



HAL
open science

Charles Beudant, un juriste libéral

David Deroussin

► **To cite this version:**

David Deroussin. Charles Beudant, un juriste libéral. Eric Gasparini. Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Ganzin, La Mémoire du droit, 2016, 978-2-84539-041-6. halshs-01731401

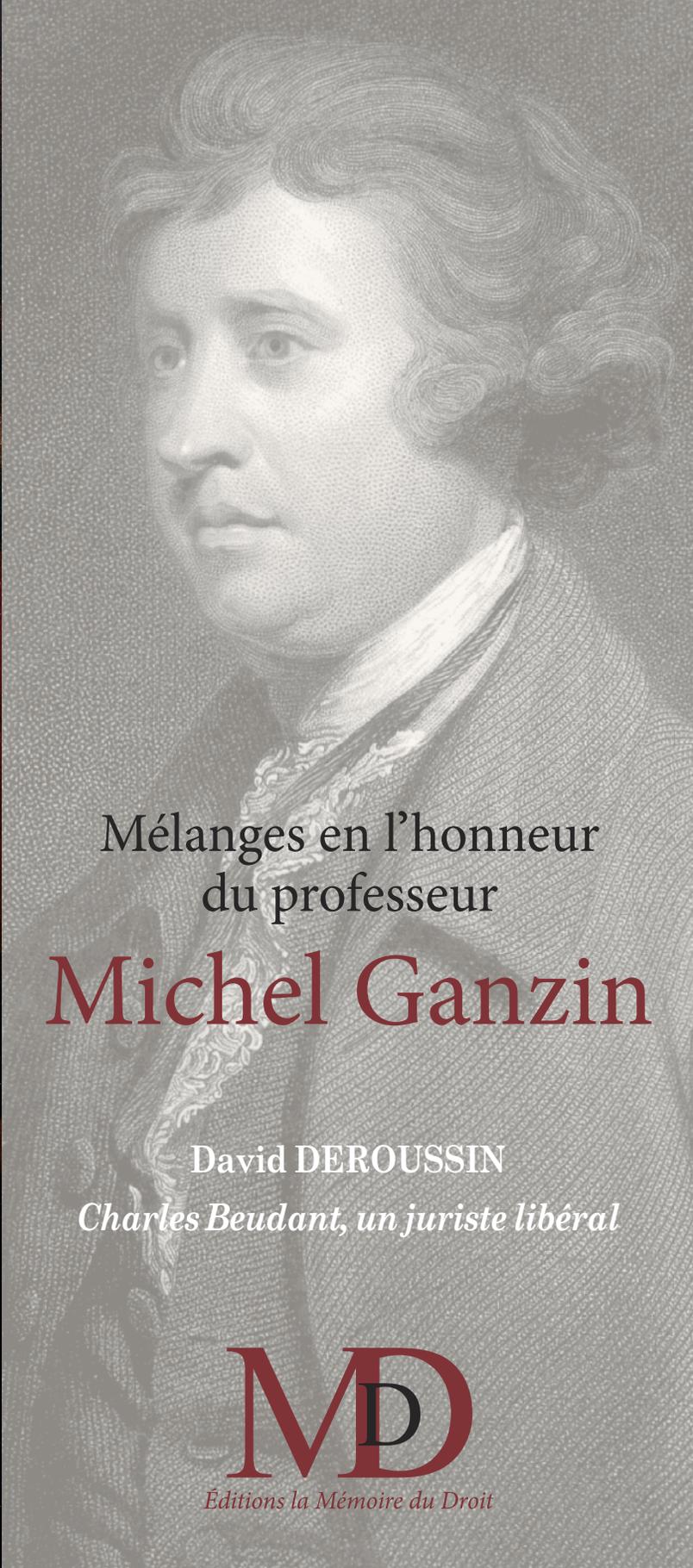
HAL Id: halshs-01731401

<https://shs.hal.science/halshs-01731401>

Submitted on 14 Mar 2018

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

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



Mélanges en l'honneur
du professeur

Michel Ganzin

David DEROUSSIN

Charles Beudant, un juriste libéral

MD

Éditions la Mémoire du Droit

CHARLES BEUDANT, UN JURISTE LIBÉRAL

David DEROUSSIN

Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3, CLHDPP

Né le 9 janvier 1829 en Seine-et-Oise de François Beudant, professeur de minéralogie à la Faculté des sciences de Paris¹, membre de l'Académie des sciences puis professeur au Collège de France, nommé Inspecteur général de l'Instruction publique pour l'enseignement secondaire², Charles Beudant soutient sa thèse de doctorat en droit en 1852, l'année du décès de son père. À l'issue du concours d'agrégation de 1856 (sa composition de droit romain, imprimée à Paris la même année, portait sur la distinction du possesseur de bonne foi et du possesseur de mauvaise foi), il est nommé agrégé à la Faculté de Toulouse en 1857, puis à la Faculté de droit de Paris en 1862, où il supplée Duranton à partir de 1868 (après avoir enseigné le droit commercial) pour finalement le remplacer en tant que titulaire à partir de 1870. Décoré par l'Empire (officier d'Académie), il est fait officier de l'Instruction publique puis chevalier (1875) et enfin officier de la Légion d'honneur (1881) par la République. C'est grâce à la confiance de Jules Ferry qu'il est nommé Doyen de la Faculté de droit de Paris le 20 octobre 1879 (fonction qu'il conserve jusqu'en octobre 1887), au moment où il est également désigné pour siéger au Comité consultatif de l'enseignement supérieur et élu au Conseil supérieur de l'Instruction publique. Membre de ces diverses institutions, il est appelé à réfléchir à la réforme du doctorat (1882) et à formuler plusieurs propositions novatrices, comme celle qui consiste à

¹ À qui Louis XVIII confie l'installation à Paris d'un cabinet de minéralogie et de zoologie (A. Paria, *Le conseil municipal de Paris, portraits et biographies des quatre-vingts conseillers et du préfet de la Seine*, Paris, 1871, p. 54).

² Cf. A. Paria, *op. cit.* et G. Caplat, *Les Inspecteurs généraux de l'Instruction publique*, Paris, éd. CNRS, 1986.

garantir dans les Facultés de droit l'enseignement des sciences politiques, de l'économie (ce dont la *Revue d'économie politique*, fondée par des professeurs de droit, lui saura gré³) et de l'histoire du droit notamment. Il se prononce, également, pour une autonomie plus grande des Facultés de droit, prônant une « indépendance pédagogique et scientifique plus réelle »⁴. Pour toutes ces raisons, jointes à son souci de la synthèse et de la généralisation, il est présenté, par ceux qui écriront l'histoire de la doctrine en France depuis 1804, comme l'un des premiers représentants de l'École scientifique⁵.

Son dossier personnel garde la trace des mérites que lui prêtait l'administration universitaire. Esprit « distingué », au caractère « loyal et ouvert » et aux « mœurs douces et pures », il y est décrit comme un « sujet d'élite » alliant la « finesse d'esprit à la variété des connaissances », attaché « aux vrais principes ». Politiquement proche des républicains modérés (« républicain libéral » qui « siège au centre gauche »⁶), il se présente à Paris aux élections municipales de 1871 et obtient le soutien des Jésuites⁷. Élu dans le VI^e arrondissement de la capitale contre un républicain puis réélu en 1874 grâce encore au soutien des modérés et des cléricaux (il démissionnera cependant du Conseil municipal en 1877), ses convictions religieuses le conduisent d'ailleurs à soutenir les congrégations dans leur activité d'enseignement⁸ et lui garantissent l'appui de l'archevêque de Paris, qui n'hésite pas à le re-

³ Dans la nécrologie qu'il publie dans cette revue en avril 1896, P. Cauwes loue en effet la participation active de Beudant au mouvement d'« acclimatation des sciences politiques et économiques dans les Facultés de droit » (P. Cauwes, « Charles Beudant », notice nécrologique, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1896, extrait de la *Revue d'économie politique* d'avril 1896). Cf. aussi la notice que lui consacre J.-L. Halpérin dans le *Dictionnaire historique des juristes français*, P. Arabeyre, J.-L. Halperin et J. Krynen (éd.), Paris, 2007.

⁴ D'après les termes de P. Cauwes, *art. précit.*, p. 377.

⁵ E. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, réimp. La Mémoire du droit, Paris, 2002, p. 114.

⁶ D'après le *Conseil municipal de Paris*, *op. cit.*, p. 55. P. Cauwes (*art. précit.*, p. 372) le qualifie de « républicain modéré »,

⁷ Cf. P. Larousse, *Grand dictionnaire universel du XIX^e siècle*, Paris, 1866-1890.

⁸ Si Beudant s'oppose à la laïcité telle qu'elle s'affirme progressivement à l'époque, c'est moins par adhésion inconditionnelle à l'enseignement religieux qu'au nom de la liberté de choix qu'il veut voir reconnue à chaque père de famille. Telle est du moins l'interprétation livrée par P. Cauwes (*art. précit.*, p. 373), à laquelle l'analyse de la pensée de Beudant permet de souscrire.

commander au Doyen de la Faculté de droit de Paris lorsque, chargé de cours à la Faculté de droit de Strasbourg, il espère y obtenir un poste⁹.

Il meurt à l'âge de 66 ans le 28 juillet 1895, après avoir publié *Le droit individuel et l'État*, qui fait écho au cours d'introduction à l'étude du droit qu'il a créé à la Faculté de droit de Paris en 1863¹⁰ après l'avoir enseigné à Strasbourg, tandis que ses enseignements de droit civil ne donneront lieu à publication qu'à titre posthume, en 1934, grâce aux soins de son fils Robert, sous la forme d'un *Cours de droit civil français* qui reprend les notes rédigées par Beudant depuis sa désignation comme professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit de Paris en 1868. Une seconde édition de ce *Cours*, entreprise avant la Deuxième guerre mondiale par son fils et P. Lerebours-Pigeonnière, donnera encore lieu à la publication de plusieurs volumes¹¹ après la Libération, ce qui atteste l'intérêt que l'œuvre suscite, à un moment où les idées individualistes semblent par ailleurs (mais pas chez les juristes) avoir perdu du terrain, même si cette seconde édition s'éloigne un peu des notes de Beudant et procède parfois à certains ajouts¹².

Or ce sont précisément ces idées individualistes que l'enseignement et les écrits de Beudant sont censés incarner, estime par exemple E. Gounot, qui le présente comme l'une des figures, à côté de Fouillée¹³, de

⁹ L'initiative d'une telle recommandation revient d'ailleurs à sa mère, AN, F 17/20168.

¹⁰ Ce cours a donné lieu à la publication d'une *Leçon d'ouverture du cours d'introduction générale à l'étude du droit* (Paris : C. Noblet, 1863) prononcée le 16 novembre 1863, dans laquelle sont exprimées déjà les idées directrices du *Droit individuel* et où figurent même la plupart des références (à Bossuet, à Pascal) mentionnées au début du *Droit individuel*, ce qui atteste la permanence des idées.

¹¹ Avec notamment la collaboration de Pierre Raynaud, de l'Université de Toulouse, pour le tome consacré aux contrats de mariage et aux régimes matrimoniaux, et de Gaston Lagarde, René Rodière, André et Jean Percerou s'agissant des divers contrats spéciaux.

¹² Par exemple, dans son enseignement, Beudant ne traitait pas spécifiquement des contrats spéciaux comme le prêt, le dépôt, le mandat ou encore le contrat de travail et le contrat d'entreprise. La deuxième édition de son *Cours* comble cette lacune et comporte désormais un volume consacré, d'une part, aux contrats de travail, d'entreprise et à d'autres contrats spéciaux (partie rédigée par René Rodière, alors professeur à Alger) et, d'autre part, aux contrats de société (commencée par A. Percerou avant-guerre, cette partie est achevée par Jean Percerou, alors Professeur honoraire à la Faculté de droit de Paris).

¹³ Argument pris de la fameuse formule « qui dit contractuel, dit juste » qui figure dans *La science sociale contemporaine*, Paris (1880), 1910, p. 410. Il n'en demeure pas moins que la lecture que Gounot donne de Fouillée est partielle : elle omet toute sa dimension organiciste, comme l'a notamment montré Louise Rolland (« 'Qui dit contractuel dit juste' (Fouillée)... », en trois petits bonds, à reculons », *McGill law Journal. Revue de droit de McGill*, vol. 51, p. 767 et s.).

la doctrine individualiste classique. Le *Cours de droit civil* exprimerait ainsi les « valeurs permanentes de notre droit privé », par lesquelles sa « continuité » est assurée, peut-on lire dans le compte-rendu du tome XII bis consacré aux contrats spéciaux (publié grâce aux soins de Gaston Lagarde en 1951) qui figure dans la *Revue internationale de droit comparé*¹⁴. Il en serait de même du *Droit individuel et l'État*, qui paraît justement à un moment où les thèses libérales sont fortement mises à mal : l'École théologique a toujours ses partisans (Lucien Brun, qui siège à l'Assemblée nationale dès 1871 et au Sénat de 1877 à 1898, publie en 1887 une *Introduction à l'étude du droit* qui souhaite la conformité du droit positif à l'ordre divin) et les tenants du *droit social*, juchés sur les épaules de Comte et de Littré, affirment haut et fort la soumission des droits individuels à l'intérêt du Grand Organisme Vivant (qu'il s'agisse de l'État ou de la société).

Dès sa publication, *Le droit individuel* fait l'objet de plusieurs comptes-rendus et suscite des études, de la part notamment de J. Charmont, qui nuance le pessimisme de Beudant en affirmant que la protection des plus faibles, la limitation de l'autorité du mari et du père sont des exemples d'interventions de l'État qui ne mettent pas en cause le principe même du droit individuel¹⁵, ou encore de R. Saleilles¹⁶ et de E. Boutmy, qui rédige un court compte-rendu¹⁷. *Le droit individuel et l'État* n'est pas à proprement parler un ouvrage de philosophie du droit, du moins une œuvre qui s'attaquerait de manière frontale et purement philosophique à l'Idée du droit, même si Beudant l'évoque (pour la définir rapidement comme un principe supérieur de justice) et si la philosophie n'est pas absente des références, de Montaigne à Locke en passant par Pascal. Il s'agit plutôt d'une histoire des différentes conceptions du droit qui ont prévalu depuis l'Antiquité. Cette histoire (même s'il ne faut pas imaginer ici un usage rigoureux de la méthode historique : Beudant ne contextualise pas, ce qui renforce l'impression d'*idéalisme* qui se dégage de la lecture), parce que l'exposé de ces diverses conceptions est

¹⁴ 1951, p. 188-189. Dans la même revue (*R.I.D.C.* 1949, vol. 1, n° 4, p. 539), M. Ancel louait quelques années auparavant, dans les mêmes termes, le *Cours* de Beudant.

¹⁵ *Revue d'économie politique*, 1891, p. 407.

¹⁶ *Revue internationale de l'enseignement*, 1891, II, p. 39. A la p. 45 notamment, R. Saleilles déclare que le grand mérite du livre de Beudant est de rappeler que la liberté individuelle « prise comme fondement du droit individuel » est « la seule idée vivante sans laquelle il n'y a pas de droit possible ».

¹⁷ *Annales de l'École libre des sciences politiques*, 1891, p. 386.

accompagné de leur critique, permet de saisir en creux ce que Beudant pouvait considérer comme « la figure correcte et typique »¹⁸ du Droit. Reflet des préoccupations du moment, l'ouvrage se présente donc comme une enquête sur les origines intellectuelles du conflit qui, au tournant des XIX^e et XX^e siècle, oppose deux tendances concurrentes : celle, individualiste, issue de la Révolution, qui a « brisé les liens qui, sous l'ancien régime, rattachaient l'individu à l'État »¹⁹ et que résume la Déclaration des droits de 1789 ; celle, plus récente, traduction de la prépondérance accordée au collectif, qui donne la primauté à l'action de l'État sur l'initiative individuelle et qui récuse la notion du droit naturel (qui faisait selon lui jusqu'au XIX^e siècle l'objet d'un « assentiment séculaire et universel »), *i.-e.* l'idée qu'il existe au-dessus du droit positif des « principes dirigeants »²⁰ s'imposant à titre de nécessité. Mais, abandonnant finalement la neutralité de l'enquêteur, Beudant plaide pour une conception plutôt idéaliste²¹ et libérale du droit, et l'ouvrage s'achève par une affirmation d'autant plus forte qu'elle est destinée à enrayer les tendances nouvelles de l'époque (positivisme, sociologisme, socialisation des droits) : « l'idée de liberté envisagée comme principe du droit n'en reste pas moins la tradition nationale et vraiment française, la pure tradition de 89 »²². Un livre de combat (même si le terme est sans doute excessif)²³, donc, plus qu'un témoignage impartial. Mais, malgré sa fonction militante, ce livre présente un intérêt intellectuel évident. Joint aux autres écrits de Beudant, il expose un *authentique* libéralisme (*authentique* parce qu'il place la question de la légitimité au

¹⁸ Ces mots sont empruntés au compte-rendu précité d'É. Boutmy, p. 386.

¹⁹ *Le droit individuel et l'État. Introduction à l'étude du droit*, Paris, Rousseau, 1920, 3^e éd., avant-propos, p. 1.

²⁰ *Le droit individuel, op. cit.*, n° 21.

²¹ Beudant se contente en effet de passer en revue, dans l'ordre chronologique de leur apparition, les différentes écoles de pensée, sans chercher à les rattacher au contexte historique dans lequel elles s'inscrivent, ni à mettre en évidence les causes qui expliquent, à un moment donné, leur éclosion. Cette absence de tout élément contingent permettant d'expliquer à la fois l'apparition et la physionomie des représentations du droit, que d'ailleurs E. Boutmy lui reproche (*art. précit.* p. 387), le conduit à en livrer une présentation très - trop - rationnelle, comme si elles fonctionnaient sans lien étroit avec les événements et, notamment, la vie politique.

²² *Le droit individuel, op. cit.*, n° 91.

²³ « Les préoccupations des Beudant...avaient pour but de devancer ou contrecarrer les 'socialismes' », écrit A.-J. Arnaud (*Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975, p. 122). L'affirmation est reprise par M.-C. Belleau (« Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du XX^e siècle en France », *Les Cahiers de Droit*, vol. 40, n° 3, sept. 1999, p. 512).

cœur de la réflexion sur le pouvoir : « l'autorité n'est écoutée que si elle démontre sa légitimité et donne ses raisons »), dont les juristes français, depuis 1804, ont rarement fait preuve. Dans cette conception libérale du droit, la *question* juridique n'évacue pas toute dimension collective²⁴, mais consiste précisément à s'interroger sur les limites à l'indépendance individuelle que nécessitent la vie en commun, la poursuite d'une « fin commune », ce « sentiment d'intérêt collectif » qui éclôt nécessairement dans tout regroupement humain (même, et Beudant renvoie ici à l'exemple cité par Pascal²⁵, chez ceux qui s'ingénient à mépriser la loi naturelle, comme les voleurs). Se trouve ainsi posée la question fondamentale de la loi, spécialement dans ses rapports avec la liberté (donc les droits individuels), formulée dans le cadre général de ce qu'on a pu appeler un « libéralisme du sujet »²⁶.

I - L'empire de la loi

À l'instar des penseurs libéraux, Beudant accorde une grande importance à la loi. Le premier chapitre du *Droit individuel* ne s'ouvre-t-il pas sur un premier paragraphe intitulé « La loi et le droit », qui place d'emblée ces deux notions²⁷ dans une relation étroite, avec d'ailleurs la liberté (la première phrase de ce paragraphe contenant une citation de Barnave qui, dans le droit-fil de la tradition libérale, situe la question de la liberté au cœur de la réflexion sur le politique et le droit) ? Pourtant,

²⁴ Ne serait-ce que parce que le droit est avant tout un langage (dans les sciences morales, auquel le droit appartient, « il est vrai de dire qu'une bonne méthode n'est, en grande partie, qu'une langue bien faite », *Le droit individuel, op. cit.*, n° 9) et que le langage, s'il est « l'instrument nécessaire » de toute pensée, est aussi précisément ce qui met l'individu en relation avec ses semblables ; il établit le lien entre subjectivité et altérité.

²⁵ *Pensées*, I, IX, LII (Paris, P. Didot, 1817, p. 213) : « c'est une plaisante chose à considérer, de ce qu'il y a des gens dans le monde qui, ayant renoncé à toutes les lois de Dieu et de la nature, s'en sont fait à eux-mêmes auxquelles ils obéissent exactement ; comme, par exemple, les voleurs ».

²⁶ Pour reprendre l'expression qui, aux yeux de L. Jaume, caractérise la tendance qui va de Constant à Tocqueville, par opposition à celle qu'incarnent ceux qui, comme Guizot, accordent la primauté moins aux droits individuels qu'à l'action de l'État (L. Jaume, *L'individu effacé ou le paradoxe du libéralisme français*, Paris, Fayard, 1997).

²⁷ « Il ne suffit pas de vouloir être libre, il faut encore savoir être libre », dit Barnave à la Constituante, à propos de la discussion sur le marc d'argent, pour défendre la théorie de l'électorat-fonction. Cf. Duvergier de Hauranne, *Histoire du gouvernement parlementaire en France : 1814-1848*, Paris, 1857, I, p. 201, cité par Beudant.

la loi ne résume pas elle seule le droit : d'une part, parce que ce dernier, qui tire son origine de l'individu, connaît d'autres manifestations et, d'autre part, parce que la loi est soumise au Droit.

A - Où la loi n'est pas tout...

Importante, la loi est une manifestation naturelle de l'existence humaine. Elle apparaît *prima facie* comme un fait nécessaire, « universel et constant », et c'est « comme fait qu'il convient de l'observer d'abord », parce que la loi « a été une nécessité pratique avant de devenir un objet d'étude »²⁸. Or l'observation apprend que la loi trouve son origine « dans le fait même de la coexistence des hommes ». Avant la mise en place de procédures de raffinement, elle se présente donc comme une génération spontanée du groupe social, conséquence à la fois inévitable et rationnelle de cette coexistence, parce que, au fond, elle est conforme à la nature de l'homme : l'homme ne peut pas vivre sans loi²⁹. À ce point de vue, « la loi est d'institution naturelle, elle résulte d'une nécessité humaine »³⁰. Est-ce à dire que, implicitement, Beudant fait sienne l'anthropologie de Locke (l'individu comme étant *capable of a law*³¹) et considère que des relations entre les individus naît nécessairement un ordre, quel qu'il soit ? Sans doute. Mais cette conception est troublée par la juxtaposition d'un discours historisant, qui tend paradoxalement à laisser penser que le règne de la loi n'est pas si naturel ni évident... L'ordre politique et social ne paraît pas en effet immédiatement conforme aux réquisits de la raison, dans la mesure où, d'un point de vue historique, l'expérience montre que, pour garantir le règne de la liberté, il ne suffit pas de substituer une volonté unique aux volontés individuelles et dissemblables par l'établissement d'un pouvoir coactif, *i. e.* et quelle que soit l'appellation choisie, d'un pouvoir confié à un « chef » dans le dessein de maintenir l'équilibre entre des volontés opposées. Cette « forme primitive des sociétés » ne saurait convenir : « s'en remettre à l'équité d'un chef, c'est se vouer à l'arbitraire », parce que la liberté ne peut être efficacement garantie qu'au moyen d'un « système »

²⁸ *Leçon d'ouverture du cours d'introduction générale à l'étude du droit*, p. 6.

²⁹ En cela, Beudant recueille une partie de l'héritage de l'école moderne du droit naturel : on se souvient que le premier chapitre du *Droit de la nature et des gens* de Pufendorf est consacré à montrer qu'il n'est pas conforme à la nature de l'homme de vivre sans loi.

³⁰ *Leçon d'ouverture du cours d'introduction générale à l'étude du droit*, *op. cit.*, p. 6.

³¹ Cf. L. Jaume, *Les origines philosophiques du libéralisme*, Paris, Flammarion, 2010, p. 141.

réglé d'exercice du pouvoir. S'il se peut qu'un pouvoir discrétionnaire soit « éclairé et équitable », par l'effet des propres vertus de celui qui l'exerce, il n'y aurait là qu'une « faveur de la fortune »³², de laquelle on ne peut raisonnablement pas se satisfaire. L'établissement d'un tel pouvoir ne change en réalité rien : si « les formes se succèdent, le fond demeure ». Ainsi le triomphe médiéval de la royauté, en France, n'a-t-il été qu'un « nouveau déplacement du pouvoir, après tant d'autres, non un changement de système » parce qu'il repose, toujours, sur le principe d'autorité hérité de l'Antiquité³³. La rupture qu'introduit la loi avec cette forme d'organisation sociale primitive tient précisément au fait qu'elle substitue à la volonté arbitraire du chef une règle « immuable et constante ». Elle organise (après la référence au « système », l'idée d'*organisation* indique combien, pour Beudant, la garantie des libertés est avant tout affaire de *procédures* de gouvernement) d'une manière « fixe et stable » la coexistence des prétentions individuelles et supprime le risque que fait courir le pouvoir d'un « chef arbitre » en conférant à l'autorité un caractère impersonnel, en la soustrayant au jeu des intérêts individuels et en transformant celui qui, effectivement, exerce le pouvoir en simple agent d'exécution, en organe « d'une volonté qui ne peut varier, puisqu'elle est formulée d'avance », celle de la loi. Elle est donc le meilleur moyen de concilier la protection due à chaque individu contre les tendances de ses semblables à l'usurpation avec le respect et la garantie de son indépendance³⁴.

À ce stade de l'évolution des sociétés humaines, l'autorité trouve désormais son origine dans une règle « immuable », la loi, et elle a pour « organe » l'État qui, parce qu'il la personnifie, se présente alors comme « l'institution sociale du droit »³⁵. Elle paraît répondre à la volonté de placer le pouvoir « à l'abri des passions »³⁶ en raison même de son organisation et non pas par l'effet, accidentel, de la volonté du souverain. Conformément au credo libéral (la recherche d'une « normativité non soupçonnable d'arbitraire »³⁷), il est en effet confié à « une volonté im-

³² *Leçon d'ouverture...*, *op. cit.*, p. 7.

³³ *Le droit individuel*, *op. cit.*, n° 53. Les lois somptuaires, qui s'immiscent dans l'intimité de la vie privée, sont un exemple de l'absorption de l'individu « dans un plan artificiel ».

³⁴ *Leçon d'ouverture...*, *op. cit.*, p. 8 : « alors intervint la loi, c'est-à-dire la règle immuable et constante, d'après laquelle les froissements individuels sont contenus, les dissentiments jugés, s'il en surgit ».

³⁵ *Le droit individuel*, *op. cit.*, p. 10.

³⁶ *Ibid.*, n° 4.

³⁷ L. Jaume, *op. cit.*, p. 14.

personnelle, impassible par là même et constante » : la loi, « forme perfectionnée de la protection sociale », propre à contenir les désirs³⁸. Très naturellement, Beudant prend ici pour guide Montesquieu : la loi établit la liberté pratique et garantit la sûreté de tous parce qu'elle substitue à une volonté arbitraire une règle « réfléchie et arrêtée, fixe et stable, plus forte que qui que ce soit ». Cette loi doit être, selon lui, la manifestation de la souveraineté nationale, qu'il distingue de la souveraineté populaire, celle-ci ne pouvant être, « dans les destinées de l'humanité... qu'une doctrine transitoire, devant faire place, tôt ou tard » à la première, qui seule autorise le « règne de la liberté véritable »³⁹. En effet, la légitimité véritable du pouvoir ne saurait procéder de la tradition ou d'une révélation mais seulement de l'assentiment individuel, puisque « l'esprit humain entend ne recevoir plus sa direction que de lui-même et de lui seul »⁴⁰. À l'origine de toute institution politique, et c'est l'apport essentiellement du XVI^e siècle d'avoir éclairé cette évidence, devrait prendre place le « consentement mutuel des intéressés », la « soumission réfléchie des sujets », résultat d'un « libre examen »⁴¹ ou encore, écrit Beudant à propos de Locke, l'idée du *self government*.

Une telle affirmation appelle deux remarques. En premier lieu, si les mécanismes du vote offrent à ce consentement un moyen de s'exercer, celui-ci peut aussi s'exprimer à travers l'opinion publique. Dans une perspective là encore proprement libérale, Beudant accepte de faire entrer l'opinion publique en ligne de compte, quitte à critiquer le droit positif⁴², parce qu'il est convaincu de sa légitimité et de sa puissance positive. Celle-ci peut s'exprimer à travers des mécanismes ou des institutions juridiques précis, comme le jury populaire. Beudant pourrait facilement acquiescer à la formule qui figure dans le compte-rendu de son étude sur le jury et la loi pénale : le jury, c'est « l'opinion publique

³⁸ *Le droit individuel, op. cit.*, n° 5.

³⁹ Ch. Beudant, *De l'indication de la loi pénale dans la discussion devant le jury. Étude sur le jury*, Paris, Cotillon, 1861, n° 14.

⁴⁰ *Le droit individuel, op. cit.*, n° 22.

⁴¹ *Ibid.*, n° 53 et 54.

⁴² La prise en compte de l'opinion publique autorise par exemple la critique des peines infamantes : l'infamie contrevient à la fois au critère de la moralité de la peine (« en imprimant sur le front d'un condamné une tache indélébile, la loi lui ôte tout espoir de retour à la vertu »), en empêchant l'amendement du coupable, et au critère de l'utilité (« la société s'en fait un ennemi », Ch. Beudant, *Des peines en matières criminelle et correctionnelle*, Paris, Thunot, 1850, p. 18). Seule l'opinion publique doit rester juge de la *fama* d'un individu et la loi, en déclarant infâme celui auquel l'opinion publique aurait pardonné, risque de se trouver avec elle dans une contradiction dommageable.

intervenant dans l'administration de la justice »⁴³. Le jury anglais qui, par une « noble pensée », « place la vie, la liberté et l'honneur sous la sauvegarde de tous, comme une barrière contre les dangers de l'esprit de parti et les abus d'autorité »⁴⁴, n'est-il pas une « garantie » de la liberté individuelle ? N'est-ce pas cette vertu (fonction) qui explique son apparition ? Beudant en est convaincu : l'instauration du jury ne peut être dissociée de la lutte conduite par l'« esprit public » contre les empiètements de la monarchie. Plus qu'un moyen de prévention contre les erreurs éventuelles de la justice des hommes, le jury y a été perçu comme un instrument de protection contre les abus auxquels la mise en place de juges permanents nommés par la Couronne pouvait donner lieu. Il lui reconnaît ainsi au moins deux mérites : d'une part, à travers lui, l'opinion publique est censée prononcer de manière plus équitable que la caste des juges professionnels ; d'autre part, le Législateur peut s'inspirer des décisions des jurys, parce qu'elles lui révèlent, en réalité, l'état des mœurs (Beudant compare ainsi l'action inspiratrice du jury sur le Législateur à celle des prêteurs romains)⁴⁵.

De manière plus fondamentale, l'intérêt porté à l'opinion publique s'exprime encore lorsqu'il s'agit pour Beudant de garantir à la coutume sa place parmi les sources du droit. La coutume n'est rien autre chose que la manifestation de l'activité juridique de la société civile (à Rome, elle s'est épanouie comme produit de l'usage et de la tradition, *i.-e.* « s'inspirant... de l'homme même »⁴⁶), à côté de la loi qui met en œuvre l'*imperium* des gouvernants (étant entendu d'ailleurs que le Législateur n'est jamais que le « délégué du peuple »). Une large place doit *de facto* être laissée au droit non écrit⁴⁷. Dans le cas du régime républicain français, les règles constitutionnelles ne peuvent s'appliquer qu'à la fabrication de la loi par le Parlement : elles n'ont pas vocation à dominer

⁴³ *Revue pratique de droit français : jurisprudence, doctrine...*, vol. 11-12, p. 485 et s.

⁴⁴ Ch. Beudant, *De l'indication de la loi pénale...*, *op. cit.*, n° 7.

⁴⁵ *Ibid.*, n° 115. Pour le reste, la distinction entre les fonctions du jury et celles du juge – au premier de se prononcer sur les faits, au second d'appliquer la loi prévue pour de tels faits – n'est qu'une application selon de la théorie plus générale de la séparation des pouvoirs (*ibid.*, n° 17).

⁴⁶ *Le droit individuel*, *op. cit.*, n° 33. On sait l'importance que revêt la société civile aux yeux des libéraux (cf. A. Eyssidieux-Vaissermann, « Société civile et libéralisme », *La pensée libérale. Histoire et controverses*, G. Kevorkian (dir.), Paris, Éditions Ellipses, 2010, p. 227 et s.). Mais il est difficile de dire si, dans l'esprit de Beudant, cette société civile demeure (ce qu'elle était pour Locke) un espace politique ou si elle se transforme en espace économique d'échanges.

⁴⁷ *Cours de droit civil français*, Paris, Rousseau, 1934, publié par R. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, I, n° 86.

l'ensemble de la production du droit. Directement (coutume) ou indirectement (loi), c'est « toujours l'assentiment populaire qui introduit les règles obligatoires » et cette identité d'origine réduit à une différence « peu sensible » celle qui distingue le droit écrit du droit coutumier. Dans les deux cas, la règle de droit est consentie par la collectivité⁴⁸. Prise en compte du nécessaire assentiment individuel, génération spontanée répondant au besoin social de droit⁴⁹, la coutume est aussi un hommage rendu à l'opinion publique⁵⁰, dont elle reflète, à un moment donné et dans un ordre juridique donné, « le degré d'influence et la force... dans un pays », *i.-e.* finalement l'autonomie de la société civile face à l'État et sa loi écrite. Elle est par exemple importante en Angleterre, où l'opinion publique est « si prépondérante et si forte » parce que la *race anglo-saxonne*, juge Beudant, a « l'esprit si profondément individualiste » qu'elle est mieux préparée que toute autre « à l'idée des droits de l'homme et du *self government* »⁵¹. Par une telle analyse de la coutume, Beudant s'inscrit parfaitement dans la perspective libérale développée avant lui par Locke (qu'il ne cite cependant pas sur ce point précis), qui distinguait dans son *Essai sur l'entendement humain* (liv. 2, ch. 28, § 7 et s.⁵²) trois types de lois/règles morales auxquelles les hommes réfèrent leurs actes pour en juger la qualité : à côté de la mise en relation de l'acte avec la loi divine, qui permet de savoir s'il constitue un péché ou un devoir, et avec la loi civile, qui évalue son caractère licite ou illicite de l'acte, la loi d'opinion ou de réputation (« *the law of opinion or reputation, if I may so call it* », § 7) permet en effet de déterminer si l'acte peut être considéré comme vertueux ou non. Or, précise Locke, l'expérience (« *in the particular instances of their application, through*

⁴⁸ *Ibid.*, I, n° 82.

⁴⁹ Beudant adhère à l'idée développée par A. Roussel (*Encyclopédie du droit*, Bruxelles, 1843, p. 12) selon laquelle la coutume est le « besoin social et juridique se satisfaisant, pour ainsi dire, de lui-même ». On peut également se demander si, réfléchissant à la coutume, Beudant n'avait pas à l'esprit l'idée développée par Tocqueville dans *De la démocratie en Amérique*, selon laquelle la souveraineté n'est, au fond, que la société agissant « par elle-même et sur elle-même » (cf. L. Jaume, « Tocqueville : le libéralisme et la critique de la souveraineté », *La pensée libérale...*, *op. cit.* p. 134)

⁵⁰ La référence à l'opinion se retrouve à l'époque chez Courcelle-Seneuil : « le droit, né de l'opinion, de la coutume et de la loi, est l'œuvre de ceux qui font l'opinion, la loi et la coutume » (*Préparation à l'étude du droit*, Paris, 1887, p. 400). Bien que Courcelle-Seneuil ait été le disciple de Bastiat, que Beudant paraît avoir apprécié, les deux hommes s'opposent fortement, notamment sur la question du droit naturel.

⁵¹ *Le droit individuel*, *op. cit.*, n° 65.

⁵² *An Essay concerning Human Understanding*, Londres, 1805, vol. 1.

the several nations and societies of men in the world », § 10) montre que les termes vertu et vice sont attribués moins aux actions qui sont conformes à la loi naturelle qu'à celles que chaque société tient en bonne réputation (approbation, crédit) ou, au contraire, en discrédit (dégoût, *disgrace*) selon les habitudes du lieu (*law of fashion*, § 12)⁵³. Ce souci de la conformité, si présent dans sa nature, dissuade l'homme de prendre le risque de vivre sans cesse en rupture des habitudes (morales ou matérielles) qui sont celles des membres de sa communauté (« *he must be of a strange and unusual constitution, who can content himself to live in constant disgrace and disrepute with his own particular society* », § 12). Ce serait là un fardeau trop lourd à porter (« *a burden too heavy for human suffering* », § 12), de sorte que la coutume exprime, d'une part, le caractère nécessairement social de l'existence humaine et, d'autre part, le pouvoir et l'autonomie, par rapport aux autres ordres normatifs, de la société civile et des normes qu'elle secrète, voire de chaque groupe social à l'intérieur de celle-ci.

De cette distinction pressentie entre la normativité étatique et les normativités de la société civile, pour reprendre les expressions utilisées par R.-A. MacDonald⁵⁴, les conséquences ne sont cependant pas franchement tirées, dans la mesure où Beudant semble lier le développement de la coutume soit à la jurisprudence soit à la doctrine, ce qui le conduit par exemple à expliquer l'absence de droit coutumier à Athènes par le fait qu'il n'existait ni juridictions permanentes « pouvant établir et maintenir la tradition progressive qu'on appelle la jurisprudence » ni une « classe d'hommes voués par profession » à l'étude du droit⁵⁵. À quoi il faut ajouter qu'il hésite à promouvoir la jurisprudence au rang de source autonome du droit (ce qu'il fait pour la coutume, en abandonnant la théorie romano-canonique encore en vogue chez les civilistes du premier XIX^e siècle⁵⁶). À côté de la loi, par la précision des solutions qu'elle donne aux cas, la jurisprudence corrige « le vague inévitable des règles

⁵³ En réalité, Locke estime que la diversité des opinions et la relativité du jugement moral qu'elles induisent relèvent seulement de l'ordre du fait, de la constatation. Si les hommes se faisaient toujours de la vertu ou du vice une conception authentique et droite, alors la loi d'opinion produirait des conséquences conformes à la loi divine, d'autant plus que l'opinion des hommes, serait-elle généralement partagée, ne saurait modifier la nature des choses.

⁵⁴ R.-A. Macdonald, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées », *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke*, 2002-03, p. 139.

⁵⁵ *Le droit individuel*, op. cit., n° 28.

⁵⁶ Cf. D. Deroussin, « La coutume dans la doctrine civiliste après l'Exégèse : un renouveau en trompe l'œil ? », *La coutume dans tous ses états*, Paris, La Mémoire du droit, 2011, p. 173-216.

doctrinales » et finit par former « un dépôt de maximes et d'usages qui s'identifient peu à peu avec la loi, et qui ont à la longue la même autorité qu'elle »⁵⁷. Mais elle ne saurait consister, en présence d'une loi, en un véritable pouvoir libre d'interprétation de la loi (au terme duquel, par exemple, le juge pourrait se faire la voix de l'opinion publique), parce que le Législateur doit selon lui rester maître de son œuvre : c'est à lui, et non au juge, d'apprécier le moment où la loi doit être modifiée et, jusque-là, il entend qu'elle soit appliquée telle quelle⁵⁸. Il n'en reste pas moins que Beudant s'éloigne du libéralisme autoritaire ou libéralisme étatique dont font preuve souvent ses collègues, et prend ses distances avec l'antienne de la plénitude de la loi, donc avec le légicentrisme.

En second lieu, la souveraineté voit son fondement ramené dans le libre examen, *i.-e.* dans la raison. Elle en sort en quelque sorte humanisée, ce qui empêche de la concevoir comme absolue. Parce qu'elle puise sa légitimité non pas en elle-même ou dans la volonté de Dieu mais dans l'accord donné par les individus, ceux-ci, en l'instituant, lui assignent ses limites en fixant son champ de compétence. Or, dans un système de souveraineté nationale, précise Beudant, les limites imposées à la liberté individuelle ne peuvent être établies que par la loi : expression de la « volonté commune », elle est « seule juge des sacrifices qu'exige l'intérêt commun »⁵⁹. Il n'en demeure pas moins que « toute loi, en soi, est un mal »⁶⁰, puisqu'elle a pour objet la réglementation, donc la limitation, de la liberté. Mais, en limitant les droits, elle leur offre aussi sa

⁵⁷ *Le droit individuel, op. cit.*, n° 12.

⁵⁸ Cela ne l'empêche d'ailleurs pas de militer en faveur du principe d'individualisation de la peine, qui laisse au juge « une certaine latitude » dans l'application de la loi générale pour qu'il puisse tenir compte des « modalités du fait particulier » et rendre une justice « humaine » (*De l'indication..., op. cit.*, n° 37). Ce principe l'amène à critiquer la peine du bague qui, outre qu'elle ne favorise pas la réformation du coupable, condamne aux mêmes travaux pénibles les forts et les faibles, si bien que « les natures faibles succomberont là où la force ne souffrira même pas » (*Des peines..., op. cit.*, p. 22). Il l'incite, aussi, à préférer à la dégradation civique l'interdiction de certains droits civils, civiques ou de famille, peine correctionnelle qui n'entraîne pas systématiquement les mêmes incapacités, puisque la loi laisse au juge le choix celle qui lui semble la plus appropriée au cas (*ibid.*, p. 31). Les conséquences en matière pénale de son libéralisme sont donc : proportionnalité de la peine à la gravité de l'infraction, personnalité de la peine, divisibilité (« la peine doit en outre avoir un maximum et un minimum »), *i.-e.* individualisation de la peine « selon les circonstances, la qualité des personnes et les motifs qui l' [le fait] ont amené », parce que « la peine cesserait d'être juste si elle ne pouvait se plier à toutes les nuances de culpabilité » (*ibid.*, p. 17).

⁵⁹ *Le droit individuel, op. cit.*, n° 92. La détermination de ces bornes relève selon lui non pas des principes mais de la politique ou ce qu'il appelle l'art de la législation.

⁶⁰ *Ibid.*, n° 93.

protection. Si toute loi est par hypothèse contrariété à la liberté, les lois sont « un mal nécessaire ». Se pose alors la question ultime : celle de leur légitimité qui, d'une part, doit être appréciée non pas au regard de la liberté naturelle mais d'après la mesure dans laquelle elles contribuent au respect des droits et, d'autre part, interdit de conférer aux lois une omnipotence. L'évolution des sociétés, après avoir soumis l'individu à un « maître » puis à une « règle », doit s'achever par la soumission aux principes qui gouvernent les lois.

B - Les principes des lois : à la recherche des *leges legum*⁶¹

Le stade du gouvernement social par la loi, s'il constitue un progrès, mérite en effet d'être dépassé. Citant Montesquieu (« la liberté est cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté »⁶²), Beudant précise que la loi ne peut se faire l'instrument par excellence de l'aménagement des libertés qu'à la condition que l'individu soit placé à l'abri des « caprices »⁶³ du Législateur, parce que le déploiement incontrôlé de la loi peut conduire à l'anéantissement de la liberté. Dès lors que l'omnipotence lui est conférée, et quel que soit son auteur, la loi ne cède-t-elle pas à cette fâcheuse tendance à « l'absorption de tous dans la volonté de quelques-uns »⁶⁴ ? Cette suspicion explique sa critique de l'après 1789 : si la Convention a, par ses « ardeurs », compromis « l'œuvre de 1789 »⁶⁵, c'est parce qu'elle a confondu le Droit avec sa propre volonté et sa volonté avec la volonté générale. Elle explique également que, d'une manière générale, Beudant ne tient pas l'école du contrat social, spécialement Rousseau, dans une très grande estime : « du jour où le *Contrat social* supplanta définitivement l'*Esprit des lois* en influence... il jeta la confusion dans les idées et dans la politique », en revigorant le « principe rétrograde du droit social » et en poussant la Révolution vers la démocratie absolue⁶⁶.

⁶¹ L'expression est utilisée par Beudant dans sa *Leçon d'ouverture...*, *op. cit.*, p. 12.

⁶² *Leçon d'ouverture...*, *op. cit.*, p. 8.

⁶³ *Ibid.*, p. 9.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 10.

⁶⁵ *Le droit individuel*, *op. cit.*, n° 1.

⁶⁶ *Ibid.*, n° 94. Au n° 95, Beudant parle de « l'apostolat néfaste » de Rousseau et voit dans le *Contrat social* « le plus perfectionné des instruments d'oppression » conçu au nom d'un idéal de liberté.

Pour éviter un tel écueil, il convient de ne pas confondre la loi et la souveraineté. Introduire l'idée de contrainte dans la définition de la loi⁶⁷ ne conduit pas en effet nécessairement et rationnellement à associer la loi à la souveraineté, spécialement étatique. Il faut au contraire s'efforcer de les dissocier, comme cela transparaît dans sa critique de Rousseau : c'est parce que le *Contrat social* ne sépare pas la loi de la souveraineté (ni en outre le souverain et le corps politique) qu'il conduit nécessairement, selon lui, à la mise en place d'un régime liberticide qui livre « l'homme, sa conscience, ses biens et sa vie » à une loi qui n'est plus que la traduction d'une conception « matérialiste » du droit d'après laquelle « est juste ce que veut le plus grand nombre »⁶⁸. Poser des limites à la toute puissance de la loi suppose de ne pas placer la souveraineté dans le corps politique, tout en admettant que la volonté générale concrètement entendue, *i.-e.* la volonté de la majorité, entre en ligne de compte dans la question du droit pour une « large » part, mais une part « nettement circonscrite ». On retrouve là la problématique essentielle au libéralisme. Or la détermination de cette part relève de l'art de la législation (dont Beudant n'occulte pas la dimension « tactique ») qui doit subordonner l'élaboration de la loi à son évidente nécessité (or la loi n'est nécessaire que lorsqu'il s'agit de régler des cas où l'ordre social requiert une certaine unité) et la restreindre à ne porter atteinte au droit individuel que dans la mesure de ce que requiert la protection du droit d'autrui. C'est dire si, au-dessus de la volonté générale, « il y a donc quelque chose... et ce quelque chose c'est précisément le droit »⁶⁹.

On rejoint là la question du droit idéal/droit naturel que pose également la définition de la loi adoptée par Beudant. Dans son sens « didactique » en effet (par opposition au sens « pratique » et « générique » qui voit plus simplement dans la loi la règle édictée par l'autorité compétente), cette définition, outre qu'elle rappelle celle de Montesquieu (que Beudant cite), insiste sur deux éléments : les caractères de la loi (il y a dans la loi « l'idée d'un rapport fixe et immuable », d'une « nécessité ») et sa fonction, puisqu'elle sert de « fondement » aux choses ou aux êtres (en leur assignant leur « manière d'être normale ») auxquels elle donne leur

⁶⁷ *Le droit individuel, op. cit.*, n° 11 : « l'idée même de contrainte, sous une forme ou sous une autre, est inséparable de l'idée de loi ».

⁶⁸ *Ibid.*, n° 101.

⁶⁹ *Ibid.*, n° 105.

constitution, leur ordonnancement⁷⁰. Ainsi définie, la loi ne peut se comprendre sans une référence à la nature des choses, que Beudant qualifie aussi de « raison supérieure », *i.-e.* à un ordre supérieur, permanent et préexistant (dont la définition donnée par Thomas d'Aquin, « *summa ratio in deo existens* »⁷¹, rend compte à sa manière) qui n'est pas tributaire de la connaissance que l'homme peut, éventuellement, en avoir précisément, parce qu'il résulte des rapports que sont les lois⁷². Tout a donc sa loi, sa constitution, et si le bien est la loi de la morale, le juste est la loi du droit. Pour éviter toute évolution liberticide, il est nécessaire de rappeler sans cesse « les lois qui régissent les lois elles-mêmes »⁷³. Situait sans hésitation la question sur le terrain de la philosophie du droit, Beudant affirme que ces *lois des lois*, parce qu'elles s'abreuvent à un principe supérieur de justice, forment le Droit dans son sens « le plus élevé », *i.-e.* le *droit naturel*, et sont placées aux dessus du droit positif (les « lois spéciales des États »). Elles s'imposent au Législateur lui-même dans la mesure où seul leur respect le plus scrupuleux peut garantir aux individus leur véritable sécurité, la sauvegarde définitive de leur liberté, mais selon une formule à vrai dire assez vague, qui ne précise pas davantage les modalités d'une telle inféodation, Beudant se contentant d'expliquer qu'elles sont « l'idéal qui trace et éclaire la route dans laquelle le législateur doit marcher »⁷⁴. La loi positive, en tant qu'outil de protection de la liberté, relève de ce qu'il appelle la « mécanique sociale », mais cette mécanique n'est qu'une manifestation accidentelle, temporaire, de *l'idée du droit* (du moins le droit pris dans son acception la plus abstraite⁷⁵). Elle ne l'absorbe pas, pas plus que le droit ne se réduit à la loi. Entre le droit et la loi, « il y a toute la différence qui sépare l'idée de l'expression plus ou moins heureuse qui la traduit »⁷⁶.

⁷⁰ *Ibid.*, n° 10.

⁷¹ *Somme théologique*, Q. XCI, a. 1.

⁷² On mesure, à travers l'affirmation selon laquelle les lois sont des rapports, l'influence de Montesquieu, que Beudant lit et cite.

⁷³ *Le droit individuel*, *op. cit.*, n° 6.

⁷⁴ *Ibid.*, n° 6.

⁷⁵ Beudant relève en effet trois définitions possibles du terme *droit* : le droit comme prérogative individuelle (droits subjectifs modernes), le droit comme ensemble des normes juridiques applicables à ces prérogatives et, enfin, le droit comme « idéal de justice », qui n'est rien autre chose que l'harmonie des droits, *i.-e.* des libertés. Où l'on voit que, malgré la multiplicité des acceptions, le terme *droit* ramène toujours, remarque Beudant, à la question des prérogatives individuelles (*Le droit individuel*, *op. cit.*, n° 15).

⁷⁶ *Ibid.*, n° 7.

Une telle distinction, qu'il reproche aux économistes contemporains de trop négliger⁷⁷, permet de ne pas tirer à conséquence les tâtonnements éventuels du Législateur, les changements incessants de la législation : tout cela ne saurait disqualifier le droit lui-même. Parce qu'il est essentiellement *finalité* (ce que l'étymologie indique, rappelle Beudant : les termes *droit*, *Recht*, *right*, *diritto* ne dérivent-ils pas de *dirigere* et *regere* ?), le droit demeure une nécessité « parfaitement compatible avec l'instabilité des lois »⁷⁸. Elle justifie, également, les critiques que Beudant adresse à l'école utilitariste. Certes, l'utilité peut être prise en compte, notamment dans le domaine du droit pénal, où le but de la peine doit être proportionné au « bien public », même si celle-ci ne satisfait pas à toutes les exigences de la critique. L'utilité n'est cependant pas un principe *en soi*, mais seulement l'aptitude à contribuer à un résultat. Elle suppose même l'existence de valeurs supérieures, tant « le vrai et le bien sont indépendants de l'utilité qu'il y a à s'en inspirer »⁷⁹. De la même manière que l'intérêt n'est pas « ce qui convient en vérité » (le bien recherché) mais simplement le sentiment plus ou moins clair « de ce qui convient »⁸⁰, l'utilité se réduit à un simple *rapport*, une « relation de conformité » (entre le but poursuivi et le moyen choisi), ce qui laisse entière la question de la *fin* qui, conformément à la pensée générale de Beudant, relève d'un autre ordre : celui de l'au-delà du droit positif, des « lois de la justice », ou encore ce qu'il appelle le droit naturel ou, parfois, le « droit pur »⁸¹. Le choix de la peine pénale illustre parfaitement ce rapport de l'utile et du juste. D'un côté, « la meilleure peine est celle qui a le plus d'efficacité »⁸², de sorte que la vengeance, « qu'on a si longtemps regardé comme le principe des peines »⁸³, ne doit en rien guider le choix du Législateur. D'un autre côté, cette efficacité ne sau-

⁷⁷ Les économistes, spécialement ceux « qui inclinent vers la Sociologie » comme Arthur Mangin (*Journal des économistes*, t. 35, sept. 1886, p. 424 : la réunion du 6 sept. 1886 portait sur le thème : « l'économie politique est-elle distincte, comme science, de la morale et du droit ? ») ont tort de ne voir dans le droit que le droit positif. Beudant le leur reproche et n'est pas dupe de leur dessein : ainsi réduit à des manifestations aussi concrètes que changeantes, le droit ne saurait pour eux être considéré comme une science (pas plus que la morale, explique A. Mangin) mais, au mieux, comme un « art disciplinaire » (selon l'expression de Courcelle-Seneuil). Se profilent, ainsi, des enjeux académiques et disciplinaires.

⁷⁸ *Le droit individuel*, *op. cit.*, n° 8.

⁷⁹ *Ibid.*, n° 108.

⁸⁰ *Ibid.*, n° 109.

⁸¹ *Des peines en matières...*, *op. cit.*, p. 16.

⁸² *Ibid.*, p. 16.

⁸³ *Ibid.*, p. 35.

rait être appréciée au seul point de vue de la dangerosité sociale de l'acte, dans la mesure où la répression doit receler, d'après Beudant, une dimension morale. La peine doit au contraire combiner les leçons de l'école « du droit pur » et de celle de « l'intérêt », et ne condamner que le fait qui est à la fois « immoral en soi » et socialement dangereux : si l'intérêt public est la *mesure* de la peine, celle-ci doit trouver dans « les lois de la justice » les limites qu'il convient de lui fixer. À défaut, elle sombre dans l'arbitraire, « c'est-à-dire l'excès ». La « justice abstraite » ne saurait donc servir de seul guide sans référence aucune à l'utile, sauf à se substituer à la conscience, *i.-e.* à la morale, et à se faire juge de ce que la conscience individuelle doit apprécier seule en entamant la sphère d'autonomie qu'il convient de lui laisser. Inversement, la peine qui ne satisferait qu'au critère de l'utilité, « abstraction faite des règles de la morale », se réduirait à n'être que l'instrument « des caprices » du Législateur. *Per se*, l'utilitarisme n'est qu'une des formes modernes du *droit social* qui sacrifie l'individu à l'intérêt collectif et nie que ce dernier soit par nature porteur de droit⁸⁴. Finalement, les excès et l'arbitraire ne peuvent être évités que par la combinaison de l'idée de Justice (que Beudant assimile aux « règles morales ») avec l'utile. Une telle combinaison, qui devrait constituer la trame même de la politique criminelle et donc présider aux incriminations, devrait aussi interdire d'identifier le bien et le juste avec l'utile, et la moralité avec l'intérêt, *i.-e.* d'élever ces derniers au rang de critérium du Droit. Pourtant, à considérer les choses dans leur détail, Beudant fait un assez grand cas de l'utilité sociale, au point, parfois, de reléguer le critère de la moralité au second plan, spécialement lorsqu'il explique que, s'il faut chercher à permettre l'amendement du condamné (« la correction des malfaiteurs » : critère moral), l'objectif premier demeure la quête de l'exemplarité : « intimider à tout prix, moraliser autant que possible, tel est le but logique de la

⁸⁴ Beudant cite, à l'appui, le fameux passage des *Principes de législation (Traité de législation civile et pénale)*, éd. Dumont, Paris, an X, t. 1, p. 135) où Bentham explique que « le droit proprement dit est la création de la loi proprement dite ». Sans doute injustement, Beudant s'écrie alors que « Bossuet était plus libéral ! » (*Le droit individuel, op. cit.*, n° 113). Il reconnaît par ailleurs que certains de ses *disciples*, notamment Spencer (dont Beudant pense précisément qu'il est moins le représentant de l'utilitarisme benthamien que celui de la Sociologie), ont à raison réintroduit dans l'utilitarisme l'idée des droits naturels antérieurs à la loi. Cf. H. Spencer, *L'individu contre l'État*, trad. J. Gerschel, Paris, 1885, ch. IV où ce dernier invoque notamment le concept allemand de *Naturrecht* pour infléchir l'utilitarisme vers le libéralisme.

peine »⁸⁵. C'est d'ailleurs parce qu'il prête à la peine de mort un caractère d'exemplarité « au suprême degré »⁸⁶, donc d'utilité, qu'il ne se prononce pas en faveur de sa suppression. Or la peine de mort ne peut valoir que par cette utilité. Il serait vain, concède Beudant, de chercher à la justifier autrement : « quelque vicieuse qu'elle soit en elle-même, on ne peut lui refuser un haut degré d'efficacité »⁸⁷. La renonciation au critère moral au profit de la seule utilité est, ici, patente. Elle est cependant tempérée, pense Beudant, par la possibilité de circonstances atténuantes censées remédier à ses défauts les plus graves (« elle est indivisible, irréparable surtout », *sic*), d'une part, et, d'autre part, par le fait que la peine est prononcée par un jury populaire entre les mains duquel elle cesse d'être « une arme dangereuse » pour devenir « un remède auquel on recourra rarement, mais qu'enfin il faut laisser comme épouvantail au vice »⁸⁸. Plus généralement, ce principe d'utilité semble

⁸⁵ *Des peines en matière...*, *op. cit.*, p. 16.

⁸⁶ Étant entendu que cette exemplarité ne résulte ni des mutilations et autres « raffinements de cruauté » qui accompagnaient la mise à mort ni des formes symboliques dans lesquelles elle est exécutée (« ce voile noir, ces pieds nus, cette exposition sur l'échafaud pendant la lecture de l'arrêt de condamnation, tout cela fait frémir et excite la compassion, mais n'en rend pas la peine plus exemplaire », *Des peines en matière...*, *op. cit.*, p. 35).

⁸⁷ *Des peines en matière...*, *op. cit.*, p. 19 : « au point où en est arrivée la question, je crois qu'il serait plus dangereux qu'utile de supprimer la peine de mort », qui « a quelque chose d'imposant et de religieux qui... en fait un objet d'épouvante même pour les criminels les plus endurcis et les plus incrédules ». Sa pensée mérite cependant d'être nuancée. D'une part, il ne ferme pas la porte à toute évolution : il s'en remet à la pratique des jurys populaires, qui ont désormais la possibilité d'écarter cette peine, pour apprécier son application et sa valeur, « car c'est une de ces peines qui ne peut valoir que par la nécessité qu'on lui reconnaît, et l'appui moral qui lui est donné », et semble céder aux tendances abolitionnistes de l'opinion publique « si facilement entraînée par tout ce qui parle au nom de l'humanité », à la condition que la peine de mort soit remplacée par des peines perpétuelles. D'autre part, il estime que ces peines perpétuelles, qui partagent avec elle sa vertu d'exemplarité, sont plus « morales », à la condition que soit laissée au condamné la possibilité de s'amender et, ainsi, de mettre un terme à la sanction (« l'éternité du supplice, c'est lui ôter tout ce qui l'excite au repentir », *ibid.*, p. 20).

⁸⁸ *Ibid.*, p. 19. De manière plus moderne, les impératifs d'utilité et d'exemplarité de la peine le conduisent à privilégier des sanctions qui soient le moins facteur de récidive. Par exemple, si la peine du bagne (spécialement les travaux temporaires) est critiquable parce qu'elle peut aggraver la propension des condamnés à délinquer à nouveau (car s'ils sont désormais séparés par catégories suivant la durée de la peine, la communauté de vie, « le contact continuuel de ces hommes avilis » ne manque pas d'exciter les « mauvaises passions », *ibid.*, p. 22), Beudant fait remarquer que, à proportions égales, la récidive est moins importante que chez ceux qui ont été condamnés à la prison. Plus généralement, il insiste, pour lutter contre la récidive, sur les dangers de « l'emprisonnement en commun » et donc sur la nécessité de séparer les prévenus des condamnés (alors que, constate-t-il, les condamnés à moins d'un an d'emprisonnement sont incarcérés dans la maison d'arrêt de lieu de leur jugement) et, parmi

également dominer dans le domaine de l'économie politique, même si, comme Beudant prend soin de le préciser, celle-ci ne se confond pas avec le droit, notamment en raison du fait qu'elle ne s'intéresse pas au « côté psychologique »⁸⁹ des actions humaines et relègue au second plan la question du juste.

Il n'en demeure pas moins que, dans le système de pensée de notre auteur, la loi doit recevoir d'ailleurs sa raison d'être, sauf à se ramener à un acte de pure volonté ou une simple manifestation de force (comme dans la conception héritée de Hobbes). Sa légitimité, il faut la rechercher dans la philosophie⁹⁰ ou ce que Beudant appelle le *droit naturel*, qui peut être défini comme l'ensemble de notions « répondant à l'idée d'une justice une et impersonnelle, absolue et universelle par conséquent »⁹¹, dont la mission est moins de fournir des solutions précises (le droit naturel n'est pas en mesure de fournir la solution à tous les problèmes juridiques « au moyen de préceptes ayant un égal caractère de certitude »⁹²) que d'orienter la politique législative en lui indiquant ses finalités. Plus qu'un contenu immédiatement perceptible, il s'agit simplement de dire que le droit naturel existe toujours en tant que *but* du droit positif : « le législateur vise un but en faisant une loi » et ce but n'est rien autre chose que le droit naturel, *i.-e.* « l'idéal où tend la loi positive », si bien que le droit naturel se définirait davantage par sa fonction que son contenu même si, subrepticement, un tel contenu se dévoile parfois : évoquant Platon⁹³, Beudant note ainsi que la *République* ne concède rien aux « inclinations de la nature humaine » et « élimine jusqu'aux éléments les plus essentiels à la vie » : la famille, la propriété, la liberté et le respect de la vie privée (notamment la vie domestique, l'éducation des enfants) qui, à ses yeux, sont donc bien des institutions du droit naturel. Bref, le Législateur a pour mission de fa-

les seconds, de séparer ceux qui sont condamnés à l'emprisonnement de ceux qui sont condamnés à la réclusion (*ibid.*, p. 23). Dans le même but, il vante les mérites du travail en prison, qui permet de « contracter des habitudes d'ordre » (*ibid.*, p. 23) mais auquel échappent alors les condamnés politiques.

⁸⁹ *Le droit individuel, op. cit.*, n° 118.

⁹⁰ Le droit comme idéal de justice « se rattache à la philosophie, ou plutôt il est la philosophie elle-même » (*Le droit individuel, op. cit.*, n° 15).

⁹¹ *Ibid.*, n° 18. Beudant, pour appuyer la légitimité d'une telle référence au droit naturel, convoque les autorités classiques : de Socrate à Montesquieu en passant par Sophocle, Cicéron ou la définition de Paul reprise au Digeste (1, 1, 11 : « *id quod semper aequum et bonum est* »).

⁹² *Ibid.*, n° 22.

⁹³ *Ibid.*, n° 26.

çonner les institutions en vue de ces finalités (le juste), tout en tenant compte, cependant, des spécificités nationales : les « procédés propres à assurer le règne du droit » doivent être choisis et mis en œuvre avec discernement et tact, parce qu'ils doivent être en rapport avec « l'état du pays »⁹⁴. Le postulat identifié par Boutmy – l'individu comme monade isolée-, sur lequel prospère selon lui le système de Beudant⁹⁵, mérite donc quelques nuances, qui rendent plus complexe sa pensée. Beudant n'est pas en effet un contractualiste : il parle par exemple de *société naturelle* (marquée par le conflit des « forces égoïstes », des « rivalités de désir... abandonnées à elles-mêmes »⁹⁶), du *développement naturel de la vie sociale*⁹⁷ en vertu duquel, dès que les hommes sont en nombre, ils s'assemblent, puisque c'est pour l'homme une « inclination innée » en même temps qu'un « besoin » de vivre en société avec ses semblables⁹⁸. Il estime « excellent » l'ouvrage de Mill sur la liberté⁹⁹, dans lequel ce dernier rejette tout fondement contractuel à la mise en place des sociétés. Il prend à son compte la vision aristotélicienne : l'homme est un être naturellement sociable, la société n'est pas le résultat d'une convention mais des « instincts », des « affections », des « besoins » et des « faiblesses » de l'homme, qui font pour lui de la société une « nécessité »¹⁰⁰. Il y aurait donc « méprise », écrit-il, « à croire que l'organisme social... soit éclos tout d'une pièce d'un projet méthodiquement conçu¹⁰¹ » ; méprise qui occulte l'historicité essentielle des groupements humains¹⁰², au nom de laquelle il subordonne la compréhension, à un moment donné,

⁹⁴ *Ibid.*, n° 17.

⁹⁵ C'est en effet ce qu'explique E. Boutmy dans son compte-rendu (*art. précit.*, p. 387).

⁹⁶ *Le droit individuel, op. cit.*, n° 1.

⁹⁷ *Leçon d'ouverture..., op. cit.*, p. 3.

⁹⁸ *Le droit individuel, op. cit.*, n° 3.

⁹⁹ S. MILL, *On liberty*, 1859, rééd. Forgotten books, 2008, p. 91 not. Il n'est pas inutile de rappeler que, dans l'introduction de cet ouvrage, Mill explique que son objectif est de poser un principe « très simple », selon lequel seul le souci d'assurer sa propre protection autorise un individu à entraver la liberté d'un autre.

¹⁰⁰ *Leçon d'ouverture..., op. cit.*, p. 6.

¹⁰¹ « Personne ne croit plus, de nos jours, à l'état de nature, au contrat social, à l'établissement conventionnel et artificiel des sociétés ; ce sont là hypothèses philosophiques que la critique a renversées sans retour », explique-t-il à ses étudiants dans sa *Leçon d'ouverture..., op. cit.*, p. 6.

¹⁰² Au point qu'il n'est pour ainsi dire pas « possible de signaler des stations précises dans l'histoire de son développement » : un groupe social, à quelque moment qu'on l'observe, est « toujours comme le résultat d'un travail antérieur, comme le produit des passions et des luttes, des souffrances et des efforts des temps qui ont précédé », *Leçon d'ouverture..., op. cit.*, p. 4.

des « éléments multiples et souvent mal concordants » qui forment un système juridique à la mise en œuvre d'une approche historique, seule apte à en faire saisir « l'harmonie générale »¹⁰³, puisque, au contraire, ces organismes sont « l'œuvre du temps ». Le libéralisme n'est donc pas abstraction et Beudant veille toujours (tel Montesquieu ?) à inscrire les institutions juridiques dans leur environnement. À propos par exemple des évolutions contemporaines du jury, il insiste sur le nécessaire respect de la « diversité de développement local » qui empêche de donner un « type unique », abstraitement défini, à cette institution dont la « nature nationale » est pour lui évidente¹⁰⁴. Dans l'esprit de Beudant, chaque groupement, qu'il en ait ou non conscience, travaille incessamment à sa propre formation et à son développement¹⁰⁵. Contrairement à ce que la critique formulée par Boutmy peut laisser croire, Beudant reconnaît à l'École historique une qualité : celle d'avoir, contre l'abus de l'esprit philosophique qui a caractérisé le XVIII^e siècle, réaffirmé avec force le poids de l'histoire dans la formation du droit. Mais il n'y avait rien là de nouveau selon lui : Montesquieu ne l'avait-il pas pris en compte déjà ? Beudant n'hésite pas à répondre par l'affirmative. À ses yeux, « *l'Esprit des lois* n'est qu'une longue démonstration des idées dont l'École historique a fait ses principes », et il en va de même de la formule fameuse du discours préliminaire de Portalis, selon laquelle les codes « se font avec le temps »¹⁰⁶. Tandis que le « publiciste » peut faire preuve de « hardiesse » dans les idées, le Législateur doit au contraire agir avec « prudence ». Il n'a pas à se comporter « exclusivement » comme un « philosophe » et, s'il doit s'imprégner des mœurs, si le droit revêt toujours les caractères de « tous les systèmes philosophiques qui se sont succédé », de sorte que « chaque siècle y a empreint ses tendances », il ne doit pas pour autant demeurer dans une posture hiératique face au passé (Beudant le met en garde contre une « aveugle admiration du passé »)¹⁰⁷. La raison en est simple : « la vérité, au point de vue pratique, n'est jamais dans les conceptions absolues », si bien que le droit, qui touche aux faits, ne doit pas être isolé « des conditions ordinaires de la vie » (ce qui vient tempérer la méthode déductive et la rigueur de la

¹⁰³ *Leçon d'ouverture...*, *op. cit.*, p. 5.

¹⁰⁴ *De l'indication...*, *op. cit.*, n° 9.

¹⁰⁵ *Leçon d'ouverture...*, *op. cit.*, p. 4.

¹⁰⁶ *Le droit individuel*, *op. cit.*, n° 122.

¹⁰⁷ *Des peines...*, *op. cit.*, p. 15. Là encore, on sent l'influence de Montesquieu, à travers la liaison intime du droit et des mœurs.

logique qui peuvent en revanche prévaloir pleinement dans les « sciences abstraites »)¹⁰⁸.

Le rapport du droit positif au droit naturel n'est donc pas un rapport d'*identité*, mais plus simplement de *conformité*, ce qu'indiquait, aux yeux de Beudant, la formule fameuse de Portalis : « il dirige, les lois commandent ; il sert de *boussole*, les lois de *compas* »¹⁰⁹. Autrement dit : la question du droit naturel relève de la *science*, tandis que le droit positif est un *art*. Mais où la science peut-elle découvrir ce droit naturel ? Beudant ne répond pas franchement à cette question. Les reproches qu'il adresse à Courcelle-Seneuille fournissent cependant quelques renseignements sur sa conception du droit naturel. Courcelle affirme en effet que le droit, y compris le droit naturel qu'il préfère désigner comme *droit idéal* (en raison de sa fonction) ou *droit rationnel* (parce qu'il est un produit de la raison), n'est pas dans la nature, qui ne connaît pas non plus la distinction du bien et du mal. Comme la législation, le droit est une « invention de l'art humain » et ne peut donc pas être conçu comme une « création spontanée de la nature ». Si ce droit rationnel existe, il ne peut être découvert dans la nature mais par la mise en œuvre d'une « science sociale » qui étudie non seulement les « inclinations naturelles » de l'homme mais aussi les conséquences des règles du droit sur le développement des sociétés¹¹⁰. *A contrario*, Beudant estime donc que ce droit naturel a véritablement son siège dans la nature et qu'il peut être mis au jour par l'observation de celle-ci, ce qui tendrait à faire de lui un jusnaturaliste plutôt classique, à la réserve près que cette nature s'entend aussi de la nature de l'homme, ce qui donne à sa pensée une dimension nettement subjectiviste. Beudant condamne en effet la conception thomiste de la loi naturelle, comme nature ou raison des choses préexistant en Dieu, parce qu'elle lui semble conduire à l'apologie de l'autorité de la loi civile, pour peu que son auteur parle au nom de Dieu, et fait donc courir un risque important : « dès lors, la personnalité humaine disparaît dans un ordre imposé »¹¹¹. À ses yeux au contraire, et là encore malgré les potentialités subversives d'une telle affirmation, il souligne que « il n'y a de loi juste que celle qui est conforme à la nature

¹⁰⁸ *De l'indication...*, *op. cit.*, n° 29.

¹⁰⁹ *Discours préliminaire sur le code civil*, P. -A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, Paris, 1836, I, p. 476.

¹¹⁰ J.-G. Courcelle Seneuil, *Préparation à l'étude du Droit, étude des principes*, Paris, 1887, p. 209.

¹¹¹ *Le droit individuel*, *op. cit.*, n° 45.

humaine et respecte ses légitimes prérogatives »¹¹². Ainsi se comprend le rapport entre naturalité et positivité du droit : nulle opposition ou rupture, mais *accomplissement* de l'un par l'autre. Si la morale, que Beudant identifie au droit naturel, est la « règle de la société naturelle », elle ne peut rien sans le droit, qui est la « règle des sociétés civiles »¹¹³.

II - L'individu, principe du droit

Beudant distingue, historiquement, deux types d'organisation sociale. Le premier, fondé sur le « principe d'autorité », confère au pouvoir politique la direction de la société et de ceux qui la composent et sacrifie ainsi « la personnalité humaine au droit social ». Les régimes qu'il organise peuvent être plus ou moins égalitaires, ils n'assurent jamais la « liberté civile » pleine et entière et considèrent toujours la vie privée comme une dépendance de la vie publique. Le second, fondé sur le « principe d'individualité », voit dans l'homme la source de son propre droit et abandonne aux individus la direction de leurs activités¹¹⁴. De ces deux types, le second est évidemment le meilleur. D'ailleurs, les sociétés qui cherchent la sécurité dans la soumission au pouvoir d'un chef (militaire, religieux, patriarcal), parce qu'elles sacrifient l'individu et ne connaissent que des droits « collectifs » (« les prérogatives de chacun ne sont assurées que par la dépendance de tous »), ne sont-elles pas réduites à une existence nécessairement « passagère »¹¹⁵ ? Même exercé avec modération par son détenteur, le pouvoir (spécialement le pouvoir judiciaire) ne s'y montre-t-il pas inmanquablement discrétionnaire, donc imparfait, ne protégeant ni l'individu ni même le groupe ? Quoi qu'il en soit, à ces deux principes de l'organisation sociopolitique correspondent les deux courants de pensée qui, depuis l'Antiquité, répondent chacun à l'un des « deux penchants inconciliables de l'esprit humain » que sont le droit et la force, le premier étant incarné par l'école libérale,

¹¹² *Ibid.*, n° 41

¹¹³ *Ibid.*, n° 2. Par exemple, s'il est interdit aux hommes de s'asservir les uns les autres en raison de la liberté et de l'égalité naturelles, qui les incitent au contraire à limiter au profit des autres leur propre liberté (envisagée par Beudant à ce propos, la force obligatoire du contrat - « la fidélité à la parole donnée est de devoir strict »- est bien une *nécessité* sociale), cette interdiction n'est pas toujours suffisante, ou plutôt efficace. Il lui faut le secours de la loi civile.

¹¹⁴ *Ibid.*, n° 25.

¹¹⁵ *Ibid.*, n° 4.

l'autre par l'école absolutiste ou positiviste, de Thomas d'Aquin à Comte en passant Suarez, Hobbes, Bossuet, Rousseau, de Maistre et Hegel. Inutile d'ajouter que c'est au premier que Beudant accorde sa préférence, parce qu'il repose sur l'idée de dignité de la personne et transforme l'ordre juridique en un système optimal (parce que légitime – conforme à la raison- et efficace¹¹⁶) d'agencement/garantie des libertés individuelles.

A - La dignité de la personne

Le respect de l'individu comme véritable principe du droit est l'idée qui caractérise le mieux selon Beudant l'école libérale. Elle n'en est cependant pas une création *ex nihilo*. Elle trouve au contraire son origine dans le christianisme, auquel Beudant reconnaît le mérite non pas tant d'avoir distingué la part de la conscience de celle de l'État (l'individu du citoyen), séparation que les stoïciens notamment avaient déjà effectuée, que d'avoir rendu l'idée de cette distinction accessible à tous, dans un élan aussi idéaliste que « révolutionnaire » et sur un mode « essentiellement humain et communicatif » : « le réveil de l'individualité humaine... date du jour où fut prononcée cette parole mémorable : *'reddite igitur quae sunt Caesaris Caesari, et quae sunt Dei, Deo'*»¹¹⁷. Car la parole du Christ, au-delà de son objet précis (la question de l'impôt), a valeur de parabole. Elle exprime l'idée d'une limite absolue à l'action de l'État et de la loi, qui consiste précisément dans le fait que la conscience humaine leur échappe. Beudant n'exagère cependant pas la portée concrète d'une telle parole. D'une part, il reconnaît que, dans les Évangiles, seule la liberté de conscience est en cause (et au profit des seuls chrétiens), tandis que le traitement réservé par les Pères de l'Église à l'esclavage et à la propriété atteste une certaine communauté de vues avec le courant stoïcien. D'autre part, il stigmatise l'infidélité de l'Église à sa vocation libératrice. Victorieux, le christianisme se fait dominateur, l'Église ressuscite à son profit « l'antique théorie de l'État tout puissant » : dans la théocratie médiévale, écrit Beudant, « l'idéal... c'est

¹¹⁶ Beudant insiste souvent sur l'efficacité, donc l'intérêt pour la société, de placer l'activité des individus sous le signe de la liberté. Par exemple : « l'intérêt matériel de la société » est « mieux servi par la liberté laissée à l'homme de se conduire à sa guise et sous sa responsabilité » (*Leçon d'ouverture...*, *op. cit.*, p. 13).

¹¹⁷ *Ibid.*, n° 40.

l'absorption de l'homme et de la société dans le plan divin interprété par l'Église »¹¹⁸.

Éclipsée pendant le moyen âge, l'idée du respect de la personnalité humaine rejaillit à partir du XVI^e siècle, à la faveur à nouveau des débats relatifs à la liberté de la foi (dont il se refuse à faire de la Réforme le principal garant). Elle se consolide au XVII^e siècle. Le XVII^e siècle, « c'est la revendication des droits de l'individu contre l'État », explique Beudant, *i.-e.* l'affirmation du droit naturel. Beudant en veut pour preuve la formule par laquelle Grotius définit la justice et voit là la « révélation » de l'école libérale : l'injustice, c'est empiéter sur les prérogatives d'autrui¹¹⁹. Elle s'épanouit ensuite aux XVIII^e (moment de la « reconnaissance définitive de la notion du droit individuel comme principe de la société civile »¹²⁰) et XIX^e siècle, sous la plume de Constant, de Tocqueville et de Bastiat. Beudant sait ainsi gré à la déclaration des droits de 1789 (« dénouement du drame qui se déroule depuis le XVI^e siècle »¹²¹) d'avoir proclamé que « l'homme, pris d'une façon abstraite et universelle, a, comme tel, des prérogatives antérieures et supérieures aux conventions et lois humaines », *i.-e.* d'avoir placé le « principe » du droit et le fondement de la souveraineté « dans l'homme lui-même » et assigné ces droits comme fins aux institutions politiques¹²². Et l'on ne s'étonnera pas de la préférence qu'il accorde, parmi les constituants, à Sieyès qui, à ses yeux, a finalement rédigé, à travers l'exposé des motifs de son projet de déclaration, le chapitre introductif à l'idée du droit naturel qui manque à l'*Esprit des lois*, de même qu'il rend hommage à Kant d'avoir considéré l'homme comme fin en soi en lui reconnaissant une valeur absolue.

Pour préserver la liberté de chacun, les rapports interindividuels ne peuvent être conçus sans la claire conscience de la « notion du droit d'autrui et le respect réciproque de la personne »¹²³, à partir de laquelle l'idée de justice se développe. À cet égard, le fait de voir en la parole du Christ le point de départ de la quête progressive par l'individu de sa dignité n'est pas anodin. Il s'agit d'insister sur le fait que si la liberté et la dignité sont intimement liées, cette liberté s'entend surtout, assez

¹¹⁸ *Ibid.*, n° 44.

¹¹⁹ Prolégomènes, XLIV.

¹²⁰ *Le droit individuel, op. cit.*, n° 47.

¹²¹ *Ibid.*, n° 87.

¹²² *Ibid.*, n° 86.

¹²³ *Ibid.*, n° 2.

classiquement, comme *libre arbitre*. Ce dernier, qui fonde la dignité de la personne, consiste précisément dans la capacité qu'a l'homme de ne pas respecter les incitations les plus fortes, y compris celles du droit naturel, qui sont pourtant les conséquences de sa propre constitution (« l'homme a le pouvoir de transgresser les lois de son être », écrit Beudant dans une formule qui rappelle Montesquieu¹²⁴), ce en quoi justement l'homme se distingue des choses et des autres êtres. L'idée de dignité est ici clairement tributaire d'une certaine conception de la nature de l'homme, essentiellement définie par la liberté de pensée/liberté de conscience, ce qui permet à Beudant d'affirmer l'identité dans le temps et dans l'espace de cette nature humaine¹²⁵ et des lois qui la régissent : à la célèbre affirmation de J. de Maistre (« j'ai vu dans ma vie des Français, des Italiens... mais quant à l'homme, je déclare ne l'avoir rencontré de ma vie »¹²⁶), il répond qu'il est bien curieux, pour un Chrétien, de ne pas prendre acte de la Révélation par laquelle le Christ a entendu délivrer « la conscience humaine absorbée par le droit antique »¹²⁷, *i.-e.* par le Tout.

La notion de dignité est donc chez Beudant cardinale, précisément parce qu'elle tient lieu à la fois de but et de fondement : la personne humaine est non seulement la *fin* du droit, mais aussi sa *cause*. Douée d'une valeur propre, elle est la source de son propre droit. L'École libérale, qu'il prend pour objet dans *Le droit individuel et l'État*, enseigne en effet selon lui à raison que le principe même du droit (des droits subjectifs) réside dans l'homme, dérive « des besoins légitimes et des aspirations de son être » et répond ainsi à sa fin. L'analyse de la nature de l'homme apprend que les droits individuels ne sauraient être ramenés à des *intérêts* et que ce dernier « possède » ses droits, y compris en l'absence de toute garantie extérieure, notamment légale. De la même

¹²⁴ *Ibid.*, n° 2. Dans *L'Esprit des lois* (I, 1), Montesquieu notait déjà cette capacité de l'homme à contrarier sa propre nature : en tant qu'être intelligent, l'homme « viole sans cesse les lois que Dieu a établies et change celles qu'il établit lui-même ».

¹²⁵ Ce qui rappelle Montesquieu : « l'homme, partout raisonnable, n'est ni Romain ni Barbare » (*Traité des devoirs*, cité par L. Jaume, *op. cit.*, p. 24). En revanche, il ne semble pas que, à l'instar de Locke, Beudant conçoive cette nature humaine (ni la loi naturelle) comme une création divine (ce qui, chez Locke, place l'homme dans la dépendance à Dieu, cf. Ph. Raynaud, « John Locke, fondateur du libéralisme ? », *La pensée libérale...*, *op. cit.*, p. 24).

¹²⁶ J. de Maistre, *Considérations sur la France*, Lyon, 1829, ch. VI, p. 94.

¹²⁷ *Le droit individuel*, *op. cit.*, n° 91. Il compte ainsi J. de Maistre parmi les « attardés de l'ancien régime » et critique Taine, qu'il range parmi les « lettrés désabusés », de ne voir dans tout cela qu'un « fatras métaphysique ».

manière que l'homme recèle en lui l'instinct de sociabilité, il est aussi *naturellement* porteur de droit, et puisqu'une société ne peut exister ni se comprendre sans droit, le droit est bien « conforme à la destinée humaine ». Il permet de réaliser la finalité de l'homme (vivre en société comme individu libre) et, même s'il se manifeste à travers des institutions imaginées par les hommes, il satisfait « un but qui est dans la nature... dans la nécessité même des choses ». Le droit est donc « un concept naturel »¹²⁸, qui trouve son fondement dans l'homme : « le droit, c'est l'autonomie de l'être humain » et la Justice consiste seulement dans le « respect des droits égaux de chacun »¹²⁹. Les droits naturels de l'homme ne sont donc pas fondés par la loi positive¹³⁰. Par voie de conséquence, l'opposabilité du droit individuel à la loi, et ses effets potentiellement subversifs de l'ordre établi, sont clairement affirmés : puisque le droit individuel est au-delà (antérieur ou au dessus) des lois, « il peut y avoir à un moment donné une protestation au nom du droit contre la loi »¹³¹, y compris le droit public : reprenant à Fr. Hotman le caractère inaliénable de la souveraineté déléguée par la collectivité des individus, Beudant souligne que ceux-ci conservent, en conséquence, le droit de contrôler l'action de l'État et, s'il le faut, de lui résister.

Hostile aux puissances indépendantes de l'homme (et qui, pour cette raison, s'imposeraient à lui¹³²), notre auteur rejette logiquement toute conception organiciste de l'État ou de la société ayant pour effet de les transformer en une réalité vivante et autonome : « tout système qui place le droit dans une conception objective, au lieu de le chercher dans l'homme lui-même, aboutit inévitablement à nier la liberté et le droit ». Telle est à ses yeux la critique qu'encourt une bonne partie de la philosophie politique allemande, qui place l'origine du droit dans l'État (à Hegel il reproche une conception panthéiste qui conduit à l'absorption de l'individu dans l'État, agent des fins de l'humanité¹³³), mais aussi la sociologie française qui, de Comte à Littré et Duguit en passant par Courcelle-Seneuil, croit pouvoir selon lui ramener le droit à une simple production sociale. Alors que sa méthode repose sur l'exclusion des *a*

¹²⁸ *Ibid.*, n° 3.

¹²⁹ *Ibid.*, n° 91.

¹³⁰ *Leçon d'ouverture...*, *op. cit.*, p. 12.

¹³¹ *Ibid.*, n° 14.

¹³² Beudant recueille sur ce point toute la tradition libérale française, notamment Voltaire, qui refusait de considérer l'État comme une fin.

¹³³ *Ibid.*, n° 125.

priori au profit de l'observation, la sociologie est accusée de céder à la spéculation quand elle définit le corps social comme organisme vivant et de ne formuler ainsi qu'une « hypothèse », quoiqu'elle soit affirmée avec vigueur¹³⁴ ; hypothèse qui fait de ses défenseurs des « revenants du droit antique et des renégats de 89 »¹³⁵.

Tout cela lui vaut une critique sévère de la part de Boutmy qui, dans son compte-rendu publié aux *Annales de l'École libre des sciences politiques*, affirme au contraire que « l'individu se posant comme indépendant de la société et fondant le droit, tout le droit, sur ce qui est dû à sa personne, n'est qu'une abstraction », parce que « ce qui nous est donné par la nature, c'est l'*homme en société* ». Contre Beudant, soupçonné de ne pas vouloir faire concorder « l'idée et la réalité » et de proposer des « solutions abstraites et triomphalement simples », Boutmy plaide pour une conception « mixte, composite et... plus ou moins concrète » du droit qui prenne en compte, plus que ne le fait Beudant, « l'élément national et historique », la diversité des sources du droit et l'évolution historique, qui fait de l'État la *forme* vers laquelle tend la société, mais une forme apte à exprimer des « parties distinctes »¹³⁶. Pourtant, l'identité de la nature humaine partout et en tout temps n'empêche pas Beudant d'identifier des « races » et de leur reconnaître des qualités spécifiques. À côté du génie français (esprit de clarté, attachement aux principes...), la « race germanique » par exemple se présente à l'observation comme indéfectiblement « mystique et fataliste ». Elle ressent profondément le besoin d'une « puissance » directrice (besoin qui lui fait pratiquer le « culte de la force ») et finit toujours par l'incliner au panthéisme, à tel point que, selon Beudant, le système de Kant, si proche de la philosophie française du XVIII^e siècle, « méconnaissait les tendances essentielles du génie de son pays »¹³⁷ ; méconnaissance à laquelle l'École historique, en réaction à Kant, s'est chargée de remédier en réveillant « l'esprit germanique ». Autrement dit, cette identité de la nature humaine se résume à la permanence de deux caractères fondamentaux (raison/liberté) qui, selon les circonstances, peuvent déboucher sur des réalisations très diverses. Elle n'implique pas l'uniformité dans l'actualisation, par les hommes, de leur nature. Bien au contraire, la loi

¹³⁴ *Ibid.*, n° 138. Ironique, Beudant se demande « si l'on n'est pas en présence de ce que les croyants de l'hypnotisme appellent un cas d'auto-suggestion ».

¹³⁵ *Ibid.*, n° 157.

¹³⁶ *Annales...*, Paris, 1891, p. 387.

¹³⁷ *Le droit individuel, op. cit.*, n° 119.

doit veiller, selon Beudant, à respecter la « vie naturelle, avec les variétés et les contrastes qui font son charme et sa force », plutôt que chercher à imposer aux hommes un « rôle factice et uniforme »¹³⁸. La bonne loi, authentiquement libérale, est donc celle qui autorise la diversité des goûts¹³⁹ et des valeurs, précisément parce que le libéralisme est ce par quoi la diversité et le respect du « personnel » (l'intimité comme liberté ultime) peuvent être pensés. Autant dire que l'État n'a pas charge d'âme et que l'individu n'a rien à attendre de lui : il doit déployer librement ses efforts sous sa propre responsabilité.

Dans l'ordre intellectuel, l'État et la loi ne doivent pas s'immiscer dans le débat des idées. De manière authentiquement libérale (Locke rappelait déjà que la vérité n'est pas l'objet des lois civiles), Beudant rappelle avec force que la conscience et les vérités morales¹⁴⁰ échappent à l'emprise de la loi et insiste à plusieurs reprises sur la neutralité de l'État et la nécessaire liberté de conscience : « l'État fausse la libre évolution d'où jaillit le progrès et il abuse quand il intervient par voie d'autorité dans l'ordre intellectuel »¹⁴¹. S'agissant de l'Université et de sa mission d'enseignement, il croit utile de préciser dans le discours annuel qu'il prononce en 1877 en qualité de Doyen qu'« enseigner n'est

¹³⁸ *Leçon d'ouverture...*, *op. cit.*, p. 10.

¹³⁹ Beudant prend pour contre-exemple une ancienne ordonnance (Philippe le Bel, 1294) par laquelle il était interdit aux chevaliers d'avoir plus de deux paires de bottes ou aux bourgeois de porter « vair, ne gris ne ermines ». C'est bien la sphère privée qu'il s'agit de protéger.

¹⁴⁰ Dans l'ordre intellectuel ou moral, l'emploi de la contrainte doit être absolument prohibé : « l'État ne peut se substituer à la volonté individuelle, sous prétexte d'imposer le vrai ou le bien » (*ibid.*, n° 64).

¹⁴¹ *Ibid.*, n° 90. Au-delà du contexte (il faut évidemment rapprocher de telles affirmations du débat sur la séparation des églises et de l'État –séparation qu'il accepte évidemment : « il n'y aura pas de paix durable dans les rapports de l'Église avec l'État, tant que l'Église n'aura pas reconnu la souveraineté pleine de l'État dans le domaine de la politique et du droit »- et du soutien politique qu'offre Beudant à certaines congrégations), il y a là la conséquence du refus de toute contrainte extérieure sur la volonté individuelle ; refus qui, ici encore, n'est pas sans rappeler la position de Locke (qui permet au magistrat d'œuvrer à la conversion d'autrui par l'instruction ou la persuasion, mais pas par l'usage de commandements ou de peines, *cf. Lettres sur la tolérance*, Paris, G.-F., 1992, p. 170 et G. Waterlot, « Aux sources de la pensée libérale, une généalogie de la tolérance », *La pensée libérale...*, *op. cit.*, p. 225). En effet, comment imaginer « ériger un dogme en principe du droit » (*ibid.*, n° 162), dans une société où s'expriment des convictions diverses, sans user de la force ? Pour un libéral, seule une adhésion libre (à un dogme, une philosophie) est envisageable. Concrètement, tout cela le conduit à refuser la possibilité de procéder à une célébration religieuse du mariage avant sa formation civile, même s'il a conscience des difficultés pratiques que soulève parfois cette prohibition (*Cours de droit civil français*, Paris, Rousseau, 1896, t. I, n° 207).

pas endoctriner » et que « l'Université, comme l'a dit une voix autorisée, admet toutes les philosophies, elle n'exclut que les fanatismes »¹⁴².

Évidemment, parmi ses droits, ceux qui constituent des applications de la liberté individuelle (libre disposition de sa personne, liberté de conscience, liberté du travail, inviolabilité de la personne et du domicile) sont les plus importants. Beudant n'hésite pas à les qualifier *droits naturels* précisément parce qu'ils sont « l'expression de la dignité humaine »¹⁴³. Pratiquement, les conséquences sont nombreuses, spécialement lorsqu'il s'agit de définir juridiquement la *personne*¹⁴⁴. Celle-ci se confond alors avec le sujet de droit, au point que, s'il existe à côté des personnes physiques des personnes morales, seules les premières méritent véritablement cette qualification parce que, seules, elles ont une existence réelle¹⁴⁵. En tant qu'il possède des droits qu'il tient de sa nature même, l'être humain est « la personne par excellence » et il ne saurait être question, pour le droit positif, de nier cette capacité aux droits. N'est-ce pas pourtant le résultat s'agissant de la femme mariée ? Certainement, mais, remarque Beudant, les restrictions qui découlent des conventions matrimoniales sont légitimes. Elles ont été agréées par la future épouse : c'est « la volonté seule et libre des parties qui arrête les conventions matrimoniales »¹⁴⁶, affirme-t-il sans tenir compte du fait que le consentement de la femme peut, en réalité, être induit par le contexte social. Pour le reste néanmoins, la capacité juridique qu'impliquent la liberté et la dignité (identité de la personne et du sujet de droit) a vocation à être complète à l'égard de ceux que la nature ne prive pas d'entendement. Recherchant le « fondement rationnel » de l'incapacité légale de la femme mariée, Beudant rejette ainsi l'argument tiré de la prééminence du sexe masculin, encore qu'il faille sans doute nuancer : si « en soi, cette thèse est fort discutable » et, selon lui, n'a pas été adoptée par les rédacteurs du Code, elle entre tout de même un peu dans la justification de l'incapacité, puisque Beudant conclut : « donc l'incapacité de la femme n'est pas *seulement* un hommage rendu à la

¹⁴² Cité par P. Cauwès (*art. précit.*, p. 377), d'après qui Beudant vise alors principalement les économistes dits *classiques*, qui s'offusquaient des méthodes et théories nouvelles de certains de leurs jeunes collègues.

¹⁴³ *Cours de droit civil français*, Paris, Rousseau, 1896, t. I, n° 49.

¹⁴⁴ Cf. D. Deroussin, *Histoire du droit privé (XVI-XXI^e siècles)*, Paris, Ellipses, 2010, p. 19.

¹⁴⁵ Beudant ne souscrit en effet pas à la conception réaliste de la personnalité morale et préfère classiquement à voir en elle une fiction légale (*Cours de droit civil...*, *op. cit.*, t. I, n° 1).

¹⁴⁶ *Cours...*, *op. cit.*, t. I, n° 316.

prépondérance du sexe fort »¹⁴⁷. Il se refuse, également, à toute explication fondée sur l'*imbecillitas sexus*, quitte à conclure que les règles du Code civil forment, sur ce point, « une législation sans système », sans unité, qui ne s'explique que par des emprunts aux traditions juridiques anciennes. Certes, dans le droit positif, l'incapacité n'est pas selon lui dénuée de fondement : à défaut de le découvrir dans l'interprétation des articles du Code, il croit le percevoir dans « l'intérêt de la famille » ou, plus exactement, ce qu'il appelle son « avenir » puisque, « dans l'état de nos mœurs », l'avenir de la famille est pris en charge par le mari, qui doit donc en être reconnu le chef. Il n'empêche : imprécise dans son principe, l'incapacité se « défend mal » et, sans trop de regret, Beudant prophétise son atténuation, voire sa suppression, laquelle « mettrait fin à la guerre qui existe, à cet égard, entre les hommes et les femmes » sans bouleverser « beaucoup la situation actuelle en fait »¹⁴⁸. Quant à l'égalité de dignité de l'homme et de la femme, elle le conduit à ne pas critiquer la réforme de 1884 relative à l'adultère du mari, qui procède à ses yeux d'une idée simple (le même fait devant produire les mêmes conséquences, qu'il ait été commis par le mari ou par la femme)¹⁴⁹, mais il ne s'émeut pas de l'exécution *manu militari* du devoir de cohabitation, laissant le mari seul juge de l'opportunité d'un tel recours¹⁵⁰.

Par ailleurs, la nationalité ne doit pas, en principe, interférer sur la jouissance des droits civils. Les rédacteurs du Code civil encourent donc le reproche d'avoir admis l'idée « inexacte à l'époque de la rédaction et tout à fait fausse aujourd'hui » qui consiste à limiter cette jouissance aux seuls nationaux¹⁵¹. Tout spécialement, les droits civils, qui mettent en œuvre les libertés individuelles, « ne sont pas particuliers au droit national de tel ou tel pays », en raison de leur caractère naturel, donc supra étatique¹⁵². En revanche, notre auteur salue les arrêts des 21 août 1879 et 2 décembre 1882 par lesquels la Cour de Paris, voyant

¹⁴⁷ *Ibid.*, n° 344. C'est nous qui soulignons. À cet hommage s'ajoute, en effet, « une idée de protection », qui assimile la situation de l'épouse à celle des interdits ou des mineurs.

¹⁴⁸ *Ibid.*, n° 345. Beudant annonce même l'accroissement du rôle du juge en cas de désaccord entre les époux.

¹⁴⁹ Or les idées simples doivent toujours l'emporter. Mais cela ne l'empêche pas d'énumérer soigneusement les arguments favorables à une différence de traitement entre les époux (*ibid.*, n° 306).

¹⁵⁰ *Ibid.*, n° 313.

¹⁵¹ *Cours de droit civil...*, *op. cit.*, t. I, n° 6.

¹⁵² *Ibid.*, n° 49.

dans la tutelle une charge de famille, affirme qu'elle appartient aux parents ès qualité, qu'ils soient nationaux ou non¹⁵³.

La *personne*, c'est donc d'abord et avant tout l'individu comme sujet de droit. Par ce terme se trouve donc désignée sa capacité (actualisée ou non) à être propriétaire ou créancier/débiteur ; capacité qui appartient en propre à tout être humain : « dans le droit actuel, tout homme constitue une personne »¹⁵⁴. Or l'homme est propriétaire de sa personne. Ses facultés physiques et intellectuelles, considérées en elles-mêmes, sont pour lui des « droits » dont il peut faire usage et qu'il développe « sous sa responsabilité »¹⁵⁵. Elles sont aussi des droits lorsqu'on les considère dans leurs résultats : ainsi du respect des contrats et de la propriété, qui n'est jamais qu'une « extension » de la personnalité. Les fondateurs de l'économie politique (Smith, Mercier de la Rivière) ont d'ailleurs donné selon lui du problème de la propriété la « solution définitive », en affirmant qu'elle procède de la liberté du travail, qui implique l'appropriation du produit¹⁵⁶. Puisqu'elle n'est qu'une forme de la liberté, la propriété est, comme elle, de droit naturel¹⁵⁷ et Montesquieu en court donc le reproche de ne pas avoir suffisamment marqué le lien qui

¹⁵³ *Ibid.*, n° 82.

¹⁵⁴ *Ibid.*, n° 2. Beudant rend au passage un hommage appuyé aux décrets-lois du 27 avril 1848, qui sont « l'honneur du Gouvernement provisoire de 1848 et surtout de l'homme qui en a été le promoteur, Victor Schoelcher ».

¹⁵⁵ *Le droit individuel, op. cit.*, n° 57. En conséquence, Beudant est favorable à la liberté de mouvement des personnes (quitte à réguler par la loi certaines conséquences du « cosmopolitisme ») : « n'est-ce pas maintenant qu'on se fait illusion quand on pense se protéger en se fermant pour éviter la concurrence ? ». D'autant plus que des limites trop drastiques conduiraient à entraver les échanges économiques (*Cours...*, *op. cit.*, t. I, n° 76). Tout cela n'est pas sans rappeler la liberté que Locke reconnaît à chaque individu de choisir le corps politique qui lui convient, sans être nécessairement rattaché à celui de son père (*Traité du gouvernement civil*, ch. VII, XXIV).

¹⁵⁶ S'il ne le cite pas ici, parce qu'il vise seulement les *économistes*, il est clair que Beudant partage le point de vue exprimé par Locke dans son *Traité du gouvernement civil* : l'homme, étant le maître de sa propre personne, de toutes ses actions, de tout son travail, a toujours en lui le fondement de la propriété (ch. IV, XX), de sorte qu'il est facile de concevoir comment le travail a pu donner, au commencement du monde, un droit de propriété sur les choses communes de la nature (ch. IV, XXVI).

¹⁵⁷ *Le droit individuel, op. cit.*, n° 68, où Beudant renvoie, pour l'analyse de la théorie économique, à P. Cauwès, *Précis d'économie politique*, Paris, 2^e éd., qui écrira sa nécrologie pour la *Revue d'économie politique* en 1896, et, pour la philosophie contemporaine, à A. Fouillée, même si ce dernier se fait de la relation du libre arbitre à la dignité de la personne une conception un peu différente de celle de Beudant, dans la mesure où, considérant qu'il n'est pas possible de prouver scientifiquement la liberté, il se contente d'écrire que l'homme a « pratiquement des droits par cela seul qu'il est un être conscient ayant l'idée du droit » (A. Fouillée, *L'idée moderne du droit*, Paris, 6^e éd., 1909, p. 261).

unit si fortement la propriété à la liberté, sans doute parce qu'il n'a pas clairement exprimé l'idée selon laquelle la source des droits individuels (droits civils, disait Montesquieu) réside dans la liberté de la volonté¹⁵⁸. De manière pragmatique, il ne lui semble donc pas inutile de rappeler la condamnation de toute propriété originaire de l'État sur les immeubles portée par le fameux arrêt de la Cour de cassation du 23 juin 1857¹⁵⁹, spécialement à l'attention de ceux qui, réfléchissant à une éventuelle réforme fiscale, voudraient réactiver l'idée d'une propriété supérieure de l'État, ou de mettre en garde contre les incursions du juge dans la liberté testamentaire, évoquant une « crise » du droit de disposer par testament, à propos des dispositions secrètes¹⁶⁰.

Dans l'ordre matériel cette fois, l'État n'a pas à s'intéresser à la répartition des richesses. Le libre jeu des intérêts est « la meilleure condition pour le développement de la richesse »¹⁶¹ et la « protection due aux faibles » ne doit pas inciter l'État à réglementer les rapports du capital et du travail, par exemple en précisant un temps de repos avant et après l'accouchement : « liberté et intervention de l'État dans le règlement de l'activité humaine sont termes inconciliables : ceci tuera cela »¹⁶². Dans la même logique, il abandonne le contrat à la seule volonté des parties, y compris lorsque celle-ci peut n'être qu'apparente.

On aurait tort cependant de réduire la pensée de Beudant à une dimension purement conservatrice. Comme le remarquait P. Cauwès, son individualisme n'est pas aussi étriqué que celui, par exemple, de Spencer : d'après celui-ci, qui l'a bien connu, jamais Beudant n'aurait pu souscrire à « la formule spencérienne : 'un besoin public, jusqu'à ce qu'il soit satisfait d'une manière spontanée, devrait rester sans satisfaction aucune' ». Certes, la proposition de création d'une école d'apprentis formulée alors qu'il est membre du Conseil municipal de Paris, qu'il justifie par le souci de venir en aide aux plus faibles et la volonté de renouer avec « la valeur technique et morale de l'artisan » en luttant contre l'évolution récente des modes de production, accusée de désorganiser les

¹⁵⁸ Aux yeux de Beudant, Montesquieu cède encore au « préjugé de l'État providence », notamment lorsqu'il croit à l'utilité des lois somptuaires (*Le droit individuel, op. cit.*, n° 89).

¹⁵⁹ Cf. J.-J. Clère, « En l'année 1857... la fin de la théorie de la propriété originaire de l'État », *MSHDB* 1987, t. 44, p. 223-268 ; J.-L. Halperin, *Histoire du droit des biens*, Paris, Economica, p. 219 ; D. Deroussin, *Histoire du droit privé, op. cit.*, p. 361.

¹⁶⁰ Cf. sa note au *Dalloz* 1895, 2, 249.

¹⁶¹ *Le droit individuel, op. cit.*, n° 158.

¹⁶² *Ibid.*, n° 166.

foyers, peut-elle apparaître comme plutôt conservatrice et paternaliste. Mais elle illustre aussi le fait que, pour mener à bien l'expérience, Beudant compte non seulement sur l'initiative privée (celle des syndicats essentiellement), mais estime nécessaire et légitime l'intervention de la puissance publique : la ville doit mettre au service de cette école « la puissance des moyens dont elle dispose ». Cherchant à restituer fidèlement les convictions économiques de Beudant, P. Cauwès conclut, plus généralement, que si la critique portée par *Le droit individuel et l'État* contre le socialisme d'État peut laisser croire en un « individualisme plus doctrinaire », elle n'emporte pas cependant « la condamnation, au point de vue de la doctrine, de toute intervention de l'État en matière économique » : seules les « exagérations » sont, à ses yeux, visées¹⁶³. C'est donc une position finalement nuancée qu'adopte notre auteur, s'agissant des rapports de la puissance publique à l'économie. Loin de nier la *question sociale*, il la pose clairement, mais choisit d'y répondre en encourageant « le développement progressif du bien-être général » qu'il considère comme le seul moyen de « rendre les conditions de la vie plus faciles et plus équitables pour le plus grand nombre »¹⁶⁴.

B - Le droit comme système de libertés

Dans son sens le plus large, le droit n'est rien autre chose que « la science de la liberté »¹⁶⁵, « l'harmonie des libertés », ce qui rappelle la définition kantienne du droit comme ensemble des conditions permettant l'accord des libres arbitres individuels conformément à la loi générale de liberté¹⁶⁶, mais aussi, plus directement ce qu'explique A. Roussel dans son *Encyclopédie du droit* publiée à Bruxelles en 1843, que Beudant a certainement lue, puisqu'il en cite un extrait dans sa *Leçon d'ouverture* : le droit comme « juste limite imposée à l'usage de la liberté extérieure des hommes » ou encore comme « équilibre... entre toutes les existences humaines »¹⁶⁷. En réalité, Beudant s'inscrit ici dans la tradition libérale et dans le droit-fil, par exemple, de Montesquieu¹⁶⁸. Cela dit, on pourrait encore remonter plus loin dans le temps. N'est-ce pas en effet ce qu'exprimait le célèbre précepte du droit naturel formulé par Ulpien *suum cuique tribuere*, qu'il faut comprendre, selon Beudant,

¹⁶³ C'est ce qu'il explique dans un rapport de 1872 cité par P. Cauwès, *art. précit.*, p. 373.

¹⁶⁴ Discours prononcé à la Faculté de droit le 2 août 1887, cité par P. Cauwès, *art. précit.*, p. 377.

ainsi : le rôle de la loi est d'assurer l'expansion des libertés en veillant à ce que personne n'usurpe la part qui revient à autrui¹⁶⁹ ?

Les limites à la liberté individuelle forment, du point de vue de l'individu, l'espace dans lequel il peut s'épanouir et, dans sa relation aux autres, le « juste pratique »¹⁷⁰. Pour expliquer la combinaison des libertés individuelles, Beudant répond aux critiques formulées notamment par Malouet lors de la rédaction de la Déclaration des droits en distinguant, dans la pure tradition scolastique, la thèse de l'hypothèse. Le droit, lorsque son principe est considéré « dans toute sa rigueur » (thèse), se confond avec la liberté idéale, illimitée. Mais il supporte, lorsqu'il est considéré au plan pratique (hypothèse), des limites qui tiennent soit au respect de la liberté d'autrui soit aux nécessités sociales admises par la loi¹⁷¹. Cette distinction lui permet de prendre à son compte, en surmontant la contradiction entre *liberté* et *contrainte*, la maxime morale kantienne qui consiste à agir extérieurement d'une manière telle que l'usage par chacun de sa liberté s'accorde avec celle des autres. En outre, elle place au cœur de sa réflexion le mécanisme de la *réciprocité*¹⁷². Ainsi compris le droit est un *système d'agencement de limites* ; limites qu'il fixe et garantit. L'existence d'un tel système n'est d'ailleurs pas propre à telle ou telle civilisation. Elle se rencontre partout et en tout temps, même si ses formes, *i.-e.* ses manifestations concrètes, peuvent varier (la « diversité historique et locale n'est qu'apparente »¹⁷³) dans la mesure où, toujours, « l'éternel souci de la liberté humaine incessamment menacée par la violence » rend universelle l'idée de sa protection par le Droit. On retrouve là encore une antique libérale : le Droit est, fondamentalement, un agencement *protecteur* de la liberté contre les diverses formes d'oppression qui peu-

¹⁶⁵ *Le droit individuel, op. cit.*, n° 1.

¹⁶⁶ E. Kant, *Doctrine du droit*, Introduction, § B, éd. Pléiade, p. 479.

¹⁶⁷ A. Roussel, *Encyclopédie du droit*, Bruxelles, 1843, p. 3.

¹⁶⁸ Selon qui, comme on a pu l'écrire, « la liberté n'est possible que par la médiation des lois » (R. Scialom, *La distinction lois politiques-lois civiles (1748-1804)*, Aix, PUAM, 2011, p. 39).

¹⁶⁹ *Leçon d'ouverture...*, *op. cit.*, p. 13.

¹⁷⁰ *Le droit individuel, op. cit.*, n° 2.

¹⁷¹ *Ibid.*, n° 89.

¹⁷² Les lois servent à pondérer les droits et les devoirs. Par exemple, si Beudant reconnaît aux individus la liberté de s'expatrier (« c'est un droit pour tout homme de choisir une patrie mieux en rapport avec ses goûts »), il admet la possibilité, pour les États, d'astreindre ceux qui vivent sur leur territoire, et bénéficient de leur protection, à certaines obligations (*Cours...*, *op. cit.*, t. I, n° 11).

¹⁷³ *Le droit individuel, op. cit.*, n° 4.

vent la contrarier, ce dont rendent compte les oppositions libéralisme/absolutisme, libéralisme/socialisme, etc.

L'organisation libérale du droit est donc celle dans laquelle l'individualisme est corrigé par le respect de l'homme, *i.-e.* le « souci de la justice », et des procédures de *garantie*¹⁷⁴ (y compris contre les tendances naturelles de l'homme¹⁷⁵). La raison en est simple : elle se contente d'assigner à la société, comme but unique et « normal », le « développement large et complet des facultés de l'individu »¹⁷⁶ ; développement en vue duquel l'État doit œuvrer en garantissant l'usage par chacun de ses facultés et non en se substituant aux individus ni même en agissant pour leur compte, par exemple en partant à la recherche du « bonheur commun » dont parlait la Déclaration de l'an I¹⁷⁷. Dans une telle organisation, la mission de la loi, qui ne saisit que le citoyen, est conçue *a minima*. Elle consiste seulement à garantir le droit de chacun et à réprimer ce qui est préjudiciable à autrui ; « au-delà commence pour tous le domaine de la liberté nécessaire »¹⁷⁸. Dans les rapports entre particuliers, la loi doit rechercher la « limite juste, c'est-à-dire ramenée à son minimum, qui doit être imposée à l'usage extérieur de la liberté »¹⁷⁹. Faire du bonheur commun la fin de la société serait donc contrevenir à la thèse libérale. Pire, ce serait prendre un risque inouï en suggérant à chacun de ses membres qu'il a « le droit d'exiger qu'elle le

¹⁷⁴ *Ibid.*, n° 146.

¹⁷⁵ Le libéralisme de Beudant est, fondamentalement, *respect des formes*, parce qu'un tel respect garantit contre une nature humaine conçue non pas de manière négative ou pessimiste, mais sans illusion sur ses capacités : l'homme est naturellement paresseux, son inexpérience peut lui jouer des tours, il se laisse le plus souvent guider par une « perception non raisonnée », *i.-e.* par l'impression, « cette force qui saisit l'esprit comme le frisson saisit le corps, sans que l'on sache, le plus souvent, qui le produit » (*De l'indication...*, *op. cit.*, n° 44). Les procédures, parce qu'elles encadrent et contraignent à l'usage de la raison, sont donc d'autant plus nécessaires.

¹⁷⁶ *Le droit individuel*, *op. cit.*, n° 83. C'est ce qu'a permis, selon lui, l'action réformatrice de la Constituante.

¹⁷⁷ C'est là une critique courante de la part des libéraux. Courcelle-Seneuil par exemple explique également que « on ne peut oublier l'existence des individus et prendre l'État pour un être concret, sans s'exposer à des erreurs considérables » (*Préparation...*, *op. cit.*, p. 131) ; que, en fait de « gouvernement » il n'y a que des hommes en charge de telle ou telle fonction publique (par distinction avec les fonctions industrielles) et que tout doit être subordonné à l'autonomie de l'homme : « l'homme est une personne dont les désirs, les besoins, ne sont sentis par aucune autre » (*ibid.*, p. 157). En conséquence, il est hors de question de charger le gouvernement d'agir en vue de « faire le bonheur des sujets ». Ce dernier, écrit Courcelle, doit se contenter d'assurer aux hommes la liberté « de travailler, de vendre, d'acheter et de contracter » (*ibid.*, p. 171 et 174).

¹⁷⁸ *Le droit individuel*, *op. cit.*, n° 63.

¹⁷⁹ *Ibid.*, n° 67.

lui procure », c'est affirmer le principe même du socialisme, *i.-e.*, écrit-il, « la plus rétrograde des doctrines »¹⁸⁰. Si (et cela n'implique pas l'adoption des thèses contractualistes) Beudant fait en partie sienne l'idée évoquée par Rousseau d'une perte de sa liberté par l'individu par le fait de l'établissement du règne des « lois sociales » (abdication justifiée par une contrepartie : « jouir paisiblement du surplus : ce que le droit de l'individu perd en étendue, il le gagne en sécurité »¹⁸¹), il s'empresse de préciser que ce renoncement n'est pas absolu, car (et l'on sent ici l'inspiration lockéenne¹⁸²) le pouvoir de l'État est limité par ce qui constitue la fin même de la société politique : la protection de la liberté individuelle. L'École libérale, affirme-t-il, appréhende donc la société comme « un groupement d'êtres unis dans un commun sentiment de sympathie, d'assistance et de protection mutuelles » et non comme un agrégat d'égoïsmes coexistants de manière accidentelle. C'est là une manière d'affirmer sa préférence pour la théorie de l'État gendarme (sous les réserves évoquées plus haut) : Beudant loue justement la constitution de 1791 parce qu'elle a su maintenir la mission de l'État à « son rôle normal »¹⁸³, *i.-e.* assurer le libre jeu des libertés individuelles. Au fond, sa pensée est en accord parfait avec celle de Locke : la raison ultime du pacte social réside dans la mise en place d'une justice propre à garantir à chacun sa sphère de liberté (donc sa part de propriétés). L'État n'est rien autre chose que « le droit de défense personnelle transportée à une force publique au profit de la liberté commune »¹⁸⁴, et la loi, comme la définit « l'illustre Bastiat », n'est que « l'organisation collective du droit individuel de légitime défense »¹⁸⁵. Encore faut-il garder à l'esprit que, même s'il ne l'expose pas explicitement, Beudant a conscience du fait que l'affermissement du droit individuel n'est pas exclusif du développement du droit social : les attributions de la souveraineté se multiplient en même temps que, parallèlement, s'élargit (avec une protection plus efficace) le champ d'intervention de la personne¹⁸⁶.

¹⁸⁰ *Ibid.*, n° 96.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 11.

¹⁸² Beudant considère l'*Essai sur le gouvernement civil* de Locke comme « le livre classique de l'idée moderne du droit » (*Le droit individuel, op. cit.*, n° 65).

¹⁸³ *Ibid.*, n° 83.

¹⁸⁴ *Ibid.*, n° 56.

¹⁸⁵ Beudant fait référence à *La loi*, publié par Bastiat en 1850 (*Leçon d'ouverture...*, *op. cit.*, p. 13).

¹⁸⁶ Ce qui fait dire à P. Cauwès que Beudant entendait, pour une édition future, modifier le titre de son ouvrage pour : *Le droit individuel et le droit social*, ce qui montre qu'il ne méconnaît

Enfin, au sein de la tradition libérale, c'est plutôt à la tendance rationaliste que Beudant paraît adhérer, puisque les limites à la liberté ne peuvent être fixées selon lui que sous l'égide de la raison. Si le Droit est la « science de la liberté », l'« intelligence » et la « réflexion », *i.-e.* la raison, en sont les outils, de sorte que le droit « a pour objet l'emploi raisonné des facultés de l'homme »¹⁸⁷ (à quoi il faudrait ajouter, comme autre indice du choix rationaliste, le recours à la méthode déductive, selon laquelle il faut connaître les principes, *i.-e.* les « idées nécessaires bien coordonnées » qui régissent la matière puis, par la déduction appuyée sur le bon sens et l'habitude, descendre dans le détail des questions¹⁸⁸). Plus généralement, le droit et la loi ne doivent pas être « l'autorité qui s'impose » mais « celle qui se justifie, qui cherche et obtient l'adhésion par un appel à la raison »¹⁸⁹. C'est à ce prix seulement que, par la médiation de la loi, l'individu se réalise pleinement¹⁹⁰. Beudant n'est donc ni empirique ni sensualiste. Tout est chez lui passé au filtre de la raison, y compris l'usage par chacun de son indépendance naturelle (sauf à sombrer dans la « tyrannie au profit du plus fort »¹⁹¹), précisément pour garantir au mieux cette liberté. Les sentiments ou les désirs, livrés à eux-mêmes, n'engendrent que désordre « car l'instant marche droit à sa plus prochaine satisfaction »¹⁹². S'il faut au contraire établir un « ordre », c'est « comme sauvegarde de l'intérêt de tous ». De cet ordre, le droit authentiquement conçu, *i.-e.* non pas comme *commandement* d'un souverain (parce qu'il ne faut pas faire dépendre, par exemple, la qualité de la loi de celle du Législateur) mais comme *système* (ensemble de combinaisons : loi/coutume-opinion publique, droit

pas le droit social, qu'il considère comme « un résultat progressif » du développement des institutions juridiques et sociales plutôt que comme « un principe primordial » (*art. précit.*, p. 374).

¹⁸⁷ *Ibid.*, n° 1.

¹⁸⁸ Il faut donc habituer l'esprit « aux procédés de déduction qui des principes concluent aux applications » (cité par R. Beudant dans la préf. à la 1^{re} édition du *Cours de droit civil français*, Paris, 1934, p. 6).

¹⁸⁹ *Leçon d'ouverture...*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁹⁰ Lorsque la loi prend enfin acte du nécessaire respect du droit individuel commence « le triomphe de l'individualité par l'association » (*Leçon d'ouverture...*, *op. cit.*, p. 14).

¹⁹¹ *Le droit individuel*, *op. cit.*, n° 2. Beudant se réfère à Bossuet, *Politique tirée des propres paroles de l'Écriture sainte*, I, III, prop. 4 : « où tout le monde peut faire ce qu'il veut, nul ne fait ce qu'il veut ».

¹⁹² *Le droit individuel*, *op. cit.*, n° 2.

positif/droit naturel, individu/société¹⁹³) organisant l'exercice des libertés, est le meilleur garant.

¹⁹³ Parler d'un « triomphe de l'individualité par l'association » montre combien, dans l'esprit de Beudant (comme chez Locke), l'individu n'accède à la pleine conscience de lui-même et au plein exercice de ses facultés que par son inscription dans un groupe social.