



HAL
open science

Le miroir de l'autorité : l'instrumentalisation de l'autorité dans la doctrine contemporaine

Nader Hakim

► **To cite this version:**

Nader Hakim. Le miroir de l'autorité : l'instrumentalisation de l'autorité dans la doctrine contemporaine. Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique, 2007, pp.459-477. halshs-01786188

HAL Id: halshs-01786188

<https://shs.hal.science/halshs-01786188v1>

Submitted on 1 Oct 2024

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.

LE MIROIR DE L'AUTORITÉ : L'INSTRUMENTALISATION DE L'AUTORITÉ DANS LA DOCTRINE CONTEMPORAINE

Au cours de la période contemporaine, la fin du XIX^e siècle et le début du siècle suivant constituent un moment particulier dans l'histoire de la pensée juridique dont on a maintes fois souligné la richesse¹. La science du droit est en effet en effervescence et les constructions juridiques réalisées constituent, aujourd'hui encore, des références remarquables. Les noms de Saleilles, de Gény, de Lambert, d'Esmein, de Planiol, comme de Duguit ou d'Hauriou illustrent ainsi une époque de renouvellement de la pensée juridique française. L'importance de ces auteurs ne fait pas de doute et nul ne peut contester leurs apports.

Ce constat ne saurait toutefois empêcher de s'interroger sur l'ampleur de la rénovation entreprise dans cette période charnière, et plus particulièrement sur le discours doctrinal de quelques auteurs phares. En matière de droit privé, spécialement en droit civil, l'une des ambitions de la rénovation opérée par l'École dite scientifique est de restaurer l'autorité de la doctrine juridique. On estime qu'il faut entrer dans une ère nouvelle : une ère dans laquelle les membres de la doctrine réaffirmeraient leur rôle, ne serait-ce que d'un point de vue théorique, et restaureraient leur vocation à assurer un magistère

1. Cf. notamment J-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Quadriga, 2001, n^{os} 112 et s., p. 171 et s. ; *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. Alland et St. Rials, PUF, 2003, v^o Exégèse (École) ; Ph. RÉMY, « Planiol : un civiliste à la Belle Époque », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 2002, p. 31-45 ; Chr. JAMIN, « Relire Labbé et ses lecteurs », *Archives de philosophie du droit*, tome 37, 1992, p. 247-267 ; « L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine positiviste à la charnière des XIX^e et XX^e siècles », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, p. 815-827 ; *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, v^o Dix-neuf cent : crise et renouveau dans la culture juridique ; Ph. JESTAZ et Chr. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, 2004, spécialement p. 95 et s. ; D. BUREAU, « Les regards doctrinaux sur le Code civil », dans *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 171-210.

incontournable. Le vieillissement de la codification, la concurrence des nouvelles disciplines juridiques, des sciences sociales² et politiques comme de la science allemande, les modifications qui affectent la doctrine elle-même, devenue essentiellement professorale, rendent alors cette rénovation indispensable.

Ces auteurs souhaitent ainsi indubitablement recouvrer une autorité synonyme d'influence, de prestige et de crédit. Il est donc nécessaire de clarifier cette notion afin d'éclairer leur tentative.

Selon Mommsen, l'autorité est « plus qu'un conseil et moins qu'un ordre, un avis auquel on ne peut passer outre sans dommage »³. Le célèbre historien allemand vise en l'occurrence la propriété première de l'autorité, indiquée par son étymologie, qui est d'augmenter la valeur d'une injonction ou d'une proposition. Toutefois, cette citation n'embrasse pas toute l'ampleur du phénomène complexe qu'est l'autorité. Celle-ci est en effet une relation triangulaire⁴ entre, d'une part, un porteur de l'autorité, un professeur par exemple, d'autre part, une personne qui accepte l'autorité du porteur, un étudiant, et enfin un domaine particulier, le droit notamment.

Il faut toutefois distinguer deux formes d'autorité⁵. La première, souvent confondue avec le pouvoir qui l'exerce, est l'autorité dite déontique⁶ ou contraignante. Elle est l'autorité qui permet de commander, la faculté légitime d'émettre des injonctions qui sont admises comme étant le meilleur moyen de réaliser un objectif pratique. Cette forme d'autorité permet d'exiger « un certain comportement de la part de celui qui lui est soumis »⁷, sans forcément avoir à recourir à la contrainte physique. Elle est, de plus, une autorité sociale fondée sur une inégalité,

2. Sur ce thème, cf. Fr. AUDREN, *Les juristes et les mondes de la science sociale en France*, thèse droit dactyl., Dijon, 2005 ; « Comment la science sociale vient aux juristes ? Les professeurs de droit lyonnais et le spectre de la science sociale (1875-1935) », communication au colloque *La Faculté de droit de Lyon et le renouveau de la science juridique sous la Troisième République* (Lyon, 4 et 5 février 2005), à paraître.

3. Le propos est cité par Hannah Arendt (*La crise de la culture*, Paris, 1989, p. 162).

4. Sur ce point fondamental, cf. l'étude sur laquelle s'appuie notre réflexion : J-M BOCHENSKI, *Qu'est-ce que l'autorité ? Introduction à la logique de l'autorité*, Fribourg-Paris, 1979.

5. Cette dichotomie oppose ainsi les sens 1 à 3 aux sens 4 à 5 donnés au terme autorité dans le *Vocabulaire juridique* du doyen Cornu (Association Henri Capitant, 4^e éd. mise à jour, PUF, Quadrige, 2003, v^o Autorité, p. 93).

6. Du grec *deomai* qui signifie « je dois ».

7. A-J ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd. entièrement refondue, corrigée et augmentée, LGDJ, 1993, v^o Autorité, p. 51. Sur cette forme d'autorité cf. également S. KERNEIS, *Dictionnaire de la culture juridique*, op. cit., v^o Autorité. Cet auteur écrit notamment *in fine* : « Le pouvoir peut être omnipotent, il est partout présent. L'autorité est plus diffuse, plus prestigieuse aussi. Elle est ce supplément d'âme qui anime et intensifie le pouvoir. La raison travaille à la démystifier ; elle réapparaît, dès lors que le pouvoir, affaibli, doit convaincre » (*Ibid.*, p. 116).

une hiérarchie entre le porteur de cette autorité et ses sujets ⁸. Dans le cadre de la science juridique contemporaine, le législateur est alors l'autorité déontique parfaite, et la loi l'exercice type de cette autorité. L'autorité susceptible de fonder une décision juridique est ainsi ce que les juristes, dans leur majorité, nomment les sources du droit ⁹.

Le seconde forme d'autorité est toute différente. Il s'agit de l'autorité cognitive, savante ou épistémique ¹⁰, qui découle de la connaissance. Elle s'acquiert, en effet, par la démonstration d'une compétence et se réalise lorsque l'auteur voit ses opinions ¹¹ acceptées comme vraies ou justes par son auditoire. Elle suppose une relation égalitaire entre le porteur de l'autorité et celui qui accepte celle-ci. La doctrine juridique est assurément susceptible d'entrer dans cette dernière catégorie. Puisqu'elle est ontologiquement une opinion, et par extension l'auteur de celle-ci, la réalité dont ce terme rend compte est consubstantiellement un phénomène d'autorité. Puisqu'un auteur connaît le droit, il bénéficie de la confiance de tous ceux qui voient en lui une personne digne de crédit. Ces derniers peuvent alors avoir foi en ses opinions et, par voie de conséquence, les membres de la doctrine doivent sans cesse démontrer qu'ils possèdent les qualités nécessaires pour se voir reconnaître cette autorité ¹².

A la fin du XIX^e siècle, François Gény joue un rôle déterminant dans la fixation du rôle du terme autorité dans la théorie générale du droit ¹³. Alors que les auteurs du XVIII^e siècle hésitaient entre les deux

8. Cf. H. ARENDT, *op. cit.*, p. 123 et s. ; M. WEBER, *Économie et société*, Traduit de l'allemand par Julien Freund *et alii*, PUF, 1971, tome 1, n^{os}122-123, p. 219-221 ; E. BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, Paris, 1969, vol. 2, p. 148 et s.

9. Sur cette notion complexe qui s'impose dans le langage juridique à la fin du XIX^e siècle, cf. notamment M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Paris, 2^e éd., 1978, tome 2, n^o 180, p. 85 ; J-L VULLIERME, « Les anastomoses du droit (spéculations sur les sources du droit) », *Archives de philosophie du droit*, tome 27, « sources » du droit, 1982, p. 5-21 ; Ph. JESTAZ, « Source délicieuse... (Remarques en cascades sur les sources du droit) », *Revue trimestrielle de droit civil* 1992, Variétés, p. 73-85 ; « Les sources du droit : le déplacement d'un pôle à un autre », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1996, p. 299-312 ; A-J ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique...*, *op. cit.*, v^oSources du droit, p. 577-578.

10. Du grec *epistémè* qui signifie savoir ou science.

11. Notons qu'il ne s'agit, de prime abord, que des opinions relatives au domaine de compétence reconnu au porteur, bien qu'en réalité, et l'autorité risque alors de devenir pathologique, l'autorité acquise recouvre bien souvent des opinions relatives à d'autres champs de la connaissance.

12. Sur l'ensemble de ces points, nous nous permettons de renvoyer à notre thèse *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, LGDJ, 2002, tome 381 de la Bibliothèque de droit privé, préface Michel Vidal.

13. Il s'agit d'une période charnière de l'histoire de la pensée juridique en matière de terminologie comme le montre par ailleurs l'évolution des termes jurisprudence, doctrine ou source.

acceptions du terme en qualifiant pêle-mêle la loi, la coutume, les arrêts et les juriconsultes d'autorités, distinguant simplement les autorités contraignantes que sont la loi, la coutume, les jugements et arrêts et les usages locaux, des « autorités éloignées » que sont les coutumes voisines, la jurisprudence d'une autre cour et l'opinion des juriconsultes¹⁴, le doyen nancéien qualifie explicitement la doctrine d'autorité. Avec Gény, cette qualification est d'autant plus marquée qu'elle s'insère dans la théorie des sources du droit qu'il bâtit. Il distingue ainsi les sources des autorités¹⁵, en prenant comme critère le pouvoir d'édicter une norme, ce qui, autrement dit, revient à distinguer les autorités déontiques et les autorités épistémiques, bien que la place de la jurisprudence au sens contemporain du terme reste ambivalente à maints égards¹⁶.

L'œuvre entreprise par les réformateurs de la Belle Époque consiste ainsi à restaurer cette autorité cognitive, la doctrine étant manifestement privée de toute autorité déontique et, plus largement, de tout pouvoir¹⁷. Pour ce faire, ce petit groupe d'auteurs systématise les conceptions et les méthodes doctrinales, et centre principalement sa réflexion sur l'interprétation. Ce faisant, ces auteurs s'attachent à promouvoir l'aspect scientifique de méthodes interprétatives dont dépend étroitement l'autorité qu'ils sont susceptibles d'exercer, puisque le contexte intellectuel du temps exige une clarification du *modus operandi* de toute discipline qui se veut scientifique, et ce notamment selon le modèle fourni par Claude Bernard¹⁸. Ils s'attaquent alors au schéma de l'exégèse en bâtissant *a posteriori* un modèle explicatif : l'« École de l'Exégèse ». Cette construction, aujourd'hui remise en

14. GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, N^{elle} éd., Paris, 1784, tome 1, v^o Autorités, p. 862-865 (article de François Dareau conservé dans le répertoire de Merlin). Cette attitude n'est d'ailleurs pas propre à Dareau puisqu'elle se retrouve couramment à la fin de l'Ancien Régime. Cf. ainsi Cl. - J de FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, 2^e édition, revue, corrigée & augmentée, Paris, 1740, tome 1, v^o Autorité, p. 207 ; J-B DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, 8^e éd., Paris, 1753, v^o Autorités, tome 1, p. 199.

15. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., Paris, 1919, tome 1, n^{os} 90-91, p. 234-238 et tome 2, n^{os} 138 et s., p. 2 et s.

16. Pour Gény, comme pour la majeure partie de la doctrine civiliste de son époque, la question est résolue à la fois par la séparation des pouvoirs et par l'attribution à la jurisprudence d'un statut particulier. Sur ce point, cf. notamment *Méthode...*, *op. cit.*, tome 2, n^o 140, p. 9-13.

17. Nous ne souscrivons pas à l'analyse de la doctrine en terme de pouvoir, lequel ne peut rendre compte du phénomène de l'autorité. Comparer avec Ph. JESTAZ et Chr. JAMIN, *La doctrine*, *op. cit.*, p. 5 et s. et p. 258-264.

18. Sur ce point, cf. notamment G. GUSDORF, *Introduction aux sciences humaines*, Paris, 1978, p. 353.

cause, poursuit un objectif essentiel. Il s'agit de se démarquer d'une doctrine exégétique qui leur semble asservir l'interprète à la codification napoléonienne. Or, ceci est jugé humiliant dans le cadre d'une science ou d'un art digne de ce nom¹⁹. Au moment où naît un sentiment de déclin du droit, et donc de la doctrine²⁰, le besoin de redorer le blason de la science juridique est plus vif que jamais. Il faut par conséquent rompre avec une doctrine exégétique jugée trop peu scientifique et dont les méthodes sont présentées comme inaptes à fonder l'autorité convoitée.

Dans la décennie qui encadre le centenaire du Code civil, l'enjeu est donc d'affirmer l'existence d'une « École scientifique »²¹, c'est-à-dire de méthodes de type scientifique susceptibles de fonder les opinions doctrinales. Puisque l'interprétation est le moyen d'obtenir une connaissance objectivement valable, elle devient le fer de lance d'une doctrine qui doit incarner le savoir qui fonde l'autorité. Les rénovateurs estiment ainsi que la doctrine doit être à même de fournir ce que Gény qualifie de « directions de jugement pour l'interprète »²² et ce, pour permettre à la doctrine de jouer un rôle qui n'est plus l'acclimatation du Code civil mais l'adaptation du droit civil.

Deux idées force s'imposent dès lors. La première est le refus de toute subjectivité doctrinale. Celle-ci est en effet contraire à l'autorité cognitive en ce qu'elle est susceptible de corrompre l'admissibilité des opinions doctrinales. C'est pourquoi les rénovateurs insistent sur la rigueur et l'objectivité indispensables à l'exercice de l'autorité. La seconde, en lien direct avec la première idée, est la recherche d'une légitimité extérieure au Code civil. Dans un champ universitaire en mutation, les membres de l'« École scientifique » insistent sur la nécessité de recourir à la réalité observable par le biais des données objectives. Ici encore, puisque l'autorité doctrinale repose sur la

19. Cf. par exemple Fr. GÉNY, *Méthode...*, *op. cit.*, tome 1, n° 33, p. 64-67 ; J. CHARMONT et A. CHAUSSE, « Les interprètes du Code civil », dans *Le Code civil, 1804-1904. Livre du centenaire publié par la Société d'études législatives*, Paris, 1904, tome 1, p. 135.

20. *Méthode...*, *op. cit.*, tome 1, n° 2, p. 3-4. Ce sentiment demeure répandu dans l'entre-deux-guerres. Par exemple Édouard Lambert parle du « discrédit » des facultés de droit « dans les cercles intellectuels » (*L'enseignement du droit comme science sociale et comme science internationale*, tome 23 de la Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon, Paris, 1928, p. LXIV). Ce symptôme est d'ailleurs récurrent dans la doctrine contemporaine. Sur ce point, cf. notamment J-D BREDIN, « Remarques sur la doctrine », dans *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, 1981, p. 111-123 ; Ph. JESTAZ, « Déclin de la doctrine ? », *Droits*, n° 20, *Doctrines et recherche en droit*, 1994, p. 85-96.

21. Georges Ripert critique cette tendance : « Il est trop facile de déclarer scientifique l'école qui est la dernière en date pour dénier à la précédente un tel caractère » (*Les forces créatrices du droit*, Paris, 1955, n° 6, p. 17).

22. *Méthode...*, *op. cit.*, tome 2, n° 138, p. 3.

connaissance, la doctrine doit démontrer qu'elle ne se limite pas aux textes du Code civil et qu'elle est susceptible d'atteindre la vie sociale et intellectuelle.

L'autorité est alors un miroir dans lequel la doctrine se contemple²³. L'analyse du discours doctrinal permet en effet de montrer que cette autorité tant convoitée devient un instrument au service des mutations de la pensée juridique. Les rénovateurs de la Troisième République l'utilisent afin d'opérer les changements desquels doivent découler le sursaut escompté. Ils instrumentalisent ainsi l'autorité défaillante de l'« École de l'Exégèse » pour mettre en valeur leurs propres efforts méthodologiques et conceptuels. Par ce jeu de miroir, la doctrine du XIX^e siècle est déformée et celle de la période suivante acquiert un éclat remarquable.

La question est toutefois de savoir si la restauration opérée par l'« École scientifique » sera à même de rompre totalement avec les pratiques antérieures. Elle est donc de savoir si l'autorité de la doctrine juridique est purement cognitive, ou si, au contraire, elle ne demeure pas contrainte de faire sienne l'autorité des sources du droit afin de faire admettre ses opinions par les juristes qui les emploient. Il est ainsi possible de voir dans la rénovation entreprise à la charnière des XIX^e et XX^e siècles une instrumentalisation de l'autorité qui se déroule en deux temps. L'« École scientifique » se construit d'abord en opposition à une « École de l'Exégèse » dont on expose les défaillances. Dans un deuxième temps, les réformateurs entreprennent de restaurer l'autorité de la doctrine en tentant de mettre en exergue ses qualités savantes.

D) LA MISE EN SCÈNE D'UNE AUTORITÉ DÉFAILLANTE

Les rénovateurs de la Belle Époque mettent en scène la doctrine du XIX^e siècle et décrivent des méthodes tout à fait impropres à fonder une véritable autorité. S'il faut attendre Julien Bonnecase²⁴ et Eugène Gaudemet²⁵ pour voir se diffuser l'image d'une « École de

23. Sur ce point, cf. les remarques du professeur Gilles Goubeaux (« Il était une fois... la Doctrine », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, p. 239-250).

24. Cf. N. HAKIM, « Julien Bonnecase, historien de la science juridique ? », dans *Histoire de l'histoire du droit*, Actes des Journées internationales de la Société d'Histoire du Droit, Textes réunis par Jacques Poumaride, Etudes d'histoire du droit et des idées politiques, n° 10/2006, p. 291-302.

25. Cf. spécialement Ph. JESTAZ et Chr. JAMIN, « En relisant Eugène Gaudemet », dans *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804* (1935), La Mémoire du Droit, 2002, p. 9-36.

l'Exégèse », dès la fin du XIX^e siècle un certain nombre de caractéristiques sont associées à l'exégèse. Or, toutes ces caractéristiques convergent vers un point remarquable : l'exégèse est décrite comme étant, par essence, antinomique avec l'autorité épistémique. Si l'on suit le raisonnement proposé par François Gény en 1899 dans *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, la « méthode traditionnelle », telle qu'il la présente, ne peut parvenir à procurer une réelle autorité à la doctrine. Celle-ci recèle en effet deux vices rédhibitoires. Le premier est le culte du Code civil ou, selon la formule qui fit fortune, le « fétichisme de la loi écrite et codifiée »²⁶. Ce défaut majeur conduit alors les exégètes à un artifice scientifiquement inacceptable, qui n'est autre qu'une logique purement déductive faisant découler toute les solutions juridiques du Code civil²⁷.

*

Dans leur œuvre critique, les rénovateurs de l'« École scientifique » bénéficient en l'occurrence d'un défaut majeur de leurs prédécesseurs. Si ces derniers débattent en effet du bien fondé du commentaire et du traité, s'ils comparent les mérites des méthodes exégétiques et dogmatiques²⁸, ils n'ont pas ou très peu synthétisé leurs choix méthodologiques. Certes, cette absence n'est que relative si l'on veut bien prendre en compte les vives controverses qui remontent à la fin de la Restauration²⁹. Toutefois, nul n'a effectué de démarche comparable à celle de Raymond Saleilles ou d'Édouard Lambert, ni réalisé de synthèse semblable à celle de Gény. Cette absence fait donc le lit des critiques qui voient le jour à la fin du XIX^e siècle.

26. *Méthode...*, *op. cit.*, tome 1, n° 35, p. 70.

27. Édouard Lambert adopte cette analyse tout en réunissant ces deux défauts sous la bannière du « dogme de l'immobilité de la loi » (« Une réforme nécessaire des études de droit civil », *Revue internationale de l'enseignement*, tome 40, 1900, p. 229).

28. Cf. notamment les propos de Victor Marcadé (« Le Code civil et ses interprètes », *Revue de législation et de jurisprudence*, n^{lle} collection, tome 1, 1846, p. 286-303 ; *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 6^e éd., tome 1^{er}, Paris, Delamotte, 1868, p. xiv-xxii).

29. Ces controverses, notamment méthodologiques, prennent fréquemment naissance au sein de la *Thémis*. Sur cette dernière, cf. Ph. RÉMY, « La « Thémis » et le droit naturel », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, n° 4, *La doctrine et le droit naturel* 1, 1987, p. 145-160 et, plus récemment, Ph. STURMEL, « L'école historique française du droit a-t-elle existé ? », *Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte*, 2002, p. 90-121. Cf. également la controverse plus tardive, mais significative, entre Ancelot et Sacase sur le rôle de la doctrine (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, tome vi, 1855, p. 83-88 et tome vii, 1855, p. 191-198).

Les rénovateurs ont ainsi tout loisir de mettre en exergue les défauts de l'exégèse³⁰ qui se caractérise avant tout par un culte des textes³¹. Gény consacre alors un chapitre entier de *Méthode d'interprétation* à la critique de l'« exagération de l'élément légal dans la méthode traditionnelle » qui finit par enfermer la doctrine dans la seule étude du Code civil.

Or, cette obsession des textes exclut de s'inspirer des faits économiques ou sociaux³². En la matière, il stigmatise, comme Esmein³³ par exemple, la méconnaissance de la jurisprudence. Les exégètes ne connaissant que les textes, ils seraient éloignés de la pratique et de la vie. Comme le soulignent Colin et Capitant, on reproche à l'« École de l'Exégèse » de ne pas être « assez scientifique » puisque les auteurs « cherchaient avant tout des arguments à l'appui de leurs thèses d'interprétation des textes en vigueur », « ni assez critique », et « ni assez pratique » puisque « les besoins économiques et sociaux, les exigences de l'équité, les changements survenus dans les mœurs étaient par eux trop souvent perdus de vue, tant leur attention se portait de préférence sur la rigueur logique des théories et le bel ordre des constructions juridiques. Ils n'ignoraient certes pas la Jurisprudence, mais ils n'en recueillaient et n'en citaient les décisions qu'à titre d'*appoint*, d'*illustration* de leurs thèses »³⁴. Ce reproche devient d'ailleurs systématique jusqu'à former un véritable dogme : celui du divorce de l'École et du Palais. Par là même, il révèle un défaut majeur qui ne saurait être compatible avec l'exercice d'une autorité fondée sur la connaissance.

Les rénovateurs poursuivent leur critique en stigmatisant le recours abusif des exégètes à l'argument d'autorité. Aux côtés des

30. Ces défauts seront synthétisés par Julien Bonnecase, notamment dans *L'École de l'Exégèse en droit civil*, 2^e éd. revue et augmentée, Paris, 1924 ; *Introduction à l'étude du droit*, Paris, 1926 ; *La pensée juridique française, de 1804 à l'heure présente*, Bordeaux, 1933, 2 tomes. Ces critiques seront très souvent reprises par la suite. Cf. par exemple L. Husson, « Analyse critique de la méthode de l'exégèse », *Archives de philosophie du droit*, tome 17, *L'interprétation dans le droit*, 1972, p. 115-133 ; « Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1976, p. 431-454.

31. Sur la permanence du rôle fondateur des textes en droit, cf. notamment J-L THIREAU, « La doctrine civiliste avant le Code civil », dans *La doctrine juridique*, PUF, 1993, p. 13-51.

32. Cf. R. SALEILLES, « Le Code civil et la méthode historique », dans *Le Code civil, 1804-1904. Livre du centenaire...*, *op. cit.*, tome 1, p. 121 ; Éd. LAMBERT, « Une réforme nécessaire... », *op. cit.*, p. 216 et s.

33. « La jurisprudence et la doctrine », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 5-19.

34. *Cours élémentaire de droit civil français*, 9^e éd. par Julliot de La Morandière, Paris, 1939, tome 1, n^o 27, p. 34-35 (ce sont les auteurs qui soulignent). Notons que leur jugement sur l'exégèse est plus pondéré.

textes, les exégètes accumuleraient les références comme autant d'autorités³⁵ venant appuyer l'opinion de celui qui reconnaît l'autorité de l'auteur de ce texte. On raille alors un phénomène réduit à sa forme pathologique, et on reproche ainsi à la doctrine du XIX^e siècle son culte des auteurs et donc son penchant pour l'argument d'autorité qui n'est que le plus faible des arguments rationnels.

Ces critiques sont souvent dénoncées aujourd'hui comme infondées³⁶. Certaines d'entre elles ne tiennent d'ailleurs pas à l'examen. Les auteurs du XIX^e siècle pratiquent, en effet, une controverse qui démontre leur indépendance et leur liberté d'opinion³⁷. Pour ne prendre que le seul exemple de Victor Marcadé, ce dernier écrit en 1846 : « Cessons donc de croire plus que suffisants et presque parfaits, des ouvrages que souvent la nature même des choses a empêchés d'être exacts ; cessons de confondre le mérite des auteurs (qui ne doit s'apprécier que *relativement* aux circonstances dans lesquelles ils ont écrit), avec le mérite intrinsèque de leurs œuvres (qui doit s'apprécier absolument) [...] ; montrons-nous assez forts, assez hommes, pour mettre partout la vérité au-dessus des noms propres, et pour faire et subir tour à tour une critique sérieuse et indépendante »³⁸. Demolombe note à son tour que l'interprétation doctrinale « n'a d'autre force que celle que lui donne sa propre valeur scientifique, et aussi le crédit, la renommée de son auteur ». Il ajoute également qu'« il ne suffit donc pas d'affirmer, il faut démontrer et convaincre [...] il faut engager la lutte et conquérir par le raisonnement, par la

35. « On entend par ce mot la citation que l'on fait dans une plaidoirie, dans des mémoires ou dans des écritures de palais, des dispositions, des ordonnances, des édits, des déclarations, des coutumes, des arrêts, des usages et de l'opinion des auteurs, pour appuyer les propositions ou les demandes que l'on établit » (Ph.-A MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 5^e éd., Paris, 1827, tome 1, v^o Autorités, p. 618). L'argument d'autorité est ainsi, au premier abord, une citation qui est définie comme « l'allégation que l'on fait dans une plaidoirie, dans un mémoire et dans les autres écritures de palais, de quelque passage tiré du droit romain, des édits, des déclarations et des ordonnances, des coutumes et des usages, des arrêts et des écrits des jurisconsultes, pour appuyer une proposition ou une demande que l'on veut établir » (*ibid.*, tome 2, v^o Citation, p. 732).

36. Les travaux fondateurs en la matière demeurent ceux du professeur Philippe Rémy (« Éloge de l'Exégèse », *Droits*, n^o 1, *Destins du droit de propriété*, 1985, p. 115-123 (article également publié in *R.R.J.*, 1982, n^o 2, p. 254-262) ; « Le rôle de l'Exégèse dans l'enseignement du Droit au XIX^e siècle », *Annales d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, n^o 2, *Les méthodes de l'enseignement du droit*, 1985, p. 91-105).

37. Pour un exemple, cf. M. VIDAL, « L'inexistence du mariage, notion à controverse variable, dans la doctrine civiliste du XIX^{ème} siècle », *Cahiers des Ecoles Doctorales. Faculté de Droit de Montpellier*, n^o 1, *Les controverses doctrinales*, 2000, p. 385-418.

38. « Le Code civil et ses interprètes », *op. cit.*, p. 302-303.

discussion, les vérités dont on poursuit le triomphe »³⁹. Par ailleurs, l'importance de la pratique, et notamment de la jurisprudence, pour des auteurs comme Troplong ou Demolombe n'est plus à démontrer.

Toutefois, peu importe la richesse ou l'indépendance d'esprit des auteurs qu'il s'agit de critiquer. La tâche que ceux-ci s'étaient assignée, c'est-à-dire faire parler le Code civil, est achevée. Il faut alors rompre avec une méthode qui tend, il est vrai, à faire stagner la doctrine du temps, alors que d'autres modèles de codification voient parallèlement le jour et séduisent de jeunes juristes attirés par la nouveauté.

La notion d'« École de l'Exégèse » vient d'ailleurs parachever ces critiques en signifiant clairement l'homogénéité réductrice d'une période révolue. Se référant de façon excessive à une loi centenaire, la doctrine du XIX^e siècle est présentée comme incapable d'adapter le droit aux besoins de la vie sociale. Selon ses détracteurs, l'exégèse conduit ainsi à la sclérose intellectuelle de ses partisans. C'est donc leur autorité qui se voit ainsi niée, puisqu'elle repose sur une opération intellectuelle ne permettant pas l'acquisition d'une véritable connaissance de type scientifique.

*

Cette critique en règle de l'exégèse comporte un second volet dont la portée, en terme d'autorité, est plus importante encore. Selon Gény, le culte des textes conduit les exégètes à rechercher dans la seule loi toutes les solutions juridiques. La loi est ainsi la source nécessaire et exclusive du droit. Cette critique, comme les précédentes, réduit l'œuvre doctrinale antérieure à une science « purement mécanique ». L'auteur nancéien estime, en effet, que les tenants de la « méthode traditionnelle » se laissent duper « par la piperie des idées et illusionner par l'attrait décevant de la pure dialectique »⁴⁰. Il n'hésite pas à écrire que la procédure scientifique antérieure est pratiquée « moutonnièrement »⁴¹. Il décrit ainsi une doctrine usant de la « déduction à outrance »⁴² et dont la méthode peut être comparée à celle des géomètres. Saleilles le rejoint parfaitement sur cette critique. Selon lui, le tort de la doctrine juridique est de pratiquer des interprétations et des constructions entièrement déduites des textes⁴³. Cette critique connaît un succès d'autant plus important que la logique

39. *Cours de Code Napoléon*, 4^e éd., Paris, 1869, tome 1, p. II-III.

40. *Méthode...*, *op. cit.*, tome 1, n^o 81, p. 192.

41. *Ibid.*, n^o 81, p. 187.

42. *Ibid.*, n^o 26, p. 54.

43. Cf. par exemple « Préface », dans *Méthode...*, *op. cit.*, tome 1, p. XVIII.

inductive s'impose au sein des sciences sociales. Or, l'exégèse étant présentée comme purement déductive, elle se révèle antinomique avec la science et donc avec l'autorité.

La situation est toutefois inconfortable pour les réformateurs. Gény avoue, en effet, qu'il partage avec les exégètes l'idée selon laquelle l'interprétation de la loi « revient simplement à chercher le contenu de la volonté législative à l'aide de la formule qui l'exprime »⁴⁴. L'auteur nancéien est forcé d'admettre que le juriste est soumis à la puissance de la loi en vertu des principes constitutionnels en vigueur. Il ajoute de façon très explicite : « En tout cas, et si large qu'on veuille faire la part de l'indépendance individuelle au regard de l'autocratie de la volonté générale, il n'est pas douteux, pour ce qui est de l'interprète, que la première règle de son activité consiste en une soumission entière à la loi, qui se dresse devant lui comme la barrière suprême, écartant *a priori*, sur les points qu'elle a fixés, tout jugement personnel, toute appréciation tendant à faire échec, dans son application positive, à la solution consacrée d'en haut et par tous »⁴⁵.

Gény constate cependant que cette conception de l'interprétation peut conduire à un excès susceptible de réduire à néant l'autorité doctrinale. Le culte des textes qu'il dénonce conduit, en effet, pour lui au « culte superstitieux de la volonté législative » lié à la logique déductive. Ainsi, ce que Saleilles qualifie de « volonté implicite du législateur »⁴⁶ devient un recours obligatoire pour fonder les opinions doctrinales. La méthode exégétique, et donc l'autorité de la doctrine du même nom, reposent de la sorte sur un artifice redoutable.

L'exégèse est effectivement une méthode qui respecte l'intégrité de la formule légale tout en rattachant les opinions doctrinales à la volonté du législateur historique. Elle est élaborée pour garantir la sécurité juridique tout en permettant l'acclimatation du Code. Elle conjugue ainsi les impératifs politiques et juridiques, ainsi que l'obligation de ne pas empiéter sur la souveraineté législative et celle de trouver une solution à chaque difficulté nouvelle.

Selon Gény, cette conception de l'interprétation repose donc sur une fiction source de subjectivisme. Cette critique n'est d'ailleurs en rien nouvelle puisqu'en 1805, Perreau, inspecteur-général des Écoles

44. *Méthode...*, *op. cit.*, tome 1, n° 98, p. 265

45. *Ibid.*, n° 35, p. 71. Cf. également du même auteur *La notion de droit positif à la veille du* xx^e siècle. Discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de l'Université de Dijon le 8 novembre 1900, Dijon, 1900, p. 25.

46. « Le Code civil et la méthode... », *op. cit.*, p. 121.

de droit, pouvait écrire, certes dans une perspective toute différente que les commentateurs de la loi « ne doutent de rien, torturent les sens de mille manières, pour les adapter à leurs préjugés ou à leurs intérêts »⁴⁷. Demolombe lui-même passe aux aveux en écrivant que « l'interprétation peut être plus ou moins ingénieuse et subtile ; elle peut même parfois prêter au législateur des vues, des intentions qu'il n'avait pas [...] meilleures ou moins bonnes ; mais enfin il faut qu'elle n'ait pas la prétention d'avoir inventé ; autrement, elle ne serait plus de l'interprétation »⁴⁸.

En terme d'autorité, ce recours à la volonté du législateur dissimule mal une caractéristique qui apparaît en filigrane dans l'analyse critique de Gény. Mettre en exergue la référence aux textes normatifs et se faire le lecteur de la volonté législative est une technique utilisée pour asseoir l'autorité des opinions doctrinales. Charmont et Chausse écrivent d'ailleurs en 1904 à propos des exégètes : « En réalité, le commentateur, à son insu et se trompant lui-même, créait ses principes et les prêtait au législateur pour leur procurer l'autorité qui leur manquait »⁴⁹. Saleilles les rejoint également en affirmant : « Doctrine et jurisprudence ont fait, et font chaque jour plus encore, œuvre de justice, œuvre de science et œuvre de progrès social. Mais elles font tout cela sans se l'avouer, même en prétendant, pour le principe seulement, qu'elles ne le font pas. A les entendre, elles ne font qu'interpréter la volonté stricte du législateur de 1804 »⁵⁰.

L'exégèse apparaît ainsi comme une méthode permettant à la doctrine de revêtir l'autorité symbolique des textes. Elle instrumentalise les sources du droit, et permet de conforter l'autorité de la doctrine grâce aux recours aux emblèmes de la loi⁵¹. En l'occurrence, l'autorité du texte invoqué sous chaque opinion doctrinale augmente la valeur de celle-ci. L'exégèse est ainsi une œuvre cognitive à finalité pratique et non spéculative, qui confère une autorité que l'on peut qualifier de seconde à l'opinion doctrinale. L'auteur qui s'exprime sur le droit cumule alors cette autorité seconde issue des textes normatifs avec son autorité épistémique, et parvient à récupérer quelque légitimité dans un champ juridique dans lequel règnent les autorités déontiques.

47. *Principes généraux du droit civil privé*, Paris, 1805, p. VIII.

48. *Op. cit.*, n° 115, p. 134-135.

49. *Op. cit.*, p. 135.

50. « Préface », *op. cit.*, p. xv.

51. Sur cette question, cf. LEGENDRE (P), *Leçons VII. Le désir politique de Dieu. Étude sur le montage de l'État et du Droit*, Paris, 1988, p. 311.

Or, cette méthode expose la doctrine à un danger que Géný souligne sans détour. Pour lui, l'autorité acquise par les auteurs est ambivalente et n'a que l'apparence de la rigueur scientifique. Elle repose sur une connaissance imparfaite et se trouve dans l'obligation d'être confortée par l'autorité de la loi. Ainsi, seule la soumission à cette dernière apparaît clairement. Comparée aux sciences sociales, l'autorité de la doctrine semble bien peu savante car trop ambiguë. L'artifice du recours à la volonté législative corrompt la recevabilité des opinions doctrinales par des juristes soucieux d'adaptation du droit aux besoins sociaux.

L'autorité de la doctrine du XIX^e siècle est ainsi fortement remise en cause par les membres de la jeune « École scientifique ». Dans la présentation qu'ils en font, tout concorde : déductive, subjective, recourant aux emblèmes d'une loi centenaire, l'exégèse n'est pas assez scientifique et doit donc être abandonnée afin de permettre une renaissance doctrinale.

II) LA RÉNOVATION DE L'AUTORITÉ SAVANTE

En ce début du XX^e siècle, l'objectif est très clair. Il s'agit de fonder l'autorité de l'« École scientifique » sur les bases de méthodes en rupture totale avec les errements de l'exégèse. Puisque l'École est devenue scientifique, seule une saine autorité cognitive doit être acceptée. Elle doit alors démontrer qu'elle se fonde sur la vie sociale et non plus sur le seul texte de la loi. Toutefois, derrière la bannière commune de la nouvelle École, les divergences se multiplient et témoignent finalement du maintien d'une autorité ambivalente.

*

Cette rénovation passe en premier lieu par l'appréhension de la vie sociale. Pour faire autorité, les membres de l'« École scientifique » mettent en avant un certain nombre de valeurs communes dont la portée symbolique est essentielle. Ces points de convergence sont les emblèmes du nouveau doctrinal. Le symbole d'un Code civil centenaire ne suffisant plus, les rénovateurs mettent en exergue leur ouverture vers les sciences cognitives. Surtout, ils excipent du fait qu'ils prennent en compte les besoins sociaux dans le cadre d'une Troisième République appelant une rénovation du magistère doctrinal. Leurs théories sont ainsi mises au service de l'adaptation du

droit. Celui-ci est pour Saleilles, notamment, « une science sociale » « qui doit s'adapter à la vie de la collectivité pour laquelle elle est faite »⁵².

Au sein des sources à même de fonder leur autorité, les rénovateurs mettent l'accent sur la jurisprudence car celle-ci incarne la vie du droit. Elle devient ainsi une nouvelle source de connaissance que la doctrine peut accompagner ou guider, sans toutefois que ces auteurs puissent admettre, sans se contredire, qu'elle constitue une source formelle du droit. En cela, la jurisprudence fournit à la doctrine une nouvelle légitimité : en la connaissant, les auteurs peuvent émettre des opinions dignes de crédit et de confiance. Avec Géný et plus encore avec Marcel Planiol, la jurisprudence devient une coutume de formation récente, susceptible de réaliser l'adaptation du droit aux réalités sociales⁵³. Adhémar Esmein estime, quant à lui, que la doctrine doit prendre « la jurisprudence pour son principal objet d'étude »⁵⁴. Celle-ci devient donc non seulement un objet de connaissance au même titre que la loi, mais également le vecteur du renouveau doctrinal en fournissant la vision la plus juste du droit de leur époque. Ils ne peuvent, en effet, que relever l'adaptation du droit opérée par des juges qui sont confrontés à l'évolution sociale. Loin de nier la nécessité de recourir aux règles du Code civil⁵⁵, ils estiment cependant que les décisions judiciaires doivent être étudiées au même titre que la loi⁵⁶, afin de permettre aux juristes d'être en mesure de comprendre et de connaître le droit.

Ces auteurs divergent pourtant sur les moyens de mettre en œuvre ce fonds commun d'idées nouvelles. Certains, dont bien sûr Saleilles et Édouard Lambert, estiment que le droit comparé est un élément objectif de choix pour l'interprète. Puisqu'il procure à la

52. « Préface », *op. cit.*, p. XVIII.

53. Pour Saleilles également, « la jurisprudence continue la pratique coutumière et la développe » (« Le Code civil et la méthode... », *op. cit.*, p. 123). Colin et Capitant estiment, quant à eux, que la jurisprudence est en réalité « une législation coutumière et vivant en perpétuel état de transformation et de progrès » (*op. cit.*, tome 1, n° 27, p. 35).

54. *Op. cit.*, p. 11.

55. Comme ses contemporains, Esmein estime que le recours au Code civil est toujours obligatoire, car il offre une garantie et « fournit la solution directe ou [...] limite la solution possible » (*op. cit.*, p. 5).

56. Cf. notamment A. ESMÉIN, *op. cit.*, p. 12. De même, Planiol estime que la jurisprudence de ces tribunaux a une valeur positive que ne peuvent avoir les opinions individuelles des auteurs (*Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1900, tome 1, n° 3, p. 2). Notons toutefois qu'Édouard Lambert, après avoir défendu l'idée de remplacer l'étude de la loi par celle de la jurisprudence, est revenu à plus de modération en reprenant à son compte les analyses de François Géný (« L'enseignement du droit... », *op. cit.*, p. XLI-XLII).

doctrine un principe sûr pour fonder ses opinions ⁵⁷, le droit comparé permet non seulement de connaître les systèmes et institutions juridiques étrangers mais également d'adapter, d'améliorer le droit français à l'aune des expériences voisines, voire d'opérer un rapprochement des droits grâce à l'harmonisation des législations nationales, dans le cadre d'un « droit commun législatif » ⁵⁸. Ces données objectives permettent ainsi de pallier la subjectivité de l'interprète et donc de ses opinions, tout en permettant d'appréhender le droit vivant ⁵⁹.

Dans une même perspective, Saleilles insiste sur la nécessité de recourir à une méthode qu'il qualifie d'historique. Au-delà de la loi, l'interprète doit puiser dans les éléments objectifs que sont « l'analogie législative, la conscience juridique collective, et le droit comparé » ⁶⁰, ce qui implique bien évidemment de recourir à la jurisprudence. Saleilles propose ainsi de concilier les impératifs que sont l'adaptation du droit à l'évolution sociale, et le recours aux textes pour préserver le droit de l'arbitraire du juriste. Cette méthode, qu'il prend soin de distinguer de l'« École historique », est pour lui « la méthode scientifique par excellence » car elle permet de se dégager de « tout élément subjectif », puisqu'« elle s'en tient aux faits et aux réalités » ⁶¹. Il s'agit d'une méthode destinée à mettre en œuvre les données de l'observation sociale pour parvenir à comprendre et à expliquer l'évolution du droit. Saleilles propose ainsi un moyen de rompre avec la logique déductive, en usant de toutes les ressources offertes par une méthode historique permettant de mettre en perspective le droit en mouvement ⁶².

François Gény, sans nier l'utilité du droit comparé ou de la méthode historique, préfère toutefois proposer une méthode à la fois

57. R. SALEILLES, « École historique et droit naturel d'après quelques ouvrages récents », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 109-112 ; Éd. LAMBERT, *Études de droit commun législatif. La fonction du droit civil comparé*, LGDJ, 1903, p. 44 et s. notamment.

58. Cette idée chère à Lambert se trouve sous sa plume dès 1900 (« Une réforme nécessaire... », *op. cit.*, p. 241-243).

59. Pour Saleilles, le droit comparé est par ailleurs le « critérium d'objectivité » du droit naturel (« École historique et droit naturel... », *op. cit.*, p. 110).

60. *Ibid.*, p. 105.

61. « Le Code civil et la méthode... », *op. cit.*, p. 99.

62. Sur cet auteur, cf. spécialement, outre les travaux d'Eugène Gaudemet, Chr. JAMIN, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », *Revue internationale de droit comparé*, 2000, p. 733-751 ; N. MATHEY, « Le Code civil et le développement du droit vus par Raymond Saleilles », dans 1804-2004. *Le Code civil. Un passé...*, *op. cit.*, p. 211-223 ; J-H ROBERT, « Saleilles et le comparatisme », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, n° 12, 1991, p. 143-149 ; Fr. TELLIER, « Le droit à l'épreuve de la société. Raymond Saleilles et l'idée du droit social », même revue, n° 20, 1999, p. 147-177.

plus respectueuse des textes et plus libre. Cherchant sans cesse les parts respectives de la science et de la législation ⁶³, il souhaite clairement démarquer leurs attributions. Sa méthode se propose de préserver « l'empire légitime » des sources formelles que sont la loi et la coutume. Mais à défaut de telles sources, c'est-à-dire principalement en cas d'insuffisance de la loi, il ouvre le recours à la libre recherche scientifique qui permet alors de combler les lacunes d'une loi par nature incomplète et imparfaite, en renonçant à chercher à tout prix la volonté du législateur. Il peut ainsi écrire que l'interprétation juridique est « maîtresse nécessaire de ses décisions » et qu'elle doit « puiser ses inspirations dans le grand fonds de justice et d'utilité sociale, qui alimente la vie organique du droit » ⁶⁴.

L'œuvre de François GénY ⁶⁵ recèle ainsi un aveu fondamental et Saleilles ne s'y trompe pas lorsqu'il qualifie l'ouvrage de son ami d'« œuvre de franchise » ⁶⁶. Assez comparable sur certains points à celle entreprise par Léon Duguit, cette œuvre, qui se poursuit avec la publication de *Science et technique en droit privé positif*, entend clarifier le rôle exact de la doctrine. Pour GénY, les opinions doctrinales peuvent appréhender la vie sociale lorsque les textes formels font défaut. Il propose ainsi de mettre fin au rattachement souvent forcé des opinions doctrinales à la volonté du législateur. Pour rompre avec le subjectivisme d'un tel rattachement, il faut admettre pouvoir puiser directement dans les données objectives qui offrent à la doctrine une connaissance exacte de la vie. C'est, selon lui, la condition pour que les opinions doctrinales puissent être considérées comme répondant pleinement aux exigences de la rigueur scientifique.

Il semble toutefois que la rénovation proposée par GénY, comme en partie d'ailleurs celles offertes par ses contemporains, ne modifie pas totalement les fondements de l'autorité doctrinale.

*

GénY avoue l'inavouable. En effet, une large part de la légitimité doctrinale continue au xx^e siècle, comme au xix^e siècle, d'être fondée sur la référence au législateur, au-delà bien sûr du nécessaire fonde-

63. *Méthode...*, *op. cit.*, tome 1, notamment n° 51, p. 106.

64. *Ibid.*, n° 84, p. 207.

65. Sur GénY, cf. spécialement Chr. JAMIN, « François GénY d'un siècle à l'autre », dans *François GénY, mythe et réalités 1899-1999. Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, sous la direction de Claude Thomasset, Jaques Vanderlinden et Philippe Jestaz, Montréal Paris, 2000, p. 3-33.

66. « Préface », *op. cit.*, p. xiv.

ment juridique de toute solution. Car si la doctrine de l'époque ne se réfère plus au législateur de 1804, elle recourt à la volonté du législateur actuel pour fonder ses opinions et ses constructions. Saleilles, d'ailleurs rejoint par Planiol⁶⁷ et Duguit⁶⁸, est ainsi convaincu de la nécessité de faire parler le « législateur imaginaire, mythique », « qui viendrait rectifier en 1900 ses décisions de 1804 »⁶⁹.

Une fiction en remplace dès lors une autre. Si l'exégèse rattache chaque opinion au texte interprété, la méthode nouvelle, dite parfois objective, couvre également son interprétation de la volonté du législateur que seul l'interprète fait parler, dans un cas comme dans l'autre. En définitive, si les méthodes nouvelles tiennent davantage compte de la réalité sociale, la technique demeure donc relativement similaire et la subjectivité de l'interprète ne disparaît pas, contrairement aux objectifs initiaux des rénovateurs.

L'œuvre de franchise de Gény s'avère ainsi être, somme toute, un échec. Saleilles est d'ailleurs le premier à émettre des réserves⁷⁰, tout en soutenant et en stimulant les efforts conceptuels de son ami. Il écrit ainsi : « En se plaçant au point de vue même des lois sociologiques, peut-être découvrirait-on, comme élément nécessaire à la caractérisation du droit, cette part de rattachement à un système de codification qui lui donne, quand elle ne viendrait encore que de l'interprète, doctrine ou jurisprudence, la frappe dont le public a besoin pour sa propre sécurité »⁷¹. Il poursuit de manière explicite : « tout se ramène à la loi écrite, considérée, non pas comme la seule source vivante du droit, mais comme le seul cadre scientifique et juridique qui lui serve en quelque sorte de passeport devant les tribunaux »⁷². Charmont et Chausse le rejoignent sur ce point en notant à propos de la méthode exégétique : « Pour tout dire, en dépit de ses imperfections, ses adversaires se sont jusqu'à présent montrés impuissants à la remplacer par une autre qui puisse offrir la même précision et la même sûreté »⁷³.

67. L'interprète « doit alors deviner ce que serait la décision du législateur s'il était appelé à résoudre directement la question qui lui est soumise » (*Traité...*, *op. cit.*, tome 1, n° 202, p. 83).

68. *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd. en 5 volumes, Paris, 1927, tome 1, p. 177. Précisons que le doyen bordelais critique par ailleurs la méthode exégétique du sens de la loi (*Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, 1912, p. 3).

69. « Préface », *op. cit.*, p. xv-xvi.

70. *Ibid.*, notamment p. xxv.

71. *Ibid.*, p. xxiv.

72. *Ibid.*, p. xix-xx.

73. *Op. cit.*, p. 155.

Ainsi, malgré quelques tentatives d'application de libre recherche scientifique et quelques déclarations optimistes, notamment de la part d'Eugène Gaudemet, la majeure partie des membres de la doctrine du début du xx^e siècle continue de recourir aux emblèmes de la loi pour fonder ses opinions. L'analyse des conceptions et des méthodes proposées par les rénovateurs, à l'exception de celles de Gény, révèle en effet cette ambivalence. Loin de rompre totalement avec la pratique antérieure de l'exégèse, la doctrine continue à associer l'autorité déontique des sources du droit à sa propre autorité épistémique. Elle perpétue le recours à la loi qu'elle enrichit de références systématiques à la jurisprudence. Aussi Gény peut-il lui-même constater qu'« au fond, le jurisconsulte ne peut longtemps rester sous le mirage vulgaire et croire de bonne foi que la loi écrite arrive à couvrir exactement le contenu de la vie sociale, dont il doit, lui, dégager le règlement total. Pourtant, il hésite fort à tirer les conséquences logiques d'une conviction intime, qu'il ose à peine s'avouer ; et, sous l'influence de sentiments aussi généreux que sages, par modestie et défiance de lui, par crainte d'usurper un pouvoir que la constitution paraît réserver tout entier à une autorité supérieure, surtout par horreur de l'arbitraire et persuadé que la sécurité des droits individuels, condamnant tout subjectivisme, exige qu'on s'en tienne absolument à une direction tracée d'avance et pour tous, il répugne à suppléer, à l'aide de son jugement personnel, aux lacunes, même béantes de la législation »⁷⁴.

Dès lors, si la doctrine parvient à assouplir ses méthodes interprétatives à partir de 1880, elle ne parvient pas à exercer une autorité de type purement savant⁷⁵. L'auteur qui s'exprime sur le droit reste contraint de recourir à une forme d'exégèse, et donc de revêtir le masque de la loi ou de la jurisprudence pour conférer à ses opinions l'authenticité ou la légitimité susceptible de leur manquer⁷⁶. L'argumentation juridique opère alors une véritable captation de l'autorité déontique des textes. La doctrine doit en effet conjuguer la légitimité issue de deux champs : celui des sciences sujettes à l'exercice d'une autorité cognitive type, mais également celui du système juridique dans lequel la doctrine doit instrumentaliser les sources du droit. Ce

74. *La notion de droit positif...*, *op. cit.*, p. 9.

75. Les thèses d'Hans Kelsen ne seront reçues en France que dans l'entre-deux-guerres et n'auront qu'une influence limitée sur la doctrine privatiste. Cf. notamment l'article précurseur de Jacques Maury (« Observations sur les idées du professeur H. Kelsen », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1929, p. 537-563).

76. Cf. P. LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, 1999, p. 291.

faisant, elle cumule les légitimités sociales et juridiques pour fonder une autorité certes féconde, voire assimilable à une source réelle, mais non pas une pure autorité savante.

La doctrine contemporaine semble alors donner raison à Hobbes lorsqu'il écrit : « L'autorité des écrivains, sans l'autorité de la République, ne fait pas de leurs opinions (aussi vraies qu'elles puissent être), des lois »⁷⁷. En définitive, loin d'être de purs « gardiens hypocrites de l'hypocrisie collective »⁷⁸, les juristes intègrent simplement les fondements politiques d'une discipline sociale dont la singularité ne cesse d'interroger l'observateur.

Nader HAKIM

77. *Léviathan. Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, Introduction, traduction et notes de François Tricaud, Paris, 1971, p. 295. Notons que Hobbes distingue deux catégories de savants : d'une part les « mathematici », qui « procèdent de façon évidente, de principes humbles », et d'autre part les « dogmatici », dont les discours sont des ratiocinations. Il poursuit : « Or, puisque nous avons vu [...] que ceux que nous appelons mathematici sont absous du crime de fomenter la controverse [...] la faute en incombe entièrement aux dogmatiques, c'est-à-dire à ceux qui ont un savoir imparfait et que leur passion presse de faire passer leurs opinions pour la vérité, sans aucune démonstration évidente » (*Les éléments du droit naturel et politique*. Traduction par Louis Roux, Lyon, 1977, n° 4, p. 197).

78. BOURDIEU (P), « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », dans *Normes juridique et régulation sociale*, sous la direction de F. Chazel et J. Commaille, Paris, 1991, p. 99.