

NOTICES POUR L'HISTOIRE DE LA SCIENCE JURIDIQUE

GUSTAV HUGO (1764-1844) (*)

1. Né à Lörrach (Bade) en 1764, Gustav Hugo est mort à Göttingen en 1844. Il fut professeur de droit à l'Université de Göttingen à partir de 1788, date à laquelle il publia les *Fragments des Institutes de Justinien* jusque-là ignorés. Il rédigea une importante histoire du droit romain qui fut partiellement traduite en France par Jourdan. Mais il composa surtout un traité philosophique où il exprime sa position à l'égard de la doctrine du droit naturel et préfigure sous certains aspects l'historicisme et le positivisme.

Lehrbuch des Naturrechts als eine Philosophie des positiven Rechts (Traité du droit naturel comme Philosophie du droit positif), 1798.

2. Cette œuvre prétend s'opposer à l'idéal jusnaturaliste du XVIII^e siècle et s'insérer en même temps dans un mouvement de retour aux traditions nationales germaniques.

Hugo est hostile à la raison universelle vantée par les philosophes des « Lumières », aux idées qu'elle véhicule (état naturel, loi de nature et contrat social), à l'abstraction qu'elle implique (il critique notamment la méthode héritée de Thomasius). Et il est ainsi conduit à condamner les projets de codification. Thibaut sera son adversaire tout désigné... Cependant, la lecture de cet ouvrage révèle sur de nombreux points une influence du kantisme assez paradoxale et soulignée par les commentateurs (Cf. LANDSBERG, *Kant und Hugo, Zeitschrift Privat und Öffentlich. Recht.*, 1901, 670 et s.; E. DE TEJADA, *Tratado de Filos. der.*, Sevilla, 1977, I, 562). On la perçoit dans l'affirmation préliminaire de certains « devoirs » fondamentaux (v. *infra*) comme dans le vocabulaire et dans la démarche adoptée : elle consiste à classer les droits, issus des devoirs, en fonction du « mien » et du « tien », et selon un schéma personnaliste aboutissant à voir dans la propriété une « obligation passive universelle » (v. notre notice *Propriété*; v. en général F. VON HIPPEL, *G. Hugos jurist. Arbeitsplan*, in *Gesamt. Schriften*, 1964, 47 et s.).

Si l'on relativise l'importance de ce rattachement à Kant, qui se présente au moins dans la forme, on doit considérer la réaction de Hugo à l'égard du jusnaturalisme comme une justification de l'intérêt

(*) Version intégrale d'une notice à paraître dans l'*Encyclopédie philosophique* (P.U.F.).

qu'il porte à l'histoire nationale et à la coutume, proche en cela de Burke et de Justus Möser.

3. La portée de telles prises de position se manifeste, semble-t-il, clairement dans la constitution de l'Ecole historique. Hugo en est, dit-on souvent, le précurseur et Savigny (voir notre notice sur cet auteur) est son continuateur (cf. H. WEBER, *G. Hugo. Vom Naturrecht zur historischen Schule*, Göttingen, Vandenhoeck, 1935; F. MEINECKE, *Die Entstehung des Historicismus*, 1936; E. WOLF, *Grosse Rechtsdenken*, Tübingen, Mohr/Siebeck, 1963). Mais il désapprouvera le *Volksgeist* de Savigny : l'histoire ne comporte pas un esprit populaire même inconscient et n'est pas davantage mue par un principe de développement organique; Hugo reste empiriste et « inductif » comme les philologues de Göttingen le lui ont appris (cf. Fz Wieacker, inf.).

Au-delà toutefois de l'Ecole historique, la conception de Hugo prépare le positivisme qu'elle a engendré, s'affirmant au point d'articulation du jusnaturalisme et du positivisme (cf. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, Giappichelli, 1979, 44 et s.); et elle annonce la science analytique d'Austin, qui d'ailleurs reprendra le titre « Philosophie du droit positif » (cf. WOLF, *ibid.*, 485-486; G. FASSO, *Hist. philo. droit*, trad., L.G.D.J., 1976, 31-32); elle débouche sur une doctrine dogmatique du classement abstrait qui caractérisera le Pandectisme et la *Begriffsjurisprudenz*. Ihering ne s'y est pas trompé, qui reproche à Hugo de sombrer dans l'exposé des divisions et intitulés « sans continuité ni unité » (*L'Esprit du droit romain*, Introd., § 5, note 31).

4. Hugo a proposé une définition du droit naturel qui l'autorise à l'évacuer. Il n'est de droit naturel acceptable, dans sa perspective, que s'il se ramène à une « philosophie du droit positif ». Qu'est-ce à dire ? Cette philosophie vise, explique Hugo, « la connaissance rationnelle au moyen des concepts de ce qui peut être droit dans l'Etat ». Elle s'entend donc d'une élaboration théorique du discours juridique, portant au plus haut degré de compréhension ses catégories et dégageant à la limite sa logique (comp. T. VIEHWEG, *Einige Bemerkungen zu Hugos Rechtsphilosophie*, in *Fests. Engisch*, Frankfurt, Klosterman, 1969, 87).

« Ce qui peut être droit dans l'Etat » doit être largement compris. Il s'agit non seulement de la loi reposant sur une volonté expresse, mais aussi du « droit coutumier, de la doctrine scientifique et de la jurisprudence » (§ 134). Hugo n'exclut que le droit international qui dépasse l'Etat et correspond à une espèce de norme morale ? La base du positivisme de Hugo est donc moins exigüe que celle du légalisme auquel s'attache au XIX^e siècle la doctrine française de la volonté générale. Elle recouvre plutôt l'ensemble des données que l'Ecole analytique d'Austin s'efforcera de rationaliser.

A cet égard, Hugo s'éloigne de Montesquieu dont apparemment il croit imiter la démarche. C'est à tort qu'il compare sa philosophie du droit positif avec la recherche de « l'esprit des lois ». Car l'esprit des lois ou « natures des choses » déborde la matière qu'étudie Hugo. Si Hugo considère à la limite la coutume et les pratiques spontanées, il ne s'interroge pas comme le fait Montesquieu sur leurs conditionnements sociologiques. Il regarde l'institution sous ses diverses formes comme produit de l'histoire, mais non la genèse de l'histoire elle-même par rapport à ses facteurs d'évolution. Il est vrai que Hugo modifie parfois

sa méthode : au sujet de la propriété, il n'hésite pas à mettre en évidence des éléments psychologiques (instincts), sociologiques (mœurs locales) ou moraux (sentiment de la liberté), tout en empruntant ses exemples à Montesquieu (ainsi, la propriété organisée par les Jésuites au Paraguay).

5. Le plus significatif dans cette définition de Hugo est en tout cas son rejet implicite du droit naturel, sous prétexte précisément de le définir. Et sous cet angle, Hugo s'oppose encore à Montesquieu puisque celui-ci admet de corriger les influences qu'il juge mauvaises de la « nature des choses » en se référant à des exigences tirées de la nature humaine dans le langage du jusnaturalisme moderne. Montesquieu désavoue l'esclavage ou la polygamie, dont il a révélé les causes sociales ou climatiques. Reprenant ces institutions, Hugo estime ne pas avoir à se prononcer sur leur valeur ; l'histoire justifie le fait établi... Il arrive cependant parfois que Hugo ait le souci de fonder autrement que sur l'histoire l'institution dont il apprécie l'aspect positif : la propriété privée se fonde ainsi à ses yeux sur la liberté comme condition de la satisfaction des besoins élémentaires.

Hugo écarte d'emblée le droit naturel en arguant de son absence d'autorité ou de force obligatoire et de sa portée purement morale et extérieure au droit positif. Il ne saurait être mis sur le même plan que ce droit, seul objet d'investigation scientifique, ni traité comme un droit positif général, bien que ses principes parviennent à s'introduire dans le corps des dispositions « positives » à la faveur d'un amalgame des notions : c'est l'exemple classique depuis le droit romain de la bonne foi requise dans les contrats ou des *Gewissenpflichten*.

En cela, il y a par conséquent un positivisme très net chez Hugo. Positivisme que redécouvrira l'*Analytical School* et dans le prolongement duquel la théorie du droit du formalisme a été conçue. La philosophie du droit d'après Hugo dessine le modèle de la « théorie pure » de Kelsen. Se débarrassant du droit naturel, c'est la philosophie qu'elle finit par abandonner pour s'ériger exclusivement en *théorie* ; Bobbio a pertinemment observé ce glissement (*ibid. sup.*).

On a pu penser que l'attitude de Hugo demeurerait attachée d'une certaine façon au jusnaturalisme. Franz Wieacker a parlé à son propos d'un « jusnaturalisme inductif », typique du « moment scientifique de la science du droit » (*Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967, in 21/I). Mais un tel jusnaturalisme ne pourrait tout au plus caractériser qu'un naturalisme à la manière de Montesquieu, un *natürliches Recht* et non un *Naturrecht*, ce qui n'est pas vraiment le cas... Reste à faire la part de la survivance de principes méthodologiques kantiens dans le Traité de Hugo, et, mieux encore, de cette détermination des devoirs, au seuil de la partie intitulée *Juristische Anthropologie*, qui n'est pas simple clause de style mais énoncé d'une pensée mûrie et réfléchie. Hugo enseigne à cet endroit que le devoir est le « sentiment de la contrainte à l'action » et que ses trois pôles d'attraction sont « la vertu, la conscience ou la probité et l'amour »...

BIBLIOGRAPHIE

- Gustav HUGO, *Lehrbuch des Naturrechts als eine Philosophie des positiven Rechts, besonders des Privatrechts*, 1^{re} éd., 1798, v. 4^e éd. : Berlin, A. Mylius, 1819.
- Sur cette œuvre, v. les ouvrages critiques cités dans la notice. Ad. A. MERKEL, *G. Hugo*, 1900 ; G. MARINI, *L'opera di Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*, 1969.

G. GURVITCH (1894-1965) (*)

L'idée du droit social. Notion et système du droit social. Histoire doctrinale depuis le XVIII^e siècle jusqu'à la fin du XIX^e siècle, Paris, Sirey, 1932.

1. L'essentiel de la pensée juridique de Georges Gurvitch apparaît dans cet important ouvrage, même si l'on a pu percevoir certaines évolutions dans ses œuvres ultérieures (v. *in fine*).

De longs développements sont consacrés par Gurvitch à ce qu'il appelle l'« Ecole du droit social naturel » (il analyse ainsi l'*appetitus societatis* chez Grotius ou le *jus sociale* selon Leibniz) ; d'autres passages, très fournis de références, concernent des questions spécifiques (la formation de la doctrine de Gierke favorable à la codification en Allemagne ou la théorie de la personnalité morale sous l'aspect de son fondement réel et sociologique). Mais au-delà de ces divers essais, il faut saisir une notion centrale et unitaire autour de laquelle le système d'interprétation s'organise : la notion de « fait normatif » par laquelle Gurvitch prétend définir le droit en le qualifiant d'emblée de « droit social ».

2. Gurvitch entend opposer au droit individualiste issu de la philosophie libérale un « droit social » caractérisé par « l'intégration objective d'une totalité par l'aménagement de la communion de ses membres ». Ce droit a donc l'ambition d'établir des relations d'« intégration » ou, pourrait-on dire dans le langage de Duguit, de « solidarité », à l'encontre des rapports atomisés et abstraits de la société considérée par le Code civil...

En fait, il est des « communautés réelles » qui ne sauraient être la source d'aucun droit (communauté d'amour, d'amitié), qui excluent toute « superstructure organisée » : ce sont des communautés « passives ». Seules engendrent un droit les communautés « actives », capables d'accueillir l'« idée-action » ou la « valeur-créatrice » de la *justice* ; mais l'activité créatrice doit ici être comprise comme un processus d'objectivation logique : elle tend à reconnaître des activités spécifiées, fondées sur la parenté, la localité ou la profession. Cependant, la communauté active n'existe que si la structure logique qui coïncide avec le résultat de l'activité créatrice existe déjà. Ainsi, on est en présence de communautés qui « dans un seul et même acte, engendrent le droit et fondent leur existence sur lui ».

(*) Version complète d'une notice à paraître dans l'*Encyclopédie philosophique* (P.U.F.).

Or, précisément, de telles communautés constituent ce que Gurvitch nomme des « faits normatifs ». Ces faits sont « des éléments de la vie juridique, des composantes du droit ». D'où l'impossibilité d'assimiler le droit à « un complexe de règles abstraites ».

3. S'agit-il alors de suivre une méthode sociologique opposée à la méthode normativiste, celle du positivisme légaliste traditionnel et, plus particulièrement, celle du positivisme formaliste de Kelsen ? Gurvitch récuse cette dissociation. Il reproche au positivisme, surtout dans sa dernière manifestation (kelsénienne) d'avoir « habitué à exclure de l'analyse juridique les problèmes les plus importants soulevés dans le droit », d'avoir ignoré la vie sociale. Et il montre que le « fait normatif » fausse le principe même d'une distinction, car il désigne une réalité sociologique qui apparaît à l'intérieur du droit, qui en définit le cœur.

Gurvitch estime pouvoir finalement associer les deux termes d'idéalité et de réalité pour caractériser sa méthode. Son mouvement est double : elle conduit, d'un côté, à inclure les données sociales dans la science juridique, et, de l'autre, à retrouver dans ces données elles-mêmes « l'élément idéal et normatif du droit ». Il y a par conséquent chez Gurvitch un refus constant du schéma d'une action causale unilatérale : celle qu'il retient est toujours réciproque.

Reste à préciser la portée du mot « normatif ». Les faits qualifiés ainsi ne se confondent pas « avec les réalités sociales ayant trait à des valeurs et qui font l'objet de la sociologie ». Le fait normatif est celui qui « doit pouvoir se justifier comme tel : les valeurs qu'il incarne doivent se justifier comme des valeurs positives, s'affirmer comme rattachées à la Justice et comme servant à l'idéal moral. Or, ajoute Gurvitch, la sociologie purement descriptive et interprétative, comme toute autre, ne s'occupe et ne peut s'occuper des problèmes de justification ». Cette méfiance à l'égard de la sociologie oblige à considérer la doctrine du « droit social » comme étant d'inspiration beaucoup plus nettement phénoménologique, et c'est ce qui deviendra surtout évident quand Gurvitch essaiera de se démarquer de l'enseignement du droit naturel (v. *inf.* n. 5).

4. Le fait normatif oriente en même temps vers une conception des sources du droit. La pensée de Gurvitch présente sans doute moins d'intérêt du point de vue du « pluralisme » qu'elle inaugure (comp. avec son autre ouvrage *L'expérience juridique et la philosophie pluraliste du droit*, Paris, Pedone, 1935) que du point de vue de la distinction qu'elle introduit entre deux sortes de droit positif.

Il convient de partir de l'observation d'une dualité de sources. Les faits normatifs eux-mêmes visent les « sources primaires », à côté desquelles ce que l'on entend d'ordinaire par source (la loi, etc.) figure simplement au titre des « sources secondaires », recouvrant l'ensemble des « procédés techniques » destinés à « constater formellement » les faits normatifs. La source légale, dans la perspective du positivisme, est placée au service du fait normatif.

Gurvitch prétend d'ailleurs ne pas être seul à adopter ce type de division qui rejoint (comme il l'indique aussi dans *Le temps présent et l'idée du droit social*, Paris, Vrin, 1932), la doctrine sociologique durkheimienne de Duguit ou la théorie de Gény relative au « donné » et au « construit », aux « sources réelles » et aux « sources formelles » (v. notre

notice sur Gény). Et il s'attaque vivement comme ces auteurs au primat des « sources formelles » au XIX^e siècle, c'est-à-dire au « fétichisme de la loi écrite ». Il affirme tout d'abord que les sources formelles ne « tirent leur validité » que des sources réelles : des faits normatifs. Or, comme le fait normatif est le droit lui-même, le droit positif, il est nécessaire de distinguer deux genres de droit positif : d'une part, le « *droit positif formel* », strictement ramené aux sources formelles, et, d'autre part, le « *droit positif intuitif* ». Dans le premier, les faits normatifs sont constatés par divers « procédés techniques prévus d'avance » (coutume, loi, doctrine, pratique des tribunaux, convention, acte-règle, etc., selon la variété des faits normatifs « d'union ou de communion », de « rapport avec autrui », de « domination », etc.). Dans le second, qui vient logiquement en premier, constituant la « source primaire », les faits normatifs sont plutôt constatés par le moyen d'« une intuition directe et immédiate ».

5. Il est dès lors inévitable d'approfondir le contenu de cette intuition, ne serait-ce qu'afin de prouver que la philosophie du « droit social » ne reproduit pas une philosophie du droit naturel qui s'ignore. La préoccupation de Gurvitch est d'éviter un jugement hâtif sur ses positions qui y décèlerait justement un jusnaturalisme implicite (il répudie ainsi le jugement de Le Fur et de Aillet, v. références à leurs recensions in Bibliogr.). Mais Gurvitch apporte à cet égard l'argumentation la plus complète dans un article publié sous le titre *Droit naturel ou droit positif intuitif* (in Arch. ph. droit, 1933, 55 s.).

Tandis que le droit naturel est « contradictoire », le droit positif intuitif est une « réalité indiscutable ». C'est ce que permet de démontrer l'analyse de la distinction de « l'idéal moral » et de « la justice » qui n'en est que la traduction ou l'objectivation logique. L'idéal ne peut avoir qu'une fonction « régulative » de l'expérience ; quant à la justice, qui est d'essence logique, elle a l'aptitude à « former le droit », même si le droit n'est encore qu'« un essai plus ou moins réussi de réaliser la justice, essai nécessairement positif, parce qu'établissant l'ordre et la sécurité pour servir la justice ». La justice comme telle s'oppose au droit naturel. Non seulement elle est une véritable catégorie logique, mais elle devient « un élément constitutif du droit » ; elle ne présente aucune extériorité par rapport à lui. Le droit naturel, par contre, suppose une telle extériorité, attribuant à la justice une dimension axiologique et cherchant à déduire de son idée le droit positif, ou proposant d'apprécier le droit positif constitué en référence à elle. La démarche est contradictoire, car la justice ne peut être perçue sans falsification intellectuelle comme une nature immuable dans son contenu ou sous son aspect de valeur : forme logique objective, elle exprime un idéal moral mobile et changeant : on le voit dans le domaine ethnographique, quand on remarque que la vie humaine peut être sacrifiée dans certaines sociétés dans un esprit de respect pour la justice, au point que l'institutionnalisation de ces sacrifices apparaît comme un « essai » de la réaliser (exemple qui toutefois peut laisser perplexe le lecteur d'aujourd'hui, vu l'évolution de l'histoire et des guerres!).

Dans son étude du mode de représentation ou de saisie de la valeur, par une « intuition », Gurvitch se rattache à la phénoménologie schélérienne, bien qu'il ne la suive pas jusqu'au bout. Admettre que la valeur est « la donnée immédiate d'une intuition non intellectuelle », c'est recon-

naître qu'elle est un « fait » qui s'impose ; un jugement toujours postérieur à l'évidence du fait vient « détacher » la signification propre de la valeur. Il reste que le « fait normatif » est une particularité du droit qui ne se retrouve pas au plan de la morale, puisque dans le droit « la valeur de la réalisation est infiniment moindre que la valeur à réaliser ».

6. Le droit naturel étant écarté (mais ramené à sa version idéaliste sous sa forme extrême : le « dogmatisme rationaliste », le « droit positif intuitif » peut être examiné dans son rapport avec les formes de droit coutumier ou « spontané ». Le « droit positif intuitif » n'est certes pas un droit autonome, « car il s'appuie, comme le droit positif formel, sur la constatation de faits normatifs »... ; mais, s'« il s'agit là d'une réalité empirique spontanée, constatée d'une façon immédiate et non par déduction », le droit positif intuitif n'est pas pour autant le « droit spontané » lequel renvoie à un « droit inorganisé, engendré par les faits normatifs, avant toute constatation ». C'est en ce sens que Gurvitch se sépare du mouvement du « droit libre », même s'il a profondément subi l'attraction de Ehrlich (*Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913) ou des tendances à la psychologie sociale et au pluralisme de Petrasyszki (V. GURVITCH, *Une philosophie intuitionniste du droit : Léon Petrasyszki*, in *Arch. ph. dr.*, 1931, 403 s.). Il tend alors à se rapprocher beaucoup plus de Radbruch qui parlera aussi de « droit social » mais en un sens différent, indépendamment de toute connotation socialisante (v. notre notice sur Radbruch et l'article de GURVITCH, *Une philosophie antinomique du droit : G. Radbruch*, in *Arch. ph. dr.*, 1932, 530 s.).

Cette distinction entre le droit positif intuitif et le droit spontané sera reprise et développée par Gurvitch, soucieux cependant de montrer que si la spontanéité disparaît du droit social, le pluralisme auquel elle est associée se maintient. Ce pluralisme est d'ailleurs l'élément de la pensée de Gurvitch qui tend de plus en plus à se dégager au cours de son évolution ; et il s'accorde au projet d'établir les méthodes scientifiques de la sociologie du droit. C'est en grande partie à Gurvitch que les *Archives de philosophie du droit* doivent leur essor d'avant-guerre ; c'est principalement grâce à lui qu'une nouvelle discipline appelée « Sociologie du droit » a pu se constituer. Gurvitch présentera une première synthèse sous le titre *Éléments de sociologie juridique* (Paris, Aubier-Montaigne, 1940 ; comp. *Sociology of law*, New York, Philos. libr., 1942, et London, Kegan Paul, 1947) et lui donnera sa forme définitive dans son *Traité de sociologie* (v. *Problèmes de sociologie du droit*, ch. IV, du *Traité*, Paris, P.U.F. (B.S.C.), II, 1968). Gurvitch insiste alors sur la nécessité qui n'a pas toujours été suffisamment perçue « d'une élaboration précise de la sociologie du droit, indépendamment des besoins particuliers des juristes contemporains » ; ce qui ne peut être fait, d'après lui, qu'« en partant des différents types de cadres sociaux, de l'importance variée que le droit y joue, des rôles différents des groupes de juristes, des genres et des formes multiples du droit... » ; et il propose cette définition qui paraît synthétiser l'apport des analyses antérieures depuis *Le droit social* : « le droit représente un essai de réaliser dans un cadre social donné, la justice (c'est-à-dire une réconciliation préalable et essentiellement variable des œuvres de civilisation en contradiction) par l'imposition d'enchaînements multilatéraux entre prétentions et devoirs, dont la validité dérive des faits normatifs, qui portent en eux une garantie des conduites correspondantes ».

7. On ne saurait conclure sans évoquer la réflexion politique de Gurvitch dans le prolongement de ces vues. On sait l'attachement qu'il n'a jamais caché au socialisme proudhonien. Mais la question s'est posée pour lui de savoir dans quelle mesure l'exigence du socialisme démocratique que l'on peut faire valoir au plan particulier des institutions (v. GURVITCH, *Socialisme et propriété*, in *Rev. méta. mor.*, 1930) devient compatible au plan général des sources avec le « fait normatif ». Ce problème est abordé et résolu dans *L'idée du droit social* de la manière suivante : il désigne un « problème d'organisation ou plutôt de rapports entre la superstructure organisée et la communauté sous-jacente d'un groupe. Pour cette raison, indique Gurvitch, je n'ai jamais considéré le droit spontané et inorganisé de la communauté comme l'incarnation de la démocratie ! Le principe démocratique cherche à trouver un équilibre dans le conflit perpétuel, dans la tension qui oppose l'organisé et le spontané d'un groupe ; il se propose de garantir l'ouverture de la superstructure organisée par rapport à l'influence de la communauté sous-jacente ; il garantit l'infiltration du droit inorganisé dans le droit organisé ». De telles considérations renvoient à un autre aspect de la philosophie de Gurvitch qu'il est hors de propos d'étudier ici : elles prendront tout leur sens dans l'analyse du rôle de la liberté, au point d'articulation de l'inorganisé et de l'organisé, dans la sociologie de l'action individuelle et collective dont cette liberté (évacuée par la sociologie déterministe durkheimienne ou marxiste) est la condition clef (*cf. Déterminismes sociaux et liberté humaine*, Paris, P.U.F. (B.S.C.), 1955).

J.-M. T.

BIBLIOGRAPHIE

A noter une édition anastatique de *L'idée du droit social*, en 1972.

Sur le « droit social », v. G. AILLET, *Le droit social*, *Rev. méta. mor.*, 1933, 259 s. ; *Morale théorique et science des mœurs*, in *APhD*, 1937, III-IV, 26 s. ; P. ARCHAMBAULT, *Le problème des valeurs dans une doctrine récente*, in *APhD*, 1940, I-IV, 205 s. ; G. BALANDIER, *Préf.*, *Perspectives de la sociologie contemporaine*, 1968 ; N. BOBBIO, *Istituzione e diritto sociale (Renard e Gurvitch)*, in *Riv. internaz. filos. dir.*, 1936 ; E. DIAZ, *Sociologia y Filosofia del derecho*, Madrid, Taurus, 1982 ; L. LE FUR, *Droit individuel et droit social. Coordination, subordination ou intégration*, in *APhD*, 1931, III-IV, 279 s. ; P.L. LÉON : recensions aux *APhD*, 1932, 292-298, 1935, I-II, 289 ; 1939, I-II, 261 ; V. PALAZZOLO, *La teoria del diritto di G. Gurvitch*, in *Arch. cultura italiana*, 1940 ; A. SANCHEZ DE LA TORRE, *Sociologia del derecho*, Madrid, nouv. ed., 1985 ; *Sociologia de los derechos humanos*, Madrid, Centro estud. constit., 1979 ; H. SINZHEIMER, *Eine Theorie des sozialen Rechts*, in *Zeitschr. öff. R.*, 1936.

FRANÇOIS GENY (1861-1926) (*)

1. L'œuvre de François GénY est représentative d'un courant de pensée critique à l'égard du positivisme légaliste régnant depuis la Révolution (comp. Saleilles, Duguit) et opposé à l'École de l'Exégèse qui a dominé les études de droit au XIX^e siècle (*cf.* les travaux du bordelais J. Bonnacase). Dans la même atmosphère intellectuelle, se situera le célèbre manifeste de Kantorowicz publié en 1906 sous le pseudonyme de Cnaeus Flavius : *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*.

(*) Version intégrale d'une notice à paraître dans l'*Encyclopédie philosophique* (P.U.F.).

I. — *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1899.

2. Reconnaissant en *Epilogue* sa sympathie pour le mouvement germanique du « droit libre », Gény s'attaque, au plan méthodologique, à l'esprit déductif qui non seulement enferme dans des dogmes rigides la conception de la formation des lois (thèse rousseauiste souvent dénaturée de l'autorité de la volonté générale), mais encore stérilise la vie même du droit en rendant purement mécanique l'application des textes. Un renouvellement des méthodes d'interprétation s'impose (influences parallèles de Ihering et du néo-kantisme de Stammler). Ce qui ne va pas sans une révision des sources.

3. Au plan des sources, *fontes iuris*, c'est l'idée d'une loi auto-suffisante que condamne Gény.

D'une part, la règle a une portée limitée. Il n'y a pas de « plénitude logiquement nécessaire de la loi écrite » (cf. déjà Montesquieu et le *Discours préliminaire au Code civil* de Portalis). Le législateur ne saurait tout prévoir. L'existence des « lacunes » le montre bien. Force est donc, en rénovant l'interprétation, de recourir à des arguments (ainsi, l'analogie) qui rompent le cadre étroit de la logique formelle et syllogistique afin d'intégrer dans le raisonnement juridique des éléments étrangers à la norme. Il convient aussi d'écarter le procédé artificiel de la fiction et l'abus des abstractions (notions de sujet de droit ou de patrimoine, cf. notre notice *Biens*) auquel entraîne le préjugé légaliste. Plus largement, doit s'ouvrir la voie vers une « libre recherche scientifique » qui, en dépassant les tentatives de l'Ecole historique (Savigny) ou sociologique, peut conduire à une meilleure adaptation des lois aux données historiques et sociales sans cesse mouvantes.

4. D'autre part, la règle ne doit pas être la seule source. Force est également de considérer le rôle de la coutume, voire des usages, et de la jurisprudence en conférant au juge un pouvoir créateur. Ce qui rejoint l'attitude de « libre recherche scientifique » qui se veut empirique et inductive. Mais en l'absence d'une remise en cause plus radicale du système légaliste fondé sur la volonté générale, il faut bien admettre que ces sources n'ont de valeur que supplétive...

Conformément, en outre, aux exigences du droit naturel, c'est à la raison et à la conscience que revient le dernier mot, mais sans que de tels impératifs aient force obligatoire.

Enfin, Gény estime que le principe d'autonomie de la volonté doit être développé dans le domaine des actes juridiques (cf. note notice sur cette notion), tant que des intérêts supérieurs ne sont pas compromis. C'est sans doute la meilleure manière pour le droit de s'organiser, indépendamment des codes.

II. — *Science et technique en droit privé positif*, 1913-1924.

5. Point d'aboutissement de la réflexion de Gény, cette œuvre synthétique et structure les éléments de son système philosophique dont on a précédemment saisi l'ébauche.

Gény propose une doctrine ouvertement jusnaturaliste, mais de type éclectique et qu'il place sous les autorités les plus différentes.

La distinction de la science et de la technique est empruntée à Bergson, et adaptée. Il en va de même de l'autre distinction sans laquelle elle ne peut se comprendre, celle du « donné » et du « construit ».

La science, la connaissance juridique, s'occupe du *donné*. Les concepts de droit, dont la finalité n'est pas spéculative mais pragmatique et vise l'application, constituent le *construit*, lequel est une image imparfaite et nécessairement tronquée et limitée du donné. Le construit relève dans son étude propre et sa mise en œuvre de la technique (savoir des moyens d'action).

Les concepts s'organisent, au sein du construit, sous forme de lois, de propositions normatives et abstraites que la technique est encore chargée d'exprimer en traduisant le donné. Gény maintient en l'occurrence le légalisme dont il n'avait pu vraiment se débarrasser au point de vue des sources. Le travail de la science qui prépare l'élaboration des concepts en fournissant une matière à partir de la découverte et de l'analyse du donné, est donc d'anticiper sur la tâche du législateur.

6. Ce que le législateur doit respecter, ce ne sont plus des principes figés et dogmatiques, issus du positivisme volontariste, c'est l'évidence intellectuelle qu'impose le donné. Donné d'abord réel et historique qui recouvre l'ensemble des facteurs psycho-physiques, socio-économiques et nationaux, et englobe les coutumes et les mœurs d'un peuple et s'étend au droit positif du passé, ce qui correspond à un conditionnement difficile à éluder. Donné ensuite rationnel et idéal où se manifestent les exigences imprescriptibles de la raison et de la conscience éthique sous l'aspect de « règles de conduite », où peuvent apparaître les commandements d'une morale religieuse justifiant le destin de l'homme et où, derrière la notion d' « idéal », se profilent « de nouveaux préceptes », ceux auxquels aspire l'humanité confiante dans le « progrès incessant du droit »... Dans le « donné rationnel » qui demeure prépondérant s'affirme un droit naturel tiré d'une nature humaine immuable suspendue à la *lex aeterna* de Dieu sous l'influence du néo-thomisme (Cathrein) et du néo-kantisme qui a contaminé ce dernier ; ce que l'on perçoit nettement à travers la doctrine de la « fonction sociale » (cf. in Fz. WIEACKER, *op. cit.*, in Bibliogr., 6, 29, III).

7. Quant à l'interprétation, elle doit dépasser la technique rivée au concept et être capable de revenir au-delà des sources *formelles*, son point de départ obligé, aux sources *réelles*, au donné scientifiquement établi. La technique est soumise à la science, le droit du juriste praticien est subordonné à la réflexion théorique (et finalement le *Juristenrecht* au *Volksrecht*). C'est la condition d'une « libre recherche scientifique ». Ainsi se présente une conception téléologique particulière (cf. in WIEACKER, *ibid.*) qui invite à regarder, au-delà de la loi, son esprit qui ne se confond pas avec la *ratio legis* et coïncide avec le donné. Montesquieu avait déjà assimilé l' « esprit des lois » à une « nature des choses » qu'il entendait comme le « donné réel » et « historique » selon Gény, objet d'une observation sociologique, et auquel il n'hésitait pas à rattacher, en les considérant comme fondamentalement directrices, les indications d'un droit naturel rationnel (stoïcisme cicéronien et Ecole germano-hollandaise du « droit de la nature et des gens »). Cette tradition de pensée dualiste se retrouve dans *Science et technique* en un amalgame avec diverses doctrines qui montre la curiosité et l'érudition de l'auteur mais appelle un approfondissement philosophique.

J.-M. T.

BIBLIOGRAPHIE

GÉNY *F.*, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique.* Paris, Sirey, 4 vol., 1930.

Sur l'œuvre de Gény :

- ouvrages collectifs : *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de Fr. Gény*, 3 vol., Paris, réimpr. de l'éd. de 1936 ; *Le centenaire de Fr. Gény*, Paris, Dalloz, 1963 ;
- ouvrages généraux et études spéciales : J. BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1939 ; *Sources du droit et romantisme*, Paris, Sirey 1928 ; H. COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 3 Aufl., Gruyter, 1976 ; J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969 ; E. DIAZ, *Sociologia y Filosofia del derecho*, réimpr. 2a ed., Madrid, Taurus, 1982 ;
- G. FASSO, *Histoire de la philosophie du droit XIX^e-XX^e s.*, trad., L.G.D.J., 1976 ; L. LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofia del derecho Barcelona*, Bosch, 5 ed., 1979 ; G. PERTICONE, *La concezione speculativa dell'attività giuridica*, 1932.40 s. ;
- G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, L.G.D.J., 1925 ; F. TERRÉ *En relisant Gény*, in *Archives philo. droit*, Sirey, 1961 ; TOUTSAKEVITCH, *Gény*, thèse droit, Paris, 1938 ; M. VILLEY, *Fr. Gény et la renaissance du droit naturel*, in *Seize essais de philosophie du droit*, Dalloz, 1969.