

À partir de l'exemple des *Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques* de Lévy-Ullmann (1917), le raidissement de la doctrine civiliste française

Il est peu d'ouvrages de droit civil qui soient dédiés aux « camarades morts pour la cause du droit » et signés par un professeur donnant son grade dans l'armée (en l'occurrence lieutenant hors cadres). Les *Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques* publiés par Henri Lévy-Ullmann en 1917 sont aujourd'hui oubliés et n'ont guère exercé d'influence sur la doctrine, ni sur l'enseignement. Il y a quelque chose de surréaliste à lier un livre élémentaire et pédagogique de moins de 200 pages, sans grandes ambitions théoriques ni même pratiques (ce n'est pas vraiment un ouvrage de vulgarisation) à la Grande Guerre et à la mémoire de ceux qui venaient de mourir ou continuaient de mourir pour, selon les termes de Lévy-Ullmann, arrêter les « Barbares » déferlant sur « nos maisons du Nord ». C'est avant tout une évolution personnelle que traduit cette production de la guerre : celle d'un professeur de droit né à Paris, pendant le siège de 1870, agrégé à Montpellier puis titularisé à la faculté de Lille avec un double engagement dans l'enseignement populaire et dans le parti radical-socialiste, ayant été mobilisé à 44 ans comme lieutenant dans le service des chemins de fers et étapes où il vit la mort de près avant de tomber malade, d'être hospitalisé et reconnu invalide à 45 %. Comment, pour une nation, penser son droit, sa définition, sa nature au milieu d'une telle épreuve personnelle et collective ? Telle est la question que s'est posée Lévy-Ullmann et il ne fut pas le seul, en France comme en Allemagne, à prétendre « combattre pour le Droit », tout en doutant de l'empire du droit face à la guerre.

Nous voudrions rapprocher ces *Éléments* de Lévy-Ullmann de deux autres textes de civilistes qui sont proches dans le temps : le deuxième volume de *Science et technique* de François Gény paru en 1915 et l'article « droit naturel et positivisme juridique » qui est une recension du précédent publiée par Georges Ripert en 1918¹. Gény, Lévy-Ullmann, Ripert, si l'on suit la chronologie de ces trois écrits. Lévy-Ullmann face à Gény et Ripert, tant paraissent nombreuses les oppositions entre le premier et les deux autres. Lévy-Ullmann écrit dans la guerre et en hommage aux morts, comme s'il était lui-même revenu d'outre-tombe en passant du front à l'arrière. Gény et Ripert n'ont pas été mobilisés sur le front : Gény était trop âgé (53 ans en 1914, ce qui l'a mis dans la position de père d'un soldat tombé au combat), Ripert a été versé dans les services auxiliaires avec notamment les fonctions de commis-greffier au conseil de guerre de la 15^e région militaire, puis de secrétaire du conseil économique de la même région, dont le siège était à Marseille. Ils écrivent, pour le premier, avant la guerre (Gény prétend que le texte de son deuxième volume, comme celui du premier, était prêt avant 1914), ou pour le second, après la guerre, en tout cas loin du front, un peu en dehors de la guerre. Ce qui ne veut pas dire qu'ils n'aient pas participé à l'engagement patriotique. Gény parle de la guerre dans une note qui précède son texte : le sujet, écrit-il, est en rapport avec les exigences du moment et, dans un souci de préparer l'avenir, il faut défendre le Droit et la Justice aux côtés des puissances alliées contre les « ambitions germaniques » et les déviations conduisant à confondre le droit avec la force². Ripert, qui avait donné en 1915 une conférence publiée dans la *Revue internationale de l'enseignement* sur « L'idée de droit en Allemagne et la guerre actuelle »³, fait une très brève allusion au conflit mondial dans les premières lignes de son article de 1918, en écrivant qu'il n'est « pas indifférent que la France ait su, en pleine lutte, dresser ce monument nouveau à l'idéalisme juridique »⁴.

Le débat doctrinal a son point de départ et son centre dans l'œuvre de Gény. Lévy-Ullmann, tout en le qualifiant d'« excellent collègue » et d'« érudit professeur »⁵, ne manque pas de le critiquer et de l'accuser (contrairement à Demogue) de se fonder sur un « terrain mouvant », celui d'une vague notion

¹ G. Ripert, « Droit naturel et positivisme juridique », *Annales de la Faculté droit d'Aix*, 1918, p. 3 et s., rééd. avec le commentaire de P. Jestaz, Paris, Dalloz, coll. « Tiré à part », 2013 (les citations suivantes sont indiquées en référence à cette réédition).

² F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, 1915, vol. II, p. III-IV (où Gény affirme également que ce second cahier était prêt pour l'impression dès juillet 1914).

³ G. Ripert, « L'idée de droit en Allemagne et la guerre actuelle », *Revue internationale de l'enseignement*, 1915, p. 169-183.

⁴ G. Ripert, « Droit naturel et positivisme juridique », *op. cit.*, p. 1.

⁵ H. Lévy-Ullmann, *Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques*, Sirey, 1917, p. 3 et 75. Il est significatif que les ouvrages de Gény et Lévy-Ullmann paraissent chez le même éditeur.

de Justice¹. Tout l'article de Ripert, après une phrase de révérence obligatoire du plus jeune à l'égard du plus ancien, est une véritable démolition du droit naturel de Géný.

Alors que Lévy-Ullmann, né en 1870, se place à égale distance de Géný (né en 1861) et de Ripert (né en 1880), l'écart intellectuel était grand entre le professeur lillois -de confession juive, qui avait échoué en 1914 face à Demogue pour devenir professeur à la Faculté de droit de Paris-, le maître de Nancy bientôt doyen de sa faculté, déjà dans la seconde partie de sa carrière (même s'il ne savait pas qu'il allait vivre presque cent ans) et le benjamin des trois, Georges Ripert, alors en poste à Aix avant d'entrer quelques mois plus tard à la Faculté de droit de Paris, juste après l'élection de Lévy-Ullmann dans la même institution. À Paris, de 1919 jusqu'en 1939, Lévy-Ullmann et Ripert ont paru sympathiser l'un avec l'autre, notamment au moment des accords de Munich face au péril nazi qu'ils craignaient alors tous les deux. On sait quelle fut la destinée du professeur juif, atteignant la retraite quelques jours avant la loi qui l'aurait exclu de l'Université puis mourant dans la solitude, et celle du doyen de la Faculté, secrétaire d'État à l'Instruction publique et à la Jeunesse de Vichy qui mit en application de statut des juifs d'octobre 1940 dans l'Université, tandis que Géný soutenait par la parole la politique familialiste de Pétain. Des destins croisés, c'est-à-dire proches et lointains : tous les trois ont porté la robe professorale, le radical-socialiste Lévy-Ullmann y était très attaché, mais leurs univers religieux, idéologiques, comme leurs comportements politiques, différaient profondément dans des années marquées par les violences et les traumatismes des deux conflits mondiaux.

Ce ne sont pas leurs trajectoires personnelles qui nous intéressent ici, mais le fait que ces trois civilistes se soient posés, lors de la Première Guerre mondiale, des questions théoriques sur le droit, comme si le conflit les avait amenés à suspendre leur activité habituelle d'interprètes des lois pour se demander où était la Justice. Et leurs conclusions, sans être identiques, ont eu pour résultat, nous semble-t-il, de fermer des portes à l'innovation, sinon à la réflexion, dans la doctrine française de l'entre-deux-guerres. En schématisant nous avons utilisé le terme de « raidissement » doctrinal en titre et l'étude de ces textes se veut une modeste contribution à ce qui peut caractériser un tel mouvement de raidissement.

I. Les termes du débat

Dans un débat que nous reconstruisons à partir du livre de Lévy-Ullmann, et qui n'a pas suscité de réaction ou de controverses de la part des contemporains eux-mêmes, la première question qui se pose est celle de la place accordée à l'Allemagne dans ces textes présentés, à un titre ou à un autre, comme des « textes de combat ». De manière surprenante, la part consacrée aux théories allemandes est faible chez Lévy-Ullmann, plus importante chez Géný, et nulle chez Ripert. En opposition à d'autres textes contemporains (ceux de Maurice Hauriou, de Louis Renault et de Georges Ripert lui-même en 1915), nos trois auteurs effectuent en pleine guerre une sélection entre ce que les juristes français repoussent de la science juridique allemande et ce qu'ils continuent à utiliser. De même, la défense de l'idéalisme juridique, revendiquée par les trois civilistes, ne signifie pas le même combat pour nos trois protagonistes.

A. Les critiques sélectives des théories allemandes

Bien qu'écrits en pleine guerre, les *Éléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques* de Lévy-Ullmann comportent assez peu d'attaques contre les juristes allemands. Cela s'explique notamment par le fait que, dans sa recherche d'une définition formelle du droit, Lévy-Ullmann s'appuie sur Aubry et Rau, et plus encore sur le manuel de Zachariae qu'ils avaient traduit et infléchi. Lévy-Ullmann s'attache même à donner une traduction exacte de la définition du droit de Zachariae en suivant la méthode de traduction de l'équipe française travaillant sur le BGB à laquelle il avait appartenu². Il y aurait presque de la germanophilie dans cette attitude, si Lévy-Ullmann ne s'empressait pas d'ajouter une mention rappelant que Strasbourg avait été une faculté de droit « française » et que la définition du droit donnée par Aubry et Rau, s'appliquant aussi au droit international, condamnait sans

¹ *Ibid.*, p. 81.

² *Ibid.*, p. 51.

appel les agressions contre la Serbie, la Belgique et le Luxembourg¹. À travers Zachariae, c'est la philosophie du droit de Kant qui sert de base à la recherche de Lévy-Ullmann. Le professeur français, qui utilise la célèbre traduction de Barni, ne craint pas d'affirmer que si la thèse de Kant en faveur de la liberté est la bonne, son langage est « obscur et scolastique »². Surtout ses disciples, Hegel, Jhering, et les partisans des « théories sociologiques », se seraient emparés de la définition kantienne, rendant opaque ce qui était clair, selon notre auteur français. Le verdict de Lévy-Ullmann est sans nuances : « Hélas, la pensée allemande est passée par là »³. Si l'on peut noter la simplification abusive de l'évolution des idées dans la philosophie allemande du droit -d'un côté, Kant défendant la liberté comme les auteurs de la Déclaration de 1789, de l'autre, ses épigones plaçant au contraire pour que la force prime le droit- c'est presque la seule attaque contre les Allemands jusqu'à la conclusion (citant Beudant, qui s'inspirait lui-même de Fouillée, pour opposer l'idée française de droit contre l'apologie de la force en Allemagne) qui réunit tous les combattants, défendus par « l'élite de nos écrivains de guerre » réagissant contre une littérature de bas étage, face à la « sauvage agression de la Prusse »⁴. Lévy-Ullmann va même jusqu'à écrire qu'il a limité son champ d'étude aux juristes français, contrairement à Gény⁵ : à patriote, patriote et demi !

Dans la mesure où le manuscrit de Gény aurait été prêt avant l'éclatement de la guerre, on ne sera pas surpris de ne pas y trouver d'accents nationalistes tournés contre l'ennemi. En tant que plus grand connaisseur de la doctrine juridique allemande depuis la mort de Saleilles en 1913, Gény cite un grand nombre de références en langue allemande. Parmi les systèmes qu'il étudie et critique se trouvent les théories positivistes de Bergbohm, la science du droit comparé d'inspiration néo-hégélienne de Kohler, la philosophie du droit de Stammler, le socialisme juridique de Menger ou l'individualisme anarchique de Stirner qui voisinent avec les thèses des Français Duguit, Hauriou ou Boistel. Mais les juristes allemands ne sont jamais attaqués en raison de leur nationalité, alors que l'ouvrage s'achève avec un développement sur les dommages de guerre et sur des références à des publications de 1915 qui font douter de l'affirmation initiale d'un achèvement du manuscrit en juillet 1914 !

Quant à Ripert, il se contente de noter, avec peut-être une note d'ironie, que Gény a étudié « un certain nombre de juristes français et allemands, choisis avec quelque arbitraire »⁶. Sans amoindrir la part importante de la littérature du « front intellectuel » des juristes, un front auquel Ripert a participé par son article de 1915⁷, nos trois textes relativisent quelque peu le caractère systématique de la confrontation entre juristes français et allemands au sein même de la doctrine écrite pendant la guerre.

B. De l'idéalisme juridique au débat sur le droit naturel

La guerre reste néanmoins au centre d'un combat pour les idées, pour le Droit et contre la force brutale, qu'ont voulu mener Gény, Lévy-Ullmann et Ripert. Gény, sous prétexte de développer la distinction entre science et technique introduite dans son premier volume de 1914, plaide en faveur d'un « irréductible » droit naturel, réduit selon lui à des directions générales tirées du « donné » sous ses quatre formes : réel, historique, rationnel et idéal (le donné rationnel étant le plus important). L'article de Ripert est une critique en règle de cette thèse jusnaturaliste, une véritable attaque frontale menée par un juriste se prétendant positiviste contre un éminent collègue faisant, après bien d'autres (Ripert conteste l'idée d'une quelconque crise du droit naturel) « une nouvelle tentative pour remettre en honneur le droit naturel »⁸. Ripert accumule les arguments contre ce qu'il estime être une n^{ième} version de la théorie de la Justice d'Aristote : on ne peut déduire, comme le prétend Gény, les principales institutions du droit privé et leurs lignes directrices de l'idée vague de Justice, le droit naturel repose sur un acte de foi dans des valeurs (à la fois morales et religieuses, Gény est carrément accusé de timidité en

¹ *Ibid.*, p. 59-60.

² *Ibid.*, p. 95.

³ *Ibid.*, p. 157.

⁴ *Ibid.*, p. 171.

⁵ *Ibid.*, p. 98.

⁶ G. Ripert, *op. cit.*, p. 4.

⁷ J.F. Giacuzzo, « Un regard sur les publicistes français montés au "front intellectuel" de 1914-1918 », *Jus politicum*, n° 12, 2014.

⁸ G. Ripert, *op. cit.*, p. 2.

n'affirmant pas sa foi catholique), une croyance qui ne peut faire l'objet d'un accord entre les hommes (même Robespierre invoquait la Justice). Quant au droit naturel « à contenu variable », il prouve bien que chaque jusnaturaliste met ce qu'il veut dans le droit naturel : Gény ne vaut pas mieux qu'Emmanuel Lévy, ironise Ripert, pour qui il n'existe aucune raison décisive en droit de prendre parti entre ces croyances opposées¹. En citant Pascal (vérité en deçà ou erreur au-delà des Pyrénées), Ripert n'est pas loin de la « loi de Hume » et du non-cognitivism des valeurs de Max Weber : l'homme, écrit-il, ne peut connaître, en présence des faits qu'il constate, le devoir à remplir et la règle à suivre² !

Quelle est la position de Lévy-Ullmann dans ce continuel affrontement entre positivisme et jusnaturalisme ? Il n'est pas facile de discerner sur ce point la pensée de celui qui se plaignit dans les années 1930 de ce que la « théorie générale du droit » (une expression qu'il utilisait en s'appuyant sur les travaux d'Austin à propos du droit anglais) fût un domaine « peu connu chez nous », faisant seulement l'objet à Paris de l'enseignement « bénévole », sans chaire attirée, de Le Fur³. Sans se montrer ouvertement hostile à l'idée de droit naturel, qu'il n'a jamais jugé incompatible avec une méthode attentive aux seuls développements du droit positif, Lévy-Ullmann se montre très sceptique à l'égard des définitions des juristes romains qui identifient le droit à des principes de justice. Il y a là, selon lui, une confusion entre le contenant (le droit est une forme) et le contenu (tel ou tel principe juridique) : la définition du droit passe par l'utilisation d'un substantif ; il écrira plus tard que le droit est une notion au sens de l'allemand *Begriff* et non par une forme verbale du style « attribuer à chacun ce qui lui est dû, ne pas léser autrui, vivre honnêtement ». Il se montre particulièrement incisif à l'égard d'une définition ramenant tout le droit à la règle de l'article 1382 du Code Napoléon : « il y a là une manière de voir trop simpliste et l'on ne saurait assez réagir contre pareils raisonnements »⁴. Un moment Lévy-Ullmann paraît incliner vers les solutions germaniques, notamment vers les conceptions de Jhering. De manière très réaliste, il considère que le droit nuit à autrui : « le droit moleste, le droit lèse, le droit asservit les corps et enchaîne les volontés », ce qui n'empêche pas en même temps le recours au droit pour encadrer l'usage de la force, car « le droit endigue le droit »⁵.

II. Les indices d'un raidissement doctrinal

Plutôt que les théories des juristes allemands, assimilées à des justifications de la force, les vraies victimes de nos trois textes paraissent être les thèses sociologiques et celles qui tendaient à transformer le positivisme en normativisme, des thèses il est vrai défendues par des auteurs de langue allemande, mais qui auraient pu l'être par des juristes français, si du moins Gény, Lévy-Ullmann et Ripert ne s'étaient trouvés d'accord pour écarter expressément la sociologie du droit et pour exalter, plus ou moins ouvertement, une science du droit prescriptive à l'opposé de ce qui commençait à devenir dans les mêmes années le normativisme kelsénien.

A. L'élimination de la sociologie du droit

Parler d'élimination de la sociologie du droit nous amène à utiliser le vocabulaire de Gény qui, au début du second volume de *Science et technique*, parle expressément de « points de vue à éliminer ». Gény réserve ce vocabulaire agressif, comme ses attaques les plus dures à l'individualisme anarchique (dont le « chef d'école » en France serait Emmanuel Lévy se rattachant lui-même à Durkheim, donc à la sociologie !) et au positivisme de Bergbohm (accusé d'une croisade contre le droit naturel allant jusqu'à la « bassesse », le snobisme ou la lâcheté)⁶. À proprement parler, la critique de la sociologie du droit ne vient qu'ensuite, parmi celles des doctrines qui méritent, selon Gény, un examen plus sérieux en raison d'un effort vraiment scientifique⁷. Dans les pages suivantes, Gény, qui était parmi les juristes français un un des lecteurs les plus assidus de Durkheim, critique -comme il l'avait fait en 1899 et le fit à nouveau

¹ *Ibid.*, p. 29.

² *Ibid.*, p. 17.

³ H. Lévy-Ullmann, *La part de la doctrine et de la jurisprudence dans l'élaboration du droit anglais contemporain. Répétitions écrites de doctorat*, 1930-1931, p. 8-9.

⁴ H. Lévy-Ullmann, *Éléments*, *op. cit.*, p. 18.

⁵ *Ibid.*, p. 18-19.

⁶ F. Gény, *op. cit.*, p. 33 et 37.

⁷ *Ibid.*, p. 50.

en 1919 dans les éditions successives de sa *Méthode d'interprétation*- la démarche « seulement » descriptive de la sociologie du droit, qui en renonçant à chercher le fondement du droit aurait un caractère anti-religieux et immoral (il est difficile de ne pas y voir une pointe d'antisémitisme quand sont cités les seuls noms d'Emile Durkheim, d'Emmanuel Lévy et de Lucien Lévy-Bruhl)¹. Dans une note du développement consacré plus loin à la philosophie du droit de Stammler, Gény cite, aux côtés de la critique d'Hermann Kantorowicz, l'important article que Max Weber a consacré en 1907 à « Rudolf Stammler et le matérialisme historique ». Trace fugace (et unique à notre connaissance chez les juristes français) de ce qu'on pourrait appeler une rencontre intellectuelle manquée, en tout cas un nouveau témoignage du refus de toute méthode sociologique par Gény.

Une telle position d'hostilité ou de désintérêt à l'égard de la sociologie du droit est partagée par Lévy-Ullmann et par Ripert. Le premier s'en prend aux tentatives de définition sociologique du droit (il pense à Duguit) qui nient l'existence de droits subjectifs : il faut, écrit Lévy-Ullmann, « quitter la définition sociologique pour s'élever, à nouveau, jusqu'à une définition formelle », sans pour autant sacrifier les réalités morales, économiques et sociales, en réponse à Gény qui aurait assimilé la méthode formelle à l'ignorance des réalités². Le second n'évoque même pas la sociologie du droit qu'il a superbement ignorée tout au long de son œuvre. On pourrait dire que Ripert et Lévy-Ullmann auraient pu, en tant que juristes « positivistes », mener un combat comparable à celui que Kelsen a mené dans les mêmes années de guerre contre l'éclectisme d'Ehrlich mêlant théorie du droit et sociologie générale. Mais c'est là qu'apparaît, en creux, un autre déficit de nos trois auteurs français : leur conviction partagée d'une science du droit prescriptive les a fait passer, même quand ils paraissaient s'en approcher dans quelques pages de Lévy-Ullmann et de Ripert, à côté des postulats essentiels du normativisme.

B. La défense d'une science du droit prescriptive

La place accordée à la science du droit est, bien sûr, centrale chez un jusnaturaliste comme Gény, aussi bien dans l'analyse du « donné » que dans la formulation technique du « construit ». Il suffit de lire les pages véhémentes consacrées à Bergbohm où il écrit qu'« accepter le point de vue du positivisme juridique serait renoncer à l'élaboration scientifique du droit »³. Si Gény a emprunté à Jellinek, dans le premier volume de *Science et technique*, la distinction entre « sciences descriptives » et « sciences normatives » (dont le droit fait partie)⁴, ce n'est pas, contrairement à Kelsen dont il ignore les premiers écrits consacrés précisément à ce sujet, pour faire de la science du droit une science pure de toute ambition prescriptive, bien au contraire.

Il faut un peu plus d'attention pour lire des idées comparables dans les textes de Ripert et de Lévy-Ullmann, c'est-à-dire pour démasquer le pseudo-positivisme du premier et pour relever les limites de l'analyse prétendument « formelle » du second. Lévy-Ullmann semble même rejoindre, sans le savoir, les premiers travaux de Kelsen, quand il parle de l'emploi par un certain nombre de juristes contemporains (peut-être songeait-il à Gény) du terme de « norme » et quand il s'efforce, plus loin, de distinguer le droit d'autres systèmes normatifs comme la religion, la morale, les mœurs, les convenances et la politesse⁵. Le lecteur d'aujourd'hui peut regretter que cette pente positiviste s'interrompe quelque peu, quand Lévy-Ullmann constate (comme l'avait fait Duguit en refusant, sans bien la comprendre, l'expression d'« ordre juridique ») le peu de succès en France de cette terminologie, puis refuse de souscrire au critère de Jhering sur la coercition étatique. La coercition est bien indispensable au droit d'après lui, mais elle n'émane pas nécessairement de l'État. Lévy-Ullmann ne se tourne pas pour autant, on l'a vu, vers une définition sociologique du droit, mais souhaite approfondir la piste d'une définition « formelle » du droit.

C'est là que l'écart se creuse avec le normativisme : Lévy-Ullmann choisit de partir de la définition d'Aubry et Rau, ou plus exactement du texte original de Zachariae qui aurait l'avantage d'un silence calculé et heureux sur l'État. Ce qui était avantage pour Lévy-Ullmann devient une faiblesse de sa définition du droit comme « délimitation de ce que les hommes et les groupements ont la liberté de

¹ *Ibid.*, p. 52.

² H. Lévy-Ullmann, *Éléments*, *op. cit.*, p. 112 et 127.

³ F. Gény, *op. cit.*, p. 37.

⁴ F. Gény, *Science et technique*, Sirey, 1914, vol. I, p. 4, p. 68-69 (avec des citations de Jellinek et d'H. Kantorowicz), p. 180.

⁵ H. Lévy-Ullmann, *Éléments*, *op. cit.*, p. 19 et 67.

faire ou de ne pas faire, sans encourir une coercition, une saisie ou une mise en jeu particulière de la force ». Il définit davantage l'idée de droit que la forme du droit en n'incluant pas les autorités habilitées à créer du droit dans la source de cette délimitation. Alors que le texte de Lévy-Ullmann est contemporain de la polémique entre Kelsen et Ehrlich et que sa publication précède seulement d'un an celle de *L'ordinamento giuridico* de Santi Romano, il n'est jamais question du regroupement des normes juridiques dans un ensemble plus ou moins ordonné. Si le droit est ainsi défini comme une notion, un « produit des facultés de l'esprit », c'est pour accorder une place aux droits subjectifs comme espace de liberté, et éventuellement au droit naturel. Le droit naturel pourrait penser cette délimitation entre ce qui est permis et non permis ; à vrai dire, on ne voit pas très bien comment le droit naturel pourrait donner lieu à l'usage de la force que Lévy-Ullmann envisage comme condition essentielle du droit. La science du droit n'est pas nommée, parce qu'elle est toujours sous-entendue comme la source de cette délimitation. L'ajout des « groupements » aux hommes est la seule notation vaguement sociologique dans une construction collective d'une notion de droit dont l'apanage revient bien au point de vue subjectif des auteurs de la doctrine. Lévy-Ullmann ne se pose à aucun moment les questions de la reconnaissance (par qui ou par quelle norme ?) de cette délimitation entre ce qui est permis et non permis, pas plus qu'il n'aborde le problème du déplacement possible de cette frontière. La conclusion en faveur du combat pour la Liberté laisse entendre que le droit français opérerait une délimitation qui préserve la liberté au contraire du droit allemand.

Alors même qu'il se réclame d'un strict positivisme, qui selon lui ne peut être critiqué en quelques pages comme Gény aurait tenté de le faire, Ripert est beaucoup plus explicite sur cette prééminence d'une doctrine prescriptive¹. Certes il écrit que la science du droit doit être plus « modeste » que le voudraient les jusnaturalistes², paraissant s'incliner devant la volonté des gouvernants, qu'il s'agisse des législateurs ou des juges. Mais l'allusion à Jhering et à sa lutte pour le droit débouche -c'est le mot de la fin de son article- sur une justification de la « libre recherche scientifique », c'est-à-dire paradoxalement de Gény en tant que défenseur d'une forme particulière de lutte pour le droit, et sur un appel à ce que la doctrine joue un rôle de « sentinelle » en faveur de la Justice, ce qui laisse entendre contre un droit assimilé à la force, comme le droit allemand³.

Les thèses de Ripert paraissent, et ont paru à beaucoup de lecteurs, « positivistes », en même temps qu'empreintes de désenchantement : le droit positif n'est pas toujours juste, cela n'empêche pas qu'il soit du droit et un tel constat permettrait précisément de critiquer le droit positif au nom de la Justice. Par rapport à une théorie « pure », qui écarte tout jugement de valeur sur le droit, l'on voit le glissement : ce n'est pas en tant que citoyen que Ripert s'estime en position de critiquer le droit positif, mais en tant que juriste, en faisant appel à une science du droit prétendument neutre et en recourant à une philosophie du droit (dont Ripert regrette au passage, comme Lévy-Ullmann, qu'elle ne soit pas enseignée dans les facultés de droit françaises) engagée au service de certaines valeurs. Il y a là une ligne de continuité avec l'article de 1915 sur l'idée de droit en Allemagne -qui oppose déjà le droit français à un droit allemand qui « méconnaît l'éminente dignité de la personne humaine » (expression attribuée à Henry Michel et réutilisée avec le terme de liberté en 1918)⁴- et avec l'ouvrage de 1926 sur *La règle morale dans les obligations civiles* qui identifie le bon droit à celui qui respecte la morale, voire avec ses positions sur le droit de Vichy, approuvé par Ripert non pas en raison de sa « positivité », mais en raison de sa prétendue « bonté »⁵.

Cette science du droit prescriptive et moralisatrice est à l'opposé du normativisme et plus généralement de tous les courants (qui existaient déjà pendant la Grande Guerre) voulant séparer l'analyse du droit positif (en tant que fonction de la science du droit) des jugements de valeur du citoyen sur le droit positif. C'est en cela que l'on peut parler, comme dans d'autres situations juridiques, de « raidissement » de la doctrine, au sens d'une exaltation forcenée d'une science du droit qui mêle intentionnellement observation des faits et prises de position idéologiques cachées sous l'apparence

¹ G. Ripert, *op. cit.*, p. 40.

² *Ibid.*, p. 52.

³ *Ibid.*, p. 61.

⁴ *Ibid.*, p. 16.

⁵ Sur cette attitude « pseudo-positiviste », M. Troper, « La doctrine et le positivisme (À partir d'un article de Danielle Lochak) », *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 292.

d'une interprétation des textes. De même qu'Alfons Bürge avait parlé, pour l'époque d'Aubry et Rau, de durcissement de la doctrine sur l'absolutisme de la propriété privée face à la crainte du socialisme¹, l'on pourrait voir dans ces textes des civilistes pendant la Grande Guerre un raidissement dans la défense d'un droit positif français (incluant la doctrine), alors assimilé au « vrai droit », celui qui fait primer la liberté sur la force.

On dira que nous faisons aux civilistes français de 1914-1918 un mauvais procès, en leur adressant un reproche injuste -parce que rétrospectif et fondé sur nos propres convictions- d'avoir été trop idéalistes et de ne pas avoir tiré de la violence de la guerre l'idée d'une théorie du droit purifiée de toute idéologie. N'est-il pas abusif de constater que ces juristes ne se sont pas élevés au-delà du contexte de la guerre contre l'Allemagne pour penser « le » droit et non le seul droit français comme l'écrivait Lévy-Ullmann² ? Mais n'a-t-on pas accusé plus injustement Kelsen d'avoir été insensible à la prise de pouvoir d'Hitler qui avait pourtant conduit à sa révocation du poste de professeur à Cologne en raison de son origine juive ? Il est différentes façons pour un auteur exprimant ses opinions sur le droit de tirer une leçon du contexte et des épreuves qu'il a vécus. Relisons la préface de la première édition de la *Théorie pure du droit* qui parle aussi de la Première Guerre mondiale et de ses effets.

Cette faiblesse des sciences sociales est particulièrement manifeste à notre époque, car la guerre mondiale et ses suites ont profondément ébranlé les bases de la vie sociale et accentué à l'extrême les oppositions entre les États et à l'intérieur de chacun d'eux. [...] Rien ne paraît plus contraire à l'esprit du temps qu'une théorie du droit désireuse de sauvegarder sa « pureté » quand on voit les autres théories prêtes à offrir leurs services à n'importe quel pouvoir politique. [...] Si j'ai néanmoins entrepris à une telle époque de faire la synthèse de mes travaux sur le problème du droit, c'est dans l'espoir que le nombre de ceux qui placent l'esprit au-dessus de la force est plus grand qu'il ne paraît actuellement³.

Au triomphe apparent de la force, Kelsen voulait répondre par l'esprit de la rigueur scientifique, sans nier le caractère juridique des normes édictées par ses adversaires politiques, alors que les juristes français avaient choisi d'en appeler à la justice, à la liberté ou à la morale pour opposer la doctrine française à une doctrine allemande rejetée sans nuances.

Jean-Louis HALPÉRIN,
Professeur d'histoire du droit,
Ecole normale supérieure,
Membre de l'Institut Universitaire de France

¹ A. Bürge, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2^e éd. 1995, p. 90-93.

² H. Lévy-Ullmann, *Éléments*, *op. cit.*, p. 168.

³ H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (trad. fr. H. Thévenaz), Neuchâtel, éditions de la Baconnière, 1953, p. 19-20.