



HAL
open science

Les programmes scientifiques des revues juridiques des XIXe et XXe (et XXIe) siècles

Michel Boudot

► **To cite this version:**

Michel Boudot. Les programmes scientifiques des revues juridiques des XIXe et XXe (et XXIe) siècles. Jean-Marie Augustin; Véronique Gazeau. Coutumes, doctrine et droit savant, LGDJ, pp.307-318, 2007, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 978-2-275-02785-2. hal-04312625

HAL Id: hal-04312625

<https://hal.science/hal-04312625>

Submitted on 28 Nov 2023

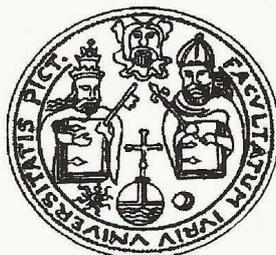
HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License

Université de Poitiers
COLLECTION DE LA FACULTÉ DE DROIT
ET DES SCIENCES SOCIALES



Coutumes, doctrine et droit savant

Sous la responsabilité de
Véronique GAZEAU
Jean-Marie AUGUSTIN

Poitiers 20-21 octobre 2006

LGDJ

LES PROGRAMMES SCIENTIFIQUES DES REVUES JURIDIQUES DES XIX^e ET XX^e (ET XXI^e) SIECLES

Michel BOUDOT

Maître de conférences à l'Université de Poitiers.

La littérature juridique n'est pas figée ; ces genres évoluent, parce que les concepts changent, parce que l'usage des concepts change, parce que les juristes cherchent ; parce que parfois ils trouvent, de nouvelles méthodes et de nouveaux modes d'exposition du droit savant.

En France, à partir du début du 19^e siècle, le mouvement des idées va s'unir à la revue savante ; et pour justification de ce nouveau genre littéraire, les fondateurs des revues rédigeront des discours programmatiques en prolégomènes de leurs volumes inauguraux. Formellement, ces premiers numéros contiennent presque toujours un *avertissement* au lecteur¹, une *présentation* ou une *préface*², un *éditorial*³, des repères⁴, une *introduction* ou un

¹ *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 1877, n.1, pp. 5-8 « Avertissement » ; *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1948, n.1, « Avertissement » par J. E. (Jean ESCARRA) ; *RHD* troisième série, 1877, « Avertissement de la rédaction » ; *Revue trimestrielle de droit européen*, 1965, n.1, « Avertissement » par R. H. et Cl. A. C. (Roger HOUIN et Claude Albert COLLIARD).

² *Revue générale des assurances terrestres*, 1930, p. V-VII, « Préface ».

³ *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1936, n.1, « éditorial » par L. HUGUENEY et H. DONNEDIEU DE VABRES ; *Revue des contrats*, 2003, n.1 « Editorial » par D. MAZEAUD et T. REVET ; *Cahiers du droit du sport* 2005, n°1 par J.M. MARMAYOU et F. RIZZO ; *Revue Lamy droit des affaires*, n.1, janv. 2006, « Une nouvelle formule au service de la pratique du droit des affaires », par J. VASA.

⁴ *Communication et commerce électronique*, 1999, n.1, « Communication et convergence », par X. LINANT DE BELLEFONDS.

article introductif⁵, un *programme* désigné comme tel⁶ ou enfin un article programmatique⁷. A partir de 1804, pour entreprendre l'explication du système du droit civil, les auteurs ont peu de choix ; la prescription générale qui vise l'enseignement du droit est d'étudier le Code civil des Français, devenu Code Napoléon en 1807, dans l'ordre, puisque c'est sur cet ordre que repose l'architecture du droit commun. Aussi pour satisfaire à cette prescription générale, les premiers professeurs des Ecoles de droit, et les premières œuvres de la littérature juridique napoléonienne adoptent le genre littéraire du *Cours de droit civil*.

« L'unité de législation établie par le Code Napoléon, est un avantage inestimable pour la France ; mais pour en obtenir la jouissance toute entière, nous devons avoir soin de nous dégager de beaucoup d'anciens préjugés ... C'est donc dans le Code Napoléon qu'il faut étudier le Code Napoléon. Le comparer avec lui-même et avec les autres Codes qui l'ont suivi, pour nous en pénétrer ; le comparer avec lui-même en l'enseignant aux autres⁸ ».

Voilà bien une proposition pour une exégèse nécessaire. En vérité, les années de l'Empire ne sont pas encore l'heure de créer des revues scientifiques, et les recueils de jurisprudence ne se nourrissent d'aucune ambition doctrinale ; toutefois, apparaissent des revues à destination des praticiens : des compilations des arrêts des cours d'appel, et des journaux à l'usage des professions juridiques [*Journal des notaires* (1808)], [*Journal des avocats*, qui fusionnera en 1815 avec la précédente], [*Journal de jurisprudence commerciale et maritime*, 1820].

⁵ *Revue étrangère de législation et d'économie politique*, 1834, n.1, « Du système et de l'objet du Journal », par F. (FOELIX), pp. 1-7 ; *Revue critique de jurisprudence* 1851, « But et objet de la revue » ; *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1853, tome 3, sans titre, par F. HELIE ; *Revue de législation ancienne et moderne, française et étrangère*, 1870, n. 1 « Introduction », par E. LABOULAYE ; *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet)*, tome 1, 1874, « Introduction » par Ch. DEMANGEAT, pp. 7-16 ; *Revue des sociétés*, 1883, n.1 « Introduction – Ce que doit être un recueil de jurisprudence », par A. VAVASSEUR ; *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, 1905, tome 1^{er}, « Introduction » par LAINE.

⁶ *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1894, n.1, « Notre programme » par LARNAUDE, pp. 1-14.

⁷ *Revue de législation et de jurisprudence (revue Wolowski)*, 1835, tome 1^{er}, « De la nécessité de réformer les études historiques applicables au droit français », par TROPLONG ; *Revue historique de droit français et étranger*, 1855, tome 1^{er} « De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir », par E. LABOULAYE ; *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, n.1, « La jurisprudence et la doctrine », pp. 5-19 par A. ESMEIN.

⁸ Par exemple, PROUDHON, *Cours de droit français sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire*, 1810, préface, p. XII.

En vérité encore, la connaissance du droit est dans le Code et dans les ouvrages qui l'exposent et qui transmettent sa philosophie, elle n'est surtout pas dans la jurisprudence des arrêts⁹ ;

« Quant aux arrêts, je ne suis pas de l'avis de ceux qui pensent qu'il est inutile de s'en occuper et qu'un arrêt n'est bon que pour celui qui l'obtient (...) mais je ne pense pas non plus qu'il suffise, comme cela a lieu dans quelques ouvrages, de donner la date d'un arrêt pour toute réponse à une question ».

Mais loin de la caricature, l'étude du droit civil et de la philosophie du Code, essentiellement jusnaturaliste, est exposée dans les traités des lois des premiers commentaires consistants¹⁰. Et même après 1814, le Code civil n'est pas perçu comme ayant été imposé par l'*Usurpateur*, pas plus que comme un système complet et suffisant ; le Code civil de 1804 va être sondé, interrogé, analysé à la lumière des anciennes ordonnances et des coutumes, des lois romaines, des jurisconsultes et des philosophes, et à travers les travaux préparatoires et les textes constitutionnels. Ce programme pour l'étude du droit français va être appliqué dès 1810 et pendant tout le 19^e siècle, non par des Ecoles d'exégètes mais par des écrivains, individuellement, et dont la forme du discours sera en premier lieu le commentaire, article par article. Ce n'est qu'en second lieu, parce que le commentaire ne suffira plus à exprimer les progrès de la science que la littérature juridique va se doter d'un genre nouveau, celui de la revue savante. Il faudra attendre l'année 1819 et la *Thémis* fondée par Jourdan, Blondeau et Dufrayer¹¹ pour que soit annoncé un premier programme d'étude critique du système du Code civil, pour une réflexion qui s'armera des progrès et des méthodes de l'histoire, de l'examen des législations étrangères, mais aussi de l'analyse concrète, sinon sociale, sinon sociologique de l'application du système du Code dans la jurisprudence des arrêts. La Revue étrangère fondée par Foelix en 1835, la Revue de législation et de jurisprudence fondée par Wolowski la même année, et la revue critique de jurisprudence créée par Marcadé, Demolombe et Pont en 1851 donneront le ton de cette perspective (I). Il faut croire que cette perspective critique aura obtenu quelques résultats immédiats. Dès les années 1830, l'influence grandissante de la méthode historique en législation résonne dans les revues savantes pour la compréhension d'un système plus global du droit, qui dépasserait le seul droit civil français, qui s'élaborerait autour du droit romain ; ce programme d'une

⁹ DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, Paris, 1819, Avertissement, p. vj.

¹⁰ TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code Napoléon*, Rennes, 1811.

¹¹ Voy. BONNECASE, *La Thémis* (1819-1831), Son fondateur, Athanase Jourdan, Sirey, 2^e éd., 1914, p. 166.

systematisation d'un droit commun législatif pour reprendre l'expression utilisée plus tard par Edouard Lambert, est rédigé par Laboulaye en entame de la Revue historique en 1855. L'invention du droit comparé suivra (II).

Pendant ce temps, la Cour de cassation grandit, le Conseil d'Etat devient une véritable juridiction, et la jurisprudence des arrêts mûrit, et le système du droit civil se dédouble ; d'un côté, le Code conserve sa symbolique référentielle, d'un autre la jurisprudence apparaît de plus en plus comme un véritable *jurislatureur*. Et le Code vieillit, Faut-il le rénover ? Faut-il profiter des progrès de la science juridique allemande ? Ne vaut-il pas mieux saisir le droit véritable, celui qui est vivant dans la pratique et jurisprudence ? Au tournant du siècle, les revues savantes établiront des programmes d'étude systématique de la jurisprudence, tant de la Cour de cassation que du Conseil d'Etat : ces programmes gouverneront l'activité des juristes du 20^e siècle (III).

Aujourd'hui, le système du Code a volé en éclat ; décodifié par le Législateur, déconstruit par le système occulte des *grands arrêts*. Nous avons en France un *case law* à la place d'un Code. Les nouvelles revues juridiques toutes spécialisées (le droit civil est aussi une spécialité) dégagent des axes de recherche thématiques pour trouver son chemin dans le labyrinthe de la connaissance des lois spéciales françaises et internationales, pour la connaissance de l'actualité des décisions de justice, pour l'étude du droit dé – systématisé (IV)

Au cours des 19^e et 20^e siècles ce sont quatre types de programmes qui vont apparaître, presque successivement, en entame des Revues : d'abord, des programmes d'étude critique du système du Code civil, puis des programmes d'une systématisation d'un droit commun législatif, vers la constitution du droit comparé, des programmes d'étude systématique de la jurisprudence, et enfin des programmes pour l'étude du droit dé – systématisé

I - programmes d'étude critique du système du Code civil

Dans cette perspective, la revue *Thémis*, (et ensuite la revue Foelix et la revue Wolowski), vont explicitement suivre le chemin tracé par Savigny qui entreprend de publier de son *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* en 1815. Le but de Jourdan est de faire connaître en France la littérature allemande dont la teneur avait été oubliée depuis Heineccius. Pendant que la France faisait sa Révolution politique, une révolution scientifique a eu lieu outre Rhin et la *Thémis* se donne pour mission de la faire connaître ; leurs nouveaux auteurs seront traduits et publiés.

Le programme critique de la *Thémis* est élaboré pour avancer vers la perfection de la science et « contribuer au progrès de la législation » ; sous-entendu, notre système n'est pas parfait, et reste à parfaire¹². Résolument, la revue se veut l'organe de la méthode historique. Le premier article de la Revue poursuit l'exposé : il est signé Warnkoenig et est consacré à l'état actuel de la science du droit en Allemagne¹³. Ce même auteur assurera la continuité des fondateurs de la *Thémis* dans les revues savantes qui la suivront¹⁴. On se souviendra que cette pensée d'une mise en concurrence de la science et du Code aura pour Jourdan des conséquences académiques désastreuses, puisqu'il échouera toujours dans sa quête d'une chaire de professeur contre des candidats qui surent montrer plus de foi et d'hommage au système de l'enseignement du Code. Jourdan mourra en 1826. La revue cessera de paraître en 1831¹⁵.

En 1835, la revue Foelix et la revue Wolowski font renaître le genre encore neuf de revue savante. Foelix fonde la *Revue étrangère de législation et d'économie politique*. Le programme « Du système et de l'objet du Journal » noue sa trame autour d'un axe essentiel ; le combat de la science contre le nationalisme français.

« Les études législatives, condamnées par je ne sais quel pédantisme national à s'arrêter aux limites d'un code, n'avaient osé franchir cette démarcation imaginaire, et s'étendre dans le domaine des études générales ; comme si les productions étrangères avaient été des conceptions barbares dont il fallut éviter le contact, et auxquelles on dût refuser la terre et l'eau. La France surtout doit se reprocher cette faute ».

Troublante actualité ! Pour mener cette opposition contre l'autosatisfaction et les pratiques suivistes de ce qu'il considère comme la doctrine dominante, Foelix propose de redonner au droit français sa dimension internationale ; non pas en proclamant l'omniscience du Législateur, mais au contraire en cherchant à expliquer le système du Code à la lumière des autres systèmes nationaux. Ce programme anti-nationaliste, et internationaliste, ne vise pas à déconstruire le système du Code mais au contraire à le perfectionner, en le situant dans une dynamique temporelle complexe historico – comparatiste. Mais Foelix n'est pas un théoricien, il n'a pas de prétention systématique, il ne propose pas un

¹² JOURDAN, « Plan de l'ouvrage », *Thémis, ou bibliothèque du jurisconsulte* 1, 1819, p. 5 ; voy. aussi le programme tel que rapporté par BONNECASE, *La Thémis* (1819-1831), p. 168.

¹³ WARNKOENIG, « De l'état actuel de la science du droit en Allemagne et de la révolution qu'elle y a éprouvée dans le cours des trente dernières années », *Thémis*, I, pp. 7-24.

¹⁴ WARNKOENIG, « De la science du droit en Allemagne depuis 1815 », *Revue Foelix*, t. VIII, p. 25 ; « Le droit romain en France depuis 1830 », *Revue Wolowski*, t. V, p. 337.

¹⁵ REMY, « La 'Thémis' et le droit naturel », *Rev. d'histoire des facultés de droit*, 1987, n.4, p. 145.

nouveau système à côté de celui du Code ; il cherche à développer celui qui existe déjà : son programme vise immédiatement la constitution d'un droit international des relations privées, à partir du Code. Foelix s'appliquera le programme de sa Revue en rédigeant le premier véritable traité de droit international privé du 19^e siècle¹⁶. On notera aussi que Duvergier et Valette, les deux autres directeurs de la Revue étrangère, continueront de leur côté, l'un l'œuvre de Toullier¹⁷, l'autre celle de Proudhon¹⁸.

Wolowski fonde, aussi en 1835, la *Revue de législation et de jurisprudence* en s'entourant de collaborateurs prestigieux¹⁹. La revue ne débute pas par un discours programmatique explicite mais le premier article publié, et signé de Troplong est une déclaration d'intention : « De la nécessité de réformer les études historiques applicables au droit français ». Et lorsque la *Revue Wolowski* fusionne en 1853 avec la *Revue critique de jurisprudence* de Marcadé, Demolombe et Hélie, les rénovateurs s'expliquent abondamment sur le programme de la revue critique de législation et de jurisprudence. C'est Faustin Hélie qui rédige ce programme : sans abandonner les études théoriques, la revue se tourne vers l'examen de la jurisprudence ; petit couplet sur ce qui distingue un allemand d'un Français :

« En France, surtout, l'étude de la théorie des lois ne séduit l'esprit qu'à la condition d'en apercevoir une application possible. Nous nous arrêtons rarement, comme en Allemagne, à la contemplation de l'idée pure ; nous poursuivons l'idée appliquée ».

En 1853, cette nouvelle revue consacre l'alliance de la dogmatique et des prémisses d'une analyse sociologisante des faits sociaux. Le système du Code doit être expliqué par la théorie mais également par les décisions qui le mettent en œuvre.

« Toute étude juridique repose sur deux éléments principaux : l'histoire, c'est-à-dire la science des faits, et la théorie, c'est-à-dire la science du droit. Il n'y a point d'interprétation réellement doctrinale qui ne s'appuie sur ces deux fondements. La législation, n'est en effet que l'application des règles du droit aux faits sociaux »

¹⁶ Comp. FOELIX, *Traité de droit international privé, ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*, 2^e éd. 1847, préface, p. VIII.

¹⁷ TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code Napoléon*, continué par DUVERGIER, 5^e éd., 1839.

¹⁸ PROUDHON, *Cours de droit français sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire*, 3^e éd., 1842, par VALETTE.

¹⁹ Parmi eux BLONDEAU, TROPLONG, OUDOT, PELLAT, VALETTE, RENOARD, FOUCART, ...

La revue critique de législation et de jurisprudence sera publiée jusqu'à la fin des années 1930. Elle recevra les contributions des plus éminents auteurs, Demolombe, Pont, Troplong et plus tard Planiol ou Ripert. Ces premières revues savantes avaient semé l'esprit de la recherche, les revues qui s'annoncent vont systématiser.

II. programmes pour une systématisation d'un droit commun législatif

La direction était déjà montrée par les premières revues savantes mais ce sont les historiens et romanistes du 19^e siècle à travers les différentes séries de la *Revue historique* qui vont explicitement accomplir les premiers pas vers la constitution du droit comparé en tant que système d'interprétation. En 1855, en entame de la *Revue historique de droit français et étranger*, Laboulaye programme l'avenir de la méthode historique dont la semence a été plantée par les Jourdan, Foelix et Wolowski.

« Nous en sommes à la seconde période, à celle qui, dans toutes les sciences, suit la découverte d'une méthode nouvelle ; nous en sommes à l'application. C'est le moment, sinon le plus brillant, au moins le plus fécond ; celui qui est le mieux fait pour exciter l'écrivain en lui montrant des perspectives sans fin et l'espoir des plus riches moissons»²⁰.

« Nous ne rêvons pas à un même code pour toute l'Europe, non plus qu'une même langue ; mais nous sentons que la part de la diversité se réduisant de jour en jour par le mélange inévitable des peuples, il y aura un fonds commun de législation qui grossira sans cesse, et qu'à ce rapprochement nul ne peut assigner de limites »

« Rapprocher les codes des différentes nations en les simplifiant, c'est l'œuvre du législateur ; montrer quel en est l'esprit commun, dégager l'idée dominante ; c'est l'œuvre du jurisconsulte, et c'est en cela que consiste pour la véritable philosophie du droit, ce n'est pas une science de chimères, ce n'est pas le rêve ingénieux d'un homme qui reconstitue le monde par un effort de sa pensée : la philosophie du droit comme celle des sciences naturelles, c'est la science qui généralise après les observations faites et classées, et remonte ainsi des phénomènes aux principes qui les gouvernent et des faits à la loi ».

²⁰ LABOULAYE, « De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir », *RHD* 1855, pp. 1-23.

Sur la scène de la science du droit, le Législateur fait face aux juristes ; chaque système national fait face à des permanences historiques résultant de conceptions primitives communes à tous les peuples. Pour les fondateurs de la *revue historique*, la méthode historique permettra de mettre au jour et révéler ce fonds commun qui procède de la nature des sociétés humaines. C'est le vœu de trouver en dehors du système du Code un nouveau droit commun, européen et même universel ; *humain* nous dit Laboulaye.

En 1869, ces mêmes ambitions vont être réitérées lors de la création de la société de législation comparée, dans le *Bulletin*, qui deviendra plus tard la Revue de droit international et comparé. C'est encore Laboulaye qui ouvre la première séance de la société aux côtés de Jozon et Bufnoir.

« Mais, quand nous étudions les législations étrangères, nous n'allons pas simplement chercher quelques points de rapprochement plus ou moins intéressants. Nous cherchons les principes qui président à telles lois, nous sommes amenés à étudier la philosophie du droit, à remonter aux principes de notre propre législation ; nous faisons là, tout ensemble, une étude de morale de politique dans le sens élevé du mot, d'économie politique. La comparaison des lois étrangères est une étude de législateur bien plus encore que de juriste ; mais il n'y a de bon juriste que celui qui sait remonter jusqu'à l'esprit des lois. Ces études ont l'avantage d'agrandir l'intelligence ; nous n'étudierons pas de vaine théorie, mais nous rassemblerons des faits, nous les expliquerons. la science du droit doit être, comme la physique ou la chimie, une science positive ».

Le droit romain est le ferment de la science, dira Bufnoir. En vérité, la science du droit comparé dont la Société de législation comparée trace les contours, ne prendra véritablement corps qu'au congrès de Paris en 1900 ; le droit comparé se construit ainsi comme un système savant, outil d'interprétation critique du Code, plus et mieux encore capable de saisir une réalité juridique complexe par la diversité de ses sources.

On retrouvera à divers degrés cette ambition systématisante d'un droit immanent, dépassant le cadre du droit positif dans quelques revues de la fin du 19^e siècle, mais la dimension pratique n'est jamais écartée²¹ ; dans des domaines spécialisés, par exemple pour la constitution d'un droit du commerce international, les propositions de Thaller vont en ce sens :

« Il faudrait en quelque sorte faire la synthèse des dispositions en vigueur dans les autres Etats, et chercher, autant que possible, en mettant de côté tout faux amour-propre d'auteur, à se rapprocher des notions les plus

²¹ Voy. *Journal du droit international privé et de la jurisprudence comparée (Clunet)*, tome 1, 1874, « Introduction » par Ch. DEMANGEAT, pp. 7-16.

communément reçues en Europe ... C'est par-là qu'on s'acheminera vers l'unification du droit du commerce, cette terre promise du droit international, à laquelle il faut tendre résolument, quand la plupart d'entre nous sauraient d'avance n'y devoir jamais poser le pied ».

Ce but ultime que s'assignait le fondateur des *Annales de droit commercial* en 1887 résonne encore aujourd'hui dans l'ambition affichée par l'Institut Unidroit lors de la fondation de sa *Revue de droit uniforme* en 1973. Le temps a passé et la Terre promise par Thaller n'est toujours pas atteinte. Il faut dire que malgré l'œuvre des Princes, les conventions internationales portant droit uniforme connaissent des applications diverses par manque d'harmonie juridictionnelle. La revue de droit uniforme se proposait de suivre de près la jurisprudence qui dans les différents pays se développait en matière d'interprétation et d'application des règles uniformes de droit privé dérivant des principales conventions internationales entrées en vigueur. En somme, la Terre promise n'est pas encore atteinte que le système produit déjà ce qui risque de le désintégrer. C'est bien en fait la jurisprudence qu'il faut penser maintenant par des programmes d'étude systématique.

III. Programmes pour l'étude systématique de la jurisprudence

On connaît le discours de Larnaude en prélude à la *Revue du droit public et de la science politique* en 1894²² et mieux encore celui d'Adhémar Esmein en programme de la *Revue trimestrielle de droit civil* en 1902²³. Mais ce ne sont pas les seuls, loin s'en faut à promouvoir l'étude systématique de la jurisprudence. Dans la veine de la Revue critique, de nombreuses revues ont cherché à la fin du 19^e à faire connaître le « droit vivant ». La *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*²⁴ en 1877, la *Revue des sociétés*²⁵ en 1886, plus tard la *Revue de science criminelle*

²² *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*, 1894, n.1, « Notre programme » par LARNAUDE, pp. 1-14.

²³ *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, n.1, « La jurisprudence et la doctrine », pp. 5-19 par A. ESMEIN.

²⁴ *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 1877, n.1, pp. 5-8 « Avertissement ».

²⁵ *Revue des sociétés*, 1883, n.1 « Introduction – Ce que doit être un recueil de jurisprudence », par A. VAVASSEUR.

et de droit pénal comparé en 1936²⁶ ou *la Revue trimestrielle de droit commercial* en 1948²⁷ se donneront pour objet de pratiquer cet examen systématique des décisions juridictionnelles. Pour l'essentiel, elles sont tournées vers l'étude des incidences pratiques de la jurisprudence, mais la *lutte pour la jurisprudence* qu'annonce A. Esmein en ouverture de la *Revue trimestrielle de droit civil* ne consiste pas en la seule invitation à tenir pour acquis un certain nombre de décisions et de grands arrêts, elle consiste aussi et surtout à s'assurer le contrôle de l'élaboration des normes jurisprudentielles. S'il est acquis que la jurisprudence est une source du droit ; il appartient à la doctrine de la contrôler savamment, et mieux d'ériger à côté du système du Code un autre système tiré de l'application du Code :

« Or ces transformations du droit civil, qui les a notées en même temps que consacrées ? C'est la jurisprudence. C'est elle qui est la véritable expression du droit civil ; elle est la loi réelle et positive, tant qu'elle n'est pas changée ; c'est donc elle autant que le Code civil lui-même qu'il faut étudier directement et scientifiquement. Cette étude aura pour résultat et pour but d'éclairer la jurisprudence acquise, celle qui va jusqu'au moment présent, et de préparer la jurisprudence de l'avenir²⁸ ».

Le trait dominant de cette ambition réaliste est ce qui anime l'École de la libre recherche scientifique emmenée par Saleilles et Gény. Il n'est pas douteux que ces auteurs faisaient la promotion d'une rénovation et d'une systématisation des différentes disciplines qui avaient commencé à s'éparpiller.

Si « les tribunaux ... fournissent et taillent les matériaux », ils ne sont pas chargés de « construire l'édifice²⁹ ».

Mais en plaidant à la fois, pour une refondation du système du droit civil par le droit comparé, et une critique systématique de son application par l'analyse de la jurisprudence, la doctrine savante du tournant du 20^e siècle n'a pas réussi, et/ou n'a pas eu l'occasion législative ou politique de recodifier.

Lentement le droit civil, en tant que droit commun, a continué à se désystématiser, et les référents conceptuels du droit commun vont se disperser dans des spécialités de plus en plus étroites³⁰. De nouvelles revues savantes vont être conçues pour comprendre et appréhender le droit désystématisé.

²⁶ *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1936, n.1, « éditorial » par L. HUGUENY et H. DONNEDIEU DE VABRES.

²⁷ *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1948, n.1, « Avertissement » par J. E. (Jean ESCARRA).

²⁸ A. ESMEIN, « La jurisprudence et la doctrine », *RTD civ.* 1902, p. 12.

²⁹ A. ESMEIN, *ibid.*, p. 15.

³⁰ M. BOUDOT, *Le dogme de la solution unique, contribution à une théorie de la doctrine en droit*

IV. Programmes pour l'étude d'un droit dé-systématisé (20^e et 21^e)

Depuis la fin du 19^e siècle, autant en droit privé qu'en droit public, le nombre des revues savantes a considérablement augmenté ; au point que mes maîtres de droit civil pourraient regretter qu'elles soient de moins en moins savantes.

C'est la dispersion du système du Code qui justifie la spécialisation, laquelle justifie que l'étude du droit se fasse d'abord par la spécialité avant le droit commun. Droit des assurances terrestres³¹, Droit social³², Droit de l'aide sociale³³, Droit de l'environnement, Droit de l'immatériel³⁴, Droit du sport³⁵, même le Droit civil est devenu un ensemble de spécialités (Famille, Personnes, Contrats...) et toutes les spécialités ont leurs spécialistes qui abordent leur sujet en traversant les différentes disciplines de ce qu'il reste du système du Code.

Pour l'essentiel, ces revues spécialisées ont l'ambition de convoquer sous leur étendard l'étude des différentes sources qui concourent à la formation de la spécialité ; ainsi la revue *Procédures*, la Revue de droit immobilier ou la Revue des contrats. La méthode reste celle de l'étude des Sources qui ont poussé en dehors du système du Code et de la jurisprudence des arrêts.

En marge de l'inflation de ces revues spécialisées sont nées des revues de théorie du droit³⁶ et de philosophie³⁷, des revues d'histoire³⁸ et sociologie³⁹ ; elles poursuivent des entreprises de réflexion détachée de l'examen

privé, 1999.

³¹ *Revue générale des assurances terrestres*, 1930 qui deviendra la *Revue générale du droit des assurances* en 1996.

³² *Droit social*, 1938.

³³ *Revue de l'aide sociale* (1958) qui deviendra *Revue trimestrielle de droit sanitaire et social* (1965).

³⁴ *Revue Lamy droit de l'immatériel*, janv. 2005, n.1 « De l'irrésistible ascension de l'immatériel », par P. SIRINELLI et M. VIVANT.

³⁵ *Les cahiers du droit du sport*, 2005, n°1 par J.M. MARMAYOU et F. RIZZO.

³⁶ *Droits – Revue française de théorie juridique*, 1985, n.1 « avant-propos ».

³⁷ *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1931 ; nouvelle série à partir de 1953.

³⁸ *Annales d'histoire des facultés de droit*, 1984.

³⁹ *Droit et société*, 1985.

systematique de la jurisprudence et du detail des lois. Mais la voix des theoriciens a du mal a se faire entendre :

« *Droits* – revue française de théorie juridique ne veut être l'instrument d'aucun cloisonnement. *Droits* récuse la séparation absolue des branches du droit, comme l'isolement de la science du droit ramenée à une pure technique professionnelle ».

C'est pourtant comme si entre les unes, revues spécialisées et les autres, revues de théories généralistes, entre l'analyse du droit appliqué et l'ambition de concevoir le droit comme un système, un fossé difficilement franchissable s'était creusé.

Mais c'est peut-être l'état de notre droit commun qui veut cela ; décodifié, désystématisé, désacralisé⁴⁰, va-t-il susciter une réaction systématisante ? Et sous quelle forme ?

La revue savante qui a été l'instrument de la dé-systématisation du Code, ne sera sans doute pas celui de la refondation, C'est plutôt un nouveau genre de littérature savante qui est en train de voir le jour, *le projet doctrinal de réforme ou de refondation du droit commun, des projets européens ou français*.

⁴⁰ Voy. l'article capital qui a largement inspiré le texte de cette conférence Ph. REMY, « *Le processus de "dé-codification"* », in Dunand & Winiger, *Le Code civil des Français dans le droit européen*, Bruylant, 2005, pp. 177-199.