Document generated on 05/01/2024 12:58 a.m.

Les Cahiers de droit

Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du XXe siècle en France

Marie-Claire Belleau

Volume 40, Number 3, 1999

URI: https://id.erudit.org/iderudit/043560ar
DOI: https://doi.org/10.7202/043560ar

See table of contents

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)
1918-8218 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Belleau, M.-C. (1999). Les juristes inquiets : classicisme juridique et critique du droit au début du XXe siècle en France. *Les Cahiers de droit*, *40*(3), 507–544. https://doi.org/10.7202/043560ar

Article abstract

This paper calls into question the notion of « *legal classicism* », a widely shared vision in which French civil law has been considered to be —since the time of codification —a purely and profoundly formalistic and positivist system, i.e. coherent, complete and autonomous as well as being characterized by objective, neutral and rational reasoning. The author presents the existence of a vibrant critical tradition in the French legal community, which has sought to dislodge the influence of legal classicism. This critical line of thinking was eclipsed by history and the cultural context of the xxth century. More specifically, the paper presents an analysis of the works of two authors, viz. the pragmatist Raymond Saleilles and the theoretician underpinning the method, François Gény. The author proposes the hypothesis that, along with several other legal scholars toward the end of the xixth century, they were members of a school of critical thought in the area of private law that she has chosen to call the « juristes inquiets » (Anxious Jurists). She proceeds to analyze the external and internal criticisms of the « *juristes inquiets* », plus the innovative vision that they proposed to usher in a renewal of legal tradition.

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1999

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

érudit

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

Les *juristes inquiets* : classicisme juridique et critique du droit au début du XXe siècle en France*

Marie-Claire BELLEAU**

La douleur est la rançon du formalisme.
Louise Bourgeois[1]

L'article remet en question le « classicisme juridique », une vision communément partagée selon laquelle le droit civil français demeure, comme depuis la codification, un système purement et profondément formaliste et positiviste, c'est-à-dire cohérent, complet et autonome de même que caractérisé par un raisonnement objectif, neutre et rationnel. L'auteure démontre l'existence d'une tradition critique vigoureuse dans la communauté juridique française, laquelle chercha à démanteler l'emprise du classicisme juridique. Ce courant critique a été éclipsé par l'histoire et le contexte culturel du XXe siècle. Plus précisément, l'article est consacré à l'analyse des travaux de deux auteurs, soit le pragmatiste Raymond Saleilles et le théoricien de la méthode François Gény. L'auteure avance l'hypothèse que, avec plusieurs autres juristes de la fin du XIXe siècle, ils formèrent une école de pensée critique en matière de droit privé qu'elle a choisi d'appeler les « juristes inquiets ». Elle examine la critique interne et externe des juristes inquiets, ainsi que la vision innovatrice qu'ils proposèrent pour renouveler la tradition juridique.

---

* « Le présent texte constitue la version française d'un article antérieurement publié à (1997), *Utah Law Review*, 379 »

** Professeure, Faculté de droit, Université Laval.

1. Cette épigraphe accompagne la sculpture intitulée la « Cell 1 » (1991), exposée au Musée d'art contemporain de Montréal, du 26 avril 1996 au 27 septembre 1996.

Les Cahiers de Droit, vol. 40, n° 3, septembre 1999, pp. 507-544

This paper calls into question the notion of « legal classicism *», a widely shared vision in which French civil law has been considered to be — since the time of codification — a purely and profoundly formalistic and positivist system, i.e. coherent, complete and autonomous as well as being characterized by objective, neutral and rational reasoning. The author presents the existence of a vibrant critical tradition in the French legal community, which has sought to dislodge the influence of legal classicism. This critical line of thinking was eclipsed by history and the cultural context of the* XX*th century. More specifically, the paper presents an analysis of the works of two authors, viz. the pragmatist Raymond Saleilles and the theoretician underpinning the method, François Gény. The author proposes the hypothesis that, along with several other legal scholars toward the end of the* XIX*th century, they were members of a school of critical thought in the area of private law that she has chosen to call the «* juristes inquiets *» (Anxious Jurists). She proceeds to analyze the external and internal criticisms of the «* juristes inquiets *», plus the innovative vision that they proposed to usher in a renewal of legal tradition.*

Pages

1. Les transformations sociales et économiques de la période 511
2. La critique interne 515
2.1 La critique de la littéralité 516
2.1.1 Les limites du langage 516
2.1.2 La prévisibilité des situations futures 517
2.1.3 Les conséquences du vide législatif 518
2.2 La critique du conceptualisme ou de la méthode de la construction juridique 518
2.2.1 La méthode classiciste 519
2.2.2 Le problème de la cohérence 519
2.2.3 Les abus 523
3. Une vision autre 525
3.1 Le principe de l'évolution devant la réalité et les besoins sociaux 525
3.1.1 Les transformations sociales donnant lieu à de nouveaux besoins sociaux 526
3.1.2 Le principe de l'évolution 528
3.2 Le rôle de la pratique, la coutume et la jurisprudence 529
3.3 L'ambiguïté et la subjectivité : vertus plutôt que vices 531

4. La critique externe 532
4.1 Les mécanismes inconscients 532
4.2 Les structures de règles binaires 533
4.3 La rigidité et l'arbitraire comme résultat d'un excès d'abstraction 534
4.4 Les préférences sociales 538
5. Le programme de reconstruction 539
5.1 Le rôle de la logique châtié 540
5.2 Les différents moyens de reconstruction 541
Conclusion 543

Le présent article remet en question l'hypothèse très répandue selon laquelle le droit privé civil français est et n'a toujours été qu'un système de droit purement formel et positiviste. Est-il nécessaire de rappeler que le droit privé français sert encore aujourd'hui d'autorité au droit civil du Québec ? Ces deux systèmes sont généralement reconnus comme cohérents, complets et autonomes ainsi que caractérisés par un raisonnement juridique neutre, rationnel et objectif. Les termes « classicisme juridique » et « École de l'exégèse » en France sont employés dans le même sens pour désigner cette description des systèmes juridiques.

Or, contrairement à la perspective traditionnelle, il existe de fait une très vive tradition critique du classicisme juridique dans le savoir français[2]. Dans le présent article, je scrute et tente de réhabiliter un filon de cette

2. Une tradition critique similaire existait fort probablement dans le droit civil québécois. Toutefois, peu d'études ont été faites à ce sujet. Voir, par exemple, J.-G. BELLEY, « Une croisade intégriste chez les avocats du Québec : *La Revue du droit* (1922-1939) », (1993) 34 *C. de D.* 183 ; J.-G. BELLEY, « Vers une sociologie historique de la justice québécoise : réflexion en marge d'un ouvrage récent sur la justice civile sous le régime français », (1983) 24 *C. de D.* 409 ; N. KASIRER, « *Apostolat juridique* : Teaching Everyday Law in the Life of Marie Lacoste Gérin-Lajoie (1867-1945) », (1992) 30 *Osgoode Hall* L.J. 427 ; N. KASIRER, « Canada's Criminal Law Codification Viewed and Reviewed », (1990) 35 *R.D. McGill* 841 ; N. KASIRER, « The *Infans as bon père de famille* : « Objectively Wrongful Conduct » in the Civil Law Tradition », (1992) 40 *Am. J. Comp. L.* 343 ; S. NORMAND, « Justice civile et communauté rurale au Québec, 1880-1920 », (1984) 25 *C. de D.* 579 ; S. NORMAND, « Chronique bibliographique — P.-E. AUDET, *Les officiers de justice : des origines de la colonie jusqu'à nos jours* », (1986) 27 *C. de D.* 983 ; S. NORMAND, « Les travaux préparatoires et l'interprétation du Code civil du Québec », (1986) 27 *C. de D.* 347 ; S. NORMAND, « Chronique bibliographique — E. KOLISH, *Nationalismes et conflits de droits : le débat du droit privé au Québec, 1760-1840* », (1994) 35 *C. de D.* 961 ; S. NORMAND, « Profil des périodiques juridiques québécois au XIXe siècle », (1993) 34 *C. de D.* 153.

tradition critique, l'école que je nomme les « *juristes inquiets* » ayant existé en France à la fin du XIXe siècle. Ces érudits dirigeaient un mouvement dont l'objectif commun consistait à rejeter le classicisme et à renouveler la pensée juridique française.

Mon analyse se concentre sur les critiques du système ainsi que du raisonnement juridique avancées par deux juristes inquiets, soit Raymond Saleilles[3] et François Gény[4]. Leur œuvre est typique du travail élaboré par de nombreux juristes qui faisaient partie de cette école de la théorie du droit privé au tournant du siècle.

J'expose ici leur argumentation en quatre parties : premièrement, une critique interne des prétentions descriptives et prescriptives du classicisme ; deuxièmement, la vision présentée par les critiques sur la façon dont le système juridique français du temps fonctionne réellement ; troisièmement, une critique des conséquences négatives de la méthode classiciste ; et, quatrièmement, un programme en vue d'améliorer la méthode juridique classiciste en abandonnant les prétentions et les normes traditionnelles. Il importe de noter que l'analyse qui suit constitue ma reconstruction des opinions des « *juristes inquiets* » et non la leur. Avant de présenter leur critique, je vais tracer un bref portrait d'ensemble du contexte social et historique dans lequel les juristes inquiets travaillaient.

---

3. Raymond Saleilles (1855-1912) a enseigné à l'Université de Grenoble (1884), à celle de Dijon (1885-1895) et à celle de Paris (1895-1912). Il était de plus l'un des membres fondateurs de la prestigieuse *Revue trimestrielle de droit civil* ainsi que de la Société d'études législatives. Il a publié plus de 228 travaux. Ceux-ci sont pour la plupart des études de doctrine et d'institutions juridiques. Ses plus importantes publications sont : *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier Code civil pour l'Empire Allemand*, 1889, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand*, 1901, et *De la personnalité juridique : histoire et théorie*, 1910.
4. François Gény (1861-1959) a décrit Raymond Saleilles comme son prédécesseur le plus important dans la critique et la réforme du classicisme juridique. Il a d'abord enseigné en Algérie. Il a ensuite travaillé aux universités de Dijon (1889, 1914-1918) et de Nancy (1901). Ses travaux ont eu une énorme influence dans le monde juridique occidental. L'ouvrage de Gény, publié en 1899 avec une préface de Raymond Saleilles, constitue une vigoureuse critique du classicisme juridique : F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, 2e éd., Paris, L.G.D.J., 1919, 2 vol. (ci-après cité : « *Méthode d'interprétation* »). Cependant, cet ouvrage est connu non pas pour son aspect critique mais plutôt pour le projet de reconstruction qu'il propose pour remplacer le classicisme juridique. Gény a nommé ce système la « libre recherche scientifique ». (t. 2, pp. 74-190). En plus de nombreux articles, Gény a publié un ouvrage en quatre volumes : *Science et technique en droit privé positif — Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Recueil Sirey, t. 1, 1914, t. 2, 1915, t. 3, 1921, et t. 4, 1924 (ci-après cité : « *Science et technique* »). Ce traité explicite son projet de reconstruction.

1. Les transformations sociales et économiques de la période

Le fond de scène du présent texte se situe dans la turbulente période 1880-1920. La fin du XIXe siècle fut marquée par des émeutes et de l'agitation politique. L'industrie connut de nombreuses nouveautés de même que des progrès scientifiques et technologiques importants. Le marché mondial fut l'objet d'une croissance rapide. Les grandes manufactures se multiplièrent soudainement. Les moyens de distribution rapides et bon marché ainsi que les communications devinrent disponibles. En conséquence, la société eut à lutter pour régler les problèmes qui s'ensuivirent à cause de la distribution inégale de la richesse ainsi que l'émergence des cartels incorporés, les conflits de travail, le chômage, la dépression économique et l'urbanisation.

Dans ce contexte de transformation rapide de la société, de nombreux juristes ont cru que le système juridique établi servait d'obstacle au progrès de la vie en général. Le système juridique traditionnel perdait de la crédibilité. Le droit naturel fut alors perçu comme arbitraire, perpétuant l'injustice sous le couvert de la libre entreprise. En fait, le système juridique traditionnel demeurait aveugle à la réalité du changement social. Il ne pouvait plus servir à justifier l'exercice de la force. La Première Guerre mondiale anéantit les illusions naïves de ces visionnaires. En effet, comme événement définissant cette période, la Grande Guerre constitua l'occasion d'appliquer de nouvelles doctrines sociales. Cependant, les conséquences de la guerre ont détruit l'impulsion critique qui s'était épanouie dans l'atmosphère « fin de siècle ».

C'est dans ce contexte historique que naît l'école des *juristes inquiets*[5]. J'emprunte cette expression à Paul Cuche, professeur de droit à l'Université de Grenoble, qui en 1929 médite sur l'état d'âme de ses contemporains. Il constate que l'« inquiétude » des juristes de son temps est due à l'indéniable discordance ou affrontement entre les concepts absolus du droit soutenus par la génération précédente et l'état actuel de la société. Cuche

5. L'expression « *juristes inquiets* » fait référence à un vaste groupe de juristes. Celui-ci réunit des juristes qui avaient été divisés dans les catégories des juristes romantiques et des juristes néoclassicistes, en plus d'individus de diverses tendances politiques telles que progressistes, conservateurs et même de rares réactionnaires. Malgré leurs différences marquées, tous partagent une « inquiétude » au sujet de ce qu'ils perçoivent comme une divergence croissante entre le classicisme juridique rigide et dogmatique et la réalité du changement social. Par contre, sur plusieurs sujets, ils ne s'entendent pas, notamment : Comment définir cet écart ? Quelle était son importance ? Comment y remédier ? Les *juristes inquiets* incluent des juristes tels que Julien Bonnecase, René Demogue, Edouard Lambert et Emmanuel Lévy en droit privé ainsi que Maurice Hauriou et Léon Duguit en droit public.

décrit l'« inquiétude » de cette époque comme émergeant d'un conflit entre l'individualisme de l'ancien régime et l'intérêt nouveau pour la solidarité qui découle de la réalité des changements sociaux :

> Et d'abord essayons de comprendre l'état d'âme de ces juristes inquiets. Depuis près d'un siècle, les générations qui les ont précédés ont admis sans discussion que tout l'ordre juridique avait à sa base les droits absolus et imprescriptibles de l'individu, que l'harmonie sociale était réalisée quand tous ces droits pouvaient s'épanouir sans se heurter à ceux du voisin et qu'enfin le Droit (avec un grand D) n'avait pas d'autre mission que d'assurer leur paisible coexistence.
>
> Mais voici qu'à la fin du siècle dernier et au début de celui-ci, s'accuse une indéniable discordance entre ces conceptions et les réalités auxquelles elles devraient s'adapter, discordance produite par la prodigieuse intensification de la solidarité sociale sous toutes ses formes, politique, économique et morale.
>
> [...]
>
> [L]es juristes dont je parle ont cru devoir se mettre en quête d'une conception de l'ordre juridique qui répondit aux besoins et aux aspirations de leur temps[6].

La crainte du socialisme constitue l'instigatrice de la critique des *juristes inquiets* ainsi que de leurs projets de réforme[7]. En effet, ils essaient de récupérer une situation en voie de détérioration rapide espérant ainsi éviter une rébellion et garder la paix sociale en proposant suffisamment de changements au système juridique pour s'adapter à une société en mouvement. Par exemple, Gény démontre comment Saleilles a habilement limité les domaines respectifs d'influence en ce qui a trait à l'opposition entre l'individualisme libéral et l'autoritarisme sociologique qui camouflait le conflit entre le classicisme juridique et la méthode historique[8] :

---

6. P. CUCHE, « À la recherche du fondement du droit : y a-t-il un romantisme juridique ? », (1929) 28 *Rev. trim. dr. civ.* 57, 65 et 66.
7. Je suis en accord avec André-Jean Arnaud lorsqu'il écrit ce qui suit : « Que Gény ait formulé la plus précise attaque contre le positivisme de l'exégèse et son réseau d'abstractions, cela n'est pas douteux. Mais il fallait ne pas aller trop loin. S'il avait exposé magistralement ses théories d'ailleurs, en raison de son talent, il n'aurait pas été amené à le faire en l'absence d'un climat intellectuel favorable au développement d'idées qui étaient plus que latentes, déjà exprimées par nombre d'auteurs. Et ce courant d'opinion était né de la crainte d'un danger « socialiste ». Il était patent que les principes fondamentaux des codes en vigueur ne correspondaient plus aux aspirations sociales ; en conséquence, les plus talentueux des juristes mirent leur plume au service de la sauvegarde de l'édifice juridique, dont l'écroulement leur paraissait devoir menacer la paix intérieure (*leur* paix à l'intérieur) tout en s'ouvrant aux réalités socio-économiques. Les préoccupations des Beudant, Labbé, Bufnoir, Saleilles, Hauriou, Duguit, Gény (pour ne citer que les très grands) avaient pour but de devancer ou contrecarrer les « socialismes » » : A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, Paris, PUF, 1975, p. 122.
8. F. Gény, « La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode dans l'œuvre de Raymond Saleilles », dans *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles*, Paris, A. Rousseau, 1914, p. 3, à la page 15.

> [La tendance doctrinaire] qui formule les principes et place en tête la liberté de l'individu nous donne le fondement du droit en général. L'autre [la méthode historique], qui s'attache plus aux faits et constate l'importance des rapports établis par l'état social, peut seul[e] assurer le développement ultérieur, se traduisant dans le détail des droits particuliers. Bref, leur but consiste à préserver l'équilibre social existant en adaptant, et parfois en reniant, le classicisme juridique.

Saleilles rejette le socialisme qui, pour lui, représente le désir de remplacer l'individu par l'État. Bien qu'il reconnaisse que liberté et droit constituent des formes d'intervention étatiques, il prône des solutions préservant un minimum d'individualisme tout en faisant la promotion des réformes sociales fondées sur une assistance réciproque et collective. Ce faisant, il s'engage dans une quête d'équilibre entre les membres de la collectivité[9] :

> [I]l y a un minimum d'individualisme qui doit rester la part de la liberté et de l'initiative personnelle [...] Il ne s'agit donc, ni de privilèges à rebours, ni de fausse sentimentalité, et encore moins de chimérique égalité. Il s'agit d'un équilibre social à établir, d'une harmonie indispensable à réaliser entre les différents éléments qui composent la collectivité, et dont la fonction sociale doit être en raison directe de l'expansion individuelle elle-même [...] Liberté et intervention, non seulement ne sont pas en contradiction, mais nous apparaissent comme les deux faces d'un même système, tellement que l'une appelle l'autre. À l'État supprimant l'individu, ce qui est le rêve de certains socialistes, opposons le principe de la collectivité prêtant aide et assistance mutuelle aux fidèles de la liberté, pour la défendre par en haut contre ceux qui en abusent et la développer par en bas chez ceux qui n'ont pas assez de ressources pour en user.

Tout à fait conscient que sa vision de la société exige de profondes transformations du système individualiste traditionnel[10], Saleilles prône un moyen terme entre le classicisme du XIXe siècle et le socialisme[11].

---

9. R. SALEILLES, « Le Code civil et la méthode historique », dans SOCIÉTÉ D'ÉTUDES LÉGISLATIVES, *Le Code civil, 1804-1904 : Livre du centenaire*, Paris, A. Rousseau, 1904, p. 95, à la page 117.
10. *Ibid.* : « Mais il faut bien reconnaître aussi que c'est toute une transformation profonde du système individualiste traditionnel ; c'est une conception réciproque, et non plus unilatérale, qui, à côté des droits, oppose les devoirs, et qui, au lieu d'accorder tout aux uns, et rien aux autres, ne garantit la victoire aux plus forts qu'à la condition qu'ils viennent en aide aux plus faibles. »
11. Dans sa préface à *Méthode d'interprétation*, Saleilles décrit la perception de l'école évolutionniste critiquée par Gény pour l'importance exagérée accordée à la législation. Voir R. Saleilles, « Préface », dans F. GÉNY, *Méthode d'interprétation, op. cit.*, note 4, t. 1, p. xxi. Selon la méthode historique, le progrès juridique est dû à l'action et à la réaction incessantes entre le texte juridique et les contributions extérieures venant du monde économique ainsi que de la vie sociale. Le progrès juridique a été atteint sans heurts ni révolutions soudaines grâce à l'intervention de la jurisprudence. La fonction de la jurisprudence consiste à plier le texte législatif aux nouveaux besoins de la vie sociale, à déterrer des principes inconnus et à mélanger les parties disparates pour en faire un tout

Tout comme c'est le cas pour Saleilles, les références directes de Gény à la réalité de la transformation sociale qui donne lieu à sa critique révèlent sa crainte du socialisme. Contrastant avec le ton acerbe de sa critique du classicisme juridique, Gény introduit très timidement la solidarité sociale comme justification pour une distribution plus équitable de la richesse[12]. Si en 1899 Gény avait mentionné la « témérité » d'ignorer les demandes sociales, en 1919, il souligne le « danger » de les ignorer[13] : « On peut différer d'avis, sur l'importance, qu'il convient d'attribuer à ces aspirations, et, surtout, sur les moyens d'y satisfaire. Mais leur existence n'est pas, je crois contestable, et il serait plus que téméraire, [il serait dangereux,] de passer outre, en semblant les ignorer. »

Afin d'atteindre leur but, les *juristes inquiets* composent leur propre interprétation de la conception du droit des juristes du XIXe siècle. Ils inventent le concept de classicisme juridique français ou « École de l'exégèse ». Ironiquement, les juristes du XIXe siècle, souvent regroupés sous ce dernier terme, ne croyaient pas partager une méthodologie ni une idéologie. Ainsi l'École de l'exégèse qui demeure partie intégrante de l'interprétation reconnue de la culture juridique française du XIXe siècle est-elle une création de ses propres critiques, les *juristes inquiets*[14]. Aux fins du présent article, je me propose de mettre l'accent sur la critique des juristes inquiets et de

---

harmonieux. La logique de ce système assure la certitude et évite l'arbitraire. R. SALEILLES, *loc. cit.*, note 9, écrit : « Entre la conception vivante qu'enserre le texte et les appoints qui lui viennent du dehors, de la vie économique et du milieu social, se fait un échange incessant d'actions et de réactions, par où se réalise le progrès social ; sans secousse profonde, sans à coup et sans révolutions brusques, par la seule intervention de la jurisprudence, non plus chargée de s'asservir à un texte mort, mais seul pouvoir effectif qui ait pour fonction de développer un texte incessamment vivant. C'est à elle de ramener au texte les germinations spontanées que lui offre la pratique des affaires, et en même temps de plier le texte aux nécessités nouvelles qui le sollicitent, d'en assouplir la formule, d'en dégager les principes inconnus et de fondre le tout dans une harmonie d'ensemble, dont la logique crée la certitude pour les intérêts privés, en même temps qu'elle défie l'arbitraire, qui est la menace incessante de toute méthode subjective. »

12. F. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, *op. cit.*, note 4, t. 2, p. 226, précise : « À l'heure actuelle, par exemple, le besoin paraît se faire sentir d'introduire, en notre organisation positive, plus de fraternité profonde, ou, comme on dit volontiers aujourd'hui de solidarité sociale, c'est-à-dire, tout simplement, ce me semble, de mieux égaliser les conditions de la lutte entre les activités rivales, d'assurer une répartition des profits plus exactement proportionnée aux efforts et aux besoins de chacun, d'atténuer les rigueurs excessives du droit individuel, en considération de l'intérêt social et commun. »
13. *Ibid.* Gény utilise des crochets afin de distinguer les ajouts de 1919 du texte original de 1899 (t. 1, p. vii, note 3 : avertissement pour la seconde édition).
14. Voir à ce sujet : P. RÉMY, « Éloge de l'exégèse », (1985) 1 *Droits — Revue française de théorie juridique* 115.

tenir pour acquis leur présentation du classicisme juridique ou « École de l'exégèse ». Je reviendrai aux conséquences de cette hypothèse de l'invention de l'École de l'exégèse par ses propres critiques à la fin de l'article.

2. La critique interne

La critique interne des juristes inquiets implique la mise en évidence des principales caractéristiques du classicisme juridique et la création de moyens pour rendre compte de son incapacité à vivre à la hauteur de ses aspirations explicites ou implicites. Afin d'atteindre ces objectifs critiques, les juristes inquiets décrivent d'abord les caractéristiques auxquelles aspirait le classicisme juridique. L'étape suivante consiste à prouver que l'ordre légal existant ne possède pas ces caractéristiques. Par leur critique interne, les juristes inquiets démontrent que le classicisme juridique n'atteint pas les buts qu'il s'est lui-même fixés.

Aux fins de la présente analyse, la critique interne des juristes inquiets se divise en deux parties : a) la critique de la tendance littérale ; et b) la critique du conceptualisme ou de la méthode des constructions juridiques[15]. Les classicistes juridiques soutenaient que le système français de droit civil était aussi complet que cohérent. La revendication de complétude tenait de ce que, au moins depuis la proclamation du Code civil en 1804, des solutions à tous les cas présentés en cour avaient réponse dans une loi positive. La revendication de cohérence était essentielle à celle de complétude pour que d'apparents vides, conflits ou ambiguïtés[16] de l'ordre juridique puissent ainsi se résoudre correctement grâce à l'application de la méthode exégétique. Celle-ci se fondait sur la conviction que des « constructions juridiques », mutuellement cohérentes, pourraient être inférées à partir de règles et principes déjà promulgués, donc ayant force de loi. L'interprète du droit pourrait utiliser ces constructions pour en déduire de nouvelles règles en vue de résoudre les vides, les conflits ou les ambiguïtés et les appliquer par déduction aux faits du litige.

Ainsi, le classicisme juridique visait la foi dans une législation qui prévoyait autant les mécanismes institutionnels que les normes substantives nécessaires pour « découvrir » la « bonne réponse » et le « bon moyen » d'arriver à la solution « correcte » de tout problème juridique pouvant se présenter. La législation constituait l'incarnation de l'État qui pouvait non seulement prévoir mais fournir toutes les solutions juridiques pour faire face à tous les besoins potentiels. Dans ce contexte, le Code civil

---

15. Voir T.C. GREY, « Langdell's Orthodoxy », (1983) 45 U. *Pittsburgh L. Rev.* 1, *passim*.
16. D. KENNEDY, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge-Londres, Harvard University Press, 1997, pp. 133-179.

représentait l'ultime et plus que parfaite expression de la plénitude législative. Les théoriciens classicistes refusaient d'accepter que des résultats contradictoires puissent potentiellement être obtenus par l'application d'une méthode logique et objective de déduction. La reconnaissance de cette possibilité soulevait le risque d'indétermination à l'intérieur de l'ordre juridique.

2.1 La critique de la littéralité

Les *juristes inquiets* attaquent l'idée que les juristes peuvent résoudre tous les problèmes légaux en appliquant littéralement le langage du Code civil aux faits concernant chaque cas. La critique de la littéralité s'élabore sur trois points : 1) les limites du langage ; 2) la prévisibilité de situations futures ; et 3) les conséquences du vide législatif.

2.1.1 Les limites du langage

Le manque de clarté et même l'ambiguïté constituent des éléments inhérents à la nature du langage en général et du langage législatif en particulier[17]. Plus précisément, Gény argumente qu'une formule légale ne peut représenter qu'une incarnation imparfaite de l'intention du législateur :

> Le législateur exprime sa volonté, dont il fait la loi, en une formule. Consacrée, suivant les détails de la procédure parlementaire, cette formule apparaît, seule, comme la traduction de la pensée législative. Seule, elle livre, à ceux qui subissent comme à ceux qui appliquent le droit, le contenu de la prescription souveraine. Il faut donc que le législateur vise un double objectif : d'une part, qu'il se représente exactement la portée de la règle, qu'il entend ériger en loi ; d'autre part, qu'il sache faire entrer tout son vouloir législatif dans la formule qu'il adopte[18].

L'indétermination législative provient de la nécessité d'imputer l'intention législative lorsque l'interprète se trouve devant une formule législative déficiente. Elle résulte aussi du fait que la volonté législative s'exprime de façon générale, en catégories abstraites et en des formules élastiques, au lieu de se manifester en prescriptions concrètes[19]. En fait, la loi française contient de nombreux « standards » généraux incapables d'être appliqués directement. Par exemple, les références par certaines institutions juridiques à l'idée vague et générale de « liberté », y compris liberté de contrat, ne révèlent pas une signification nécessaire d'application immédiate. Ce vaste concept n'est muni ni du soutien de règles subsidiaires ni d'aide pour guider les juristes. D'autres problèmes proviennent

17. Voir F. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, *op. cit.*, note 4, t. 1, p. 119.
18. *Ibid.* ; voir aussi p. 277.
19. Voir *id.*, p. 119.

des limites rationnelles de toute formulation, que ce soit dans la législation ou dans des actes solennels tels que des testaments. François Gény écrit :

> Et, tout ceci encore reste indépendant d'une volonté contraire, manifestée par l'auteur de la loi, en ce sens que, si, par certaines définitions ou par d'autres éléments techniques, il peut assigner à son langage un caractère conventionnel, du moins, et quoi qu'il en ait, se voit-il toujours imposer les limites rationnelles, que comporte toute volonté intelligente, traduite en une formule[20].

Aucun législateur ne peut souhaiter une application strictement littérale parce que même ses formules les mieux définies peuvent contredire ses motifs originaux pour les adopter.

2.1.2 La prévisibilité des situations futures

Le Code civil n'atteint pas son objectif d'application à toutes les situations parce qu'il ne peut prévoir tous les événements possibles ou tous les changements futurs concevables dans la « réalité ». La législation ne peut donc être ni universelle ni éternelle. Gény explique : « Si affiné qu'on le suppose, l'esprit de l'homme n'est pas capable d'embrasser, dans son entier, la synthèse du monde où il se meut[21]. » Incapable d'appréhender toutes les facettes différentes de la vie contemporaine, l'esprit humain est impuissant à régler législativement le futur. Gény précise :

> Et, cette infirmité irrémédiablement et particulièrement sensible dans l'ordre juridique, qui, pour être saisi en totalité, supposerait connus, à l'avance, tous les rapports, pouvant susciter, entre les hommes, des conflits d'aspirations ou d'intérêts. Imaginât-on, par impossible, un législateur assez perspicace pour pénétrer, d'un large et profond coup d'œil, l'ensemble de l'ordre juridique de son époque, encore faudrait-il reconnaître qu'il ne saurait prévoir, pour les régler à l'avance, tous les rapports *futurs*[22].

Pour cette raison, Gény énonce que la quête de l'intention législative, ainsi que tout autre type d'interprétation, se fonde « sur la fiction d'une volonté que le législateur a négligé d'exprimer[23] ».

En soi, la législation ne peut jamais être complète ni répondre à toutes les situations. Ainsi, le postulat fondamental du mythe classiciste selon lequel toutes les solutions peuvent dériver de la seule législation écrite doit être rejeté.

---

20. *Id.*, p. 120.
21. *Id.*, p. 117.
22. *Ibid.*
23. *Id.*, p. 35.

2.1.3 Les conséquences du vide législatif

Les *juristes inquiets* soutiennent que l'opinion classiciste selon laquelle l'intention du législateur vise à permettre tout ce que le Code n'interdit pas expressément n'a aucun sens et tourne en rond. Gény affirme :

> En réalité, dire qu'en semblables hypothèses, le silence de la loi écrite laisse place à l'indépendance des hommes, c'est ne fournir aucune règle saisissable à l'interprète. Et, la seule solution générale, vraiment pratique, serait plutôt celle que formulent certains interprètes de notre code civil, quand ils décident avec une netteté brutale : à défaut d'un appui positif au texte légal, la demande doit, purement et simplement, être rejetée par le juge. Mais, il est clair que pareille solution est, pour le cas prévu, l'aveu d'une absence complète de règlement juridique [...] Bref, on rentre dans le cercle, qui consiste à affirmer la plénitude d'une œuvre, qu'on sait pertinemment être foncièrement incomplète. Par là même, on méconnaît la liberté, que la loi a voulu conférer au juge[24].

Loin de confirmer la logique du système classiciste, la notion abstraite de liberté l'ébranle et l'amoindrit. Rejeter une revendication sur la base de l'absence d'un texte positif revient à la reconnaissance d'une lacune législative. La notion abstraite de liberté cache un cercle vicieux en assumant l'absence totale de vide dans un texte législatif reconnu comme fondamentalement incomplet.

La législation est intrinsèquement incomplète et, partant, ne peut d'elle-même imposer des solutions pour toutes les situations juridiques pouvant se produire dans le domaine de la loi positive. Gény déclare : « [N]ous sommes conduits à écarter ce que j'ai appelé le postulat essentiel de la méthode courante : l'idée que toute solution positive doit avoir sa base, au moins virtuelle, dans la loi écrite[25]. » Sur tous ces fondements, les *juristes inquiets* nient la « complétude » du système légal.

2.2 La critique du conceptualisme ou de la méthode de la construction juridique

Selon l'idéologie classiciste du droit, le Code civil constitue un chef-d'œuvre de cohérence. Toutefois, les *juristes inquiets* critiquent la revendication classiciste selon laquelle tout ce qui apparaît comme vides, conflits et ambiguïtés dans l'ordre légal peut dans chacun des cas se résoudre avec une précision logique par la méthode exégétique d'induction et de déduction. Selon les *juristes inquiets*, les exégètes maintenaient les illusions de complétude et de cohérence par l'abus de la logique de la méthode du

24. *Id.*, p. 197.
25. *Id.*, p. 121.

raisonnement. Dans cette partie, j'exposerai brièvement : 1) la méthode classiciste ; 2) la critique de sa cohérence selon les juristes inquiets ; et 3) leur allégation d'abus.

2.2.1 La méthode classiciste

Les juristes classicistes soutenaient que la méthode exégétique consistait à faire des inductions et des déductions de conséquences rationnellement nécessaires selon les règles et les principes déjà existants. Les classicistes affirmaient que cette forme de pensée constituait un procédé supérieur de raisonnement juridique parce qu'il garantissait des résultats certains et prévisibles, également fidèles à l'intention législative. Les classicistes résolvaient les problèmes juridiques particuliers en déduisant les conséquences légales à partir d'idées générales. Cependant, la législation française n'exprimait des règles concrètes que de façon générale. Les principes fondamentaux sous-jacents à ces règles concrètes étaient exclus de la disposition législative[26]. Une opération à deux volets s'avérait donc nécessaire pour résoudre un vide, un conflit ou une ambiguïté. La première étape consistait à extraire du texte législatif soit une distinction, soit un principe légal sous-entendu, appelés « constructions ». La seconde était de déduire des conséquences de la « construction ». Gény explique : « De sorte que, le plus souvent, le droit ne peut être fécondé par la logique, qu'au moyen d'une double opération en sens inverse. Il faut, d'abord, de la loi, ou des règles de droit qui s'en dégagent, remonter au principe supérieur, et de celui-ci ensuite déduire les conséquences[27]. »

La critique de cette méthode, ou la position anticonceptuelle, constitue un élément primordial de la critique des *juristes inquiets* sur l'abus des juristes classicistes du raisonnement légal.

2.2.2 Le problème de la cohérence

Les *juristes inquiets* démontrent que dans plusieurs cas même la plus attentive application de la méthode ne donne aucune solution ou encore des solutions contradictoires et que la prétention des classicistes d'avoir résolu les vides, les conflits et les ambiguïtés par induction nécessairement logique de « construction » est fausse. Le procédé de construire des « constructions » est subjectif, signifiant qu'il y a un choix en jeu entre plusieurs constructions potentielles. Or, le choix entre ces différentes constructions afin d'en déduire une sous-règle doit nécessairement être guidé par des considérations « extrajuridiques » et « hors la loi ».

26. Voir *id.*, p. 45.
27. *Ibid.*

Contrairement aux affirmations des juristes classicistes, l'indétermination de la méthode exégétique provient souvent de l'incohérence du système juridique. Maintes et maintes fois, les *juristes inquiets* démontrent que, dans certains domaines du droit, la diversité des dispositions spécifiques du Code doit être comprise comme provenant de principes généraux contradictoires et inconséquents. L'absence d'un principe supérieur, qui engloberait tout, qui serait au-dessus de tous les autres principes explique pourquoi le législateur retient parfois une règle pour favoriser tel principe, une deuxième règle pour un autre principe et, enfin, une troisième comme compromis. Dans sa recherche, le juriste choisit parmi des concepts rationnels mais divergents. Ces choix conduisent à des résultats potentiellement différents, sinon conflictuels.

Les constructions juridiques constituent d'utiles instruments conceptuels servant à rationaliser les dispositions de la loi positive déjà existante. Le caractère subjectif des constructions juridiques ne pose aucun problème aux juristes inquiets. Ils dénoncent le fait que les choix subjectifs effectués pendant l'élaboration de concepts juridiques abstraits sont tenus secrets. Dans la plupart des cas, la réponse à un problème juridique est suggérée, sinon imposée par la « conscience juridique » née de l'instinct, de la tradition et de la formation plutôt que par la « logique ». Gény, par exemple, reconnaît la contrainte inconsciente mais significative que l'éducation ainsi que la culture juridique imposent par l'entremise de la méthode classiciste[28].

Afin de maintenir l'apparence de la cohérence, les juristes classicistes créent des exigences circonstancielles particulières pour l'utilisation d'une construction ou d'une autre. En droit des obligations conventionnelles, par exemple, le consentement exige la rencontre des volontés. Ce principe s'interprète de différentes façons, parfois même contradictoires. L'exigence change selon les circonstances particulières d'une situation. Par exemple, diverses solutions existent eu égard aux contrats entre des parties non en présence ou aux contrats avec stipulation pour autrui ou aux contrats unilatéraux[29]. Gény rejette ces constructions théoriques comme créations purement fictives fondées sur une vague tradition ou sur la pure imagination. Leur légitimité repose sur le fait qu'elles ont été élaborées sous

28. *Ibid.* : « Au fond, elle se traduit toujours en une conception subjective, qui ne pourrait s'obtenir que par tâtonnements, si elle n'était, dans la plupart des cas, suggérée, pour ne pas dire imposée, par l'instinct juridique ou par la tradition. On sent, d'ailleurs, que son adoption ou son choix requièrent infiniment de tact et de sens pratique ; car c'est d'elle avant tout, que dépendent les résultats du procédé. »

29. Voir *id.*, p. 48.

le prétexte de constituer des interprétations purement logiques[30]. Le concept abstrait ainsi que le consentement mutuel et les conséquences qui en découlent ressemblent plus à des choix.

La distinction conceptuelle établie entre « droits réels » et « droits de créance » fournit une nouvelle illustration des faiblesses du conceptualisme juridique classiciste. La doctrine classiciste exige un contact direct avec un objet pour qu'un droit réel existe. Un droit de créance s'exerce grâce à la médiation d'une autre personne[31]. Gény croit que cette distinction demeure utile dans la mesure où son caractère subjectif reste présent à l'esprit[32]. Les problèmes apparaissent quand les juristes perçoivent cette distinction comme objectivement nécessaire. Gény explique la distinction entre les « droits réels » et les « droits de créance » :

> [J]e prétends que c'est faire fausse route que vouloir les conclure *a priori* de la notion abstraite des deux sortes de droits ; qu'en réalité, elles ne s'imposeraient pas sur un terrain strictement rationnel ; que la logique pure ne saurait, sans l'intervention prépondérante du point de vue téléologique, ni les suggérer ni les justifier ; que, par suite elles n'ont, en elles-mêmes, qu'une valeur toute subjective, comme les conclusions d'une pure hypothèse scientifique, devant rester prêtes à céder sur une plus profonde intuition des besoins de la vie juridique[33].

Ces institutions juridiques, « droits réels » et « droits de créance », créent des droits différents pour le créancier. Une personne qui possède un droit réel sur un objet peut se prévaloir d'un droit de suite qui implique le droit de reprendre l'objet d'une tierce partie ainsi qu'un droit de préférence lui conférant le premier rang parmi les créanciers[34]. Ces prérogatives n'existent pas par rapport à un droit de créance. Les classicistes juridiques expliquent que ces distinctions proviennent de la logique sur laquelle ces deux droits se fondent[35]. Gény rejette cette ligne de pensée et critique les classicistes qui élèvent ces constructions juridiques au rang de réalité objective[36].

Gény cite nombre d'exemples démontrant que ces deux idées se contredisent. Il montre également comment la loi tend à confondre une construction avec l'autre. Par exemple, lors d'un bail commercial, les droits du locataire en théorie et en droit ne correspondent pas. En théorie, le bail immobilier octroie au locataire un droit de créance. Le Code civil va plus

30. Voir *id.*, p. 126.
31. Voir *id.*, p. 139.
32. Voir *id.*, pp. 140, 142-144.
33. *Id.*, p. 139.
34. Voir *id.*, p. 140.
35. Voir *ibid.*
36. Voir *ibid.*

loin en accordant au locataire un droit de suite et même possiblement un droit de préférence[37]. À ceux qui écartent cet exemple comme une anomalie due à des circonstances particulières, Gény rétorque : « La logique ne transige pas[38] » !

Selon les juristes classicistes, les concepts juridiques abstraits qu'ils élaboraient se fondaient sur l'intention législative. Pour cette raison, les concepts représentaient une réalité objective plutôt qu'un choix subjectif[39]. Les juristes classicistes croyaient également que les constructions juridiques

37. Voir *ibid.*

38. *Id.*, p. 141. Le patrimoine, considéré comme une entité indépendante et une construction *sui generis*, fournit à Gény un exemple de plus de la nature subjective des constructions juridiques classicistes. Cette idée a évolué à partir d'un *a priori* et d'une idée purement conceptuelle selon laquelle « le patrimoine est une émanation de la personnalité ». À partir de ce principe abstrait, les juristes classicistes, dont Aubry et Rau, ont déduit ce qui suit : 1) que le patrimoine est un et indivisible, excluant, de sa nature, tout fractionnement en universalités juridiques distinctes ; 2) qu'il est, comme inséparable de la personne, inaliénable par tous actes entre vifs, même devant avoir effet seulement après décès du titulaire ; 3) qu'il ne peut transmettre, à proprement parler, que grâce à une représentation parfaite du défunt, et au profit des seuls héritiers, qui continuent véritablement sa personne juridique (*id.*, p. 142). Gény réfute l'idée que cette théorie puisse représenter la plus pure vérité judiciaire. Il croit qu'elle a été créée par l'emprunt d'un simple élément de la réalité, qui a été déformé et dénaturé par le travail subjectif de ses interprètes (voir *id.*, p. 143). Toutefois, Gény reconnaît la validité de la notion élémentaire de patrimoine qui représente les droits et les obligations d'un individu (*ibid.*) : « Assurément, il est naturel de se représenter l'ensemble des droits et obligations d'une personne, comme formant un tout complexe, indépendant des objets particuliers qui le composent, et soumis à un régime homogène répondant à l'idée d'universalité juridique. » Il s'oppose au fait que ce concept subjectif définisse l'essence de la personnalité à partir de laquelle tous les autres attributs essentiels sont tirés. L'idée de patrimoine ne peut pas contenir toutes les situations et les solutions possibles. Même la tentative de ce faire est dangereuse, car elle dissuade tout développement juridique. Comme réalité objective, le patrimoine prévient la création d'autres institutions juridiques potentiellement utiles pour traiter de problèmes se produisant dans certains domaines comme l'héritage ou les fondations de charité. Gény décrit quelques-unes de ces institutions dans les termes suivants (*ibid.*) : « [L]a reconnaissance de patrimoines d'affectation, constitués au moyen de fondations, et par l'intermédiaire des personnes morales publiques ; l'interprétation restrictive des dispositions légales qui empêchent les pactes sur succession future ; la séparation absolue des effets de la transmission héréditaire, particulièrement au point de vue passif, d'avec l'idée, quelque peu surannée, de la continuation de la personne du défunt par ses héritiers. »

39. Une fiction primaire classiciste résidait dans la perception que le droit jurisprudentiel et la doctrine constituaient des extraits de déductions logiques nécessaires provenant de l'intention législative originale. Dans sa préface, R. SALEILLES, *loc. cit.*, note 11, XVI, précise ceci : « La fiction était de croire, non pas à proprement parler que la loi suffisait à tout (tout le monde sait qu'il n'est aucune loi codifiée qui puisse embrasser et prévoir tout l'ensemble des rapports juridiques) mais que la jurisprudence, et également la doctrine, en interprétant la loi, ne se plaçaient qu'au point de vue d'une recherche de

servaient aussi de limites à la puissance arbitraire des juges. Gény refuse d'accepter ces justifications. Il estime que la méthode classiciste camoufle des choix subjectifs faits à partir de considérations politiques générales constituant les fondations réelles de l'ordre juridique. La richesse du mécanisme provient de la perspicacité et de l'ingéniosité de ceux qui le manipulent[40]. Sous l'apparence de l'intention du législateur, les classicistes juridiques demeurent libres d'introduire quelques-unes de leurs propres idées ou même de fabriquer entièrement de nouvelles constructions[41]. Selon Gény, les auteurs de doctrine ne se contentent pas de recevoir passivement la loi, ils la créent[42].

2.2.3 Les abus

Les *juristes inquiets* plaident que les juristes classicistes abusaient de la méthode exégétique lorsque ces derniers se trouvaient placés devant l'incohérence du Code et l'indétermination conséquente de l'École de l'exégèse. Ainsi, les classicistes manipulaient ces opérations logiques afin de donner une fausse apparence de logique inévitable et nécessaire à leurs résolutions propres aux apparents vides, aux ambiguïtés et aux conflits imprégnant le système juridique[43]. Gény résume l'usage impropre des processus logiques et définit ainsi les aspects négatifs du conceptualisme :

> *Cet abus consiste [...] à envisager,* COMME DOUÉES D'UNE RÉALITÉ OBJECTIVE PERMANENTE, *des conceptions idéales,* PROVISOIRES ET PUREMENT SUBJECTIVES *de leur nature.* Et, cette fausse manière de voir, qui, à mon sentiment, nous représente comme un vestige de l'*absolu* réalisme du moyen âge, aboutit à *faire tenir,* A PRIORI, *tout le système du droit positif, en un nombre limité de* CATÉGORIES LOGIQUES, *qui seraient prédéterminées par essence, immuables dans leur fonds, régies par des dogmes inflexibles, insusceptibles par conséquent de s'assouplir aux exigences changeantes et variées de la vie*[44].

Selon Saleilles, le détachement classiciste de la réalité matérielle ainsi que la propension à dissimuler les *réalités profondes* de ses constructions légales dépendaient de l'abus manipulateur du conceptualisme[45]. En sa

---

volonté, et qu'elles ne faisaient que tirer les solutions logiques qu'eût acceptées le législateur ; non pas le législateur moderne, mais l'auteur même de la loi, quel que fût l'intervalle à jeter en bloc entre le passé et le présent. »

40. Voir F. GÉNY, *Méthode d'interprétation, op. cit.*, note 4, t. 1, p. 51.
41. Voir *id.*, p. 52.
42. Voir *id.*, p. 41.
43. Voir *id.*, p. 121. Cela conduisit aussi à la censure des processus d'interprétation forcée qui amenait la recherche de l'intention législative à des fins abusives.
44 *Id.*, p. 129.
45. R. SALEILLES, *De la personnalité juridique : histoire et théories. Vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les personnes juridiques*, Paris, A. Rousseau, 1910, p. 671.

qualité de science sociale, la tâche du droit ne consiste pas à développer un raisonnement logique mais à pénétrer la réalité[46]. Sous le régime juridique classiciste, une construction constituée artificiellement se transforme en une réalité objective possédant une existence formelle et distincte. Ce qui forme initialement une fiction devint éventuellement une réalité[47]. Plutôt que d'analyser les réalités cachées derrière la construction artificielle et d'adapter la construction aux complexités de la réalité, la conceptualisation permet aux juristes de procéder par « assimilation », ce qui consiste en l'absorption d'une doctrine ou d'une institution dans une autre :

> Et ce danger se présente dans tous les cas nombreux où le droit procède par voie de fictions, en vue de sanctionner par analogie certains rapports juridiques dignes d'intérêt, et ne rentrant pas dans les cadres légaux. Au lieu d'analyser les réalités qu'ils recouvrent et d'adapter la construction qui s'y réfère à toutes les complexités qui s'en dégagent, on procède par voie d'assimilation, on fait de cette assimilation une entité, ayant, dans l'esprit tout au moins, une existence distincte et formelle[48].

Saleilles utilise l'exemple de la corporation, connue en droit comme la « personne morale », pour illustrer son point de vue. Cette institution légale est dépourvue de tous les éléments composites de la personnalité :

> On crée de toutes pièces une personne nouvelle, qui devient complètement indépendante des individualités qui la composent, elle les ignore. C'est un chef-d'œuvre d'unité ; mais c'est aussi un chef-d'œuvre d'abstraction. Et cette abstraction, qui ignore les réalités auxquelles elle se rattache, prend une vie indépendante d'elles, elle agit en dehors d'elles, sans qu'il y ait aucun lien d'action ou de réaction entre ces deux entités séparées, d'une part l'être abstrait dont l'existence est purement juridique, et d'autre part, l'être collectif qui est une réalité vivante[49].

Ignorant la réalité, la loi donne à cette personne morale une vie indépendante propre. Ainsi, cet être abstrait possède une existence purement juridique, tandis que les individus qui l'ont créé font partie d'une « réalité vivante » indépendante.

La critique interne dans son ensemble prépare le terrain pour la vision autre des *juristes inquiets* en démontrant que les classicistes dénaturaient le fonctionnement actuel du système. En dépit des dires des classicistes, les vides apparents, les conflits et les ambiguïtés sont résolus, mais non pas grâce à la méthode exégétique et aux abus de son application.

---

46. Voir R. SALEILLES, « Compte rendu critique : Marcel Planiol — Traité élémentaire de droit civil », (1900) 24 *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger* 270.
47. Voir R. SALEILLES, *op. cit.*, note 45, p. 613.
48 *Id.*, p. 355.
49. *Id.*, p. 654.

3. Une vision autre

L'essence de la dissension des *juristes inquiets* est qu'ils prétendent qu'en fait la loi « évolue » afin de « rejoindre les besoins sociaux »[50] plutôt qu'elle ne consiste à appliquer à répétition des règles préfixées et figées à des situations nouvelles. Le moteur de l'évolution trouve sa source dans le travail de nombre de juristes œuvrant dans la pratique, de juges et d'auteurs de doctrine qui exploitent les vides, les conflits et les ambiguïtés afin d'engendrer des règles destinées à servir les nouvelles réalités fondées sur les besoins de la société[51].

3.1 Le principe de l'évolution devant la réalité et les besoins sociaux

Les *juristes inquiets* croient que le droit possède une tendance immanente à s'harmoniser avec la « réalité sociale » environnante. Le slogan « La loi doit être harmonisée avec la société » se retrouve partout dans leurs écrits. Par exemple, Gény affirme : « Avant tout, le droit positif doit rester chose vivante. Or, vivre, c'est se mouvoir et se transformer. Pour le droit, c'est plus encore : c'est lutter, en vue d'une parfaite et constante adaptation aux exigences de la vie sociale[52]. » Cependant, leur œuvre ne contient

---

50. Voir R. SALEILLES, « École historique et droit naturel, d'après quelques ouvrages récents », (1902) 1 *Rev. trim. dr. civ.* 80, 95.
51. Voir *id.*, 106 et 107.
52. F. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, *op. cit.*, note 4, t. 2, p. 225. Plus loin, Gény écrit (p. 232) : « Tout au rebours, on paraît rester trop facilement convaincu que, dans sa sphère propre de réglementation positive, le droit puisse se suffire à lui-même [...] En définitive, donc, le droit positif se présente à nous, comme une mise en valeur des sciences morales et politiques. » Il a aussi indiqué (*id.*, t. 1, p. 220) : « Les observations, qui précèdent, impliquent que l'interprétation juridique, loin d'être bornée par la loi écrite ou par les catégories étroites d'une logique abstraite, ne peut trouver son plein champ de développement et, pour ainsi dire, son terrain de culture propre, que dans le milieu moral, social, économique, qui est comme l'atmosphère du monde juridique. » Dans sa préface, R. SALEILLES, *loc. cit.*, note 11, XXIV, a déclaré en 1899 : « [L]e droit n'est plus une science isolée, qui se suffise à elle-même, et qui puisse se renfermer dans ses textes et ses formules ; le droit est une science de faits, une science du dehors, qui comme toutes les sciences, puise dans la nature des choses [...] ses éléments premiers de formation et d'interprétation. » Ailleurs, R. SALEILLES, *loc. cit.*, notes 9, 99, écrit : « Le droit ne vit pas de ces abstractions [conceptions abstraites extraites d'analyses philologiques des textes] ; il vit d'une adaptation constante aux besoins qui se font jour » et plus loin (p. 117) : « [or] l'homme ne vit pas d'abstractions, mais de réalités ». Ainsi, Gaston MORIN, *La loi et le contrat : la décadence de leur souveraineté*, Paris, F. Alcan, 1927, p. 6, intitule une de ses conclusions : « Vers un ordre juridique plus réaliste et plus humain » (cité par J. BONNECASE, *Science du droit et romantisme*, Paris, Recueil Sirey, 1928, p. 67). Le sous-titre de Julien Bonnecase, *Le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure présente*, est en soi révélateur du désaccord entre les différents courants

pas de définition claire de la signification des termes « réalité sociale » et « harmonisation ». Leur but consiste-t-il à changer seulement la législation ou plutôt à transformer la société tout entière grâce au droit ? Sont-ils désireux seulement de modifier ou de réformer la loi, ou est-ce leur but de provoquer une révolution ? L'harmonisation signifie-t-elle que le droit représente le miroir de la transformation sociale ou que le système juridique constitue le catalyseur de la réforme sociale ?

3.1.1 Les transformations sociales donnant lieu à de nouveaux besoins sociaux

Saleilles conteste le fait que la situation sociale ayant donné naissance au Code civil de 1804 a entièrement changé. Cependant, les principes juridiques fondamentaux du Code civil n'ont subi ni modification ni altérations. De nombreuses transformations sociales impliquant de nouvelles idées, telles que les approches économiques novatrices, la relation juridique entre capital, travail et consommateurs, les droits internationaux ainsi que la recherche d'autonomie et de sécurité accrues dans les relations contractuelles, suscitent des besoins sociaux exigeant des applications juridiques encore inexpérimentées. Saleilles écrit :

> Qu'on ait eu cette prétention [que la loi suffisait à tout] aux époques tout à fait voisines de la mise en œuvre du Code civil, alors que l'on était sous l'influence immédiate des conditions sociales qui l'avaient inspiré, et que l'on restait imbu de l'esprit même qui en avait dirigé la confection, rien n'était plus justifié. Mais, depuis, le milieu social a changé du tout au tout. D'autres idées se sont fait jour, non pas que les principes éternels de toute justice se soient modifiés ou altérés ; mais les applications qui dussent en être faites se présentent dans des conditions désormais toutes différentes. Des créations d'ordre économique, que personne ne pouvait prévoir il y a un siècle, ont bouleversé les rapports juridiques entre le

---

de pensée juridique. Ce dernier pense aussi que le droit doit être en harmonie avec la réalité sociale. Au sujet de la relation entre la législation et le contexte social, J. BONNECASE, *L'École de l'exégèse en droit civil*, 2e éd., Paris, De Boccard, 1924, p. 227, déclare : « La mise en application du texte suppose donc connu le but social et celui-ci ne peut lui-même être compris que par le lieu social, les rapports sociaux à travers lesquels est appelé [*sic*] à se mouvoir l'institution créée par la loi. Nous ne saurions trop le répéter, un texte de loi est une formule abstraite, faite pour la vie mouvante ; il faut bien se garder de la discuter en dehors de son lieu, sous peine de lui faire manquer son effet et de tomber dans l'erreur. C'est cependant ce qu'a fait l'École de l'Exégèse... ». Enfin, dans le compte rendu d'un livre de René Demogue, *juriste inquiet* contemporain, F. GÉNY, « Chronique bibliographique — R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique* », (1911) 8 *Nouvelle Revue Historique de Droit* 110, 113, écrit : « Au fond, il [Demogue] se propose surtout de mettre à nu les éléments variés et complexes de la vie juridique. Il considère que cette vie se présente, à chaque époque, en une forme propre, harmonisée avec l'esprit du temps, qui se traduit parallèlement aussi dans le style et les tendances de l'art. »

capital et le travail, entre ceux qui produisent et ceux qui consomment ; et des aspirations nouvelles sont issues de cet état de choses jadis insoupçonné. Des droits nouveaux se sont révélés ; des besoins surtout d'une nature plus universelle, plus internationale, si je puis dire, se sont propagés. Les volontés ont réclamé un surcroît d'autonomie propre ; mais, en même temps, et tout à l'inverse, la sécurité des relations, les nécessités du crédit, peut-être aussi certaines découvertes sociologiques, nous ont montré enfin que le libre jeu des volontés ne suffisait pas à tout, que le contrat allait perdre de sa suprématie ou de son monopole et que, en dehors du libre contrat, il y avait place pour des créations juridiques, nées d'une éclosion coutumière et spontanée, inspirée, par un sentiment de justice et d'équité, par je ne sais quelle intelligence d'une solidarité plus étroite et plus complète, par où les individualités, si jalouses qu'elles soient de leur indépendance, dussent arriver à se soumettre à l'empire de certaines lois générales, dominant de haut le libre jeu de leurs relations juridiques avec les autres[53].

Pour Saleilles, la nécessité d'un changement juridique se fait sentir parce que les concepts individualistes et bourgeois, fondements mêmes du Code civil depuis 1804, ont été dépassés par les changements économiques et sociaux[54].

Gény se montre moins disposé que Saleilles à offrir ses commentaires au sujet du concept de « réalité sociale ». Cette attitude étonne particulièrement puisqu'une partie importante de la méthode de recherche scientifique libre de Gény repose sur un principe d'interprétation qu'il appelle la « nature des choses positives[55] ». Ce concept fait référence aux réalités

53. R. SALEILLES, *loc. cit.*, note 11, XIV.

54. R. SALEILLES, *loc. cit.*, note 9, 115, soutient que le Code civil de 1804 est le « code de la bourgeoisie ». À l'origine, « le Code civil allait devenir le droit privé d'une démocratie ». Un demi-siècle d'inégalité sociale et de difficultés économiques fut nécessaire pour démentir l'assertion que le Code a apporté égalité et liberté. Ni les divisions de classes ni le « régime de la grande propriété » n'ont été éliminés en dépit de l'abolition formelle d'institutions pré-révolutionnaires telles que la vente et l'héritage de « privilèges » et les règles régissant la succession à la propriété (*ibid.*) : « En théorie, on avait échafaudé une vaste construction dans laquelle tous devaient trouver place. En fait, il arrivait que seules les classes possédantes s'y trouvaient à l'aise et que les autres restaient à l'entrée, luttant et s'écrasant pour y pénétrer. À ceux-là seulement qui avaient franchi la porte, la loi civile offrait un abri sûr et de sérieuses protections. On avait organisé, sans le savoir et sans le vouloir, le Code de la bourgeoisie. » Après un siècle complet d'usage, le besoin d'un code du travail et d'un code de la liberté pour compléter le Code civil ou le « Code de la propriété » est reconnu. Pour Saleilles, ces codes doivent être suivis d'un code « de l'association qui sera la loi sociale par excellence, l'analogue pour le droit privé de ce qu'est le régime démocratique pour le droit public » (*id.*, p. 116). Saleilles fait aussi remarquer que les membres de la classe ouvrière, les enfants nés hors du mariage et les femmes sont les trois catégories de personnes exclues du Code civil. En 1904, il devint évident qu'un traitement plus favorable s'avère nécessaire.

55. Voir, par exemple, F. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, note 4, t. 2, pp. 88-93. Gény écrit (pp. 88-89) : « Telle que l'avait indiquée Runde et qu'elle a été comprise à sa suite, la nature des choses, envisagée comme source (*lato sensu*) du droit positif, repose sur ce

vivantes que Gény définit comme le contexte social des institutions et des doctrines juridiques[56]. À ses yeux, le droit constitue le produit des relations sociales. Dans ce contexte, l'expression « réalité sociale » représente un concept complexe, variable et en constant changement. Gény associe ainsi la « réalité sociale » à la « substance vivante »[57].

3.1.2 Le principe de l'évolution

Pour Saleilles, l'École historique allemande avait, avec succès, démontré que le droit évoluait en adaptant les principes aux phénomènes sociaux. Le droit subit des transformations malgré ses résistances et son conservatisme. De plus, ces transformations juridiques, émergeant de forces sociales sans cesse changeantes, subissent l'influence des intérêts et des conflits des diverses classes sociales suivant les « lois de l'évolution » :

> [L]'adaptation aux phénomènes sociaux, et aux sciences qui les ont pour objet, des principes d'évolution. Que le droit se transforme, en dépit de toutes les résistances et de tous les éléments de conservation et de permanence qu'il consolide en lui et autour de lui, c'est une loi aujourd'hui démontrée et qui ne peut soulever désormais aucune objection sérieuse. Que cette transformation se fasse sous la poussée des forces sociales incessamment changeantes, sous l'influence débordante des intérêts en conflit, et des classes toujours en lutte pour la satisfaction de leurs aspirations économiques, c'est là également une vérité de plus en plus évidente, et qui tend à introduire dans cette marche progressive du droit un élément de fatalisme [...] devant lequel tout le monde est d'accord aujourd'hui pour abaisser la raison déductive, celle qui se laisse conduire par des abstractions, et qui veut tirer les faits d'une idée de raison, au lieu d'adapter la raison aux faits[58].

Selon Saleilles, l'École historique allemande fut la première à raser la « forteresse » des juristes classistes, le principe de l'« évolution » pouvant désormais faire surgir les énergies créatrices du « terrain » nouvellement libéré :

---

postulat, que les rapports de la vie sociale, ou, plus généralement, les éléments de fait de toute organisation juridique (du moins possible), portent en soi les conditions de leur équilibre, et découvrent, pour ainsi dire, eux-mêmes, la norme qui les doit régir. » Il précise également (p. 114) : « Ici, intervient donc, comme matière d'investigation, à la fois riche et féconde, cette *nature des choses positive*, qui, accessible aux seuls procédés scientifiques, va élargir singulièrement l'horizon du jurisconsulte, et le faire nécessairement sortir du champ, un peu étroit, de l'interprétation des sources, pour proposer, à son étude, le terrain inépuisable des réalités vivantes. »

56. *Id.*, pp. 131-142 ; la notion de « nature des choses » encourage les interprètes de la loi à utiliser un amalgame de sources d'information concernant le contexte social telles que la religion, les mœurs politiques, l'organisation sociale, politique et économique, l'histoire, la nature sociale et individuelle de l'humanité, la sociologie, la psychologie individuelle et collective, l'éthique sociale et individuelle ainsi que l'économie politique.
57. Voir *id.*, t. 1, p. 132.
58. R. SALEILLES, *loc. cit.*, note 50, 94.

> Une fois le terrain ainsi déblayé, l'école historique paraissait merveilleusement armée pour aller de l'avant et faire son œuvre. La forteresse de l'école déductive était à bas, et devant le terrain qui s'ouvrait et où il n'y avait plus qu'à marcher, un principe d'action féconde et une force créatrice venaient de se révéler, le principe de l'évolution[59].

Les concepts de progrès et d'évolution sont liés à l'inéluctable direction des faits vers la justice et la raison :

> [L]e progrès organique, dans le domaine de l'évolution juridique, se fait dans le sens d'un idéal de justice et de raison : le législateur se trompe s'il prétend le découvrir et l'incarner dans une formule prématurée qui devient le plus souvent une formule fausse ; mais les faits qui ne trompent pas nous y acheminent par un insensible progrès[60].

3.2 Le rôle de la pratique, la coutume et la jurisprudence

La pratique, la coutume et la jurisprudence influent sur l'adaptation d'un texte donné à des circonstances sans cesse en évolution. Dans sa contribution au livre sur le centenaire du Code civil, Saleilles explique son opinion de la fonction des juges :

> Si l'on veut apprécier l'œuvre du Code civil, ce n'est pas à son texte seulement qu'il faut regarder ; c'est la machine tout entière, telle qu'elle a été organisée par la main puissante du premier Consul, qu'il faut analyser de près et voir fonctionner. À côté d'un texte aux mailles très lâches, aux formules très souples, et, quoi qu'on en ait dit, aussi peu précises et aussi peu scientifiques que possible, s'étagent une série d'organes prêts au fonctionnement de la vie juridique ; notaires et hommes d'affaires qui formulent en actes juridiques les volontés imprécises des parties ; avoués qui, au début de l'action judiciaire, dégagent le point de droit à soumettre au juge ; barreau, solide et savant, fort de ses traditions, fier de son éloquence, qui forcera le juge à examiner telle ou telle conception nouvelle, jusqu'alors inaperçue et non encore jugée ; magistrature très dévouée à sa profession, très imbue de l'idée de ses devoirs et de sa haute fonction, défiante des pures abstractions et toujours soucieuse des besoins de la pratique, qui saura concilier son respect du texte avec son rôle d'arbitre des intérêts privés et sociaux : voilà les pièces maîtresses du système[61].

Saleilles en conclut ceci : « [t]els sont les rouages de cette machine immense, qui va mettre en œuvre et réaliser, dans l'application de la vie, le texte muet et inerte par lui-même du nouveau Code civil[62] ».

Saleilles reconnaît que la pratique du droit, sous ses multiples formes et degrés de spécialisation, complète le travail des cours de justice dans le développement du système juridique :

---

59. *Id.*, 95.
60. R. SALEILLES, « Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit », *Revue internationale de l'enseignement*, vol. 19, 1890, pp. 482, 486.
61. R. SALEILLES, *loc. cit.*, note 9, 106 et 107.
62. *Id.*, 107.

> À côté d'eux, se trouvaient, divisés et répartis dans leurs fonctions diverses, tous ces auxiliaires de l'action juridique, praticiens de toutes sortes, qui réalisaient, dans le domaine de l'application juridique, la loi de la division du travail, de façon à coopérer, chacun dans sa sphère, au perfectionnement de la technique et de la pratique du droit[63].

Grâce à leurs aptitudes professionnelles, ces avocats hommes d'affaires constituent les auxiliaires tout désignés des différentes parties aux litiges dans la rédaction de contrats privés et dans l'exécution de leurs transactions judiciaires[64]. Bien que leur contribution reste largement ignorée, ces juristes par leur pratique participent au raffinement du droit.

La jurisprudence créa de nombreuses institutions à partir de rien et qui sont destinées à combler de nouveaux besoins sociaux. Le droit des assurances constitue un des premiers exemples d'une telle création intégrale par la jurisprudence[65]. Le travail de la doctrine remplit un rôle important dans la préparation et la justification des innovations entreprises par la jurisprudence[66]. Saleilles met en évidence des situations où de nouveaux droits ont été créés en dehors des paramètres du Code civil. Il en conclut que la législation reste progressivement ignorée à mesure que la « nouvelle loi » émerge. L'élaboration de cette nouvelle loi se fait en trois temps :

---

63. *Id.*, 105.
64. Voir *ibid.*
65. Voir *id.*, 125 : plusieurs autres exemples tombaient dans la catégorie des innovations jurisprudentielles, telles que « certaines théories sur les effets de commerce et quelques essais [...] en matière de tutelle des enfants naturels et d'administration légale [...] les constructions jurisprudentielles relatives aux droits de caractère intellectuel, propriété littéraire ou industrielle, droit au nom, et autres de ce genre ».
66. R. SALEILLES, *loc. cit.*, note 50, 104 déclare : « Je reconnais cependant qu'il subsiste une nuance entre le rôle de la doctrine et celui du juge ; c'est que l'une doit préparer et justifier les innovations ou les hardiesses de l'autre [...] [L]es innovations jurisprudentielles, si l'on veut qu'elles ne constituent, pour les intéressés, ni surprise, ni arbitraire, doivent être préparées, ou, tout au moins, comme jalonnées, par le mouvement scientifique de la doctrine. Celle-ci, n'ayant pas à décider d'un fait concret, mais à fournir une règle, abstraite pour les décisions à intervenir, décisions dont les appréciations de fait lui échappent, peut, sans risque, ni scrupule, proposer, sans tenir compte des précédents, toute solution ou toute conception nouvelle, qui réponde à son idéal scientifique. Et, si l'idée fait son chemin, ce sera à la jurisprudence de se l'approprier. » Toutefois, ces rôles peuvent aussi être inversés si la jurisprudence constitue la force d'innovation à laquelle les auteurs de doctrine résistent à cause de leur attachement aux concepts abstraits et au raisonnement déductif (*ibid.*) : « On voit par là quelle interversion des facteurs va se substituer à l'opposition classique entre doctrine et jurisprudence : l'une plus littérale, plus conservatrice, plus dédaigneuse des faits et plus attachée aux raisonnements purs ; l'autre plus influencée par les nécessités pratiques, allant de l'avant et forçant la main à la doctrine. De quelque côté que vienne l'impulsion progressive, nous la saluerons et ne nous plaindrons pas d'une substitution des rôles. » Ce que Saleilles veut dire par l'opposition classique entre la doctrine et la jurisprudence n'est pas très clair. Toutefois, il croit que le rôle progressif et innovateur doit venir du travail de la doctrine et des impulsions

premièrement, une idée fondée sur les besoins de la « vie » et de la « liberté » naît ; deuxièmement, cette nouvelle idée est alors appliquée par les juristes praticiens ; et finalement la pratique est acceptée par la jurisprudence[67]. Ainsi, un ensemble de normes juridiques sont créées, développées et utilisées en dehors des limites du Code civil.

3.3 L'ambiguïté et la subjectivité : vertus plutôt que vices

Pour les *juristes inquiets*, l'ambiguïté constitue une source de flexibilité, la subjectivité étant vue non comme une imperfection mais plutôt comme une occasion de créativité, dans la mesure où elle est reconnue pour ce qu'elle est. L'ambiguïté permet à la loi de satisfaire les besoins sociaux tout en se développant ou en changeant selon et avec la réalité. L'ambiguïté ne consiste pas, comme le croient les juristes classicistes, en un défaut à être nié ou éliminé. La subjectivité du processus de déduire des constructions à partir de la masse de règles juridiques particulières forme un des principaux véhicules de développement pour combler les besoins sociaux.

Par exemple, Saleilles fait valoir la fluidité et la souplesse des dispositions du Code civil. Il croit que la fluidité est nécessaire afin d'assurer que la loi puisse s'adapter aux circonstances sociales qui évoluent. Pour cette raison, Saleilles préfère les dispositions vagues et abstraites du Code civil parce qu'elles peuvent évoluer, s'adapter et se transformer selon les besoins de la société. Le procédé évolutionniste peut conduire à l'établissement de découvertes juridiques qui contredisent, surpassent ou remplacent le texte de la loi et il devient ainsi la clé du succès du Code civil. Saleilles croit que tout progrès juridique se réalise grâce aux déformations, aux simulations et aux fictions inventées pour contourner la loi : « Tous les progrès juridiques, en droit romain, en droit anglais, et partout ailleurs du reste, se sont produits au moyens de déformations, de simulations, ou de fictions, destinées à tourner la loi. On empruntait des formes légales qui ne faisaient que recouvrir des réalités interdites ou extra-légales[68]. »

Le droit inclut nécessairement un nombre indéterminé de constructions variables, progressives et évolutionnistes qui ne peuvent pas être complètement interdites[69]. Sans elles, il ne peut y avoir ni progrès ni science juridique :

---

conservatrices et prudentes de la jurisprudence (*ibid.*) : « Mais, régulièrement, scientifiquement, les hardiesses devraient venir de ceux qui taillent dans le vif et qui travaillent dans l'abstrait, et les scrupules de ceux qui se heurtent aux intérêts concrets ressortant des réalités de la vie. »

67. Voir R. SALEILLES, *loc. cit.*, note 9, 106.
68. R. SALEILLES, *op. cit.*, note 45, p. 15.
69. Voir *id.*, p. 16.

> Le droit ne se passera jamais d'une partie constructive, parce que tout rapport de droit vise un but social, et que, par suite, il répond à une conception idéale qui en synthétise le but, la portée et la vie interne. Construction variable, progressive, et toujours en voie d'évolution, mais construction inhérente à la réalité juridique, et, sans laquelle il n'y a ni progrès, ni science du droit[70].

Toutefois, Saleilles distingue les concepts juridiques essentiels à la pensée humaine des fictions juridiques qui dissimulent les choix normatifs et masquent les valeurs d'un système[71]. Cette description de la manière dont le droit fonctionne établit la fondation nécessaire pour s'interroger à savoir si, en général, la vision erronée des classicistes du droit et si, en particulier, la pratique abusive des juristes classicistes essayant de faire apparaître des choix normatifs comme de simples opérations logiques furent utiles ou néfastes au processus évolutionniste.

4. La critique externe

L'essence de la critique externe des *juristes inquiets* consiste à avancer l'idée que la description du droit comme complet et cohérent associée à la pratique abusive de la méthode exégétique d'induction et de déduction est néfaste au procédé de l'évolution juridique. Les critiques arguent que ces facteurs empêchent le « progrès » du droit qui doit répondre aux changements afin d'être à la hauteur des besoins sociaux.

4.1 Les mécanismes inconscients

Les *juristes inquiets* soutiennent que l'évolution se manifeste à travers des mécanismes inconscients, puisque la version officielle du droit nie qu'il change ou que les juges, les avocats dans leur pratique et les auteurs de doctrine agissent effectivement en créateurs de droit. L'expression explicite des considérations de politiques sociales ne peut être aussi aisément manipulée. Le progrès est mieux servi en invoquant ouvertement ces politiques sociales dans les décisions jurisprudentielles. À ce sujet, Gény déclare :

> Mais, le fond de ces conceptions restant essentiellement subjectif, malgré l'apparence dogmatique dont on les recouvre, on ne peut éviter que l'esprit du juge ne les déforme et n'en altère la portée, plus facilement encore qu'il ne pourrait dénaturer les véritables et réels fondements de l'ordre juridique, je veux dire les motifs moraux, psychologiques, économiques, sociaux et politiques, dont on lui laisserait l'appréciation dans le silence des textes positifs[72].

---

70. *Id.*, p. 487.
71. Voir *id.*, pp. 629-632.
72. F. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, *op. cit.*, note 4, t. 1, p. 170.

4.2 Les structures de règles binaires

De plus, les juristes classicistes conservaient une préférence voilée pour la résolution dichotomique aux problèmes juridiques tout en le niant et en prétendant agir de façon purement logique. Les structures de règles binaires, applicables au choix, plaisaient aux juristes classicistes parce que de telles structures aidaient à maintenir l'illusion de la détermination complète et logique du système. Cependant, ces structures se révèlent particulièrement mal adaptées pour faire évoluer un droit fondé sur la réalité et pour pourvoir aux besoins sociaux.

Par exemple, en interprétant les règles régissant le patrimoine ou la condition d'une masse universelle, les juristes classicistes devaient choisir entre des dispositions contradictoires du *Code civil* français[73]. La réglementation détaillée du Code civil au sujet de la communauté de biens entre époux ainsi que celle qui existait concernant les entités commerciales résolvaient la plupart des difficultés liées à la nature des fonds communs et sociaux, des droits de chaque partie, des règles d'application aux biens meubles et immeubles ainsi que des droits des tiers[74]. Cependant, les problèmes surgissaient quand il s'agissait d'entités similaires à ces institutions mais distinctes sous certains aspects. Celles-ci incluaient les sociétés civiles et les associations à but non lucratif[75]. La doctrine classiciste suggérait deux solutions possibles : « Ou bien, on rattache la masse sociale à une personne civile, ayant son domicile et sa représentation propres, distincte des personnes individuelles des participants [...] Ou bien, à défaut de cette personnalité civile [...] ce serait le régime de la pure indivision[76]. »

Aucune de ces solutions ne provenait d'une autorité légale formelle[77]. Dans son analyse, Gény démontre que la nécessité de choisir une théorie ou l'autre n'existe pas. Plutôt que d'adopter une méthode en particulier

---

73. Voir *id.*, p. 149. La « masse universelle » est définie ainsi (p. 156) : « La condition d'une masse universelle (biens et dettes), sur laquelle plusieurs personnes ont des droits coexistants, en vertu d'une situation contractuelle qui unifie partiellement leurs intérêts, (telles, la communauté entre époux, les diverses sortes de sociétés ou d'associations), soulève des problèmes juridiques nombreux, qui engagent des intérêts parfois considérables. » Gény croit que cet exemple illustre comment (*ibid.*) « l'interprétation moderne s'accusant elle-même en quelque sorte, [est] poussée, par la force des besoins juridiques, à rompre en visière à sa propre méthode ». Autrement, l'orthodoxie juridique classiciste conduit à la paralysie du progrès.
74. Voir *id.*, p. 150.
75. Voir *ibid.*
76. *Id.*, p. 151.
77. *Id.*, p. 156 : Gény écrit qu'une « idée admise *a priori*, sans être recommandée ni par la vraie tradition historique, ni par la loi, ni par l'intention des parties, ni assurément par la préoccupation de fournir un point d'appui efficace à la pratique ».

pour résoudre les difficultés, le Code civil favorise souvent un mélange des deux théories en conflit[78]. Néanmoins, les juristes classicistes théoriciens insistaient sur le fait que le choix entre deux doctrines rigides s'imposait. Malgré la prédominance de cette opinion parmi les théoriciens, Gény observe que de nombreux praticiens favorisent des approches larges et flexibles combinant des éléments des deux théories[79].

La question de la charge des risques dans les contrats illustre une autre limite des constructions rigides et dualistes que représente l'usage imprudent des formules. Les juristes classicistes avaient élaboré deux adages opposés : *res perit domino* (« la chose est perdue pour le propriétaire ») et *res perit creditori* (« la chose est perdue pour le créditeur »). En conséquence, les risques associés au contrat étaient imputés à l'une ou à l'autre des parties. La situation respective de chaque partie ne constituait pas un facteur à considérer[80].

4.3 La rigidité et l'arbitraire comme résultat d'un excès d'abstraction

Les *juristes inquiets* dénoncent aussi le vice généralisé de la rigidité ainsi que l'arbitraire qu'ils observent comme caractéristiques du style classiciste dans la résolution des problèmes juridiques. Ce système demeure trop rigide et étroit pour répondre aux besoins de la société[81]. Gény écrit :

---

78. Voir *id.*, p. 152.
79. Voir *id.*, pp. 154-155. En contraste avec la jurisprudence moderne, le travail de Saleilles démontre que l'ancien droit français n'a jamais attribué une personnalité fictive aux « sociétés civiles » ou à des « sociétés commerciales ». Seule la doctrine moderne a personnifié ces concepts. Voir *id.*, p. 154. L'ancien droit attribuait ces effets à un concept de propriété communautaire « issue de l'idée toute rationnelle, et nullement fictive, de l'autonomie de la volonté » (*id.*, p. 155). Ainsi, Saleilles cherche à revenir à cette notion fertile et moins contraignante. Pour sa part, Gény croit que les nombreuses réactions contre un point de vue auparavant incontesté peuvent s'expliquer seulement « parce que chacun sent inconsciemment que ce point de vue paralyse irrémédiablement l'essor de la théorie du fonds social, sous le rapport des effets pratiques, que requièrent les exigences de la vie » (*Ibid.*). Gény croit que les règles régissant la condition de masse universelle illustrent également les défauts du système traditionnel de constructions et de concepts juridiques. Ceux-ci possèdent une capacité limitée de répondre aux problèmes concrets. Afin de découvrir le concept de « patrimoine, qui concilie la volonté légitime des membres de la société avec les intérêts des tiers, sous le point de vue supérieur de l'intérêt général, » on ne doit « [l]a découvrir que par tâtonnements ; et [n'] y voir autre chose qu'une *approximation hypothétique*, essentiellement susceptible de changements, puisqu'elle manque de toute réalité objective » (*id.*, p. 156).
80. Voir *id.*, p. 169.
81. Voir *id.*, p. 149.

> Il semble que l'intelligence du juriste se sente à l'étroit dans ce cercle de conceptions et de systématisations strictement moulées sur les réalités de la vie. En tout cas, elle apparaît, parfois, secouant l'étreinte des contingences, brisant l'enveloppe des besoins saisissables, pour ne plus considérer que les notions pures, et les ordonner en elles-mêmes, indépendamment des circonstances concrètes dont elles sont issues. *C'est le règne du concept, isolé des intérêts qu'il représente*[82].

La catégorisation hiérarchique juridique entraîne des solutions confinées à des concepts abstraits déjà existants. Ainsi, la réponse judiciaire à chaque situation particulière est déjà déterminée. Gény croit que la fonction et l'objectif de la doctrine et des institutions juridiques consistent à créer le droit. Le classicisme juridique ignorait cet objectif. En effet, les notions artificielles et utopiques, ayant peu de rapports avec la réalité concrète, furent préférées. Les constructions juridiques faisaient problème surtout parce qu'elles étaient excessivement abstraites :

> Mais, la technique du droit ne se contente pas de dégager les principes et de les revêtir de la forme plastique nécessaire pour la satisfaction des besoins de la vie. Elle s'élève parfois au-dessus de ces réalités, pousse du pied le sol ferme, et d'un bond monte dans la région des idées pures. Ici, interviennent les conceptions et constructions juridiques. On laisse en arrière le but, rationnel et pratique, des institutions, pour n'en retenir qu'un élément idéal, dépourvu de tout contact avec la nature et la vie. Sur cet élément, isolé de son milieu d'éclosion par un effort d'abstraction, le juriste travaille des seules forces de son esprit. — Dépourvues de valeur objective, ces opérations d'une logique transcendante n'ont, en soi, qu'un mérite purement théorique, et qui dépend de l'ingéniosité de celui dont elles émanent[83].

Dans ce contexte, Gény analyse la règle établissant l'inaliénabilité dotale, concept qui était traité de façon sommaire par le Code civil. Les juristes classicistes firent la recherche des principes fondamentaux qui sous-tendaient cette institution juridique. Ils en conclurent que seules deux explications existaient[84]. La dot était inaliénable soit parce que la femme mariée était incompétente juridiquement, soit parce que les biens et la propriété en question étaient inaliénables. Les conséquences du choix entre un précepte ou un autre différaient énormément. Limitée à un de ces principes de base, l'interprétation judiciaire, dans son ensemble, manquait inévitablement de flexibilité. Elle était rivée d'avance aux déductions logiques tirées de ces deux concepts considérés *a priori* comme les seuls possibles[85].

La jurisprudence, en contraste absolu avec la vision classiciste, tend à examiner l'inaliénabilité de la dot selon les circonstances spécifiques de

---

82. F. GÉNY, *Science et technique*, *op. cit.*, note 4, t. 1, p. 113.
83. F. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, *op. cit.*, note 4, t. 1, p. 190.
84. *Id.*, p. 157 : « Pour les uns, l'inaliénabilité dotale apparaîtrait comme une incapacité exceptionnelle, atteignant la personne même de la femme. Pour les autres, ce serait une indisponibilité réelle, frappant les biens plutôt que la personne. »
85. Voir *ibid.*

chaque cas. On utilisait la logique pour élucider toutes les conséquences possibles selon le contexte social existant[86]. Pour cette raison, Gény n'a trouvé aucune décision qui avait clairement adopté l'une ou l'autre approche théorique. Plutôt que d'être emprisonnée dans un cadre doctrinal rigide, la jurisprudence s'adapte aux changements de circonstances. Gény en conclut que les concepts dérivés *a priori* et élevés au rang de vérités absolues sont risqués et inutiles et qu'ils empêchent de trouver d'autres solutions rationnelles[87].

La nécessité de faire le lien entre une règle pratique et son origine théorique contient deux fausses assomptions : 1) qu'une théorie préconçue se révèle essentielle pour justifier une règle pratique ; et 2) qu'une telle règle ne peut se justifier indépendamment, par ses propres mérites[88].

Selon Gény, le classicisme restreignait aussi le progrès du droit « par l'effet des préjugés régnants sur le caractère impérieux et rigide des conceptions et constructions théoriques[89] ». Gény utilise l'assurance vie pour illustrer cette assertion. Comme ce contrat n'est alors ni prévu ni régi par le droit privé, il entraîne beaucoup de recherche doctrinale[90]. Gény argumente en faveur de la prise en considération des intentions légitimes de l'assuré sur la base du principe de l'autonomie de la volonté[91]. Toutefois, le classicisme dicte que « toute opération juridique doit rentrer dans une *catégorie*, à caractère net, à conditions fixes, à effets prédéterminés[92] ». En conséquence, les juristes classicistes proposèrent trois conceptions afin de résoudre les contrats d'assurance vie. Il s'agissait des suivants :

> 1) une stipulation pour autrui [...] ; 2) la théorie de la gestion d'affaires [...] ; 3) une conception [...] qui [...] décompose l'opération en deux actes et envisage le contrat d'assurance, au profit de tiers, comme obligeant seulement la Compagnie,

86. Voir *id.*, p. 158.
87. *Id.*, pp. 158-159 : « Le moindre reproche, que puissent encourir les conceptions de ce genre, lorsqu'on les veut ériger à l'état de vérités absolues, c'est d'être inutiles et d'entraver sans profit le développement des considérations rationnelles, qui animent seules vraiment toute institution juridique. »
88. *Id.*, p. 159 : « Comme si l'intervention d'une théorie préconçue était indispensable pour justifier une règle toute pratique ! Et comme si cette règle ne pouvait avoir sa raison d'être propre et indépendante ! »
89. *Id.*, p. 161.
90. Voir *ibid* : Gény examine particulièrement la thèse de M. Deslandres.
91. *Id.*, p. 162 : « [S]erait-il rien de plus simple et de plus satisfaisant à la fois, que de consacrer, *de plano*, les solutions déduites de l'intention très morale et très légitime de l'assuré, en poussant à fond l'analyse de cette intention et ne se laissant guider que par le principe de l'autonomie de la volonté, limité seulement par le respect des droits supérieurs au vouloir de l'individu ? »
92. *Ibid.*

envers l'assuré, à offrir, après le décès de celui-ci, l'indemnité d'assurance aux bénéficiaires[93].

Pour Gény, chacune de ces conceptions comble certains besoins, mais elle en exclut d'autres[94]. Des juristes plaident en faveur de l'application simultanée des trois conceptions afin de satisfaire les besoins sociaux et économiques[95]. Gény soutient que cette solution ingénieuse et expéditive ne réussit pas à éviter l'inconvénient majeur des constructions systématiques. L'adaptation des constructions multiples à une situation légale demeure inefficace quand il s'agit de fournir toutes les solutions utiles[96]. En plus, le fait que les juristes classicistes essaient de concilier des concepts contradictoires démontre l'irréalisme objectif des concepts ainsi que l'inhabilité des concepts à fournir des résultats déterminés dans des cas concrets[97]. Gény en conclut que la méthode de constructions abstraites conduit à un domaine juridique de plus en plus étroit et stérile[98].

Pour démontrer l'arbitraire du caractère inévitable des conceptions « logiques », Gény utilise l'exemple du concept du mandat présumé utilisé dans la théorie de la solidarité passive entre débiteurs. Il résume le travail de Tissier qui démontre que l'idée de mandat dans ce contexte n'existe pas dans la loi romaine ni dans l'ancienne jurisprudence française[99]. Il montre également que la notion de mandat n'est pas en usage dans les débuts interprétatifs du Code civil[100]. Au contraire, l'idée de « mandat » constitue une invention doctrinale récente qui comporte des conséquences litigieuses :

> [C]e concept était faux en lui-même, manifestement contraire à la réalité des choses, et surtout, au point de vue de ses résultats, [...] bien loin de constituer un

93. *Ibid.*
94. *Id.*, p. 163 : « Ces différentes manières de voir aboutissent, toutes trois [...] à la construction d'un système rigoureusement juridique. Mais elles n'y parviennent, qu'en couchant l'opération, qu'il s'agit d'apprécier, sur un lit de Procuste, qui en déforme ou en restreint toujours par quelques côtés, les développements naturels. Et, si chacune d'elles satisfait à certains *desiderata* pratiques, chacune également en méconnaît d'autres. »
95. Voir *ibid.* (Gény cite Deslandres).
96. *Ibid.* : « Car il arrivera bien souvent que l'adaptation de constructions multiples, si nombreuses et variées qu'on les suppose, à une même situation juridique, reste impuissante à engendrer toutes les solutions désirables. »
97. Voir *id.*, p. 164.
98. *Ibid.* : « En somme, et puisque aussi bien que je dois me borner, les applications précédentes auront suffi peut-être à faire voir comment ce procédé des constructions abstraites, (quand on oublie son caractère essentiellement subjectif et malléable, pour le stéréotyper, en quelque sorte, au moyen de conceptions, prédéterminées, immuables, revêtues d'une fausse objectivité), bien loin d'élargir et de féconder le champ de notre science, le rétrécit, au contraire et le stérilise. »
99. Voir *id.*, p. 165.
100. Voir *id.*, p. 166.

progrès dans la théorie de la solidarité, il y avait introduit des solutions fâcheuses et contraires aux exigences de la pratique, — solutions que le caractère idéal et logique de leur point de départ rend aujourd'hui fort difficiles à déraciner[101].

4.4 Les préférences sociales

Enfin, les juristes inquiets attaquent, à l'occasion, la prétention des juristes classicistes d'avoir élaboré une logique universelle du droit. Les critiques répliquent que les juristes classicistes, consciemment ou inconsciemment, prétendaient déployer une méthode exégétique neutre en vue de résoudre tous les vides, les conflits et les ambiguïtés du Code civil, et ce, en faveur de leurs propres prédilections sociales.

Saleilles cite nombre d'exemples où le pouvoir judiciaire ignore le Code civil[102]. Les juges agissent de façon indépendante « lorsque les besoins de la pratique l'exigent et que le texte ne se présente pas sous une forme suffisamment impérative pour fermer la voie à toute velléité d'indépendance[103] » ! Dans plusieurs cas, le Code civil interdit une institution juridique particulière que la jurisprudence a permise subséquemment. L'approche jurisprudentielle se justifie en qualifiant la disposition législative particulière d'exceptionnelle ou d'inefficace, ou encore en utilisant un moyen indirect afin d'atteindre le but désiré. Par exemple, les juges éliminent la prohibition de dons illicites dans le Code civil en élaborant la théorie de la cause impulsive. La jurisprudence valide aussi l'inaliénabilité temporaire et relative des biens nonobstant le principe fondamental économique assurant leur libre mouvement. Avant les changements législatifs de 1901, les tribunaux avaient reconnu les sociétés à but non lucratif malgré les instructions strictes du Code civil de 1804 au sujet de la reconnaissance des entités collectives[104]. Dans l'exercice de leur autonomie juridique, les juges résistent aux besoins économiques pressants et favorisent les intérêts du crédit de préférence à ceux de la propriété. Saleilles écrit :

> Cela ne veut pas dire, à coup sûr, que dans les libertés qu'elle [la jurisprudence] a prises avec la loi, elle se soit donné pour guide un système d'évolution sociale conscient et voulu. Tant s'en faut. Souvent même, nous la voyons rétive aux sollicitations les plus pressantes des besoins économiques, surtout lorsqu'il s'agit de la protection, aujourd'hui si importante, de la fortune mobilière. Il semble bien que, chez elle, la préoccupation du crédit l'emporte encore sur l'intérêt du propriétaire. Et c'est même là, pour le dire en passant, un point de vue social, nettement opposé au point de vue purement individualiste, quoi qu'on en ait pu dire

101. *Ibid.*
102. Voir R. SALEILLES, *loc. cit.*, note 9, 121 et suiv.
103. *Id.*, 125.
104. Voir *id.*, 124 et 125.

> [...] Mais, ce qui est certain, c'est que, sur des points nombreux, et presque dès l'origine, elle a pris par rapport à la loi civile, une attitude de franche indépendance, qui pendant longtemps, a surpris la doctrine et surtout frappé l'étranger[105].

La critique externe posa ainsi la base d'un programme de réforme de la méthode juridique.

5. Le programme de reconstruction

Le programme de reconstruction constitue un élément clé du travail des *juristes inquiets*. Ils considèrent la critique comme potentiellement dévastatrice si elle n'est pas suivie d'un programme de reconstruction pouvant remplir les « vides » laissés par la critique dans « l'édifice juridique[106] ». Gény explique que le développement de leur propre perception et de la critique du classicisme juridique constituaient les étapes préparatoires nécessaires pour l'élaboration de sa « grande œuvre », la libre recherche scientifique. Le but avoué de sa critique consiste à reconstruire sur de nouvelles fondations la forteresse qu'il démolit. Gény exprime clairement son but en concluant ainsi sa « critique négative » du classicisme juridique :

> Toutefois, je ne saurais m'arrêter ici. En attaquant les parties faibles du système traditionnel, j'ai ouvert, dans ce bloc résistant, quelques tranchées, qui le rendraient ruineux, si je ne parvenais à en combler le vide. Il me faut donc, maintenant, revenir aux bases fondamentales de l'édifice, les reprendre pièce à pièce, en éprouver la solidité, en marquer la juste place, y juxtaposer au besoin des matériaux nouveaux, de façon à donner à l'ensemble de la méthode la force et la sûreté nécessaires, pour qu'elle réponde à sa fin et satisfasse pleinement tous les intérêts, dont notre science a charge[107].

Bien qu'il démolisse les maillons faibles du classicisme juridique, Gény n'a pour remplacement qu'un système de méthodes et d'approches disparates. Cette façon de faire se révèle insuffisante. Sa critique attaque les fondations mêmes de la méthode traditionnelle.

Saleilles croit aussi que, si l'historien peut se contenter d'une méthode d'analyse, le juriste a besoin d'une méthode juridique capable d'apporter un instrument créatif pour le développement du droit[108]. Pour Saleilles, l'École historique allemande avait démontré avec succès que le droit évoluait ; cependant, il restait à déterminer comment il évoluait et si une méthode juridique fournissait les moyens de développer le droit. Saleilles écrit [109] :

---

105. *Id.*, 121 et 122.
106 F. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, *op. cit.*, note 4, t. 2, pp. 74-234.
107 *Id.*, t. 1, pp. 203-204.
108 Voir R. SALEILLES, *loc. cit.*, note 50, 96.
109 *Ibid.*

> Si le droit évolue, il faut que l'école historique nous dise comment il doit évoluer ; si elle en est incapable ou qu'elle s'y refuse, autant dire qu'elle cesse d'être une école juridique, puisqu'elle est impuissante à fournir une méthode créatrice. Méthode d'étude peut-être ; et cela peut suffire à l'historien. Cela ne suffit pas au juriste.

Le programme des *juristes inquiets* provient de leur anxiété au sujet de l'existence de problèmes sociaux massifs. La possibilité d'agitation sociale les amène donc à chercher des moyens différents pour résoudre les problèmes juridiques.

5.1 Le rôle de la logique châtié

Les *juristes inquiets* prônent l'idée de conserver à la logique un rôle important mais néanmoins très assagi. Selon Gény, les constructions logiques constituent des outils conceptuels essentiels qu'il faut maintenir mais restreindre à leur fonction propre :

> [L]es constructions logiques doivent conserver leur rôle capital dans toute méthode de droit positif. Mais, une condition s'impose, et s'impose absolument, pour les maintenir dans les limites, qui, seules en justifieront et en légitimeront l'emploi. C'est que notre science ne perde jamais de vue le caractère, essentiellement idéal et subjectif, de ces procédés, qu'elle se résigne, par conséquent, à n'en tirer que de simples *hypothèses*, toujours dominées par les faits, acceptables dans la mesure seulement où elles facilitent l'œuvre téléologique de la jurisprudence, prêtes à s'assouplir et à se transformer devant les exigences de la vie, au besoin, même à céder sans résistance à l'évidence du but pratique qui les contredirait[110].

Gény limite l'importance attribuée aux définitions juridiques, aux classifications, aux catégories ainsi qu'aux systématisations. Il approuve la logique formelle seulement quand elle facilite la construction de principes se conformant à la réalité par leur assimilation aux caractéristiques réelles des institutions sociales :

> D'après ces vues, les définitions n'auront de valeur objective que comme définitions de choses, résumant et synthétisant les caractères réels d'une institution d'après les faits, sauf à servir parfois d'instruments pratiques d'adaptation, comme définitions de mots. — Les classifications ne devront être tenues pour pleinement adéquates au but, que lorsqu'elles reposeront sur la diversité de structure intrinsèque des éléments juridiques [...] De même, les catégories juridiques n'auront une portée substantielle et profonde, qu'à la condition de marquer les traits généraux d'un précepte, d'une façon, qui permette d'y ramener les réalités par des considérations puisées dans la vie même. Et la systématisation des notions ne puisera elle-même son efficacité épistémologique que dans sa conformité au réel. — Quant à l'idéalisation pure, qui s'épanouit en la construction juridique, il faudra lui refuser son influence légitime au domaine de l'action ou de la technique.
>
> [...]

110. F. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, *op. cit.*, note 4, t. 1, p. 146.

> Enfin, — si la logique proprement dite, employée sous son aspect formel, reste assurée de ses conclusions, quand elle met en valeur des *principes juridiques* dignes de ce nom, c'est-à-dire des préceptes synthétisant la réalité même du droit —, appliquée à des entités abstraites, elle doit toujours être maniée avec mesure, et assouplie au moyen d'une considération téléologique, qui forme le pendant de l'intuition[111].

De même, Saleilles croit que les idéaux de la justice et de la raison doivent se soumettre à la « réalité » de faits sociaux changeants : « Et il fallait que le droit se pliât à ce monde nouveau, qu'il donnât satisfaction à cette justice nouvelle, dont le principe reste immuable, mais qui, pour rester la justice, doit se plier elle-même aux transformations économiques et sociales qui se produisent[112] ! »

Quelques années plus tard, suivant l'École historique allemande, Saleilles écrit :

> Et c'est, en effet, le second profit dont nous sommes redevables à l'école historique, c'est qu'elle a enlevé tout crédit et dénié toute valeur objective aux déductions tirées d'un raisonnement abstrait en matière d'applications sociales. Celles-ci ne seront jamais la résultante que des phénomènes en conflit dans la réalité des faits [...] Il faut renverser les facteurs : observer les faits et les plier à la raison, à la justice et à l'idéal, et non partir de la raison, de la justice, de l'idéal pour en faire sortir les faits qui *devraient être*. Bref, la méthode déductive ne démontrera jamais ce qui peut être[113].

5.2 Les différents moyens de reconstruction

Les *juristes inquiets* utilisent plusieurs moyens différents afin de poursuivre leur but dans la recherche de doctrines juridiques et de méthodes flexibles et adaptables. Certains adoptent une approche de droit comparé, d'autres font appel à la jurisprudence, tandis que d'autres encore se tournent vers les sciences sociales pour trouver des réponses. Il ne faut pas s'étonner qu'ils aient mis en avant des solutions de rechange diverses au système classiciste existant. Malgré leurs différences, les *juristes inquiets* partagent un but commun : ils cherchent à découvrir le droit dans les faits sociaux[114]. Ils veulent créer un droit harmonieux ordonné selon la réalité

---

111. F. GÉNY, *Science et technique*, *op. cit.*, note 4, t. 1, pp. 136-137.
112. R. SALEILLES, *loc. cit.*, note 11, XV.
113. R. SALEILLES, *loc. cit.*, note 50, 94 et 95 (l'italique est de moi).
114. Par exemple, en 1919, F. GÉNY, *Méthode d'interprétation*, *op. cit.*, note 4, t. 2, pp. 284-285, écrit : « Sous la variété des opinions émises, se révèlent toujours la pensée essentielle, de découvrir le droit dans les réalités mêmes de la vie sociale, d'où il surgit, et la nécessité de mettre en œuvre, pour cela, tous les moyens, par lesquels peuvent être dictées ou suggérées des règles, ordonnant la conduite de l'homme dans ses rapports avec ses semblables. »

sociale[115]. Enfin, ils croient que le droit est intrinsèque à la société et peut constituer un instrument progressif d'évolution[116].

Dans l'épilogue de 1919 inclus dans *Méthode d'interprétation*, Gény fournit une vue d'ensemble des propositions positives qui définissent son temps[117]. Les auteurs favorisent une approche moins abstraite et plus humaine du droit[118]. En adoptant une telle approche, ils s'en remettent à une variété de moyens incluant : 1) l'attention aux circonstances et aux détails des faits ; 2) l'analyse précise des intentions des parties ; 3) la considération des intérêts en jeu ; 4) l'étude des considérations morales, sociales et économiques ; 5) la prise en considération des principes d'utilité ; 6) l'examen des politiques législatives fondamentales ; 7) la consultation de la pratique juridique et de la jurisprudence ; ainsi que 8) l'usage subsidiaire du droit comparé[119]. Nombre de *juristes inquiets* se montrent insatisfaits de l'incertitude que crée le grand nombre de moyens utilisés pour arriver à la flexibilité. À l'encontre de ce malaise, ils essaient d'élaborer des thèmes unifiants fournissant une base solide à leur entreprise de réforme.

Gény observe que ces propositions de réforme ont peu d'effet sur la culture juridique du droit français[120]. Il attribue ce peu d'influence au fait que les réformes ne réussissent pas à mettre au point une méthode systématique renouvelée[121]. Dans *Méthode d'interprétation*, mais surtout dans

115. Voir *id.*, pp. 89 et 92.
116. Voir *id.*, p. 91.
117. Voir *id.*, pp. 245-286.
118. Voir *id.*, p. 247.
119. *Ibid.* : Gény résume ces différentes tendances en parlant « [d']augmentation de l'intérêt et du soin apportés à la description des faits (précision des circonstances, analyse des volontés), [de] restriction des discussions de mots ou des arguments logiques au profit de considérations, morales, économiques, sociales, pénétrées par une intuition sympathique, [de] prévalence des idées législatives de fond sur les épluchages de textes ou de travaux préparatoires, [de] sacrifice des concepts à l'utilité, [d']appréciation des intérêts, juxtaposée, sinon substituée, à la construction théorique, [de] consultation constante de la pratique et de la jurisprudence, en vue d'une critique objective, [d']intervention accessoire du droit comparé, pour le développement intrinsèque du droit national. »
120. Voir *id.*, t. 1, p. 12.
121. *Ibid.* : « Je crains seulement que ce mouvement n'ait pas encore pénétré assez avant dans la masse des jurisconsultes, qu'il ne reste jusqu'ici, malgré tout, que le fait d'une très faible minorité. Et, je me demande si cette insuffisance d'expansion ne viendrait pas de ce que l'évolution désirable n'a pas été assez souvent exposée et analysée d'un point de vue spéculatif ; ou, plus simplement, de ce que la réforme à opérer, dans ce que j'appelle notre méthode traditionnelle d'interprétation juridique, n'a pas été décrite, en son entier, par plusieurs de ses partisans convaincus, et avec la pensée d'en fournir une justification aussi péremptoire que possible. »

son travail postérieur intitulé *Science et technique*, Gény tente d'élaborer une telle méthode légale systématique[122].

Pour sa part, Saleilles prône une réforme pragmatique, sur une large échelle et à la fois créative et fluide. Il insiste sur les conséquences des solutions juridiques. Sa préférence pour une analyse concrète, factuelle et empirique de même que son génie pour réconcilier des positions contradictoires combinés définissent son intérêt pour « ce qu'est » le système juridique par opposition à « ce qu'il devrait être ». Gény propose des systèmes méthodologiques autres en 1899 et dans les années 1920. En 1899, il préconise une vision limitée dans son ensemble et qui se rapproche du classicisme juridique. Dans les années 1920, Gény devient plus conservateur encore dans sa vision. Sa seconde proposition peut être qualifiée sans équivoque de néo-classisciste. Les préférences néo-classicistes de Gény qui favorisent une combinaison d'éléments rationnels et expérimentaux forment une partie du « retour à l'ordre » général dans la culture qui règne en France après la Première Guerre mondiale.

Conclusion

Tout au long de l'article, j'ai tenu pour acquis la description de l'École de l'exégèse telle qu'elle est présentée par l'école critique. Mon hypothèse sous-jacente, cependant, s'inspire de l'idée que la signification des contributions des *juristes inquiets* repose non seulement sur leur critique interne et externe de la méthode classiciste mais aussi sur la manière dont ils ont décrit l'École de l'exégèse. Autrement dit, je suggère que l'unité et la nature systématique de l'École de l'exégèse décrites et critiquées dans les écrits des *juristes inquiets* proviennent en grande partie de leurs propres projections. Je compte explorer cette hypothèse dans des études prochaines. Pour l'instant, cependant, cette hypothèse a deux conséquences que je vais présenter en relation avec l'épigraphe du texte.

Premièrement, si « la douleur est la rançon du formalisme », la douleur en question est en partie celle des critiques eux-mêmes. Cette projection d'une école juridique classiciste, rigide, formelle et positiviste, une école ayant un pressant besoin de critique pour des raisons et de logique et d'urgence sociale, est en soi symptomatique d'un malaise culturel et théorique. On peut spéculer sur le désir des *juristes inquiets* de faire de la loi un outil pratique de réforme sociale, ce qui les oblige à expliquer l'échec antérieur de la loi dans ce rôle. La « mésinterprétation » de leurs prédécesseurs

122. D'autres juristes qui tentèrent des projets de reconstruction similaires en droit privé incluent Édouard Lambert et René Demogue.

comme juristes classicistes demeure la rançon intellectuelle à payer par les *juristes inquiets* pour racheter leur propre peur de la déstabilisation théorique et sociale.

Deuxièmement, même s'il demeure courant de faire la distinction concernant le travail de critique et le travail de reconstruction chez des innovateurs juridiques du début du XXe siècle[123], l'hypothèse selon laquelle les *juristes inquiets* créèrent la cible de leur critique en la projetant dans le passé suggère qu'une telle distinction doit être reconsidérée. La projection d'un système juridique rigide, formel et positiviste constitue en soi le premier pas vers le travail de reconstruction, la création d'un alibi pour l'échec du droit à faire face à la transformation sociale. Leur anxiété sociale sous-jacente, qui aurait pu être atténuée en faisant du droit un outil pratique de réforme sociale, doit être politiquement « rançonnée » par la projection du passé classiciste.

La tradition critique du droit civil français demeure cachée et oubliée. Dans mon article, j'ai entrepris la tâche d'en découvrir l'héritage. Par contre, les chercheurs contemporains documentent à fond la critique de la common law au sein de l'héritage américain. Cependant, le fait que la critique des *juristes inquiets* a été « empruntée » par les Américains progressifs[124] et très explicitement par Roscoe Pound[125], Benjamin Cardozo[126] et Morris Cohen[127] reste à ce jour encore ignoré dans les comptes rendus actuels de l'histoire. Une question fascinante demeure celle de savoir jusqu'à quel point ces chercheurs ont « dénaturé » la critique des *juristes inquiets*. Une autre question à explorer serait de déterminer si cette critique a eu la même signification dans le contexte américain qu'en France.

---

123. Voir M.J. HORWITZ, *The Transformation of American Law 1870-1960: The Crisis of Legal Orthodoxy*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1992, pp. 3-7 (où l'auteur retrace les tensions entre le « classicisme juridique » de la fin du XIXe siècle et la « pensée juridique progressive » qui a commencé à émerger en 1905).
124. Voir en général A. WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative law*, Charlottesville, University Press of Virginia, 1974 (où l'auteur explore les similarités et les différences historiques de systèmes juridiques différents); A. WATSON, « Legal Change : Sources of Law and Legal Culture », (1983) 131 *U. Pennsylvania L. Rev.* 1121, 1146 et 1147 (où l'auteur fait la description du procédé par lequel même la loi non officielle et non écrite est empruntée par les systèmes juridiques).
125. Voir R. POUND, « Mechanical Jurisprudence », (1908) 8 *Columbia L. Rev.* 605, 611 et 612 (où l'auteur explique que les facteurs sociaux et moraux influent sur le développement historique du droit).
126. Voir B.N. CARDOZO, *The Nature of Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1921, pp. 103-105.
127. Voir M.R. COHEN, « The Basis of Contract », (1933) 46 *Harvard L. Rev.* 553, 575-578 (où l'auteur critique la vision classiciste du droit des contrats).