

LA « CRISE »
DE LA PENSÉE RÉVOLUTIONNAIRE
AU TOURNANT DU XX^e SIÈCLE :
LA PENSÉE « CONSTITUTIONNELLE »
DE RAYMOND SALEILLES

Si les préoccupations de droit public ne peuvent être considérées comme essentielles dans l'œuvre de R. Saleilles, elles n'en sont pas moins présentes, à un degré non négligeable¹. Il n'apparaît donc pas possible de considérer exclusivement R. Saleilles comme un « privatiste », dans la mesure où son éclectisme l'a conduit à porter son attention sur une grande partie des branches du droit : droit pénitentiaire, histoire du droit, droit administratif, constitutionnel et évidemment, civil. Pourtant, R. Saleilles n'est pas passé à la postérité comme un publiciste, et encore moins comme constitutionnaliste émérite. Sa monumentale *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, dont la première édition est parue en 1889 est ainsi unanimement considérée comme un chef-d'œuvre du droit comparé² ; le comparatiste, le technicien du droit privé, le théoricien de la personnalité morale³

¹ Pour une bibliographie complète des œuvres de R. Saleilles, cv. *L'œuvre juridique de Raymond Saleilles* (coll.), Paris, Arthur Rousseau, 1914, p. 1 et s.

² V. en particulier la réédition effectuée par les éditions « La mémoire du droit » de l'*Étude sur la théorie générale de l'obligation*, Paris, LGDJ, 1925.

³ Nous ne nous attacherons pas ici aux questions concernant la personnalité juridique telle que l'a développée Saleilles. V. en particulier : *De la personnalité juridique. Histoire et théories*, Paris, Rousseau, 2^e éd., 1922. Sur ces questions, A. PAYNOT-ROUVILLOIS, art. « Personnalité morale » dans D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF-Lamy, 2003, p. 1153. De la même façon, nous ne nous pencherons pas sur les enjeux « politiques » et philosophiques du Code civil, mais plus précisément sur les aspects institutionnels de la doctrine de Saleilles. Cf. A. BÜRGE, « Le code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *RTDC*, 2000, p. 1-24. Selon A. Bürge, les caractères fondamentaux prêtés au Code civil (autonomie de la volonté, droit de propriété comme un droit absolu, exclusif et perpétuel) ne sont pas issus du code lui-même, mais d'une interprétation scientifique et idéaliste de la doctrine au cours du XIX^e siècle.

ont ainsi plus retenu l'attention. Sur ce point, l'œuvre proprement publiciste de R. Saleilles ne mérite sans doute pas l'intérêt que l'on peut porter à sa partie « privatiste » et, quoi qu'il en soit, c'est prioritairement à des questions de droit privé, ou plutôt des questions posées à partir du droit privé, que Saleilles a porté son attention, notamment dans la dernière période de sa vie⁴. Mais, cette remarque mérite une double atténuation. Tout d'abord, Saleilles fut un lecteur passionné d'ouvrages de droit public (sa pensée publiciste se présente d'ailleurs principalement sous la forme de réactions provoquées par des lectures d'ouvrages de droit public) et, par conséquent, un analyste du droit constitutionnel⁵. Ensuite, R. Saleilles s'inscrit, en tant que privatiste, dans un mouvement de rénovation des idées juridiques *dans leur ensemble*, et ce, malgré la permanence (ou à cette époque l'absolutisation) d'une séparation entre les deux branches du droit, qui n'a, dans les faits, rien d'étanche.

Saleilles s'avère d'un abord quelque peu paradoxal : son incontestable modernité, sa volonté de rupture s'inscrivent dans une démarche finalement classique du point de vue juridique, et fondamentalement critique à l'égard du droit révolutionnaire. Sa pensée constitutionnelle apparaît en cela très particulière et passionnante parce qu'elle reconstruit une pensée libérale (certes atténuée par des préoccupations sociales) à partir de postulats qui ne le sont pas. Elle exclut tout radicalisme : de fait, en dehors de quelques propositions réformistes (telle que, dans le domaine constitutionnel, la représentation proportionnelle), Saleilles reconstruit le système juridique existant à partir de postulats rénovés, mais il ne le bouleverse pas

⁴ A partir des toutes dernières années du XIX^e siècle, Saleilles ne traite pour ainsi dire plus que deux séries de questions : d'une part le droit privé, d'autre part, la méthode juridique (rapport entre le droit et la sociologie par exemple). Cette situation est aussi liée à ses enseignements qui délaissent les questions de droit public. Arrivé à la Faculté de droit de Paris en 1895, il y enseigne le droit pénal. En 1898, il succède à Bufnoir et se charge du cours de droit civil. En 1901, il inaugure le cours de droit civil comparé.

⁵ Sur ce point : The development of the present Constitution of France, *Annals of the American Academy of Political and Social Science* 1895, vol. 6, p. 1 et s.

substantiellement⁶. Dans une formulation « schmittienne », « l'ennemi » désigné par Saleilles, comme chez Duguit, est clairement le danger révolutionnaire⁷. S'ils sont tous deux des juristes « progressistes », ils tentent de

⁶ Saleilles tente ainsi de réintégrer des problématiques anciennes dans un cadre scientifique et théorique nouveau. Il a ainsi conscience que les acquis des sciences sociales invalident une grande partie des fondements devenus obsolètes des « antiques » institutions. Ainsi le droit naturel, conçu de façon invariable et antérieur à la société, est-il remplacé par un « droit naturel à contenu variable », produit par la marche des sociétés. Le droit naturel est marqué par son relativisme, sur l'échelle des temps, mais il reste absolu à une période donnée, en tant que nécessité produite par le milieu social. Il est ainsi « sauvé », mais réinscrit dans une perspective théorique radicalement différente. D'un point de vue anthropologique, Saleilles se situe dans un cadre ambigu : si l'homme est socialement déterminé par ses intérêts de « classe », il reste malgré tout marqué par un certain idéalisme, qui lui permet de s'abstraire de ses intérêts et revendications immédiats. Le compromis est toujours possible, ce qui permet à la fois l'établissement de la démocratie et le maintien d'inégalités sociales. Cette conception de Saleilles renvoie à la définition du libre arbitre (sur ce point, *L'individualisation de la peine*, Romanville Saint-Agne, Erès, réédition de la troisième édition de 1927, 2001). Saleilles ne nie pas la possibilité pour un individu de ne pas accomplir une action déterminée : il considère aussi que dans certaines circonstances, l'homme ne peut pas être jugé libre d'accomplir ou non une action et que certains individus sont prédisposés, par une constitution qui échappe à leur volonté, à accomplir certaines actions prohibées. L'homme de cette sorte ne peut guère être tenu responsable. Mais, il est possible, par une peine adaptée, de faire sortir l'homme de cet esclavage, et de lui faire recouvrer une forme de liberté. L'individualisation permet ainsi de réformer l'individu, de le faire sortir de sa condition (qui lui échappe) de criminel.

⁷ Saleilles, s'il qualifie la profonde rénovation des méthodes d'enseignement qu'il propose de « révolution » (dans *Les méthodes d'enseignement du droit et l'éducation intellectuelle de la jeunesse*, *Revue Internationale de l'enseignement*, 1902, vol. 44, fasc. 7-12, p. 313), n'en reste pas moins farouchement opposé à toute conception égalitaire des rapports sociaux (*ibid.*, p. 326), et donc au socialisme. Il se situe dans un courant prônant l'évolution raisonnée et le progrès social, ces deux éléments constituant par ailleurs un rempart contre toute transition révolutionnaire brutale (cf. par exemple son adhésion à la technique du référendum, destinée à éviter des mouvements révolutionnaires : *Compte-rendu de l'ouvrage Le référendum en Amérique* de E. P. Oberholtzer, *RDP*, 1894, p. 342 et s.). Politiquement, Saleilles se place ainsi dans le courant progressiste républicain. Catholique, il loue l'encyclique qui a permis le ralliement des catholiques à la république. Saleilles prône un libéralisme modéré, refusant tout à la fois l'étatisation forcenée et le « laissez-faire et laissez passer » du parti libéral qu'il juge exagéré. Modéré, il prône la décentralisation et rejette le jacobinisme, ainsi que le monacmérisme, qu'il juge signe « d'absolutisme » législatif (sur ces éléments, v. en particulier *The development...*, *op. cit.* p. 1 et s.). Cette présentation des lois constitutionnelles de 1875, destinée à un lectorat anglo-saxon, brosse un tableau de la situation non seulement constitutionnelle, mais aussi politique de la France. Chose rare dans son œuvre juridique, Saleilles marque ici assez explicitement ses préférences et conceptions politiques. Sa conception des rapports sociaux, dans le cadre des relations de travail, est fondée sur le compromis entre les différentes classes, et non sur leur fusion. V. sur ce point sa Note sur le contrat collectif de travail, *Bull. Sté. Et. Lég.* 1908, p. 79. Saleilles pose la question du régime juridique des accords conclus entre les patrons et les ouvriers à l'issue de conflits portant sur les conditions de travail. L'objectif de Saleilles vise à l'établissement d'un compromis entre les parties qui ne doit permettre de ne favoriser aucune d'entre elles. Notamment si l'une des parties (et en particulier une partie du personnel) recourt à la grève alors que le patronat respecte ses obligations, Saleilles propose de recourir à l'usage de sanctions pénales. Il juge ainsi que les meneurs d'une telle « rébellion » se rendraient coupables d'une « atteinte à la paix industrielle », justifiant une répression pénale.

sauver le principe de l'économie de marché, tout en « l'humanisant » par l'introduction de préoccupations sociales, à l'instar des penseurs solidaires.

Évoquer une crise de la pensée révolutionnaire, ainsi qu'une éventuelle rupture avec elle, implique un certain nombre de mises au point. En premier lieu, il convient de préciser ce que nous entendons par pensée révolutionnaire, que nous assimilons à un *corpus* idéologique qui s'est constitué préalablement et qui s'est mis en place sous la Révolution française, marqué par les théories de la souveraineté nationale et populaire, telle qu'elle s'est principalement cristallisée dans la Déclaration des droits et de l'homme et du citoyen de 1789. Évidemment, une telle proposition pourrait ouvrir d'insondables abîmes, puisqu'elle laisserait supposer une cohérence et une unité idéologique d'ordre mythique et simplificatrice, et méconnaîtrait la diversité d'influences idéologiques contradictoires. Toutefois, il apparaît possible de saisir un certain nombre de traits dominants de la pensée révolutionnaire, en rupture avec l'ordre monarchique déchu, que ce soit dans son aspect libéral ou démocratique, et qui sont d'ailleurs critiqués comme tels par Saleilles : la question de droits individuels imprescriptibles et inhérents à sa nature, la volonté générale (quel que soit le sens qu'on y attache) et son corollaire, le légicentrisme, entendu comme l'autorité absolue de la loi (dogme de l'infailibilité de la loi) et la soumission inconditionnelle des organes judiciaires à cette dernière. Sur tous ces points, Saleilles se situe en rupture, plus ou moins prononcée (si Rousseau est soumis à une critique radicale, il n'en est pas de même pour Siéyès), des présupposés révolutionnaires.

Ceci nous amène à la notion de « crise », qui ne doit en aucun cas être entendue dans un sens trop radical. Saleilles, il faut le préciser immédiatement, ne rompt pas totalement avec le droit révolutionnaire, ne serait-ce que parce qu'il s'inscrit, en dépit de tout, dans une perspective qui reste libérale et démocratique. Mais il subvertit cette dernière en procédant à une forme de « substitution de base légale », reconstruisant une pensée modérée et progressiste à partir de postulats nouveaux, en y intégrant des éléments appartenant à des *corpus* idéologiques nouveaux. Cette démarche est elle-même inscrite dans une plus vaste « crise » des idées révolutionnaires, provoquée par l'avènement de nouvelles méthodes scientifiques et par des transformations sociales et politiques profondes : positivisme, émergence de l'école sociologique et historique, avènement de la société industrielle et des doctrines socialistes. Tous ces éléments ne pouvaient

rester sans influence dans le domaine juridique et Saleilles, à des degrés divers, tente une synthèse nouvelle de ces éléments, que ce soit dans le domaine du droit privé ou, aspect qui retiendra notre attention, du droit public.

Dans cette optique, Saleilles présente un incontestable intérêt parce que sa pensée elle-même pose des questions passionnantes sur les implications proprement institutionnelles d'une doctrine de droit privé. Elle apparaît fondatrice d'une certaine « modernité » juridique, qui érige le juge en outil d'adaptation des normes aux supposées « évolutions » sociales et politiques. Le parallèle avec Duguit apparaît frappant : les grands articles de Saleilles relatifs à l'influence de la sociologie sur le droit paraissent de façon presque concomitante avec l'un des ouvrages les plus essentiels de Duguit (*L'État, la loi et le droit objectif*), au tournant du XX^e siècle⁸. Saleilles, parce qu'il se situe sur une ligne de fracture entre un droit public classique (institutionnel) et le droit public moderne se renouvelant par l'apport du développement des sciences sociales (sociologie, économie politique, positivisme comtien), par son curieux mélange de classicisme et de curiosité pour les nouveautés doctrinales, constitue, pour le publiciste, un auteur particulièrement digne de respect. Si Saleilles ne peut être considéré comme un des pères du droit public du XX^e siècle, il en a cependant entrevu les possibili-

⁸ Il ne saurait cependant être question ici d'étudier l'apport en tant que tel de Saleilles à la doctrine publiciste, notamment celle d'Hauriou et de Duguit. Il apparaît très difficile, voire impossible, d'apprécier une influence (qui implique de déterminer dans quelle mesure un auteur a nourri la propre réflexion d'un autre), dès lors qu'elle n'est pas expressément assumée, d'un auteur sur l'autre, rendant très difficile par exemple de distinguer une convergence entre deux pensées, dont l'une ne doit au final pas grand chose à l'autre. Dans le cas des rapports entre Duguit et Saleilles, il est évident que les deux hommes ont entretenu un intérêt réciproque et que Saleilles a connu et critiqué les œuvres de Duguit. Mais il apparaît difficile d'évaluer ce que le premier doit au second. F. Génay (« La conception générale du droit, de ses sources, de sa méthode, dans l'œuvre de Raymond Saleilles », *L'œuvre juridique*, *op. cit.* p. 1-63, spécialement p. 40) considère que Saleilles a inspiré un certain nombre de maîtres du droit public ; Hauriou, Duguit, Michoud : « Tous ces maîtres se sont montrés pénétrés du même esprit général et en ont tiré des conséquences extrêmement riches ». L. Duguit cite, en tant que source, en matière de philosophie politique, deux grandes influences : en droit privé Génay – dont il affirme que sa *Méthode d'interprétation* est un « beau livre de philosophie juridique » (p. 4) – en droit public Hauriou, dont les rapports avec Duguit sont trop connus pour qu'on les évoque ici. Il est cependant possible d'étudier les rapports entre deux pensées, sans mesurer nécessairement les interactions entre les deux, et de considérer qu'un développement doctrinal préfigure une théorie plus achevée. La généalogie remonte donc toujours vers Saleilles...

tés, préfiguré certains aspects, et a tracé des lignes que d'autres ont suivies⁹. Il en illustre, aussi, certaines limites, comme l'illustre sa tentative de relire la pensée révolutionnaire (et notamment la question des droits individuels) à l'aune des découvertes des sciences sociales, ce qui la fragilise substantiellement.

Reconstituer la pensée publiciste de Saleilles (et aussi par conséquent les enjeux de droit public de sa pensée de droit privé, notamment en matière d'interprétation) nécessite de partir de sa critique des conceptions révolutionnaires de la loi (et notamment d'un « mythe », celui de la volonté générale et des philosophies individualistes) et des doctrines légicentristes. Celle-ci est centrale car elle permet une relecture de la distribution des « pouvoirs » au sein de l'appareil étatique, instituant le juge en tant que « révélateur » du droit positif. Plus globalement, Saleilles s'inscrit dans une perspective de profonde rénovation des conceptions de droit public, comme en témoigne sa vision de la « crise » de la science politique, qui le rapproche des conceptions objectivistes, et notamment de Duguit.

La dévalorisation de la conception révolutionnaire de la loi comme expression de la volonté générale

La pensée juridique de Saleilles se développe à partir de questions de droit privé liées à un constat : le sentiment d'inadéquation entre les dispositions du Code civil et les évolutions nées de l'évolution des sociétés industrielles. Il s'agit, pour Saleilles, de faire évoluer le droit positif en fonction d'impératifs nouveaux. Il concentre son attention sur la question de l'interprétation, point véritablement central, et de la jurisprudence qu'il veut ériger en outil d'adaptation des textes législatifs, ce qui implique, comme on le verra, une rupture avec la doctrine dite de « l'exégèse ». Mais une telle conception de l'interprétation suppose la résolution de problèmes de droit public, puisqu'elle nécessite de libérer l'interprète du cadre rigide de l'œuvre législative et de « l'intention » du législateur. En ce sens, une telle

⁹ E. Gaudemet note ainsi (*L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Bâle et Paris, Helbing & Lichtenhahn, Sirey, 1935, p. 67) : « Quand il avait, d'un brusque éclair, éclairé un point de l'horizon, il savait bien que tout de suite un groupe de chercheurs allait se lever, et marcher par la route désormais repérée vers le but un instant entrevu. [...] Montrer sans cesse des directions inconnues, pour susciter l'émulation d'autrui : c'était assez pour cet initiateur génial, heureux de voir un autre achever ce qu'il a commencé lui-même ».

doctrine de l'interprétation ne peut manquer de poser la traditionnelle question de la soumission des tribunaux à la loi : dès lors que la loi est l'expression de la volonté générale, il ne saurait appartenir aux tribunaux de réviser la loi par le biais de l'interprétation juridictionnelle. Dans ce cadre, la pensée de Saleilles aboutit à une dévalorisation presque complète des théories rousseauistes de la volonté générale, qui implique une rénovation des méthodes de l'interprétation juridique. Elle n'aboutit pas à une dévalorisation complète de la fonction de la loi, mais, d'une part, elle implique une relativisation de la portée des lois, d'autre part, elle nécessite d'être techniquement aménagée selon des modalités spécifiques. Elle développe, au demeurant, une théorie de la représentation particulièrement originale.

La dévalorisation de la notion de volonté générale emprunte deux voies dans la pensée de Saleilles. À première vue, on pourrait croire que la faiblesse de la loi est liée à une impossibilité humaine indépassable : la volonté ne peut se porter que sur des objets que le législateur pouvait réellement concevoir. Saleilles raisonne ici en termes temporels : le législateur ne pouvant prévoir ce qu'il adviendra dans le futur, ne pouvant raisonnablement qu'anticiper les développements économiques, techniques et sociaux, il ne peut prétendre réglementer des cas qu'il ne peut avoir exhaustivement prévus. Mais il serait très réducteur de borner sa critique à cet élément. La critique de Saleilles s'avère en effet beaucoup plus radicale ; elle ne vise pas seulement à rendre fictive la notion de « volonté » du législateur sur des questions qui ne se posent pas encore ; elle aboutit aussi à dévaluer la dignité même de la volonté législative, lorsque celle-ci se porte explicitement sur un objet particulier : « En réalité, à prendre la loi dans son but immédiat, il faut reconnaître que la volonté qui l'inspire ne porte que sur un domaine de faits concrets, très étroit et très limité. Presque toujours, une loi n'a qu'un point isolé en vue ; toute l'histoire démontre qu'une loi n'intervient que lorsqu'un abus précis s'est fait jour, dont l'excès a fini par soulever l'émotion publique. Lorsque le législateur s'interpose, c'est pour mettre fin à tels ou tels faits, qui ont provoqué sa décision »¹⁰. La généralité formelle de la loi ne doit dans ces conditions pas être absolutisée ; elle ne peut masquer le caractère circonstanciel des conditions de sa formation. En forçant quelque peu le trait, il est possible d'affirmer que la conception de Saleilles tend à perturber la distinction entre l'acte de légifé-

¹⁰ Préface à l'ouvrage de F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, 1919, p. XIII-XXV, spécialement p. XVI.

rer et celui de juger¹¹. Législateur et juge sont confrontés à la même opération : résoudre des cas à partir d'une conception du droit qui peut évoluer. Sur ce point, le législateur n'est auréolé d'aucune supériorité technique ou métaphysique intrinsèque sur le juge. C'est à ce point que l'on rencontre le point central de la critique du droit révolutionnaire menée par Saleilles, qui aboutit à dévaluer « en soi » la notion de volonté générale. Le procédé législatif n'est pas totalement évacué. Cependant, s'il conserve une fonction, celle-ci doit être resituée dans une perspective refondée : correctement organisé, il peut révéler un droit objectivement adapté aux conditions sociales et politiques, mais la portée de ce dernier est étroitement circonscrite.

En effet, ces conceptions, qui sont, au fond, aussi celles de F. GénY, et dont on peut les dissocier, ne résument pas le caractère central de la dévalorisation de la loi chez Saleilles. Sur ce plan, Saleilles s'avère beaucoup plus finement publiciste que GénY. Globalement, chez ce dernier, l'autorité de l'œuvre codificatrice n'est pas absolue parce qu'elle est soumise aux limites inhérentes à toute règle de droit. La notion de codification est étudiée comme telle, comme un problème regardant *en premier lieu* les rapports entre personnes privées. Il est sur ce point frappant de constater que GénY définit la loi de façon matérielle, l'identifiant à toute source de droit écrite, pourvu qu'elle soit générale (règlements et traités internationaux sont inclus dans la notion de loi), ce qui lui interdit toute problématique relative à la notion de volonté générale¹². Globalement, GénY refuse de discuter des questions de droit public (qu'il ne peut évidemment cependant pas complètement évacuer) posées par les questions d'interprétation du Code civil¹³. Saleilles n'esquive pas ce débat : la dévalorisation de la

¹¹ La pensée de Saleilles n'est évidemment pas sans précédent et entretient des rapports indiscutables avec d'autres juristes, tels que Portalis, malgré des nuances substantielles. Sur le point de la distinction entre fonction de juger et de légiférer, la position de Saleilles apparaît en nette rupture par rapport à Portalis, comme en témoignent ces propos tirés du « Discours préliminaire sur le projet de Code civil » que l'on lira à l'aune de Saleilles (*Discours et rapports sur le Code civil*, Caen, Centre de philosophie juridique et politique, réimpr. 1989, p. 14) : « Il y a une science pour les législateurs, comme il y en a une autre pour les magistrats ; et l'une ne ressemble pas à l'autre. La science du législateur consiste à trouver, dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun ; la science du magistrat est de mettre ces principes en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées. »

¹² *Méthode...*, *op. cit.*, t. 1, p. 248.

¹³ C. JAMIN note (art. Dix-neuf cent : crise et renouveau dans la culture juridique, dans D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, p. 382) la prégnance des idées antirépublicaines de GénY dans la formation de sa pensée et l'importance de ses idées religieuses qui impliquent certainement qu'il soit plus fondamentalement intéressé par le contenu du droit que par les conditions de sa formation.

législation passe par la dévaluation des théories de la volonté générale, tout au moins dans sa conception rousseauiste, qui subit une critique très radicale. Sur ce plan, sa critique du droit « révolutionnaire » tend à se borner à une critique des conceptions individualistes de la souveraineté, laissant presque intégralement de côté la formalisation de la souveraineté nationale telle qu'elle fut développée par Sieyès, qui n'est pourtant pas totalement étrangère aux conceptions de Saleilles. Comment situer dès lors la volonté générale dans cette optique, dans le cadre de sa formalisation juridique ? Saleilles considère que la souveraineté appartient à la Nation, corps distinct des membres composant la société. Si ce point de départ semble encore inscrit dans le cadre de la pensée révolutionnaire, il faut noter que la lecture qu'en fait Saleilles l'invalide largement puisque les théories du contrat social sont nettement repoussées et que la notion de nation qu'il développe constitue à la fois une critique des présupposés rousseauistes et un dépassement certain des théories de Sieyès. Saleilles, s'il récuse une conception proprement organiciste de la Nation, défend une notion relativement proche de celle de Renan et de la doctrine sociologique, notamment de G. Le Bon et de sa *psychologie des foules*. Sa relecture de la pensée révolutionnaire s'inscrit dans un cadre d'une conception à visée scientifique (sociologique) des rapports sociaux. Il pose – point fondamental pour la compréhension de sa pensée juridique – l'impossibilité d'une souveraineté individuelle puisque l'individu ne peut être considéré isolément, en dehors de ces relations avec autrui. La réunion des individus produit une dynamique qui transcende l'individu. Dans ces conditions, la souveraineté ne peut qu'être collective ; elle appartient à la nation, entendue comme une unité née de la réunion d'individualités caractérisée par des traits communs : « âme commune, pensée commune [qui] va se refléter dans les pensées particulières de chacun de ceux qui font partie du groupe ». L'individu, en tant qu'être politique, se fond, sans disparaître, dans une communauté historique¹⁴. Si le cadre d'analyse proprement constitutionnel reste très inspiré des conceptions de Sieyès sur la souveraineté nationale, Saleilles insère dans la construction révolutionnaire un concept de nation élaboré plus tard par la doctrine positiviste. Ainsi, les conceptions de Saleilles constituent un mélange de classicisme « institutionnel » et de

¹⁴ La représentation proportionnelle, *RDP*, 1898, p. 215-234 et p. 384-414, spécialement p. 387-388.

modernisme « scientifique » d'influence positiviste¹⁵. Dans ces conditions, le corps électoral, pas plus qu'un organe élu ne peut prétendre incarner la souveraineté de la nation. Tout au plus, il n'existe que « des organes par lesquels *cherche* à se dégager et à s'exprimer cette volonté générale [celle de la nation] qui est la manifestation de la souveraineté nationale ». Saleilles peut ainsi conclure que « le but des constitutions est donc uniquement de créer des organes aussi bien adaptés que possible, en vue de fournir l'expression exacte de la volonté du pays »¹⁶. On le voit, une telle conception aboutit à dévaluer profondément la théorie de la volonté générale, telle qu'elle se développe dans les théories d'inspiration rousseauiste, jugée « métaphysique » et trop abstraite, puisque individualiste et fondée sur une conception tronquée de l'individu dans le cadre social. La loi dégagée par le corps législatif ne peut prétendre incarner l'expression d'une quelconque souveraineté ; elle ne peut que procéder à une recherche approximative de la volonté générale, c'est-à-dire, au final, ce « qui correspond vraiment au tempérament du pays qui incarne à un moment donné ses besoins réels, ses désirs et ses tendances, dans ce qu'elles ont de plus légitime et de plus élevé »¹⁷. Dans cette mesure, la pensée révolutionnaire est dévaluée : la « volonté générale » ne représente pas, en tant que telle, l'expression d'un « corps » social, composé d'individus qui en constituent tant le fondement que la « cellule » ; plus prosaïquement, elle désigne le simple fait que les « représentants » doivent légiférer dans le cadre des intérêts du pays. L'enjeu de la notion de « souveraineté » chez Saleilles ne renvoie donc pas prioritairement à un pouvoir d'auto-décision du corps social sur lui-même, à l'expression d'un peuple idéalisé, mais plus concrètement à un pur procédé technique d'adaptation du droit aux nécessités sociales. Il ne saurait dès lors être question d'évoquer une quelconque « souveraineté parlementaire » : « Tous les corps politiques sont des organes de la souveraineté politique, aucun n'incarne en lui la souveraineté elle-même »¹⁸. Sur

¹⁵ L'influence des idées solidaristes est ici évidente, même si Saleilles se dégage de toute conception organiciste de la société. Sur le solidarisme, v. en particulier C. COUSIN, La doctrine solidariste de Léon Duguit, *RRJ*, 2001-4, p. 1931.

¹⁶ *Op. cit.*

¹⁷ La représentation..., *op. cit.* p. 389. La conception de R. Saleilles anticipe très largement des développements futurs de la doctrine publiciste, telle qu'elle émerge notamment à propos de la théorie de l'organe développé par R. Carré de Malberg dans la *Contribution à la théorie générale de l'Etat*. La lecture effectuée par Saleilles de la souveraineté nationale, de la souveraineté populaire et du système représentatif anglais rassemble les éléments de la théorie malbergienne de la souveraineté ; elle les anticipe de façon extrêmement fine et précise.

¹⁸ *Ibid.*

le plan organique, une telle dévaluation a des conséquences inéluctables : débarrassé de toute aura « métaphysique », le corps législatif ne saurait prétendre à une quelconque infaillibilité ; sa volonté n'est pas sacralisée¹⁹. Si la souveraineté est « partout », elle n'est en fait, véritablement, nulle part, ce qui implique une conception pluraliste des « lieux » de pouvoir politique et légitimité politique²⁰.

Si Saleilles dévalorise la notion de « volonté générale », il n'en finit toutefois pas avec toute idée de représentation, mais la relecture qu'il élabore constitue une rupture assumée (quoique non complète) avec la pensée révolutionnaire ; elle tente une reconstruction des théories de la représentation à partir des acquis des sciences sociales, dans un sens nettement anti-individualiste²¹. Sa conception de la représentation aboutit toute-

¹⁹ Cette dénonciation du volontarisme révolutionnaire d'inspiration rousseauiste le conduit à promouvoir l'institution d'une chambre haute et à rejeter tout monocamérisme. Dans ce cadre, le Sénat a vocation, dans le système de la III^e République à « représenter » les traditions du pays.

²⁰ Cette désacralisation de la nation permet de ne pas absolutiser sa « volonté ». La nation peut être appréhendée, mais elle ne constitue pas la seule source de légitimité politique. Saleilles peut ainsi dénoncer le centralisme jacobin et, par exemple, promouvoir le référendum local, puisqu'il correspond à l'expression de « corps » devant disposer de la capacité juridique à s'administrer librement. De la même façon, le peuple peut être amené à se prononcer directement par référendum. V. Compte-rendu..., *op. cit.*

²¹ Comme nous l'avons esquissé plus haut, cette conception de la nation n'est pas étrangère à Sieyès, même si elle s'en distingue quelque peu. Cf. S. RIALS, Sieyès ou la délibération sans la prudence. Éléments pour une interprétation de la philosophie de la Révolution et de l'esprit du légicentrisme, *Droits*, n° 13, p. 123 ; C. CLAVREUL, Sieyès et la genèse de la représentation moderne, *Droits*, n° 6, p. 45 : « La nation n'est pas [...] le regroupement de tous ceux qui habitent le territoire et qui manifestent par là la volonté de vivre ensemble. [...] La nation ne réunit que les « actionnaires de l'entreprise sociale », c'est-à-dire ceux qui produisent et participent ainsi à l'utilité commune : ni privilégiés ni indigents n'en seront membres. Si elle comprend les individus, elle les transcende : le pouvoir décisif que Sieyès lui confère lui tombe du ciel ; il ne lui vient pas des citoyens. Car la nation n'est pas la somme des volontés individuelles et pas davantage le représentant des volontés des membres du corps social. Elle est la gardienne des finalités de ce dernier ». On peut donc dire que, comme Sieyès, Saleilles refuse toute idée de souveraineté de l'individu. Comme Sieyès, il identifie la représentation non comme celle d'être humains, mais d'intérêts. Mais il s'en distingue par le fait qu'il ne renonce pas à une forme de représentation des corps sociaux. A l'élitisme social de Sieyès répond une conception de Saleilles qui privilégie la présence de l'ensemble des corps sociaux. Il convient toutefois de souligner que les conceptions de Saleilles et de Sieyès se séparent ici, et cela est lié au fait que Saleilles situe sa pensée dans une perspective moderne (qui tombe cependant dans les illusions du progrès et dans la « foi » dans l'évolution), ce qui n'est le cas de Sieyès, comme l'a montré S. Rials (*loc. cit.*). Si, en effet, dans le système de Sieyès, la loi est infaillible, c'est que le législateur découvre, connaît l'intérêt général, et qu'à l'instar d'un juge, il révèle une « vérité » législative. Cette conception peut apparemment encore être rapprochée de celle de Saleilles (le droit est objectif dans son système), mais elle en diffère en fait substantiellement : le droit, né des évolutions sociologiques et techniques, produit du milieu social, peut être révélé par n'importe quelle personne, pourvu qu'elle soit dotée des bons outils techniques d'analyse. Le projet de Saleilles est d'introduire de « l'objectivité » dans un système menacé par la subjectivité.

fois, il faut le noter, à un curieux paradoxe. On aurait pu en effet considérer que la dévalorisation de la notion de « volonté générale » et, globalement, de la notion même de souveraineté, aurait pu aboutir à une promotion d'un élitisme politique qui n'est en fait pas de mise chez Saleilles, puisqu'il consacre, par un questionnement d'ordre technique, une conception très démocratique du pouvoir politique qui implique la participation de tous les citoyens non seulement à l'élection, mais aussi à la représentation des différences forces politiques. Il faut également souligner que la reconstruction opérée par Saleilles constitue une démarche largement prospective puisque le système qu'il préconise n'est alors pas mis en œuvre en France. La représentation correspond chez Saleilles à celle d'une réalité pour ainsi dire « objective », celle des classes et des intérêts sociaux. En ce sens, Saleilles considère que l'appartenance à une classe sociale détermine en grande partie le vote de chaque électeur : « [...] La réalité est que chaque électeur ne voit que ses intérêts de classe et que la protection à accorder au petit groupe social dont il fait partie. Intérêts industriels, intérêts de classe, intérêts collectifs de toutes sortes, tels sont les mobiles de chaque vote »²². Par ce biais, Saleilles réintroduit de l'objectivité dans le cadre de la loi. Si la nation est irreprésentable de façon abstraite, les assemblées législatives peuvent re-constituer des microsociétés qui reflètent en elles-mêmes les contradictions du corps social : il ne s'agit donc pas de « représenter » une entité abstraite, mais d'incarner, au sens propre, les contradictions des différentes composantes de la société (à raison de leur importance respective). Les groupes sociaux se présentent, en toute transparence, par le biais de leurs « représentants ». Le scrutin proportionnel s'impose dans ce système comme un impératif puisque lui seul peut réellement aboutir à une réelle représentation de la société : exclusion des forces sociales de la « représentation » (notamment les classes « supérieures » et « inférieures » que

²² La représentation..., p. 399-400. Cette conception du rôle de l'appartenance sociale dans la détermination du comportement politique de l'individu pourrait sembler renvoyer à une conception socialiste, voire marxiste du droit. Il faut cependant être extrêmement prudent sur cette généalogie, en l'espèce peu pertinente, et sur les conclusions que l'on serait susceptible d'en tirer. D'une part, la reconnaissance de l'existence des classes ne saurait en aucun cas être réservée, à l'époque où Saleilles développe sa pensée, aux doctrines socialistes (on la retrouve dans des doctrines organicistes ouvertement opposées à toute forme de marxisme et de toute transition révolutionnaire), d'autre part, la signification que la doctrine de Saleilles accorde au phénomène des classes (qu'il « n'absolutise » pas) la distingue absolument de toute doctrine révolutionnaire, puisque les conflits de classe peuvent trouver une solution par voie de compromis et de transaction ; ils ne sont pas irrémediables en dehors de la suppression des classes elles-mêmes, comme c'est le cas dans un cadre marxiste.

Saleilles juge exclus du jeu politique majoritaire) aboutirait à tronquer le « résultat » législatif, dès lors que la loi ne pourrait plus refléter la réalité des intérêts sociaux et des différentes classes, représentés par les partis politiques²³. La loi peut être considérée comme apolitique, puisqu'elle est le résultat de « transactions », de « compromis » entre les différentes forces sociales²⁴.

La dévalorisation de la loi trouve donc sa source dans le cadre d'une critique globale des théories révolutionnaires et du légicentrisme. Cependant, et c'est un paradoxe que l'on retrouve chez Duguit, cette critique ne rejette pas toute place dévolue à la loi. Elle retrouve une place, mais à partir de postulats qui diffèrent radicalement des pensées révolutionnaires, telles qu'elles sont interprétées par Saleilles. Il faut cependant le préciser immédiatement : la place dévolue à la loi est celle qui est dévolue à toute source de droit, quelle qu'elle soit. Elle est ramenée, même si Saleilles lui attribue

²³ La constitution d'un système partisan développé apparaît comme une des conditions du bon fonctionnement du système parlementaire qu'il souhaite. Saleilles insiste ainsi sur leur nécessaire institutionnalisation qui permettrait de dégager des partis correspondant aux grandes tendances sociales du pays (*The development...*, p. 64-67).

²⁴ Saleilles oppose ainsi le fait de « gouverner » (action politique par excellence, soumise à la détermination politique et au principe majoritaire), au fait de légiférer : « [...] faire une loi, en général, c'est, ou ce devrait être, résoudre un problème juridique ou économique, ou encore de morale publique, en dehors de toute idée politique et de toute coterie de parti. [...] Faire une loi, c'est se mettre au-dessus des partis. [...] Faire une loi, c'est opérer une transaction entre tous les partis » (*La représentation...*, p. 390). Il est très frappant de considérer que, après avoir très sévèrement critiqué les théories de Rousseau, Saleilles reconstruit une théorie de la représentation qui en emprunte indiscutablement certains traits, à partir de postulats il est vrai anti-individualistes. Ainsi, Saleilles considère que, au-delà de quelques éléments qui ont formé l'objet de la campagne électorale, les électeurs ont voté pour des partis qui vont être confrontés à des questions qui n'ont pas fait l'objet de débats et sur lesquelles, dans ces conditions, ils n'ont pas pu se prononcer. On retrouve ici, à notre sens, la problématique de l'impossible représentation de la volonté, telle qu'elle est développée par Rousseau dans le *Contrat social* (Livre II, Chap. I : « Le Souverain peut bien dire, je veux actuellement ce que veut un tel homme ou du moins ce qu'il dit vouloir ; mais il ne peut pas dire : ce que cet homme voudra demain, je le voudrai encore [...]). Mais, là où Rousseau conclut à l'impossibilité d'une véritable représentation, Saleilles peut, par sa conception sociale, aboutir à un résultat contraire. Dès lors que l'homme se définit socialement (et non comme pure individualité), les lignes de force sociale peuvent être « représentées ». Puisqu'une assemblée législative peut constituer une formalisation politique de la société, reconstituer politiquement l'ensemble du fonctionnement d'un corps social, il est possible de considérer qu'une assemblée se « comporterait » exactement comme si l'ensemble de la société était « présent » lors d'une délibération législative : « Il n'y a qu'une seule façon de faire apparaître la volonté du pays et de lui fournir son expression exacte, c'est de mettre en présence toutes les opinions par lesquelles peuvent se produire un élément ou comme une fraction de cette volonté collective ; il faut que du contact de tous les groupes qui en représentent comme l'une des faces spéciales puisse sortir la résultante unique qui correspondra aux tendances véritables du pays et qui emportera moralement son adhésion » (*La représentation...*, p. 391).

une valeur pratique supérieure à la coutume, à son élément de stricte formalisation juridique. C'est là qu'intervient la conception proprement sociologique du droit. Le droit se définit selon une identification presque totale à la sociologie puisqu'il est la concrétisation normative des règles sociologiques : « [Les] règles de droit, ces lois, ces mouvements fixes, c'est ce que nous appelons le droit d'une nation, d'un groupe d'une race ou d'un pays. C'est donc dans ce droit, avant tout, que s'incarnent et par lui que se manifestent les relations sociales, les courants sociaux, tout ce qui compose la vie sociale »²⁵. Le droit est la formalisation des rapports entre les différents groupes sociaux, il est l'expression la plus achevée de la sociologie, dès lors que tout corps social doit être nécessairement soumis à des règles obligatoires qui en encadrent l'activité : « Si donc je voulais étudier quelles sont les découvertes dont la sociologie est redevable au droit, c'est toute une description des lois sociologiques que je devrais faire. Ce ne serait plus même un exposé des rapports entre deux sciences, *mais une identification de résultats entre deux faces d'un même aspect de la vie sociale* [...] »²⁶. Le droit est un produit de l'histoire, elle-même expression de la psychologie propre à chaque peuple ou chaque « race ». La loi apparaît ainsi dans une triple fonction : marque de degré de civilisation, expression sociologique des rapports sociaux (d'où la représentation proportionnelle), outil d'évolution de la société (progrès social et politique). Sur le premier point, Saleilles reprend une loi déjà classique de la sociologie, qui oppose les méthodes « primitives » d'élaboration du droit (coutumières) à celles de collectivités « civilisées » ; le procédé législatif est la marque d'un perfectionnement des techniques juridiques. Mais c'est surtout en tant qu'expression des rapports sociaux que la loi prend une place fondamentale. Toute règle de droit nouvelle apparaît comme la concrétisation de deux mouvements séparés. L'un est lié à la naissance d'un besoin matériel nouveau (évolution des besoins ; progrès technique). L'autre est lié à la définition par les différents groupes sociaux de leurs intérêts et du sentiment de justice. La loi apparaît comme la concrétisation objective des rapports entre différents groupes sociaux, comme on l'a vu. Enfin, c'est la loi en tant que telle (au regard de « valeurs » jugées supérieures) qui est valorisée par rapport à la coutume, procédé jugé conservateur, voire réactionnaire, comme en témoigne son opposition, sur laquelle nous allons revenir, à l'organicisme coutumier de

²⁵ Conférence sur les rapports du droit et de la sociologie, *Revue internationale de l'enseignement* 1904, 2^e, t. XLVIII, p. 423.

²⁶ *Ibid.*

Savigny. Ainsi la loi, bien qu'elle ait vocation à entériner des évolutions sociales, peut les précéder et permettre, dans le sens du progrès social, des évolutions sociales et politiques. Saleilles considère donc la loi comme un procédé d'adaptation des normes juridiques aux évolutions sociales et politiques (besoins nouveaux/sentiment de justice), dans le but de favoriser le progrès social. Mais elle n'est en aucun cas formellement porteuse, par sa propre autorité, d'une supériorité intrinsèque. Sa valeur renvoie à la valeur de son contenu, en tant qu'outil d'adaptation aux nécessités sociales.

La conception de la loi chez Saleilles apparaît, comme on le voit, comme la synthèse de divers courants philosophiques, et opère ainsi une forme de conciliation entre certaines théories révolutionnaires et les théories d'ordre scientifique élaborées au cours du XIX^e siècle. Mais ce faisant, elle subvertit largement la pensée révolutionnaire, notamment dans sa dimension légicentriste. La rupture avec les présupposés anthropologiques de J.-J. Rousseau est ainsi complète. Par rapport à Siéyès, la rupture est indiscutablement moins établie, malgré leurs différences, et notamment sur leur conception de la nation. Comme chez Siéyès, la conception de la loi chez Saleilles est finalement destinée à dissocier la question de l'exercice du pouvoir politique de celle de la détermination du titulaire de la souveraineté. Mais les visées « tactiques » de Siéyès et de Saleilles sont radicalement étrangères. Si le premier souhaite avant tout protéger certains droits inaliénables de l'homme (propriété/liberté notamment) et restreindre l'accès à la participation politique²⁷, l'autre s'inscrit dans une démarche sociologique qui voit dans la loi un instrument du progrès social (qui n'est certes pas le seul) qui n'exclut pas, bien au contraire, le suffrage universel puisqu'elle implique la participation de tous à l'élaboration de la loi. Un fait apparaît en tout cas certain ; c'est que le légicentrisme révolutionnaire est très nettement nié. Si, en effet, la loi peut, par une bonne organisation technique du corps législatif, dégager une « vérité objective », elle ne le fait qu'en ce qu'elle reflète un état social qui a vocation à être dépassé. Ainsi, elle ouvre la possibilité de réaménager la distribution des pouvoirs, dès lors

²⁷ Comme le montre C. Clavreul, la conception de Siéyès est fondée sur le principe que l'homme est porteur de besoins dont la réalisation dépend de son insertion dans une société politique et un marché. La représentation politique est ainsi le résultat d'une forme de division du travail et aboutit à une conception élitiste de la représentation : « La représentation, c'est la division du travail dans sa forme politique : les citoyens s'en remettent du soin de traiter les choses publiques aux plus qualifiés d'entre eux, c'est-à-dire à ceux qui auront fait la preuve, en s'enrichissant, de leur utilité sociale » (*op. cit.*).

que le temps (par la marche du progrès) a invalidé les conditions sociales et morales de sa création. C'est à ce point qu'interviennent la jurisprudence et la promotion du rôle du juge en matière d'interprétation de la loi.

Jurisprudence et doctrine

La valeur « tactique » de la dévaluation de la volonté générale peut être résumée en deux propositions. Premièrement, la loi se borne à régler des cas qu'elle a pu prévoir. Dès lors que la notion de volonté générale est une fiction, puisqu'elle ne s'est portée que sur un objet particulier et délimité, il n'y a pas à respecter ses prescrits. Les exégètes, prétendant découvrir la « volonté » du législateur à tout propos, ont bâti des arguties savantes sur une chimère. Il ne reste qu'à trouver dans d'autres domaines des méthodes d'interprétation, sociologiques, comparatistes ou historiques. Deuxièmement, la loi ne vaut qu'autant qu'elle est en accord avec les données sociologiques. Rappelons-le, si la loi peut, par une saine organisation de l'assemblée législative, dégager une « vérité » juridique, celle-ci ne vaut que par son contenu. Intrinsèquement, la « volonté » du législateur n'est pas « supérieure » à celle d'un autre organe, à partir du moment où ce dernier peut « dégager » une « vérité » plus en rapport avec les données sociales d'une époque. Or, Saleilles voit dans le juge cet élément d'édiction du droit : d'une part, le juge est confronté en permanence aux problèmes concrets de l'application du droit, alors que le législateur ne peut intervenir qu'épisodiquement, d'autre part, le juge peut connaître la « vérité » législative, qui n'est donc pas l'apanage du législateur²⁸.

Cette conception du droit doit être entièrement reliée aux objectifs pratiques de la doctrine de Saleilles qui naît dans le cadre d'une phase charnière de la civilisation occidentale marquée, au-delà de l'émergence de doctrines politiques et sociales nouvelles telles que le socialisme, par des nouvelles conditions techniques qui ont abouti, dans le domaine juridique,

²⁸ La pensée de Rousseau, qualifiée de « néfaste », aboutit à une conception trop restrictive de l'interprétation, qui doit se borner à la recherche de la volonté du Souverain : « A la base [du *Contrat social*], l'idée d'un droit individuel absolu, l'individu s'identifiant avec l'idée de souveraineté, et n'ayant à obéir qu'un pacte consenti en son nom par la majorité, de telle sorte que, la loi n'ayant à l'obliger que dans la mesure du consentement donné de part et d'autre, c'est cette recherche de la volonté légale, puisqu'elle n'est autre qu'une volonté contractuelle, qui domine toute l'interprétation législative. Qu'importent à côté de cela les résultats de la loi au point de vue moral, économique et social ? » (Les méthodes..., p. 319).

au sentiment, relativement général dans la doctrine privatiste, d'une rupture entre les conditions de production du droit positif et les nécessités de l'instant (émergence, par exemple, d'une nécessité de protéger les ouvriers dans le cadre des relations de travail, ce qui aboutit à la nécessité de dépasser une vision purement contractualiste des contrats de travail)²⁹. Saleilles le résume en une formule : « Tout le mouvement industriel aboutit à des postulats juridiques »³⁰. En ce sens, Saleilles illustre une foi dans le progrès qui nécessite, selon lui, une adaptation des outils et des méthodes juridiques. Les dispositions du Code civil de 1804, élaborées seulement à l'aube des profondes mutations de la société industrielle au XIX^e siècle, ne sont, selon Saleilles, plus adaptées aux situations nées du progrès technique, et des risques qu'il engendre. Il se situe en rupture avec les principaux courants d'interprétation d'après la codification, notamment celui très strict des partisans d'une interprétation purement formelle et géométrique des textes, partisans de la thèse de l'exhaustivité de l'œuvre codificatrice, regroupés sous la catégorie de l'école de l'exégèse³¹ qui, au-delà de l'hétérogénéité des auteurs et des méthodes d'interprétation qui la caractérise en fait, constitue, selon l'expression de Jean-Louis Halpérin, « une doctrine de l'absolutisme juridique » marquée par une identification du droit à la source formelle de la loi, et notamment du Code civil Napoléon³². Si la démarche de Saleilles n'est pas sans précédent au cours du XIX^e siècle (Athanase Jourdan et Henri Klimrath ont ainsi été, sans succès à leur époque tant le poids de l'école de l'exégèse était important, les promoteurs d'une interprétation libérée des contraintes de l'exégèse)³³, il faut reconnaître que Saleilles systématise, en application d'une conception objectiviste du droit, les présupposés publicistes de ses conceptions et les méthodes d'interprétation qu'elle implique, notamment l'introduction des sciences sociales dans l'analyse juridique.

²⁹ Sur ce point, v. en particulier Le Code civil et la méthode historique, *Le code civil. 1804-1904 : Le livre du centenaire*, Société d'études législatives, Paris, Francfort, Duchemin, Sauer & Auermann, réimpr. 1969.

³⁰ Les méthodes..., p. 318.

³¹ Pour une présentation, évidemment très critique, de ces théories « orthodoxes » de l'interprétation, F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris, LGDJ, t. 1, 1919, p. 21 et s. ; E. GAUDEMET, *L'interprétation...*, op. cit.

³² Art. Exégèse (Ecole), *Dictionnaire de la culture juridique*, p. 684.

³³ E. GAUDEMET, *L'interprétation...*, p. 26-30. Ainsi Klimrath propose-t-il un programme que Saleilles n'aurait pas récusé : l'introduction des sciences historiques, de la politique, de la philosophie et de l'économie dans le cadre de l'analyse juridique.

La désacralisation de la loi, l'inadéquation des dispositions du Code civil aux nécessités de la loi instituent tout naturellement le juge comme l'élément d'adaptation du droit aux nécessités nouvelles, de la détermination du « droit naturel à contenu variable » promu par R. Saleilles. Le juge est érigé en véritable co-législateur, même si son pouvoir est soumis à des limites (notamment le respect de la loi dont on verra la portée réduite). Le juge constate ainsi l'émergence de nouveaux besoins et de nouvelles forces sociales et adapte le droit en conséquence. Le volontarisme révolutionnaire est donc ici clairement dépassé ; le droit apparaît comme le résultat non d'un acte de volonté, mais d'un acte de connaissance rationnel³⁴. En ce sens, Saleilles se situe dans une perspective très ancienne, issue de l'Ancien droit, dont la seule nouveauté se borne en fait à celle des valeurs défendues, au fait qu'elle s'inscrive dans une perspective philosophique moderne³⁵.

³⁴ Il s'agit bel et bien pour le juge de mesurer la portée des évolutions sociales et techniques et d'y répondre sous une forme juridique. Comment cependant concilier cet anti-volontarisme « judiciaire » avec le maintien d'une forme de volontarisme législatif, nullement exclu de la pensée de Saleilles, comme nous l'avons vu ? C'est que le droit apparaît comme la résultante de la volonté, non de la nation, mais de différents groupes sociaux qui interagissent entre eux. La notion de « volonté » de la « nation » n'apparaît que comme un procédé rhétorique désignant le résultat de la confrontation de la somme des réelles « volontés », celles des groupes sociaux. Par une saine appréhension des phénomènes sociaux, par la connaissance des règles de fonctionnement du droit et de la société, le juge peut, par lui-même, *connaître* le droit : « Le voilà bien, l'organe de la coutume [*i.e.* le juge] rêvé par Savigny ! La voilà, en quelque sorte prise sur le vif, la génération spontanée du droit, née des besoins populaires et des nécessités économiques ! Elle monte peu à peu à la surface de la vie diffuse des masses inorganisées, pour se cristalliser en formules qui se généralisent et en institutions qui puissent fonctionner. Livrées à elles-mêmes, ces volontés seraient impuissantes ; mis au point de la procédure par la science riche et féconde de l'homme de loi, tous ces besoins de vie économique et sociale trouvent peu à peu leur adaptation sûre et précise ; ils suscitent l'instrument dont ils ont besoin pour se réaliser ; et cet instrument sera, en général, une formule juridique » (Le Code civil..., *op. cit.* p. 105).

³⁵ Sur ce plan, on ne peut guère manquer de rapprocher les thèses de Saleilles de certaines doctrines modernes légitimant le contrôle de constitutionnalité, notamment les théories de D. Rousseau, dont les présupposés fondamentaux sont assez semblables, puisque les deux sont fondés sur une disqualification des doctrines de la volonté générale et de la souveraineté de la loi, instituant le juge comme co-élément fondamental du fonctionnement du système juridique. A l'inverse, Saleilles s'inscrit dans une perspective très classique et valorise le corps judiciaire, tel qu'il a émergé sous l'Ancien régime. On pourrait juger que cela est contradictoire avec son progressisme. Mais tel n'est pas le cas. Tout d'abord, Saleilles considère l'histoire comme un processus nécessitant le passage par différentes étapes. La féodalité, l'absolutisme sont des formes dépassées, mais elles avaient un fondement rationnel au moment où elles ont émergé. Il ne saurait être question de les juger au regard de « valeurs » qui leur étaient par définition étrangères. Ensuite, le système judiciaire de l'Ancien régime ne peut que satisfaire Saleilles puisqu'il consacre une grande latitude des juges dans la détermination et l'interprétation des règles de droit. L'innovation de Saleilles consiste à faire de cet état de fait une lecture progressiste.

Ce nouveau rôle dévolu au juge pose de délicates questions d'ordre institutionnel, liées à la répartition des compétences étatiques et à la situation du juge au sein des pouvoirs publics. Or, Saleilles a très nettement perçu les difficultés liées à ce passage : comment éviter l'arbitraire du juge, qu'il n'impose ce qui ne « ser[ait] que des idées personnelles »³⁶ ? R. Saleilles résout le problème de façon apparemment technique par la promotion de nouveaux mécanismes d'interprétation et par la revalorisation d'une science juridique, capable d'introduire de l'objectivité dans le travail du juge : méthode historique, droit comparé notamment. Mais, que la question soit posée dans un cadre apparemment classique, celui de l'interprétation, ne doit pas masquer la nouveauté profonde, au regard du droit révolutionnaire, de la démarche de Saleilles qui introduit une distance fondamentale entre le législateur et l'interprète. Si le lien n'est pas entièrement coupé entre les deux, il est refondu. Le rapport entre loi et interprétation se distend ; le pouvoir normatif du juge, en tant qu'organe quasi-autonome d'édiction du droit est totalement assumé. En ce sens, le rôle de la loi, s'il n'est pas nié, est considérablement réduit. La valorisation de l'analogie juridique en apparaît comme un excellent exemple. Sur la question du risque professionnel, elle permet d'étendre un mécanisme juridique (tel que l'abus de droit) à des questions de responsabilité contractuelle ou délictuelle : « Il pourra sembler, puisque l'on commence à trouver juste qu'il puisse y avoir un abus de la propriété, qu'il sera non moins équitable de reconnaître qu'il y ait des abus de la liberté, ou de libre activité individuelle, indépendamment de toute faute de l'agent lui-même ». Ainsi, au-delà de la lettre du Code civil qui semble exiger une faute, le juge peut introduire, en vertu d'une conception « différente de l'idée de justice », un nouveau régime de responsabilité à côté du régime existant. Il ne s'agit donc pas de rechercher la « volonté » du législateur (a-t-il prévu le cas en cause ? le régime de responsabilité de droit commun doit-il être considéré comme exclusif de l'admission de tout autre régime ?) ; il s'agit, sur la base d'une conception « nouvelle » du droit de refondre un régime de responsabilité hors des bornes initiales de la loi. Dès lors que l'on admet que le législateur met en place un régime légal, un système, il faut admettre que celui-ci est

³⁶ Ecole historique. D'après quelques ouvrages récents, *RTDC*, 1902, p. 80 et s., spécialement p. 107.

largement dépassé. Toute la question est de savoir s'il est complètement nié³⁷.

Une telle conception posait évidemment des difficultés très importantes. Notamment, ayant dévalorisé la loi, elle ouvrait la possibilité pour le juge d'une interprétation indéfinie du droit qui équivalait à soumettre le système juridique à l'arbitraire du juge, tendance qui rejoint, à l'époque, certaines tentatives judiciaires, très isolées au demeurant, de s'abstraire de toute référence textuelle et de juger selon l'idée d'équité et de justice. En ce sens, Saleilles refuse les conséquences ultimes de la dévalorisation législative. Il ne s'agit, malgré tout, jamais de se couper de toute référence à la loi : « Le premier principe du droit moderne, sans lequel il n'y a plus qu'arbitraire et insécurité, c'est que le juge, *en dépit de tout*, doit appliquer et respecter la loi, dès qu'il se trouve dans un cas exactement prévu et visé par la loi. Il n'a pas le droit d'écarter la loi sous prétexte qu'il la trouve injuste »³⁸. Mais la soumission du juge à la loi ne peut évidemment trouver sa justification dans une déférence particulière à la « volonté » du législateur, puisque celle-ci n'est pas supérieure ; elle trouve son fondement dans la nécessité fonctionnelle de ne pas livrer le droit à la conscience individuelle du juge, ce qui aboutirait à l'anarchie juridique, à sacrifier la liberté, l'ordre et le sentiment même de la légalité. La référence à la loi doit demeu-

³⁷ Ce pouvoir d'adaptation du juge n'est évidemment pas inconnu de la doctrine civiliste, comme en témoigne la pensée de Portalis, partisan de la dévolution d'un large pouvoir d'interprétation au juge : « un Code, aussi complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé, que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat. Car les lois, une fois rédigées, demeurent telles qu'elles ont été écrites ; les hommes au contraire ne se reposent jamais [...]. Une foule de choses sont nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges [...]. C'est au magistrat, pénétrés de l'esprit général des lois, à en diriger l'application » (Discours préliminaire, *op. cit.* p. 8). La nouveauté de la pensée de Saleilles apparaît, outre le fait qu'elle pose la question de l'adaptation du droit dans les termes modernes de la sociologie, dans deux aspects. D'une part, il systématise la question de l'interprétation de la loi et du rôle du juge comme l'élément central du fonctionnement du système juridique, en contrariété avec une doctrine dominante prônant, malgré tout, l'autorité absolue de la loi. D'autre part, si les positions de Saleilles et de Portalis paraissent s'inscrire dans le cadre d'une continuité, elles se séparent sur un point fondamental. Dans l'hypothèse de Saleilles, le caractère lacunaire de la loi ne se manifeste pas seulement par le fait qu'aucune loi ne peut embrasser la complexité des situations qu'elle est amenée à régir. Selon lui, le législateur ne peut prévoir que la loi, *en elle-même*, sera inadaptée à des besoins nouveaux et qu'il faudra donc, pour le juge, suppléer à son inadaptation intrinsèque au cas en cause, en raison d'une modification des données sociologiques qui la rend obsolète.

³⁸ Conférence sur les rapports du droit et de la sociologie, *Revue internationale de l'enseignement*, 1904, p. 429 [italiques ajoutés].

rer parce qu'elle permet d'unifier la conscience juridique. Mais, quoi qu'il en soit, le fondement du respect dû à la loi apparaît très singulièrement fragile. Il est certain que la possibilité accordée au juge d'écarter la loi, jugée mauvaise ou inadaptée aux circonstances sociologiques ou économiques, ne peut manquer de légitimement effrayer un juriste qui se meut dans un système de pensée largement issu du droit révolutionnaire ; formé dans un cadre classique, l'on comprend aisément qu'il n'ait sincèrement pas admis la conséquence ultime de ses présupposés. Mais cette référence à l'unification du droit, au demeurant assez peu définie, ne peut que susciter un certain scepticisme : d'une part, si elle concerne les divergences de jurisprudence, elle peut être surmontée par le pouvoir unificateur des organes juridictionnels suprêmes. D'autre part, si elle concerne la latitude même du juge dans le cadre de l'interprétation, une telle position devient difficilement conciliable avec sa propre conception du rôle du juge, qui peut, comme on l'a vu, « connaître » le droit objectif.

La rupture avec la notion d'interprétation de la « volonté » du législateur, la nécessité pour le juge d'interpréter la loi conformément aux exigences sociologiques impliquent une profonde rénovation des méthodes d'interprétation de la loi et par là même une ouverture sur d'autres sciences sociales. La pensée de Saleilles consiste bien, tout en préservant son autonomie à la science juridique, à renouveler l'appréhension même des phénomènes juridiques. La prétention de Saleilles consiste ainsi à fonder un droit qui s'appuie techniquement sur les acquis des sciences sociales. La sociologie, le droit comparé et l'histoire peuvent ainsi fournir des méthodes d'interprétation de la loi. Au final, la conception de Saleilles, ayant dévalorisé la notion sacralisée et révolutionnaire de la loi, ouvre la voie vers une conception « technocratique » du droit, autorisant le juge à adapter la loi, appuyé sur le bras de la doctrine. Elle institue le juge en outil d'adaptation des textes normatifs aux nécessités supposées du moment. Si, chez Saleilles, la réflexion se concentre sur la question apparemment technique des méthodes d'interprétation, la voie est ouverte vers un accroissement certain des pouvoirs du juge en matière d'interprétation. Dès lors que l'on admet que le juge ne « dévoile » pas la signification de la volonté du législateur, parce qu'il n'y a tout simplement pas (dans l'immense majorité des cas) de « volonté » du législateur, la recherche de procédés scientifiques d'interprétation apparaît comme une nécessité : elle permet d'introduire de l'objectivité et de fonder la légitimité de la jurisprudence. Le recours à la « science du droit » et aux acquis des sciences sociales (sociologie, économie) permet de refonder le pouvoir du juge, qui se rattachait à l'exécution

de la loi (le juge est « la bouche de la loi » et puise la légitimité dans cette dernière autant qu'elle en constitue la limite). La valorisation des procédés scientifiques de jurisprudence donne une place particulière à la science du droit comparé³⁹ et à l'histoire du droit⁴⁰ qui permettent de dévoiler des règles d'évolution sociale objectives qui « indiquent » la marche des sociétés. Toutefois, que cette démarche fût couronnée de succès sur le plan théorique apparaît largement douteux. Ainsi, il n'a guère abouti qu'à substituer un supposé « mythe » à un autre, une fiction à une autre : celle d'un droit scientifiquement fondé sur les acquis des sciences sociales, marqué par la nécessité par rapport à la « nature » des « choses » et des « phénomènes

³⁹ Le droit comparé permet à première vue de quantifier, de manière empirique, la pertinence des réponses juridiques à un phénomène social. Mais cette fonction didactique du droit comparé n'est pas la seule. La nécessité de recourir au droit comparé s'impose comme la mise en œuvre d'une règle qualifiée de « sociologique » ou « psychologique » : la loi d'imitation, dégagée par Tarde, qualifiée, dans le domaine juridique, d'inéluctable. Cette évolution aboutira selon Saleilles à l'émergence d' « un droit commun de l'Europe civilisée qui servira de plus en plus d'axe d'aimantation pour l'interprétation des jurisprudences locales » (Les méthodes..., *op. cit.*, p. 328).

⁴⁰ Cette dernière permet de resituer les évolutions juridiques dans la longue durée. Sur ce point, v. Le droit romain et la démocratie, *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XX anniversario del suo insegnamento*, Prato, Giachetti, Figlio e c., t. II, 1905, p. 713-730. Cet article concerne les questions de méthode d'enseignement du droit romain. Saleilles s'interroge sur l'opportunité d'un tel enseignement à l'âge démocratique, dès lors que les enseignements du droit romain apparaissent inadaptés à la solution des problèmes nouveaux. Si Saleilles « sauve » cet enseignement, il propose sa très large réformation. Sur ce plan, si les Romains ne peuvent rien nous apprendre sur la question du contenu du droit (inadapté, en raison de l'évolution historique, aux sociétés actuelles), leur méthode juridique constitue un exemple qui « donne le sens historique et scientifique d'évolution et de transformation du droit ». Saleilles trouve dans le modèle romain un système juridique qu'il juge conforme à ses vœux puisqu'il consacre « la double influence concomitante, d'admirables théoriciens d'une logique sûre, sans être trop tranchante, d'un doigté supérieur pour tout dire, et celle de magistrats ayant de larges pouvoirs, et sachant puiser dans tous les éléments du progrès juridique, pour les transposer dans l'Edit et les faire passer dans le droit... de l'Empire » (p. 727). Il n'est pas jusqu'au droit comparé auquel les juristes romains auraient fait référence par leurs « emprunt[s] [...] aux pratiques des peuples de nationalités si diverses qui vivaient à l'ombre de la paix romaine, faisant de tous ces éléments si disparates, éléments de science déductive et éléments surtout de droit comparé, une unité progressive, systématique et vivante [...] » (*ibid.*).

sociaux »⁴¹. Sur le plan des « méthodes » d'interprétation, le succès fut ainsi ambigu. Le juge peut ainsi se considérer en tant qu'outil d'adaptation du droit aux « nécessités » (perçues par lui comme telles) sociales et aux « évolutions » de la société et prendre en compte ce qu'il perçoit comme une évolution « naturelle » et objective des sociétés. Ce rôle est parfaitement assumé par un certain nombre de juridictions, qu'elles soient internes ou internationales⁴². Mais la prétention du droit à se constituer sur un fondement purement scientifique a été en grande partie rejetée, parfois par les mêmes, pour des raisons que l'on verra après. Le « mythe individualiste » dénoncé par Saleilles reste présent et il n'a pas été évacué, bien au contraire, du droit positif.

⁴¹ La conception juridique de Saleilles atteint ici son point critique. Elle bute sur certaines difficultés : que révèle au fond le mécanisme d'interprétation ? Le renversement de la formule de F. Gény « par le Code civil, mais au-delà du Code civil » par « Au-delà du Code civil, mais par le Code civil » tient lieu de jeu de mots. Au fond, l'avènement d'une méthode sociologique d'interprétation renvoie principalement à une représentation par le juge de l'adéquation sociologique du droit à la société. La prétention à créer un droit « objectif », en phase avec la réalité sociale d'une époque donnée, ne peut guère qu'aboutir à une fiction supplémentaire, au carré, qui reproduit au niveau des juridictions les impasses dénoncées comme étant celles du législateur. Le recours à la notion d'impératif juridique permettant de circonscrire la solution juridique ne peut manquer de provoquer un certain scepticisme : « Le juge n'a le droit de faire application concrète des idées de justice absolue que puisse suggérer un idéal de droit naturel abstrait, que si ses conceptions ont trouvé déjà une objectivité extérieure à lui et susceptible d'impératif juridique ; si, par une méthode expérimentale, analogue au procédé de constatation légale, qui est le premier de ses devoirs, le juge trouve, en dehors de lui, des éléments d'impératif juridique, qu'il n'ait qu'à constater et à appliquer, pour rester dans sa fonction, qui est de dire le droit et de le faire respecter ». (Ecole historique. ..., *op. cit.*, p. 106). Si, à la suite de Saleilles, le travail d'interprétation a été effectivement libéré de certaines contraintes et qu'il a permis au juge d'effectuer un effort de « modernisation » de la jurisprudence, il n'en reste pas moins que cette latitude, dans sa prétention à l'objectivité, ne peut pas être dissociée d'un certain artificialisme, marqué précisément par la croyance à « l'objectivité », par la prétention à découvrir une « vérité » juridique. Sur ce point, E. DESMONS, Le normativisme est une scolastique (brèves considérations sur l'avènement d'une démocratie spéculaire présentée comme un progrès), *Droits*, n° 32, p. 21.

⁴² V. en particulier l'exemple de la Cour européenne des droits de l'homme, confrontée à des questions d'évolution sociologique, en particulier en matière de mœurs et de leur traduction juridique. Si la Cour admet que les Etats peuvent limiter la traduction juridique de certaines évolutions sociologiques, elle peut considérer aussi que cette interdiction est circonstancielle, dépendant de conditions sociologiques qui peuvent évoluer. La Cour anticipe un revirement de sa propre jurisprudence, et énonce les éléments qui feront évoluer son appréciation. Ce passage d'une « permission d'interdire » à un « interdit d'interdire » renvoie à la perception par la Cour d'un phénomène social, certes étayé par des éléments présentés comme « objectifs » (évolution des législations internes par exemple), mais aussi reconstruits dans le cadre d'un raisonnement, d'une appréciation par le juge. En cela, la solution apparaît comme la concrétisation subjective d'une forme de « compromis » entre la volonté de promouvoir une évolution d'ordre sociologique et celle de ne pas « heurter » une « opinion publique », pas nécessairement « prête » à accepter les conséquences d'une telle solution.

La dévalorisation de la loi, la promotion du juge et, par conséquent, de la doctrine entraînent un changement des méthodes d'appréhension du droit dans son ensemble, dont Saleilles, avec quelques autres comme F. Gény ou A. Esmein, a tracé les contours. Ce dernier, lorsqu'il inaugure en 1902 la nouvelle *Revue trimestrielle de droit civil*⁴³, propose ainsi la refondation des méthodes d'enseignement du droit privé. Mais ce mouvement est lié à une modification de la perception du « matériau » juridique lui-même et à la constatation que la connaissance du droit ne peut plus passer par l'étude exclusive de la législation et qu'elle nécessite d'accorder un rôle de plus en plus éminent à la jurisprudence. Il constate ainsi que l'étude du droit doit cesser d'être purement dogmatique, comme elle le fut au XIX^e siècle, pour intégrer l'étude de la jurisprudence, érigée en outil d'adaptation du droit aux évolutions nouvelles. Cette réhabilitation de la jurisprudence tend à inverser le rapport entre jurisprudence et législation. Celle-ci n'est pas réellement première ; elle n'intervient « que lorsque le nouvel état des choses a pris de larges proportions ». Dans ces conditions, « l'œuvre de la jurisprudence devancera toujours celle du législateur »⁴⁴. Le monde de l'étude juridique s'articule autour d'un nouveau triptyque, dont l'élément législatif apparaît très largement subsidiaire et qui reflète la nouvelle distribution des rôles en matière d'édition du droit : jurisprudence, ainsi érigée en élément fondamental de la connaissance du droit (méthode historique), doctrine (rôle subsidiaire lorsque le cas est entièrement nouveau et que l'analyse jurisprudentielle ne peut par définition pas remplir son office), législation (qui vient en quelque sorte, dans des cas particuliers et ponctuels, consacrer une nouvelle solution ; le Code civil « originaire » étant quant à lui étudié au travers du « filtre » de la jurisprudence).

La question de la méthode : la « crise » de la science politique et la refondation du droit public et du droit privé

L'identification d'une crise de la science politique, au tournant du XX^e siècle ne peut guère, *a priori*, que susciter un certain scepticisme ; l'observateur de cette période aura peut-être tendance à y voir une sorte « d'âge d'or » du droit public ayant permis une rénovation dans son ensemble des idées juridiques. Mais ce que vise Saleilles apparaît très particulier : la crise

⁴³ A. ESMEIN, La jurisprudence et la doctrine, *RTDC*, 1902, p. 5.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 16.

identifiée⁴⁵ correspond à l'accroissement des préoccupations sociales au détriment des questions institutionnelles. En ce sens, la crise de la science politique est provoquée par une crise du libéralisme politique au profit du socialisme ; elle est liée, selon Saleilles, à la conviction que la liberté formelle (politique) n'intéresse plus les peuples et que seul l'accroissement des conditions sociales provoque un intérêt public. La crise révélée est donc une crise d'impact social (en ce sens que le droit politique ne constitue plus un « outil » de transformation sociale et politique), et non une crise « scientifique » proprement dite. Mais, la résolution de la crise passe par une refondation de la science juridique. La pensée publiciste de Saleilles renvoie ainsi à des considérations déjà évoquées à propos du pouvoir d'interprétation du juge : introduire la question sociale dans un système politique libéral. Elle correspond à une période historiquement marquée – et Saleilles a conscience de ce marquage historique. Mais ce faisant, il repense complètement le libéralisme politique, par l'introduction de préoccupations sociologiques qui le refondent très largement.

Sur la question de la crise proprement dite, Saleilles ne récusé pas qu'elle existe. Il admet le primat des questions sociales sur les questions politiques. Sur ce plan, il considère que le point fondamental consiste bien dans la détermination des fins sociales. Sa pensée aboutit à un retournement paradoxal : si ces conclusions ne peuvent être considérées comme socialistes (et encore moins marxistes) puisqu'elles sont d'un libéralisme « modéré », elles partent de postulats communs aux théories socialistes, affirmant le primat des questions sociales. Ainsi, le projet de Saleilles s'inscrit dans une perspective finalement commune avec celle de Duguit : trouver un moyen terme entre socialisme et libéralisme, entre économie et politique, réintégrer la question sociale dans une problématique institutionnelle et politique. La revalorisation des questions politiques se fait à partir de la détermination de l'interdépendance des questions sociales et politiques, comme en témoigne l'exemple du socialisme dont l'instauration ne peut passer que par une forme politique particulière : « On voit donc que, si le point de vue social et le point de vue politique sont, au fond, inséparables l'un de l'autre, toute l'importance qui s'attache aux questions sociales, et il serait facile d'en dire autant des questions religieuses, ne peut que profiter à la science du droit public »⁴⁶. Le droit public est ainsi assimilé aux ques-

⁴⁵ Y a-t-il vraiment une crise de la science politique ?, *RDP*, 1903, p. 91 et s.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 105.

tions de forme, et le droit privé assimilé aux questions de fond. La constitution sociale est première par rapport à la constitution politique, qui n'en est que la résultante : « Il faut en conclure que, même en se plaçant sous l'empire de l'esprit juridique le plus technique, tout le point de départ du droit public repose forcément sur une construction supérieure, que l'on qualifie sans doute de constitution politique, mais qui se relie forcément à la constitution sociale, *ou plutôt qui n'est que l'ossature juridique donnée à l'organisation sociale que l'on a en vue* »⁴⁷. Dans cette mesure, la question initiale n'est pas constitutionnelle ; elle est purement liée à la détermination des objectifs sociaux d'une société politique, dont la constitution n'est que la formalisation juridique. C'est dans le cadre de la refondation du droit public classique à l'aune de considérations d'ordre social que Saleilles situe la question de la méthode, dénonçant deux écueils : celui de l'abstraction juridique (dénonçant avant l'heure toute « théorie pure du droit »), et celui de l'idéalisme juridique (jusnaturalisme).

L'attachement aux fins de la science politique aménagé à l'analyse technique des questions juridiques une place certaine mais restreinte. En ce sens, la méthode publiciste de Saleilles se veut pragmatique, empiriste et résolument pratique, comme en témoigne son opposition à Laband, dont il juge la pensée stérile. La conception de la méthode juridique de Saleilles est orientée vers un but unique : réintégrer le droit dans le cadre social et politique. La prétention du droit à se constituer en un objet autonome mène l'analyse juridique à une impasse. La pensée de Saleilles, fondée sur la méthode comparatiste et historique, dont l'objectif est d'aboutir à une typologie des régimes politiques et des techniques constitutionnelles, s'enferme dans une perspective qui n'est pas nécessairement très productive⁴⁸.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 103. [italiques ajoutés].

⁴⁸ On ne peut manquer ici de noter le caractère très institutionnel des écrits purement constitutionnels de R. Saleilles (en particulier *The development...*), fortement préoccupés par les aspects historiques et de classification des régimes. Il consacre ainsi de longs développements à la détermination de la nature du régime tel qu'il est issu des lois constitutionnelles de 1875, et qu'il classe parmi les régimes parlementaires puisque l'intégralité du pouvoir législatif et constituant est attribué au pouvoir législatif, soit sous la forme ordinaire (vote de la loi), soit sous forme extraordinaire (révision par les chambres réunies en Congrès). Dans le cadre historique, cela aboutit à l'inscription par Saleilles du régime de 1875 dans le cadre des régimes parlementaires de 1815 et 1830, plus que dans la tradition républicaine, telle qu'elle est issue du droit révolutionnaire. Mais cette conception assez formelle du droit constitutionnel doit être reliée à son objectif pratique : elle constitue le support à une conception sociale du régime parlementaire, identifié comme un régime modéré.

Elle empêche au droit public une révolution qu'il ne dénie paradoxalement pas au droit privé, celle apportée par l'analyse positiviste, enfermant son objet dans un cadre purement juridique. Ne pouvant séparer le droit de sa dimension sociale et sociologique, il ne pouvait accomplir la plus grande évolution du droit public, aboutir à une théorie « pure » du droit que Saleilles aurait certainement dénoncée comme une chimère dépourvue d'objet. Les études de Saleilles en matière de droit public se sont de fait bornées à des questions purement institutionnelles, mises en relation avec des considérations de sociologie politique, notamment dans le domaine des modalités d'expression du suffrage universel : référendum et représentation proportionnelle notamment. En ce sens, il n'a pas mis en question les conditions de production et les modalités de compréhension du droit public. Se bornant à des questions trop pratiques et trop bornées, il ne put s'imposer en tant que publiciste. Dès lors, qu'il s'est intéressé à des questions plus vastes, il s'est contenté de fixer un programme, ou plutôt de marquer une préférence intellectuelle, s'en remettant à d'autres pour le réaliser.

Le dogmatisme institutionnel logique (d'essence jusnaturaliste) lui paraît devoir être récusé tout autant, puisqu'il supposerait une définition objective et intemporelle des fins sociales et politiques, ce qui est impossible. Saleilles assure la promotion d'un principe de méthode empirique déduit de l'histoire comparée ayant pour but de mettre au jour une analyse des outils politiques de réalisation des objectifs sociaux. Le droit est une science exclusivement pratique dont l'étude se justifie uniquement sur ce plan. Une telle conception ne pouvait autrement aboutir qu'à une valorisation des thèses de L. Duguit et à l'objectivisme social. Sur ce point, si les notations relatives à Duguit sont assez faibles dans l'œuvre de Saleilles, elles traduisent une concomitance de pensée très importante. S'interrogeant sur la « crise » de la science politique et sur les moyens d'en sortir, l'article relatif à la crise de la science politique n'aboutit qu'à une conclusion : c'est par l'objectivisme social que le droit public peut prétendre retrouver un rôle qu'il a perdu d'une part en raison de la dévalorisation des questions institutionnelles, d'autre part par le développement d'un droit public strictement positiviste et seulement préoccupé des questions de technique juridique. La revendication d'autonomie du politique (assimilé aux questions institutionnelles) perd, selon Saleilles, toute raison d'être.

À la lumière de ce que nous avons identifié, les éléments de convergence entre Duguit et Saleilles apparaissent importants. Ce dernier a

d'ailleurs été un commentateur, certes laconique, du premier⁴⁹. Les postulats (primat de l'interdépendance sociale notamment) sont communs. Il apparaît toutefois délicat d'identifier autre chose que des convergences entre les deux juristes. S'ils s'inscrivent tous les deux dans le courant objectiviste, ils se différencient sur de nombreux points comme la conception de la représentation, assez substantiellement différente chez les deux auteurs et globalement sur la question de la méthode juridique. Plus généralement, Saleilles, comme on l'a dit, se contente, notamment en matière de droit public, d'ouvrir des pistes, d'entrevoir des possibilités, bref d'indiquer un chemin que d'autres suivront. Il apparaît dès lors difficile de comparer deux œuvres juridiques dont l'une n'a évidemment, dans le cadre du droit public, pas l'ampleur théorique de l'autre, sans tomber dans la pure spéculation. Mais il est très frappant de constater que Saleilles développe des théories proches de celles de Duguit sans y faire référence et que les cadres théoriques ne peuvent manquer d'être rapprochés. Saleilles ne peut méconnaître la pensée de son « rival » involontaire qui se développe de façon très concomitante. En ce sens, il semble que ce que Saleilles juge salutaire dans la doctrine de Duguit pour le droit public en général, c'est la revalorisation des questions sociales et le lien établi entre la sphère juridique et la sociologie. Les points d'accord semblent très importants : lien entre les conditions sociales et le développement du droit, entre les nécessités « objectives » sociales et la science du droit, foi dans le progrès juridique, corollaire du progrès social⁵⁰. Une même conception du droit comme développement du progrès et de la conscience juridique anime les deux juristes. Sur le plan strictement constitutionnel, certaines conceptions sont très proches. Fondamentalement, le droit constitutionnel n'est ainsi, selon Saleilles, pas soumis à des règles de formation différentes du droit législatif : il apparaît comme la concrétisation de l'évolution des forces sociales et politiques qui animent

⁴⁹ L. DUGUIT (dans *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon*, Paris, Librairie Félix Alcan, 2^e éd., 1920, p. 59) loue « l'esprit souple et [...] pénétrant » de Saleilles, mais réfute sa théorie de la personnalité morale, jugée comme un compromis impossible entre la théorie « réaliste » et la « tendance métaphysique ».

⁵⁰ Dans le cadre du droit privé, l'opposition entre Gény et Duguit est certaine, mais aussi relative. En effet, si Gény concède que la notion de « droit subjectif » a un côté incontestablement « métaphysique » et abstrait, il n'en reste pas moins qu'il considère que cette notion doit être conservée parce qu'elle permet sur le plan technique de formuler certaines règles et de donner la sécurité juridique à certaines situations (*Science et technique en droit privé positif*, t. III, p. 221-222). L. Duguit (Les doctrines juridiques objectivistes, *RDP*, 1927, p. 537 et s.) dénonce ce qu'il qualifie de « pragmatisme juridique » (p. 549-554), même s'il considère que la théorie de Gény dispose d'une certaine validité scientifique, en ce qu'elle est finalement objectiviste.

une société. En ce sens, les lois constitutionnelles de 1875, en ce qu'elles ne constituent pas une œuvre ordonnée et achevée, témoignent qu'avant d'être le produit d'une quelconque « volonté », elles sont le résultat d'un compromis objectif entre forces sociales : « [...] les présentes institutions de la France ne résultent pas d'un simple acte de volonté créatrice de la part du législateur, mais le législateur s'est contenté d'établir un certain type particulier d'institutions, l'ensemble de l'organisme gouvernemental résultant du développement social organique de la France durant ce siècle »⁵¹. Le parallèle avec Duguit s'impose ici avec une force très particulière.

Un autre parallèle s'impose toutefois. Saleilles entretient en effet des sentiments contradictoires envers l'école historique du droit, représentée par Savigny⁵². On pourrait encore une fois considérer qu'une telle démarche ne relève pas du droit public, mais tel n'est pas le cas : l'organicisme coutumier de Savigny a évidemment des répercussions institutionnelles, et notamment la dévalorisation de la loi. La critique que Saleilles adresse à Savigny apparaît très révélatrice de son projet. De prime abord, il lui reconnaît un double mérite : d'une part, la démonstration de la constante évolution du droit aux évolutions sociologiques, sous l'influence des intérêts en conflit et des « classes toujours en lutte pour la satisfaction de leurs intérêts économiques »⁵³. Le second, c'est la nécessité d'une adéquation entre le droit et les faits sociaux. En ce sens, la valeur « opératoire » et effective du droit ne peut faire abstraction de la vie qui en constitue le fondement. Saleilles perçoit ainsi dans l'école historique un élément fondamental, en ce qu'elle a réhabilité le fait par rapport au droit ; elle a dégagé une loi d'adéquation entre le monde des faits et le monde des normes, qui constitue une critique très opératoire du volontarisme révolutionnaire⁵⁴. Par ailleurs, Saleilles rejoint Savigny dans son appréciation de la critique des présupposés individualistes de la pensée révolutionnaire. L'impossibilité de séparer (totalemment) l'individu de la société apparaît commune aux deux auteurs. Mais la convergence s'arrête là, dès lors qu'ils ne s'accordent pas sur la question de l'appréhension des rapports entre l'individu et la société. Si Saleilles

⁵¹ The development..., p. 13. [traduction de l'auteur].

⁵² V. Ecole historique... et Conférence..., cités.

⁵³ Ecole historique..., p. 94.

⁵⁴ En ce qui concerne le rôle dévolu à la loi, on ne peut que noter une certaine parenté entre les écrits de Savigny de 1840 et ceux de Saleilles. Si, en 1814, Savigny semble refuser toute place à la loi, dans le cadre d'une conception anti-volontariste du droit, il revient quelque peu sur cette conception trop abrupte. Il considère ainsi que le législateur peut révéler le droit objectif de la nation allemande. Mais comme chez Saleilles, cette source n'est pas dotée d'une valeur intrinsèque supérieure à la coutume.

critique Savigny, c'est parce que ce dernier se rattache, sans qu'il faille exagérer ce « penchant », aux éléments contre-révolutionnaires de la pensée allemande ; l'organicisme coutumier de Savigny, qui fait du droit l'expression immuable de l'âme d'un peuple, ne peut que heurter le progressisme fondamental de Saleilles. Sur ce plan, la promotion apparente de la coutume chez les deux auteurs ne doit pas masquer la profonde différence de signification qu'ils attribuent au phénomène coutumier. Pour l'un, il est perçu comme un dépassement du droit législatif, comme un outil de progrès et d'adaptation, pour l'autre, il exprime les forces profondes et historiques d'un peuple, il dévoile un donné juridique presque immuable⁵⁵. L'un est orienté vers le progrès, l'autre vers la stabilité, un conservatisme assumé⁵⁶. Au fond, ce qui différencie Saleilles de Savigny est la conception même de l'histoire, (dans le cadre d'une dialectique progressisme/conservatisme) ; la loi d'adéquation du droit au fait (social ou national) reste la même chez les deux auteurs⁵⁷.

⁵⁵ Cf. A. DUFOUR, L'idée de codification dans la pensée juridique allemande des XVIII^e-XIX^e siècles, *Droits*, n° 24, p. 45. Comme Saleilles, Savigny dévalorise la notion de loi. Mais, les deux empruntent des voies différentes. Pour Savigny, le droit étant l'expression même de l'âme d'un peuple, il ne peut être « exprimé » par voie de « décision ». Chez Saleilles, la loi peut venir régler des situations juridiques, mais elle peut le faire de façon lacunaire et inadéquate. Dans ces circonstances, il appartient au juge d'adapter la loi à des cas nouveaux, et d'interpréter la loi dans le cadre des nécessités sociales et techniques.

⁵⁶ Comme le montre O. JOUANJAN, Science juridique et codification en Allemagne, *Droits*, n° 27, p. 65, la conception du peuple chez Savigny, très directement tirée du pré-romantisme et du romantisme allemand (Herder, Fichte), suppose un interprète qui découvre, dévoile, comme un prêtre l'oracle, ce *Volksgeist* d'essence surnaturelle. On est loin des considérations sociologiques (d'ordre évolutionniste) de Saleilles et de l'adaptation du droit aux conditions sociales et techniques liée à la marche indéfinie du progrès social.

⁵⁷ Saleilles aboutit à quelque peu caricaturer Savigny. Si Saleilles accorde à l'École historique le mérite d'avoir définitivement ruiné les théories du droit naturel, mérite qu'il reconnaît dans des termes très semblables à ceux qu'il adresse à Duguit, il lui reproche de se contenter d'une approche d'un phénomène juridique beaucoup trop timide et restreinte, qui la rend stérile. Paradoxalement, les insuffisances de l'École historique ont été provoquées par la radicalité du mouvement anti-jusnaturaliste, qui réduisait la tâche du juriste à expliquer les phénomènes juridiques sans prétendre avoir une quelconque influence sur eux. En ce sens, l'historicisme conduisait à une impasse, voire au nihilisme juridique : il coupait le droit de toute visée pratique. Par opposition, le projet de Saleilles, qui consiste à fonder une « technologie » juridique adaptée aux évolutions du monde moderne, projet profondément empiriste et donc pratique, n'accorde de crédit à l'histoire que dans la limite où elle « informe » le présent. Droit des « leçons de l'histoire », comme le droit comparé est le droit des leçons de « l'ailleurs », l'étude de l'histoire des droits est toujours subordonnée au monde des fins, sociales et politiques. Cette critique suscite un certain scepticisme. Si Savigny ne peut être évidemment considéré comme un promoteur des sciences sociales en matière juridique, sa visée juridique reste essentiellement pratique. Que Saleilles ne juge pas opératoire les conceptions pratiques de Savigny n'implique pas que l'aspect pratique soit absent chez ce dernier.

*Saleilles et le droit subjectif :
la question des rapports entre droit public et droit privé*

Comme on le voit, Saleilles n'esquive pas les problèmes de droit public, et notamment de droit constitutionnel. Comment cette pensée publiciste s'articule-t-elle avec la partie « privée » de son œuvre ? Sur ce point, un élément frappe l'observateur : c'est le paradoxe entre une dénonciation d'un droit public « coupé » de la recherche de ses fins, strictement technique et positiviste et une méthode de droit privé, notamment comparatiste, poussée à une perfection et une finesse sans égale et sur les sujets les plus variés. Mais, à un degré supérieur, la pensée juridique de Saleilles marque une très grande unité. Le droit institutionnel, ayant pour but ultime l'adaptation des solutions juridiques aux nécessités sociales d'une époque donnée, fournit seulement un cadre dans lequel se développe un encadrement normatif répondant à ses nécessités, encadrement qui, finalement, seul compte. Le droit privé ne doit ainsi pas être séparé du droit public, puisque le droit privé ne peut être séparé de sa finalité sociale, de son caractère d'instrument d'action sur la société. Dans cette mesure, si le droit privé est conçu comme l'expression ultime de l'action politique à vocation « sociale », il est rattaché à des fins sociales définies collectivement. Saleilles, sur ce plan, préfigure le mouvement de la « publicisation » du droit privé. En quelque sorte, dès lors que, dans une perspective traditionnelle, l'on conçoit le droit privé nettement séparé du droit public, que l'on absolutise la distinction entre les deux branches du droit, et que l'on fait de l'un le domaine de la gestion du « domaine public social » et l'autre celui des rapports entre individus, il apparaîtrait plus judicieux de voir dans Saleilles un publiciste, ou plutôt un privatiste qui considère le droit privé comme la plus haute expression du droit public⁵⁸.

Une telle conception des rapports entre droit privé et droit public porte cependant en germe une contestation profonde du libéralisme politique puisqu'elle absorbe, à première vue, la sphère privée dans la sphère publique. Elle bute sur la question du droit subjectif et sur la préexistence de droits à la constitution de la société : l'individu ne pouvant être considéré en dehors des relations avec les autres, il s'ensuit que les droits accordés à l'individu ne sont que l'expression des rapports sociaux considérés dans chaque individu. Si l'on peut juger scientifique cette relecture des

⁵⁸ V. pour un exemple de cette séparation, la doctrine de G. RIPERT, *Le déclin du droit*, Paris, LGDJ, 1949, p. 39-40.

droits subjectifs, il faut aussi reconnaître que ces derniers ne sont plus fondés de la même façon que dans le cadre du droit révolutionnaire, et que cela affecte substantiellement leur nature. Sur ce plan, l'on est donc conduit à considérer qu'il ne saurait exister aucun droit attaché de façon inhérente à la qualité d'être humain. Or, Saleilles veut maintenir un cadre libéral, respectueux des libertés publiques, tout en le combinant avec des éléments sociaux. Il résout la difficulté, comme Duguit au demeurant, en réintégrant la problématique des « droits de l'homme » dans celle des nécessités sociales, dans une perspective certainement plus politique que juridique. Sur ce dernier point, la radicalité de la négation des droits individuels est atténuée à l'aune d'un libéralisme « social » : « [l'idéal social] doit s'appliquer aux forces sociales existantes, sans avoir le droit ni de les supprimer, ni de les entraver, n'ayant d'autre fonction que des régulariser, de les organiser, et de les faire servir aux fins normales de toute société, c'est-à-dire à la réalisation de la justice sociale, sur le fondement de la solidarité et de la liberté »⁵⁹. Saleilles maintient donc la distinction entre l'État et la société civile, cette dernière étant mue par une dynamique propre que l'État moderne peut seulement influencer, mais jamais totalement entraver⁶⁰. La liberté politique et les libertés individuelles sont réintégrées dans le cadre des nécessités sociales issues du « progrès social ». Elles sont produites par le milieu social, en tant que nécessité du moment. En ce sens, Saleilles reconstruit, en l'atténuant, le libéralisme politique par un chemin relativement tortueux, c'est-à-dire par des postulats idéologiques et sociologiques empruntés à des courants qui lui sont étrangers. Mais comme chez Duguit⁶¹, le fondement est relativement fragile et s'étiole rapidement, en ce que son libéralisme n'est fondé que conjoncturellement sur une forme de solidarité sociale : « Peut-être dirons-nous que, sur le terrain social lui-même, l'histoire et la sociologie nous révèlent que la société ne peut vivre

⁵⁹ Y a-t-il..., *loc. cit.*, p. 120.

⁶⁰ V. en particulier *The development...*, p. 70-71 : « Face à la diversité d'opinions, de principes, et d'écoles de pensée qui caractérisent la période moderne [...], l'action de l'État doit être réduite au minimum dans le cadre de l'exécution de ses attributs religieux et philosophiques de toutes sortes, et l'État doit par dessus tout se restreindre à ses prérogatives industrielles et économiques » [traduction de l'auteur]. De la même façon, Saleilles s'avère être un décentralisateur convaincu, reconnaissant ainsi l'existence de collectivités humaines infra-étatiques susceptibles de s'administrer de façon libre.

⁶¹ G. JÈZE, *L'influence de Léon Duguit sur le droit administratif français*, *APD*, 1932, p. 135. Selon Jèze, Duguit se serait progressivement écarté d'une conception « réaliste » du droit (est juste ce qui est déclaré juste dans un certain contexte social à une époque donnée) au profit d'une conception plus délibérément jusnaturaliste, pour affirmer que certains droits et libertés fondamentales seraient des invariants liés à la nature humaine.

que si une part suffisante est laissée à l'initiative privée, que si la liberté individuelle a sa sphère d'activité garantie et que la justice soit égale pour tous. *Peu importe l'explication*, il restera toujours *une part de liberté, non plus absolue il est vrai, mais relative*, dont aucun système politique ou social ne pourra plus désormais priver l'individu »⁶². Le libéralisme de Saleilles est greffé à un rameau qui ne le porte pas nécessairement et qui d'ailleurs l'a largement récusé (le positivisme sociologique) ; dans cette mesure, le sociologisme de Saleilles peut aussi mener à une dévalorisation des libertés d'essence « libérale », comme le montrent certaines théories organicistes, très critiques à l'égard du libéralisme politique⁶³. La critique d'une conception révolutionnaire du droit (contrat social, individualisme) fragilise les fondements mêmes du libéralisme politique ; différemment fondés que dans le cadre des philosophies individualistes, les droits en cause se voient certainement affectés dans leur substance même. On ne voit en effet guère comment l'on pourrait justifier le respect de droits qui n'auraient pas de fondement réellement défini. Outre le fait que le contenu d'un droit ne peut s'imposer par lui-même (se pose ainsi toujours la question du « pourquoi ? » conférer à certains droits une portée absolue), il faut souligner à quel point une vision « utilitaire » des droits individuels (les « droits de l'homme » doivent être respectés parce qu'ils sont utiles socialement) méconnaît que les droits de l'homme sont, avant tout, destinés à limiter les interventions étatiques dans certains domaines et de certaines manières. Dans certaines hypothèses, les droits de l'homme peuvent, précisément,

⁶² Le Code civil..., *op. cit.*, p. 110 (italiques ajoutés).

⁶³ V. sur ce point la remarque de H. J. LASKI, La conception de l'Etat chez Duguit, *APD*, 1932, p. 121 et s., à propos de Duguit et que l'on peut transposer à Saleilles : « L'insistance avec laquelle il accentue la solidarité sociale en qualité de fondement de la pensée juridique, est, sans nul doute, d'une valeur réelle, car elle met en lumière les origines sociales du droit par opposition à des racines individuelles. Mais ce postulat ne conduit pas nécessairement au système de préférences qu'il en déduit. Ce ne sont, à tout prendre, que des interprétations personnelles de choses qu'il considérait comme désirables dans la société au sein de laquelle nous vivons. Si la règle de droit n'est qu'un fait, elle ne peut engendrer un système de valeurs, elle ne peut décrire un système de causalité sociale sans avoir la prétention de fonder des obligations. Si elle prétend le faire, cela n'est possible qu'en vertu des prémisses que M. Duguit exclut tout d'abord de son système » (p. 126-127).

« heurter » l'utilité d'une mesure étatique⁶⁴. La définition d'une utilité « globale » du respect de l'autonomie individuelle ne saurait comprendre la prohibition d'exceptions socialement utiles. La réconciliation du social et de l'individuel, dès lors que l'on admet le primat de la société sur l'individu, ne saurait empêcher que l'État n'empiète dans la sphère interne, si un intérêt (peut-être plus immédiat) le justifie. Ayant annihilé tout « impératif catégorique », le sociologisme ne saurait ainsi dispenser d'une réflexion

⁶⁴ Peut-être une autre construction est-elle possible, qui permet de concilier le caractère historiquement contingent des droits individuels et le caractère absolu qu'ils ont à une époque donnée. Saleilles a été le traducteur d'un article de Fr. H. THORPE (Le principe de représentation dans la démocratie américaine, *RDP*, 1894, p. 1 et s.) qui a construit une théorie du droit naturel qui s'accorde avec certaines conceptions de Saleilles. Il convient donc de la reprendre brièvement. Tout élément du droit naturel est, selon Thorpe, le résultat d'une évolution historique qui passe par trois stades : droit politique (qui est un privilège accordé par le pouvoir politique), droit civil [qui émerge quand « [le droit politique] cesse d'avoir une application particulière pour devenir un élément essentiel de la formule général dans laquelle s'incarne la conception de l'État » (p. 18)] et le droit naturel, terme final de l'évolution. Le droit civil devient naturel lorsque les droits en cause « en arrive[nt] au point de vue philosophique à prendre la forme d'une production naturelle, et [lorsque] le contrat social, qui au fond n'est qu'une convention humaine, prend place aux yeux des hommes dans l'évolution de la nature elle-même » (p. 22). La notion de « nature » à laquelle il est fait ici référence est évidemment très particulière, puisqu'elle traduit le caractère perçu comme naturel (donc évident, comme allant de soi) d'un droit par un individu qui a oublié (tel est bien le phénomène psychologique qui sous-tend la transformation d'un droit en un droit perçu comme naturel) le caractère social et contingent (historique) du droit en cause, qui le rattache de façon inhérente à sa qualité d'homme parce qu'il ne perçoit plus son aspect relatif. Dans cette mesure, les droits naturels sont absolus parce qu'ils correspondent aux fondements indiscutables du pacte social, sans le respect duquel ils s'effondreraient (en ce sens, le droit naturel a un fondement rationnel). Le droit apparaît donc comme naturel parce qu'il s'impose naturellement et immédiatement à un individu, qui a oublié le caractère historique (et donc relatif) du droit en cause. Le droit naturel est à la fois le résultat d'une évolution sociale et la transcription perçue comme absolue des valeurs fondamentales d'une société. Il n'est pas attaché de façon indissoluble à la qualité d'être humain (ce qui est impossible dans la mesure où les droits en cause ne lui ont pas toujours été accordés), mais indissolublement lié à la société dont il constitue le fondement. Thorpe considère cependant qu'un tel phénomène fonde indiscutablement le respect du droit naturel. En effet, ces droits peuvent aussi être qualifiés de naturels parce que la démocratie apparaît comme la fin de l'histoire, inéluctable et définitive. Les droits naturels (libéraux) n'apparaissent qu'au terme d'une évolution historique (qu'elle nie, arrivée en son point final car l'âge démocratique n'est pas une étape d'un processus, mais son résultat définitif), et ils sont le terme rationnel d'une évolution historique : « La démocratie a ainsi sa place marquée dans l'univers exactement comme la faune et la flore » (p. 23). On retrouve dans une telle conception des éléments indiscutablement présents chez Saleilles : relativité des droits individuels, problématique du sens et de la rationalité du processus historique, droit naturel perçu comme expression individuelle des rapports sociaux. Mais il apparaît difficile de mesurer dans quelle mesure le traducteur adhère à ce qu'il a traduit. Or, il apparaît difficile de concilier l'habile construction de Thorpe avec les conceptions de Saleilles, puisqu'elle présuppose le maintien de la théorie du contrat social, totalement rejeté par Saleilles comme anti-scientifique et impraticable politiquement.

autonome sur les fondements de la liberté individuelle⁶⁵, qu'elle soit réintégrée dans le cadre d'une nécessité morale (droit naturel d'ordre « transcendant ») ou historique (les droits de l'homme doivent être absolument respectés parce qu'ils correspondent à un développement historique inéluctable, rationnel et logique qui aboutit à considérer certains droits comme absolus). Saleilles pose la relativité historique des droits de l'homme, sans réellement refonder (au moins dans ses écrits juridiques) la possibilité de droits pour ainsi dire inhérents à sa constitution en tant qu'homme (ce qui n'exclut évidemment pas son appréhension en tant « qu'animal social » ou « politique »). Toutefois, comme en témoigne au demeurant, à la fois chez Duguit et Saleilles, une idéologie du progrès qu'ils jugent tous deux positi-

⁶⁵ La doctrine réfutée par Saleilles est celle qui tend à absolutiser les droits individuels. Il s'agit de démontrer que des intérêts sociaux peuvent justifier des atteintes à des droits. Dans ce cadre, Saleilles considère que les « droits » accordés par le corps social aux « individus » sont le résultat d'un équilibre entre les droits de l'individu et les droits de la société : « [...] on ne conçoit plus aujourd'hui qu'il y ait aucun droit individuel qui soit antérieur ou supérieur au droit social, aucun qui soit absolu de sa nature, la propriété pas plus que les autres, pas plus que la liberté contractuelle » (Le Code civil..., p. 111). Une telle affirmation pose plusieurs problèmes. Tout d'abord, on se demande ce qu'elle vise exactement. Jamais les droits de l'individu n'ont été posés de façon absolue, même si Saleilles tend à considérer que tel est le cas : v. sur ce point son intervention devant la Société de législation comparée sur les « garanties judiciaires contre les abus du législatif », *Bull. Sté. Lég. Comp.* 1901-1902, t. XXXI, p. 240-246. Saleilles s'interroge sur la possibilité d'introduire en France, comme cela est pratiqué aux Etats-Unis, l'exception d'inconstitutionnalité. Il juge cette introduction inadéquate dans le cadre institutionnel de la III^e République en raison de l'inconsistance du texte de référence le plus immédiatement à la disposition du juge : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ce que Saleilles constate, c'est que, faute d'une déclaration des droits précisant nettement le contenu et la substances des droits, le juge serait confronté à des droits définis abstraitement et absolument. En conséquence, Saleilles conclut à l'inopportunité de l'introduction de l'exception d'inconstitutionnalité. La déclaration des droits de l'homme de 1789 réalise cette synthèse, souhaitée par Saleilles, entre les nécessités de la société et la sphère individuelle. Elle prévoit des cas dans lesquels l'atteinte aux droits est licite (par exemple, le droit de propriété, jugé comme « inviolable et sacré », peut faire l'objet de restrictions en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique) et des procédures permettant la restriction (recours à la loi). Ensuite, à partir du moment où il s'agit de définir un équilibre entre droits de l'individu et droits de la société, il faut bien délimiter ce que recouvrent ces droits de l'individu, puisque si les droits réellement accordés à l'individu sont le résultat du compromis, il faut définir que certains intérêts de l'individu ont par eux-mêmes une « valeur » supérieure qu'il faut protéger. Le résultat du compromis trace des limites ; il ne permet pas de définir les termes du compromis. Or, définir « socialement » ces droits (par l'utilité sociale) est impossible.

vement⁶⁶, il n'est pas certain qu'ils aient assumé les conséquences ultimes du sociologisme, doctrine potentiellement dangereuse, comme l'a souligné Julien Benda⁶⁷, dès lors qu'elle est effectivement « débarrassée », si l'on ose dire, de tout idéalisme. Si le fondement des libertés individuelles est certainement fragilisé, il n'en reste pas moins qu'ils n'évacuent pas la question de leur nécessaire respect.

*

* *

Incroyable syncrétisme que la pensée institutionnelle de Saleilles ! Il apparaît ainsi comme un pont entre différentes sphères du droit et traditions philosophiques. Il s'inscrit dans le cadre d'une double rénovation du droit public et privé, marqué, dans le premier, par la crise de la pensée révolutionnaire libérale et l'avènement des sciences sociales ; dans le second, par le sentiment d'inadéquation entre les conditions historiques, sociales et techniques d'élaboration du Code civil napoléonien et le développement de nouvelles conditions de production et de travail. Sur ce plan, Saleilles pourrait apparaître comme le promoteur d'un droit sinon « socialiste », au

⁶⁶ Selon F. Gény, Saleilles se serait élevé « contre une conclusion excessive des idées positivistes et sociologiques, qui s'était fait particulièrement jour dans certains travaux de M. Léon Duguit. [...] Mais, en même temps, il ne pouvait manquer d'apercevoir le danger d'un système, qui, prétendant écarter tout critère de justice sociale, ne faisait qu'y substituer un postulat dépendant de forces variables et d'opinions contingentes. Ce qu'il reproche décidément à Duguit, c'est sa négation formelle du droit subjectif, qui supprime toute idée de personnalité individuelle, pour ne plus considérer que l'interdépendance des rapports sociaux, dont l'appréciation risque de conduire à l'oppression ou à l'arbitraire ». Nous ne distinguons pas quant à nous une telle divergence, et il semble que les passages reproduits traduisent une grande concomitance de pensée. De plus, Duguit n'a pas non plus abouti au rejet de toute protection de l'individu, bien au contraire, et s'est fait le défenseur du principe de contrôle de constitutionnalité. Il est certain, toutefois, que les convictions chrétiennes de Saleilles ne pouvaient s'accommoder d'une vision trop radicalement anti-subjectiviste des droits individuels, puisqu'elles impliquent une adhésion à un système de valeurs qui se présente comme intemporel et invariable, notamment dans ses caractères fondamentaux. L'idée de transcendance s'accorde mal avec le relativisme objectiviste. Il est toutefois difficile de cerner la place de la religion dans une pensée juridique qui a tenté de s'en abstraire (sur ce point *RTDC*, 1906, p. 847 et s.). Seules quelques notations affluent, mais à peine : « Au lieu du droit qui s'isole, ce qui est contraire aux résultats de la sociologie et plus contraire encore aux postulats de l'Évangile, nous ne comprenons plus que le droit qui fusionne, et dont il importe de fixer la place et la fonction dans l'ensemble des droits » (Les méthodes..., p. 326). Que l'homme ait été heurté par les conséquences ultimes de l'objectivisme social n'a pas empêché le juriste de développer une théorie juridique qui évacuaît très largement la logique subjectiviste.

⁶⁷ *La trahison des clercs*, Paris, Grasset, coll. « Les Cahiers Rouges », 2003, p. 207-208.

moins partiellement « hégélien », comme le montrent les problématiques du « sens de l'histoire », du progrès social, de la subordination du « politique » au « social », du juge érigé en outil d'adaptation du droit aux nécessités « sociologiques » du moment. Mais si le projet de Saleilles est « socialiste », il l'est dans le sens défini par Duguit, qui fait de l'homme un être social ; il est tout sauf révolutionnaire (encore moins marxiste) puisqu'il vise précisément à éviter toute transition révolutionnaire par un « évolutionnisme » modéré. Ainsi, le but ultime de Saleilles est de sauver le libéralisme politique en le conciliant avec des préoccupations d'ordre social. Il se rapproche en cela de la doctrine solidariste qui se présentait comme un moyen terme entre libéralisme et socialisme. Sur le plan juridique, la pensée de Saleilles opère une synthèse que l'on peut juger de prime abord curieuse : s'il dépasse une conception purement révolutionnaire du droit (volontarisme, individualisme, représentation), c'est plutôt à une reconstruction de celle-ci à partir de postulats rénovés qu'il procède, plus qu'à une négation complète. Son modernisme juridique n'aboutit pas non plus à se couper de toute tradition tirée de droit d'avant la révolution : paradoxalement, sa volonté d'ériger le juge en outil du progrès juridique le conduit à se situer dans une tradition judiciaire plus héritée de l'Ancien régime que du droit révolutionnaire lui-même (soumission à la volonté générale de la Nation). Ses modèles juridiques sont, sur ce plan, à chercher du côté de la Rome antique et de l'organisation des tribunaux d'Ancien régime. Le trop strict volontarisme révolutionnaire a peut-être pour lui constitué une régression juridique, au nom même des valeurs qu'il était susceptible de véhiculer.

Nicolas HAUPAIS