



HAL
open science

Léon Duguit et François Geny : controverse sur la rénovation de la science juridique

Jean Pascal Chazal

► **To cite this version:**

Jean Pascal Chazal. Léon Duguit et François Geny : controverse sur la rénovation de la science juridique. *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 2010, 65, pp.85 - 133. hal-03594241

HAL Id: hal-03594241

<https://sciencespo.hal.science/hal-03594241v1>

Submitted on 2 Mar 2022

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

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

Léon DUGUIT et François GENY, Controverse sur la rénovation de la science juridique

Jean-Pascal CHAZAL
Professeur à l'Université Jean Moulin (Lyon 3)

Le XIX^e siècle finissant, une nouvelle génération de juristes éprouva le besoin de rénover la science juridique. Ce besoin de rénovation s'expliquait par plusieurs facteurs. En premier lieu, le Code Civil avait vieilli et ne correspondait plus aux besoins de la société française de la fin du XIX^e siècle. Malgré les quelques rares ruptures par rapport à l'Ancien droit, ce Code était davantage l'héritage de la tradition romano-médiévale qu'une œuvre révolutionnaire. Il était donc plus tourné vers le passé qu'il avait pour but de consolider, que vers l'avenir qu'il était difficile d'anticiper. En deuxième lieu, le XIX^e siècle a connu des bouleversements économiques et sociologiques impressionnants : l'avènement et le développement d'une économie capitaliste avec l'apparition d'une classe prolétarienne, l'urbanisation de la France, le développement du machinisme et d'autres bouleversements technologiques liés au progrès technique. Enfin, et en troisième lieu, la France commençait à s'acclimater aux valeurs démocratiques et républicaines qui s'enracinaient de plus en plus profondément depuis 1870, et qui ont contraint la doctrine, pas toujours de bon gré¹, à reconnaître la légitimité du droit dans le peuple et sa représentation nationale, plutôt que dans la tradition savante. Approuvée par certains, redoutée par d'autres, la démocratisation de la production du droit, c'est-à-dire le fait incontestable que la source première du droit devient la loi et non plus la doctrine ou la jurisprudence, a entraîné son évolution dans le sens de la satisfaction des besoins sociaux du plus grand nombre, au prix parfois d'une détérioration des techniques juridiques. La doctrine française, à des degrés divers selon les auteurs, n'était pas restée indifférente aux évolutions sociales. Loin de se contenter d'une simple exégèse des articles du Code Civil, les auteurs avaient fait œuvre créatrice, tout en veillant à maintenir leur pensée profondément ancrée dans la tradition juridique. Mais leur méthode, de par son classicisme, paraissait archaïque à l'aune de la naissance et du développement de nouvelles disciplines scientifiques, dont, au premier chef, la sociologie. L'idée de constituer un savoir juridique, non plus simplement fondé sur la tradition, mais structuré autour d'une prétention véritablement scientifique, bien que née au XVII^e siècle chez les auteurs jusnaturalistes², a atteint son apogée avec le positivisme scientifique d'Auguste Comte répandant l'idée que la seule véritable connaissance

¹ cf. les critiques plutôt anti-démocratiques formulées par Georges Ripert dans *Le régime démocratique et le droit civil moderne*, LGDJ 1938. Duguit et Génay étaient démocrates, mais se méfiaient de la versatilité de l'opinion.

² Ainsi, Pufendorf concevait la possibilité de « *conférer aux droits naturels la forme d'une science rigoureuse dont toutes les parties se tiennent et découlent les unes des autres* » (specimen controversiarum circa Jus Naturale, 1674, IV, § 1) et admettait un principe de certitude dans les sciences morales grâce à l'utilisation du syllogisme démonstratif (le droit de la nature et des gens, Bâle 1732, trad. Barbeyrac, Liv. I, Ch. II § II et IV). Le traducteur de Pufendorf, Jean Barbeyrac, citait d'ailleurs, dans la préface, un passage de l'*Essai concernant l'entendement humain* de John Locke dans lequel celui-ci affirmait ne point douter qu'il était possible de déduire « *de propositions évidentes par elles-mêmes, les véritables mesures du juste et de l'injuste, par des conséquences nécessaires et aussi incontestables que celles qu'on emploie dans les mathématiques* ».

scientifique découlait de l'observation des faits perceptibles, sans a priori ni postulat métaphysique. Le défi lancé ainsi à la science juridique était de savoir s'il était possible de l'ériger en science ou si elle était condamnée à demeurer dans les obscurités de la métaphysique.

Léon Duguit et François Gény sont deux auteurs emblématiques de cette génération qui a été confrontée à la nécessité de tenter une rénovation de la science juridique, notamment s'agissant des méthodes utilisées par les juristes pour à la fois construire leur savoir et rendre compte de l'état du droit positif. Léon Duguit (1859-1928), qui est agrégé en 1882, est très influencé par la pensée sociologique d'Emile Durkheim avec lequel il se lie d'amitié à Bordeaux. Non seulement, il promeut l'étude de la sociologie et de l'économie politique au sein de la faculté de droit, mais surtout, il utilise la méthode sociologique pour remettre en cause un certain nombre de méthodes traditionnellement utilisées par la doctrine. Cette œuvre critique et constructive commence avec un article paru en 1889³, mais prend corps essentiellement, après avoir rompu avec la théorie organiciste de la société tendant à identifier les faits sociaux avec les phénomènes physiques ou biologiques, dans deux ouvrages fondamentaux : d'une part, *l'Etat, le droit objectif et la loi positive* (Paris 1901) et, d'autre part, le *Traité de droit constitutionnel*, dont la première édition paraît en 1911⁴. C'est dans le premier tome du *Traité de droit constitutionnel*⁵ que se trouve le développement de sa pensée dans l'état le plus achevé. Il part d'un constat sévère et, à ses yeux, évident que « *la construction juridique individualiste, subjectiviste et métaphysique, qui par la révolution nous est venue de Rome et de la scolastique médiévale, a fait son temps, qu'il est impossible de plier aux vieux cadres les relations si complexes, si variées, naissant aujourd'hui entre les individus et les collectivités, et qu'il faut définitivement bannir de la jurisprudence les concepts métaphysiques de substance, de sujet de droit, de droit subjectif, sources de controverses sans fin, épuisantes et stériles* »⁶. La méthode préconisée par Duguit, et qui doit rénover la science juridique, est essentiellement sociologique et expérimentale : « *constater les faits, n'affirmer comme vrai que ce l'on constate par l'observation directe et bannir du domaine juridique tous les concepts a priori, objets de croyance métaphysique ou religieuse, qui prétent à des développements littéraires, mais qui n'ont rien de scientifique* »⁷. Il s'agit donc, pour lui, de se débarrasser de ce qu'il dénomme la « *méthode scolastique* », laquelle prétend exclusivement raisonner sur de purs concepts a priori, en employant la logique formelle. Sa doctrine s'inscrit donc dans un « *positivisme social* » et un « *réalisme juridique* » qui excluent tout idéalisme. Cependant, et ceci lui sera reproché à de nombreuses reprises, notamment par François Gény, Duguit construit sa méthode prétendument scientifique tout en admettant, dans son système, les sentiments de « *socialité* » et de justice, sans lesquels aucune société humaine ne peut exister⁸. Il existerait donc dans la société, d'une part, une norme s'imposant à l'homme qui prescrit un certain degré de solidarité⁹ et, d'autre part, un sentiment de justice qui intervient, pour une large part, dans la formation des règles de droit¹⁰.

³ *Le droit constitutionnel et la sociologie*, Revue internationale de l'enseignement, 1889-2, t. XVIII p. 484.

⁴ La seconde édition paraîtra en 1920, et la troisième en 5 volumes en 1927. Il est possible également de citer les œuvres suivantes : *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris 1911 deuxième édition ; *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris 1911 (réédition *La mémoire du droit* 1999), *Les transformations du droit public*, Paris 1913, réédition *La mémoire du droit* 1999).

⁵ La troisième édition de 1927 sera citée, par la suite, sauf indication contraire.

⁶ Préface à la deuxième édition du *Traité de droit constitutionnel*.

⁷ Préface de la troisième édition du *Traité de droit constitutionnel*.

⁸ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 116.

⁹ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 66.

¹⁰ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 119.

Dans son combat contre les méthodes employées par la doctrine classique du XIX^e siècle¹¹, l'œuvre de François Gény (1861-1959) est très proche de la tentative de rénovation de la science juridique et de ses méthodes, telles qu'entreprise par Léon Duguit. François Gény, agrégé en 1887, expose sa pensée dans deux ouvrages essentiels, d'une part, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* dont la première édition paraît en 1899¹² et, d'autre part, *Sciences et techniques en droit privé positif, nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, parue en quatre tomes entre 1914 et 1924. Dans *Méthodes d'interprétation*, François Gény s'en prend de façon vive et radicale à la méthode traditionnelle des juristes, à la fois « *sylogistique et dogmatique* », selon les mots de Saleilles¹³. Il dénonce les abus de logique et d'abstraction de cette méthode traditionnelle consistant à faire dire, par des procédés contestables car non scientifiques, à la loi ce que le législateur n'avait pas prévu ni voulu. Par ce stratagème, sous couvert d'interprétation, les juristes tentaient, en réalité, d'imposer leurs propres opinions. Mais Gény ne partage pas l'enthousiasme et la fascination de Léon Duguit pour les sciences sociales, et notamment pour la sociologie. Force est de reconnaître que l'opinion de Gény est fluctuante sur la question. Si en 1902¹⁴, il semble convaincu par la méthode sociologique et les travaux de Emile Durkheim, en revanche, il adopte une position beaucoup plus sceptique et réservée dans *Méthodes d'interprétation*¹⁵, laquelle deviendra franchement hostile à la doctrine durkheimienne dans *Sciences et techniques*¹⁶. Néanmoins, il reconnaît la nécessité d'ouvrir les études juridiques et la méthode des juristes sur le monde social et plaide pour une interdisciplinarité de nature à enrichir le savoir juridique et invite les juristes à un « *sérieux examen de conscience* » pour parvenir à rénover la méthode, c'est-à-dire les procédés d'investigation et d'interprétation du droit¹⁷. Plus fondamentalement, si la postérité a retenu de Gény sa désormais fameuse distinction entre les sources du droit formel (loi et coutume) et les autorités d'interprétation (jurisprudence et doctrine), en revanche l'aspect le plus profondément original de son œuvre, du moins dans *Méthode d'interprétation*, a été occulté, à savoir la « *libre recherche scientifique* ». Partant du principe que les sources formelles du droit positif ne sont pas exhaustives et ne peuvent donc en aucun cas prétendre résoudre l'intégralité des problèmes juridiques qui se posent dans une société, il importe d'établir une méthode véritablement scientifique permettant de les résoudre indépendamment de la loi et en évitant les abus de logique et d'abstraction de la méthode traditionnelle. Ne pouvant, dans ces hypothèses, laisser le juriste décider de façon arbitraire, le défi que Gény se propose de relever est d'établir une méthode de libre recherche, c'est-à-dire permettant d'arriver, sans

¹¹ Qu'il n'appelle pas « *Ecole de l'exégèse* » ; cette appellation n'apparaîtra qu'avec Julien Bonnetcase, *L'Ecole de l'exégèse en droit civil*, 1919 et Eugène Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Sirey 1935, nouvelle édition La mémoire du droit 2003, sur la question cf. Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz 2004, collection Méthodes du droit, p. 134.

¹² Une seconde édition avec un avertissement de l'auteur et d'importants ajouts est parue en 1919 et a fait l'objet d'une réimpression à la LGDJ en 1995. Sauf précision contraire, c'est cette seconde édition qui sera citée par la suite.

¹³ Préface à *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, XIX, lui reprochant tout à la fois d'exagérer l'élément légal dans les raisonnements juridiques et d'abuser des abstractions logiques. A cet égard, on trouve dans les 200 premières pages de *Méthodes d'interprétation* une critique implacable, et encore actuelle, des méthodes traditionnelles des juristes.

¹⁴ *Risque et responsabilité*, RTD civ. 1902, 812 et spécialement p. 837 et 841.

¹⁵ *Méthode d'interprétation*, tome 2, n° 168 : « *et si cette science ne réalisait jamais les espérances, qu'on a fondées sur elle, j'estime qu'elle suffirait, tout à fait, à nous donner les clartés nécessaires. Malheureusement, l'état d'indétermination, et presque d'amorphisme, auquel la condamne encore, non moins que sa jeunesse, la complexité un peu confuse de son objet, et dont elle ne pourra sortir que par une orientation ferme et par le choix d'une méthode précise, ne nous permet pas, à l'heure actuelle, d'attendre de cette science un secours efficace* ».

¹⁶ *Sciences et techniques*, tome 2, n° 80 0 86.

¹⁷ *Méthode d'interprétation*, tome 1, introduction, n° 3.

l'appui de la loi ou de la coutume, à une solution juridique pour un problème donné, tout en s'assurant de la scientificité et de la rigueur de la démarche. Le juriste sera alors dans une situation comparable à celle du législateur lui-même¹⁸. Ainsi, la libre recherche scientifique est une méthode juridique qui a « *pour préoccupation dominante, de découvrir elle-même, à défaut du secours des sources formelles, les éléments objectifs qui détermineront toute solution requise par le droit positif* »¹⁹. Dans cette démarche, Gény ouvre donc la science juridique sur le monde, ce qu'il appelle « *la nature des choses* » ou « *réalités objectives* » et l'éloigne des constructions juridiques qui ne sont que le produit d'abstractions purement logiques. Certes, pour Gény, cet examen des réalités objectives postule l'existence d'un droit naturel, s'éloignant ainsi du positivisme sociologique de Duguit. Néanmoins, Gény n'entend pas « *la nature des choses* » comme les jusnaturalistes de l'école moderne : « *Il ne s'agit pas seulement de considérer et d'analyser, par le menu, tous les éléments de fait de notre vie sociale, d'en observer les rapports, de discerner les réactions réciproques qu'ils subissent. Il faut, plein de confiance en notre conscience morale comme en notre raison, user de ces facultés pour dégager les lois des phénomènes et faire ainsi contribuer toutes nos ressources à une construction, vraiment scientifique, du droit commun que nous cherchons* »²⁰. Ainsi, la dichotomie proposée par Gény²¹ semble relativement proche de celle avancée par Duguit qui, tout à la fois, inscrit sa démarche dans le réalisme juridique et le positivisme social, en se référant aux sentiments de « *socialité* » et de justice²².

Après une première esquisse de la pensée de Duguit et de Gény, force est de constater des points de convergence indéniables : la volonté de rénover la méthode juridique traditionnelle, la nécessité de débarrasser celle-ci des abus de logique et d'abstraction, l'intuition que la science juridique ne pourra être crédible à l'avenir que si elle s'ouvre sur le monde social et s'appuie sur des données objectives, le refus de rompre avec le sentiment de justice inhérent à toute pensée humaine dans le domaine juridique et social. Néanmoins, au-delà de ces points de convergence, ces deux auteurs se sont la plupart du temps opposés, dans des controverses qui, si elles adoptaient toujours un ton plutôt cordial, voire amical, révélaient des divergences fondamentales. La première véritable critique approfondie de la doctrine de Duguit, par François Gény, se trouve dans le deuxième tome de « *Science et technique en droit privé positif* » paru en 1915²³. Un chapitre 7^{ème} est ainsi consacré à l'étude et à la critique du système réaliste et positif de Léon Duguit, puis à l'occasion de la parution de la deuxième

¹⁸ *Méthode d'interprétation*, tome 2, n° 156 p. 77 : « *aussi, n'hésiterais-je point, dans le silence ou l'insuffisance des sources formelles, à indiquer, comme ligne générale de direction pour le Juge, celle-ci : qu'il doit former sa décision de droit, d'après les mêmes visées qui seraient celles du législateur, s'il se proposait de régler la question. (...) Et, c'est pourquoi, l'activité qui lui incombe m'a paru pouvoir être justement qualifiée : libre recherche scientifique ; recherche libre puisqu'elle se trouve ici soustraite à l'action propre d'une autorité positive ; recherche scientifique, en même temps, parce qu'elle ne peut rencontrer ces bases solides, que dans les éléments objectifs, que la science peut lui révéler* ». Juste après ce passage, Gény précise que ce qu'il vient de dire du Juge « *interprète effectif et officiel du droit positif s'applique nécessairement aussi, non seulement aux praticiens, mais à l'interprète doctrinal ou critique* ».

¹⁹ *Méthode d'interprétation* n° 156.

²⁰ *Méthode d'interprétation* n° 159.

²¹ « *d'une part, interroger la raison et la conscience, pour découvrir en notre nature intime les bases mêmes de la justice ; d'autre part, s'adresser aux phénomènes sociaux, pour saisir les lois de leur harmonie et les principes d'ordre qu'ils requièrent. Telle est la double tâche à remplir : la seconde ayant sa base ferme dans ce qu'on peut appeler la nature des choses positives, représentée par l'ensemble des conditions, qui forment comme l'atmosphère de la vie juridique extérieure, la première reposant sur un fond plus intime, qui échappe à l'observation et à l'expérience sensible, mais n'impose pas moins ses exigences à la réalisation pratique du droit* » Op. cit.

²² *Traité de droit constitutionnel* tome 1, p. 116

²³ Il faut cependant noter le compte rendu par F. Gény de *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Rev. Crit. du législ. et de jurisp. 1901, T. xxx p. 505

édition du tome 1 du *Traité de droit constitutionnel* de Léon Duguit, en 1921, François GénY fait paraître une recension critique de l'ouvrage dans laquelle il continue à appuyer sur les désaccords qui l'opposent à Léon Duguit ainsi que sur les faiblesses qu'il croit détecter dans le système de ce dernier²⁴. Léon Duguit, quant à lui, ne s'est pas privé de répondre de manière détaillée aux critiques que lui adressait François GénY. Lors de la troisième édition, en 1927, du premier tome du *Traité de droit constitutionnel*, Léon Duguit y incorpore les critiques adressées par GénY et formule des objections de nature, pensait-il, à les écarter. On trouve également des réponses et des accusations entretenant la controverse entre les deux auteurs, dans les conférences que Léon Duguit a données en Espagne et au Portugal en 1923²⁵.

Les doctrines de Duguit et de GénY s'opposent sur bien des questions : politique, philosophique, technique et il serait vain, dans le cadre du présent travail, de prétendre aborder la totalité des points d'achoppement. En se concentrant sur l'essentiel, c'est-à-dire ici, sur la tentative de rénovation de la science juridique, il est possible de dire que ces deux auteurs ont entretenu une controverse ontologique (I), c'est-à-dire sur la manière de concevoir le droit et la réalité juridique, et épistémologique (II), c'est-à-dire sur les méthodes juridiques et la notion de vérité.

I – UNE CONTROVERSE ONTOLOGIQUE

A- L'OBJET DE LA CONTROVERSE

Avant le XIX^{ème} siècle, la question des sources du droit ne s'était guère posée. En effet, le droit étant, au moins depuis Rome, l'art ou la science du juste et de l'injuste, il ne faisait pas de doute que les jurisconsultes se trouvaient à l'origine de l'élaboration du droit. Même si les *jurisprudentes* romains étaient essentiellement des praticiens, ils étaient aussi des savants du droit auxquels les justiciables, ou même le préteur, avaient recours pour trouver des solutions à des problèmes juridiques concrets. Au Moyen-âge, le droit savant s'est peu à peu éloigné de la pratique, mais l'interprétation du droit romain, ou encore des règles coutumières, laissait une large place aux jurisconsultes dans la production du droit.

Substantiellement, le Code Civil de 1804 n'a pas bouleversé le droit (sauf la consolidation de quelques acquis révolutionnaires à forte charge symbolique, mais quantitativement minoritaires) ; d'un point de vue formel, en revanche, il projette les juristes dans un nouveau monde : un monde inconnu dans lequel la loi reçoit la primauté. Comme toujours, ce bouleversement ontologique a été vécu de manière plus ou moins inconsciente par les juristes, avant de faire l'objet d'une théorie. Et c'est bien à la construction de cette théorie que se livre François GénY à la fin du XIX^{ème} siècle. Il ne peut pas ne pas reconnaître la première place donnée à la loi, mais il s'empresse d'en reconnaître les limites. La loi, à ses yeux, ne peut en aucun cas être la source unique du droit, tant elle est incapable d'embrasser la complexité du monde social, tant les études législatives sont insuffisantes pour comprendre le droit positif. D'autres sources sont à l'œuvre qui, sans contester l'hégémonie de la loi, doivent venir en

²⁴ F. GénY, *les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit*, RTD civ. 1922, 779. Cet article est repris dans le tome 4 de *Science et technique et droit privé positif*, Sirey 1924, en appendice p. 159 et suivantes.

²⁵ Ces conférences, en partie inédites en France, viennent de faire l'objet d'une publication : Léon Duguit, *Le pragmatisme juridique*, présentation Simon Gilbert, Editions La mémoire du droit, 2008.

compléter l'office²⁶. Evidemment, l'autre source formelle du droit réside dans la coutume, mais, comme celle-ci est devenue marginale, GénY étudie également, à côté des sources formelles du droit, les autorités d'interprétation que sont la jurisprudence et la doctrine²⁷. Mais surtout, c'est à ce qu'il appelle la « *libre recherche scientifique* » que GénY accorde un rôle important dans la rénovation de la science juridique. Cette liberté du juriste de créer du droit, si elle était omniprésente dans l'histoire (notamment à Rome), s'est peu à peu étiolée, en raison de l'omniprésence de la loi, mais n'a point disparu pour autant. En effet, la recherche, par le juriste, de solutions nouvelles est nécessaire puisque les sources formelles du droit sont impuissantes à appréhender l'ensemble des problèmes qui peuvent se poser dans une société complexe.

François GénY rejette la théorie de l'interprétation historique prônée par son ami Raymond Saleilles, consistant à interpréter un texte en fonction des besoins de la société dans laquelle il est appliqué. Il prétend pouvoir libérer le juriste du carcan des lois sans pour autant laisser la solution juridique à son arbitraire. Le juriste, qu'il soit juge, avocat ou interprète, se trouve dans la même situation qu'un législateur : il a pour mission de rechercher à satisfaire, par une règle appropriée, la justice et l'utilité sociale²⁸. Comment donc ménager cette liberté tout en lui sauvegardant une dimension scientifique, garante de la justice et de l'objectivité ? GénY s'y emploie en utilisant la notion « *à la fois imprécise et féconde* » de « *nature de choses* »²⁹.

Dans *Méthode d'interprétation*, François GénY donne une définition originale de la nature des choses ; loin de constituer le simple état d'une société donnée, tel qu'il peut être étudié par les sciences de l'observation, la nature des choses doit être recherchée, d'une part, dans la raison et la conscience et, d'autre part, dans les phénomènes sociaux (ce que GénY appelle la « *nature des choses positive* »³⁰). Dans le premier champ d'investigation, la libre recherche scientifique puise des éléments dans la raison et la conscience qui fournissent une notion innée de justice, nécessaire à toute construction positive. Il ne s'agit pas, pour GénY, de renouer avec les excès rationalistes de l'école moderne du droit naturel, qui voyait dans la raison humaine le moyen d'édicter des règles universelles et immuables. Les thèses de cette école moderne du droit naturel ont été combattues par l'école historique allemande, laquelle a eu pour ambition d'étudier le droit positif selon des critères véritablement scientifiques, débarrassés de tout a priori subjectif, et de construire une science juridique fondée essentiellement sur l'observation de la réalité. Pour les positivistes, la justice absolue ne peut

²⁶ *Méthode d'interprétation*, p. 7 : « *Pourtant, si nous sommes convaincus que, comme toute autre fraction de la science, la jurisprudence est soumise à la loi du progrès, il nous faut bien, en dehors de la législation proprement dite, manifestement impuissante à suivre d'un pas égal et sûr l'évolution incessante des nécessités juridiques, avoir constamment sous la main un autre instrument d'élaboration du droit. Cet instrument, qui à défaut d'un organe constitutionnel, spécialement adapté à ce but (tel que l'édit du préteur romain) doit se trouver à la portée du Magistrat comme du juriste de cabinet, également nécessaire pour la solution des questions pratiques, et pour une féconde systématisation de la jurisprudence, ne peut être, dans notre civilisation française moderne, qu'une Méthode, à la fois large et souple, dont il appartient à la science seule de définir les procédés et de fixer les lois* ».

²⁷ Il faut noter que pour GénY la jurisprudence n'est pas une source de droit, contrairement à la théorie de Edouard Lambert, mais simplement un « *propulseur de coutumes* », *Méthode d'interprétation*, tome 2, n° 149.

²⁸ *Méthode d'interprétation*, tome 2 n° 156. Toutefois, GénY concède une importante nuance entre l'activité judiciaire et l'activité législative : « *tandis que le législateur n'est entravé par aucune lisière, dans l'appréciation d'une situation générale, qu'il règle de façon toute abstraite, le juge, qui statue en vue de cas particuliers, et au sujet de problèmes absolument concrets, doit, suivant l'esprit de notre organisation moderne, et pour échapper aux dangers de l'arbitraire, se dégager autant qu'il est possible de toute influence personnelle ou venant de la situation particulière qui s'offre à lui, et baser sa décision juridique sur des éléments de nature objective* » op. cit. n° 156.

²⁹ *Méthode d'interprétation*, tome 2, n° 159.

³⁰ *Méthode d'interprétation*, tome 2, n° 159.

être l'objet de science, mais seulement de croyance, abandonnée comme telle, à la foi individuelle. Sans nier la pertinence de cette analyse, Gény n'y souscrit pas totalement. Il persiste à considérer qu'un droit naturel existe, non pas abstrait et absolu³¹, mais irréductible et subsidiaire ; permettant aux juristes de suppléer le défaut ou les lacunes des sources formelles en s'inspirant de sa raison et de sa conscience. A titre d'exemple, Gény explique que la conscience nous suggère des règles de conduite, telles que tenir une promesse librement faite et acceptée, de ne pas s'enrichir sans cause aux dépens d'autrui, que chacun doit réparer le dommage causé par sa faute ; toutefois, seule l'observation de la vie sociale peut préciser la portée et assurer l'efficacité pratique de telles maximes³². En soi, ces principes de justice absolue sont à la fois immuables, universels et objectifs, seules les contingences de leur mise en œuvre et les variétés des sociétés dans lesquelles ils s'appliquent leur conférant une apparence de diversité parfois déconcertante.

A côté de la raison et de la conscience, la libre recherche scientifique s'appuie également sur des éléments positifs, qui sont indispensables pour rendre effectives les règles de raison et de morale incarnant la justice absolue. Ici, le juriste est obligé de quitter la sphère des sources formelles du droit, des idées de justice absolue, pour s'intéresser à cette « *nature des choses positive* » au « *terrain inépuisable des réalités vivantes* »³³. Dans ce travail, les disciplines connexes seront d'un apport déterminant, même si certaines d'entre elles, comme la sociologie, n'ont pas encore atteint, selon Gény, à l'époque où il écrivait, leur achèvement définitif, d'un point de vue méthodologique. Ainsi, « *sous le contrôle des principes supérieurs de pure raison et d'absolue justice, qui nous ont paru, avant tout, nécessaires, nous pourrions accepter ce postulat, que les rapports de la vie contiennent, en eux-mêmes, les lois qui les doivent régir* »³⁴. Gény semble donc faire preuve d'un positivisme tempéré : l'observation de la réalité concrète doit être strictement encadrée par des principes. Après tout, dit Gény, « *ce que nous avons appelé les sources formelles du droit positif, les lois, les coutumes, les autorités traditionnelles, qu'est-ce qu'autre chose que des pièces, plus saillantes et mieux marquées, de toute cette charpente vivante que représente notre organisation sociale ?* »³⁵. Dans ce travail de connaissance de la nature des choses positive, Gény a recours au procédé analogique qu'il avait exclu s'agissant de l'interprétation de la loi proprement dite. Si l'analogie a été écartée par Gény comme procédé d'interprétation de la loi, c'est qu'elle est impuissante à révéler la volonté du législateur, tandis que ce procédé devient pertinent lorsqu'il sert à cerner les exigences du droit positif. Son fondement rationnel provient du besoin d'égalité juridique en vertu duquel les mêmes situations de fait doivent comporter les mêmes sanctions juridiques³⁶.

Ainsi, le raisonnement analogique sert de lien entre la loi, qu'il ne s'agit plus d'interpréter selon la volonté du législateur, et la réalité objective, qu'il importe de considérer pour dégager

³¹ *Méthode d'interprétation*, tome 2, n° 162 : « *l'interprète doit se garder de l'illusion, qu'il puisse trouver, dans les révélations de sa raison et de sa conscience, une solution toute prête, pour les problèmes que la vie lui présente* ».

³² « *Il faut donc le reconnaître, il existe des principes de justice, révélés par la raison ou par la conscience morale, auxquels les éléments variés et mouvants de la vie sociale donneront, seuls, leur empreinte positive, mais dont le siège est en dehors du monde des phénomènes ou des contingences* », *Méthode d'interprétation*, tome 2, n° 162.

³³ *Méthode d'interprétation*, tome 2, n° 164.

³⁴ *Méthode d'interprétation*, tome 2, n° 164.

³⁵ *Méthode d'interprétation*, tome 2, n° 164.

³⁶ « *le fonctionnement de l'analogie consiste, tout entier, dans le procédé logique qui vise à induire de solutions particulières le principe intime, qui les explique, pour chercher ensuite les conditions du même principe en d'autres hypothèses et de leur appliquer par voie de déduction.* » *Méthode d'interprétation*, tome 2, n° 165.

une solution juridique nouvelle. A côté de l'analogie, la libre recherche scientifique met à l'œuvre d'autres moyens d'investigation : construction de théories générales et de principes généraux du droit. Dans cette construction, le juriste doit scruter attentivement l'organisation sociale, politique, morale de la société, à l'aide de ce que Gény appelle « *les sciences de la vie sociale* » (philosophie, sociologie, politique, histoire etc...). L'important est que la libre recherche scientifique aboutisse à des solutions juridiques nouvelles, objectives et harmonieuses ; c'est-à-dire qui s'insèrent naturellement dans l'organisation sociale et qui respectent les valeurs de la société³⁷. Toutefois, la libre recherche scientifique, dans ses conclusions, ne saurait en aucun cas aller à l'encontre des sources formelles du droit, et notamment de la loi. Par ailleurs, la libre recherche scientifique serait incapable, de par sa trop grande imprécision, d'invalider des principes généraux consacrés par notre système juridique (comme restreindre la capacité juridique ou la liberté des conventions ou encore l'égalité entre les créanciers), ni ériger des préceptes, des réglementations de détail qui requièrent l'intervention de formalités juridiques (comme, par exemple, les réglementations relatives à la publicité des actes juridiques, à la détermination des délais de prescription, etc...).

François Gény a affiné son analyse dans un ouvrage postérieur, *Sciences et techniques*, en s'attachant à décrire les « *données du droit positif susceptibles de servir de base à son élaboration scientifique* »³⁸. Gény utilise alors la notion de donné en distinguant le donné réel (ex. : climat, sol, constitution anatomique et physiologique de l'homme, état psychologique, conditions économiques, forces politiques), le donné historique (les faits et les circonstances de la vie humaine ou sociale qui ont déterminé une certaine réglementation ou une certaine organisation), le donné rationnel (règles de conduite universelles et immuables, dégagées par la raison humaine ; lesquelles, toutefois, ne peuvent apparaître que sous des formes très générales susceptibles de fonder un consensus) et le donné idéal (ensemble des aspirations humaines en vue du progrès incessant du droit positif, lesquelles forment « *comme l'atmosphère ambiante de toute question de droit débattue* »³⁹) du droit positif. Ce n'est qu'en embrassant, par une étude scientifique, la totalité des facettes du donné que le juriste pourra véritablement faire œuvre de science. Mais, pour ce faire, il convient, selon Gény, d'écarter les explications simplistes que sont le matérialisme et le panthéisme. Le monde juridique est composé de faits matériels, qu'il est possible de connaître par l'expérience, mais aussi d'idées et de concepts que seule la raison peut appréhender. En outre, Gény exclut l'idée de nier toute transcendance humaine, ce qui le sépare irrémédiablement des théories positivistes : l'homme a un besoin inné de règles morales édictées par un ordre supérieur, en l'espèce Dieu⁴⁰. Si la réalité doit être approchée scientifiquement sous les quatre aspects du donné (réel, historique, rationnel et idéal) et si ces quatre aspects se complètent, en revanche, il existe une hiérarchie entre eux : « *tous les efforts se doivent concentrer autour du donné rationnel qui révèle la substance propre, vraiment spécifique, des règles de droit à dégager. Le donné réel et le*

³⁷ « *Cette harmonie une fois reconnue ou pressentie, les lois s'en dégageront d'elles-mêmes. Et, il s'agira de les reconnaître, non pas sous la forme de conceptions d'idées, qui resteraient impuissantes à diriger la mise en œuvre du droit positif, mais en tirant des réalités objectives, soigneusement constatées et analysées, des véritables principes, exprimant les besoins éthiques, sociaux, politiques et économiques, qui doivent dominer toute organisation juridique, soucieuse de sa fin.* » « *Désormais, ce n'est plus assez pour le juriste, de savoir dégager, d'une formule obscure ou équivoque, la volonté impérative qu'elle contient. Si cette volonté se refuse, il doit savoir s'adresser plus haut, et puiser directement dans ce grand fonds social, où la loi elle-même trouve sa plus sûre inspiration. Or, ce fonds social commun ne peut se révéler objectivement à lui, que par le secours des sciences morales et politiques, dont chacune devient ainsi, à sa manière, science auxiliaire de l'interprétation juridique.* ». *Méthode d'interprétation*, tome 2, n° 168.

³⁸ *Sciences et techniques*, tome 2, chapitre 9, n° 160 et suivants.

³⁹ *Sciences et techniques*, tome 2, n° 170.

⁴⁰ *Sciences et techniques*, tome 2, n° 163.

donné historique, (...) servant d'assise ferme à toute l'élaboration, ne demandent qu'à être constatés et ne prêtent pas, en eux-mêmes, à une activité personnelle et créatrice de l'esprit juridique. Quant au donné idéal, il n'intervient, nous l'avons vu, que pour affiner et perfectionner les directions de conduite, que suggère la raison interprétant la nature ou l'histoire. Au fond, le droit reste essentiellement œuvre rationnelle. »⁴¹

Une telle vision du monde juridique est inacceptable pour Léon Duguit. Adoptant une position réaliste radicale, il voit, dans la conception du donné de Gény, un agrégat de notions purement métaphysiques, dont l'abandon est rendu nécessaire par la rénovation de la science juridique, laquelle ne peut être construite que sur la base de réalités concrètes, observables et vérifiables expérimentalement. Pourtant, Léon Duguit ne classe pas la théorie de François Gény parmi les conceptions subjectivistes du droit, qu'il combat avec acharnement⁴². La conception du droit de Gény est résolument objectiviste, aux yeux de Duguit⁴³, car ne sont conservés les concepts de droit subjectif et de sujets de droit que comme des procédés de simple technique juridique, et ne sont pas regardés comme des fondements du droit⁴⁴. Ce qui importe à Duguit, dans la théorie de François Gény, c'est que l'œuvre scientifique n'a pour objet que le donné juridique, et non pas le construit (lequel concept recouvre, chez Gény, l'idée de technique juridique et de construction des concepts). Pour Duguit, la réalité juridique se fonde sur deux constats scientifiquement observables : « *Premièrement, l'homme est un être conscient de ses actes et, secondement, l'homme est un être qui ne peut vivre isolé, qui vit et a toujours vécu en société, avec ses semblables* »⁴⁵. Il existe donc une loi, qu'il appelle « *la norme sociale* », selon laquelle les hommes sont obligés de vivre en société parce que, étant donné leur nature, ils ne peuvent vivre isolément. Soumis à cette norme sociale, l'homme est néanmoins conscient du but qui détermine son action. Sans prendre partie dans le débat métaphysique sur le point de savoir si l'homme est libre ou déterminé (débat indécidable scientifiquement, selon Duguit), il suffit de constater que la seule chose certaine est que l'activité de l'homme apparaît toujours comme poursuivant consciemment un certain but. Suivant ce constat irréfutable, Duguit soutient la thèse que la loi à laquelle est soumis l'homme en société, n'est pas une loi causale, mais une loi de but. Voilà ainsi fondée la différence entre les lois du monde physique et les lois du monde social. La norme sociale ainsi définie est une loi inhérente au fait social qui « *détermine l'attitude active ou passive que doivent prendre tous les membres du groupe pour que celui-ci et les individus qui le composent puissent vivre, se développer.* »⁴⁶. L'objet de cette norme sociale est « *le règlement de l'activité individuelle, la détermination des actes que l'homme est obligé de faire ou de ne pas faire* »⁴⁷. Ici, par obligation, Léon Duguit n'adopte pas une conception métaphysique (qui consisterait à croire que l'obligation modifie la volonté substantielle des individus qui seraient contraints de conformer leur comportement à la norme), mais retient une acception simplement sociale, « *c'est-à-dire telle que, si elle n'est pas remplie, il se produit un certain déséquilibre dans les éléments constitutifs du groupement social et, par suite, une réaction*

⁴¹ *Sciences et techniques*, tome 2, n° 171. Cette importance conférée au donné rationnel ne se trouvait pas dans Méthode d'interprétation, marquant ainsi une évolution de la pensée de Gény, l'éloignant de celle de Duguit.

⁴² Duguit entend par conception subjectiviste les théories qui fondent le droit sur la volonté humaine ; *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 14 et suivantes.

⁴³ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 30 et 31

⁴⁴ « *Gény affirme donc que le réel juridique est uniquement la somme des règles de droit, produits de la vie sociale et que, par suite, il est exclusivement le droit objectif. Ne puis-je pas dire que, par cette seule affirmation, la doctrine de Gény est fondamentalement objectiviste ?* »

⁴⁵ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 65 et 66.

⁴⁶ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 81 et 82.

⁴⁷ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 82.

sociale, c'est-à-dire un effort spontané pour le rétablissement de l'équilibre »⁴⁸. Plus particulièrement, l'objet de cette norme sociale réside dans l'obligation de chaque individu de collaborer, dans la mesure de ses moyens, à réaliser l'ordre social. Duguit ne nie toutefois pas l'existence d'une « *autonomie individuelle* », mais il l'enserme dans la vie sociale sans laquelle elle ne serait rien⁴⁹. En conséquence, il ressort de l'objet de la norme sociale que le fondement de toute norme juridique n'est nullement la volonté autonome de la personne humaine, mais la règle de « *solidarité ou interdépendance sociale* ». Le fait de solidarité sociale a évidemment été étudié par Emile Durkheim⁵⁰, et c'est sur les travaux de ce sociologue que Léon Duguit se fonde, non sans en modifier certains aspects, comme il lui sera reproché par certains disciples de Emile Durkheim, pour étayer sa théorie. La norme sociale de solidarité est d'autant plus intense dans une société que celle-ci fonctionne sur le mode de la « *solidarité organique* », c'est-à-dire par division du travail. La norme ainsi conçue n'est pas omniprésente dans la vie humaine. Elle n'a pour objet que de régler les actes sociaux, c'est-à-dire les actes qui concernent l'homme dans sa dimension sociale ; sont évidemment exclus de l'objet de la norme sociale tous les actes purement individuels et privés, c'est-à-dire qui se produiraient exactement, dans les mêmes conditions, si on imaginait l'homme vivant seul. Duguit reconnaît lui-même que le critère entre l'acte purement individuel et l'acte social est flou et évolutif⁵¹.

La norme sociale sert de fondement à d'autres normes, qui n'en sont que des prolongements particuliers et spécifiques : les normes morales, les normes économiques et les normes juridiques⁵². Tandis que la norme économique régit les actes humains touchant à la production, la circulation et la consommation des richesses et que les normes morales obligent tout homme à se conformer, dans sa vie, aux mœurs d'une société, les règles juridiques sont toutes les normes morales ou économiques déclenchant, en cas de violation, une contrainte sociale spécifique et organisée, et non plus spontanée. Plus précisément, « *il y a règle de droit quand la masse des individus composant le groupe comprend et admet que la réaction contre les violateurs de la règle peut être socialement organisée* »⁵³. En définissant ainsi la règle juridique, Duguit s'oppose à la fois aux doctrines étatistes, qui considèrent que seule la volonté de l'Etat peut édicter des règles de droit, et les doctrines métaphysiques suivant lesquelles si tout le droit n'est pas produit par l'Etat, c'est qu'alors il existe un droit naturel reposant sur un principe supérieur révélé par la raison humaine. A l'intérieur de la catégorie des règles de droit, Duguit introduit une sous distinction entre les règles de droit normatives, ou « *normes juridiques proprement dites* » qui imposent « *à tout homme vivant en société*

⁴⁸ *Traité de droit constitutionnel*, tome 2, p. 83.

⁴⁹ « *cela a été la grande erreur du XVIIIème siècle qui ne voyait que l'homme abstrait. L'homme est un être concret qu'on ne peut détacher par la pensée du milieu, du groupe auquel il appartient, aujourd'hui la nation. L'objet de la norme sociale est donc d'obliger tout individu à agir de telle sorte qu'il respecte l'autonomie des autres et la sienne propre en tant qu'elles sont des éléments de la vie nationale* ». *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 84.

⁵⁰ *La division du travail*, 1891.

⁵¹ Par exemple, les actes humains d'ordre religieux étaient des actes sociaux qui tendent à devenir purement individuels ; tandis que l'acquisition de l'instruction et de l'éducation, qui était un acte purement individuel, a tendance à devenir un acte social.

⁵² *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 89.

⁵³ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 94. Un peu plus loin, Duguit précise sa pensée : « *Quand, dans un groupe, la différenciation des gouvernants et des gouvernés s'est produite, pour qu'une règle sociale devienne norme juridique, il n'est point nécessaire qu'elle soit formulée par les gouvernants dans une loi positive ; il n'est même pas nécessaire qu'elle soit acceptée, approuvée par les gouvernants. Il suffit encore que la masse des esprits admette que la sanction de cette règle doit être assurée par la force dont disposent les gouvernants* ». *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 111.

une certaine abstention ou une certaine action »⁵⁴, et les règles de droit constructives ou techniques, lesquelles « *sont établies pour assurer, dans la mesure du possible, le respect et l'application des règles de droit normatives* »⁵⁵. Mais, même dans la règle de droit normative, il importe de préciser que Duguit ne voit nullement l'hypothèse d'une volonté supérieure s'adressant à des volontés subordonnées qu'elle serait susceptible de contraindre. Cette posture métaphysique est condamnée par Duguit en ce qu'elle postule l'existence d'une volonté, par nature supérieure à celle des individus et qui s'imposerait à eux, et les contraindrait à adopter un comportement particulier, ce qui n'est pas vérifiable par l'expérience. Ainsi, la norme juridique proprement dite n'est impérative que parce qu'elle est l'émanation de la norme sociale. S'agissant des règles de droit constructives ou techniques, elles impliquent l'existence d'un Etat, plus ou moins embryonnaire, même si elles peuvent être d'ordre coutumières, mais supposent toujours un monopole étatique de la contrainte. Elles non plus, ne reçoivent pas leur caractère impératif d'une volonté supérieure qui serait celle de l'Etat, mais de la norme juridique dont elles ont pour objet d'assurer la mise en œuvre, laquelle a pour fondement la norme sociale de solidarité⁵⁶.

La conception de la norme juridique de Duguit implique une théorie très particulière des sources du droit. Il part de l'observation que « *l'intervention du législateur positif, même à notre époque, qui est par excellence celle de la loi positive, est impuissante à donner à une règle le caractère de norme juridique, si elle ne l'a pas déjà, et une norme juridique qui a ce caractère avant d'être formulée par la loi s'impose au législateur lui-même qui est amené, par la force des choses, à la reconnaître bientôt et à la sanctionner* »⁵⁷. Si la règle de droit se forme en dehors de la volonté du législateur, mais s'impose à lui, il faut la constater dans la conscience des masses individuelles⁵⁸. « *C'est l'état de conscience (...) qui est finalement la source créatrice du droit* »⁵⁹. Cet état de conscience est formé par deux facteurs essentiels : le sentiment de socialité et le sentiment de justice. Le sentiment de socialité est « *le sentiment existant à un moment donné dans la masse des hommes composant un groupement social considéré, tribu, famille, cité, nation, [tel] que le lien de solidarité qui maintient l'intégration sociale serait brisé si le respect d'une certaine règle économique-morale n'était pas sanctionné par des voies de droit* »⁶⁰. Le sentiment de justice, quant à lui, est « *variable dans ses modalités et dans ses applications ; mais il est général et constant dans son fond qui est à la fois proportion et égalité* »⁶¹. En résumé, pour Duguit, « *Le droit se forme ainsi spontanément dans l'esprit des hommes* »⁶². Il insiste longuement sur le fait que le support de la norme juridique n'est pas une conscience collective ou une réalité sociale, comme le croient certains disciples de Durkheim comme Davy, mais bien la masse, c'est-à-dire l'addition des consciences humaines individuelles, seule réalité observable et quantifiable, même s'il reconnaît que, sur les sentiments de socialité et de justice, cette observation et cette quantification peuvent se révéler délicates, mais pas impossibles : c'est d'ailleurs la mission

⁵⁴ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 106.

⁵⁵ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 107.

⁵⁶ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 108. Pour l'essentiel, Duguit considère que les règles juridiques constructives ou techniques s'adressent aux gouvernants ou à leurs agents.

⁵⁷ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 114.

⁵⁸ S'agissant des règles constructives, elles sont la création de la loi positive, mais elles n'ont de caractère obligatoire que parce qu'elles énoncent des procédés techniques destinés à réaliser la norme juridique : *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 115.

⁵⁹ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 115.

⁶⁰ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 116.

⁶¹ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 124. Pour l'essentiel, il s'incarne dans les idées de justice distributive et de justice commutative fondées par Aristote et développées par Thomas d'Aquin.

⁶² *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 128.

normale du juriste que d'essayer de déterminer le moment à partir duquel la masse des consciences individuelles considère qu'une norme sociale devient une règle juridique⁶³. Finalement, la loi et la coutume, qui sont pour François Gény de véritables sources de droit, ne sont, pour Léon Duguit, que des manières dont la règle juridique apparaît à l'observateur. En effet, Duguit considère que le problème de savoir si la jurisprudence, la coutume ou la loi positive sont ou non des sources de droit, est mal posé. « *Demander si tel élément social est une source du droit, c'est demander si cet élément social rend une règle obligatoire au sens indiqué précédemment, c'est-à-dire s'il apparaît à la masse des consciences individuelles, comme légitimant l'intervention pour sanctionner cette règle de ce qu'il y a dans une société donnée de forces contraignantes. Or, le seul élément social qui puisse donner à une règle ce caractère, c'est la conscience existant dans la masse des individus composant le groupe, qu'il est nécessaire, pour le maintien de la solidarité sociale et qu'il est juste qu'une sanction de contrainte sociale intervienne* »⁶⁴. Ainsi, pour Duguit, « *la coutume, la jurisprudence et la loi ne sont pas des sources du droit mais des modes de constatation de la règle de droit* »⁶⁵. Et encore, Léon Duguit estime que la coutume n'est capable que de révéler des règles constructives, ou purement techniques, et non des règles juridiques normatives proprement dites. S'agissant de la jurisprudence, il la définit comme « *l'ensemble des solutions données par tous ceux qui sont, dans un pays déterminé, présumés avoir la connaissance du droit, les juristes professionnels et les agents publics* »⁶⁶, et ne voit pas pourquoi les juristes savants auraient un monopole de création de la règle juridique. Leur mission n'est que de la découvrir dans la masse des consciences individuelles et, tout au plus, de contribuer à former ou à préciser un certain état de conscience⁶⁷. Ainsi, « *le rôle de la jurisprudence des tribunaux est tout à fait analogue à celui de la doctrine des juristes* »⁶⁸. Enfin, la loi écrite, qui suppose un degré de civilisation très avancé, ne peut non plus être qualifiée de source de droit : « *la loi positive ne peut être conçue que comme un mode d'expression de la règle de droit. Le législateur ne la crée pas ; il la constate ; et la loi positive ne s'impose que dans la mesure où elle est conforme à cette règle* »⁶⁹. Si le législateur ne peut donc que constater une norme juridique dans une loi positive, et non pas la créer, en revanche, il lui arrive, comme pour la doctrine ou la jurisprudence des Tribunaux, d'exercer sur l'opinion une action visant à préciser ou révéler une norme juridique. Il y a donc des interactions constantes entre la masse des consciences individuelles et le législateur lui-même, interactions d'autant plus fortes que le système est une démocratie représentative fonctionnant sur le mode du suffrage universel direct. Du coup, le rôle du juriste est grandi par rapport à la loi : « *Je ne saurai trop protester contre la tendance qui compte encore en France un certain nombre de représentants et qui est défendue par la grande majorité des juristes allemands, tendance d'après laquelle toute disposition régulièrement émanée de l'organe législatif d'un pays est une norme de droit devant laquelle le juriste doit s'incliner sans mot dire. S'il en est ainsi, l'étude du droit ne vaut pas une minute d'effort ; elle est un pur travail de manœuvre. La loi est un document pour le juriste, rien de plus, c'est-à-dire un élément dans la recherche qu'il doit faire de la*

⁶³ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 117.

⁶⁴ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 153.

⁶⁵ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 154.

⁶⁶ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 160.

⁶⁷ « *ainsi, apparaît bien le double travail du juriste : travail vraiment scientifique, découvrir sous les faits sociaux la règle de droit ; travail d'art technique, préparer la règle coutumière ou écrite, règle constructive tendant à déterminer la portée et à garantir la réalisation de la norme* ». *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 162.

⁶⁸ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 164.

⁶⁹ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 171.

norme juridique s'imposant à un moment dans un groupe donné et des meilleurs procédés techniques pour la mettre en œuvre »⁷⁰.

Evidemment, quand la loi ne dit rien ou est obscure, le juriste, qu'il soit docteur ou juge, a une très large liberté d'appréciation. Lorsque la loi positive est formelle, les agents publics doivent la respecter scrupuleusement, et ce pour garantir les libertés individuelles. Néanmoins, pour que la loi positive s'applique, encore faut-il qu'il y ait une véritable norme dans celle-ci, c'est-à-dire qu'elle traduise la norme juridique engendrée par la masse des consciences individuelles. A défaut, elle perd toute force normative, et le juge ou l'agent public doit l'écarter au bénéfice de la norme juridique émanant de la masse des consciences individuelles⁷¹. A cet égard, il est intéressant de souligner que, dans cette théorie, il ne peut pas vraiment y avoir de conflit de norme : « *La coutume peut-elle abroger une disposition expresse de la loi ? Voilà comment souvent, on pose la question. Elle est ainsi mal posée. La coutume et la loi ne sont point des règles de droit par elles-mêmes, et il ne peut être question de l'abrogation de l'une par l'autre. Et quand il est certain, en fait, que c'est la coutume qui fait apparaître vraiment la norme juridique et que le texte positif est certainement en contradiction avec elle, alors se pose la question de savoir ce que doit faire l'agent public. Il me semble impossible de nier qu'il doit appliquer la norme révélée par la coutume* »⁷². Léon Duguit conclut en précisant : « *et ainsi, on aperçoit tout ce qu'il y a d'erroné à opposer, comme on le fait si souvent, le droit et l'équité. Une règle de droit repose toujours sur un besoin social et sur le sentiment de l'équité, tel qu'il existe à un moment donné dans la conscience des hommes. Une règle qui n'est pas conforme à l'équité n'est jamais une règle de droit. Une règle légale peut ne pas être conforme à l'équité, mais alors elle n'est pas une règle de droit* ». Paradoxalement, la conception de la loi de DUGUIT, et donc du droit, est très proche de celle de Thomas d'Aquin qui considérait, lui aussi, que, d'une part, « *l'équité ne va pas contre ce qui est juste en soi, mais contre ce qui est juste selon la loi* »⁷³ et, d'autre part, qu'une loi injuste n'est plus une loi, mais « *une corruption de loi* »⁷⁴. Il s'agissait aussi de l'opinion des jurisconsultes romains, et de juristes de l'Ancien droit, tel que Charondas le Caron et Daumas⁷⁵. En revanche, François GENY adopte une conception de l'équité beaucoup plus modeste et subalterne : l'équité est avant tout un sentiment qui joue un rôle dans la méthode d'interprétation juridique appliquée dans la libre recherche scientifique et, plus marginalement, dans un second sens, l'équité est aussi un moyen, pour le juge, d'infléchir une règle de droit à une situation particulière. Mais, dans les deux cas, l'équité ne saurait nullement légitimer une décision judiciaire allant à l'encontre de la signification d'une règle de droit positif⁷⁶ (voir Méthodes d'interprétation, tome 2, n° 163).

⁷⁰ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 175.

⁷¹ « *Il peut même arriver un moment où la disposition positive est si manifestement en contradiction avec la conscience juridique d'une époque, qu'on ne peut plus prétendre qu'elle s'impose comme limite au Juge et à l'administrateur. L'agent public qui prendrait certaines décisions, sous prétexte qu'elles lui sont imposées par le texte de la loi, provoquerait un tel sursaut de conscience que sa décision serait inexécutable et qu'il n'y reviendrait plus. Ainsi, un texte de loi peut cesser de s'imposer, et peut, suivant l'expression courante, tomber en désuétude*». *Traité de droit constitutionnel*, T.1, p. 176.

⁷² *Traité de droit constitutionnel*, T.1, p. 176

⁷³ Somme théologique, II, II, Q. 120, art. 1.

⁷⁴ Op. cit., II, II, Q. 60, art. 5.

⁷⁵ Pour les références, voir JP Chazal, *De la signification du mot loi dans l'article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil*, RTD civ. 2001, p. 259 notamment n° 20, p. 279.

⁷⁶ *Méthodes d'interprétation*, tome 2, n° 163.

B – LES ARGUMENTS DE LA CONTROVERSE

François Gény s'est fermement opposé aux conclusions de la théorie de Duguit⁷⁷. On pourrait résumer les critiques de Gény en disant que le réalisme de Léon Duguit est à la fois inconséquent, irréaliste et dangereux. Le système de Duguit est, en premier lieu, inconséquent car, finalement, il se rapproche de celui qu'il prétend combattre à savoir le jusnaturalisme. François Gény prend d'ailleurs plaisir à rapprocher la pensée de Duguit de celle de l'allemand Stammler, lequel soutient l'existence d'un droit naturel à géométrie variable et développe une pensée fortement pénétrée d'idéalisme, construite sur la base de concepts métaphysiques ; ce que Duguit combat avec la dernière énergie. Et pourtant, Gény voit un point de rapprochement entre la pensée de ces deux auteurs : si Stammler s'inspire de la métaphysique de Kant, et se place « *sur les sommets transcendants du criticisme idéaliste* » et que Duguit se tient « *modestement et fermement sur le terrain accessible à tous d'un positivisme agnostique* », ils se rejoindraient tous deux sur l'idée selon laquelle la société serait supérieure aux individus qui la composent et que le véritable droit ne se trouve point dans le droit positif, mais dans l'idéal social chez Stammler⁷⁸ et dans la solidarité sociale chez Duguit. Finalement, il n'y aurait guère de différence, sauf la méthodologie et les soubassements philosophiques, entre la règle de droit sociale, permanente dans son principe et changeante dans ses applications, enseignée par Duguit et le droit naturel à contenu variable prôné par Stammler. Plus fondamentalement, François Gény reproche à Duguit de ne pas être conséquent avec lui-même car, après avoir dénoncé l'utilisation de concepts métaphysiques chez les auteurs classiques, il ne peut faire autrement que de lui-même céder aux travers qu'il dénonce. Ainsi, Gény ne manque pas de relever que les sentiments de solidarité et de justice ne sont pas autre chose que des concepts métaphysiques, le dernier étant le fondement de la théorie du droit naturel ! Finalement et à bien y réfléchir, le système de Duguit n'est pas fondé sur une observation scientifique et objective de la réalité, mais sur des postulats métaphysiques inavoués. Il en est ainsi notamment du postulat selon lequel il existerait une norme de solidarité supérieure à toutes les autres et qui serait au fondement du droit objectif. Gény dénonce l'impossibilité d'observer scientifiquement l'existence d'une telle norme⁷⁹. Il importe de préciser que Gény pense qu'il n'est pas possible de construire un système juridique sans concept métaphysique⁸⁰ ; ce qu'il reproche à Duguit, c'est de prétendre le faire, sans y parvenir. Enfin, le système de Duguit serait inconséquent en ce qu'il céderait au sophisme naturaliste, lequel prétend induire une règle normative d'une situation de fait, sophisme largement dénoncé au plan de la logique depuis David Hume. Gény reproche ainsi à Duguit de chercher le fondement de la norme juridique dans la solidarité, qui est un fait social, sans expliquer comment une nécessité de fait, quand bien même serait-elle prouvée scientifiquement, peut se muer en nécessité de droit.

En deuxième lieu, la théorie réaliste de Duguit est elle-même irréaliste aux yeux de Gény. En effet, Gény ne manque pas une occasion de souligner le caractère flou, vague, inachevé de certaines propositions. Comment est-il possible d'évacuer le rôle de la raison humaine dans la formation d'un droit naturel variable et minimal, lequel émerge de la société, dans la mesure où la seule observation de la masse des consciences individuelles est insuffisante ? Au plan

⁷⁷ Les critiques de Gény à l'encontre de la théorie de Duguit sont essentiellement concentrées dans le tome 3 de *Sciences et techniques*, p. 248 et suivantes, et dans un article intitulé, *Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de Léon Duguit*, RTD civ. 1922, 779, repris dans le tome 4 de *Sciences et techniques* p. 158.

⁷⁸ *Sciences et techniques*, tome 2, n° 128, p. 239 et suivantes.

⁷⁹ *Sciences et techniques*, tome 2, p. 248 n° 130.

⁸⁰ D'ailleurs, il intègre dans le donné susceptible de connaissance scientifique, non seulement le réel, mais également le donné rationnel et le donné idéal.

méthodologique, Duguit est très peu explicite sur la manière de procéder. Or, même la règle de solidarité sociale est trop vague pour en tirer une quelconque règle de conduite ou loi positive⁸¹. En outre, même s'il était possible, d'un point de vue méthodologique, que l'observation scientifique puisse établir la preuve de l'existence d'un certain ordre social, seule la raison est capable de suggérer si cet ordre doit être maintenu pour l'avenir ou bien s'il est mauvais⁸². Et Gény de conclure durement : « *ces idées vagues constituent, pour un monument aussi important que l'édifice juridique, une base bien étroite et bien peu ferme* »⁸³.

En troisième lieu, le système de Duguit est dangereux, car il menace d'instaurer l'anarchie dans la société. Ce ferment d'anarchie réside dans la thèse selon laquelle la loi positive doit être écartée lorsqu'elle ne traduit pas la norme juridique secrétée par la masse des consciences individuelles. Pour Gény, qui ne manque pas de mentionner les critiques adressées par Hauriou, lequel dénonçait l'anarchisme doctrinal de Duguit⁸⁴, il n'est pas acceptable que des individus puissent ne pas respecter un acte d'autorité, tel qu'une loi positive, au motif qu'elle contredirait l'interdépendance sociale. Dès *Méthodes d'interprétation*, l'idée de Gény était de cantonner le rôle de la libre recherche scientifique à l'hypothèse dans laquelle les sources formelles du droit faisaient défaut⁸⁵. Il approfondit sa pensée dans le 4^{ème} tome de *Sciences et techniques* en envisageant l'éventuel conflit entre les éléments scientifiques et les éléments techniques de l'élaboration du droit, ce qu'il appelle la « *collision de la science et de la technique* »⁸⁶. Si Gény affirme clairement le principe de la subordination de la technique à la science, c'est à dire du construit au donné, il ne parvient pas à la même solution que Duguit : il refuse d'admettre que le donné, même scientifiquement observé, puisse être un obstacle à l'application de la loi positive. S'il avoue qu'il est tenté par la thèse selon laquelle le droit naturel supplante le droit positif, il écrit pourtant : « *notre instinct pratique, aussi bien que notre conviction profonde, résistent délibérément à pareille solution* »⁸⁷. Il accepte donc la prévalence de la loi positive sur le droit naturel, de la technique sur la science, du construit sur le donné contrairement à beaucoup de positivistes. Gény se refuse à trouver le fondement de sa position dans la souveraineté de l'Etat, qui n'est pour lui qu'un postulat qui répond mal à la réalité des choses. Il faut plutôt le chercher dans la consistance même de l'organisation juridique, laquelle rend compte de la suprématie primordiale de la loi écrite en raison de la nécessité d'assurer un certain ordre social. En effet, pour qu'une société puisse exister et se maintenir, il est un principe au dessus de tout : « *le principe d'un ordre nécessaire à maintenir dans la société des hommes* »⁸⁸, qui s'impose, selon lui, par « *le simple bon sens, l'observation élémentaire, le témoignage universel* »⁸⁹. Il est évident qu'il serait contraire à ce principe « d'ordre nécessaire » que d'admettre que la loi positive puisse être écartée, y compris pour un motif de justice. En quelque sorte, il existerait une règle de droit naturel qui prescrit d'obéir, afin de maintenir l'ordre social, à la loi positive. « *Sans doute, la loi écrite n'en reste pas moins, d'après sa nature et son fonctionnement, un procédé artificiel, un pur moyen technique. Mais, ce moyen étant impérieusement dicté par les exigences d'un donné, à la fois rationnel et idéal, que corroborent les enseignements de l'histoire et qui s'érige presque en donné réel, on peut dire que c'est comme d'un droit naturel supérieur, que surgit l'hégémonie nécessaire de la loi positive ; de sorte que la science vient ici supplanter ou*

⁸¹ *Sciences et techniques*, tome 2, p. 261

⁸² *Sciences et techniques*, tome 2, p. 266.

⁸³ *Sciences et techniques*, tome 2, n° 263

⁸⁴ *Sciences et techniques*, tome 2, n° 254

⁸⁵ *Méthodes d'interprétation*, tome 2, n° 168 p. 143.

⁸⁶ *Sciences et techniques*, tome 4, n° 284 et suivants.

⁸⁷ *Sciences et techniques*, tome 4, p. 74.

⁸⁸ *Sciences et techniques*, tome 4, p. 76

⁸⁹ *Sciences et techniques*, tome 4, p. 78.

absorber la technique et que, par là, le conflit prétendu s'effondre sous un principe plus élevé d'unification, qui vaut, par lui-même et à lui seul. Ainsi, l'injonction autoritaire de la formule légale, par cela qu'elle représente le principe même de l'ordre, principe supérieur à tous autres, l'emportera normalement, parut-elle à l'encontre des règles concrètes, suggérées par la raison ou entrevues par la conscience, voire de celles qui constitueraient comme l'acquis du passé, ou même sembleraient se dégager des lois naturelles de la vie sociale »⁹⁰. Enfin, Gény considère que la suprématie nécessaire de la loi positive sur les principes de droit naturel, peut aussi s'expliquer par le constat que du droit naturel, la libre recherche scientifique ne peut que dégager « des directions générales de conduite, trop abstraites et trop fuyantes, pour s'imposer, comme préceptes positifs, dans les circonstances concrètes de la vie sociale, surtout quand elles se heurtent à des dispositions précises et catégoriques, émanant d'une autorité formelle... »⁹¹. Gény, à l'instar de Duguit, admet toutefois la résistance à l'oppression tout en restreignant soigneusement son domaine d'application⁹².

Léon Duguit a répondu, de manière souvent très argumentée, aux critiques formulées à l'encontre de sa pensée, par François Gény.

Il a, tout d'abord, réfuté les inconséquences qu'on reprochait à son système. Il reconnaît qu'il utilise des concepts, nécessaires à toute pensée humaine, mais il insiste sur le fait que ce ne sont pas des concepts a priori, qui eux reposent sur des dogmes métaphysiques, mais des concepts a posteriori qui sont forgés en se basant sur l'expérience et l'observation des faits⁹³. Ainsi reconnaît-il, lorsqu'il parle de norme sociale, qu'il effectue une abstraction au sens technique du mot, mais il insiste sur le fait que cette abstraction n'est pas un a priori métaphysique, mais un constat scientifique basé sur l'observation réaliste des faits. « *On ne pourrait m'adresser ce reproche que si j'avais affirmé l'existence a priori d'une règle de conduite, conçue par l'esprit comme s'imposant à l'homme en sa qualité d'homme, comme le fait l'école individualiste pour le droit subjectif. En parlant de norme sociale, j'ai en vue uniquement le rapport existant entre l'individu et le groupement social dont il fait partie, groupement social dont tous les éléments sont l'objet d'une constatation directe par l'observation et dont le rapport entre les individus et le groupe est un élément. D'une situation concrète complexe, je détache un élément pour l'observer et l'exprimer isolément. Procédé essentiellement légitime et d'une méthode impeccable, procédé indispensable pour l'analyse scientifique, procédé qui ne ressemble en rien à l'affirmation d'un concept a priori* »⁹⁴. Il en est de même pour le sentiment de justice, lequel ne révèle nullement un attachement à un jusnaturalisme inavoué, mais résulte d'un constat strictement positiviste et d'une observation sociologique de la réalité. A cet égard, il rappelle que, finalement, loin d'être seulement des métaphysiciens, Aristote et Thomas d'Aquin étaient les premiers sociologues en ce qu'ils s'attachaient plus à l'étude des faits et de la réalité, qu'à la mise en œuvre des dogmes. Quant à la critique du sophisme naturaliste, il l'écarte par le rappel de la définition de la norme sociale. « *Je n'ai pas dit que la norme sociale est imposée du dehors par la conscience de la masse du groupe s'accordant en faveur d'une réaction susceptible d'être socialement organisée. J'ai dit, ce qui est tout à fait différent, que ce qui nous permet de saisir le caractère d'une certaine norme sociale, c'est la réaction qui se produit dans le*

⁹⁰ *Sciences et techniques*, tome 4, p. 76 et 77.

⁹¹ *Sciences et techniques*, tome 4, n° 291 p. 80.

⁹² *Sciences et techniques*, tome 4, n° 296 à 300 p. 111 à 141 ; pour ce qui est de la position de Duguit sur la résistance à l'oppression, cf. *Traité de droit constitutionnel*, tome 3, § 101, p. 790 et suivantes. Duguit distingue la résistance passive, défensive et agressive.

⁹³ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 71.

⁹⁴ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 73.

groupe quand un certain acte est accompli par un membre du groupe, quand une certaine attitude est prise par lui »⁹⁵. Duguit insiste sur le fait qu'il n'a jamais parlé de conscience de masse ni de conscience individuelle, mais de masse des consciences individuelles, lesquelles sont sociologiquement observables. « *La norme sociale n'est donc pas autre chose que la loi inhérente au fait social, qui détermine l'attitude active et passive que doivent prendre tous les membres du groupe pour que celui-ci et les individus qui le composent, puissent vivre, se développer, loi dont la violation entraîne forcément une réaction qui est le fait du groupe s'attachant naturellement à la loi qui préside à sa vie* »⁹⁶. Duguit refuse donc qu'on lui impute la commission du sophisme naturaliste, tout simplement parce qu'il définit la règle de droit non pas comme une norme supérieure commandant une certaine attitude, mais comme « *simplement l'expression de la loi qui régit cette attitude consciente et qui n'est point un impératif formulé par une volonté supérieure* »⁹⁷. Ainsi, la norme sociale s'impose aux hommes en fait, mais ne prétend nullement modifier la substance de leur volonté, ni établir une hiérarchie des volontés entre celles des subordonnés et celles des gouvernants. Loin de constituer une résurgence du droit naturel, la norme sociale est fondée sur un constat objectif : l'existence de la solidarité organique entre les membres de la société. Cette norme existe dans les faits, sans qu'il soit besoin de rechercher son fondement dans un principe supérieur ou transcendant. La règle de droit, qui n'est que l'une des formes de la norme sociale, est obligatoire non pas parce qu'elle a été voulue par une autorité supérieure ou qu'elle impose un commandement, elle ne l'est que parce que « *les hommes cesseraient d'être hommes s'ils ne s'y conformaient pas* »⁹⁸.

Ensuite, Duguit précise, autant que faire se peut, sa méthodologie afin de lui donner toute la rigueur nécessaire. Comme Gény, il est très méfiant à l'endroit de l'opinion publique, laquelle est influençable et versatile. Mais ce n'est pas parce que la tâche consistant à connaître la masse des consciences individuelles sur les questions de solidarité et de justice est délicate qu'il faut y renoncer. Si Duguit reconnaît que l'objection selon laquelle son système repose sur une base singulièrement fragile et volatile (la masse des consciences individuelles), il se refuse résolument à admettre que le droit positif, ainsi entendu, ne serait que le caprice des foules. Afin d'expliquer les raisons de cette controverse, il insiste sur le fait que ses contempteurs ne se placent pas sur le même plan que lui. « *Les tenants de l'objection qui précède et moi-même poursuivons un but différent et nous plaçons sur des plans aussi complètement différents. Ils prétendent déterminer ce qu'est la règle de droit en soi, la règle absolue, toujours identique à elle-même, l'idéal qu'un peuple, une nation, une société quelconque doit toujours poursuivre. Ils se placent à un point de vue extra scientifique et purement métaphysique. Mon intention, au contraire, est d'écarter complètement toute métaphysique juridique. Je ne cherche point à déterminer ce qu'est le droit idéal, absolu : j'ai la conviction profonde que cela peut être l'objet d'une croyance, mais non d'une détermination scientifique. Sur le terrain positif, j'essaie de déterminer uniquement à quel moment une certaine règle, dont la masse des individus dans un groupe social a une conscience plus ou moins claire, devient règle de droit* ». Et il n'apparaît d'autre réponse à ses yeux que celle-ci : « *c'est au moment où la masse des esprits a le sentiment que le respect de cette règle est si essentiel au maintien de la solidarité sociale qu'elle en réclame la sanction organisée. Je ne dis pas que cette règle sera alors nécessairement bonne et conforme à un idéal de droit supérieur ; je dis seulement qu'elle est alors une règle de droit du groupe social*

⁹⁵ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 81.

⁹⁶ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 81 et 82.

⁹⁷ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 80.

⁹⁸ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 152

considéré »⁹⁹. Pour ce qui est des sentiments de justice et de socialité, il ne faut pas y voir des concepts métaphysiques absolus et universels. Selon Duguit, l'observation scientifique montre que les individus ont, dans une société donnée, à un moment donné, des sentiments de solidarité et de justice, lesquels sont toujours mouvants et fluctuants ; même si le sentiment de justice garde toujours un fond identique fondé sur la justice distributive et la justice commutative, dont la théorie a été élaborée par Aristote dans le livre V de *l'Ethique à Nicomaque*.

Enfin, Duguit se défend de l'accusation suivant laquelle sa doctrine serait anarchiste. Bien que cette accusation provienne essentiellement de Hauriou, elle a été rappelée insidieusement par Gény, ce qui ne pouvait qu'engendrer la réaction de Duguit. « *Enfin, on m'a accusé d'être un anarchiste. Hauriou m'appelle anarchiste de la chaire. J'ai répondu que l'anarchie consiste à nier la légitimité de tout acte de contrainte politique et que ce n'était pas être anarchiste de dire que la puissance gouvernante ne peut se légitimer par son origine, mais seulement par le but qu'elle poursuit, qu'elle s'impose légitimement lorsque et seulement lorsqu'elle s'exerce conformément au droit social* »¹⁰⁰. Mais l'on voit que cette critique, dont l'objectif est de jeter le discrédit politique sur le système de Duguit, l'agace profondément. Il tente donc de sortir d'un débat qu'il estime stérile : « *Anarchiste si l'on veut ; je n'ai pas peur des mots. Anarchiste ma doctrine ; j'accepte l'épithète et je maintiens la doctrine si elle peut contribuer à débarrasser une fois pour toute la science juridique des concepts métaphysiques qui l'encombrent encore. Anarchiste si l'on veut, ma doctrine, si elle peut arriver mieux que tout autre à limiter juridiquement le pouvoir de l'Etat et à fonder véritablement une règle de droit déterminant le sens et l'étendue des actes gouvernementaux. J'espère démontrer que ma doctrine qualifiée d'anarchiste, outre qu'elle s'adapte seule aux faits sociaux actuels, peut seule atteindre ce double desideratum, et aussi qu'elle assure l'obéissance aux décisions légitimes des gouvernants bien mieux que l'affirmation solennelle du prétendu principe d'autorité, principe vide de sens et de contenu* »¹⁰¹.

Le propos n'est pas ici de prendre partie sur la pertinence des arguments en présence. Il importe, en revanche, de comprendre que le désaccord qui oppose Gény et Duguit, quant à la rénovation de la science juridique, prend sa source dans une divergence ontologique : lorsqu'ils parlent de droit, ils ne désignent tout simplement pas la même réalité. Tous deux prétendent accorder une importance à l'observation de la réalité juridique mais, l'observant par le prisme de théories différentes, ils ne voient pas la même chose. Du coup, leur controverse prend une tournure indéniablement épistémologique.

II – UNE CONTROVERSE EPISTEMOLOGIQUE

A – UNE QUESTION DE METHODE

Le réalisme juridique et le positivisme sociologique de Léon Duguit le conduisent à une méthodologie radicale : la science juridique doit être seulement constituée de ce que l'expérience peut objectivement constater. Certes, nous avons vu qu'il a concédé l'existence nécessaire de concepts, mais tout en précisant que ces concepts n'étaient que la traduction

⁹⁹ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 118 et 119.

¹⁰⁰ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 653 et 654.

¹⁰¹ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 654.

langagière de la réalité observée. En revanche, Duguit s'attaque de façon virulente à tous les concepts et notions juridiques purement abstraits et posés a priori. Deux notions juridiques lui servent particulièrement de cibles : la personne juridique et le droit subjectif. Pour lui, les questions soulevées par les diverses théories de la personnalité juridique et du droit subjectif ne trouveront jamais de réponse dans la mesure où il s'agit de concepts métaphysiques qu'il convient de bannir du savoir juridique. « *La question de la nature et du fondement du droit subjectif est insoluble, parce que, s'il est un pouvoir, une qualité de la volonté humaine, pour déterminer en quoi consiste ce pouvoir, cette qualité, il faudrait connaître la nature intime de la volonté humaine. Or, cela, l'homme ne le peut pas et ne le pourra jamais, parce qu'il y a là un élément qui échappe à sa perception et à son observation* »¹⁰². De manière très primaire, le juriste a du mal à se contenter de l'examen objectif d'une situation sociale, mais a souvent besoin de voir, derrière cette situation, l'intervention d'une divinité ou d'un concept métaphysique. Ainsi, « *on a voulu placer derrière les situations individuelles ou sociales, nous apparaissant avec ce caractère, que toute atteinte qui y est portée provoque une réaction d'ordre collectif plus ou moins organisée, on a voulu placer, dis-je, derrière ces situations, pour les expliquer, une entité d'ordre métaphysique qu'on a appelé le droit. Au lieu de dire tout simplement que l'atteinte à ces situations violait une règle s'imposant aux hommes vivant en société, on a dit qu'elle portait atteinte à une prétendue substance voulante, ayant une certaine qualité interne qui lui permettait de s'imposer aux autres volontés* »¹⁰³. Pour Duguit, il est évident qu'une théorie véritablement scientifique et réaliste du droit doit se débarrasser du concept métaphysique de droit subjectif, pour se résoudre à adopter une vision objectiviste du droit. Ce qui rend impératif cet abandon du concept de droit subjectif, c'est qu'il est incapable d'expliquer les transformations solidaristes que connaît la société française à la fin du XIX^{ème} siècle, lesquelles sont incompatibles avec la philosophie individualiste qui sert de fondement au droit subjectif. L'homme n'est pas titulaire de droit en tant qu'individu, mais il est débiteur d'obligations en tant que membre d'un corps social¹⁰⁴. La doctrine individualiste, de laquelle émane le droit subjectif, est théoriquement et pratiquement indéfendable. Outre que l'affirmation selon laquelle l'homme serait titulaire de droits à l'état de nature est purement gratuite et indémontrable, elle est contredite par les faits et les études anthropologiques et sociologiques qui démontrent que l'homme est un animal social, donnant ainsi raison à Aristote¹⁰⁵. Pire, un certain nombre de conséquences juridiques que l'on tire habituellement de la théorie du droit subjectif et de la doctrine individualiste sont fausses, même si, par le passé, elles ont permis d'accomplir des progrès considérables (notamment sous la Révolution, avec la limitation par le droit des pouvoirs de l'Etat). Ainsi, alors que ces théories accréditent l'idée d'une répartition égalitaire des droits entre les individus, de part leur seule naissance, l'observation de la réalité montre, au contraire, des inégalités flagrantes entre les êtres humains ainsi que le caractère contingent et relatif des droits dont ils sont titulaires. Il n'existe donc, pour Duguit, aucune égalité entre les hommes, ni de droit universel et absolu. Tout cet appareil métaphysique doit donc être abandonné, pour se contenter de la seule notion de droit objectif et de « *situations juridiques* ». Dans la pensée de Duguit, la critique du droit subjectif débouche inévitablement sur la critique de la personne juridique et du sujet de droit. Là encore, Duguit voit dans ces notions des concepts métaphysiques posés a priori dont il conviendrait de délester la science juridique, car à la fois erronés et inutiles. La science juridique n'a besoin, pour fonctionner, que du concept de « *sujet du droit objectif* », « *le seul être auquel puisse s'adresser les règles de droit objectif est sur la terre, l'homme*

¹⁰² *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 16.

¹⁰³ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 18 et 19.

¹⁰⁴ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 24.

¹⁰⁵ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 208 et 209.

individuel ayant une volonté consciente »¹⁰⁶. Attribuer la personnalité juridique à des groupements humains relève de l'artifice le plus condamnable. Duguit allait même jusqu'à considérer que les individus inconscients (*l'infans* ou *l'insensé*) ne sont pas des sujets de droit objectif car les règles de droit qui les concernent ne s'adressent pas directement à eux, mais aux tiers qui sont chargés de les représenter dans la vie juridique. Finalement, la science juridique refuse de partir de ce postulat métaphysique que serait l'existence d'un sujet de droit, pour se contenter de constater qu'il n'existe que des êtres humains doués de conscience, soumis dans leur activité sociale aux règles du droit objectif.

La posture de François GénY est beaucoup moins nihiliste. Il rejoint Duguit sur l'idée qu'une science juridique ne peut être construite que sur le donné, à savoir l'observation de la réalité, même si, dans cette réalité, GénY inclut le donné rationnel et le donné idéal que Duguit rejette. Cependant, une grande partie de l'œuvre de François GénY insiste sur l'existence et sur l'importance du construit, aux côtés du donné, et de la technique, aux côtés de la science. L'examen du donné est insuffisant pour construire une science juridique, car il fournit des directions trop générales et trop vagues. Il faut y joindre une adaptation, une construction humaine et raisonnable : la technique juridique¹⁰⁷. GénY soutient que la notion de technique juridique « *représente, dans l'ensemble du droit positif, la forme opposée à la matière, et que cette forme reste essentiellement une construction, largement artificielle, du donné, œuvre d'action plus que d'intelligence, où la volonté du juriste se puisse mouvoir librement, dirigée seulement par le but prédéterminé de l'organisation juridique qui suggère les moyens de sa propre réalisation* »¹⁰⁸. Cette définition révèle une acception très large de la technique juridique : y sont inclus des sources formelles, les présomptions, les fictions ainsi que tous les procédés intellectuels qui, comme les concepts ou les notions, permettent de structurer le savoir juridique. Parmi ces concepts, GénY maintient que les notions de droit subjectif et de personnes juridiques sont des constructions artificielles, comme l'avait constaté Duguit, mais il considère qu'elles sont tout de même nécessaires. Ainsi, l'artifice n'est pas, chez GénY, une raison suffisante pour discréditer un concept a priori ou un mécanisme juridique fondé sur une fiction et conduire à son exclusion irrémédiable du discours juridique. Ce n'est que dans la mesure où cette construction artificielle est inutile et qu'elle constitue un abus d'abstraction que GénY la critique et accepte de la bannir (comme, par exemple, la notion de patrimoine dans la théorie construite par Aubry et Rau).

Au départ, Duguit n'avait probablement pas bien perçu la démarche ambivalente et subtile de François GénY, laquelle impliquait d'allier intimement l'observation scientifique du donné et la construction artificielle de la technique. En effet, Duguit a résolument classé François GénY parmi les partisans de la doctrine objectiviste du droit. Après avoir cité amplement François GénY, il conclut que ce dernier développe une doctrine juridique purement objectiviste : « *sans doute, il conserve les concepts de droit subjectif et de sujet de droit, mais il n'y voit pas autre chose que des procédés de technique juridique, du même ordre que les fictions et indispensables pour donner une armature solide à la protection de situations légitimes et conformes à ce qu'il a appelé le donné* »¹⁰⁹. « *Dès à présent, je retiens que le donné juridique, c'est-à-dire la réalité sociale existant naturellement ne comprend pas autre chose qu'un ensemble de règles de droit, lesquelles ressortent de la nature des choses. GénY affirme donc que le réel juridique est uniquement la somme des règles de droit produits de la vie sociale et que, par suite, il est exclusivement le droit objectif. Ne puis-je pas dire que, par cette seule*

¹⁰⁶ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 452.

¹⁰⁷ *Sciences et techniques*, tome 3, consacré à l'élaboration technique du droit positif.

¹⁰⁸ *Sciences et techniques*, tome 3, p. 23.

¹⁰⁹ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 30.

affirmation, la doctrine de Gény est fondamentalement objectiviste ? »¹¹⁰ Il est certain que François Gény qualifiait de symboles et d'artifices les procédés de techniques juridiques, ce qui suffisait, aux yeux de Duguit, à discréditer les constructions juridiques ainsi visées. Evidemment, au nombre de ces symboles et artifices, Duguit s'est empressé de souligner que Gény comptait le droit subjectif et les sujets de droit. Et voici comment Duguit résume la pensée de Gény : « Il n'y a donc bien pour lui de donné, de réalité juridique, que dans le droit objectif. Tout le reste, les concepts de droit subjectif et de sujet de droit sont des construits, des procédés de l'art juridique, concepts dont on ne peut dire qu'ils correspondent à quoique ce soit de réel »¹¹¹. Et Duguit d'insister, en commettant vraisemblablement un contresens : « On pourrait même, aux dires de Gény, se passer d'eux et ils ne sont point indispensables. Je ne puis me tenir de citer une page dans laquelle Gény se rapproche singulièrement de la conception purement objectiviste que j'ai essayé de développer »¹¹². Finalement, Duguit conclut : « Je retiens et Gény nous l'affirme constamment, que droit subjectif, sujet de droit sont de purs symboles, de simples procédés techniques et que la réalité scientifique c'est la règle de droit. Cela est suffisant pour qu'on puisse affirmer que la doctrine de Gény est purement objectiviste et que, finalement, comme moi, il n'admet comme réalité que le droit objectif »¹¹³.

Mais, Léon Duguit a dû rapidement déchanter, notamment lorsque François Gény fait paraître, en 1922, un compte rendu à propos de la deuxième édition du *Traité de droit constitutionnel*¹¹⁴. Il est vrai que la lecture que Duguit faisait de *Sciences et techniques* était passablement tronquée. Comment a-t-il pu méconnaître que la technique juridique, dans la pensée de Gény, si elle était le produit artificiel de la volonté humaine, était néanmoins essentielle à la construction d'une science juridique (entendu *lato sensu* et non au sens strict de Gény) digne de ce nom : « Assurément, l'un des résultats nécessaires de ma notion de technique juridique est bien de lui reconnaître une importance capitale pour l'élaboration du droit »¹¹⁵ ? C'est pourquoi, François Gény réfute la proposition de Duguit de débarrasser la science juridique des concepts en général, et notamment des notions de droit subjectif et de sujet de droit. Dans l'article susvisé, il s'acharne à en défendre l'utilité et se garde de tomber dans le nihilisme qu'il reproche à Léon Duguit. La doctrine de ce dernier prétend, selon lui, « détruire tout notre attirail traditionnel de concepts, de constructions, de définitions et de mots »¹¹⁶. Contrairement à Duguit, Gény ne voit pas dans l'artificialité des constructions juridiques une raison suffisante pour s'en délester. Non seulement, il dénie à Duguit le droit d'interdire aux juristes l'usage des concepts pour saisir les faits de la vie juridique, qu'il faut, selon lui, soumettre à une règle élaborée elle-même par l'esprit¹¹⁷, mais surtout, il se fonde sur

¹¹⁰ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 32.

¹¹¹ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 34.

¹¹² *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 34 et 35. La page que tient à citer Duguit est extraite de *Sciences et techniques*, la voici : « Contrairement aux idées les plus répandues dans la doctrine contemporaine, il ne semble pas que, même du point de vue technique, le procédé des concepts et constructions soit vraiment indispensable pour l'acquisition ou la mise en œuvre des solutions juridiques. Il suffit, pour en être assuré, d'observer que le plus grand nombre des règles de droit s'établissent et se développent par des raisons intrinsèques de justice ou d'utilité, qui suffisent à leur conférer toute la fermeté et toute la cohésion nécessaires alors que les représentations purement conceptuelles qu'on prétendrait y adjoindre, ne feront souvent qu'égarer la recherche en substituant les écarts désordonnés de la pensée à l'emprise seule, féconde et sûre des réalités. C'est d'ailleurs une erreur de croire que les théories échafaudées sur les concepts écartent plus sûrement le danger des appréciations subjectives et les solutions arbitraires ». *Sciences et techniques*, tome 3, p. 198.

¹¹³ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 36 et 37.

¹¹⁴ Gény, *Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de Léon Duguit*, RTD. civ. 1922 p. 579.

¹¹⁵ *Sciences et techniques*, tome 3, p. 22.

¹¹⁶ Gény, *Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de Léon Duguit*, RTD. civ. 1922 p. 780.

¹¹⁷ Article précité, p. 820.

l'utilité des concepts pour les défendre : « *ce n'est pas, davantage, en exposant et en accentuant les difficultés d'ailleurs bien connues, de la thèse de l'abus de droit, qu'on peut condamner cette notion de droit subjectif, sans laquelle toute notre dogmatique resterait dépourvue d'un instrument essentiel d'exposition, de développement, et de progrès* »¹¹⁸. Et Gény précise : « *tout ce qu'il faut retenir de la critique de L. Duguit, c'est qu'il s'agit ici, non pas d'une donnée fondamentale de la nature ou de la raison, mais d'un jeu de concepts, suivi d'une définition terminologique, simples moyens techniques de mettre en œuvre les principes supérieurs de justice, susceptibles comme tels, de perfectionnements incessants, mais qui méritent d'être conservés pour les services qu'ils nous rendent* »¹¹⁹. S'agissant de la notion de sujet de droit, Gény adopte la même ligne de défense : « *il n'y a pas là autre chose qu'un concept et il est possible qu'il soit, quelque jour, remplacé par une autre représentation de l'esprit, plus adéquate aux besoins de la vie juridique. En attendant, il rend des services sérieux, notamment parce qu'il assigne aux associations et fondations, une limite et un centre d'action, qui leur manqueraient tout à fait après les négations de L. Duguit* »¹²⁰. François Gény résume ainsi sa pensée : « *Je voudrais montrer que les concepts de sujet de droit, de droit subjectif, de personnalité morale, n'ont de valeur qu'en tant que moyens artificiels de l'élaboration juridique et que, cantonnés dans ce domaine, ils peuvent rendre de véritables services* »¹²¹.

Ainsi, Léon Duguit s'est trompé sur la démarche de Gény, qui n'est pas purement réaliste ni objectiviste comme il le croyait au départ, ou faisait mine de le croire. Il ne faut pas dissimuler les fermes critiques que Gény a adressées à certains concepts purement abstraits qu'il a qualifiés d'abus de logique, comme par exemple s'agissant de la théorie du patrimoine de Aubry et Rau. Pour lui, la théorie du patrimoine n'est qu'une « *pure conception de l'esprit, empruntant à la réalité un élément tout à fait simple, que le travail subjectif des interprètes a déformé et dénaturé comme à plaisir* »¹²². Mais, le concept de patrimoine n'est pas critiquable par le seul constat qu'il est une conception de l'esprit et donc un artifice ressortissant au domaine de la technique juridique. Gény critique cette notion car elle lui paraît à la fois inutile et dangereuse. C'est donc bien selon un critère pratique, celui de l'utilité, qu'il juge les concepts, se gardant de les condamner irrémédiablement, en toute hypothèse et par principe, comme le fait Duguit. Il en est de même pour la notion de sujet de droit qu'il critique seulement en ce qu'elle serait, selon certains auteurs, un donné a priori ou une impérieuse nécessité de logique, alors qu'il s'agit simplement d'une construction purement idéale et provisoire¹²³. « *L'écueil, contre lequel n'a pas su se garer notre dogmatique, consiste à objectiver ces éléments idéaux, à les envisager, comme des nécessités logiques, issues de la nature des choses, s'imposant, en cette qualité, à l'interprétation juridique, malgré la contradiction pratique, qui peuvent opposer les besoins les plus pressants de l'existence sociale* »¹²⁴. Par conséquent, si Gény perçoit bien les dangers et l'inutilité potentielle des concepts juridiques, il se refuse à les saborder tous : « *la conscience de ces dangers ne m'a pas toutefois amené à conclure, dans le sens d'une exclusion complète des conceptions et constructions juridiques. Non seulement, je n'hésite pas à dire que l'interprète est tenu d'accueillir les conceptions positivement consacrées par la loi et d'en déduire, comme de toute autre volonté légale et suivant la portée de celle-ci, toutes les conséquences qu'elles*

¹¹⁸ Article précité, p. 804.

¹¹⁹ Article précité, p. 805.

¹²⁰ Article précité, p. 815.

¹²¹ *Sciences et techniques* tome 3, p. 219.

¹²² *Méthodes d'interprétation*, tome 1, n° 67 p. 142 et 143.

¹²³ *Méthodes d'interprétation*, tome 1, n° 65 p. 135 à 138.

¹²⁴ *Méthodes d'interprétation*, tome 1, n° 68, p. 147.

renferment. De plus, je reconnais à l'interprétation elle-même le pouvoir absolu de créer, à sa guise, de semblables conceptions, dont l'utilité la plus sérieuse n'est pas, à mon sentiment, de fortifier la systématisation théorique du droit, qui auront surtout la mission de diriger fermement le Juge dans l'application du droit aux faits ; qui, en même temps, pourront aussi développer, par une adroite mise en œuvre, la fécondité des principes juridiques »¹²⁵. Gény poursuit ainsi : « Mais, tout en proclamant la légitimité de ces procédés, j'affirme que deux considérations essentielles doivent constamment guider l'interprète dans leur emploi. D'une part, il serait absolument erroné de croire, que toute règle juridique dût converger autour d'une conception idéale, qui en inspirât l'action et en déterminât la portée. Tout au rebours, je considère comme a priori incontestable, que les plus fermes et les plus sûrs préceptes du droit sont ceux qui se dégagent directement de la nature des choses, sans l'intermédiaire d'aucune conception idéale, déformant toujours, par quelques points, les réalités. D'autre part, si parfois il paraît utile d'avoir recours aux conceptions et constructions abstraites, l'interprète ne doit pas, en usant de ces procédés, oublier qu'ils le placent en dehors des réalités objectives, qui seules doivent diriger son action ; loin de se croire lié par ces conceptions (sauf le cas où la loi écrite les consacre), il doit les tenir pour de pures hypothèses scientifiques, susceptibles sans doute de diriger utilement ses recherches, mais aucunement préétablies dans leur essence, et auxquelles, par conséquent, ne peuvent jamais être sacrifiées les exigences de la vie ».

Il est très possible que Gény ait sensiblement fait évoluer sa doctrine et que l'importance du rôle conféré à la technique juridique a été amplifié dans la deuxième partie de son œuvre (à savoir notamment *Sciences et techniques*), alors qu'à l'origine, l'étude, par la libre recherche scientifique, du donné, prenait une place prépondérante. Cette modération de la pensée de Gény, par l'auteur lui-même, s'explique sans doute par les critiques dont elle a fait l'objet et par la peur de l'auteur lui-même de laisser une trop grande place à l'arbitraire des juristes. Ce sentiment se ressent à la lecture de l'avertissement, pour la seconde édition de *Méthodes d'interprétation*, ainsi que des ajouts en annexe par lesquels Gény tente de distinguer sa libre recherche scientifique du phénomène Magnaud et de l'école allemande du droit libre (frei recht). Ce sentiment est renforcé à la lecture de l'introduction de *Sciences et techniques* dans laquelle, à propos de *Méthodes d'interprétation*, Gény parle d'un « trou béant de l'œuvre entière que, pour ma part, j'ai senti élargir encore davantage quand j'ai vu de trop confiants disciples utiliser parfois sans hésitation ni mesure, les lambeaux de vérité que j'avais détachés, non sans effort, du bloc à peine entamé de la matière juridique, parfois simples morceaux de rapiéçage, à moitié taillés, disparates, ajustés tant bien que mal, qui ne servaient qu'à dissimuler provisoirement l'indigence de mon tissu »¹²⁶. Il n'en reste pas moins que, dans la troisième et dernière édition du *Traité de droit constitutionnel*, puis dans les conférences qu'il a données en Espagne et au Portugal en 1923, Duguit a bien perçu l'opposition irréductible qui existait entre sa doctrine et celle de François Gény.

Duguit insiste sur l'évolution de la pensée de Gény : « cette utilité pratique qu'il attache au concept de droit subjectif et à celui de sujet de droit, Gény, il ne le méconnaîtra pas, l'avait laissé au second plan au cours de son ouvrage *Sciences et techniques*, mais au contraire, il a fait un effort vigoureux pour la mettre en relief dans un long article qu'il a bien voulu publier dans la revue trimestrielle du droit civil en 1922, à l'occasion de la précédente édition du présent volume »¹²⁷. Après avoir signalé cette évolution, Duguit attire l'attention sur la position délicate et inconfortable que ce dernier pense pouvoir tenir désormais : « Gény s'est

¹²⁵ *Méthodes d'interprétation*, tome 2, n° 158 p. 85 et 86.

¹²⁶ *Sciences et techniques*, tome 1, n° 3 p. 11.

¹²⁷ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 37.

placé en mauvaise posture, car les positivistes, comme moi, lui disent qu'il s'est arrêté en chemin, qu'il a adopté une attitude indéfendable, parce que la logique lui commande d'aller jusqu'au bout, d'écarter de prétendus concepts auxquels il n'accorde plus qu'une valeur d'efficacité pratique. D'autre part, les juristes traditionalistes le désavouent et lui disent qu'il est un destructeur des vieilles idées juridiques, plus dangereux que les positivistes, parce qu'il donne l'illusion qu'il les défend et les maintient quand en réalité il les détruit par leur base même »¹²⁸. Duguit a affiné sa critique à l'encontre du dernier état de la pensée de Gény sur la technique juridique dans des conférences qu'il a données en 1923 en Espagne et au Portugal, ayant pour thème le pragmatisme juridique. Ces conférences ont pour objet d'étudier l'influence qu'a pu avoir, sur la pensée juridique, la philosophie pragmatiste que l'on rattache traditionnellement aux auteurs américains William James et John Dewey, qui consiste à considérer qu'une affirmation est vraie si et seulement si elle satisfait le désir ou la fonction qui a suscité sa recherche. La connaissance a donc un caractère fondamentalement pratique, la vérité d'une affirmation se jugeant à la valeur de ses conséquences ou de ses résultats. Duguit expose, dans ses conférences sur le pragmatisme juridique, l'influence de cette philosophie dans divers domaines. Tout d'abord, il explique que « le pragmatisme offre un recours séduisant aux croyants qui voient en lui un moyen de concilier les croyances religieuses – nécessaires pour les âmes – et les exigences de la critique moderne »¹²⁹. Finalement, peu importe que le dogme de la trinité ou de la résurrection du Christ soit vrai ou faux, l'important réside dans leur efficacité pratique. Duguit rappelle que l'Eglise catholique et le pape Pie X ont condamné, dans l'encyclique sur le modernisme du 8 septembre 1907, la doctrine pragmatiste en réprouvant et en proscrivant toutes les doctrines enseignant que les dogmes de la foi doivent se retenir uniquement selon leur sens pratique, c'est-à-dire comme règle obligatoire de conduite, mais non comme règle de croyance¹³⁰. Après avoir rappelé ce phénomène théologique, Léon Duguit entend l'appliquer à la sphère juridique en utilisant pour cible principale François Gény, chez qui il voit un tenant du pragmatisme juridique : « dans l'œuvre de Gény, si pleine, si originale, si remarquable à tant de points de vue, le pragmatisme absorbe tout. Le mot n'y est pas ; mais la chose y est toute entière et partout. Elle apparaît surtout dans sa distinction bien connue entre le donné et le construit. Le donné, c'est le fait social. Le construit, c'est la technique juridique, c'est-à-dire la mise en œuvre des concepts qui servent à réaliser la protection sociale de certaines situations. Ces concepts sont, avant tout, celui de droit subjectif, pouvoir de certaines volontés à s'imposer à d'autres volontés, et celui de sujet de droit, support de ce pouvoir. A la réalité substantielle de ces concepts, le doyen de Nancy ne croit point ; mais ils sont vrai, parce que c'est avec leur aide que l'esprit élabore le droit, c'est par eux qu'il peut être donné satisfaction aux exigences du juste objectif et aux postulats essentiels d'utilité sociale »¹³¹. Pour Léon Duguit, le pragmatisme juridique est donc une tentative de trouver une troisième voie entre deux courants doctrinaux : d'une part, l'intellectualisme, défini comme la position philosophique reposant sur l'idée qu'en toute conception de l'esprit, il y a une réalité qui existe en dehors de lui, indépendante des fins et des efforts des hommes et, d'autre part, le phénoménisme positiviste, consistant en l'attitude opposée, incarnée par Auguste Comte et qui enseigne que l'homme ne peut connaître davantage que les faits et qu'il peut seulement utiliser scientifiquement des concepts répondant à une réalité observable¹³². Le pragmatisme qui, aux yeux de Duguit n'est pas une véritable doctrine tant elle est hétérogène mais bien plutôt une

¹²⁸ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 39.

¹²⁹ Première conférence, in *Le pragmatisme juridique*, Editions La mémoire du droit, 2008 p. 161. Et conférence à l'Université de Lisbonne du 28 novembre 1923, in *Le pragmatisme juridique*, op. cit. p. 200.

¹³⁰ op. cit. p. 162.

¹³¹ L. Duguit, conférence de Lisbonne du 28 novembre 1923, in *Le pragmatisme juridique*, op. cit. p. 201 et 202.

¹³² L. Duguit, première conférence de Madrid, in *Le pragmatisme juridique*, op. cit. p. 157 et 158.

attitude ou un état d'esprit, répond « à une nécessité des esprits modernes de concilier la critique avec les aspirations de l'esprit, à son désir de ne pas se délier des concepts supérieurs »¹³³.

Sans grande surprise, Duguit combat inlassablement ce qu'il appelle l'intellectualisme ou dogmatisme. L'attitude pragmatiste, quant à elle, lui paraît moins critiquable, mais il lui reproche néanmoins de ne pas aller assez loin, de s'arrêter en cours de route car, les concepts rationnels ne doivent pas être jugés seulement au regard de leur efficacité, mais surtout selon leur réalité observable. On rejoint donc les critiques qu'il assène à la pensée de Gény : « *N'ai-je pas raison de dire que Gény est pleinement, exclusivement pragmatiste ? Ces concepts fondamentaux du droit, concept de droit subjectif, concept de sujet de droit, ne sont pour lui que des procédés techniques qui servent, suivant sa formule même, à informer la réalité, c'est-à-dire à donner aux rapports sociaux une certaine forme juridique pour les maintenir et les protéger, pour sanctionner la règle de droit, pour mettre en œuvre les voies de droit protectrices des intérêts individuels et collectifs. On nous avait enseigné que ces concepts puisaient leur source et leur raison d'être dans la raison et qu'ils s'imposaient avec la force d'une vérité mathématique. Point du tout, ce sont des procédés, de purs procédés imaginés par l'ingéniosité de l'esprit humain, pour atteindre un résultat pratique. De même que les théologiens pragmatistes viennent nous dire de ne voir dans les dogmes chrétiens que des concepts propres à réaliser une idée morale et de mesurer leur force de vérité à leur efficacité, de même Gény et ses disciples nous enseignent que, dans tous ces principes juridiques, il n'y a que la technique, et que le droit subjectif et le sujet de droit n'ont, eux aussi, de réalité que dans la mesure de leur efficacité* »¹³⁴. Et Duguit de poursuivre sa critique : « *Je ne veux point ici discuter ces doctrines ; mais j'ai le droit de dire aux juristes pragmatistes, comme les théologiens orthodoxes l'ont dit aux théologiens pragmatistes, qu'en attribuant aux concepts juridiques une valeur simplement pragmatique, on arrive tout naturellement à les nier, qu'ils étaient désormais vides de contenu et qu'il fallait rationnellement aller jusqu'au bout, c'est-à-dire les éliminer de toute étude positive du droit. Mais l'attitude prise par Gény et son école s'explique exactement par le même état d'esprit que l'attitude prise par les théologiens pragmatistes, profondément pénétrés de l'esprit critique moderne, ils ne peuvent pas s'empêcher de voir tout ce qu'il y a d'artificiel et de convenu dans ces prétendus dogmes juridiques ; et, d'autre part, dominés par leur hérédité, par leur culture intellectuelle et morale, ils ne peuvent pas se résoudre au désir profond de maintenir ces concepts que depuis des siècles on affirme comme vrais, et auxquels se rattache tout leur savoir juridique et toute leur vie morale* »¹³⁵. Pour sa part, Duguit déclare : « *J'aime mieux parler ouvertement, jeter définitivement par-dessus bord ces concepts de droit subjectif, de sujet de droit et de personnalité, montrer qu'ils ne sont plus d'accord avec les besoins des sociétés modernes, qu'ils ne répondent à aucune réalité et que l'on peut beaucoup mieux, sans leur recours qu'avec leur aide, protéger les situations légitimes et garantir le commerce juridique* »¹³⁶.

¹³³ op. cit. p. 159.

¹³⁴ Conférence de Coïmbre du 3 décembre 1923, in *Le pragmatisme juridique*, op. cit. p. 247 et 248. Il est vrai que certains passages de l'œuvre de Gény accréditent la thèse pragmatiste que lui attribue Duguit. Cf. par ex. : « *En réalité, comme l'a invinciblement montré R. von Jhering, Les règles juridiques et les solutions qu'elles consacrent, sont essentiellement déterminées par le but pratique et la fin sociale des institutions. Voilà leur source, et, si l'on veut, voilà en même temps leur logique ; logique, vraiment sûre et féconde, parce qu'elle est faite tout entière de motifs moraux, psychologiques, économiques et qu'elle tend à réaliser l'équité objective, par la combinaison de l'idée de justice avec celle de plus grande utilité sociale.*», *Méthodes d'interprétation*, tome 1, n° 68, p. 145.

¹³⁵ op. cit. p. 248.

¹³⁶ op. cit. p. 240.

Vraisemblablement, François GénY a mal pris l'accusation de pragmatiste juridique formulée à son encontre par Léon Duguit. Ainsi, dans la préface du 4^{ème} tome de *Sciences et techniques*, paru en 1924, GénY abandonne quelque peu le langage précautionneux et amical qu'il utilisait pour débattre avec Duguit, en adoptant un ton agacé, voire contrarié : *« C'est seulement à l'instant de clore cette préface, que j'ai connaissance de la conférence faite par L. Duguit à l'Université de Coïmbre, le 3 décembre 1923, sous le titre : Le pragmatisme juridique, et où il prétend expliquer ma façon d'envisager le rôle des concepts juridiques au moyen de tendances pragmatiques, qui semblent mériter, à ses yeux, une condamnation irrémissible. Je ne puis discuter ici cette appréciation, reposant sur un exposé, où les notions psychologiques, métaphysiques, logiques, morales, théologiques et juridiques se succèdent ou s'entremêlent dans une confusion déconcertante, et qui demanderait, pour être dissipée, des développements considérables, trop éloignés aussi du but spécifique de mon effort. Qu'il me suffise de relever deux points susceptibles de préciser ma position. D'une part, j'ai reconnu (et le passage même cité par L. Duguit en fait foi) que certaines idées traduisent adéquatement la réalité juridique et s'imposent à ce titre ; de sorte que la nature et la fonction de moyens proprement techniques n'appartient, suivant moi, qu'aux concepts qui ont un caractère nettement artificiel. D'autre part, si j'admets que ces derniers peuvent être infléchis ou modifiés en vue du but à atteindre, c'est qu'ils nous font sortir du domaine de la connaissance, pour nous placer dans celui de l'action, le seul où le critérium du succès puisse être légitimement employé »*¹³⁷. Duguit, probablement conscient de l'irritation de son collègue, a éprouvé le besoin de revenir sur ses déclarations pour les édulcorer, sur la forme du moins. Ainsi, dans la 3^{ème} édition du *Traité de droit constitutionnel*, il est possible de lire *« dans la préface du tome 4 de Sciences et techniques, 1924, p. XXI note 1, GénY qui, à mon grand regret paraît avoir été ému de ce que je disais dans cette conférence, y a répondu dans les termes suivants (...) »* et Duguit cite le passage susvisé. *« Je réponds à mon excellent et savant collègue : 1° qu'il se trompe en disant que j'ai prononcé contre lui une condamnation irrémissible ; je crois pouvoir me rendre cette justice que je n'ai jamais prononcé de condamnation contre qui que ce soit et jamais surtout de condamnation irrémissible ; que j'ai le plus profond respect pour toutes les croyances sincères quelles qu'elles soient ; 2° que je ne crois point avoir commis les confusions déconcertantes qu'il me reproche, que dire que l'évolution mentale de certains juristes, qui ne voient dans les concepts de droit subjectif et de sujet de droit d'autres réalités que leur utilité pratique et les conservent pour cette raison, est analogue à celle des théologiens modernistes, qui ne voient dans les dogmes d'autres réalités que leur efficacité morale, ce n'est point confondre les notions philosophiques, psychologiques et juridiques et que ce n'est point soupçonner en quoique ce soit l'orthodoxie catholique des juristes qui pensent ainsi ; 3° Enfin que GénY reconnaîtra certainement qu'un juriste ne peut séparer les notions de droit des notions morales, quel que soit le fondement qu'il donne à celles-ci et qu'un juriste croyant ne peut les séparer de sa foi religieuse »*. Enfin, s'agissant de l'affirmation de GénY selon laquelle, dans le domaine de l'action, le critérium du succès peut être légitimement employé, Duguit déclare : *« certainement, cette formule a dépassé sa pensée ; et mon éminent collègue a l'esprit trop noble et le cœur trop bien placé pour penser que le succès justifie les moyens d'action. Peut-être emploie-t-il le mot action qu'il a pris soin de souligner dans le sens que lui donne Blondel, dans sa thèse célèbre, mais alors la théorie de l'action est au fond une pure théorie de la connaissance et GénY retombe ainsi dans le pragmatisme le plus pur »*¹³⁸.

¹³⁷ *Sciences et techniques*, tome 4, préface p. XXI note 1

¹³⁸ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, p. 41 et 42.

B – UNE QUESTION DE VERITE

L'irruption de la philosophie pragmatiste dans le débat révèle une dimension philosophique intéressante de l'opposition entre les pensées de Léon Duguit et François GénY. Chacun adopte une théorie de la connaissance de la réalité différente. Léon Duguit, pour sa part, souscrit à un réalisme empirique radical. Ainsi, dans la préface à la 3^{ème} édition du *Traité de droit constitutionnel*, il affirme sa profession de foi épistémologique : « *Je persiste à penser que l'observation et le raisonnement sur les données de l'observation sont les seuls instruments d'investigation que l'homme possède pour arriver à découvrir la petite part de vérité qu'il lui est permis de connaître. Je persiste à penser que, dans le domaine du droit, on ne peut arriver à des solutions à la fois pratiques et justes qu'en écartant tous les concepts a priori et toutes les vaines dialectiques que l'on prétend y rattacher. Je persiste à penser notamment que toutes les constructions qu'on s'est efforcé d'édifier en droit public et en droit privé sur les concepts a priori de droit subjectif et de sujet de droit sont ruinées. J'ai un profond respect pour les croyances religieuses sincères ; j'admire les rêveries métaphysiques traduites en un beau langage. Mais les unes et les autres n'ont que faire pour la découverte de la vérité positive* »¹³⁹. Pour Duguit, le raisonnement déductif n'est nullement proscrit, mais à une double condition : « *D'abord, qu'il ait pour point de départ une donnée directement observée et, secondement, que les conséquences auxquelles il conduit soient vérifiées par l'observation et abandonnées si les faits les contredisent* »¹⁴⁰. La conception de la science de Duguit est donc très influencée par la philosophie positiviste de Auguste Comte, selon laquelle l'humanité aurait connu trois états : 1° l'état théologique ou fictif dans lequel l'homme expliquait les phénomènes par l'action d'agents surnaturels ; 2° l'état métaphysique ou abstrait, dans lequel les agents surnaturels étaient remplacés par des « *forces abstraites* », des abstractions personnifiées, 3° l'état positif ou scientifique, dans lequel l'esprit humain renonce à rechercher l'origine et la destination de l'univers et à connaître les causes intimes des phénomènes, pour s'attacher uniquement à découvrir, par l'usage combiné du raisonnement et de l'observation, les lois effectives. Ainsi, tout ce qui n'est pas tiré directement de l'observation de la réalité, constitue un élément métaphysique qu'il faut éradiquer, une entrave à la connaissance scientifique. Duguit ne soutient pas que la raison humaine n'a pas sa place dans la science ; simplement le raisonnement et la construction de concepts ne peuvent que venir dans un second temps, après une observation objective et scrupuleuse du réel.

Pour GénY, en revanche, la notion de réalité juridique est plus complexe et peut-être plus actuelle : il refuse l'idée d'une « *réalité toute nue* » qui se donnerait immédiatement à la connaissance des hommes¹⁴¹. Déjà, la notion de donné traduisait cette complexité, dans la mesure où il inclut dans celui-ci, non seulement les faits (donné réel et donné historique), mais également une dimension rationnelle et une dimension idéale, lesquelles sont indispensables à l'élaboration scientifique du droit objectif. Dès *Méthodes d'interprétation*, GénY a l'intuition d'une conception complexe de la réalité juridique. Lorsqu'il envisage le rôle de la technique, il admet, sans toutefois le démontrer, que les concepts et autres procédés artificiels créés par les juristes transforment et déforment parfois la réalité : « *Placé en face des réalités complexes et mouvantes de la vie sociale, le jurisconsulte, en vue d'assurer l'ordre et l'équilibre des intérêts dont il a la charge, est amené à envisager ces réalités, sous*

¹³⁹ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, préface XV.

¹⁴⁰ *Traité de droit constitutionnel*, tome 1, préface p. XVII.

¹⁴¹ *Sciences et techniques*, tome 2, p.358.

un angle très spécial, et à les soumettre à des procédés artificiels, qui transforment et parfois déforment leur nature effective. C'est ainsi, que telles opérations économiques, variables et fuyantes de leur nature, prendront des contours arrêtés et recevront comme une forme nouvelle, en passant par le creusé juridique. (...) D'une façon plus générale, la technique du droit, en fixant les éléments caractéristiques des faits susceptibles de conséquences juridiques, en précisant ces conséquences elles-mêmes, se trouve ordonner, sinon toujours des catégories hiératiques, du moins, des schèmes généraux, où viennent prendre place, et en quelque sorte se mouler, les faits réels de la vie sociale »¹⁴². Finalement, le donné et le construit, c'est-à-dire la science et la technique, ne vont pas sans interactions réciproques : le construit influençant le donné, la technique influençant la science. En quelque sorte, les concepts artificiels créés par l'esprit humain, afin de mieux comprendre la réalité, contribuent à la déformer, à l'influencer.

Cette intuition, Gény l'approfondit dans le premier tome de *Sciences et techniques*, dont le quatrième chapitre est intitulé *Essai d'épistémologie juridique*, en abordant la question de la « vérité juridique »¹⁴³. Il rappelle, dans cet ouvrage, que la définition scolastique de la vérité était l'adéquation des choses à l'intelligence humaine : *aedequatio rei et intellectus*. Mais cette conception de la vérité est inadaptée au monde juridique. En effet, la vérité juridique n'est pas qu'une retranscription pure et simple de la réalité des faits, mais consiste « éminemment en éléments dialectiques ou logiques, capables de constituer une solide armature, qui puisse encadrer et réduire aux sanctions nécessaires tous les faits de la vie sociale susceptibles de règlements coercitifs », Gény poursuit en expliquant : « c'est donc une vérité éminemment schématique qui ne peut saisir les réalités morales, économiques, sociales, que par les arêtes vives qu'elle présente au concept, donc en les déformant ou, plutôt même, en les transformant en entité idéale. De là suit que cette vérité est moins l'expression du donné de la vie sociale, qu'un simple instrument technique, dont l'usage doit être dirigé et réglé en vue du but à atteindre »¹⁴⁴. Subissant ici l'influence de Bergson, Gény reconnaît l'influence exercée par les concepts techniques sur l'appréhension de la réalité juridique. Notamment, à propos de l'un des procédés les plus efficaces du raisonnement juridique, à savoir l'analogie, il écrit : « mais, en dépit de nos aspirations profondes, cette analogie n'est jamais une identité ontologique, et notre intuition des choses, qui, agissant à l'image de l'instinct, ressent la plénitude de la vie sans pouvoir la pénétrer d'une façon pratique, nous avertit sans cesse de la duperie et des mensonges, au prix desquels les instruments de l'intellect, ne saisissant les réalités que par leurs côtés plastiques, et substituant des entités logiques aux choses réellement vivantes, nous permettent seulement d'entrer en contact avec le monde. Duperie et mensonges nécessaires, assurément, mais dont cette nécessité ne saurait changer le caractère fondamental »¹⁴⁵.

Il existe donc une dialectique entre le donné et le construit afin de former le droit positif. « De fait, et si l'on sait voir au fond des choses, le droit positif est, principalement, œuvre de l'activité tout entière de l'homme, tendant, par des règles impérieuses, au besoin même contraignantes, à une meilleure organisation de la vie sociale. Et si, pour le constituer, il faut, avant tout, pénétrer le réel, à l'aide de ces lunettes, indispensables mais insuffisantes, que sont les opérations intellectuelles, la volonté doit sans cesse intervenir, pour dominer l'intelligence et la réduire à sa juste part, en maintenant ferme le gouvernail vers le but à

¹⁴² *Méthodes d'interprétation*, tome 2, n° 158, p. 83 et 84.

¹⁴³ *Sciences et techniques*, tome 1, n° 55, p. 160 et suivantes.

¹⁴⁴ *Sciences et techniques*, tome 1, n° 55, p. 160 et 161.

¹⁴⁵ *Op. cit.*, p. 162.

atteindre »¹⁴⁶. Certes, Gény reconnaît que les procédés intellectuels et artificiels utilisés par les juristes devront être « *sévèrement bridés* », afin d'éviter les abus de logique et d'abstraction, et de ne pas risquer de perdre le contact avec les réalités sociales ; toutefois, malgré les déformations et inconvénients de ces procédés intellectuels, il faut reconnaître leur impérieuse nécessité, de sorte que la devise du jurisconsulte pourra, selon Gény, être celle de tout chercheur scientifique : « *vers l'unité, par les approximations successives* ». Et Gény de conclure : « *à mes yeux, les spéculations de l'esprit, dangereuses quoique nécessaires dans l'investigation scientifique du droit, auront tout leur prix, comme instrument pratique de sa mise en œuvre où la volonté les manie plus commodément et plus sûrement* »¹⁴⁷. Ce que Gény appelle la « *philosophie nouvelle* », est en fait une épistémologie qui doit trouver un chemin entre l'intellectualisme et le réalisme. Grandement influencée par l'intuitionnisme de Bergson, elle rappelle l'importance et la valeur de l'intuition dans la connaissance de la réalité. Ainsi, la connaissance scientifique ne peut pas résulter de la seule observation du réel : la connaissance scientifique « *ayant pour but de pénétrer une réalité entière et vivante, ne saurait trouver un outillage pleinement adéquat à son objet dans les procédés artificiels, qui décharent et dissèquent le réel pour le réduire à des schémas conventionnels taillés à la mesure variable des esprits. Est-ce à dire que l'on doive abandonner ces procédés ou les tenir en une suspicion qui les rend véritablement impropres à la recherche ? L'entreprise serait vaine, autant que désastreuse. Comment faire violence aux exigences de l'esprit, qui reste notre seul instrument pour scruter l'essence du monde ? Nous ne pouvons rien contre les nécessités de notre nature, et le seul objectif raisonnable à poursuivre est d'en tirer le meilleur parti possible. Or, la prise de la réalité ne s'offre à nous que moyennant sa décomposition schématique et avec le recours des concepts, des mots et des formules, bref par la voie de procédés, insuffisants peut-être à une pleine pénétration des choses, mais que nous ne saurions pourtant sacrifier, pour nous en tenir exclusivement à une intuition, dont on ne nous a, jusqu'alors, ni découvert le mécanisme, ni fait voir de façon tangible et convaincante, la mise en œuvre* »¹⁴⁸. Gény considère donc que la technique juridique est certes imparfaite et introduit des déformations dans la perception de la réalité, mais elle est nécessaire car, sans elle, il faudrait renoncer à toute connaissance. En ce faisant, Gény rejette fermement la théorie positiviste et sociologique des sciences, notamment défendue par Lévy-Bruhl, dans son ouvrage *La morale et la science des mœurs* (3^{ème} édition 1907), laquelle prétend découvrir, par la seule observation de la société, les règles de droit et de morale la régissant. Or, pour Gény, une telle position radicale est inacceptable, car la nature morale du droit interdit d'imaginer que la découverte des règles puisse provenir de la seule observation, dans la mesure où elle nécessite des jugements de valeur. « *L'observation toute nue demeure impuissante à fournir les règles qui fixent la direction de la conduite morale, et que, par suite, quelque puisse être la fécondité des procédés de l'investigation purement « scientifique », on ne saurait, sans puiser en une source supérieure de conviction, prétendre soit à apprécier les résultats des faits observables, soit à diriger, en conséquence, les efforts de l'humanité vers sa fin* »¹⁴⁹.

Force est de reconnaître que l'épistémologie défendue par Gény est à la fois plus moderne et moins naïve que celle de Duguit. En effet, selon Gaston Bachelard, le réalisme [ou « *empirisme immédiat* » qui consiste à prétendre que la connaissance s'induit directement de l'observation du réel] est un « *obstacle épistémologique* »¹⁵⁰, lequel se définit comme un faux

¹⁴⁶ Op. cit., p. 162 et 163.

¹⁴⁷ Op. cit., p. 164.

¹⁴⁸ *Sciences et techniques*, tome 1, n° 27, p. 83 et 84.

¹⁴⁹ *Sciences et techniques*, tome 1, n° 30, p. 92.

¹⁵⁰ G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique*, Vrain 1938.

concept qui entrave, de l'intérieur, l'acte de connaissance scientifique. En effet, jamais l'objet observé n'accède immédiatement à la connaissance humaine. Pour que cette accession se produise, l'homme doit nécessairement et préalablement élaborer des théories, des concepts. Il n'y a donc pas de connaissance scientifique du réel sans constructions intellectuelles préalables. « *L'instrument de mesure finit toujours par être une théorie et, il faut comprendre que le microscope est un prolongement de l'esprit plutôt que de l'œil* »¹⁵¹. Les travaux ultérieurs de célèbres épistémologues (Karl Popper, Thomas Kuhn, Imré Lakatos, Paul Feyerabend etc...) n'ont fait que, nonobstant les nuances et les oppositions entre ces auteurs, conforter et approfondir les conclusions de Bachelard selon lesquelles la science ne peut jamais être une transcription immédiate et directe de la réalité.

Parallèlement au développement de l'épistémologie moderne, les travaux en l'herméneutique, au cours du XX^{ème} siècle, sont également parvenus à remettre en cause la distinction, envisagée trop abruptement, entre le sujet et l'objet, le donné et le construit. Ainsi, Paul Ricoeur¹⁵², en France, ou Hans-Georg Gadamer¹⁵³ ont montré que toute interprétation, que ce soit d'un texte ou de la réalité, implique la formation d'un cercle ou d'un arc herméneutique entre le sujet connaissant et l'objet de la connaissance. Dans le domaine juridique, une relation réflexive s'instaure donc entre l'auteur, le texte et le lecteur de ce texte, de sorte que l'interprétation est le produit de cette interaction. Il existe donc une précompréhension du sens qui guide l'interprétation du lecteur et qui est influencée par la chose à comprendre. Gadamer parle alors de « *l'appartenance de l'interprète à son texte* ». Le concept de réalité, et donc avec lui celui de vérité, s'en trouve évidemment affecté. La réalité, même sur un plan scientifique, implique une invention dans le double sens de ce mot : découvrir et créer. Il existe donc toujours une part de construction intellectuelle intégrée dans la réalité observée, ce qui est incompatible avec les ambitions du réalisme radical professé par Duguit. Mais il est probable que, même pour Gény, les conclusions auxquelles parvient Gadamer sont excessives. Pour ce dernier, en effet, « *la fécondité de la connaissance en sciences humaines s'apparente beaucoup plus à l'intuition d'un artiste qu'à l'esprit méthodique d'une recherche* »¹⁵⁴, mais « *ce qui compte d'un point de vue « scientifique », c'est justement de détruire le fantôme d'une vérité qui serait indépendante du point de vue de celui qui connaît* »¹⁵⁵. Ces citations renferment des germes de relativisme, que Gény n'aurait probablement pas approuvé, lui qui n'a jamais abandonné, malgré ses doutes et toutes les précautions prises pour endiguer les risques de désordre ou d'incertitude, l'idée que le juriste puisse parvenir à atteindre la vérité et que le savoir juridique puisse être constitué en une véritable science objective.

CONCLUSION

On ne peut manquer de remarquer certains aspects très datés des théories de Duguit et Gény. Comme tous les auteurs, ce sont des hommes de leur temps, marqués par un moment de l'histoire des sciences et de la pensée. Il y a probablement beaucoup de naïveté dans l'un et dans l'autre système. Si le réalisme radical de Duguit est une utopie, la méthode d'interprétation de Gény est-elle véritablement praticable, lui qui a finalement passé la plus grande partie de sa carrière à essayer d'endiguer le flot déchaîné que lui avait paru susciter

¹⁵¹ G. Bachelard, op. cit., p. 242

¹⁵² *La métaphore vive*, Seuil 1975.

¹⁵³ *Vérité et méthode, les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, traduction française, Paris 1976.

¹⁵⁴ *La philosophie herméneutique*, traduction française PUF 1996 p. 64.

¹⁵⁵ Op. cit. p. 68

l'intuition d'une possible « *libre recherche scientifique* » ? Mais cette première impression serait fautive, car elle laisserait à penser que notre époque a dépassé leurs idées en les rendant totalement obsolètes. Il est même possible d'émettre l'hypothèse selon laquelle la rénovation de la science juridique, qui leur paraissait nécessaire à tous deux, n'a pas été réalisée, mais que la réflexion et le discours des juristes français sur leur savoir, ses méthodes et ses finalités, s'est considérablement appauvrie. Est encore d'une grande actualité le regret de Gény qui constatait que les jurisconsultes ne s'intéressaient guère à l'épistémologie : « *la plupart pratiquent délibérément une sorte de procédure mécanique d'interprétation et d'adaptation des préceptes juridiques, aux visées courtes, aux tendances étroites, limitée qu'elle est dans un horizon immédiatement prochain d'application* »¹⁵⁶.

Alors que Duguit et Gény étaient tous les deux d'accord sur la nécessité d'ouvrir les études juridiques sur la réalité, le monde social et l'interdisciplinarité, force est de constater que la formation actuelle des jurisconsultes est toujours refermée sur la pure technique juridique et qu'il existe toujours des réticences considérables à l'idée selon laquelle seule l'interdisciplinarité permettrait de former de bons juristes. Les juristes ont donc toujours tendance, dans leur raisonnement, à procéder par abstraction, à interpréter les dispositions normatives de façon déconnectée des réalités sociales et à croire et enseigner que le juge tranche un litige en appliquant le syllogisme démonstratif consistant à appliquer une règle générale à un cas particulier. On constate donc une permanence des méthodes juridiques et un enfermement persistant des études juridiques sur la technique, même si plus personne n'est convaincu par le fétichisme de la loi, comme le dénonçait Gény. Toutefois, au fétichisme de la loi a succédé le fétichisme des arrêts de la Cour de cassation, dont le commentaire se résume le plus souvent à une description de la solution posée. Ainsi, la nécessité d'une rénovation de la science juridique est toujours autant d'actualité qu'au temps où Duguit et Gény discutaient de ses modalités.

¹⁵⁶ *Sciences et techniques*, tome 1, n° 3, p. 9. Bien évidemment, il faut mentionner certaines exceptions remarquables dont, en droit privé, Christian ATIAS qui publie périodiquement d'importants travaux d'épistémologie juridique. Voir, par exemple, *Epistémologie juridique*, Précis Dalloz, 1^{ère} édition, 2002.