

# L'ENSEIGNEMENT DU DROIT CIVIL À LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS ENTRE 1943 ET 1951 <sup>1</sup>

*En souvenir d'André Rouast*

## 1. – Des sentiments complexe

Mes premiers mots seront un double remerciement adressé à Hugues Fulchiron, président de l'Université Lyon III. En me demandant d'évoquer ce que fut l'enseignement du droit civil que j'ai reçu à la Faculté de droit de Paris entre octobre 1943 – mon inscription en première année – et mai 1951 – la soutenance de ma thèse, il me donne l'occasion d'exprimer ma reconnaissance à mes professeurs de droit civil, particulièrement à André Rouast. Je les ai, peu à peu, au fil des ans, beaucoup aimés. L'enseignement de masse qui existait presque autant qu'aujourd'hui n'empêchait pas les relations affectives : d'étudiants à professeur, et, plus rarement, dans le sens inverse, de professeur à étudiants. Plus rarement, mais nous sentions tous qu'en enseignant le droit, nos professeurs accomplissaient une vocation, que probablement ils l'aimèrent tellement qu'ils n'auraient pu vivre sans elle.

Essayer de décrire ce qu'était alors l'enseignement du droit à Paris n'est pas facile car sont en cause des relations humaines complexes. Par certains côtés, elles étaient purement intellectuelles : la rigueur des concepts juridiques même si parfois ils étaient depuis longtemps devenus flexibles, la force et les faiblesses de la norme, le jeu cérébral de l'interprétation et du raisonnement, la découverte de structures sociales évolutives et d'une anthropologie organisée, bref, toute la vie

---

1. Conférence prononcée à l'École doctorale de l'Université Jean Moulin (Lyon III), le 19 mars 2009, puis dans plusieurs autres universités (Versailles, Saint-Quentin, Paris I et Paris II).

de l'intelligence juridique. Par d'autres côtés, elles étaient affectives : chez les étudiants, la soif de la connaissance, le besoin d'apprendre, une sorte d'émerveillement devant la règle et ses péripéties, la curiosité, la recherche de la justice et souvent l'admiration de leur professeur ; inversement, dans la mesure où nous pouvions le pressentir, chez ceux qui enseignaient, l'honneur du métier, le besoin de transmettre et le désir d'être proches de leurs étudiants.

Hugues Fulchiron m'a aussi permis de revivre un peu de ma jeunesse. Aussi, parlerai-je tout à la fois de mes professeurs et de moi-même : un miroir, avec tout ce qu'il peut avoir de subjectif, de sentimental et d'émotif. C'était ma jeunesse – j'avais dix-huit ans –, la jeunesse dont les brav'gens disent quel est le plus bel âge de la vie. Dans mon cas, je n'en suis guère convaincu. 1943, c'était l'occupation allemande, la patrie vaincue, la guerre, la faim, le froid, l'angoisse devant un avenir sombre et incertain.

## 2. – Les horreurs de la guerre et la sérénité de la Faculté

La Faculté de droit de Paris était un petit monde à part, ayant réussi à s'isoler en ignorant les misères du temps. Plus encore, le droit civil : en opposition aux immenses bouleversements de l'époque, les horreurs de la guerre, les ruptures du monde – internationales, sociales, morales, politiques, constitutionnelles et, à un moindre degré, culturelles –, le droit civil était un havre de stabilité. Par exemple, celui de la famille n'avait entre 1940 et 1944 connu que trois réformes : la loi du 2 avril 1941 voulant raréfier le divorce (un échec complet, presque complètement abandonnée à la Libération) ; celle, encore plus éphémère, du 11 septembre 1941 sur la légitimation des enfants adultérins, la loi du jardinier, celui du Maréchal Pétain ; et celle du 22 septembre 1942 (plus durable) accroissant les pouvoirs de la femme mariée en raison du million de prisonniers de guerre. Trois lois en quatre ans ; aujourd'hui on fait pire.

Cette coupure du réel produisait les effets antagonistes habituels de la fermeture sur soi : l'ignorance du monde réel ; mais aussi elle nous faisait paradoxalement bénéficier d'une prophylaxie bienfaisante : un sanctuaire, un monde de paix, peut-être pacificateur, ce qui dans mon souvenir est matière à discussion. En tout cas, le climat libertaire qui règne maintenant dans les Facultés de lettres et parfois dans les Grandes Écoles, voire récemment dans les Facultés de droit, était alors complètement inexistant et même inimaginable.

### 3. – Que du droit civil

Je parlerai presque exclusivement du droit civil, parce que, en ce temps là, comme depuis l'an XII où fut rétabli l'enseignement du droit<sup>2</sup>, la licence durait trois ans (en 1954, quatre, augmentation de la durée des études qui fut probablement une erreur, une parmi les nombreuses causes de nos difficultés contemporaines dans l'enseignement du droit<sup>3</sup>), le droit civil étant le pivot autour duquel tout tournait<sup>4</sup> : les trois années de licence – un château de cartes des certitudes juridiques – et les deux années de doctorat, où un cours de « droit civil approfondi » ébranlait les certitudes et pratiquait la controverse.

La plupart de ces cours étaient pris en sténo, sauf ceux de doctorat : photocopiés par les *Cours de droit*, ils constituaient notre instrument de travail, plus que le cours oral, les manuels, les Codes et les recueils d'arrêts. Ils sont conservés à la Bibliothèque de la Faculté de droit de Paris. Tout enseignement qui n'était pas du droit civil était d'ailleurs jugé annexe ou complémentaire, ou, comme a dit Jean Carbonnier, un « art d'agrément »<sup>5</sup>.

D'agrément ? Pas toujours. Par exemple, je n'ai pas gardé un bon souvenir du droit constitutionnel. Pourtant, celui qui l'assurait, Jean-Jacques Chevallier, a été sans doute l'un des plus brillants de mes professeurs à la Faculté. Séduisant de jeunesse, donnant l'impression d'avoir le même âge que nous et maîtrisant une belle culture humaine ; par la suite, il s'est révélé le maître de l'histoire des idées

2. Loi du 22 ventôse an XII, créant douze « écoles de droit » pour la France, dont trois dans les départements annexés : Bruxelles, Turin et Coblenche.

3. Le décret du 27 mars 1954 a institué la licence en quatre ans. Ce texte avait été précédé d'un long débat universitaire, la Faculté de droit de Poitiers (et son doyen d'alors, Jean Carbonnier) ayant pris la tête d'un mouvement d'opposition ultra-minoritaire, pour des raisons qui demeurent actuelles, notamment celle-ci qu'avait fait valoir Jean Carbonnier : « ce que l'on demande à un licencié en droit, par exemple en droit privé, ce n'est pas de connaître toutes les règles de droit [...], ce qu'on lui demande, c'est d'avoir appris à interpréter un texte, à se servir d'un recueil de jurisprudence, à suivre un raisonnement juridique, à sentir un certain déterminisme des phénomènes sociaux, etc. ». Voir E. Gossio, « Le doyen Jean Carbonnier et la réforme de la licence en droit », *Hommage à Jean Carbonnier*, Paris, Dalloz, 2007, p. 105 et s., spécialement p. 108.

4. J. Carbonnier, « Relations d'arcades sur fond de droit : souvenirs d'un devenir à la Faculté de droit de Poitiers », conférence de 1990, inédite, publiée in *Écrits*, Paris, PUF, 2008, p. 28, qui ajoute : « Le civiliste avait l'impression plaisante d'être entouré de professeurs de spécialités ou même d'arts d'agrément, qui tous pouvaient l'enrichir sans réciprocité, car il n'en était aucun qui fût ignorant du droit civil, tant il en avait fait dans sa jeunesse ».

5. Voir la note précédente.

politiques. Après nous avoir présenté la Constitution de 1875 – celle de la III<sup>e</sup> République – et ses nombreux antécédents, il exposa avec objectivité la loi du 10 juillet 1940 conférant les pleins pouvoirs constitutionnels au Maréchal Pétain. Il conclut son enseignement, à la fin du premier semestre, en février 1944 : « Le paradis constitutionnel est à l'ombre des épées ». La jolie formule et la belle prophétie ! Quelques mois après, le régime de Vichy s'effondra à la suite de la victoire des alliés. De ce jour, ma foi dans le droit a été ébranlée, dans le droit public surtout, car il est presque par nature un rapport de forces, « à l'ombre des épées ». J'ai moins de scepticisme et plus de foi envers le droit civil, où le pouvoir de la force est plus faible, car il doit composer avec l'enchevêtrement d'une longue histoire, de la coutume, de la morale, des mœurs, d'une technique élaborée et du non-droit<sup>6</sup>.

#### 4. – Un lointain passé ?

Avec cette petite méchanceté, je mesure les dangers à vouloir retrouver mon passé universitaire. Pas tellement le mythe trompeur du « bon vieux temps », où la vieillesse a une pente fatale à dénigrer le présent et exalter le passé, du genre « de mon temps, le personnel enseignant était joliment meilleur que celui d'aujourd'hui ». Ou le risque de l'hagiographie, ne parlant que des vertus : bien sûr, il y avait des rayons et des ombres ; mais on peut essayer la recherche de la vérité sans louange ni détractation. Mais (et surtout) plus importante et plus sournoise, la menace attachée à toute démarche historique, le risque de superposer nos notions morales d'aujourd'hui à celles du passé. Un passé du milieu du siècle dernier, près de soixante ans en arrière, à la fois hier et la nuit des temps, souvent un immense champ de ruines dans ce qui pourtant paraissait alors constituer les structures indestructibles de notre société. Pour difficile qu'il soit, ce retour au passé a pour mérite de faire vivre la relativité du droit, comme toute démarche historique, et d'injecter une bonne dose salutaire de scepticisme juridique.

Un autre danger serait de vouloir construire ce passé comme s'il avait été un ensemble logique et cohérent ; de la même manière que le présent, il a été rempli de contradictions. J'essaierai donc d'éviter les simplifications qui, presque toujours, sont abusives. Par nature, les

6. J. Carbonnier, « L'hypothèse du non-droit », *APD*, 1963, republié in *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2001, p. 25 et s.

vérités juridiques et universitaires sont superficielles, mais de temps en temps, elles sont aussi superficielles en profondeur : la vraie richesse de la culture juridique, irréductible à toute autre.

## 5. – Mes professeurs, pas mes maîtres

Hugues Fulchiron m'avait proposé d'intituler cet exposé « mes maîtres » et c'est en effet un beau mot. Il suffit de faire parler l'étymologie. En latin, *magister*, de *magis*, lui-même dérivé de *magnus*, « celui qui est grand et noble », « celui qui est plus grand » : pas seulement plus grand que l'élève, mais aussi plus grand que les autres. Il y a en effet de la noblesse dans le maître et ceux dont je vais parler avaient une hauteur morale, manifeste, naturelle et intellectuelle, une élégance dans la pensée, une sobriété dans la parole, une culture humaniste, un esprit de mesure et de modération, et même, malgré la différence de générations, une compréhension de la jeunesse qui, pour un peu distante qu'elle fût, n'en était pas moins réelle : hauteur morale, distinction intellectuelle, sobriété, humanisme, modération, jeunesse, tout cet ensemble constitue la noblesse de l'esprit, l'aristocratie spirituelle. En plus, tous ces professeurs avaient de « l'allure » – dans le comportement en chaire, dans la démarche, dans la voix, dans la silhouette, dans le vêtement –, allure qui par elle-même et tout naturellement confère l'autorité.

Oui, de l'autorité – *auctoritas*, dérivé d'*augeo*, accroître. *Auctoritas* et non *potestas*, le pouvoir, la puissance, pour reprendre la vieille distinction romaine. Je n'ai jamais, jamais, au grand jamais, senti chez mes professeurs de droit – et d'ailleurs – une quelconque volonté de puissance et de domination. Il a fallu l'époque contemporaine pour que Bourdieu et quelques autres fissent croire que l'enseignement était une stratégie d'exploitation et un instrument de domination sociale. En 1951, Ionesco (*La leçon*) avait même caricaturé le maître qui, s'emparant de la pensée, désintégrait le disciple en le réduisant au silence. Ce sont des phantasmes contemporains, totalement étrangers à l'époque où j'ai reçu l'enseignement du droit, comme ils le sont aussi, à peu près, pour l'enseignement juridique d'aujourd'hui.

C'était tout le contraire : mes professeurs de droit civil étaient des hommes de pensée libre ; ils le sont depuis que la fin du XIX<sup>e</sup> siècle nous a débarrassés de l'inspection universitaire. Des hommes de libre discussion qui a toujours, ou presque, caractérisé la mentalité juridique, congénitalement imprégnée du principe du contradictoire. Ce

goût de la sobriété, le respect de la langue française, une vraie culture sans ostentation ni pédantisme, mais exclusivement classique – la trilogie de mon époque : français, latin, grec – et l'esprit de mesure. À quoi s'ajoutait l'indépendance intellectuelle dans toutes ses formes : à l'égard du pouvoir politique, même en ces temps troublés, à l'égard aussi du pouvoir financier ignorant alors l'inflation des consultations, et même à l'égard du pouvoir culturel : les Facultés de droit – toutes disciplines juridiques confondues – étaient étrangères au monde journalistique et à ce qui sera plus tard celui des médias, sans doute parce qu'elles étaient allergiques à leur grand bavardage. L'enseignement du droit constituait ainsi un monde à part, une sorte d'aristocratie de la pensée, un peu comme les universités allemandes du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>7</sup>, mais sans l'arrogance du *Herr Professor*.

Le mot de maître que souhaitait Hugues Fulchiron pour cette conférence est donc admirable et riche de sens, mais je ne le retiens pas parce qu'il implique une emphase, complètement étrangère à ce qu'étaient mes professeurs, au langage simple et sans ostentation. Il implique aussi un charisme, qui ne leur convenait pas non plus, à cause de leur réserve, excluant la recherche de l'admiration qu'habituellement le « maître » veut trouver chez ses disciples. Le mot de « maître » conviendrait plutôt à la philosophie, à la musique et autres arts d'agrément<sup>8</sup>, avec tout ce qu'il entraîne de passions et de disputes. La polémique n'était pourtant pas étrangère à ce monde du droit civil ; par exemple, avec la controverse qu'avait à plusieurs reprises engagée Paul Esmein avec les frères Mazeaud sur l'obligation de résultat<sup>9</sup>, mais elle était infiniment plus rare et moins ardente que dans la théologie et la philosophie.

Je ne parlerai donc pas de « mes maîtres », mais plus simplement, évitant l'emphase, de « mes professeurs à la Faculté de droit de Paris ». Des *professeurs*, c'est-à-dire des hommes qui enseignaient de manière habituelle – pas des amateurs –, exclusive – pas des praticiens –, et organisée – un cours était toujours une construction

7. Max Weber, « Le métier et la vocation de savant » (*Wissenschaft als Beruf*), in *Le savant et la politique*, Paris, Plon, 1959, rééd., « 10-18 », 1974, p. 60-61.

8. G. Steiner, *Maîtres et disciples*, Gallimard, traduit de *Lessons of the Masters*, Harvard UP, 2003 ; J.-M. Joubert et G. Pons (dir.), *Portraits de maîtres, Les profs de philosophie vus par leurs élèves*, Paris, CNRS éd., 2008.

9. H. J. L. Mazeaud, *Leçons de droit civil, Obligations*, 8<sup>e</sup> éd. par Fr. Chabas, Paris, Montchrestien, 1991, n° 21 : « La classification (obligations de moyens et de résultat) revêt un intérêt primordial » ; P. Esmein, « L'obligation et la responsabilité contractuelle », in *Le droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle. Études offertes à Georges Ripert*, Paris, LGDJ, 1950, t. II, p. 101-115 : « La notion mal venue d'obligation de résultat » (n° 8) ; « une approximation grossière » (n° 9).

intellectuelle, avec pas mal de systématisation –, dominée par la clarté, l'élégance – chez presque tous – et la simplicité, conditions de l'intelligibilité et de l'attrait. C'était des professeurs de droit qui entendaient faire du droit un art – *jus in artem redigere* –, un objet d'études désintéressé – la consultation n'étant alors que marginale<sup>10</sup>. Des professeurs à la *Faculté de droit*, faisant leur cours en robe et chausse d'hermine sur l'épaule<sup>11</sup>, avec apparat, introduits par un appariteur en habit à chaîne, devant des étudiants qui se levaient à leur entrée en cours, mais sans théâtre : ils ne tiraient leur autorité que de leur simplicité, sans effets oratoires ou autres.

## 6. – André Rouast et la « grande génération des civilistes »

Faute de temps, je ne parlerai que d'un seul, André Rouast, qui m'a enseigné le droit civil de 1943 à 1948 et qui, je crois, était vraiment représentatif de sa génération.

Pierre Raynaud en avait commencé la nécrologie<sup>12</sup> par ces quelques mots qui en résumaient les traits : « un des derniers survivants d'une grande génération de civilistes ». Il a été, en effet, très représentatif de la pensée juridique de cette époque d'une assez grande cohérence intellectuelle, bien que chacun eût sa différence. Pas seulement très représentatif mais le plus représentatif, sauf, plus que d'autres, l'importance majeure dont il imprégnait sa vision du droit au catholicisme (celui de l'époque), au droit naturel et à la morale, sauf aussi, mais avec moins d'importance, l'intérêt qu'il avait toujours porté au droit du travail depuis sa thèse soutenue à Lyon en 1909 sur *La notion de contrat collectif dans le droit des obligations*.

Ce classement par « générations » de l'histoire de la pensée juridique – notamment civiliste – a l'avantage d'une mise en ordre qui suit les changements et en épouse la durée, mais présente pas mal d'arbitraire. Surtout dans la période « actuelle », c'est-à-dire celle qui suit 1900, où le temps n'a pas encore fait son tri : dans ces plus de cent ans écoulés, il y a, d'évidence, des maîtres à la grande influence ; mais,

10. J.-M. Carbasse, « Professeur à la Faculté de droit », *Dictionnaire de la culture juridique* (D. Alland et S. Rials, dir.), Paris, PUF, 2003, p. 1244-1246.

11. D. 17 mars 1808, sur l'Université impériale, art. 10. Un costume de prestige, que certains trouvaient élégant, avec, pour les Facultés de droit, le rouge, couleur du pouvoir souverain. Voir B. Neveu, « Costume des juristes », *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, p. 309-313.

12. P. Raynaud, « André Rouast », *RTDciv.*, 1979, p. 475.

malgré Philippe Jestaz et Christophe Jamin<sup>13</sup>, il n'y avait pas et il n'y a pas d'école, seulement des générations. Une manière de les situer serait de retenir pour chaque génération un événement juridique fort : ainsi, Planiol et son *Traité élémentaire de droit civil* (à partir de 1899), Georges Ripert avec sa *Règle morale dans les obligations civiles* (1931), Jean Carbonnier avec *Thémis* (à partir de 1951). Cette « grande génération » a peut-être été le siècle d'or des civilistes.

Elle était composée de grands noms ; dans sa diversité, elle formait pourtant un ensemble. Georges Ripert (qui les dominait, plus étincelant et surtout plus conservateur – mais pas toujours, car c'est lui qui en 1936 avait découvert l'ordre public de protection –, avec une forte ouverture sur les droits maritime et commercial, un goût de l'action, une cruauté dans la polémique à laquelle André Rouast était totalement étranger tant il était bienveillant), les frères Mazeaud (très dogmatiques), René Savatier (dont le romantisme juridique était à l'opposé du classicisme de Rouast), Joseph Hamel (qui s'était ultérieurement orienté vers les droits des affaires et de la banque), Jacques Maury (marqué par le droit international privé), sans compter Paul Esmein (le plus anticonformiste), Henri Vialleton (dont déjà étaient connues la subtilité et la profondeur d'esprit), Paul Roubier, Pierre Voirin, Léon Julliot de la Morandière, Louis Josserand et plusieurs autres ; oui vraiment une « grande génération ». Après eux, nous ne sommes que des nains juchés sur des géants.

C'était la génération de la Grande Guerre, où, avant de passer l'agrégation, beaucoup s'étaient illustrés par leur courage. Qu'avait donc cette époque pour avoir pu être une « grande génération de civilistes » ? André Rouast l'avait dit succinctement, dans son éloge funèbre de Georges Ripert : « La philosophie du droit, la sociologie, la politique (étaient) présentes dans ces ouvrages ou plus exactement sous-jacentes [...] Mais Georges Ripert n'était ni un philosophe, ni un sociologue, ni un homme politique ; il était essentiellement juriste et ses ouvrages sont des ouvrages de droit, éclairés seulement par des considérations extra-juridiques ». Juriste, mais non comme le sera plus tard Jacques Flour, qui, lui, était exclusivement civiliste : sans sociologie, sans économie politique, sans droit commercial, sans droit du travail, sans même d'histoire : il était le droit civil pur, dans sa plénitude et son exclusivisme.

13. Ph. Jestaz et Ch. Jamin, « L'entité doctrinale française », *D.* 1997, chr., p. 167, et la réponse de L. Aynès *et alii* : « Antithèse de l'entité (à propos d'une opinion sur la doctrine) », *D.* 1997, chr., p. 229.

Pour continuer à situer cette génération, je reviens à l'éloge de Ripert par André Rouast, « dans la lignée des grands civilistes français des derniers siècles, qui furent pour la plupart des lutteurs passionnés de controverse. Mais, à la différence de beaucoup d'entre eux, il place toujours la controverse sur le terrain supérieure des principes et c'est par là qu'il est un grand parmi les plus grands »<sup>14</sup>. Cette « grande génération » n'engageait d'ailleurs la controverse que si un intérêt pratique était en jeu, non, comme on le fait parfois aujourd'hui, la controverse pour la controverse – l'excès en droit d'un nouvel académisme universitaire.

## 7. – Clarté ; ordre ; mesure

Essayant de rendre compte des qualités et des méthodes d'André Rouast, ce qui me revient d'abord et très fortement en mémoire, est la clarté, une extraordinaire clarté, comme j'en ai rarement rencontré, tenant à la sobriété : pas un mot de trop, une des vertus du classicisme français, aujourd'hui assez rare à cause d'une certaine tendance à la verbosité : la verbosité nuit à la limpidité. Une sobriété française, pas celle, très germanique, d'Aubry et Rau, souvent elliptique et un peu obscure. Une sobriété universitaire : pas celle de la Cour de cassation, souvent abstraite. Les mots qu'il utilisait étaient des mots simples, étrangers à toute préciosité (une différence avec Jacques Flour et Jean Carbonnier) et à tout effet de style : ce qui était sans doute sa modestie naturelle lui faisait éviter « le bonheur des formules employées » (ce qu'il disait de Ripert) qu'avaient ou qu'auront Planiol, Ripert, Flour et Carbonnier.

Il avait aussi les méthodes du classicisme français : une pensée organisée – presque celle de Jean Guitton qui était alors la règle à l'École normale supérieure : « on dit qu'on va le dire, on le dit, on dit qu'on l'a dit »<sup>15</sup>, mais pas les deux parties systématiques, presque une névrose, qui sont venues par la suite, sans doute un effet pervers de la leçon d'agrégation lorsqu'elle est caporaliste. Il goûtait les distinctions, une forme de pensée qui lui permettait de surmonter les antinomies congénitales à tout droit et à toute société.

Pour le reste, les commentaires d'arrêt qu'il a publiés suivaient à peu près les modèles qu'avaient donnés Planiol et Labbé cinquante

14. A. Rouast, « L'œuvre civiliste de Georges Ripert », *RTDciv.*, 1959, p. 1-9.

15. J. Guitton, *Le travail intellectuel, Conseils à ceux qui écrivent et à ceux qui pensent*, Paris, Aubier, 1950.

ans avant, sauf qu'il ne pratiquait ni le genre sinueux ni le genre scolaire ni le genre prophétique et ne distribuait pas aux arrêts de bonnes et mauvaises notes (exemple : « cet arrêt mérite d'être approuvé », sans avoir débattu du pour ou du contre), comme on voit parfois maintenant chez les jeunes ; mais pour l'essentiel la note d'arrêt était restée la même. C'est une des singularités du droit, surtout du droit civil : tout en droit a changé en cinquante ans – le fond, les sources, les méthodes (d'interprétation et d'enseignement), les manières de publier – traités, manuels et minuscules aide-mémoires, sans parler de la portée du droit dans la vie sociale, du sens qu'il veut avoir, celui qu'il a et celui qu'on lui prête. Tout a changé, sauf la note d'arrêt, genre typiquement français, presque immuable : les suggestions de Jean Carbonnier n'ont servi à rien <sup>16</sup>.

Tout en lui était mesure : une de ses expressions préférées était : « il ne faut pas exagérer » ; dans ses références doctrinales et jurisprudentielles, il n'y avait ni cortège, ni amas, ni auto-citations. Comme dans toute cette « grande génération de civilistes », elles étaient peu nombreuses, choisies et toujours expliquées. De même, il ne cherchait pas à tout dire : de nouveau, la sobriété. De même aussi, un refus absolu du narcissisme : comme presque toute sa génération, l'orgueil et la vanité lui étaient étrangères. De même encore, une indifférence à l'argent : sa raison de vivre, c'était son enseignement, sa pensée et ses publications.

La clarté, l'esprit de mesure, une croyance au droit naturel (pas partagée par tous), à la morale, au christianisme (plus que d'autres), l'exclusion du narcissisme, l'indifférence au pouvoir et à l'argent. Telles étaient les marques d'André Rouast, représentatif de cette « grande génération ».

Pour éclairer par quelques exemples les différents traits de sa pensée juridique, j'en retiendrai trois aspects, ce qui aura au moins l'intérêt d'en souligner la diversité. Il n'était pas un homme de spécialités, mais un civiliste, spécialiste du général : l'intérêt qu'il portait à la

---

16. J. Carbonnier, « Note sur des notes d'arrêts, chronique pour le cinquantième anniversaire de l'entrée du doyen René Savatier au Dalloz », *D.* 1970. chr., p. 137-139, reproduit dans *Écrits, op. cit.*, p. 619, spécialement p. 623 : « Exploitant le principe si juridique du contradictoire, au lieu de l'éternel monologue, la note dialoguée en équipe ? Ou bien le test, au sens sociologique, qui passerait l'arrêt au crible d'un questionnaire en langue vulgaire, soumis à un échantillon national d'ignorants, ce qui ne serait que la redécouverte du jury civil. Ou même l'analyse sauvage, de contestation pure, l'anti-décision, qui, dégagée de tout souci d'utilisation immédiate par la pratique expliquerait, – sauf le respect de cour, bien entendu, et celui de l'art. 226 C. pén. – comment le problème eut été posé et réglé en partant de l'un quelconque de ces *a priori* politiques, sociaux, philosophiques, sur lesquels se divisent nos contemporains ».

pratique, son attachement à la mesure et surtout la manière dont il concevait le droit de la famille.

## 8. – Le droit et la pratique

L'importance qu'il conférait à la pratique s'était révélée dès son premier cours de première année, pour moi en décembre 1943, nécessairement et universellement consacré aux sources du droit. Il en énumérait trois : la loi (comme tout le monde), la coutume (comme presque tout le monde) et – ce qui était original – les actes juridiques. Non la jurisprudence – ce qui était peut-être encore plus original : il la rattachait à la loi (selon l'esprit du Code civil) : « Lorsque la loi est un peu ancienne, la jurisprudence prend une importance considérable »<sup>17</sup>. Il n'en disait pas plus. On peut en donner l'exemple de son article sur l'enrichissement sans cause, sa première publication en 1922 après son agrégation<sup>18</sup>. Au lieu de dire, selon le genre déjà habituel, qu'il s'agissait d'une création de droit par la jurisprudence, il y voyait « la définition progressive d'une coutume par la jurisprudence », « un nouveau droit positif, le droit coutumier ». La vraie source du droit, c'était donc la coutume, non la jurisprudence. Ce qui est contraire à l'esprit contemporain, où l'on va jusqu'à faire de la jurisprudence une source du droit supérieure à la loi – l'exemple venant de la Cour européenne des droits de l'homme.

Au contraire, les actes juridiques, c'est-à-dire la pratique, étaient pour lui une vraie source du droit, vivante et efficace. Ainsi dans un cours de doctorat consacré aux successions<sup>19</sup>, il avait (1945-1962) évoqué sa participation à la Commission de révision du Code civil (qui, faute de volonté politique, n'a débouché sur rien). Il s'agissait en l'espèce d'une question classique : savoir quels auraient dû être à l'avenir les droits successoraux du conjoint survivant, puisqu'il était depuis quelque temps généralement admis que la vocation en usufruit du quart que lui conférait le droit en vigueur (loi du 9 mars 1891) était nettement insuffisante. « L'usufruit, disait-il, ne correspond plus guère d'ailleurs aux intentions des conjoints. M. Jouselin, qui a une grande expérience notariale a fait en ce sens une déclaration très nette à la Commission de réforme du Code civil. Il y a cinquante ans, a-t-il

17. *Cours de première année de Licence*, 1943-1944, Les Cours de droit, p. 20.

18. A. Rouast, « L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile », *RTDciv.*, 1922, p. 35.

19. *Cours de droit civil approfondi*, 1954-1955, Les Cours de droit, « Étude critique du droit français des successions ».

dit, la plupart des libéralités testamentaires au profit du conjoint étaient faites en usufruit ; aujourd'hui, il n'en est plus de même et l'on fait un legs en pleine propriété »<sup>20</sup>. Aussi avait-il proposé que ces droits devîssent des droits en pleine propriété, ceux d'un enfant le moins prenant lorsque le conjoint concourrait avec des descendants. Près de cinquante ans après (en droit civil, les réformes législatives prennent parfois leur temps), la loi du 3 décembre 2001 a repris, mais seulement en partie, ces perspectives : en concours avec des descendants communs, le conjoint a désormais une option entre un usufruit universel et une pleine propriété du quart (art. 757 nouveau). André Rouast n'a pas été le seul à se référer à la pratique des libéralités entre époux pour en fixer la vocation successorale. Elle est une constante de la politique législative, notamment celle qui fut à la genèse de la loi du 9 mars 1891. Mais comme l'a montré le devenir de cette loi, elle est une source fragile car, par nature, la pratique est évolutive et précaire, plus encore que le reste du droit.

Plus caractérisée, mais que quarante ans après l'avenir a démentie, fut sa chronique sur la réduction judiciaire de la rémunération des généalogistes<sup>21</sup>. Il défendait contre un arrêt dissident de la cour de Paris, la position traditionnelle de la Cour de cassation : les tribunaux, avait-il dit, ne devraient pas avoir le pouvoir de réduire les honoraires d'un généalogiste même s'ils les jugent excessifs. Il avait suivi la méthode classique des grands civilistes depuis Planiol ; en recherchant la qualification du contrat, il démontrait qu'il ne s'agissait pas d'un mandat (dont les honoraires sont réductibles), mais d'un contrat aléatoire et spéculatif, qui avait une cause assurant « l'équilibre contractuel » et, ce qui était une méthode pragmatique plus nouvelle, il avait aussi montré que cette jurisprudence était nécessaire à l'exercice de la profession de généalogiste « parce que la compensation des bonnes chances et des mauvaises chances en est la base ».

En 1998<sup>22</sup>, malgré les rigueurs apparentes de son raisonnement et son réalisme sociologique, il n'a pas été suivi par la Cour de cassation, qui a abandonné sa jurisprudence et décidé que la rémunération du généalogiste était réductible en cas d'excès. Le vent du consumérisme s'était mis à souffler. Avant d'être rationnel et une réalité sociologique, le droit est avant tout un phénomène historique et évolutif. La morale de l'histoire est simple : les interprètes du droit

20. *Ibid.*, p. 78.

21. Chr. JCP, 1954 I 1179.

22. Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 5 mai 1998, *Bull. civ.* I, n° 168.

et leurs auteurs devraient avoir beaucoup d'humilité et, semble-t-il, André Rouast n'en manquait pas.

## 9. – La modération

Un des aspects de sa pensée juridique était sa modération, faite de courtoisie, de pondération et d'esprit de mesure. Un exemple peut en être trouvé dans son article publié en 1944 à la *Revue trimestrielle de droit civil*, sur « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés »<sup>23</sup>. Au départ, était la polémique opposant Georges Ripert<sup>24</sup> à Louis Josserand<sup>25</sup>. Ripert, sans tendresse, avait croisé le fer : « M. Josserand a défendu avec un grand talent cette théorie de la relativité des droits [...]. Elle tend à détruire l'idée de droit subjectif [...] (et) tombe dans les plus dangereuses fantaisies de la contrainte sociale ». André Rouast n'avait pas méconnu la controverse mais l'avait exposée en termes apaisants : « M. le doyen Ripert craint que cette théorie de la relativité des droits n'entraîne la négation des droits subjectifs ». Il a donc atténué ce qui chez Ripert était mordant et même cruel (rappelez vous la phrase : « les plus dangereuses fantaisies de la contrainte sociale »). De même, pour contester une opinion de Josserand, il écrivait : « Il ne semble pas que Josserand ait eu raison de dire que le nombre des droits incontrôlés tend à s'accroître ; l'examen de la législation doit, au contraire, faire connaître leur régression »<sup>26</sup>. Aujourd'hui, probablement, on n'aurait ni cette modération, ni cette courtoisie et on écrirait plutôt avec brutalité : « En prétendant que le nombre des droits discrétionnaires s'accroît, Josserand s'est complètement trompé ; le législateur et la jurisprudence les diminuent constamment, jusqu'à les faire disparaître ».

## 10. – Le droit de la famille

C'est au droit de la famille qu'André Rouast a surtout consacré sa vie d'enseignement et d'étude : consacré, le mot n'est pas trop fort, car il avait de la famille une conception morale, spiritualiste et reli-

23. *RTDciv.*, 1944, p. 1.

24. G. Ripert, « Abus ou relativité des droits », *Rev. crit.*, 1929, p. 33 et s. ; *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., 1935, n<sup>o</sup> 103 et s.

25. L. Josserand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, théorie dite de l'abus des droits*, Sirey, 1927.

26. G. Ripert, *La règle morale, op. cit.*

gieuse, avec une hauteur qui n'avait d'égale que la fermeté de ses convictions. Il le dit dès les premières pages du tome II du grand traité de Planiol et Ripert, relatif à la famille dont il était l'auteur exclusif : « Le groupe familial est dans la société politique un noyau irréductible. Les lois qui le gouvernent sont dictées par la religion et la morale ; le législateur les sanctionne bien plus qu'il ne les établit librement »<sup>27</sup>. De la même manière, dans son cours polycopié de 1943-1944, il enseignait : « la société est forte si les familles qui la constituent sont fortes »<sup>28</sup>.

Pour lui, il n'y avait de famille que légitime, c'est-à-dire fondée sur le mariage et le mariage n'avait vraiment sa plénitude que s'il était indissoluble. Le divorce était un mal grave et, comme l'avait dit Planiol, « un mal nécessaire » qui n'aurait dû être qu'un remède exceptionnel. Il en dénonçait les dangers en se référant à Durkheim : « les régions où les divorces sont les plus nombreux sont celles où il y a le plus de suicides »<sup>29</sup>. « L'instinct sexuel, expliquait-il, est le plus puissant de tous les instincts qui animent l'espèce humaine et s'il n'est pas discipliné, il risque d'entraîner les pires désordres »<sup>30</sup>. La conséquence était claire : « le véritable bonheur consiste à soumettre ses désirs à une règle qui les apaise ou les refreine ; telle est la vertu du mariage. Dans la mesure où ce lien devient fragile, le mariage cesse d'être un frein »<sup>31</sup>. Aussi était-il très hostile au concubinage : « La criminalité est plus grande dans les milieux sociaux ou dans les villes où les faux ménages sont les plus nombreux. Sans doute, il ne faut rien exagérer et il est des gens qui vivent dans l'union libre comme s'ils étaient mariés, mais la liberté qu'ils se sont donnée demeure pour eux une tentation perpétuelle dont il est bien rare qu'ils ne profitent pas un jour où l'autre »<sup>32</sup>. Étaient alors débattus les droits de la concubine en cas d'accident mortel du concubin, une controverse longtemps classique, aujourd'hui réglée : « La véritable position à prendre en cette matière soit par le législateur, soit par la jurisprudence devrait être une position d'hostilité : il devrait y avoir une position de lutte contre le concubinage »<sup>33</sup>. C'est une politique qu'aujourd'hui personne ne préconise.

27. Planiol et Ripert, t. II, *La famille*, par A. Rouast, 2<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1952, n° 2.

28. *Cours de première année de Licence*, 1943-1944, *op. cit.*, p. 180.

29. *Ibid.*, p. 275.

30. *Ibid.*, p. 179.

31. *Ibid.*, p. 280.

32. *Ibid.*, p. 180.

33. *Ibid.*, p. 182.

Mais sur la signification sociale respective du mariage et du concubinage, André Rouast avait raison, même si, comme la plupart de ses vues sur la famille, ses idées ne sont plus dans l'air du temps. Bien que sur ces sujets Jean Carbonnier ait eu une compréhension généralement différente de celle d'André Rouast, il le rejoignait sur la morale du concubinage – individualisme à deux –, opposée à la morale sociale du mariage, insertion sociale, celle qui a fondé le monde moderne. Cette symbolique n'est pas seulement celle des mots <sup>34</sup>.

Pour défendre le mariage, la même défaveur devait aussi frapper, par nécessité sociale, les enfants naturels, malgré l'injustice qui en résultait (qui, précisait-t-il, n'était pas « inhumaine ») ; il était nécessaire qu'ils « soient l'objet d'une défaveur légale afin d'inciter par tous les moyens les gens qui vivent irrégulièrement à se marier » <sup>35</sup>. Aujourd'hui, la société française ne tolérerait plus cette inégalité entre les enfants nés dans ou hors mariage, que la loi a fait disparaître à partir de 1972. Depuis 1930, la filiation légitime avait suscité un débat, qui avait alors une grande importance doctrinale, sur la condition d'un enfant né dans les cent quatre vingt premiers jours du mariage, question devenue sans intérêt depuis qu'il n'y a plus de différences d'effets entre les enfants légitimes et naturels et que la distinction entre ces deux filiations a même disparue (ordonnance de 2005). Longtemps pendant le XIX<sup>e</sup> siècle, la Cour de cassation avait dit que cet enfant express, né un peu vite dans le mariage, était légitimé ; en 1930, elle procéda à un revirement dans l'arrêt *Degas* : « Tout enfant né au cours du mariage a la qualité d'enfant légitime quelle que soit la date de sa conception » <sup>36</sup>. Décision qu'André Rouast critiqua en 1941 avec une vivacité qui ne lui était pas habituelle et que ne partageait pas l'ensemble de la doctrine : « Il en résulte, en effet, disait-il, que la légitimité doit désormais être considérée comme ayant deux sources, la conception pendant le mariage et la naissance pendant le mariage [...] On détache ainsi la qualification juridique de la filiation de la qualification morale et sociale de l'acte dont elle procède, au risque d'opposer le droit à la morale et d'encourager ainsi à violer celle-ci » <sup>37</sup>. Il conclut : « Nous voulons espérer

34. J. Carbonnier, « Pas de droits si l'on refuse le droit », in P. Kaltenbach (dir.), *La famille contre les pouvoirs, De Louis XIV à Mitterrand*, Nouvelles cités, Rencontres, 1985, p. 169-181, spécialement p. 180, reproduit dans *Écrits, op. cit.*, p. 249-257, spécialement p. 256.

35. *Ibid.*, Cours précité, p. 352.

36. Cass. civ., 8 janv. 1930, *DP*. 1930. I. 51, note G. P.

37. A. Rouast, « Les tendances individualistes de la jurisprudence en matière de filiation légitime », *RTD civ.*, 1940-1941, p. 223-242, spécialement p. 227.

que la jurisprudence comprendra qu'elle fait fausse route, et qu'après avoir cédé à l'ambiance individualiste qui régnait naguère en France, elle saura, comme tous les organismes de la nation, s'inspirer des hautes paroles du Chef de l'État sur la nécessité de faire prédominer l'esprit social sur l'esprit individualiste »<sup>38</sup>.

Cette idéologie était conforme à celle du régime de Vichy et à l'esprit du temps ; en 1941, André Rouast l'avait célébrée dans un petit livre de vulgarisation : « Un des titres d'honneur de l'homme illustre qui a sacrifié sa vieillesse au relèvement de notre pays est d'avoir compris l'importance que doit avoir dans la nation le groupement familial [...] ; un coup d'œil sur le passé montrera qu'elles [nos institutions juridiques] l'ont [la famille] sacrifiée beaucoup trop à l'individu ou à l'État ». Et il termine en exaltant « la vérité profonde de cette parole du Maréchal Pétain : la famille est l'assise même de l'édifice social [...] C'est donc à elle que nous devons nos premières pensées »<sup>39</sup>.

Cette vision de la famille est devenue radicalement contraire à la mentalité et au droit contemporains. Mais elle était jusqu'en 1972 (et la loi sur la filiation) absolument générale en France depuis 1804. Le Code Napoléon avait imprégné toute la nation, pas seulement les juristes. Les idées d'André Rouast n'étaient donc nullement liées au régime de Vichy ni à une « grande génération de civilistes ». Elles étaient celles de la France profonde depuis plus d'un siècle. En 1972, commença pour le droit de la famille une nouvelle époque – pas seulement un changement de générations, une mutation. Une rapide et profonde transformation de repères, de valeurs, de modes de vie, une mobilité sociale et culturelle sans précédent ont fait presque table rase de ce qu'était la famille française, alors forte de plus d'un siècle. Et cette histoire ne s'arrêtera sans doute jamais, quitte peut-être un jour à revenir au passé, fût-il lointain : l'évolution ne va pas toujours dans le même sens. De tous ces changements, celui qui l'aurait sans doute le plus stupéfait et même horrifié eut été la nouvelle vision du sexe : unions homosexuelles et, plus encore, homoparentalités. Mais peut-être la fidélité de ses convictions serait parvenue à s'harmoniser avec son esprit de mesure, son sens de la modération, l'idée confiante qu'il se faisait de l'homme et, surtout, sa bienveillance pour toutes les familles et pour son attachement à la vie.

---

38. *Ibid.*, p. 242.

39. A. Rouast, *La famille dans la nation*, Paris, PUF, 1941.

## 11. – Brève conclusion

Tel est l'héritage que nous ont donné André Rouast et la « grande génération des civilistes », que j'ai rencontrés à la Faculté de droit de Paris entre 1943 et 1951 : une philanthropie sociale, l'amour du droit n'étant que la confiance portée aux hommes.

Philippe MALAURIE

Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)