre droit et science sociale au tournant du XIXe siècle et au tournant du XXe siècle*, Thèse de doctorat, Dijon, 2005 ; F. Audren, « Explorer les mondes de la science sociale en France », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, n° 15-2, 2006, p. 3-14 ; P. Favre, *Naissances de la science politique en France (1870-1914)*, Paris, Fayard, 1989 ; P. Favre, « Les sciences d'État entre déterminisme et libéralisme. Émile Boutmy (1835-1906) et la création de l'École libre des sciences politiques », *Revue française de sociologie*, 22-3, 1981, p. 429-465 ; C. Jamin, « L'Oubli et la science : regard partiel sur l'évolution de la doctrine privatiste à la charnière des XIXe et XXe siècles », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, p. 815-827 ; J.-L. Halpérin et F. Audren, « La science juridique entre politique et sciences humaines (XIXe-XXe siècles) », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 1, 2001, p. 3-7. Les références ne sont d'ailleurs pas complètes.

constatations expérimentales, prises dans la réalité des faits »¹⁰. Si les commentateurs du Code civil ont adopté à partir des années 1850 les nouveaux instruments d'interprétation qui permettent « une lecture libérale de la législation civile », mais sous « une forme d'exclusivisme légal »¹¹ qui requiert le respect à l'égard des intentions du législateur, les interprètes prennent vers la fin du siècle un rôle plus actif. Ils entendent élaborer les règles répondant mieux à la société, selon leurs observations des faits et leurs jugements de ces faits.

Voici le double enjeu amené par les sciences sociales : dans le cadre de la méthodologie, les études empiriques semblent remettre en cause les modèles de la science juridique caractérisés par la préoccupation de ce qui doit être ; dans le cadre de la pratique, la méthode d'interprétation privilégiant les textes, malgré les efforts rénovateurs de Gény et de Saleilles notamment, est critiquée comme indifférente aux réalités sociales et inapte à adapter le droit aux nouvelles situations créées par l'industrialisation¹². Il est désormais urgent pour les professeurs de droit de développer les méthodes propres à leur discipline et de répondre aux besoins sociaux, en étudiant les faits, mais en gardant les présupposés de cette discipline. Le renouveau méthodologique est ainsi devenu une tâche indispensable de cette époque¹³. Son importance se trouve à la fois dans les considérations scientifiques présentées ci-dessus et dans les considérations institutionnelles, car les sociologues tentaient aussi de partager le pouvoir du savoir avec les juristes, qui conservaient depuis longtemps le monopole de savoir et de faire savoir le droit¹⁴.

Ayant une origine commune, l'histoire du droit et la notion du droit naturel n'ont pas joué leurs rôles séparément. Si le droit naturel a eu peu d'effets sur l'intégration de l'histoire

¹⁰ R. Saleilles, « Les Méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse », *Revue internationale de l'enseignement*, 43-2, 1902, p. 313- 329.

¹¹ S. Bloquet, « Quand la science du droit s'est convertie au positivisme », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1, 2015, p. 59.

¹² Voir L. Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, F. Alcan, 1912 ; Louis Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 1927 ; E. Lévy, *La Vision socialiste du droit*, Paris, Giard, 1926.

¹³ N. Hakim et F. Melleray, « Présentation », in N. Hakim et F. Melleray (dir.), *Le renouveau de la doctrine française : les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2009, p. 1-11.

¹⁴ F. Audren, *Les juristes et les mondes de la science sociale en France...*, *op. cit.*, p. 483 ; En ce qui concerne l'observation de la fonction des juristes dans la création du droit, voir P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 3-9 ; Voir aussi N. Hakim, *L'Autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, Paris, LGDJ, 2002, p. 6-10 ; P.-N. Barenot et N. Hakim, « La jurisprudence et la doctrine: retour sur une relation clef de la pensée juridique française contemporaine », *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 42, 2012, p. 251-297.

du droit dans le programme officiel, il en a profité à l'inverse. Nous examinerons les contributions des études historiques au droit naturel face à la double crise scientifique (A) et idéologique (B).

A - La notion du droit naturel rassurée et transformée par l'histoire du droit

La nature de l'histoire du droit est à la fois descriptive et normative. Elle est descriptive parce que les observateurs prétendent constater les droits en tant qu'ils ont été. Elle est normative parce que les « faits » observés ont été eux-mêmes envisagés comme ceux qui doivent être. Les droits du passé ne sont donc pas simplement les faits sociaux, mais les alternatives ou les inspirateurs du droit en vigueur. Grâce à cette double nature, la recherche du passé des ordres juridiques justifie son utilité en tant que méthode pour connaître le droit naturel. En adoptant la méthode historique, « qui n'est autre chose que l'observation des phénomènes d'évolution sociale »¹⁵, les jusnaturalistes peuvent ainsi défendre la scientificité des principes universels d'après le critère de cette époque. La nature descriptive de l'histoire du droit y joue un rôle essentiel (1). En même temps, comme l'historicité envisage forcément la négation de la croyance de l'éternité, une croyance qui avait caractérisé le droit naturel depuis le temps classique, le service rendu par l'histoire du droit au droit naturel lui offre aussi la possibilité de le transformer (2).

1) Le droit naturel rassuré face aux critiques des sciences sociales

Il faut dans le cadre du droit civil un renouveau doctrinal, mais pas n'importe quel renouveau. Une nouvelle méthode ou un nouveau champ propre à la science juridique doit respecter la préoccupation de la normativité. La distinction radicale entre le fait et la norme a été connue en France même avant la diffusion des idées de Kelsen. L'introduction de la théorie pure d'entre-deux-guerres conduit simplement à une théorisation de cet aspect du positivisme. Les juristes sentent la nécessité de trouver un moyen de déterminer quels besoins peuvent être satisfaits en droit. Il est aussi clair pour eux que la supériorité prétendue de cette science par rapport aux autres domaines de recherche ne pouvait plus reposer sur son attachement au droit positif. Ainsi David Deroussin constate-t-il : « au contraire des sciences de la nature, dominées par le principe de causalité, la science du droit est soumise au principe

¹⁵ R. Saleilles, « Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit », *Revue internationale de l'enseignement*, 1890.

de finalité, précisément parce qu'elle ne prend pas pour objet d'étude l'être (*Sein*) mais le devoir-être (*Sollen*)¹⁶ ». La science juridique reste, au fond, une discipline du normativisme¹⁷.

La science juridique est une discipline normative et la recherche normative s'occupe de ce qui doit être. Ce qui doit être, selon la fameuse thèse de Charles Beudant, signifie les libertés individuelles menacées par les sciences sociales qui, à ses yeux, compromettent les intérêts des individus au nom de la société¹⁸. Partant de « l'assimilation du corps social à un organisme vivant »¹⁹, l'hypothèse commune aux théories sociales, on peut conclure que les personnes physiques, en tant que composantes du corps, peuvent être compromises au profit de l'intérêt de la totalité. Une des rares exceptions est la thèse des similitudes chez Gabriel Tarde, qui « prouve bien que les sociétés sont faites pour l'homme, non point l'homme pour les sociétés²⁰ ». « La crise de la science sociale » est donc une véritable crise idéologique, car la discipline montante est prête à sacrifier les droits des individus au nom de la société.

Les débats concernant l'intégration de l'histoire du droit à la formation des juristes traduisent cette réfutation de l'observation pure. Non seulement en droit, mais aussi dans d'autres disciplines, l'histoire s'utilise comme une méthode expérimentale qui éduque les étudiants, en les rendant aptes à examiner les faits²¹. L'opinion opposée à l'introduction de l'agrégation d'histoire du droit considérait que ces agrégés ne seraient pas assez « jusconsultes »²², restant fidèle à la tradition dans la faculté. Ce doute, pourtant, n'empêche pas l'acceptation de l'histoire du droit par les juristes. Pour les avocats de ce nouveau champ, les études historiques des institutions du passé permettront aux licenciés de droit de ne pas « s'enfermer prématurément dans un petit coin de la science »²³. Mais la force légitimatrice se

¹⁶ D. Deroussin, « Une renaissance du droit naturel dans la doctrine civiliste à la belle époque : le droit naturel à contenu variable, le juge et le législateur », in *Un dialogue juridico-politique : le droit naturel, le législateur et le juge : actes du colloque international de Poitiers, 14-15 mai 2009*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2010, p. 408-431.

¹⁷ Voir J.-L. Halpérin, « Droit et contexte du point de vue de l'histoire du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Volume 70-1, 1^{er} mai 2013, p. 117-121.

¹⁸ C. Beudant, *Le droit individuel et l'État...*, op. cit. ; Voir Paul CAUWES, *Charles Beudant : notice nécrologique*, Paris, L. Larose, 1896.

¹⁹ M. Hauriou, « La crise de la science sociale », *RDP*, 1-2, 1894, p. 294-321.

²⁰ *Ibid.*, p. 313.

²¹ P. Favre, *Naissances de la science politique en France (1870-1914)...*, op. cit., p. 33.

²² Voir É. Chénon, *Rapport à M. le ministre de l'Instruction publique sur la réforme de l'agrégation des Facultés de droit*, Paris, imprimerie de Moquet, 1896, p. 6-9.

²³ G. Blondel, « Questions d'histoire et d'enseignement du droit à propos de deux ouvrages récents », *Revue internationale de l'enseignement*, 19, 1890.

trouve aussi, voire plutôt, dans son utilité pratique *vis-à-vis* de l'interprétation du droit en vigueur. Adhémar Esmein nous affirme, dans son *Histoire de la procédure criminelle*, que faire l'histoire d'une loi disparue nous aide à mieux comprendre les législations plus jeunes qui lui ont succédé : « Quand, en particulier, [disait-il], il s'agit d'un Code qui a longtemps vécu, on peut affirmer que le législateur a trouvé autour de lui, épars et incomplets peut-être, les éléments dont il a composé son corps de lois ; il a donné une forme nouvelle, il a réformé, mais la matière qu'il façonnait était déjà créée²⁴. » S'il y a encore des désaccords concernant la manière d'utiliser les études historiques, les juristes de la *Belle Époque* ne contestent guère leurs valeurs pratiques. Charles Turgeon, doyen honoraire de la Faculté de droit de Rennes, insiste sur l'idée que la connaissance des liens indissolubles existants entre le droit actuel et les systèmes du passé améliore l'application du droit²⁵, lorsque Raymond Saleilles, alors professeur à Dijon, considère que la méthode historique a une place dans l'interprétation propre des lois actuelles²⁶.

Les sciences sociales proprement dites n'ont pas la même utilité pratique que l'histoire du droit car elles ne prennent pas, contrairement aux études du passé du droit, pour objet le devoir-être.

Jusqu'à maintenant, nous analysons le service rendu par l'histoire du droit à la science juridique, mais le droit naturel, de prime abord, pourrait paraître peu concerné. On pourrait même être tenté de considérer que cette nouvelle démarche a pour objet de remplacer l'idée du droit universel et idéal soumis aux critiques objectivistes. Rien pourtant ne serait plus faux.

Pour comprendre le rapport étroit entre l'histoire du droit et le droit naturel, il faut mettre en valeur la faculté d'analyser et de critiquer les résultats d'observation qui est un autre cadeau offert par la méthode historique. Le recours aux droits du passé présuppose qu'il est possible d'y constater non seulement quelques règles qui laissent leurs traces dans le système d'aujourd'hui, mais surtout les principes jugés justes. Pour cette raison, on ne s'étonne pas devant le fait que les principaux défenseurs du droit naturel abordaient aussi les questions d'histoire. Saleilles constate que l'intégration de l'histoire du droit est la conséquence de l'adaptation des enseignements du droit à la méthode d'observation, mais il croit aussi que les

²⁴ A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire, depuis le XIIe siècle jusqu'à nos jours*, L. Larose et Forcel, 1882, p. VI.

²⁵ C. Turgeon, « L'enseignement des facultés de droit, 1879 à 1899 », *Revue internationale de l'enseignement*, 19, 1890.

²⁶ R. Saleilles, « Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit », *Revue internationale de l'enseignement*, 1890.

diplômés des facultés de droit seront susceptibles, grâce à l'intégration de cette discipline, d'interpréter le droit en répondant aux besoins sociaux²⁷. L'histoire du droit, sous la plume de Saleilles, permettra aux jeunes esprits de voir l'interaction entre le droit et la société.

Les connaissances de cette interaction ne sont point spéculatives. La réforme de l'enseignement du droit proposée par Saleilles, enrichie par l'histoire, est destinée à équiper les diplômés d'outils épistémologiques permettant d'envisager la modification du milieu social, politique et économique, de l'état des fortunes et des mœurs, des conceptions sociales et jusqu'aux conceptions morales²⁸. C'est un moyen de réagir à la menace posée par les sciences sociales. Mis à part certains juristes fascinés par l'objectivisme durkheimien, comme Léon Duguit et Emmanuel Lévy, les savants du droit refusent majoritairement de reconnaître la légitimité des demandes exprimées par les faits socio-économiques tels qu'ils sont. Se contentant de la différenciation de l'histoire du droit et des sciences sociales proprement dites, les juristes français comprenaient néanmoins la nécessité du progrès social. Si la société évolue sans cesse, comme disaient les sociologues, rien n'est plus faux, aux yeux des hommes du droit, de la laisser se diriger par les mouvements spontanés. C'est ici que se mesure l'importance du droit naturel. Lorsque les discours autour de l'utilité de l'histoire du droit rétablirent l'autorité des juristes face aux défis des sciences sociales, l'idée du droit naturel fournit un outil discursif avec lequel on élabore les jugements des progrès spontanés.

La nature normative de la science juridique implique que tous les faits constatés par les sciences sociales peuvent et doivent être distingués selon leurs valeurs morales. Le droit ne reconnaîtra que les éléments qu'il juge bons. La science du droit a ainsi pour faculté de construire un système cohérent de préceptes qui filtre les nouveaux faits sociaux attendant d'être légalisés. S'il faut admettre que le droit n'est pas un système isolé des phénomènes socio-économiques, la connaissance des lois ayant existé peut servir de révélateur de l'interrelation entre le droit et le progrès social. Les études historiques et comparatives montrent que les sentiments moraux existent et persistent « chez tous les peuples, à toutes époques de l'histoire »²⁹. En effet, dans les ouvrages d'Ernst Glasson, « l'histoire (de tous les peuples) nous montre » est une expression très évoquée pour justifier les principes « justes »

²⁷ R. Saleilles, « Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit »..., *op. cit.*

²⁸ R. Saleilles, « Les Méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse », *Revue internationale de l'enseignement*, 43-2, 1902, p. 313-329.

²⁹ E. D. Glasson, *Éléments du droit français : considéré dans ses rapports avec le droit naturel et l'économie politique*, G. Pedone-Lauriel, 1884, vol. II/I, p. 5.

et souvent conservateurs du droit³⁰. La méthode historique est ainsi professée au sein des facultés de droit pour rechercher les éléments communs des systèmes juridiques dans les différentes étapes de l'humanité.

Les similarités entre les différents systèmes confirmant la thèse de l'universalité chez les jusnaturalistes, l'ancienne idée du droit naturel est ainsi sauvée par la méthode historique.

Sauvée, mais aussi transformée. Tout en défendant le droit naturel, l'histoire du droit y ajoute aussi les éléments du changement. Grâce à elle, le droit naturel apprend le sens de l'évolution. D'une part, l'histoire de droit vise toujours à aborder les phénomènes du droit, et les juristes peuvent se contenter de continuer à utiliser leur expertise sans risquer d'être envahis par les sociologues. D'autre part, comme les recherches qu'ils ont faites sont motivées par l'ambition de trouver les certains éléments communs acceptés par tous les systèmes, elles prouvent finalement qu'il est possible de tendre à un modèle universel du droit. Le droit naturel s'est ainsi protégé face aux sciences sociales.

2) Le droit naturel transformé face au sens de l'historicité

Il est vrai que le recours au passé a permis à certains auteurs de prétendre trouver une série de principes « éternels ». L'un des premiers auteurs ayant réalisé un traité de l'histoire du droit français, Ernest Glasson, insiste sur le fait que la loi morale est immuable, éternelle³¹. Ce qui est de droit naturel est aussi « indispensable à l'homme », « universel », et « de tous les temps »³². La notion du droit naturel immuable, cependant, entra tout de suite dans une période d'oubli jusqu'à l'entre-deux-guerres, période qui témoigne aussi de la montée en puissance de l'histoire du droit. Le temps du droit évolutif commence.

« L'histoire du droit n'est donc pas autre chose que la connaissance du droit vivant. Or, comme tout ce qui n'est pas par soi-même, tout ce qui n'est pas Dieu, n'est parfait et accompli que progressivement, – comme tout ce qui n'est pas éternel est en fonction du temps, c'est-à-dire commence, continue et s'achève ou bien se dissout – l'histoire du droit est

³⁰ Par exemple, « La famille est comme la propriété, de droit naturel...L'histoire de tous les peuples nous montre que les bons pères et les bons fils sont aussi les meilleurs citoyens, que chez les peuples où la famille est la mieux organisée, là seulement se développent les vertus publiques à côté des vertus privées ». *Ibid.*, p. 114.

³¹ E.D. Glasson, *Éléments du droit français...*, *op. cit.*, p. 5.

³² *Ibid.*, p. 312.

essentiellement l'histoire d'un mouvement³³. » Ainsi écrivait Charles Boucaud, un juriste catholique et défenseur du droit naturel oublié³⁴. Sous sa plume, la particularité et l'intérêt de la discipline historique se définissent dans sa comparaison avec l'archéologie qui, ayant pour but d'étudier l'ensemble des vestiges matériels relevant d'une période donnée, s'appuie sur une vision plutôt statique des choses. L'histoire, au contraire, s'intéresse avant tout à l'orientation et au sens du développement. Lorsque les historiens du droit mettent en œuvre la mobilité du droit dans son passé, ils introduisent une vision dynamique du droit.

Les enseignements de l'histoire ont contribué, notamment dans le cas de l'École libre des sciences politiques, à la formation d'une alliance du pragmatisme et de l'empirisme³⁵. La valeur d'une politique ou d'une stratégie est évaluée selon son utilité pratique dans le contexte historique donné, sans prétendre à l'existence d'une rationalité universelle que les acteurs pragmatiques doivent suivre. Comptant parmi les principaux rivaux des facultés de droit dans la formation des élites d'État³⁶, l'École libre mobilisait néanmoins dès sa création les professeurs prestigieux de la Faculté de droit de Paris, y compris le commercialiste Charles Lyon-Caen et l'internationaliste Louis Renault, pour assurer ses enseignements. Une lecture comparative des manuels que ces juristes ont employés à la Faculté de Paris et des cahiers de leurs cours à la rue des Saints Pères nous montre les préoccupations de chaque institut. Le cours de droit international public enseigné à la Faculté fut organisé autour des notions fondamentales de cette discipline, telles que l'État, les individus, la propriété, les solutions de conflits internationaux, etc.³⁷ Les enseignements de la rue des Saints Pères ne suivaient pas le même programme que celui de la Faculté. Après une très brève introduction des notions fondamentales du droit international public, Louis Renault se concentrait sur les règles et les pratiques spéciales auxquelles les élèves seraient confrontés dans leur carrière : la propriété intellectuelle, la propriété industrielle, les chemins de fer, les rivières, la poste, le télégraphe, le monnaie, la délégation, les frontières, le territoire, les traitements des étrangers, l'exécution

³³ C. Boucaud, « L'histoire du droit et la philosophie de M. Bergson », *Revue de philosophie*, 4, 1904, p. 299- 306.

³⁴ Avocat, chargé de conférences à la Faculté libre de droit de Paris puis professeur à la Faculté libre de droit de Lyon. Pour sa vie, voir F. Audren, « La belle époque des juristes catholiques (1880-1914) », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, N° 28-2, 2008, p. 233- 271.

³⁵ C. Delmas, « La place de l'enseignement historique dans la formation des élites politiques françaises à la fin du XIX^e siècle : l'École libre des sciences politiques », *Politix*, 9-35, 1996, p. 43- 68.

³⁶ P. Favre, *Naissances de la science politique en France (1870-1914)...*, *op. cit.*, p. 86- 89 ; Voir P. Favre, « Les sciences d'État entre déterminisme et libéralisme. Émile Boutmy (1835-1906) et la création de l'École libre des sciences politiques »..., *op. cit.*

³⁷ L. Renault, *Introduction à l'étude du droit international*, Paris, L. Larose, 1879.

des jugements étrangers et l'application du droit pénal.³⁸ Quant au cours « législation commerciale comparée » professé par Lyon-Caen à l'École libre, le grand commercialiste en a supprimé les contrats commerciaux, au sujet desquels il s'étendait considérablement dans le manuel qu'il a rédigé en collaboration avec Renault pour les étudiants de la Faculté.³⁹

Il est sans aucun doute vrai que le choix de l'École libre est un reflet de la mentalité praticienne de ses fondateurs. Mais cette conception praticienne des études comprend aussi l'historicité des affaires humaines, ou la conception du temps. Sous la plume même d'Émile Boutmy, « rien ne serait plus funeste à une école comme la nôtre que de s'isoler, de se tenir en dehors du mouvement des esprits sérieux et de se défendre contre les bruits de la vie. L'une de nos forces est que la plupart de nos professeurs ne vivent pas en insulaires au milieu de leurs livres et de leurs manuscrits⁴⁰. » Ni les bruits de la vie ni le mouvement des esprits sérieux ne durent à l'éternité. La préoccupation de la pratique ou de la vie sociale veut dire aussi celle des phénomènes éphémères et mouvants. Pareil argument se trouve dans le témoignage d'un des premiers étudiants étrangers à cet institut, M. Ma Kié-Tchong, devenu haut fonctionnaire de l'Empire Tsing (dernière dynastie impériale chinoise) : l'École libre s'intéresse à « préparer les élèves pour comprendre le changement des affaires humaines au cours du temps et pour trouver le moyen de réagir face au changement⁴¹. »

L'intégration de la méthode historique a aussi permis une transformation interne de la notion de droit naturel. L'enseignement de l'histoire sous la Troisième République a signalé la rupture autant du droit naturel révolutionnaire que du volontarisme. L'épanouissement de l'histoire du droit s'accompagne aussi de la diminution de la notion statique du droit naturel. Lorsque la connaissance de l'histoire du droit nous montre le sens de l'évolution, elle prouve aussi le fait que le droit n'arrête pas d'évoluer. En s'appuyant sur une telle constatation, la notion de droit naturel évolutif s'est fondée.

³⁸ L. Renault, *Cahiers des cours « Droit international résultant des traités »*, 1^{er} volume, 1SP4 Dr3 sdra, Mission d'archives de Sciences Po.

³⁹ C. Lyon-Caen, *Cahiers des cours « Législation commerciale comparée »*, 1^{er} volume, SP5 Dr3 sdra Mission d'archives de Sciences Po. Voir L. Renault et C. Lyon-Caen, *Manuel de droit commercial, spécialement destiné aux étudiants des Facultés de droit*, Paris, F. Pichon, 1904.

⁴⁰ É. Boutmy, « Notice sur l'École libre des Sciences politiques », Mission d'archives de Sciences Po.

⁴¹ 马建忠：“巴黎复友人书”，载《马建忠文集》，王梦珂点校，中华书局2013年版，第37-47页。(MA Kié-Tchong, Réponse à un ami (1879), dans sa *Collection d'ouvrages*, éditée et corrigée par WANG Mengke, Librairie de Zhonghua Shuju, 2013, p. 37-47)

Partant de la conscience de l'évolutivité du droit qui ne trouve pas forcément son origine dans l'histoire du droit mais sans aucun doute dans la méthode historique, les théoriciens convaincus par le droit naturel tentaient de mettre en lumière le sens de son évolution. Il évolue sans cesse comme la société même de l'homme qui est dans le mouvement éternel. « Le droit naturel, [écrivait Charles Boucaud] l'humanisme juridique, n'est donc point le droit abstrait, [...] c'est le droit vivant, terme d'un plan providentiel qui s'exécute progressivement [...]»⁴². » Ce chargé d'enseignement des facultés libres n'est point un des tenants principaux des discours jusnaturalistes de son temps. Son statut dans la hiérarchie d'auteurs ne l'empêche néanmoins pas de quitter le chemin habituel du jusnaturalisme attaché à son éternité.

En même temps, Boucaud exprime le vœu commun de nombre de ses contemporains. Nous trouvons la même expression d'évolution du droit naturel sous la plume de Jules Charmont, un professeur d'État, un auteur connu du moins dans l'univers des historiens des idées : « l'idée du droit naturel, [...] subit certaines transformations. Elle se concilie avec l'idée d'évolution, avec l'idée d'utilité. Elle perd son caractère absolu, immuable ; elle n'a qu'un contenu variable⁴³. » L'auteur qui fait connaître le terme même de « renaissance du droit naturel » outre-Atlantique identifie dans ce passage le nouveau courant du droit naturel à une idée évolutive, tout à fait à l'opposé du droit naturel éternel et statique. Conçu par le philosophe allemand du droit, Rudolf Stammler, et introduit dans la littérature française par Raymond Saleilles, ce terme n'est pas sans lien avec son regard sur la société. Pour Saleilles, il doit être sollicité afin d'enseigner aux juristes les progrès légitimes devant être inclus dans le droit⁴⁴. Le contenu de l'idée de justice se détaille en fonction du temps, c'est-à-dire en fonction des circonstances où elle est invoquée. Les savants qui élaborent ce contenu doivent prévoir les conséquences qui en résultent. Dans le contexte de la *Belle époque* où la divergence de classes est la plus évidente dans l'histoire moderne⁴⁵, les juristes doivent travailler à l'amélioration des conditions de vie des plus faibles.

⁴² C. Boucaud, « L'histoire du droit et la philosophie de M. Bergson »..., *op. cit.*

⁴³ J. Charmont, *La renaissance du droit naturel...*, *op. cit.*, p. 222.

⁴⁴ R. Saleilles, « L'École historique et droit naturel »..., *op. cit.*

⁴⁵ Je suis ici l'analyse de Thomas Piketty qui aborde l'histoire de l'inégalité particulièrement dans les chapitres trois et huit de son chef-d'œuvre. Voir T. Piketty, *Le capital au XXI^e siècle*, Paris, Seuil, 2013, Chs. 3, 8.

« Trois mots correcteurs du législateur et des bibliothèques entières se transforment en maculature⁴⁶. » La conférence de Julius von Kirchmann résume déjà en 1847, un an avant la vague européenne de révolutions, l'esprit du XIX^e siècle devant la science naturelle avancée et la théorie de l'évolution : ce qui est pourrait être autrement.⁴⁷ Il s'agit d'un changement, même radical, de la notion du temps : tout est changeable, rien n'est plus éternel. Les études historiques offrent aux jusnaturalistes un outil épistémologique pour intégrer cette nouvelle notion dans la recherche du droit juste. Cette notion favorise d'ailleurs la méthode comparatiste qui a pour but de constater les règles communes pour les systèmes de droit dans les sociétés civilisées. La philosophie francophone du droit aurait pu profiter de cette lumière de l'histoire du droit pour développer des théories portant sur la relation entre la raison et les expériences divergentes. Mais une version du droit naturel évolutif en semble le seul écho. Il faut néanmoins attendre jusqu'en 1910 pour qu'une telle enquête soit faite par Del Vecchio qui s'appuie sur la philosophie de Vico⁴⁸.

B - Utilité du droit naturel constatée par l'argument historique

L'élaboration scientifique de la conception jusnaturaliste a également une conséquence politique. Devant les critiques sociales, pour que les révisions radicales du Code civil ne se fassent pas, la doctrine et la jurisprudence doivent justifier leurs compétences pour mieux adapter le Code à l'état au tournant du siècle créé par les bouleversements tant sociaux qu'économiques. Parmi les outils doctrinaux fabriqués pour cette fin, deux intéressent particulièrement l'approche philosophique du droit : la théorie pluraliste des sources du droit et la notion du droit naturel au contenu variable. L'histoire du droit a contribué à ces courants. Premièrement, l'histoire législative permettra aux juristes de s'inspirer de l'idée de justice lorsqu'ils interprètent le Code civil, affaiblissant en même temps le monopole du législateur (1)⁴⁹. Deuxièmement, en s'appuyant sur la notion du droit naturel à contenu variable ou du droit naturel évolutif, les jusnaturalistes défendent la personnalité des individus devant la transformation sociale (2).

⁴⁶ J. H. von Kirchmann, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft: ein Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin*, Berlin, Springer, 1848, p. 23.

⁴⁷ C'est une interprétation que Rainer Maria Kiesow a exprimé dans sa conférence à Pékin, le 18 avril 2016.

⁴⁸ G. Del Vecchio, « L'idée d'une science du droit universel comparé », *RCLJ*, 39, 1910, p. 486-505.

⁴⁹ Voir R. Saleilles, « L'École historique et droit naturel », *op. cit.* ; F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, Librairie Marescq Ainé, 1899.

1) Le pouvoir d'interprètes défendu par l'histoire législative

Au cours de la première moitié de la Troisième République, de nombreuses réformes législatives en matière de droit civil ont été réalisées, faisant paraître moins urgente la révision totale du Code civil. Pourtant, au moment où les réformes ont été proposées, et pendant la période où elles ont été discutées, critiquées ou défendues, une des questions essentielles est de savoir comment les juristes, par leurs propositions en qualité de consultants des gouvernants ou d'interprètes des textes, peuvent répondre aux demandes venant de la société⁵⁰. La doctrine civiliste du « moment 1900 » se distingue des phases antérieures en raison des considérations accordées aux rôles sociaux et aux situations économiques des individus, sinon par la thèse de la socialisation du droit⁵¹.

La liberté de se référer à la justice absolue s'est fondée sur les expériences du pluralisme juridique tant en droit romain qu'en droit ancien et de la mutation du pouvoir judiciaire après l'entrée en vigueur du Code civil. Grâce à la nature normative de l'histoire du droit, les constats des expériences historiques nous proposent aussi les solutions juridiques de problèmes sociaux. Le pouvoir du juge est ainsi élargi et justifié. En même temps, le droit positif en vigueur cesse d'être la seule source du droit. Autrement dit, une contradiction entre le droit et la loi est soulignée.

Si le droit ne doit pas être confondu avec la loi, d'autres systèmes normatifs, la jurisprudence, la coutume, mais aussi la conscience juridique exprimée devant la justice ou dans la pratique quotidienne, existent et sont susceptibles d'être sanctionnés par la force organisée. Ceci nous conduit à la théorie de François Gény. En 1899, dans son chef-d'œuvre *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, il défend non seulement un

⁵⁰ Voir F. Audren, « Les professeurs de droit, la République et le nouvel esprit juridique », *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, n° 29-1, 2011, p. 7- 33 ; F. Audren et P. Rolland, « Enseigner le droit dans la République », *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, n° 29-1, 1 octobre 2011, p. 3- 6.

⁵¹ Pour donner quelques exemples : L. Josserand, *De l'Esprit des droits et de leur relativité théorie dite de l'abus des droits*, Paris, Dalloz, 1927 ; J. Charmont, « La socialisation du droit », *Revue de métaphysique et de morale*, 11-3, 1903, p. 380- 405 ; M. Deslandres, « Les travaux de Raymond Saleilles sur les questions sociales », in R. Beudant, H. Capitant et Ed. Thaller (éd.), *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, Arthur Rousseau, 1914, p. 241- 273 ; E. Glasson, *Le code civil et la question ouvrière*, Librairie Cotillon, 1886 ; L. Durand, *Le Crédit agricole en France et à l'étranger*, Paris, Chevalier-Marescq, 1891 ; Voir aussi N. Hakim, « Socialisation du droit et romantisme juridique : autour d'une controverse entre Julien Bonnecase et Paul Cuche », in *De la terre à l'usine : des hommes et du droit. Mélanges offerts à Gérard Aubin*, Paris, PUF, 2014, p. 139- 174 ; F. Audren et C. Fillon, « Louis Josserand ou la construction d'une autorité doctrinale », *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1, 2009, p. 39- 76.

pluralisme juridique qui fait entrer la jurisprudence, la coutume et la doctrine dans le cadre des « sources du droit »⁵², mais il s'appuie aussi sur la notion du droit naturel comme le fil directeur de la libre recherche scientifique⁵³. Le postulat selon lequel la législation était la seule source légitime du droit étant remis en cause, le rôle du droit naturel devient plus visible dans la pratique, c'est-à-dire dans la recherche d'une solution dans les contentieux.

La valorisation d'autres sources du droit est faite chez Gény par les arguments historiques. En recourant à l'histoire du Code civil et de ses interprétations, il nous montre quatre oppositions : la libre recherche scientifique contre la méthode dite exégétique, la véritable notion de la codification contre la notion révolutionnaire, les rédacteurs du Code civil contre le législateur de la fin du XIX^e siècle, et finalement le droit contre la loi.

La méthode « exégétique » ou « traditionnelle », aux yeux du jeune professeur de Dijon, consiste en deux hypothèses principales : premièrement, la nature de la science juridique n'est que la déduction logique de textes exprimant la volonté du législateur⁵⁴ ; deuxièmement, l'ensemble des lois fournit un système complet et cohérent⁵⁵. Sa propre méthode, l'alternative de la méthode « exégétique », est nommée la libre recherche scientifique du droit. En se libérant de l'exégèse, sa méthode se définit comme « libre » ; en se chargeant de la recherche de données objectives et réelles, elle est « scientifique »⁵⁶. Les raisons d'être de ces méthodes se trouvent rétrospectivement dans deux notions différentes de la codification.

⁵² Voir notamment J. Boulaire, « F. Gény et le législateur », in N. Hakim et F. Melleray (éd.), *Le renouveau de la doctrine française : les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Paris, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2009.

⁵³ Nous ne pouvons que citer certaines études consacrées explicitement à la théorie du droit naturel de Gény : M. Villey, « F. Gény et la renaissance du droit naturel »..., *op. cit.* ; O. Cayla, « L'indicible droit naturel de F. Gény », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 6, 1988, p. 103- 122 ; W. Penfold, « An ineluctable minimum of natural law François Gény, Oliver Wendell Holmes, and the limits of legal skepticism », *History of European Ideas*, 37-4, 2011, p. 475- 482. Néanmoins, il n'est peut-être pas totalement inutile d'insister ici que la fonction du droit naturel reste modeste dans *Méthode et sources* : « 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. » F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique tome II*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1899, vol. II/II, p. 104.

⁵⁴ F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1899, Tome I, p. 55-56.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 56-59.

⁵⁶ Voir B. Frydman, « Le projet scientifique de F. Gény », in C. Thomasset (éd.), *F. Gény, mythe et réalités, 1899-1999*, Paris, Yvon Blais, 2000, p. 213-231.

L'exégèse a pour origine l'idéologie de la Révolution française. L'Assemblée constituante tend à la législation « complète, souveraine, suffisante à tout »⁵⁷. Cette notion de la codification, transformée en principe de séparation des pouvoirs imposé par le décret organique des 16-24 août 1790, tend à accorder au législateur non seulement le pouvoir d'établir les règles, mais aussi celui de les interpréter en cas d'incertitude. Reposant sur les dispositions de ce décret, le référé législatif mise en œuvre par les instruments législatifs postérieurs ne laisse aux juges que la possibilité d'appliquer passivement les législations⁵⁸. Pourtant, après de nombreuses révisions et modifications, la loi du 1^{er} avril 1837 autorise finalement l'interprétation purement judiciaire⁵⁹, en accordant une autorité aux arrêts de la Cour de cassation. D'après Géný, l'échec du référé législatif résulte précisément de sa prétention à la séparation des pouvoirs qui, paradoxalement, confère au législateur le rôle qui aurait dû être exercé par l'autorité judiciaire⁶⁰. Aussi présente-t-il les développements historiques de la Cour de cassation comme un processus au cours duquel le pouvoir judiciaire devient de plus en plus actif et autonome en matière d'interprétation⁶¹. Ainsi, l'histoire même de la pratique juridique ne soutient ni la démarche exégétique, ni la notion révolutionnaire de la codification. Au contraire, elle établit la rationalité d'une notion alternative qui accorde aux interprètes la force créatrice de normes, celle exprimée par les rédacteurs du Code.

On constate ici ainsi une contradiction entre les rédacteurs du Code Napoléon et le législateur : tandis que les premiers sont l'incarnation de la prudence, de la raison, de l'autorité, et surtout de la connaissance correcte de la relation entre la législation et la justice, le second représente souvent la défaillance, l'incertitude, et l'inconscience de sa propre capacité, de son pouvoir, et même de sa volonté⁶².

La contradiction entre les rédacteurs du code et le législateur se traduit ensuite par une autre contradiction qui oppose la raison et la volonté politique arbitraire. Le signe spécifique de la loi écrite, chez Géný, « ne réside pas dans la nature ou l'origine dernière de son contenu, qui se rencontrent identiques pour toutes règles juridiques quelconques, mais seulement dans la forme, qui lui assigne l'autorité, précise et concrète, c'est qu'elle représente, relativement à

⁵⁷ F. Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif...*, *op. cit.*, p. 77.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 77-84.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 87, 95-96.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 87.

⁶¹ *Ibid.*, p. 88-97.

⁶² *Eg. Ibid.*, p. 118, 141, 301-303.

la règle de droit qu'elle consacre, la volonté d'un organe social déterminé, coulée dans une formule verbale, qui en fixe les contours et en définit le contenu pour l'imposer à tous »⁶³. Au contraire, en citant le *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* paragraphe après paragraphe, il conclut que les grands civilistes sont parfaitement conscients que la législation ne peut prévenir toutes les situations qui appellent un jugement, et que l'interprétation est donc inévitable⁶⁴. En s'appuyant sur l'article 4 du Code ainsi que les explications des rédacteurs de cet article, il remet en question les prétentions des légistes : comme le juge doit résoudre tous les problèmes juridiques, « malgré le silence absolu, l'obscurité invincible, ou l'insuffisance éclatante de la loi »⁶⁵, il doit aussi dépasser l'interprétation des textes et formuler « le droit positif » en parcourant les autres sources.

Cette notion de la codification qui admet l'insuffisance du Code et qui habilite les juges à chercher les normes dans les autres sources nous amène dans le cadre de la libre recherche scientifique : « le juge, appelé à dire le droit, en suppléant le défaut ou les lacunes des sources formelles, et par conséquent, tout interprète du droit positif, doit compter avec les inspirations de la raison et de la conscience, pour scruter le mystère du juste, avant de descendre à l'examen de cette nature des choses positive, qui précisera son diagnostic et mettra en œuvre les principes rationnels »⁶⁶. Ce faisant, quand une lacune du droit se présente, les interprètes ne prennent pas la place du législateur, mais celle des codificateurs, car l'obligation n'est pas de décider ce qu'est la volonté politique, mais de comprendre l'exigence de la justice. Par conséquent, celui qui emploie la méthode rénovatrice de Gény aborde finalement la question de la *lex ferenda*.

Jusque-là, dans le chef-d'œuvre de Gény, le passé du droit positif sert à justifier la méthode qui envisage l'avenir du droit. Le droit n'est pas l'ensemble des législations en vigueur. Il comprend aussi les exigences de la justice, sous la forme de la jurisprudence, de la coutume, ou de la doctrine. Cette notion de la séparation entre le droit et la loi n'est pas neutre. Sa signification politique est claire. À l'arrière-plan se trouve d'abord la question du pouvoir : à qui appartient l'autorité de créer le droit ? Au législateur tout seul ou aux interprètes ? Les

⁶³ *Ibid.*, p. 241.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 95-103. Nous pouvons citer le fameux *Discours préliminaire* de Portalis, mais aussi les présentations au Conseil d'État par Portalis, par Tronchet ou par Bigot-Préamuneu.

⁶⁵ F. Gény, *La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle : discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de l'université de Dijon le 8 novembre 1900*, Dijon, Librairie L. Venot, 1901, p. 9.

⁶⁶ F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif...*, *op. cit.*, p. 100.

participants à la mise en place des doctrines civilistes à la Belle Époque, notamment Beudant, Génny, Planiol, mais aussi Ripert, partagent la tentative de « sauvetage du vieux droit civil individualiste et libéral »⁶⁷, malgré les nuances et la concurrence dans le champ doctrinal⁶⁸. Les interprètes se trouvent donc face à une tension : sauvegarder une des conceptions libérales du droit civil, tout en l'adaptant à la société industrialisée où ces principes sont remis en cause⁶⁹. La notion du droit naturel au contenu variable montre dans cette situation sa valeur pratique. La partie suivante examinera la contribution de cette notion bénéficiant de l'historicité.

2) Un pouvoir d'interprète défendant les libertés individuelles

Le pouvoir d'interprète élargi autorise les juristes à créer de nouvelles normes, à défaut d'un nouveau Code. Il suffit donc de découvrir les principes nés dans la société industrialisée et de s'en inspirer pour interpréter le droit. Le progrès social constaté par l'observation des faits n'est pas justifiable en soi. Les changements sociaux sont réalisés par le droit. Les mutations du droit ne doivent pas simplement être le résultat du progrès social : elles doivent diriger le progrès social. Georges Platon, bibliothécaire à la Faculté de droit de Bordeaux, exprime l'opposition à la notion de marche spontanée mieux que quiconque, en faisant le compte-rendu des *Principes du droit public* de Hauriou, pour qui le plus important est que les transformations sociales, dont nous ignorons la direction, se réalisent dans l'ordre et la stabilité⁷⁰. Contrairement à lui, l'idée de la direction paraît plus essentielle pour Platon dans la recherche de progrès social. Il insiste donc qu'« il n'est pas vrai qu'à aucun point de vue...on

⁶⁷ J. Boulaire, « F. Génny et le législateur »..., *op. cit.*

⁶⁸ Voir C. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Le contrat au début du XXIème siècle*, Paris, LGDJ, 2001, p. 441- 472. Ce consensus ne les empêche pas d'adopter pour chacun une démarche méthodologique différente. Si, chez Planiol, on constate une continuité apparente face aux auteurs de premiers tiers du XIX^e siècle, de même qu'une évidente réserve à entrer dans les débats doctrinaux concernant la famille et la propriété, la fameuse controverse entre Génny et Ripert à propos du droit naturel nous rend cette différence manifeste.

⁶⁹ L'arrêt de *Teffaine* reste un exemple classique. Voir Cass. Civ., 16 juin 1896.

⁷⁰ « Le mouvement des transformations sociales est un mouvement d'ensemble. Nous ne savons pas la direction de ce mouvement d'ensemble ; mais quelle que soit la direction, il est bon que la troupe qui marche, marche en ordre. La seule chose qui importe c'est qu'elle marche en ordre. Et cet ordre, dans la troupe sociale en marche, c'est ce que nous appelons la stabilité. » M. Hauriou, *Principes de droit public*, Dalloz, 1910, p. 7 ; Cité par J. Platon, *Pour le droit naturel : à propos du livre de M. Hauriou : Les principes du droit public*, M. Rivière et cie, 1911, p. 10.

puisse se résigner à ne pas savoir où l'on va⁷¹. » Cette direction, ainsi qu'un certain ordre préétabli, sont déjà impliqués par la notion de droit⁷².

Les principes juridiques rationnels ont donc le dernier mot. Les constats abstraits rationalisant le Code de 1804, cependant, ont été remis en question devant le tribunal social. Le sens de l'évolution dans le langage jusnaturaliste jouait ainsi un rôle important, en rendant possible la mise à jour du contenu du droit naturel en fonction des nouvelles situations sociales. Un droit naturel à contenu variable est donc sollicité pour que les juristes sachent quelle sorte de « progrès » doit légitimement être inclus dans le droit⁷³.

Le contenu du droit naturel, « variable », bien entendu, met toujours l'accent sur les libertés individuelles. Les auteurs de ces discours ont été en premier lieu mobilisés par la nécessité de modifier le sens des lois avant qu'il ne soit trop tard. Julien Bonnecase, ardent opposant à l'universalisme juridique, remarque cette perspective de la renaissance du droit naturel : « L'élite intellectuelle d'un pays admet pendant tout un siècle, au milieu des bouleversements qui se produisaient dans tous les domaines et en face des progrès sans précédents réalisés par toutes les sciences, que la vie des sociétés doit, pour être normales, se laisser guider par un principe supérieur de Droit »⁷⁴. Quels que soient les mots employés pour exprimer ce principe, il réfute d'accepter la supériorité de la société vis-à-vis de ses membres.

L'intention des civilistes de sauvegarder les libertés individuelles face à la société qui se transforme s'exprime par le succès d'un ouvrage incontournable de l'époque, *Le droit individuel et l'État* de Charles Beudant. Ce livre très concis est considéré comme l'« ultime effort d'un juriste libéral pour rappeler la philosophie du droit à la tradition jusnaturaliste de 1789 »⁷⁵. Il s'intègre à la renaissance du droit naturel pour proposer une thèse largement acceptée : le but du droit n'est pas l'évolution de la collectivité, mais les libertés des individus. Déjà Cauwès lui accorde une place primordiale dans sa notice nécrologique⁷⁶. Tout au long de la Troisième République, il ne cesse de réapparaître dans plusieurs études comme une autorité

⁷¹ J. Platon, *Pour le droit naturel...*, *op. cit.*, p. 125.

⁷² *Ibid.*, p. 11.

⁷³ R. Saleilles, « L'École historique et droit naturel »..., *op. cit.*

⁷⁴ J. Bonnecase, « La notion de droit en France au XIXe siècle: contribution à l'étude de la philosophie du droit contemporain », *RGD*, 39, 1915, p. 327- 344.

⁷⁵ T. Pouthier, *Droit naturel et droits individuels en France au dix-neuvième siècle*, Université Panthéon-Assas, Paris, 2013, p. 446.

⁷⁶ P. Cauwès, *Charles Beudant : notice nécrologique...*, *op. cit.*, p. 7.

doctrinale ou une position de départ⁷⁷. Cet ouvrage sous forme de brochure doit avoir, selon Cauwès, pour but essentiel de « déterminer le fondement du droit »⁷⁸. La volonté de Beudant, auteur républicain modéré, ne consiste pas à renoncer à toutes les interventions de l'État. Pourtant, dans la diffusion de ce texte, le danger du socialisme mis en lumière par Beudant est plus souvent souligné⁷⁹. Ce dernier trouvant le fondement du droit dans les libertés individuelles, un auteur comme Boistel réinvestit sa thèse pour s'ériger « contre le despotisme de l'État, contre les abus de l'Étatisme »⁸⁰. De même, Géný s'appuie à plusieurs reprises sur l'autorité de Beudant. Il hérite de ce dernier non seulement l'idée, exprimée dans *Le droit individuel et l'État*⁸¹, que la connaissance subjective est nécessaire à la science, mais il emprunte aussi à Beudant la force créatrice de la coutume reconnue dans son *Cours de droit civil français*⁸².

Finalement, dans son ouvrage qui décrit comme une « renaissance du droit naturel » l'ensemble des mutations théoriques du tournant du siècle, Jules Charmont perçoit dans l'ouvrage de Beudant l'« affirmation et justification du droit naturel »⁸³. Cette thèse est volontiers acceptée par Géný et Bonnacase, dans leurs comptes-rendus des doctrines françaises qui soutiennent le droit naturel⁸⁴.

Ainsi la thèse de Beudant concernant la méthode sociologique, les libertés individuelles et le droit naturel s'intègre-t-elle dans la doctrine française. Dans les discours des juristes face

⁷⁷ Eg. M. Djuvara, *Le fondement du phénomène juridique : quelques réflexions sur les principes logiques de la connaissance juridique*, Paris, Sirey, 1913, p. 44 ; F. Larnaude, *Les sciences juridiques et politiques*, Paris, Larousse, 1915, p. 48 ; H. Lévy-Ullmann, *Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, Recueil Sirey, 1917, p. 2, 35- 40.

⁷⁸ P. Cauwès, *Charles Beudant : notice nécrologique...*, *op. cit.*, p. 7.

⁷⁹ Voir notamment G. Bry, *Mémoire sur l'idée d'un droit naturel et de son rôle dans la législation positive*, Paris, Imprimerie nationale, 1901, p. 14. « Le droit individuel disparaît donc, et l'État se trouve investi d'un pouvoir sans limite. »

⁸⁰ A. Boistel, *Cours de philosophie du droit : professé à la Faculté de droit de Paris*, Paris, A. Fontemoing, 1899, vol.II, p. 161.

⁸¹ F. Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif...*, *op. cit.* Tome II, p. 100.

⁸² F. Géný, *Ibid*, p. 37- 38.

⁸³ J. Charmont, *La renaissance du droit naturel*, Paris, Masson, 1910, p. 57.

⁸⁴ Géný range Beudant parmi les autres « jusnaturalistes » français comme Lerminier, Jouffroy, Belime, Oudot, Franck, Renouvier, Boistel, Rothe, Beaussire, Vareilles-Sommières, Beudant et Pinard. F. Géný, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Sirey, 1915, vol. IV/II, p. 276- 277 ; Bonnacase le nomme parmi les « auteurs plus autorisés », Cf. J. Bonnacase, « La notion de droit en France au XIX^e siècle : contribution à l'étude de la philosophie du droit contemporain », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 39, 1915, p. 327- 344.

à l'enjeu disciplinaire, l'idée des principes qui séparent le bien du mal est mobilisée pour défendre leur science normative. Tel est aussi la critique chez Gény des tendances qui, d'après lui, « poussées à l'extrême...aboutissent à la domination du fait sur le droit même, ou, du moins, à l'étouffement de toute formation consciente et réfléchie de règles juridiques par la suprématie absorbante du droit spontané et inconscient »⁸⁵. Un tel usage du droit naturel n'est pas seulement présent dans les écrits de Beudant et des auteurs qui se réfèrent explicitement à lui, mais aussi dans les ouvrages où son nom reste inconnu.

Nous voyons ainsi que la popularité du « progrès social » est concurrencée par la mise en valeur des libertés individuelles. La renaissance du droit naturel d'un côté, la réélaboration de cette notion pour y ajouter un sens de l'évolution de l'autre côté, expriment la peur de l'étatisme et du socialisme. Après avoir énuméré les changements mis en œuvre par la jurisprudence récente dans le domaine des obligations, Charmont conclut que la liberté des interprètes sera suffisante pour corriger l'injustice causée par l'inégalité, ce qui rend la modification des lois superflue⁸⁶. Mais la tendance la plus profonde de sa thèse relative à la socialisation est annoncée juste après : le progrès ne saurait être réalisé par une législation du prolétariat⁸⁷. Ainsi, il est clair que l'usage du droit naturel a un projet politique particulier. Il se constitue en instrument discursif grâce auquel les juristes s'autorisent à défendre la valeur des individus. Pour ce faire, le pouvoir des interprètes et la notion muable du droit naturel sont également indispensables. Dans ce sens, l'histoire du droit a contribué, même indirectement, à la formation du noyau politique des discours jusnaturalistes sous la Troisième République.

Conclusion

La science juridique se trouvait entre la critique sociologique et la critique sociale. Alors se produisit l'étrange mariage du droit naturel et de l'histoire du droit. En fournissant le critérium de ce qui devrait être, le droit naturel résout à la fois deux questions : en science, il satisfait le besoin de constater l'idée de la justice dans l'état d'esprit ; et en pratique, il sélectionne les progrès « justes » parmi tous les progrès spontanés. Mais l'idée même d'un système juridique idéal et universel était remise en question par le positivisme. La méthode

⁸⁵ F. Gény, *La notion de droit positif à la veille du XX^e siècle : discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de l'université de Dijon le 8 novembre 1900*, Dijon, Librairie L. Venot, 1901, p. 23.

⁸⁶ J. Charmont, « La socialisation du droit »..., *op. cit.*

⁸⁷ *Ibid.*

historique, qui fournit un outil pour intégrer dans la théorie du droit les observations des faits, devient ainsi importante. L'évolution et la nature éphémère des affaires humaines exigent ensuite une mutation interne du droit naturel. La notion du droit naturel au contenu variable est introduite précisément dans ce contexte. Le rencontre de cette notion et de la libre recherche scientifique permettront aux jusnaturalistes de sauvegarder la compréhension largement conservatrice du droit civil dans les bouleversements socio-politiques. Ceci dit, nous ne nions néanmoins pas que les critiques sociales du droit incitent les jusnaturalistes à « socialiser » la notion de la justice, c'est-à-dire prendre en compte les situations individuelles de chacun⁸⁸.

Pour conclure, la renaissance du droit naturel ne nous apparaît pas comme un résultat naturel de l'intérêt montant envers l'histoire du droit, mais le regard sur la science du droit vers la fin du XIX^e siècle nous laisse voir une collaboration entre les deux disciplines. Cette collaboration a créé un vocabulaire, un modèle d'argumentation, ou une possibilité linguistique qui permet aux juristes de sauvegarder leur place dominante malgré les sciences sociales montantes et le pouvoir législatif élargi.

⁸⁸ E. Lévy, *Introduction au droit naturel*, La Sirène, 1922 ; É. Blanc, *La question sociale, principes les plus nécessaires et réformes les plus urgentes : conférence aux Facultés catholiques de Lyon ; suivie d'une Esquisse d'un programme électoral ; et de l'Examen de quelques opinions économiques*, Paris, V. Lecoffre, 1891 ; A. Michel, *La question sociale et les principes théologiques : justice légale et charité*, Paris : G. Beauchesne, 1921 ; M. Deslandres, « Les travaux de Raymond Saleilles sur les questions sociales »..., *op. cit.*