

LA CLASSIFICATION DU DROIT PÉNAL ET LA CONFIGURATION CONCURRENTIELLE DE LA FACULTÉ DE DROIT À LA FIN DU XIX^e SIÈCLE

L'âge d'or de la pensée juridique française est daté. Plus personne ne conteste aujourd'hui que ce point culminant a été atteint à l'aube du xx^e siècle¹. Pas plus d'ailleurs que l'ancrage sociodramatique dans lequel il s'insère. Le moment de grâce procèdera en effet d'une crise majeure des facultés de droit, sommées d'intégrer la nouvelle donne politique et sociale qui émerge à la fin du xix^e siècle. Les préoccupations de la Cité – que la République transforme en défis pour ses promoteurs – grondent jusqu'à résonner entre les murs d'une institution qui ne peut plus ignorer la clameur.

Les professeurs de droit prennent brutalement conscience de ce que leur savoir et sa méthode d'enseignement sont en décalage avec la réalité sociale. S'ensuit alors une réaction qui divisera le corps. D'un côté, les enseignants qui œuvreront à l'affermissement de la République et à l'ajustement du droit positif à la demande sociale que l'industrialisation a rendu saillante. De l'autre, les enseignants qui s'érigeront en gardiens de l'ordre juridique établi par le législateur. Tandis que les premiers concèdent la nécessité d'un nouvel âge scientifique, les seconds demeurent attachés à la tradition facultaire, fût-elle exilée du monde sensible.

La question du statut du droit pénal, qui mobilise le corps professoral au moment de la division de l'agrégation des facultés de droit, en dit long sur la vitalité et les ressorts de cette tension. Certes, la modernisation du droit, consubstantielle à la consolidation d'un État social républicain, a eu lieu. Elle s'est accompagnée, en l'occurrence,

1. V. Pour une étude récente, le numéro 29 de la revue *Mil neuf cent*, consacré à « La belle époque des juristes. Enseigner le droit dans la République », *Mil neuf cent*, n° 29, 2011.

d'un grand mouvement de rénovation des facultés de droit dans lequel s'inscrit sans doute le sectionnement du concours. Ce dernier constitue en effet le degré d'achèvement d'une série de réformes initiées par la diversification des disciplines d'études et couronnées par la division du doctorat désormais conçu comme un véritable grade scientifique.

L'avènement du droit public comme science autonome devait bouleverser la structure d'une filière, jusqu'alors unitaire, et suggérer la création d'une agrégation de droit public aux côtés et sur le même plan que l'agrégation de droit privé. Les professeurs de droit, consultés sur ce projet, y consentirent majoritairement. Doit-on en conclure que les légistes de la République ont rallié les tenants de la vieille Ecole de droit ? Rien n'est moins sûr si l'on s'attache au sort qui a été réservé au droit pénal dans cette réforme.

C'est Adhémar Esmein, Professeur de droit constitutionnel à la Faculté de Paris, qui a été choisi par les dirigeants de l'administration républicaine de l'enseignement supérieur pour défendre le sectionnement de l'agrégation et répartir les disciplines juridiques entre les nouvelles sections ². Il y pourvoira sans faire état de difficulté particulière, excepté pour une matière. La nécessité de rattacher le droit pénal au droit privé ou au droit public, conformément à la physionomie désormais bipolaire de la filière, suscite en effet quelques hésitations au sein de la communauté des juristes. Autrement dit, dans cette division du droit, que l'on peut résumer à grands traits pour les besoins de la cause comme opposant « le droit des relations entre particuliers » à celui qui « est lié à l'entrée en scène des personnes publiques ³ », la situation du droit pénal ne se laisse pas aisément saisir.

Or, à vrai dire, l'embarras à répertorier le droit pénal dans l'une ou l'autre des deux branches du droit ne ressortit pas à une quelconque équivoque scientifique. Comprenons que, sur ce terrain, la cause est entendue. D'après le critère de division des branches du droit, le droit pénal appartient sûrement au droit public ⁴. C'est d'ailleurs la

2. V. « Rapport présenté au Conseil supérieur de l'Instruction publique, le 23 juillet 1896, sur un projet d'arrêté portant réorganisation de l'agrégation des Facultés de droit par A. Esmein, membre du Conseil », *Annales d'histoire des Facultés de droit*, 1984, n° 1, p. 124 et s.

3. J. Rivero, « Droit public et droit privé. Conquête ou statu quo », *Dalloz* 1947, chr., p. 18.

4. Cette division repose sur une différence d'objet entre le droit public et le droit privé, respectivement dominés par les notions de « souveraineté et d'État » et celles de « famille et de propriété ».

conviction de l'auteur des *Éléments de droit constitutionnel*. Mais, pour une raison qui défie à la fois la science et la logique – «le droit criminel est appliqué par les tribunaux judiciaires comme le droit civil» – le droit pénal sera intégré dans le champ du droit privé.

Il ne s'agit pas ici d'entrer bien avant dans le débat juridique que cette classification interpelle. D'ailleurs toute tentative de consolidation de la thèse organique mène à une impasse. L'hypothèse d'un dénouement fondé sur le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire procède, en dépit de la thèse reçue, d'une vaine perspective méthodologique ⁵.

Cette conclusion n'en reste pas moins féconde. Elle l'est dans la mesure où elle libère un autre champ d'analyse. Car c'est en inscrivant l'étude dans une réflexion plus vaste, portant pour une large part sur l'histoire de la pensée juridique, que les considérations qui dominent cette classification se font jour. C'est précisément cette réflexion que nous nous proposons de livrer ici non pas en tant qu'elle constitue une clé de lecture de la faillite du discours savant dans cette classification – c'est un argument pratique qui scellera paradoxalement le sort de la discipline –, mais bien plutôt parce qu'elle renseigne la configuration dans laquelle se trouve la Faculté de droit, et partant, la communauté des juristes, à la fin du xix^e siècle. En l'occurrence, c'est une configuration concurrentielle que la question du droit pénal, envisagée sous cet angle, fait émerger.

Car, à l'arrière-plan de la question du statut du droit pénal, se joue l'effectivité d'une nouvelle conception de la formation des juristes, entée sur l'excellence scientifique, qui entame déjà l'ancien système, circonscrit à la formation de praticiens expérimentés. Par sa nature scientifique, et par son utilité pratique, le droit pénal tient en effet aux deux modèles d'enseignement tandis qu'il faudrait le ranger définitivement dans l'un des deux. En ce sens, *la question du droit pénal révèle-t-elle un clivage dans la manière de penser l'enseignement du droit (I)* entre les partisans d'un enseignement pratique du droit dont le modèle est celui des Écoles de droit napoléoniennes et les tenants de l'ouverture scientifique des Facultés de droit, promue par les dirigeants républicains de l'administration de l'enseignement supérieur. La perméabilité du droit pénal à la conception pratique de la formation des juristes (1) n'est pas exclusive de sa perméabilité à l'ouverture scientifique de cette formation (2).

5. V. Notre thèse de doctorat sur *La classification académique du droit pénal, entre droit public et droit privé. Sur un paradoxe de la science du droit*, Thèse de doctorat de droit public, Université de Caen, 2009.

En sorte que *son dénouement renseigne l'univers symbolique des juristes de droit privé auxquels reviendra l'enseignement du droit pénal et, par défaut, celui des juristes de droit public (II)*. Tandis que les premiers ont en charge de former des praticiens, les seconds préparent des savants. C'est, en forçant à peine le trait, le sens des connexions que le discours de justification de la classification du droit pénal fait valoir en l'intégrant dans la section de droit privé. Ce discours repose en effet sur la connivence existant entre le droit pénal et le monde judiciaire, laquelle exclut *de facto* que les publicistes aient à en connaître, fussent-ils pourtant scientifiquement fondés à en connaître. Or, ces connexions ne sont pas anodines.

Loin de créer les conditions d'une coexistence paisible entre les deux corps de juristes bientôt formellement en présence dans les Facultés de droit, elles tendent bien plutôt à jeter le discrédit sur les juristes de droit public, ainsi d'emblée marginalisés dans cette enceinte. Car si les juristes de droit privé s'occupent de pratique judiciaire, quelle mission incombera alors à leurs homologues publicistes ? Autrement dit, s'agit-il toujours de science juridique lorsque la pratique n'est plus au cœur de l'activité des juristes ? D'après les solidarités neutralisantes – au premier rang desquelles figure la connivence entre l'enseignement du droit et la pratique judiciaire –, sur lesquelles repose le discours des Écoles de droit et dont la question du droit pénal trahit symboliquement la vitalité, rien n'est moins sûr. Comprendons que cette représentation est en quelque manière fatale à ceux qui enseignent le droit public. Elle entame d'emblée leur légitimité. En effet, parce que, d'après ce discours, l'enseignement du droit ne saurait être « légitimement » conçu en dehors du lien primitif qui l'unit au monde judiciaire, toute discipline, et partant, tout juriste qui se situe en marge de cet univers neutralisant se situe, *mutatis mutandis*, en marge du droit. Ainsi, à l'univers symbolique des juristes de droit privé prétendument neutralisé par leur familiarité avec la pratique judiciaire (1) s'oppose celui des juristes de droit public prétendument suspect par leur voisinage avec la science (2).

I. La classification du droit pénal et la conception duale de la formation des juristes à la fin du XIX^e siècle

La question du statut du droit pénal se pose en 1896 accessoirement à une réforme des études de droit qui propose de diviser le concours de l'agrégation en une section de droit public et une section

de droit privé par un ajustement de l'organisation de la filière au discours de la science du droit, convaincue à la fin du xix^e siècle d'une altérité de l'État par rapport au particulier. En sorte qu'il s'agissait d'analyser l'objet du droit pénal pour déterminer la place qui devait lui revenir dans l'espace académique ainsi redéfini. Or, si telle avait été la manière de procéder, le droit pénal aurait sûrement été intégré dans la section de droit public. Du reste, c'est bien ainsi qu'Adhémar Esmein avait d'emblée envisagé cette problématique.

Ce dernier affirme en effet dans son rapport que « *logiquement, scientifiquement*, il [le droit criminel] appartient au droit public, car dans sa conception moderne, tout délit est une atteinte à l'ordre public, une attaque contre l'État. En outre, le droit pénal contient les théories pénitentiaires qui n'ont aucun rapport avec le droit privé et la procédure criminelle, en tant qu'elle organise la garantie de la liberté individuelle et règle l'institution du jury, rentre incontestablement dans le droit public ⁶ ». Mais, pour une raison qui échappe à toute rigueur scientifique, le droit pénal sera répertorié dans la section de droit privé.

En réalité, l'enjeu de cette classification ne repose pas tant sur la détermination de la véritable nature du droit pénal au regard du clivage scientifique que constitue la distinction du droit public et du droit privé que sur les modalités de l'enseignement de la discipline. En somme, c'est la conception de l'enseignement du droit qui dominera le débat. C'est dire, conséquemment, que cette conception est duale. Comprendons que le mouvement de rénovation des études juridiques, dans lequel s'inscrit la réforme de l'agrégation, n'a pas fait table rase du passé. L'innovation, qui se traduit par l'ouverture scientifique des études juridiques, ne rompt pas radicalement avec la finalité professionnelle caractéristique du modèle des Écoles de droit napoléoniennes. C'est l'un des enseignements de la réflexion sur le statut du droit pénal. Car c'est bien plutôt la perméabilité de la discipline à chacun de ces deux modèles d'enseignement que son irréductibilité à l'une ou l'autre des deux branches du droit qui fait débat. Par son utilité pratique, le droit pénal tient sans doute au modèle des Écoles de droit essentiellement conçu pour former des praticiens (1), tandis que par sa nature scientifique, il s'accommode encore d'une conception plus haute destinée à constituer une forte élite intellectuelle (2).

6. Rapport d'Esmein, *op. cit.*, p. 124.

1. La perméabilité du droit pénal à la conception pratique des études juridiques

Par son utilité pratique, le droit pénal tient à un modèle d'enseignement à vocation professionnelle. Telle est la première branche de l'alternative qui se pose au « juriste de doctrine ⁷ » chargé de défendre le projet de sectionnement des études juridiques à la fin du XIX^e siècle. Cette perspective recèle un choix régressif. Comprenons que cette lecture de la problématique atteste le poids de la tradition institutionnelle. Car telle est la conception qui domine le système d'enseignement napoléonien du droit dont la structuration s'ordonne autour de la finalité strictement utilitaire des études de droit.

La réorganisation de l'enseignement du droit procède au début du Consulat de la nécessité contingente de reconstituer les professions judiciaires. À défaut d'une formation solidement encadrée durant la période intermédiaire, l'initiative privée devait en effet prendre le relais au préjudice de l'image et de la compétence des juristes. La loi du 22 ventôse an XII qui crée les Écoles de droit s'insère donc dans une réforme plus vaste de la justice et des professions judiciaires. Du reste, cette loi rétablit et organise la profession d'avocat. L'exposé des motifs de la loi par Foucroy, fidèle serviteur du Premier Consul, est sans équivoque quant à la mission des nouvelles institutions. Les Écoles de droit sont conçues pour former des praticiens expérimentés ; elles sont des écoles professionnelles dans le sens le plus absolu du terme : « Telle est, législateurs, la substance du projet qui vous est présenté. Il a pour but de rétablir une branche d'instruction dont le vide se fait sentir avec force depuis plusieurs années ; il complète sur ce point ce qui manquait à la loi du 11 floréal an X, il écartera du temple des lois ceux qui oseraient le profaner sans titre et sans lumière ; il formera des hommes éclairés à la profession du barreau ; il contribuera, par les bonnes études, à faire renaître et recommencer parmi nous ces magistrats célèbres par leur mérite et

7. L'expression est de Charles Eisenmann. Dans une célèbre contribution aux *Archives de philosophie du droit*, Eisenmann établit une typologie des problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique. Il y affirme que ces dernières intéressent « le juriste de doctrine », entendons que « la subdivision d'un genre en espèces – est la mission propre, donc l'œuvre responsable des seuls théoriciens (c'est-à-dire des personnes attachées à la connaissance systématique du droit) ». Les classifications sont « la création de la théorie et d'elle seule, sa création souveraine, en ce sens qu'il s'agit de décisions intellectuelles en vue de la meilleure analyse possible (...), en vue de la meilleure mise en ordre et intelligence possibles... ». V. Charles Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, n° 11, 1966, p. 29.

leurs vertus qui ont illustré les deux derniers siècles ; enfin, il fera connaître à l'Europe qui nous contemple, le prix que le chef auguste du gouvernement attache aux sciences utiles et les soins qu'il ne cesse de prendre pour en faire servir l'influence à la prospérité de la nation qui lui a confié ses destinées ⁸ ».

Cette conception l'emportera et les Écoles de droit, géographiquement situées – « le prestige de la magistrature modèle l'organisation des Facultés de droit, au début du siècle, autour de centres créés dans les villes sièges de cours d'appel ⁹ » – réaliseront la confusion entre le système d'enseignement du droit et la pratique judiciaire. En effet, du serment des professeurs et suppléants, prêté devant la Cour d'appel dans le ressort de laquelle est située l'École de droit, au rattachement initial desdites écoles au ministère de la Justice, sans que ne soit même laissée au hasard la couleur de la robe des professeurs et des docteurs, qui revêtent le rouge de l'habit des cours de justice, l'organisation des études de droit présente de nombreux points de contact avec le milieu judiciaire.

Le contenu des programmes d'études et la méthode d'enseignement qui a cours dans ces écoles ne trahissent pas cette hétéronomie. Il est prescrit qu'« un professeur enseignera tous les ans les Institutes de Justinien et le droit romain. Trois professeurs feront, chacun en trois ans, un cours complet sur le Code civil des français, de manière qu'il y ait un cours qui s'ouvre chaque année. Dans la seconde et la troisième année, outre la suite du Code des français, on enseignera le droit public français et le droit civil dans ses rapports avec l'administration publique. Un professeur fera un cours annuel de législation criminelle et de procédure criminelle et civile ¹⁰ ». La part faite à l'enseignement du droit public est considérablement réduite d'autant que « dans les deux premières années de l'ouverture des écoles et en attendant que le second et le troisième cours de droit civil français puissent commencer, les deux professeurs destinés à les ouvrir dans

8. Discours prononcé au Corps législatif par Fourcroy, sur un projet de loi relatif à l'instruction publique, 30 germinal an X, *Recueil des lois, décrets, ordonnances, arrêtés et circulaires du grand maître, règlements du Conseil de l'Université, décisions de Facultés, etc., concernant L'enseignement du droit, précédé d'une table chronologique suivi d'un appendice contenant les divers rapports ou autres documents sur l'enseignement du droit et accompagné de tables alphabétiques et par ordre de matières, publié par ordre du ministère de l'instruction publique, grand maître de l'université*, Paris, imprimerie Royale, 1838, p. 404 et s.

9. J. Fialaire, « L'université et l'enseignement du droit à travers l'histoire », *Du droit du travail aux droits de l'humanité*, Études offertes à Philippe-Jean Hesse, Presses Universitaires de Rennes, 2003, p. 470.

10. Décret du quatrième jour complémentaire, article 10, *Recueil Beauchamps*, t. 1, 1789-1847, p. 142.

les années XIV et XV enseigneront l'un le droit public français, l'autre le droit civil dans ses rapports avec l'administration publique¹¹ ». C'est donc par défaut que le droit public sera enseigné, qui plus est, par des civilistes. En outre, une instruction du 19 mars 1807 viendra préciser que « la brièveté du temps de ces cours (de droit public) avertit assez le professeur qu'il ne s'agit pas d'entrer bien avant dans la théorie de ces matières, et que son enseignement doit surtout s'appliquer aux connaissances positives et pratiques¹² ». En somme, les études juridiques se réduisent essentiellement au Code civil, enseigné d'après la méthode exégétique conformément au postulat légaliste de réduction du droit à la loi. Car au fond, l'enseignement du droit romain dans ses rapports avec le droit français n'est prévu que pour les besoins d'une bonne compréhension du Code civil dont il est un élément originel et le reste du programme ne comprend que des matières considérées comme accessoires à la seule science juridique véritable, le droit civil. La domination romano-civiliste répond sans doute au souhait de Bonaparte que soient diffusées chez les juristes les idées d'un Code qu'il considère comme « la véritable constitution de la France¹³ ». Elle sert en même temps la finalité étroite des études juridiques. L'exégèse du Code civil suffit pour ainsi dire à former l'élite judiciaire.

Dans ce système minutieusement pensé, le sort du droit criminel va de soi. Au regard de la finalité strictement professionnelle des études de droit, il n'était pas envisageable de priver les futurs membres du barreau ou les candidats à la magistrature de cette « figure de procès ». La mission assignée aux Écoles de droit l'intègre ainsi naturellement dans leur programme et de fait, la législation criminelle est enseignée dès le premier quart du XIX^e siècle. L'affinité du droit pénal avec la pratique judiciaire vient donc au principe de son inscription dans le programme des études juridiques. Elle circonscrit en même temps la latitude du professeur chargé de le dispenser. Comprendons que, d'après le cantonnement téléologique des études de droit, ce dernier devra s'en tenir à la stricte exégèse des lois pénales. Au demeurant, le cours de droit pénal est jumelé avec un cours de procédure civile et criminelle, qui en réduit considérablement l'exposé. D'emblée confié à l'un des rédacteurs du Code de procédure civile, l'enseignement de la législation criminelle est réduit à la

11. Article 11 du décret, *Ibid.*

12. Instruction du 19 mars 1807, *Recueil Beauchamps*, t. 1, *op. cit.*, p. 165.

13. L'expression est de Charles Giraud (ancien professeur de la Faculté de droit de Paris, historien et homme d'État), *Précis de l'ancien droit coutumier français*, 2^e éd., 1875.

portion congrue conformément à l'Instruction du 19 mars 1807 qui précise que « la brièveté du temps de ces cours avertit assez le professeur qu'il ne s'agit pas d'entrer bien avant dans la théorie de ces matières, et que son enseignement doit surtout s'appliquer aux connaissances positives et pratiques ¹⁴ ». Dans le cas contraire, c'est la censure disciplinaire sinon judiciaire qui menace. Les déboires du suppléant François-Nicolas Bavoux, traduit en 1819 devant la Cour d'assises comme « prévenu d'avoir dans un discours public, excité à la désobéissance aux lois », pour s'être aventuré hors des sentiers exégétiques en critiquant un chapitre du Code pénal sur la violation de domicile, firent un exemple ¹⁵. Si les charges retenues contre le suppléant seront finalement déclarées insuffisantes pour fonder une condamnation pénale – Bavoux sera acquitté par la Cour d'assises – elles suffiront en revanche à justifier la suspension de ses fonctions.

Le fondement de l'inscription du droit pénal dans le programme des études de droit scellera le destin académique de la discipline. Entendons que la familiarité du droit pénal avec le monde judiciaire qui lui vaudra d'être d'emblée enseigné – fût-ce sobrement – résonne toujours à la fin du siècle tandis que la réforme du système d'enseignement du droit s'inscrit prétendument en faux contre le modèle des Écoles de droit napoléoniennes.

2. La perméabilité du droit pénal à l'ouverture scientifique des études juridiques

À la fin du ^{xix}^e siècle, lorsque les études juridiques font l'objet d'une série de réformes que celle du concours de l'agrégation vient parachever, la Faculté de droit républicaine est supposée rompre avec la vocation strictement professionnelle de l'enseignement du droit. Autrement dit, le modèle républicain de l'enseignement du droit s'édifie à partir d'une critique du système napoléonien. À vrai dire, la critique est ancienne. Le projet du Premier Consul connaît d'emblée quelques contradicteurs lors de la discussion de la loi du 22 ventôse an XII portant création des Écoles de droit et, en dépit du succès du

14. *Op. cit.*

15. V. Sur cette affaire M. Ventre-Denis, « La Faculté de droit de Paris et la vie politique sous la Restauration. L'affaire Bavoux », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1987, n° 5, pp. 2-64. V. aussi, M. Ventre-Denis, *Les sciences sociales et la Faculté de droit de Paris sous la Restauration. Un texte précurseur : l'ordonnance du 24 mars 1819*, Paris, Aux amateurs de livres, Coll. des Mélanges de la Bibliothèque de la Sorbonne dirigée par A. Tuilier, 1985.

modèle académique civiliste, les partisans d'un enseignement scientifique du droit n'ont jamais désarmé.

Leur ambition pour la formation des juristes excède la préparation aux carrières judiciaires. En sorte que leur projet contredit l'institution consulaire tant dans le contenu de son programme d'études – qu'ils souhaitent notamment élargi aux sciences politiques et administratives – que dans la méthode qui est adoptée pour l'exécuter. Celle-ci deviendra d'ailleurs le point nodal de la querelle. L'école de l'exégèse est prétendument l'ennemi de la science du droit ; son rayonnement conditionne la stagnation des études juridiques. Telle est la conviction des contempteurs de la doctrine civiliste qui opposeront l'observation du mouvement social et de la vie réelle à la rigidité du « *dura lex sed lex* », consubstantiel à l'idée que le droit s'identifie tout entier à la loi. Dès lors, en toile de fond, c'est un débat sur les sources du droit qui émerge. Les partisans d'un enseignement scientifique du droit ne partagent pas les vues légalistes des dignes épigones du Premier Consul, rompus à l'exégèse du Code. Ils ne conçoivent le droit qu'en étroite connexion avec la réalité sociale. À ce titre, militeront-ils en faveur de l'affirmation de la jurisprudence comme source du droit. Outre que la loi ne saurait tout prévoir, l'interprétation ne vaut qu'en regard des faits dont le secours sera plus éloquent que la recherche de l'intention d'un législateur qui a pensé le texte en son temps. Cette alternative, qui recèle des convictions idéologiques en marge de l'utilitarisme pédagogique et scientifique du despotisme éclairé et de la Révolution française, sera ravivée à intervalles réguliers sous l'impulsion d'ardentes personnalités déterminées à sensibiliser l'opinion sur la faiblesse des études de droit. Pour n'évoquer que les plus saillantes d'entre elles, le nom d'Anathase Jourdan sera éternellement associé au « premier organe spécial et périodique de la science du droit ¹⁶ ». Le fondateur de la *Thémis* (1819-1831), allait en effet mener dans les colonnes de sa revue un combat immodéré « pour préserver la science française des abus et de la stérilité scientifique de l'école de l'exégèse ¹⁷ ». Le système d'enseignement du droit légué par les législations consulaire et impériale sera le principal objet de ses fulminations. En effet, « la *Thémis* est née de la nécessité de relever

16. J. Bonnecase, *La Thémis (1819-1831). Son fondateur Athanase Jourdan*, 2^e éd. entièrement refondue et augmentée d'une introduction générale à l'histoire de la science du droit privé en France de 1789 à 1830, Paris, Librairie de la société du recueil Sirey, 1914, p. 150.

17. J. Bonnecase, *L'école de l'exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*, Paris, Ed. de Boccard, 2^e éd., 1924, p. 205.

les études de droit en pleine décadence ¹⁸ ». Elle offre une précieuse tribune à ceux qui combattent leur stagnation ¹⁹.

La dissidence s'exprime encore dans des travaux universitaires. En digne héritier de Jourdan, Klimrath fera le panégyrique de l'étude historique du droit dans sa thèse de doctorat présentée devant la Faculté de Strasbourg en 1833 ²⁰. Le courant alternatif est désormais nommé. Ses partisans sont, pour la plupart, influencés par le modèle germanique qu'exalte la pensée, parmi les plus profondes de la nation allemande, de Friedrich Carl von Savigny ²¹. Le chef de file de l'École historique du droit marquera les esprits outre-Rhin par son plaidoyer – consigné dans *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit* ²², paru en 1814 – contre l'École philosophique de Thibaut, thuriféraire de la codification et de ses accents universalistes. Contre l'idée d'un droit universel contenu dans une norme abstraite hors de portée des gouvernés, Savigny défend celle d'un droit essentiellement changeant, qui croît comme chaque culture nationale, organiquement, à partir de la conscience collective du peuple. La prospérité de la science du droit en Allemagne sera directement

18. J. Bonnecase, *La Thémis*, op. cit., p. 163.

19. Dans ce sillage transgressif, d'autres publications verront le jour telles que la Revue étrangère de législation et d'économie politique, fondée en 1834 par Fœlix et la Revue de la législation et de jurisprudence de Wolowski qui parut en 1835.

20. « L'on accuse souvent le Droit – écrivait-il – d'être une étude aride, peu intéressante, à laquelle il faut bien se résoudre, puisque la complication des rapports et des intérêts ne permet plus de décider les différends par les seules inspirations de l'équité naturelle ou de l'usage, mais qui, fastidieuse analyse de textes plus ou moins arbitraires, ne peut que dessécher l'esprit et le cœur. Ce reproche n'est que trop fondé, lorsque, par une méthode déplorable, on réduit le Droit à n'être plus qu'une affaire de mémoire, afin de retenir les dispositions de la loi, et une simple interprétation grammaticale et logique, afin d'argumenter subtilement des cas prévus aux cas pour lesquels il manque une solution légale. Comment son étude inspirerait-elle un goût vif et généreux ; comment offrirait-elle un intérêt plus élevé que cet intérêt vulgaire qu'on prend à tout métier qui vous fait vivre, lorsqu'on s'arrête à la lettre morte, et qu'on méconnaît son intime connexion avec ce qui donne la vie et la dignité aux sciences morales, avec la philosophie et l'histoire ? Si l'on comprenait mieux la nature et l'origine du Droit, son principe éternel et ses formes variables, mais progressives, on y apercevrait, sous une face particulière, tous les problèmes et toutes les destinées de l'humanité. Sciences historiques, philosophiques, politiques, économiques, il n'en est pas une qui ne trouvât dans le Droit son complément, en même temps qu'elles l'éclaireraient toutes de leur lumière... », V. Klimrath, *Travaux sur l'histoire du Droit français, recueillis, mis en ordre et précédés d'une préface*, par Warnkoenig, Paris et Strasbourg, t. 1., 1843, pp. 1-3.

21. V. La publication et traduction en français par O. Jouanjan des textes inédits de F.-C. Savigny et de son disciple G.-F. Puchta, *L'esprit de l'école historique du droit*, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, Collection de l'Université R. Schuman, nouvelle série n° 7, 2004.

22. F.-C. von Savigny, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, réédition aux PUF, Collection Léviathan, 2006.

associée au succès des idées du savant pédagogue²³. Compte tenu des choix opérés, la France allait souffrir de cette comparaison.

Édouard de Laboulaye sera l'artisan de cette longue agonie. Déçu par un système d'enseignement qu'il reniera en professant au Collège de France, Laboulaye ne se résignera cependant jamais à la faiblesse des études juridiques²⁴. Un voyage providentiel en Allemagne cimentera son engagement. *De l'enseignement du droit en France et des réformes dont il a besoin* est publié à son retour en 1839 dans l'espoir explicite qu'une refonte du système français soit envisagée à partir du modèle allemand : « Nos écoles de droit – écrit-il –, il est fâcheux de le dire, ne peuvent soutenir la comparaison avec les Universités d'Allemagne²⁵ ». Car il s'agit d'« une école de logiciens qui, ne remontant pas au-delà de la loi, mais l'acceptant comme base indiscutable, comme majeure absolue, tira de ces textes nouveaux tout ce qu'en pouvait déduire un raisonnement exact et sévère, sobre de digressions historiques ou de recherches métaphysiques, et qui ne veut aller ni en deçà ni au-delà de la volonté législative²⁶ ». Convaincu que le

23. V. En ce sens, M.L.A. Warnkoenig, *De la science du droit en Allemagne depuis 1815*, Paris, Joubert, Libraire-éditeur, 1841. Warnkoenig est professeur de droit à l'Université de Fribourg. D'après lui, la période de prospérité qu'a connu la science du droit en Allemagne débute en 1815 concomitamment à la controverse qui opposa Thibaut et Savigny et dont l'issue fut favorable au fondateur de l'École historique. Au moment où la force d'attraction du modèle des Écoles de droit napoléoniennes menace l'Université allemande, Savigny conçoit une défense du système d'enseignement germanique – entée sur ses convictions scientifiques – qui triomphera du projet de ses contradicteurs. Savigny défend une institution proche de l'*Universitas* médiévale parce qu'elle représente le cadre dans lequel il a fait la double expérience privilégiée de la connaissance scientifique comme recherche et comme communication et de l'enseignement comme reproduction et communication de l'acte de connaissance dans la liberté totale de l'enseignant et l'enseigné. « Dimension sociale de la science, unité de l'enseignement et de la recherche, liberté de l'enseignement et des études – tels sont en fait les principes fondamentaux de la conception de l'Université de Savigny », V. A. Dufour, « Théorie et pratique. De la recherche et de l'enseignement. La conception de l'Université de Savigny », *Droits*, n° 20, 1994, p. 46.

24. Laboulaye enseignera au Collège de France de 1848 à 1883. Mais il débute ses études de droit à la Faculté de Paris en 1829. Warnkoenig sera plus tard son confident. Laboulaye lui livrera son désappointement : « ... J'ai fait mon droit à Paris de 1829 à 1832 ; mais j'ai peu suivi les professeurs ; leur méthode me déplaisait. On enseignait le droit romain d'après Vinnius ; vous avez connu Ducaurroy ! J'ai donc fait des études assez médiocres ; et un jour que, dans une commission pour réformer l'enseignement du droit, M. Blondeau me reprochait d'avoir passé des examens fort ordinaires : Monsieur, lui dis-je, nous sommes du même avis. Ce dont je me plains, c'est de n'avoir jamais rien appris à l'École de droit. Les vieux furent de mon côté. C'est la petite brochure de Klimrath sur l'étude du droit français qui m'ouvrit les yeux vers 1831 ou 1832... », Lettre du 6 février 1864, Papiers Warnkoenig, BNU Strasbourg, MS 2467-27, cité par André Dauteribes, « Laboulaye, l'enseignement et la recherche », *Droits*, n° 20, 1994, p. 57.

25. Laboulaye, *De l'enseignement du droit en France et des réformes dont il a besoin*, Paris, Durand, 1839, p. 1.

26. *Ibid.*, p. 6

meilleur professeur n'apprendra jamais mieux l'exercice du métier que la pratique, de Laboulaye en déduit que l'enseignement du droit a bien plutôt vocation à former « des savants, des professeurs, des législateurs, des politiques qui feront avancer la science et réaliseront quelque jour ses théories ²⁷ ». Ainsi pour ces derniers, préconise-t-il « une connaissance approfondie de l'histoire et de la philosophie ; il leur faut comprendre les plus hautes théories du droit ; les autres ont avant tout besoin d'une connaissance pratique des lois existantes, de la jurisprudence et des procédures les plus ordinaires ²⁸ ».

Telle est la conception de l'enseignement du droit qui domine le mouvement de rénovation des études juridiques sous la troisième République. La défaite militaire de soixante-dix sensibilise sans doute massivement aux vertus du modèle allemand. Mais au principe de l'ouverture scientifique des études de droit vient surtout un projet politique dont l'ancrage apparaît plus solide que par le passé. Au moment où le titre scolaire se substitue à l'autorité comme principe de domination légitime, la valorisation de la compétence scientifique scolairement attestée devient un enjeu de pouvoir ²⁹. La ferveur scientifique des dirigeants de la troisième République va en effet de pair avec la célébration des vertus de la méritocratie. À cet égard, les hauts fonctionnaires de l'administration réformatrice du ministère de l'Instruction publique sont de précieux alliés. D'extraction souvent modeste, ils doivent, pour la plupart, leur existence sociale à la fréquentation de l'École normale supérieure. Aussi cherchent-ils à reproduire le modèle scientifique qui les a fait socialement advenir et à l'étendre à toutes les spécialités. La création des « grandes universités » participe précisément de cette ambition car il s'agit d'édifier de vastes centres scientifiques propices à une communion intellectuelle et morale des élites. Rapporté aux études juridiques, ce projet s'inscrit « contre la matrice civiliste qui fait de chaque Faculté de droit une institution autonome des autres Facultés, et dont la fonction sociale n'est pas liée au système institutionnel universitaire mais entièrement intégrée au monde judiciaire ³⁰ ».

Dans cette perspective, l'extension des programmes d'études sera décisive. Parce qu'elle entame le rayonnement du Code civil, la diver-

27. *Ibid.*, p. 12.

28. *Ibid.*

29. V. En ce sens, G. Sacriste, *Le droit de la République (1870-1914). Légitimations de l'Etat et construction du rôle de professeur de droit constitutionnel au début de la Troisième République*, Thèse pour le doctorat de Science politique, Paris I, 2002, p. 243 et s.

30. *Ibid.*, p. 250.

sification du savoir compromet la finalité strictement professionnelle de l'enseignement du droit. Car « en même temps que cette transformation s'accomplissait, se produisait parallèlement un phénomène d'ordre scientifique, qu'il faut en rapprocher. Certaines branches du droit, pour lesquelles autrefois l'enseignement du droit se bornait presque à l'exégèse des textes, sont devenues des sciences véritables, riches en théories, fécondées par l'histoire et par le droit comparé : tels le droit administratif et le droit constitutionnel ³¹ ». Tel est le constat qu'opère Adhémar Esmein dans son rapport sur la réforme de l'agrégation avant d'en tirer les conséquences sur son régime, c'est-à-dire d'en préconiser le sectionnement. La spécialisation du recrutement recèle en effet une distinction entre les études dites « désintéressées », qu'il s'agit donc désormais de valoriser, et l'étude du droit proprement dite – la science des textes vivants et applicables –, qui constitue la mission essentielle de l'enseignement du droit depuis les réformes napoléoniennes.

C'est dans le cadre de cette Faculté de droit rénovée que le statut du droit pénal sera pensé. En l'occurrence, le droit pénal n'échappe pas au mouvement scientifique qui, pour gagner l'organisation de l'enseignement à la fin du xix^e siècle, agit en premier lieu la science du droit. Ainsi le droit de punir est-il également saisi et interprété à la lumière de l'histoire et de la philosophie. D'autres ressources, notamment d'ordre sociologique, seront encore mobilisées pour tenter d'expliquer le phénomène criminel et repenser conséquemment le dispositif pénal. Du reste, l'idée que le droit pénal n'a pas un développement proprement indépendant des autres manifestations de l'évolution sociale est déjà exprimée dans le cours de législation pénale comparée d'Elzéar Ortolan : « L'analyse nous a démontré – affirme-t-il – comment la législation pénale se lie à toutes les questions d'organisation publique, d'établissement des conditions sociales, de distribution des richesses, de bien-être et de moralisation des classes ouvrières, d'extinction du paupérisme, d'instruction et surtout d'éducation populaire, de bonne administration et de bonne police, en un mot, comment elle fait partie intime de la science des sociétés ³² ». Ce prologue, dont l'intitulé défie la conception napoléonienne de l'enseignement du droit, devait d'ailleurs suffire à attirer

31. Rapport d'A. Esmein, *op. cit.*, p. 120.

32. Cours de législation pénale comparée. Introduction philosophique, Paris, 1839, p. 162. V. M. Ventre-Denis, « Joseph-Elzéar Ortolan (1802-1873) un juriste dans son siècle », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1992-1995, p. 175-239.

l'attention de l'inspection générale des Facultés de droit, rétablie sous le second Empire. Cette dernière ne se lassera pas en effet de surveiller le cours d'Ortolan alors que celui-ci allait précisément étoffer ses premières vues dans un ouvrage d'envergure. Ses *Éléments de droit pénal*, publiés en 1855, invitent à considérer l'environnement social et politique à l'intérieur duquel se déploie l'expérience juridique considérée : « toute Révolution politique a son influence sur le droit pénal – écrit-il – : à plus forte raison celles qui sont à la fois sociales et politiques ³³ ».

Dans ces conditions, par sa nature scientifique, le droit pénal s'intègre naturellement au modèle d'excellence promu par les dirigeants de l'administration républicaine de l'enseignement supérieur. Il a même pour ainsi dire souffert de la conception étroite qui fut celle de son enseignement dans le contexte des Écoles de droit napoléoniennes. C'est tout le sens des réquisitoires prononcés contre le cantonnement des études de droit pénal par les ministres de l'Instruction publique que les parenthèses libérales du *xix^e* siècle hissèrent momentanément à cette place stratégique. Ainsi, après Guizot, de Salvandy devait-il publiquement invoquer la faiblesse des études de droit pénal au soutien du démantèlement de la chaire tripartite, supposé les affranchir de l'ornière utilitaire qui en compromettait le développement scientifique. La chaire sera finalement démantelée en 1846, mais l'enseignement du droit criminel – fut-il désormais dispensé de manière autonome – n'en demeurera pas moins conçu dans une perspective strictement professionnelle ³⁴. En témoigne cet état des lieux livré par un professeur grenoblois dans la *Revue internationale de l'enseignement* en 1899 ³⁵. Paul Cuche déplore en effet que le droit criminel soit resté en retrait du mouvement de rénovation des études de droit : « Au milieu de ce grand travail de fermentation – écrit-il – et de renouveau général dans les idées et les méthodes, une seule branche du droit est restée immobile, figée dans sa conception première, obstinément respectueuse des limites et des tendances qui lui furent imposées au début du siècle. Je veux parler du droit pénal...On peut affirmer sans crainte d'être contredit que dans nos Facultés tous les problèmes sociaux graves et pressants que soulèvent le crime, la

33. E. Ortolan, *Éléments de droit pénal*, (1855), éd. de 1863, p. 69.

34. V. M. Ventre-Denis, « La difficile naissance à la Faculté de droit de Paris, de la première chaire autonome de droit criminel (1804-1846) », *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1991, p. 151-183.

35. P. Cuche, « L'enseignement du droit en France », *Revue internationale de l'enseignement*, juillet-décembre 1899, t. 38, 1899.

misère et la démoralisation sont dissimulés et comme enfouis dans le commentaire exclusivement juridique du Code pénal et du Code d'instruction criminelle, qui les laisse à peine entrevoir. Ce commentaire fait l'objet d'un cours annuel, où les questions de procédure et de compétence sont largement exposées, en considération des aspirations professionnelles de la majorité des auditeurs : et voilà tout le bagage que nos étudiants rapporteront de cette excursion faite à la hâte, et en quelque sorte les yeux bandés, dans un domaine scientifique si vaste, si passionnant et d'un intérêt si actuel ! Les cours d'économie politique leur auront au moins donné l'idée des conditions nécessaires à la prospérité matérielle d'une nation, mais ils ignoreront totalement celles qui peuvent aider à sa prospérité morale. Pour eux, le crime ne sera que la cause juridique d'un effet également juridique qui s'appelle la peine ; la corrélation entre ces deux termes a été prévue par le Code pénal et elle doit être réalisée pratiquement suivant les règles fixées par le Code d'instruction criminelle. Tel est le bilan succinct de leur acquit. Quant aux facteurs de la criminalité, aux influences qui la développent, aux mesures et aux institutions qui peuvent la prévenir et qui sont à elles seules tout un monde, ils sont autorisés à n'en rien savoir, nos programmes ne nous permettant pas d'en parler ³⁶ ».

Il apparaît en somme que le sort de l'enseignement du droit pénal n'a pas été négociable. À vrai dire, celui-ci est en quelque manière scellé dès l'origine. On aura compris que la raison qui préside à l'inscription du droit pénal dans le programme des études de droit est qu'il n'est pas envisageable de priver les futurs avocats et les candidats à la magistrature d'une telle formation. Le droit pénal est donc d'emblée considéré comme faisant corps avec le monde judiciaire et partant, avec ceux qui ont eu la charge d'en former les protagonistes. Cette affinité qui vient au principe de l'inscription du droit pénal au programme des études de droit, sera en l'occurrence déterminante de son statut. Le discours de justification de la classification du droit pénal en droit privé repose précisément sur la connivence existant entre le droit pénal et le monde judiciaire, laquelle exclut de facto que les publicistes aient à en connaître, fussent-ils pourtant scientifiquement fondés à en connaître. L'emprise de ces représentations apparaît sans détour dans le rapport d'Émile Chenon rendu au nom de la Faculté de droit de Paris sur la réforme de l'agrégation. Chenon attachera en effet une importance décisive à ce que « la Faculté a

36. *Ibid.*, p. 290-291.

pensé qu'en exposant l'organisation des juridictions répressives et la procédure criminelle, le professeur ne sortait pas du *milieu judiciaire* auquel appartiennent les autres matières placées dans la même section, et particulièrement la procédure civile, longtemps enseignée avec le droit pénal par le même professeur ³⁷ ». Adhémar Esmein ne dit pas autre chose devant le Conseil supérieur de l'Instruction publique : parce que « le droit criminel est appliqué par les tribunaux judiciaires comme le droit civil ; (Qu') il est interprété par les mêmes jurisconsultes dans la pratique et par les mêmes méthodes ³⁸ », il sera rattaché à la section de droit privé.

En somme, la question du droit pénal éprouve la conception républicaine de la formation des juristes qui s'inscrit en faux contre l'institution consulaire. En ce sens, révèle-t-elle que la manière de penser l'enseignement du droit à la fin du XIX^e siècle est duale. Or, en mobilisant le ressort argumentatif du discours des Écoles de droit, la classification du droit pénal établit que ce modèle demeure influent. Disons qu'elle atténue singulièrement la portée de l'ouverture scientifique des Facultés de droit. Mais il y a plus. Car le discours de justification de cette classification doit être replacé dans le clivage public-privé qui conditionne la division des études juridiques. En sorte que son dénouement renseigne conséquemment l'univers symbolique des juristes de droit privé, auxquels reviendra l'enseignement du droit pénal, et par défaut, celui des juristes de droit public.

II. La classification du droit pénal et l'univers symbolique concurrentiel des juristes à la fin du XIX^e siècle

Les points de contact que le droit pénal présente avec la pratique judiciaire lui vaudront d'être intégré dans le champ du droit privé. Si bien que ce dernier apparaît indissolublement lié à cet environnement spécifique. Or, d'après le discours des Écoles de droit, dont la classification du droit pénal trahit symboliquement la vitalité, il s'agit d'un environnement neutralisé. Car tandis que l'union traditionnelle entre l'enseignement du droit et la pratique judiciaire est conçue pour préparer des exécutants et non des critiques, leur désunion donne à penser qu'elle formera des savants enclins à réclamer une pleine

37. Rapport présenté par E. Chenon à M. le Ministre de l'instruction publique sur la réforme de l'agrégation des Facultés de droit, *Mélanges enseignement du droit*, 1881-1895, Paris 1895, p. 9.

38. Rapport d'A. Esmein, *op. cit.*, p. 124.

indépendance philosophique et scientifique. Autrement dit, le lien entre les études juridiques et le milieu judiciaire garantit un enseignement neutre et impartial. La vigueur de cette représentation à la fin du XIX^e siècle n'est pas étrangère au phénomène des masses de granit associé aux réformes napoléoniennes. À cet égard, les professeurs de Code civil joueront un rôle déterminant. Ils deviendront bientôt les garants de la longévité d'un modèle académique auquel ils doivent leur position d'influence. Ainsi, le lien entre l'enseignement du droit et la pratique judiciaire, qui justifie d'emblée leur monopole, viendra au principe de leur domaine « réservé » dans un domaine plus vaste qu'il faut désormais partager avec les publicistes. Dans ces conditions, l'emprise du discours civiliste explique qu'Adhémar Esmein soit enfermé dans une logique antinomique du public-théorique et du privé-pratique pour classer le droit pénal. Or, cette dichotomie est en quelque manière fatale à ceux qui enseignent le droit public. En effet, à l'univers symbolique des juristes de droit privé prétendument neutralisé par leur familiarité avec la pratique judiciaire (1), s'oppose celui des juristes de droit public prétendument suspect par leur voisinage avec la science (2).

1. *La pratique judiciaire et la prétendue neutralité des juristes de droit privé*

« Quand Napoléon se prépare des juristes, c'est pour avoir des exécutants non des critiques. Ses Facultés lui fourniront des hommes capables d'appliquer ses lois, non de les juger ³⁹ ». Telle est l'ambition du Premier Consul que l'impérieuse nécessité de reconstituer les professions judiciaires au début du siècle ne doit pas masquer. Entendons que sa pédagogie s'accordait sans doute avec sa politique ⁴⁰. Ainsi confiait-il que « Dans l'enseignement supérieur, la science n'est pas un but mais un moyen...L'enseignement supérieur a pour limite le point même où les connaissances cessent d'être nécessaires à l'exercice de la profession. Par suite, doivent être bannies toutes les théories qui ne sont que des théories, toutes les vues qui ne sont que des vues de l'esprit, en un mot toute science pure et désintéressée ⁴¹ ». En

39. H. Taine, *Origines de la France contemporaine. Le régime moderne*, (1886), éd. Robert Lafont, Coll. Bouquins, 1986, t. 5, p. 731 et s.

40. V. Robert Villers, « L'enseignement du droit en France, de Louis XIV à Bonaparte », *L'educazione giuridica, I, Modelli di Università e progetti di riforma*, Libreria universitaria - Perugia, 1975, p. 115.

41. *Ibid.*, p. 111.

somme, « personnellement et politiquement, il était donc l'adversaire de ces grands corps enseignants et savants qui veulent une pleine indépendance philosophique et scientifique. D'utiles Écoles spéciales, isolées, et, par là, plus dépendantes, vouées chacune à une tâche déterminée, répondant chacune à un besoin professionnel nettement défini et généralement compris, faisaient bien mieux son affaire ⁴² ».

Il ne s'agit pas ici de revenir sur l'organisation des Écoles de droit, mais de montrer que leur ancrage dans le milieu judiciaire recèle une définition du rôle professoral exempte de tout soupçon. Ainsi la vocation strictement professionnelle de l'enseignement du droit garde-t-elle de produire des penseurs érudits et indépendants. La méthode exégétique complète le dispositif. L'interprétation du Code s'entend exclusivement du respect du texte posé par le législateur, la stricte application de cette volonté législative devant essentiellement mobiliser les procédés de logique déductive. Nulle autre considération, nul autre élément étranger à la norme, ne doivent interférer d'après cette méthode comme si le droit avait un développement proprement indépendant des autres manifestations de l'évolution sociale. En sorte que les futurs praticiens, rompus au syllogisme, seront de simples exécutants, neutres et impartiaux, à l'instar des professeurs qui auront eu la charge de les former.

À la fin du ^{xix}^e siècle, l'entrée des Facultés de droit en plein courant scientifique entame cette liaison entre l'enseignement du droit et le milieu judiciaire. L'extension des programmes d'études se traduit par l'introduction de disciplines dont le lieu d'expression n'est pas nécessairement le prétoire si bien que les méthodes d'enseignement évoluent conformément aux nouveaux objectifs de la formation. Pour autant, et la question du droit pénal est de ce point de vue éloquent, la définition traditionnelle du rôle professoral n'est pas totalement remise en cause. A cet état de fait, les professeurs de Code civil ne sont pas étrangers. Devant la menace que constituent pour leur monopole les mesures réformatrices de l'administration républicaine de l'enseignement supérieur, ces derniers se draperont dans un conservatisme discursif garant de leur position d'influence. Empruntant à l'analyse de H. S. Becker, selon laquelle « toute activité professionnelle s'accompagne d'un discours de justifications, nécessaires dans les périodes où les observateurs extérieurs s'interrogent sur son

42. L. Liard, *L'enseignement supérieur en France de 1789-1893*, Paris, 1894, t. 2, p. 29 et 31.

utilité ⁴³ », Guillaume Sacriste établit que « l'enseignement du droit oblige ses professeurs à élaborer et à faire valoir un discours pour justifier leur fonction et leur utilité en vue de se voir reconnaître une certaine valeur dans le monde social ainsi que, plus largement, en vue de donner un sens à leur existence sociale ⁴⁴ ». D'après lui, ce discours de justification professionnelle sera élaboré par les civilistes à la fin du XIX^e siècle alors que la généralisation de l'enseignement du droit constitutionnel dans les Facultés de droit est précisément génératrice d'une redéfinition du rôle professoral.

En l'occurrence, l'endogamie avec le monde judiciaire promu par ce discours recèlera les valeurs de neutralité et d'impartialité qui fondent l'institution primitive. « [L'esprit judiciaire] se caractérise par la capacité d'entretenir avec la Justice une relation privilégiée, c'est-à-dire notamment d'échapper à l'inféodation à l'égard des passions humaines et/ou et à l'égard de l'esprit de parti au moment de rendre la Justice au nom de l'institution judiciaire. Il est donc garant de l'impartialité lors d'un règlement judiciaire. Il est donc également au principe même de la justification sociale de l'ensemble des acteurs appartenant au monde judiciaire. On le voit donc, bien loin d'attribuer une fonction sociale mineure aux facultés de droit, le discours de justifications des civilistes définit leurs professeurs comme les gardiens du Temple, véritables pontifes de l'esprit judiciaire, détenteurs des clefs des procédés de magie sociale au principe du règlement pacifique des conflits entre particuliers ⁴⁵ ».

Ainsi, « gardiens de l'esprit judiciaire », les professeurs de Code civil sont en même temps « garants de l'impartialité et de la neutralité » de l'enseignement du droit. L'emprise de cette représentation dans le discours de justification de l'intégration du droit pénal dans le champ du droit privé n'est pas douteuse. La nature pratique du droit pénal prévaudra sur sa nature scientifique avec les conséquences que l'adoption de ce point de vue emportera sur la définition de l'environnement des juristes de droit privé et de leurs homologues publicistes. Faute de connexion avec le milieu judiciaire, ces derniers deviennent suspects.

43. H. S. Becker, *Les mondes de l'art*, Paris, Flammarion, 1988, p. 30.

44. G. Sacriste, *op. cit.*, p. 34.

45. *Ibid.*, p. 35.

1. *La science et la prétendue partialité des juristes de droit public*

Les juristes de droit public n'appartiennent pas au milieu judiciaire. Dès lors, ils ne sont pas supposés partager les valeurs de neutralité et d'impartialité que recèle cet environnement. Tel est l'autre enseignement qu'il convient de tirer des connexions que le discours de justification de la classification du droit pénal fait valoir en l'intégrant dans la section de droit privé. À vrai dire, l'absence de lien entre le droit public et la pratique judiciaire sera habilement invoquée tout au long du *xix^e* siècle pour justifier l'indigence de son enseignement. La défiance des régimes autoritaires envers un programme tenant du mystère réservé aux rois et à leurs ministres sera largement relayée par les professeurs de Code civil. Ces derniers argueront volontiers que l'enseignement des « sciences de l'État ⁴⁶ » n'est pas neutre, c'est-à-dire que les questionnements philosophico-politiques qu'il libère sont constitutifs d'un champ d'études subversif. Ce discours, qui participe sûrement de la crainte du démantèlement de leur monopole, sera constamment opposé à toute tentative d'élargissement de l'enseignement du droit aux sciences de l'État.

La création d'une chaire de droit constitutionnel à la Faculté de droit de Paris, à l'initiative de Guizot en 1834, donne à voir ce que recèle l'univers symbolique des juristes de droit public dans l'esprit des gardiens du temple. Par une manœuvre contentieuse destinée à compromettre cette réforme, ces derniers, par la voix de leur avocat, feront état de ce que le droit public ne présente pas les mêmes vertus d'impartialité et de neutralité que le droit privé : « Nous avons été effrayés – conclura l'avocat – comme nous le sommes encore, du danger qu'il y aurait, pour nos écoles si heureusement rentrées dans le calme, si paisibles, si appliquées au droit positif de la science, à introduire dans leur sein toutes les agitations de la politique, agitations inséparables aujourd'hui de toute discussion, et par conséquent de tout enseignement sur le droit constitutionnel. Connaissant, par position et par expérience, l'esprit des étudiants ou du moins du plus grand nombre, nous étions et nous sommes encore convaincus que le nouveau cours, s'il se renferme dans les limites étroites de ce qui est

46. L'expression est employée au *xix^e* siècle. Elle recouvre « l'ensemble complexe que constituent : les sciences historiques, les sciences administratives et les sciences économiques ». V. C. Bufnoir, Rapport sur l'organisation de l'enseignement des sciences politiques et administratives, Société pour l'étude des questions d'enseignement supérieur, Groupe de Paris – Section de droit, Extrait de la *Revue internationale de l'enseignement* du 15 avril 1881, Paris, 1881, p. 17.

écrit, sans examen, sans contrôle des principes adoptés hier et repoussés aujourd'hui, n'offrira aucun intérêt, n'attirera point d'auditeurs, en un mot, ne sera pas un cours ; que si, au contraire, il doit mettre en lumière et faire triompher par la discussion les théories si contestées de notre droit public écrit, alors il soulèvera inmanquablement les passions de la jeunesse ; il produira le trouble dans les cours, le scandale aux examens, dans toute l'école, et même au dehors de funestes collisions ; en un mot, il ramènera tous les désordres que les constants efforts de toute la Faculté ont voulu prévenir, et dont une prudence, qui se concilie si bien avec la nature de nos enseignements, a su, à la grande satisfaction des familles et de la société, préserver l'école et les élèves ⁴⁷ ».

La généralisation de l'enseignement des sciences de l'État sous la troisième République aurait dû altérer cette représentation. Pourtant, lira-t-on encore en 1889 dans une revue d'enseignement que « Le droit constitutionnel est moins une étude de textes que l'étude d'un milieu politique. Par exemple, celui qui n'aurait vu les institutions anglaises que dans d'estimables recueils de lois, comme il en a été publié en France et ailleurs, pourrait-il se vanter de les connaître ? Il n'aurait évidemment rien fait s'il ignorait l'histoire et le rôle des classes, la formation des partis, le rôle et l'influence de la presse et de l'opinion. Et ce qui est vrai du droit constitutionnel, l'est aussi, dans une large mesure, d'une autre branche du droit public. A part ce qu'on appelle le contentieux, l'enseignement administratif lui-même, surtout lorsqu'il s'adresse à des jeunes gens qui viennent y chercher une préparation directe aux carrières, ne doit pas être considéré comme un véritable enseignement juridique. Il confine à la plupart des autres sciences politiques. C'est l'étude d'un organisme social. L'histoire, la connaissance des traditions et des mœurs y tiennent une place aussi importante que la connaissance des textes. Réduit au commentaire des lois, cet enseignement courrait le risque souvent de donner une idée incomplète ou fausse de la vie publique d'un peuple : il est essentiel de s'enquérir de la manière dont elles sont mises en pratique, de constater les résultats qu'elles produisent. Ainsi les sciences politiques sont avant tout des sciences de faits et, par conséquent, elles appartiennent à une autre famille que celle des sciences juridiques, sciences de lois et de principe. Et qu'on ne voie pas là une classification arbitraire. Si on les distingue les unes des autres, c'est que les opérations, l'esprit d'où elles procèdent ne sont pas les

47. *Mélanges Valette*, Bibliothèque de la Faculté, rue Cujas.

mêmes ; c'est que les aptitudes, nécessaires pour s'en rendre maître, diffèrent essentiellement ⁴⁸ ».

Les sciences de l'État ne sont pas réductibles aux textes ; elles mobilisent d'autres ressources et d'autres méthodes que le droit privé. D'après Ferdinand Larnaude qui inaugurera le cours de droit public à la Faculté de Paris en 1890, « les méthodes du droit public » ainsi qu'il les identifie à dessein rompent avec les canons de la dogmatique juridique. D'après le fondateur de la *Revue du droit public et de la science politique*, « celui qui enseigne le droit public ne saurait se borner à cette méthode strictement juridique. Il est obligé de questionner l'histoire, d'interroger les législations étrangères, s'il veut faire œuvre scientifique ⁴⁹ ». Ainsi « les méthodes historique et comparative » doivent-elle compléter la première. Car « elles jouent dans le droit public un rôle capital, à ce point qu'on peut dire que seuls sont vraiment scientifiques les ouvrages qui les utilisent ⁵⁰ ». Utile à l'interprétation du droit public positif, la méthode considérée l'est davantage encore pour le professeur ; « sans elle, il ne peut faire œuvre sérieuse ⁵¹ ».

En réalité, bien plus qu'une alternative à la méthode déductive, la méthode d'observation comparative en constitue un contre-pied. Car tandis que la première, entièrement fondée sur l'analyse des textes et leur application aux cas d'espèce, repose sur le postulat légaliste de réduction du droit à la loi, la seconde participe de l'idée que le droit procède de l'évolution socio-historique de l'humanité. En ce sens Larnaude affirme-t-il que « la méthode historique et comparative peut avoir pour l'étude du droit public un résultat plus précieux encore. Elle nous permettra peut-être de découvrir des lois véritables, dans le sens scientifique du mot, des lois de développement des institutions ⁵² ». En somme, d'après cette méthode, le droit tient compte des lois sociales au lieu de n'être qu'un idéal individuel, abstrait et syllogistique. Il est conçu comme le produit d'une société à un moment donné. Or, en déjouant les procédés déductifs consubstantiels à l'idée que le droit se réduit tout entier à la loi, les méthodes du droit public compromettent l'intégration des sciences de l'État

48. G. Alix, « Les Facultés de droit et l'enseignement des sciences politiques », extrait de la *Revue d'éducation et d'enseignement* et du *Moniteur universel* de 1889, *Mélanges Garsonnet*, 1893, Paris, pp. 17-18.

49. F. Larnaude, « Les méthodes juridiques. Le droit public. Sa conception. Sa méthode », *Mélanges Larnaude*, Faculté de droit de Paris, 1909, p. 22.

50. *Ibid.*, p. 43.

51. *Ibid.*, p. 44.

52. G. Sacriste, *op. cit.*, p. 52.

dans la science juridique. Disons qu'en prenant quelques distances avec la méthode dogmatique, les publicistes alimentent l'idée que le droit public se situe en marge du droit. Les « écoles de droit public » sont aujourd'hui gratifiées d'un rôle scientifique déterminant. D'après un observateur avisé, c'est précisément parce que les « écoles de droit public » se sont résolument appuyées sur les sciences sociales à la charnière du siècle, qu'elles ont pu construire une théorie du droit public : « [Elles] ont tracé la voie puisque c'est par la confrontation à la sociologie naissante, et l'intégration de certains de ses acquis, qu'une authentique science du droit public a pu être construite. La science du droit est une science sociale à part entière, compte tenu du point de vue qu'elle adopte sur le phénomène juridique. Elle implique une interrogation sur la fonction sociale et politique du droit : le juriste ne peut en effet se désintéresser des processus sociaux et politiques de production et d'application du droit, sauf à sombrer dans un formalisme desséchant, ignorant tout des enjeux dont la norme juridique est porteuse⁵³ ». Or, tel n'est pas, loin s'en faut, le point de vue dominant à la fin du XIX^e siècle.

Sans doute la division des études de droit, que recèle le projet de réforme de l'agrégation, suggère-t-elle que le droit public est à la fin du XIX^e siècle identifié comme une véritable science juridique, autonome non seulement par rapport au droit privé mais encore par rapport aux sciences politiques. La doctrine publiciste s'y est d'ailleurs ardemment employée. Ainsi s'agissait-il d'abord pour elle d'asseoir sa position par rapport aux privatistes, jusqu'alors persuadés de détenir les clefs du seul vrai droit, en témoignant de la juridicité du droit public. A-t-elle eu raison de la représentation civiliste des sciences de l'État ? La question du droit pénal fragilise cette hypothèse. La mobilisation du ressort argumentatif du discours civiliste donne bien plutôt à penser le contraire. En sorte du reste que l'inscription du droit pénal dans l'orbite du droit privé s'apparente à une stratégie de neutralisation des tendances philosophiques de la discipline. Autrement dit, la classification du droit pénal en droit privé est sûrement aussi conçue comme l'intégration de la répression pénale dans les formes du droit.

En somme, tandis que les juristes de droit privé officient en terrain neutre – celui du Droit – parce qu'ils forment en lien avec le monde judiciaire des « praticiens-exécutants », les juristes de droit public qui cheminent dans les méandres d'une science aux contours

53. J. Chevallier, « La fin des écoles ? », *RDP*, 1997, p. 699.

mal définis préparent des savants et partant, des critiques. Telle est la représentation de l'univers symbolique des deux corps de juristes bientôt formellement en présence dans les Facultés de droit que le débat sur le droit pénal donne à voir.

*
* *

La question de la classification du droit pénal est riche d'enseignements. Alors que l'adoption d'un critère scientifique de division des branches du droit aurait logiquement dû conduire à l'inclusion du droit pénal dans le champ du droit public, son intégration dans le droit privé révèle les tensions et les clivages qui affectent la communauté universitaire à la fin du XIX^e siècle. Tandis que la question du statut du droit pénal met en évidence que la conception de l'enseignement républicain du droit s'édifie sur le socle légué par la législation napoléonienne, son dénouement renseigne les termes de la négociation du partage de l'espace académique à laquelle donne lieu la mutation institutionnelle. D'après le discours de justification de cette classification, entée sur les solidarités neutralisantes constitutives du modèle des Écoles de droit, les termes de cette négociation apparaissent conflictuels. À vrai dire, le paradoxe qui domine cette classification n'est qu'une projection de celui qui agite la science du droit à la fin du XIX^e siècle. Si bien que la question du statut du droit pénal renseigne, en dernière analyse, la conception de la science juridique à la fin du XIX^e siècle. La vitalité de la pratique comme paradigme didactique, qu'illustre cet épisode, fait écho à la réticence des juristes à se penser comme des « ingénieurs du social » et partant, à concevoir la science juridique comme science de la société, malgré la pression qu'exerce en son endroit l'émergence des sciences sociales. La question du statut du droit pénal établit en effet symboliquement que la conception de la science juridique comme science autonome est une dominante de la pensée juridique. Les juristes de la fin du XIX^e siècle demeurent de manière impérieuse des techniciens du droit conformément à « l'idéologie même de la doctrine juridique qui veut que le texte juridique soit porteur de sa propre vérité nécessairement autonome par rapport aux intérêts et aux passions inhérents au monde social ⁵⁴ ».

Maud BALDOVINI
Maître de conférences en droit public
à l'Université Paris Est Créteil

54. G. Sacriste, *op. cit.*, p. 10.