



HAL
open science

La doctrine du XIX^e siècle et l'individualisme juridique : discours des juristes sur l'ordre social contemporain

Nicolas Llest Ferran

► To cite this version:

Nicolas Llest Ferran. La doctrine du XIX^e siècle et l'individualisme juridique : discours des juristes sur l'ordre social contemporain. Droit. Université de Bordeaux, 2022. Français. NNT : 2022BORD0382 . tel-04055316

HAL Id: tel-04055316

<https://theses.hal.science/tel-04055316>

Submitted on 2 Apr 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Thèse présentée pour l'obtention du grade de docteur de l'université Bordeaux

École doctorale de Droit (E.D.41)

Histoire du Droit

Institut de Recherche Montesquieu (I.R.M)

Centre Aquitain d'Histoire du Droit (C.A.H.D)

La doctrine du XIX^e siècle et l'individualisme juridique : discours des juristes sur l'ordre social contemporain

Par Nicolas Llestá Ferran

Sous la direction de Monsieur le Professeur Nader Hakim
(Université de Bordeaux)

Soutenue le 14 décembre 2022

Membres du jury :

Monsieur Nader HAKIM, Professeur des Universités de Bordeaux (Bordeaux), Directeur de thèse
Monsieur Frédéric AUDREN, Directeur de recherche au CNRS, Centre d'études européennes,
École de droit de Sciences Po Paris (Paris), rapporteur

Madame Caroline GAU-CABEE, Maîtresse de conférences à l'Université de Toulouse 1 Capitole
(Toulouse), rapporteure

Madame Annamaria MONTI, Professeur à l'Université Bocconi (Milan, Italie), examinatrice

Madame Romy SUTRA, Maîtresse de conférences à l'Université de Toulouse 1 Capitole
(Toulouse), examinatrice

Madame Géraldine CAZALS, Professeur à l'Université de Bordeaux (Bordeaux), examinatrice

Titre : La doctrine du XIX^e siècle et l'individualisme juridique : discours des juristes sur l'ordre social contemporain

Résumé : La promulgation du Code civil en 1804 n'a pas conduit uniquement à la réorganisation du droit civil français, mais aussi à l'institutionnalisation d'un tout nouvel ordre social. Ses rédacteurs, puis la doctrine du XIX^e siècle réalisent, notamment par l'intermédiaire de cette œuvre, un véritable compromis idéologique entre la pensée révolutionnaire et celle de l'Ancien Régime. Par leurs interprétations, ils mettent fin à la Révolution, tout en sauvegardant de nombreux éléments issus de l'Ancien Régime. C'est ainsi que se côtoient une influence janséniste et un modèle familial traditionnel, avec une perception mécaniciste de l'individu et un jusnaturalisme au spiritualisme éclectique. Il en résulte un discours individualiste juridique moins libéral que disciplinaire ou coercitif, trouvant sa justification dans une théodicée qui tend à faire la promotion d'un nouvel idéaltype individuel, comportemental et moral. Ce nouvel idéaltype nous semble être un témoin clef du combat anthropologique qui se joue tout au long du XIX^e siècle : l'idéal individuel et social passe du notable d'inspiration nobiliaire sous l'Empire à un orléanisme à tendance bourgeois sous les régimes suivants, avant de se conclure par l'avènement d'un ordre social pleinement bourgeois qu'à la fin du siècle, pendant la Belle Époque.

Mots-clefs : Histoire du droit, Pensée juridique, Culture juridique, Doctrine, Professeurs de droit, Code civil, Individualisme juridique, Ordre social, XIX^e siècle.

Institut de Recherche Montesquieu

I.R.M. EA 7434, 6 avenue Léon Duguit, 33000 Bordeaux

Remerciements

Je remercie tout d'abord mon directeur de thèse, le Professeur Nader Hakim, sans lequel ce travail n'aurait jamais pu voir le jour. Je lui suis reconnaissant pour sa naturelle bienveillance et la qualité de ses conseils, qui ont su m'inspirer, me reconforter ou m'encourager, tout au long des difficultés que peuvent présenter une telle aventure et que je suis fier d'avoir pu mener sous sa direction.

Mes remerciements vont également à l'égard des membres de mon jury, pour l'honneur qu'ils m'ont fait d'avoir accepté d'y siéger.

Je suis aussi assurément reconnaissant, au-delà de toute mesure, envers ma mère, sans qui je n'aurais jamais pu terminer ce projet.

J'adresse également toute mon affection à Claire Girault. Sa présence et son soutien indéfectible et diligent, en plus de ses heures passées à me relire, ont grandement contribué à donner un peu plus de clarté à ce présent travail.

Cette thèse ne serait pas non plus ce qu'elle est sans le C.AH.D et, plus généralement, la Faculté de droit de Bordeaux, que je souhaite remercier par ces lignes. À Fernando, Heena et Alexis tout particulièrement, que ce soit avec nos parties d'échecs, vos conseils ou même votre seule présence ; vos amitiés m'ont été et me sont infiniment précieuses.

Enfin, j'ajoute à ces remerciements Marc et Bastien, plus tous ceux qui me font l'honneur de leur affection, mais que je ne peux citer ici.

Sommaire :

Introduction	9
Première partie. L'idéologie éclectique du Code de 1804 à l'origine du nouvel ordre social contemporain	32
Titre premier. L'idéologie du Code civil : entre Ancien Régime et Révolution	34
Titre second. L'ordre social contemporain et la première génération d'interprètes : un discours conservateur et individualiste	110
Seconde partie. L'interprétation du nouvel ordre social contemporain par la doctrine du XIX^e siècle	209
Titre premier. L'adaptation du Code par la seconde génération d'interprètes face aux révolutions sociales et méthodologiques de la première moitié du XIX ^e siècle	213
Titre second. Le conflit politique et doctrinal sous la III ^e République : l'opposition entre le solidarisme, le libéralisme et le conservatisme	317
Conclusion	393

Introduction

Au fait, les hommes ont leurs vertus et leurs vices, leur héroïsme et leur perversité ; les hommes ne sont ni généralement bons ni généralement mauvais ; mais ils possèdent et exercent tout ce qu'il y a de bon et de mauvais ici-bas ; voilà le principe : ensuite le naturel, l'éducation, les accidents, font les applications¹.

Dans un arrêté consulaire du 24 thermidor an XII, soit le 12 août 1800, le premier Consul Bonaparte nomme une commission afin de rédiger un projet de Code civil. Ses *quatre mousquetaires* sont Jean-Étienne-Marie Portalis (1746-1807), François Denis Tronchet (1726-1806), Félix Julien Jean Bigot de Préameneu (1747-1825) et Jacques de Maleville (1741-1824). Ils s'acquittent de leur tâche en quatre mois². Trente-sept lois plus tard, le 30 ventôse an XII, soit le 31 mars 1804, se dresse le Code civil des Français³.

Le projet entend, selon Portalis, « propager l'esprit de famille, qui est si favorable, quoiqu'on dise, à l'esprit de la cité »⁴ puisque « c'est par la petite patrie, qui est la famille, que l'on s'attache à la grande. Ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils qui font les bons citoyens »⁵. Le bon père de famille devient un idéal, l'objectif du Code étant de former des citoyens dociles et patriotes.

¹ Napoléon Bonaparte, cité par le comte Emmanuel de Las Cases, *Mémorial de Sainte-Hélène*, Paris, Tome 1, Magen et Comon Libraires-éditeurs, 1822, p. 389.

² V. Jacques de Maleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, Paris, Tome 1, 1805, p. x-xi : « Monsieur Abrial, alors Ministre de la Justice, en nous communiquant cet arrêté, nous annonça que le Premier Consul désiroit que cet ouvrage fût fait le plus promptement possible. Nous nous empressâmes de remplir ce vœu : l'ordre des titres fut bientôt convenu, les matières partagées, les jours de réunion fixés chez M. Tronchet, notre digne Président, pour l'examen de l'ouvrage de chacun des Commissaires ; et à force de travail, nous parvîmes à faire un Code civil dans quatre mois. Il fut achevé d'imprimer le premier pluviôse an neuf. Cette célérité, preuve certaine de notre zèle, pourrait bien n'être pas une annonce aussi sûre de la perfection de notre ouvrage ; mais les observations que furent chargées d'y faire les Cours de Cassation et d'Appel et la discussion qui en a duré quatre ans au Conseil d'État, ont bien suffi pour relever nos erreurs et notre précipitation n'aurait pu nuire qu'à nous-mêmes ».

³ V. Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil*, Paris, édition Dalloz, coll. Connaissance du droit, droit privé, 1996, p. 3 et Jean-Michel Poughon, *Le Code civil*, Paris, « Que sais-je ? », PUF, 1992, p. 13.

⁴ Pierre-Antoine Fenet, *Recueil des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vol., Paris, 1827, tome I, p. 465.

⁵ *Ibid.*, p. 522.

Le 30 ventôse an XII est promulgué sous la forme d'un seul corps de lois le Code civil. Son œuvre créatrice n'occulte pas cependant ses emprunts à l'ancien droit. En effet, la volonté d'unifier le droit français ne date pas du seul Consulat. Depuis les travaux de Dumoulin au XVI^e siècle⁶, les juristes cherchent à rassembler les coutumes afin d'en ressortir une ébauche de droit commun. En 1679, Louis XIV créait un enseignement du droit français au sein des Facultés de droit. Néanmoins, d'un bout à l'autre du territoire, il n'est pas encore question d'une conception unitaire du droit français. Le droit commun ne demeure qu'un droit supplétif⁷.

La tentative d'unification à l'échelle du Royaume voit partiellement le jour dans quelques domaines du droit civil le siècle suivant, à l'aide de la jurisprudence et la législation royale, aidées par l'héritage romano-canonique⁸. Elle s'oppose rapidement à la vive résistance des Parlements d'Ancien Régime, qui entendent défendre les coutumes au nom de libertés et privilèges locaux. Pour autant, il existe un courant favorable à l'unification du droit⁹, bien que l'influence des Lumières demeure difficile à qualifier : si certains se montrent sceptiques¹⁰, d'autres comme Voltaire ou Rousseau y aspirent clairement¹¹.

⁶ Sur Charles Dumoulin, V. notamment Jean-Louis Thireau, *Charles du Moulin (1500-1566) : étude sur les sources, la méthode, les idées politiques et économiques d'un juriste de la Renaissance*, thèse remaniée de 1976, Paris, Librairie Droz, 1980.

⁷ Philippe Jestaz, *Autour du droit civil, écrits dispersés idées convergentes*, Paris, Dalloz, 2005, p. 435 ; Jean Hilaire, *Les origines du code civil*, Académie des sciences et lettres de Montpellier, à l'Académie de Législation de Barcelone, conférence n°3889, séance du 15.10.2004, p. 2 ; Jean-Louis Thireau, « Droit national et histoire nationale : les recherches érudites des fondateurs du droit français », n° 38, *Droits*, 2003/2, p. 37 et « Fondements romains et fondements coutumiers du code civil », *Droits*, n°42, 2005/2, p. 3.

⁸ L'objectif est alors de faire du droit romain qu'une source facultative, utilisé par la doctrine en cas de silence complet du droit français. V. Jean-Louis Thireau, « Droit national et histoire nationale... », *op. cit.*, p. 37-45.

⁹ Cette diversité des sources – en particulier des coutumes, l'Ancien Régime se montrant particulièrement favorable à la tradition coutumière – est une caractéristique propre au droit de l'Époque moderne. Or, cette diversité fait face au courant unificateur du droit français qui tente de la surmonter afin d'inscrire l'ensemble du droit dans un cadre national et unitaire. V. Anne Lefebvre-Teillard, « Les facteurs d'unification dans l'ancien droit », *op. cit.*, p. 78-80 ; Jean-Louis Thireau, « Droit national et histoire nationale... », *op. cit.*, p. 37 et « Fondements romains et fondements coutumiers... », *op. cit.*, p. 5.

¹⁰ Sur le scepticisme du baron de la Brède ou de Diderot, pour qui faire vivre sous un même corps de Lois, Bordeaux, Paris ou encore Marseillais semble difficilement envisageable. V. Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon, Aux soubassements de la France moderne*, Bouère, Dominique Martin Morin, 2003, p. 112-114 et 117-118.

¹¹ « C'est de la bouche de Voltaire et de Rousseau, qui en furent les chefs, qu'est sorti ce premier cri, ce cri de marche, qui a mis en mouvement toute la puissance intellectuelle de la société et qui conduit l'esprit humain aux plus nobles et aux plus rapides conquêtes », Claude-Henri de Saint-Simon, Léon Halévy, Olinde Rodrigues, Jean-Baptiste Duvergier Étienne-Marin Bailly, *Opinions littéraires, philosophiques et industrielles*, Paris, imprimerie de Lachevardière fils, Galerie de Bossange père libraire, 1825, p. 3. V. aussi critiques de Voltaire contre « l'édifice gothique » de l'Ancien droit », tandis que Rousseau dans ses *Considérations sur le gouvernement de Pologne* (1772)

En 1789, lors de la rédaction des cahiers de doléances, la demande est divisée entre aspiration à l'unité et attachement aux particularismes locaux avec les privilèges qui en résultent¹². Le droit est encore morcelé et divisé. Il faut attendre 1804 pour que l'ensemble des nouvelles règles concernant la vie civile se retrouve dans un unique Code, qui entend réorganiser la société française en entérinant juridiquement le nouvel ordre social post-révolutionnaire¹³. Il devient même aux yeux de la doctrine juridique du XIX^e siècle, la « Constitution de la France »¹⁴, durant un siècle où les régimes politiques se succèdent de manière assez chaotique, au rythme de crises et révolutions populaires.

La doctrine juridique représente à la fois l'ensemble des opinions de ceux qui écrivent sur le droit, mais aussi les auteurs eux-mêmes. Au XIX^e siècle, elle est composée non pas uniquement de membres du corps professoral, mais également de praticiens. Cette doctrine est indissociable de la dogmatique, qui est une « étude savante, raisonnée et construite du droit positif sous l'angle du devoir-être, c'est-à-dire de la solution souhaitable et applicable »¹⁵. Si jusqu'à présent ce terme paraît univoque, sa définition prête parfois à confusion depuis Carbonnier. La doctrine, contrairement à la « science juridique », émet un point de vue interne et contribue au processus

explique paradoxalement son souhait de voir édifier « trois Codes ; l'un politique, l'autre civil et l'autre criminel ; tous trois clairs, courts et précis autant que possible », Jean-Louis Halpérin, *Code civil*, PUF, Paris, 1992, p. 62.

¹² Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil, op. cit.*, p. 10 ; Renée Martinage-Baranger, *Bourjon et le code civil*, Société d'histoire du droit, collection d'histoire institutionnelle et sociale, éditions Klincksieck, 1971, p. 12-13 : « jamais les incohérences et la multiplicité des coutumes n'avaient autant choqué les contemporains. Et pourtant, le pouvoir royal ne comprit pas vraiment l'intérêt de l'unification alors [...] que ses ministres lui en rappelaient l'urgence. Les idées de réforme et d'uniformité rencontraient néanmoins d'importants obstacles dans l'opinion publique. Les gens étaient très attachés à leurs coutumes, ils voyaient dans le respect des coutumes locales un privilège très précieux ».

¹³ André-Jean Arnaud, *Essai d'Analyse structure du Code civil français, la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, préface de Michel Villey et postface de Georges Mounin, Paris, bibliothèque de philosophie du droit, LGDJ, 1973, p. 11-15.

¹⁴ « Par sa stabilité comme par son contenu, le code civil est apparu à nos plus grands juristes comme la véritable constitution de la France. À la suite de Demolombe qui, le premier, a qualifié le code civil de "Constitution de la société civile française", le doyen Carbonnier, [...] développait [aussi] cette idée : "la véritable constitution de la France, c'est le code civil [...]. Sociologiquement, il a bien le sens d'une constitution, car en lui sont récapitulées les idées autour desquelles la société française s'est constituée au sortir de la Révolution". On ajoutera que la solidité de cette "constitution civile" a grandement aidé la société française à traverser une histoire mouvementée, longtemps caractérisée par l'instabilité des constitutions politiques », Pierre Mazeaud, « Le code civil et la conscience collective française », *Pouvoirs*, n° 110, 2004/3, p. 154-155.

¹⁵ Nader Hakim, « La contribution de l'université à l'élaboration de la doctrine civiliste au XIX^e siècle », *Les facultés de Droit inspiratrices du Droit*, Toulouse, Les travaux de l'IFR Mutation des Normes Juridiques, n°3, 2005, p. 15-16 ; Olivier Beaud, *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de Denis Alland, Stéphane Rials, Paris, Lamy PUF, 1^{er} édition « Quadrige », 2003, v° doctrine ; Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, Méthodes du droit, 2004, p. 172.

de production de droit. Assurant certes une fonction de légitimation, elle est souvent accusée d'adopter une posture non critique. En effet, elle peut prendre une dimension idéologique aux influences sociales comme politiques¹⁶. Composée de personnalités et d'opinions très diverses, il peut paraître difficile de considérer la doctrine comme un groupe homogène et uni. Toutefois, ce n'est pas tant sur les opinions personnelles ou les éléments factuels juridiques, voire politiques, mais sur la finalité de son discours et sur son rôle, qu'elle constitue un ensemble cohérent. Après sa traversée du désert de 1789 à 1804, où elle subit une profonde « crise d'identité », la doctrine retrouve de son prestige avec le Code, moins dans son œuvre créatrice du droit – rôle qu'elle incarnait déjà avant 1789 – que par son pouvoir interprétatif et ses effets. À ce titre, la doctrine juridique française est moins servile qu'il n'y paraît, d'autant que le Code civil suscite énormément de commentaires. Se développent ainsi au XIX^e siècle de nombreuses revues juridiques en plus de cours et de manuels, offrant à la doctrine un rôle de remise en ordre scientifique d'un savoir qui suit une logique propre, explicitement déterminée par des canons « à son image »¹⁷.

La doctrine du XIX^e siècle joue un rôle déterminant dans l'adaptation du nouvel ordre juridique et social contemporain, en raison de sa nouvelle autorité au lendemain de la Révolution. Participant notamment à la formation des nouveaux juristes, pour les professeurs qui la composent, mais aussi à son application *stricto sensu*, quand il s'agit de patriciens, avocats ou magistrats par exemple, elle interprète le Code et plus généralement le droit, selon les besoins dont elle se dit être témoin¹⁸.

¹⁶ « Il faut relever qu'en principe l'autorité qui lui est attribuée implique l'adoption d'une certaine distanciation, "qu'elle suppose aussi la détention d'une certaine compétence, attestée, généralement mais pas exclusivement, par la possession de titres universitaires". "Discours homologué par les pairs", la doctrine doit en outre répondre aux exigences de forme reconnues par la doctrine contemporaine, voire emprunter les canaux de diffusion spécifiques à l'édition juridique avec comme perspective celle de contribuer au développement de solutions pratiques, sans qu'en elle le parfaitement honorable docteur Jekkyl ne laisse "surgir Mister Hyde sous les espèces du pur théoricien, celui qui systématise à outrance et sans aucune prise directe sur le réel" », Géraldine Cazals, « Une renaissance. Doctrines littérature et pensée juridique du XVI^e siècle en France », *Clio@Thémis, Revue électronique d'histoire du droit*, n°14, 2018, p. 6.

¹⁷ Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, préface Michel Vidal, LGDJ, 2002, p. 1-17 ; Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine, op. cit.*, p. 69.

¹⁸ Réalité toutefois à nuancer : « le reproche est [ici] fondé : ils interprètent le code selon sa logique propre et sans se référer aux besoins sociaux de leurs temps », Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine, op. cit.*, p. 73.

La doctrine est ainsi amenée à réinterpréter, indirectement parfois, la conception de l'individu et de son cadre social idéal. Cependant, contrairement à la notion de personne, le concept d'individu n'appartient pas normalement pleinement au langage juridique, mais davantage à la sociologie ou la philosophie. Si le concept de personne se confond avec celui de « sujet de droit », simple détenteur de prérogatives juridiques, le « sujet de droit » se distingue à son tour des biens étant un être titulaire de droits subjectifs¹⁹. Le qualificatif *d'être* n'est pas choisi involontairement. Son imprécision permet à ceux déterminant l'ordre juridique de formuler différemment selon les situations, la nature des droits reconnus aux différents individus. Par conséquent, bien qu'une personne dispose de droits subjectifs, cela ne veut pas forcément dire que l'individu a mécaniquement la pleine capacité de les exercer ; et donc, que tous les sujets de droits ont les mêmes droits. La différence entre la *capacité de jouissance* et la *capacité d'exercice* en est une illustration²⁰. Les capacités juridiques sont néanmoins, comme pour les juristes romains, une marque évidente de toute individualité²¹. Or, les éléments rattachés à la personne sont liés à la vision qu'ont les juristes de l'individu. Les effets de ce raisonnement sont nombreux, bien que plus ou moins conscients concernant la science du droit, comme pour l'ensemble des sciences

¹⁹ V. Alain Supiot, *Homo Juridicus...*, *op. cit.*, p. 37-59 ; François Xavier Testu, *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de Denis Alland, Stéphane Rials, Paris, Lamy PUF, 1^{er} édition « Quadrige », 2003, v^o Individu ; André-Jean Arnaud, *Essai d'Analyse...*, *op. cit.*, p. 81.

²⁰ René Robaye, *Une histoire du droit civil...*, *op. cit.*, p. 149-150 ; V. aussi Henri Capitant : « la capacité juridique est l'aptitude à devenir le sujet de droits et à les faire valoir devenir le sujet de droits, c'est acquérir des droits, en être titulaire, en avoir la jouissance ; faire valoir les droits, c'est les mettre en mouvement, pour retirer les avantages qu'ils sont susceptibles de procurer, ou pour les démembrer, les céder, les transmettre à des tiers, en un mot, les exercer. Il y a donc deux sortes de capacités, ou plutôt deux degrés dans la capacité : la capacité de jouissance et la capacité d'exercice. La capacité d'exercice suppose nécessairement la capacité de jouissance, car pour pouvoir exercer un droit, il faut être capable d'en devenir titulaire. Au contraire, la capacité de jouissance se conçoit sans la capacité d'exercice. Celui qui a l'aptitude à devenir le sujet d'un droit peut être, suivant les cas, capable ou incapable de l'exercer. Il y a donc des personnes qui, tout en ayant la jouissance des droits civils, n'en ont pas l'exercice ; mais il ne peut pas y avoir de personnes ayant l'exercice de droits dont elles n'ont pas la jouissance », Henri Capitant, *Introduction...*, *op. cit.*, p. 169.

²¹ Elles se distinguent en ce sens que la capacité de jouissance signifie que nous sommes titulaires de droits, tandis que la capacité d'exercice signifie pouvoir pratiquer, transmettre ou les faire valoir en justice. C'est pourquoi l'enfant en bas âge ne peut exercer une activité juridique, car il n'a pas le discernement, même s'il dispose de droits subjectifs, comme le fait de disposer d'un patrimoine propre à la suite d'une succession. V. René Robaye, *Une histoire du droit...*, *op. cit.*, p. 151 ; « C'est [avec] le stoïcisme romain [que se] développe un véritable cosmopolitisme humaniste enrichi par le christianisme [...]. Le membre de la cité est moins mis en exergue que l'homme dans son universalité. On passe alors de la valeur de l'autre, à l'autre comme Valeur renchérissant sur le naturalisme esthétique (une morale fondée sur la beauté de la nature) de la conception hellénique. [...] Les *Pensées* de Marc Aurèle jouent un tout premier rôle en cette matière. L'empereur romain abolit, de son propre chef et cela sous l'influence des Stoïciens la distance entre le moi et l'autre au nom de la solidarité et la sympathie naturelle », Stamatios Tzitzis, *Droit et valeur humaine*, Paris, Buenos Books International, 2010, p. 50-51.

sociales. Le phénomène est d'autant plus vrai que les auteurs du Code baignent dans un contexte d'individualisme juridique croissant et, qu'au XIX^e siècle, les progrès des sciences humaines, comme la paléontologie, l'ethnographie et d'autres, conduisent les juristes à « interroger l'homme juridique en société »²². Le XIX^e siècle est d'ailleurs celui où l'anthropologie passe d'une question uniquement théologique à un sujet d'étude intéressant d'autres sciences, comme la philosophie, usant de concepts tels que celui d'état de nature ou encore de contrat social. Cette évolution offre à l'anthropologie un regain d'intérêts, passant d'une situation marginale, frontalière, vers une « position centrale dans une problématique du sens du monde », dans le but de « défricher » l'être humain « des signes de la transcendance »²³. À ce stade, cette nouvelle anthropologie s'intéresse essentiellement à l'origine de l'État et instaure une distinction entre civilisés et primitifs, en confiant un rôle civilisationnel à l'interprète qui se fait anthropologue²⁴.

Le doyen rennais Charles Toullier (1752-1835), dans son traité *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code* (1824), est l'un des rares membres de la doctrine à évoquer la distinction entre l'individu et la personne : « un homme et une personne ne sont point des termes synonymes »²⁵, explique-t-il avant de préciser que l'individu fait référence à « l'être » – dans une version plutôt biologique – tandis que la personnalité est liée au rang dans la société et donc, au droit²⁶ ; d'où le fait qu'il soit possible que plusieurs individus puissent constituer une seule et unique personne morale²⁷. Bien plus tard, le professeur dijonnais Albert Schatz (1879-1940), dans une définition reprise par Marcel Waline (1900-1982), présente l'individualisme comme un « système d'isolement de l'existence », expression qu'il empruntait lui-même à Émile Littré (1801-1881), disciple d'Auguste Comte (1798-1857). L'individualisme, qu'il soit juridique ou non, fait donc

²² Frédéric Audren, Laetitia Guerlain, « Introduction. Un nouvel agenda pour l'anthropologie du droit ? », *Clio@Thémis, Revue électronique d'histoire du droit* n°15, 2019, p. 4.

²³ V. Michel Foucault, *La question anthropologique*, cours 1954-1955, Hautes études, EHESS Gallimard seuil, 2022, p. 16-18.

²⁴ Marc Abélès, « M., Michel Foucault, l'anthropologie et la question du pouvoir », *L'Homme*, n° 187-188, 2008/ 3-4, p. 106.

²⁵ Charles Bonaventure Marie Toullier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, Paris, 4^e éd., Tome 1, Warée libraire, 1824, p. 134.

²⁶ « Quand on dit une personne, on ne considère que l'état de l'homme, que le rôle qu'il joue dans la société, abstraction faite de l'individu : état et personne ne sont donc deux termes corrélatifs », *ibid.*, p. 134.

²⁷ Toullier donne l'exemple des corps politiques : les communes ne forment qu'une personne alors qu'elles sont constituées d'une foule d'individualités. V. *Ibid.*, p. 144. Su la personne morale dans la pensée juridique française au XIX^e siècle, V. Alfons Bürge, « La personne morale : la pensée juridique française du XIX^e siècle », *Personne, société, nature*, sous la dir. de Bruno Schmidlin, Université de Fribourg, éd. Universitaires Fribourg Suisse, 1996, p. 59-75.

prévaloir les droits de l'individu sur ceux de la société. Terme d'abord utilisé par des auteurs critiques, l'individualisme est perçu comme un système où l'individu est livré à lui-même, sans protection naturelle²⁸. En s'inscrivant dans cette vision anthropologique et sociale particulière, la conception de l'individu telle qu'elle est pensée par les auteurs du Code influence alors la science juridique et le concept de personne ; ce dernier ne devenant qu'un simple instrument de catégorisation des faits par le droit.

Dans un sens strictement juridique, l'individualisme établit l'idée que le droit se définit selon les prérogatives qu'il fixe d'abord aux individus. L'être humain dispose dans ce cadre d'une « individualité insécable », soit « un *ego* plein qui tisse librement ses liens sociaux » et demeure toujours indépendant de son milieu. Il est une « particule élémentaire d'un Tout », tandis que ce « Tout » ne le dépasse pas, contrairement à d'autres civilisations ou systèmes de pensées²⁹. La vision d'indépendance de l'individu par rapport à son milieu explique pourquoi durant l'ensemble du XIX^e siècle, les dictionnaires le définissent sans prendre en considération son cadre social³⁰. Selon le dictionnaire de l'Académie française de 1799 par exemple, l'individu est un « être organisé, soit animal, soit végétal, par rapport à l'espèce à laquelle il appartient »³¹. Dans le *Nouveau Dictionnaire de la langue française* de Jean-Charles Laveaux de 1820, il s'agit d'un « être particulier [à] chaque espèce qui ne peut être divisé en d'autres êtres semblables ou égaux »³². Les définitions sont alors aussi sommaires que faisant abstraction de toute mention de la potentielle

²⁸ Marcel Waline, *L'individualisme et le droit*, Mayenne, 2^e éd., Domat Montchrestien, 1949, p. 9. V. Paul-Emile Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Versailles, Tome 3, ed. Encyclopædia Britannica France Ltd, 1994, v^o individualisme.

²⁹ Alain Supiot, *Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, éditions du Seuil, 2005, p. 49 et s.

³⁰ Contrairement à des définitions plus actuelles : V. par exemple, l'entrée « Individu » du Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL), 2012, Nancy, : « INDIVIDU, subst. Masc. [...] En tant qu'être vivant au sein d'une société 1. Chaque unité d'une colonie, d'une société. [...] 2. *En partic.* L'être humain considéré isolément dans la collectivité, la communauté dont il fait partie » ; ou encore, Paul-Emile Littré, *Dictionnaire...*, *op. cit.*, v^o Individu : « Terme scientifique. Tout corps considéré comme un tout distinct par rapport à l'espèce qui l'appartient. [...] 3. Il se dit particulièrement des personnes. Tous les individus qui composent une nation. L'être personnel considéré par opposition à l'État ou à la société. Les droits de l'individu à l'égard de la société ; ceux de la société sur l'individu. Comme chaque individu est obligé de coordonner à l'état social sa liberté... »

³¹ *Dictionnaire de l'Académie Française*, 5^e éd., Tome 1 de A à K, Paris, Chez J.J Smits et Compagnie, An II (1799), v^o individu. La définition est exactement la même dans sa version de 1835 : *Dictionnaire de l'Académie française*, Tome 1 A à K, Paris, Chez Paul Dupont et Compagnie, 1835, v^o Individu.

³² Jean-Charles Laveaux, *Nouveau Dictionnaire de la langue française*, Tome 1 de A à K, Paris, Chez Déterville et Lefèvre, 1820, v^o individu ; même définition dans le dictionnaire de Pierre-Claude-Victor Boiste, *Dictionnaire universel de la langue française avec le latin et les étymologies*, Tome 1, 7^e éd., Bruxelles, Chez Frechet libraire-éditeur, 1828, v^o individu.

société dans lequel il peut être intégré.

Si à l'individualisme est associé l'idée que l'être humain dispose comme premier droit celui d'être le plus libre possible, alors il s'agit d'un individualisme à tendance libéral. À ce titre, la pensée libérale s'adapte parfaitement à l'individualisme, sans pour autant se confondre avec lui. Thomas Hobbes (1588-1679), loin d'être un penseur libéral, ne manque pas de faire preuve d'un individualisme utilitariste à finalité hédoniste, malgré l'absolutisme de son État Léviathan. L'autoritarisme de l'État trouve sa justification dans la recherche du bonheur, du plaisir et du bien-être de l'individu, ce qui conduit à ce que le droit de l'individu à sa propre conservation prime sur tout le reste en raison de sa naturelle violence et donc son comportement autodestructeur. En d'autres termes, c'est sa survie qui prime et qui importe d'abord. Le pessimisme anthropologique de Hobbes le différencie des théoriciens libéraux, comme John Locke (1632-1704), mais aussi de la vision plus optimiste de Jean-Jacques Rousseau (1712-1778). Si Hobbes perçoit l'état de nature comme un état de guerre permanent, Rousseau présente l'individu de l'état de nature dans un isolement presque total. Quant à Locke, il propose une forme de proto-sociabilité naturelle entre les individus, avec l'existence de liens positifs avant la formation même du premier contrat social³³.

Aussi, la pensée rousseauiste, en conférant une mission salvatrice de mise en ordre rationnelle des règles au législateur, dans le but de développer les libertés individuelles³⁴, devient le point d'orgue de la rencontre en France de l'individualisme et du libéralisme³⁵ ; libéralisme qui

³³ Pour John Locke, l'état de nature est marqué par la liberté, l'égalité et la paix ; les individus sont libres, dignes et respectueux de leur environnement quand bien même il n'existe aucune convention. Ainsi, contrairement à Hobbes, l'état de nature n'est pas un état de guerre perpétuel, puisque l'être humain est guidé naturellement par sa raison, ce qui l'incite à ne pas nuire aux autres, mais plutôt à porter secours et soutien en cas de besoin. Par ailleurs, à l'état de nature, Locke considère que des lois naturelles existent et que le droit de propriété en fait partie. Toutefois, les besoins primaires insatisfaits et la rudesse de la survie dans cet état, amène l'être humain à devoir vivre en sociétés. V. Jean Touchard, « Chapitre VII. Victoires de l'absolutisme », *Histoire des idées politiques. Tome 1. Des origines au XVIII^e siècle*, Paris, PUF, « Quadrige », 2012, p. 328-332 ; Mathilde Regad-Pelagru, *Un égalitarisme radical enté sur une philosophie matérialiste : La théorie juridique de Joseph Rey (1779-1855)*, Thèse dirigée par Jérôme Ferrand, Université de Grenoble Alpes, soutenue le 28 juin 2022, p. 168 ; John Locke, *Du gouvernement civil* (1724), Bruxelles, nouvelle édition revue et corrigée, 1754, p. 1-19 et 32-70. Pour une comparaison plus approfondie et rapportée à l'actualité, entre Hobbes et Locke à propos de la liberté individuelle et le droit de propriété : V. Augustin Fragnière, « La liberté des Modernes à l'épreuve de la finitude », *Natures Sciences Sociétés*, vol 20, 2012/2, p. 193-200.

³⁴ Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, op. cit., p. 42-51.

³⁵ V. de Thomas Hobbes : *Le Léviathan* (1651), trad. et notes F. Tricaud, Paris, Sirey, 1971 et *De la nature humaine*, trad. du baron d'Holbach, Londres, 1772 et de Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social* (1762), Paris, 1992.

a toutefois pour origine le courant physiocrate français du XVIII^e siècle³⁶. Dans la droite ligne des réflexions des physiocrates, les libéraux encouragent un « laissez-faire, laissez-passer » qui devient leur devise. L'idéal de la société libérale se présente comme une lutte perpétuelle des intérêts privés de l'ensemble de ses agents économiques. Son objectif est de se libérer de toute entrave des autorités publiques. Selon les théoriciens libéraux, le marché est seul apte à assurer « l'adéquation automatique entre l'offre et la demande »³⁷. Leur idéologie s'oppose à toute diversité de cultures juridiques ou humaines, au profit d'une vision globale de l'individu, doté de droits universels³⁸. La société française néanmoins se distingue par sa manière originale et parcellaire d'appréhender et d'appliquer cette vision³⁹, tâchant de concilier ces présupposés avec les crises sociales et politiques que connaît le pays durant le XIX^e siècle. C'est pourquoi, s'agissant de la France, il ne

³⁶ Cette École d'économistes français se développe pendant une vingtaine d'années, entre 1760 et 1780. Son chef de file fut le médecin de Louis XV et de Mme de Pompadour, François Quesnay. Il expose sa doctrine sous la forme d'articles dans l'*Encyclopédie* dès 1756. Les physiocrates utilisent le concept « d'ordre naturel », pensant la société comme un monde régi par des lois immuables qui trouvent leurs origines dans la nature humaine et sous l'expression d'un certain « ordre providentiel ». D'où la conséquence logique et optimiste, qu'ils considèrent que l'intérêt de tous ne peut être contraire à l'ordre providentiel ou naturel. Selon Lemercier de la Rivière (1719-1801), administrateur colonial et physiocrate : « tous nos intérêts, toutes nos volontés viennent se réunir et former pour notre bonheur commun, une harmonie qu'on peut regarder comme l'ouvrage d'une divinité bienfaisante ». Face au mercantilisme et à son obsession d'accumulation de métaux précieux, les physiocrates proposent une vision plus « raisonnable » de la monnaie, n'étant qu'un simple « support de transactions » et devant de ce fait, être utilisée. Pour les physiocrates, seule l'agriculture importe à l'économie. D'où une division tripartite de la société : la classe *productive*, la classe *stérile* (les marchands, industriels, avocats, médecins, etc.) et enfin la classe des propriétaires. À ce titre, sous le règne de Louis XV, les physiocrates louent particulièrement la propriété foncière. Ces derniers demandent au Roi de la libérer de ses contraintes féodales afin de favoriser l'agriculture. Selon Adhémar Esmein, dans son ouvrage *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814*, Paris, Recueil Sirey, 1911, p. 7, les physiocrates souhaitent « de profondes réformes administratives ; non seulement la liberté des métiers, du commerce et de l'industrie, mais encore une réforme radicale des impôts et de l'administration intérieure. Ils voulaient, comme but dernier, ramener tous les impôts à un impôt unique qui serait l'impôt foncier. Car la terre, produisant seule des richesses nouvelles, devait fournir à toutes les dépenses et quoi qu'on fit, le propriétaire foncier, par des répercussions fatales, devait supporter tout le poids de l'impôt ». V. Michel Mourre, *Dictionnaire Encyclopédique d'Histoire*, Editions Universitaires, Paris 1978 pour le texte original, Nouvelle édition Bordas, 1996, v^o Physiocrate, p. 4329-4330 ; Jean-Paul Bertaud, *Napoléon et les français*, Paris, Armand Colin, 2014, p. 31 ; Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique, cours au collège de France*, Paris, Gallimard Seuil, 1978-1979, p. 7 et s.

³⁷ Francis Balle, « Libéralisme », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 14 avril 2020.

³⁸ Louis Assier-Andrieu, « Difficulté et nécessité de l'anthropologie du droit », *op. cit.*, p. 2.

³⁹ Dans les faits, il semble difficile d'attribuer au Code une idéologie juridique, unique et univoque, en raison de la pluralité des influences : l'héritage de l'École du droit naturel moderne, reçu en France depuis Domat et Pothier, est ici à incorporer avec l'héritage juridique doctrinal national ainsi que par les évolutions juridiques post 1789. V. Jean-François Niort, *Homo Civilis, Contribution à l'histoire du Code civil français*, Tome 1, Préface de Jean-Louis Halpérin et postface de Jean Carbonnier, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, Collection d'Histoire des Institutions et des Idées Politiques (dirigée par Michel Ganzin), 2004, p. 104-105 ; Jean-François Niort, « Droit, idéologie et politique dans le code civil français de 1804 », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Volume 29, 1992/2, p. 85-109.

peut être question que d'une tendance libérale, en comparaison de l'industrialisation anglaise, puis allemande, à la fin du siècle. En effet, ces deux derniers pays connaissent une plus forte application de cette idéologie, dans le domaine économique⁴⁰.

À la différence du libéralisme, l'individualisme juridique trouve ses racines en premier lieu dans le stoïcisme et le christianisme⁴¹, tous deux s'intéressent à la conduite morale de l'individu en tant qu'unité plutôt qu'en tant que « réalité organique de la cité »⁴². L'individualisme se perpétue dans le monde du droit par l'intermédiaire du droit romain, source inspiratrice essentielle pour les rédacteurs⁴³, voire pour toute l'histoire juridique européenne. En effet, le droit occidental, présenté comme une « invention romaine »⁴⁴, justifie le plan du Code. À l'exception des successions et des contrats de mariage, il demeure le même que celui du *Digeste*⁴⁵ et son second Livre comporte plusieurs articles qui ne sont qu'une traduction littérale des textes romains⁴⁶. La culture juridique occidentale a ainsi eu tendance à voir l'être humain comme la

⁴⁰ À ce propos, V. Nader Hakim, Fabrice Melleray, *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2009, p. 20 : « Comme l'a montré en effet J.-F. Spitz (*Le moment républicain en France*, Paris, Gallimard, 2005), le discours libéral en France n'a jamais été monolithique et l'on peut, en simplifiant, y découvrir deux tendances : l'une rejette l'État de la sphère économique et sociale en le cantonnant à quelques fonctions régaliennes ; l'autre, héritée des Constituants de 1789, qui au contraire voit en lui un instrument légitime et efficace à rétablir des parties dans leurs relations économiques ».

⁴¹ Friedrich Hegel : « ce n'est que dans le principe chrétien qu'essentiellement l'esprit personnel individuel acquiert une valeur infinie, absolue ; Dieu veut aider au salut de tous les hommes » (*Leçons sur l'histoire de la philosophie*, trad., Gallimard, 1954, p. 131), cité par François Xavier Testu, *Dictionnaire...*, *op. cit.*, v^o individualisme.

⁴² À la différence par exemple, de Platon et Aristote, qui « subordonnaient l'individu à l'État, ne concevant l'homme qu'en tant que citoyen », *ibid.*

⁴³ Dans les travaux préparatoires de Fenet, le mot « Romains » revient fréquemment, bien qu'il ne soit pas souvent complété de citations ou références précises. V. Pierre-Yves Gautier, « Sous le Code civil des Français : Rome (l'origine du droit des contrats) », *1804-2004, Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, sous la direction d'Yves Lequette et Laurent Leveneur, Dalloz, 2004, p. 52.

⁴⁴ V. notamment Aldo Schiavone, *Ius. L'invention du droit en Occident*, Belin, 2008, p. 700 ; Louis Assier-Andrieu, « Difficulté et nécessité de l'anthropologie du droit », *Clio@Thémis, Revue électronique d'histoire du droit* n°15, 2019, p. 1.

⁴⁵ Le modèle dont s'est inspiré le Code civil est donc la conjonction d'une double tradition : les *Institutes* de Justinien, d'une part, elles-mêmes dépendant des *Institutes* de Gaius et par le *Digeste*. L'influence du *Digeste* porte sur « la succession générale des matières au sein des Livres II et III : propriété, usufruit, servitudes, succession, obligations délictuelles, rapports patrimoniaux entre époux, obligations contractuelles, cautionnement et hypothèques, droits des créanciers sur les biens du débiteur, possession-prescription », Michel Humbert, « Portalis et Justinien, ou les épaules d'Énée », *1804-2004, Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, sous la direction d'Yves Lequette et Laurent Leveneur, Dalloz, 2004, p. 43-49.

⁴⁶ A.T.H., « Traité de l'Usufruit, de l'Usage et de l'Habitation ; par M. Salviat, auteur de la Jurisprudence du Parlement de Bordeaux, conseiller à la Cour royale de Limoges, etc. ; 2 volumes in-8 ; Limoges, Chez Bargeas, imprimeur-libraire ; Paris, chez Hacquart, rue Git-le-Cœur, n°8. Prix, 8 francs », *Thémis, ou bibliothèque du jurisconsulte*,

particule élémentaire de la société, donnant aux lois et plus généralement au droit, la fonction de régir avant tout les relations qu'entretiennent entre eux les individus. L'individualisme juridique qui incite au développement des droits individuels, est alors le produit d'un monde occidental bien antérieur à la seule Époque Moderne, puisque trouvant son origine dans le droit romain⁴⁷. Ce dernier est à l'origine de la vision duale du monde juridique, qui se retrouve encore dans notre présente classification, différenciant choses et personnes⁴⁸. Cette *summa divisio*, qui reste profondément ancrée dans le paysage de la pensée juridique ne cache aucunement son versant individualiste⁴⁹. D'où le fait que la personnalité de chaque individu soit « identifiée et distinguée de celle des autres hommes par le nom » comme précise Capitant⁵⁰. Le père de famille ou *pater familias*, donne son nom à sa famille selon son ancêtre *illustre*, symbole d'un même masque familial⁵¹. Il n'est d'ailleurs pas rare que les civilistes du XIX^e siècle comparent le père de famille du Code avec celui de la Rome antique⁵², souvent pour les distinguer malgré des correspondances originelles évidentes⁵³.

Tome 1, Paris, Baudouin frère, imprimeurs-libraires, 1819, p. 259.

⁴⁷ Alain Supiot, *Homo Juridicus...*, *op. cit.*, p. 49 et 57 ; François Xavier Testu, *Dictionnaire...*, *op. cit.*, v° Individualisme.

⁴⁸ Les personnes n'étant pas toujours reliées à l'individu, c'est la liberté individuelle qui conditionne la *personne* et la différence de la *chose*. V. À propos du cas de l'esclave de la Rome antique, Aldo Schiavone, *Ius...*, *op. cit.*, p. 352 et s.

⁴⁹ Ce qui peut parfois poser un problème aujourd'hui, comme avec les cas de l'embryon ou des animaux. V. Matthias Martin, « Vers un genre juridique commun à l'animal, l'embryon et le cadavre », *Revue générale du droit*, Études et réflexions n°15, 2015.

⁵⁰ « Ce sont les Romains qui ont établi l'usage du nom patronymique. Tous les membres de la gens étaient désignés sous un même nom et ils se distinguaient les uns des autres en y ajoutant d'autres appellations. Ce système présentait l'avantage de faire du nom à la fois le signe distinctif de l'individu et celui de la famille. L'usage du nom individuel, employé chez les barbares, reparut après la disparition de l'empire romain d'Occident et se maintint assez longtemps ». C'est pourquoi, « le nom constitue bien un véritable droit. Il assure le respect de la personnalité humaine et, comme tel, il est sanctionné par des actions contre les tiers qui tenteraient de l'usurper. Il fait donc partie des droits protecteurs de la personnalité de l'homme. À ce titre, c'est un droit absolu et c'est ce caractère qui le rapproche de la propriété », Henri Capitant, *Introduction à l'étude du Droit civil. Notions générales*, Paris, 5^e édition, A. Pedone éditeur, 1929, p. 161 et 165.

⁵¹ Le mot *personne*, rappelle Toullier, « dans son sens primitif et naturel, signifie le masque dont se couvraient la tête les acteurs qui jouaient des pièces dramatiques à Rome et dans la Grèce. Ces pièces étaient jouées dans les places publiques [et] dans des amphithéâtres si vastes, qu'il était impossible que la voix d'un homme se fit entendre de tous les spectateurs. On eut recours à l'art ; on imagina d'envelopper la tête de chaque acteur d'un masque dont la figure représentait le rôle qu'il jouait », Charles Bonaventure Marie Toullier, *Le droit civil...*, *op. cit.*, p. 134.

⁵² V. par exemple : Alexandre Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, imprimerie de Rignoux, Tome 1, 2^e édition, Alex-Gobelet Libraire, 1828, p. 17, aussi, cité par Jean-Louis Halpérin, *Dictionnaire historique des juristes français XII^e-XX^e siècle*, PUF, Quadrige, 2^e édition, 2015, v° Duranton, Alexandre ; Auguste Valette, *Cours de Code civil*, Tome 1, Paris, Librairie Germer Baillières, 1872, p. 487 ; etc.

⁵³ V. À propos des valeurs et la sagesse d'un honorable père de famille, Aldo Schiavone, *Ius...*, *op. cit.*, p. 318 et s. ; à comparer avec les valeurs du bon père de famille du Code.

L'étude de l'individualisme et de l'ordre social institutionnalisé par le Code et l'interprétation qu'en fait la doctrine française le siècle suivant permet d'appréhender le droit dans son ensemble, de ses origines à son objectif. Car, plus ou moins avoué consciemment, en s'interrogeant sur l'individu et sur la société – qui régit ses rapports avec ses semblables – la doctrine détermine les limites de sa propre science. D'où l'intérêt de l'anthropologie juridique⁵⁴, discipline considérée comme la « fille de l'histoire du droit »⁵⁵ et qui fait face à son propre objet : le droit⁵⁶. Comme le droit occidental est une pensée redéfinissant la rationalité en tentant de s'éloigner autant que possible des idéaux religieux⁵⁷, cela permet d'étudier la liaison entre le droit et les autres sciences sociales, voire l'influence persistante des croyances⁵⁸. Le juriste, ne pouvant totalement se soustraire aux réalités sociales et empiriques, reste constamment influencé par les

⁵⁴ « Si l'anthropologie est la discipline qui étudie l'homme par référence à son milieu social et culturel, l'anthropologie juridique – au sens large – analyse les fondements et les caractères de la juridicité construite par les hommes et les phénomènes juridiques en contexte », Anne-Sophie Chambost, « Histoire et anthropologie du droit », *Les Études Sociales*, n° 170, 2019/2, p. 249.

⁵⁵ « Avec près de trois cents enseignants-chercheurs en poste en France, l'histoire du droit tend à rattraper les effectifs de nos collègues anthropologues. La comparaison n'est pas seulement quantitative : l'histoire du droit est aujourd'hui questionnée dans ses paradigmes, à l'image de l'anthropologie. On s'y interroge d'abord sur la pertinence du concept d'évolution, ainsi à propos de la chronologie et des modalités d'apparition de l'État de droit, en une remise en cause de la vision positiviste héritée des pères fondateurs républicains. Rares sont en effet devenus les historiens du droit à présenter une vision évolutionniste de l'État vers un stade démocratique idéalisé dont Adhémar Esmein avait posé les jalons. Mais peu d'historiens du droit s'obstinent à l'inverse à présenter la Révolution comme la césure remettant en cause un dialogue supposé harmonieux entre le roi et la nation, dans la lignée d'un Olivier-Martin. La seconde interrogation concerne la place hier encore centrale des macro-systèmes d'explication en sciences humaines. Celle-ci touche aussi les cousines germaines de l'histoire du droit que sont l'anthropologie et la sociologie juridique. Elle met davantage en cause l'épistémologie que l'idéologie, en relativisant les approches holistes et systémiques. Après la prégnance de l'approche marxiste dont le mouvement critique du droit portait témoignage dans les années 1980, l'histoire hétérodoxe du droit s'est tournée insensiblement vers davantage d'individualisme méthodologique, privilégiant le récit singulier, ainsi que la description de tel procès », Jean-Pierre Allinne, « L'anthropologie juridique au milieu du gué : Crise idéologique ou crise épistémologique ? », *Clio@Thémis, Revue électronique d'histoire du droit*, n°9, 2015, p. 3.

⁵⁶ Norbert Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, collection « Les classiques des sciences sociales », 1988, p. 38.

⁵⁷ « Résultat d'un effort dialectique des spécialistes, qui se pose en surplomb des réalités empiriques [...] le droit se caractérise par un double mouvement de description et de réglementation, de qualification des rapports sociaux et de classement par ordre de valeurs de ce qu'il faut faire et ne pas faire. [...] En cela, il relève pleinement des attributs de toute idéologie qui consistent en une représentation du réel [...] et [...] un projet d'agir sur lui. Un être et un devoir-être », Louis Assier-Andrieu, « Difficulté et nécessité de l'anthropologie du droit », *op. cit.*, p. 2-3.

⁵⁸ La science sociale, fille de la Révolution de 1848, qui concerne autant la sociologie d'Auguste Comte que celle de Le Play, en se penchant sur les préoccupations sociales, dépolitisent et moralisent la question, avant que les juristes, à partir des années 1880, s'y intéressent autant au travers du prisme des préoccupations sociales que scientifiques. V. Frédéric Audren, *Les juristes et les mondes de la science sociale en France. Deux moments de la rencontre entre droit et science sociale au tournant du XIX^e siècle et au tournant du XX^e siècle*, Université de Bourgogne, Thèse pour l'obtention du Doctorat en droit présentée et soutenue publiquement le 2 décembre 2005, p. 237-238.

mœurs depuis Rome⁵⁹. Le phénomène est particulièrement visible durant le « moment 1900 »⁶⁰, mais il est perceptible également avant⁶¹ : le droit naturel n'est souvent que l'expression des idéaux extérieurs au droit⁶². Ainsi, le lien entre les physiocrates et l'École du droit naturel, autant que la hiérarchisation des sciences pensée par Cambacérès par exemple – acteur non négligeable du Code de 1804 – plaçant la morale au-dessus du droit, en dit long sur le rapport que peuvent entretenir les juristes avec « la science sociale »⁶³. Le phénomène est d'autant plus marqué avec l'apparition d'une nouvelle morale contemporaine, « fin en soi » et libre de l'esclavage des impulsions, des désirs et des tendances, avec une inspiration libérale, rationnelle et stoïcienne⁶⁴.

Le XIX^e siècle marque le début d'un long chemin « tortueux » jusqu'à l'avènement dans les années 1914-1945 d'une « culture juridique française ». Support d'une active diplomatie culturelle destinée à être promue hors des frontières, cet « esprit français » se définit comme l'envers de l'autoritarisme, l'antilibéralisme et l'irrationalisme de la mentalité allemande, en s'affirmant respectueux de l'individu, du libéralisme et du rationalisme⁶⁵. En 1914, la conception

⁵⁹ Louis Assier-Andrieu, « Difficulté et nécessité de l'anthropologie... », *op. cit.*, p. 4.

⁶⁰ Ce « moment 1900 » fait référence aux nombreux « chantiers législatifs », changements jurisprudentiels et doctrinaux, notamment sur le plan de la méthode, inédits dans ce moment charnier entre Belle Époque et III^e République. Parallèlement à l'émergence de l'État de droit et de providence, le monde du Droit fait face à une crise méthodologique, critique contre les premières interprétations du Code jugées classiques. Face à un Code jugé vieillissant, une « nouvelle conscience, attentive aux réalités sociales, se manifeste dans les milieux juridiques », Frédéric Audren, « Le “moment 1900” dans l'histoire de la science juridique française », *Le « moment » 1900, critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Université Panthéon-Assas, 2015, p. 59.

⁶¹ Science juridique et science sociale n'ont en effet, jamais été autant en lien que durant la période Thermidorienne, faisant voyager ce couple à travers tout le XIX^e siècle, jusqu'à la multiplication des disciplines sociales vers les années 1880-1914. V. Frédéric Audren, *Les juristes...*, *op. cit.*, p. 21-33.

⁶² Quand bien même cette interrogation ne se pose pas encore à l'époque. Il faut attendre pour cela le développement du positivisme juridique le siècle suivant, avec Hans Kelsen (1881-1973) V. sur le normativisme juridique : Xavier Magnon, « En quoi le positivisme-normativisme est-il diabolique ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2009.

⁶³ Frédéric Audren, *Les juristes...*, *op. cit.*, p. 44-51.

⁶⁴ Chung Ye Young, « Malaise dans la morale bourgeoise : les parents pauvres de Balzac », *Revue d'histoire littéraire de la France*, Vol. 116, 2016/3, p. 685-686.

⁶⁵ V. La création des écoles de droit sous l'Empire, dans lesquelles les professeurs sont obligés d'enseigner « dans l'ordre établi par le Code civil » peut sembler être le point de départ de l'édification d'une « culture juridique française ». V. Jérôme Ferrand, « La science du droit à l'épreuve du spiritualisme éclectique dans le premier XIX^e siècle. Enquête sur les soubassements de la culture juridique contemporaine », *Clio@Themis* [En ligne], 9 | 2015, mis en ligne le 21 juin 2021, consulté le 11 août 2022 ; Frédéric Audren, Jean-Louis Halpérin, *La culture juridique française, Entre mythes et réalités XIX^e XX^e siècles*, CNRS éditions, Paris, 2013, p. 157 et s. ; Jean-Paul Andrieux, « Frédéric Audren, Jean-Louis Halpérin, *La culture juridique française, Entre mythes et réalités XIX^e XX^e siècle*, Paris, CNRS éditions, 2013, 330 p. », *Jus Politicum*, n° 12 ; V. aussi sur le « génie juridique français » au XIX^e siècle : Pierre-Nicolas Barenot, *Entre théorie et pratique : les recueils de jurisprudence, miroirs de la pensée juridique française (1789-*

que les juristes semblent avoir de l'individu devrait, *a priori*, être indissociable d'une idéologie individualiste, libérale et rationaliste, qui a longtemps été associée à l'idéologie première du Code de 1804. Pour autant, l'historiographie actuelle est critique face à ce portrait, autant à l'égard des penseurs du Code que de ses premiers interprètes doctrinaux⁶⁶.

Nous nous sommes donnés comme objectif, d'analyser le discours de la doctrine dominante⁶⁷, d'abord civiliste, mais qui s'élargit en raison du développement de nouvelles disciplines tout au long du XIX^e siècle⁶⁸. Le discours de cette doctrine – vrai au sens foucauldien⁶⁹ – manifeste alors les *désirs* des juristes. Aussi, tout discours juridique n'est pas forcément prescriptif⁷⁰. Il peut mettre en avant ce que le juriste cherche à obtenir, ce pour quoi il écrit. S'il est propre à chacun, il se remarque néanmoins des constantes chez la majorité d'entre eux ; c'est cette constante que nous tentons d'abord de faire ressurgir. Par conséquent, notre étude porte sur la conception du cadre social et la nature humaine individuelle défendues par ces juristes, dans des objectifs idéologiques plus ou moins clairement revendiqués. Aussi, bien que la doctrine juridique ne forme pas un ensemble homogène, avec la multitude d'idées et de prises de positions caractérisant les individualités qui la compense, nous avons essayé de définir une tendance majoritaire sur ces questions. L'objet porte donc sur l'histoire de la pensée dominante, que nous

1914), thèse de droit, sous la direction du Professeur Nader Hakim, soutenue le 7 novembre 2014, p. 202 et s.

⁶⁶ Nous y reviendrons bien plus en détails mais, sur la question de la prétendue idéologie optimiste et libérale du Code, V. Xavier Martin, « L'insensibilité Des Rédacteurs Du Code Civil à L'altruisme », *Revue Historique De Droit Français Et Étranger* (1922-), vol. 60, no. 4, JSTOR, 1982, p. 603 et Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 108. S'agissant de la doctrine, en ne citant qu'un exemple, V. Maurice Hauriou, *Aux sources du droit, le pouvoir, l'ordre et la liberté* (1933), Paris, Centre de Philosophie politique et juridique, 1986, p. 21-23 : « la donnée de l'espèce, en même temps qu'elle garantit l'universalité et la fixité des principes du droit, détermine leur orientation vers ce que nous avons appelé l'individualisme pessimiste. Une espèce est infiniment moins collectiviste qu'une société parce que ce n'est pas une collectivité organisée. Une espèce est au contraire fortement individualiste ».

⁶⁷ Sur l'appellation de doctrine « dominante » ou du discours « dominant », V. Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 59, 111, 128, 139, 289.

⁶⁸ Sur la question de l'appellation « moment », V. Frédéric Audren, *Les juristes...*, *op. cit.*, p. 31 et s. ; du même auteur, « Le "moment 1900" dans l'histoire de la science juridique française », *op. cit.*, p. 57 et s.

⁶⁹ Le discours s'entend ici comme le commentaire qui instaure une « variation » du sens premier du texte, à savoir ici le Code, mais qui assure néanmoins paradoxalement la pérennité de celui-ci en raison de sa « répétition décalée ». Selon Foucault, un discours est « vrai » quand il obéit à trois règles : il est prononcé par une autorité compétente, selon un rituel précis et cherche à défendre une vérité, ou du moins, qui tend à dire quelque chose de *juste*. Ce faisant, les propositions mises en avant assurent l'identité du discours par sa forme et la réactualisation permanente de ses règles. V. Michel Foucault, *L'ordre du discours*, Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970, NRF Gallimard, 1971, p. 15-21 et 30-38.

⁷⁰ Boris Barraud, *La recherche juridique – Sciences et pensées du droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2018, p. 248.

essayerons parfois d'opposer à des personnalités plus marginales, voire volontairement opposées au discours dominant.

Un autre élément nous a intéressé : la relation entre le discours et les réalités qui ont pu potentiellement influencer la majorité de la doctrine⁷¹. L'étude de ce discours, par le prisme disciplinaire de l'histoire du droit, nous permet en effet de mesurer l'écart existant entre l'expression officielle des normes, leur contexte et la réception ou interprétation de la situation sociale. Comme l'écrit Philippe Coenraets – dont le propos sur la Cour d'arbitrage s'adapte très bien ici – toute interprétation d'un texte se réfère à deux visions : soit l'interprète s'attache à une lecture stricte du texte, soit il témoigne d'une certaine liberté qu'il *souhaite* – là est la différence – prendre par rapport au discours originel⁷². Souvent, il ne s'agit là cependant que d'un exercice de style, l'interprète étant toujours en pratique libre de son interprétation. Son choix ne dépend alors que de la conclusion qu'il souhaite émettre et, souvent, moins qu'une contrainte, il s'agit en vérité d'un argument de justification supplémentaire. C'est l'un des avantages de l'histoire des idées que de pouvoir chercher à dépasser l'analyse des champs disciplinaires, afin d'opter pour une « topographie interactive du discours social tout entier »⁷³. Le contexte joue ici un rôle déterminant, permettant d'étudier l'influence de l'environnement social et politique voire, intellectuel et artistique⁷⁴. Les transformations juridiques paraissent parfois – souvent même – détachées ou du moins, ne coïncidant pas avec certaines aspirations et réalités sociales de l'époque, d'où le fait qu'« il n'existe jamais une absolue coïncidence entre les valeurs des gens de

⁷¹ Bien qu'historien du droit, il semble indiscutable que la discipline, bien qu'implantée académiquement dans les facultés de droit, fasse partie des sciences historiques. De fait, l'histoire du droit s'intéresse aussi au « contexte historique des ordres juridiques dans leur ensemble ». À ce titre, le discours de la doctrine traduit les luttes entre systèmes de domination et les valeurs défendues avec. V. Michael Stolleis, « Écrire l'histoire du droit, reconstruction, narration, fiction ? » extrait des cours au collège de France, *L'État interventionniste 19^e et 20^e siècles*, 2016, p. 1-2 et s. ; V. aussi, Michel Foucault, *L'ordre du discours...*, *op. cit.*, p. 12.

⁷² Philippe Coenraets, « La Cour d'arbitrage et l'interprétation des normes », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n°1366, 1992/21, p. 21. Sur les différentes formes d'interprétations, V. *Ibid.*, p. 22 et s. : « que l'interprétation vise à analyser la norme en fonction de ses objectifs, qui peuvent varier dans le temps - interprétation téléologique -, qu'elle vise à attribuer des qualités dont celle de la rationalité au législateur - interprétation conciliante - ou bien qu'elle cherche à s'appuyer justement sur la logique et sur une appréciation "réaliste" - interprétation réaliste - ou bien une interprétation allant au-delà d'une lecture simplement exégétique pour appréhender le texte au-delà de sa seule lettre écrite - interprétation systématique et fonctionnelle ».

⁷³ Marc Angenot, *L'Histoire des idées : problématiques, objets, concepts, méthodes, enjeux, débats*, Liège, Presses universitaires de Liège, coll. « Situations », 2014, p. 4-5. Sur « l'histoire des idées » en France, V. *Ibid.*, p. 13 et s.

⁷⁴ Jean-Louis Halpérin, « Pourquoi parler d'une histoire contextuelle du droit ? », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 30 | 2017, p. 32-34.

justice et celles de la société »⁷⁵. Cependant, les conclusions des juristes ne sont éloignées parfois de certains faits sociaux qu'en raison de leurs interprétations, qui ne correspondent pas tout à fait aux schémas sociaux voulus par une partie significative – entendons-nous comme majoritaire sur le plan démographique – de la population. En ce sens, étudier le discours des juristes permet de percevoir les groupes sociaux que la doctrine souhaite promouvoir socialement, par l'intermédiaire de ses interprétations. Les valeurs qu'elle défend représentent alors plutôt ceux d'une minorité démographique, suivant une logique et un but bien déterminé. En s'intéressant au meilleur ajustement possible entre la législation civile et l'état social⁷⁶, la doctrine se tourne vers une science holistique, mais dont le but est socialement orienté, à des fins éducatives et disciplinaires⁷⁷. C'est pour expliquer ce choix et la différence avec la réalité sociale, que nous avons alors fait appel à des travaux d'historiens tels que Patrick Boucheron, Jean-Paul Bertaud, Jacques-Olivier Boudon, Georges Duby, Michel Mourre ou encore Jean Tulard⁷⁸.

Depuis la seconde moitié du XX^e siècle, l'histoire de la pensée juridique a pris de l'importance au sein de l'histoire du droit, notamment par le prisme de l'histoire de la philosophie du droit⁷⁹. Notre étude suit cette tendance, en se fondant notamment sur des travaux sur la pensée juridique de l'époque révolutionnaire et impériale d'André-Jean Arnaud, Jérôme Ferrand, Jean-Louis Halpérin, Xavier Martin, ou encore Jean-François Niort⁸⁰. S'agissant des

⁷⁵ Jean-Pierre Allinne, « L'anthropologie juridique... », *op. cit.*, p. 10.

⁷⁶ De fait, nos juristes sont des acteurs de la science sociale, regroupant autant la sociologique que l'anthropologie juridique. Sur la différence entre sociologie et anthropologie : « la sociologie est ainsi considérée comme une sous-division de l'anthropologie [...] Alors que l'anthropologie est une science essentiellement concrète, la sociologie est, elle, une science essentiellement abstraite. Cette distinction est proche de celle qui existe entre la biologie et la zoologie, à la réserve près que l'anthropologie ne traite que d'une seule espèce animale », Lester Frank Ward, « Rapport de la sociologie à l'anthropologie », *Socio-anthropologie* [En ligne], 1 | 1997, mis en ligne le 15 janvier 2003, consulté le 05 mai 2021.

⁷⁷ V. Les travaux de Jacques Vanderlinden, qui invitaient les historiens du droit à justement appréhender cette perspective holistique de la science juridique, comme mécanisme pluriel de contrôle social. Cf. Jean-Pierre Allinne, « L'anthropologie juridique... », *op. cit.*, p. 1 et s.

⁷⁸ Patrick Boucheron (dir.), *Histoire mondiale de la France*, SEUIL, janvier 2017 ; Jacques-Olivier Boudon, « Napoléon et l'Université », *Commentaire*, n°117, 2007/1 ; Jean-Paul Bertaud, *Napoléon et les français*, Paris, Armand Colin, 2014 ; Jacques-Olivier Boudon, *Citoyenneté, République et Démocratie en France. 1789-1899*, Armand Colin, « U », 2014 ; Georges Duby, *Histoire de la France, de 1348 à 1852*, Larousse, Paris, 1971 ; Michel Mourre, *Dictionnaire Encyclopédique...*, *op. cit.* ; Jean Tulard, *La France de la Révolution et de l'Empire*, Paris, PUF, 2^e édition, Quadrige manuels, 2017.

⁷⁹ Géraldine Cazals et Nader Hakim, « L'histoire de la pensée juridique : historiographie, actualité et enjeux », *Clio@Themis* [En ligne], 14 | 2018, mis en ligne le 30 mars 2021, consulté le 22 mai 2022.

⁸⁰ André-Jean Arnaud, *Essai d'Analyse structure du Code civil français, la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, préface de

membres de la doctrine étudiés, n'ayant pu être exhaustifs en la matière, nous avons utilisé principalement les travaux de Frédéric Audren, Christophe Jamin, Philippe Jestaz et Jean-Louis Halpérin⁸¹. Aussi, nous avons suivi leur scepticisme à l'égard de l'approche classique du Code. De même que leur découpage de la doctrine en « générations », en optant pour une division tripartite : la première génération représente les membres de la doctrine qui, formés avant la Révolution, l'ont souvent *subi*, avant de voir avec le Code civil le retour d'un certain prestige de leur fonction. Vient ensuite la seconde génération, qui est constituée de ceux qui n'exercent qu'à partir de la chute de l'Empire ; bien que certains de la première génération soient encore en poste après 1815. Cette seconde génération se termine avec la coupure de la III^e République et l'avènement de l'idéologie solidariste, qui marque une certaine dé cristallisation idéologique au sein des juristes – bien que ce ne soit que de façade en réalité – et qui annonce le début de la troisième génération.

En répondant notamment à la remarque de Xavier Martin⁸², nous avons tâché d'essayer de démontrer que les rédacteurs du Code et la doctrine du XIX^e siècle, aspirent surtout à faire du droit une science qui se veut coercitive et disciplinaire ; car, soucieuse de garantir l'unité et la pérennité de la société française, face aux crises sociales, politiques et méthodologiques qu'elle

Michel Villey et postface de Georges Mounin, Paris, bibliothèque de philosophie du droit, LGDJ, 1973 ; Jérôme Ferrand, « La science du droit à l'épreuve du spiritualisme éclectique dans le premier XIX^e siècle. Enquête sur les soubassements de la culture juridique contemporaine », *Clio@Themis* [En ligne], 9 | 2015 ; Jean-Louis Halpérin, *L'impossible Code civil*, Paris, 1992, p. 117-118 ; Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon...*, *op. cit.* ; Xavier Martin, « Sur l'archétype humain du Code civil naissant », *Histoire de la justice*, N° 19, 2009/1 ; Xavier Martin, « Le code napoléon : questions sur la genèse d'un mythe », *Clio@Themis, Revue électronique d'histoire du droit*, n°9, 2015 ; Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit. etc.*

⁸¹ V. Notamment, Frédéric Audren, Jean-Louis Halpérin, *La culture juridique française...*, *op. cit.* ; Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.* ; Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, « Quadrige », 2012.

⁸² « Le législateur codificateur napoléonien – et particulièrement quant à sa vision de l'homme – ne saurait faire l'économie d'une appréhension (amplement) synthétique et (généreusement) transdisciplinaire des années 1750-1810, en commençant par Condillac et en sollicitant tous les grands des Lumières, mais sans omettre, évidemment, les racines cartésienne, hobbesienne, lockéenne (voire newtonianisante !) de tout cela [...]. Remarque importante : ce magma mental caractérisé s'est très tôt dissous après 1804 [...]. Pourquoi cet abysse ? La question m'a souvent effleuré [...] et quoique n'ayant jamais pris le temps de me frotter résolument à ce problème, j'ose avancer ici, du moins mal que je peux, deux éléments d'explication. Premier élément : le magma en question était irréaliste [...] Le pessimisme très marqué de la période du Directoire et des débuts du Consulat s'est bientôt mué spontanément, de par les vertus stabilisatrices donc rassérénantes du régime nouveau, en tout autre chose de moins traumatique, donc de plus vivable. Deuxième élément, d'extrême importance : la composante matérialiste très marquée du contexte mental post-thermidorien, héritée de l'esprit des Lumières », Xavier Martin, « Le code napoléon... », *op. cit.*, p. 4.

traverse⁸³. Pour cela, nous avons analysé les ouvrages, recueils et cours de la doctrine, portant fréquemment sur le Code civil et rédigés durant notre période. Si l'accès à ces sources n'a constitué aucune difficulté, la lecture de celle-ci, dont le centre d'intérêt ne portait pas directement sur notre sujet, nous a paru être la première et principale complexité de notre travail. Il nous a été impossible de réellement connaître l'intention de nos auteurs, ne pouvant que les lire sur des sujets techniques et volontairement moins dogmatique. À l'instar des répertoires de jurisprudences⁸⁴, les cours sur le Code civil se veulent en théorie apolitiques et dénués de toute pensée à caractère idéologique ou anthropologique. Pour autant, le Code civil et les ouvrages sur le droit civil demeurent des œuvres politiques, même si elles ne sont pas *que* politiques. À ce titre, le Code civil et ses interprétations, comme nombre d'œuvres juridiques, forment des outils de diffusions idéologiques aux conséquences certaines pour la communauté des juristes, voire pour l'ensemble de la société⁸⁵.

Afin d'analyser les différentes approches qu'ont pu adopter les membres de la doctrine sur notre sujet, nous empruntons un outil sociologique de Max Weber : l'idéaltype⁸⁶. Il s'inscrit

⁸³ Sur le passage de la noblesse de l'Ancien Empire, à l'ère des notables, jusqu'au Printemps des Peuples, début d'un ordre social bourgeois, V. Christophe Charle, « notables », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 10 avril 2021 et Guy Chaussinand-Nogaret, *une histoire des élites 1700-1848*, Hollande, École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1975, p. 213-256 et 284-368.

⁸⁴ Sur ce point précis, V. Pierre-Nicolas Barenot, *Entre théorie et pratique...*, *op. cit.*, p. 12 : « pour l'essentiel donc, journaux, recueils, dictionnaires ou encore répertoires de jurisprudence postrévolutionnaires sont perçus et reçus comme des ouvrages contenant de "l'information" juridique, plutôt que comme des ouvrages contenant de la "pensée" juridique. Le chercheur et le juriste iraient à bon droit y puiser des jugements, des textes de lois, ou encore de courtes synthèses et commentaires explicatifs de "pratique" ; mais ils n'y trouveraient ni théories générales, ni systèmes, ni auteurs ou "doctrine" véritables. [...] En 1838, Alexandre Ledru-Rollin écrivait déjà à ce propos : "ce que l'on cherche dans un recueil d'arrêts, ce sont beaucoup moins les idées personnelles du pauvre compilateur que les monuments de jurisprudence qu'il est chargé de conserver". Ce faisant, l'auteur relevait néanmoins subtilement le caractère dual de la littérature des arrêts : si les recueils et répertoires consignent en effet les "monuments de la jurisprudence", ils en forment toutefois bien plus que le simple dépôt. En effet, ces ouvrages renferment également les "idées personnelles" du "pauvre compilateur", pour reprendre les termes de Ledru-Rollin ».

⁸⁵ Le Code a réalisé une transformation radicale sur le rapport que pouvaient entretenir les gouvernements par rapport au droit civil, en lui conférant une nouvelle dimension politique. De même, la doctrine acquiert durant ce siècle un nouveau rôle interprétatif : celui de garantir l'efficacité de la science juridique, ce qui entraîne des conséquences pour l'ensemble de la communauté des juristes dans la société. V. Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.* ; Christian Larroumet, « Le Code civil, instrument de propagande politique », *1804-2004, Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 225.

⁸⁶ « Même si l'œuvre webérienne n'inaugure vraiment ni le recours à la notion ni l'usage du terme qui lui sont tous deux antérieurs, c'est incontestablement dans les écrits de Max Weber et tout particulièrement dans le texte *Die « Objektivität » sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis* de 1904 que l'on trouve la tentative la plus élaborée – bien qu'un peu laborieuse – de préciser en quoi consiste le type idéal », Jacques Coenen-Huther, « Le type idéal

plus du côté de la réalité empirique que du schématisme exclusivement théorique. Son objectif n'est pas de saisir une différenciation dans sa généralité, mais plutôt d'accentuer les aspects empiriques et concrets qui sont d'un intérêt spécifique, notamment juridique⁸⁷. S'il s'agit d'un phénomène de simplification. Paradoxalement dans notre cas, un individu idéaltype n'est pas un individu dit *moyen*, mais bien *idéal dans sa normalité*. Ainsi, par exemple, le « bon père de famille » est interprété par son respect des règles et sa capacité à être un individu *comme tout le monde* et docile, ne cherchant pas à tendre vers une quelconque surhumanité romanesque ou un esprit révolutionnaire progressiste. Il s'agit de la marque la plus évidente de la théodicée présente dans la pensée juridique du XIX^e siècle. Normalement prudent et diligent, le bon père de famille n'est pas parfait. Cependant, il fait *de son mieux*, au regard des circonstances que lui impose son environnement, notamment social. La nuance, qui révèle d'un certain pragmatisme – voire d'un certain utilitarisme – offre au magistrat une amplitude dans sa marge décisionnelle, afin d'appliquer son jugement aux circonstances et aux faits. Néanmoins, même s'il s'inscrit du côté de la réalité empirique, cet *outil* sert plus à faciliter la recherche qu'à saisir la réalité⁸⁸. Il révèle ainsi toute l'ambiguïté ou le paradoxe d'une démarche scientifique, en cherchant à établir des lois immuables concernant le phénomène social. Cette mise en ordre s'adapte toutefois tout à fait au phénomène de catégorisation propre à la science juridique⁸⁹. À l'inverse, il ne s'agit pas de conceptualiser des « archétypes », qui se définissent comme des « modèles fiables » représentatifs de la réalité et de l'interprétation que l'on en extrait⁹⁰.

Par conséquent, il est question d'étudier l'idéologie du Code – qui est à la base de l'ordre social contemporain – d'abord pensée par les rédacteurs et ensuite comment elle a été réinterprétée par la tendance dominante de la doctrine du siècle suivant. Si celle-ci a longtemps été considérée comme individualiste et volontariste, voire libérale et spiritualiste, elle « offre aujourd'hui un

comme instrument de la recherche sociologique », *Revue française de sociologie*, vol. 44, 2003/3, p. 532.

⁸⁷ Stephen Kalberg, « 3. Le niveau de l'analyse : l'idéaltype », *La sociologie historique comparative de Max Weber*, Paris, La Découverte, « Recherches », 2002, p. 126-128.

⁸⁸ « Loin d'être dotés de la capacité de "fournir une réplique" du monde extérieur et de définir des phénomènes particuliers, les idéaltypes sont des "utopies" construites qui ont pour seul objet de faciliter la recherche empirique », *ibid.*, p. 127.

⁸⁹ Cette utilisation de l'idéaltype n'est par ailleurs pas rare chez les juristes contemporains, à l'instar de Léon Duguit (1859-1928) et Maurice Hauriou (1856-1929), qui en useront afin d'ériger des théories générales pour le droit administratif. V. Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 117.

⁹⁰ V. l'archétype selon Carl Gustav Jung, *Correspondance 1950-1954*, Paris, Albin Michel, 1992, p. 108 et s.

autre visage »⁹¹. Plus particulièrement, il est question de savoir quel type d'individualisme juridique a été défendu et ce, à quelle finalité sociale. Par ce questionnement, qui va de 1789, en passant par le coup d'État du 9 novembre 1799 de Bonaparte, jusqu'à l'aube de la Grande Guerre qui annonce la fin de la « Belle Époque »⁹², notre objectif a été de nous pencher sur la vision que peuvent avoir eu les juristes français de l'individu et de son ordre social, au XIX^e siècle.

Les concepts juridiques étant par nature fictifs, tout en étant des instruments de la représentation du réel, ils occultent – parfois délibérément – les changements sociaux, d'où la différence qu'il peut y avoir entre l'environnement social et le discours juridique. *In fine*, l'anthropologie, comme la sociologie, nous a intéressé en tant qu'outil d'analyse, au service de l'histoire du droit. Elles offrent une ouverture à des questionnements sur la nature et la destinée humaine ou sociale, aux moyens d'éléments historiques, philosophiques ou juridiques et *via* la culture ou anthropologie matérielle par exemple⁹³. Il a été question d'étudier les artefacts, idées, attitudes et hypothèses d'une société particulière, à un moment donné : la France, de 1789 jusqu'au « moment » 1900⁹⁴. L'étude de ce contexte permet de comprendre le lien et les séparations entre le monde du droit et la société dans lequel il s'inscrit⁹⁵. Si pour certains anthropologues cette rupture a lieu durant le milieu du siècle dernier⁹⁶, il nous semblerait plutôt

⁹¹ Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 108.

⁹² Si les bornes temporelles de cette « Belle Époque » ne font pas l'unanimité, elles restent le lieu d'un échange d'idées et de circulation des personnes, dont les juristes, qui favorisent une ébullition intellectuelle coïncidant à un moment « européen », visible en Italie par exemple avec l'époque dite *giolittiana*. Si ces bornes posent parfois problèmes, il est néanmoins peu risqué de dire qu'elle prend fin en 1914. V. Nader Hakim, Fabrice Melleray, *Le renouveau de la doctrine française...*, *op. cit.*, p. 2 ; Nader Hakim, Annamaria Monti, « Histoire de la pensée juridique et analyse bibliométrique : l'exemple de la circulation des idées entre la France et l'Italie à la Belle Époque », *Clio@Thémis, Thémis, Revue électronique d'histoire du droit*, n°14, 2018, p. 4.

⁹³ Jérôme Ferrand, « La science du droit... », *op. cit.*, p. 41.

⁹⁴ « La notion de "moment" ne doit pas s'entendre dans un sens exclusivement chronologique. Elle permet de décrire, dans une configuration intellectuelle précise, tous les éléments qui sont engagés dans la discussion entre les acteurs d'une époque [...] En somme, nous cherchons moins à décrire une évolution qu'à restituer, dans toute sa densité, les arguments échangés par des acteurs à propos d'un problème donné », Frédéric Audren, *Les juristes...*, *op. cit.*, p. 31.

⁹⁵ Rim Affaya, *Départ, objets et culture matérielle*, juin 2016, p. 3. Sur la question de la « culture matérielle », V. plus précisément : Marie-Pierre Julien, Céline Rosselin, « Introduction », *La culture matérielle*. Paris, La Découverte, « Repères », 2005, p. 3-7.

⁹⁶ Pour M. Alliot par exemple, l'humanité ne serait entrée dans une nouvelle ère qu'au XX^e siècle, creusant un abîme entre sociétés traditionnelles et actuelles par l'intermédiaire d'innovations technologiques – énergie nucléaire, cybernétique, etc. – et relationnelles ou sociales (rétrécissement de la famille, laïcisation et désacralisation, modèles culturels anciens renversés comme la masculinité, le privilège de la séniorité etc.). V. Norbert Rouland, *Anthropologie juridique...*, *op. cit.*, p. 342 et s.

que cette transition trouve ses origines avec la Révolution de 1789 ou encore, lors de la promulgation du Code. En effet, à cet instant, l'environnement social semble soumis à un changement de son environnement juridique qui entérine le nouvel ordre social.

Notre analyse cherche en premier lieu à définir ou clarifier l'idéologie du Code civil. L'héritage romain y est déterminant puisqu'il est encore utilisé par les juristes du XIX^e siècle, tandis que la pratique de l'Ancien Régime est « théoriquement » abrogée ; même si son influence demeure indirectement. Les *Institutes* de Justinien ou de Gaius, tout comme le *Digeste*, sont déterminants dans les schémas de pensée des juristes du XIX^e siècle, notamment et paradoxalement en raison des intermédiaires immanquables que peuvent être les auteurs de l'Époque moderne tels que Domat, Pothier ou encore Bourjon⁹⁷. Quant à l'héritage des Lumières, il se perçoit dans les lois naturelles et humaines bornées par le prisme unique de la Raison⁹⁸ ; bien que son influence soit légèrement écartée par la suite en raison des croyances religieuses des juristes. Parallèlement, le légicentrisme se propage en France après 1789 et conduit à ce que la loi devienne la source majeure, pour ne pas dire exclusive, du droit. Or, le Code, opérant une fusion originale d'héritages à la fois de l'Ancien Régime, mais aussi de la Révolution, institutionnalise et enracine juridiquement, aidé par l'action interprétative de la doctrine, un nouvel archétype individuel. Les rédacteurs d'abord et les juristes français qui suivent, assoient ce nouveau modèle, impliquant un schéma type d'un individu qui, quoiqu'individualiste, est moins libéral que dans le modèle anglo-saxon, notamment en raison de l'héritage moderniste le rendant soumis à des devoirs qu'impose l'ordre ; le concept ici étant fondamental, garantissant autant la liberté de l'individu que son bonheur. La fusion entre ces deux pensées est considérée comme le meilleur compromis possible au regard de la nature humaine et des contraintes posées par la société française après les troubles révolutionnaires. Le Code civil devient à cet instant le texte juridique le plus déterminant dans l'institutionnalisation de ce nouvel archétype individualiste, tempéré par la nature intrinsèquement coercitive du droit. Cependant, ce caractère disciplinaire est lui-même tempéré par une théodicée héritée d'un jusnaturalisme qui ne quitte que tardivement et partiellement la doctrine⁹⁹ (**Première partie**).

⁹⁷ Cf. Michel Humbert, « Portalis et Justinien... », *op. cit.*, p. 43-53 pour Domat et Pothier, ou encore Renée Martinage-Baranger, *Bourjon et le code civil...*, *op. cit.*, à propos de Bourjon.

⁹⁸ Alain Supiot, *Homo Juridicus...*, *op. cit.*, p. 103.

⁹⁹ V. notamment, Jérôme Ferrand, « La science du droit à l'épreuve du spiritualisme éclectique dans le premier XIX^e siècle. Enquête sur les soubassements de la culture juridique contemporaine », *Clio@Thémis, Revue électronique*

L'idéologie du Code¹⁰⁰ a beau être influencée par la pensée libérale, celle-ci reste marginale. Son influence s'oppose rapidement aux besoins sociaux qui conduisent aux différentes crises et révoltes populaires, qui marquent le XIX^e siècle. Soucieux de préserver l'ordre social contemporain que le Code a juridiquement entériné, la doctrine dans sa quasi-totalité, réinterprète le Code non pas tant par souci progressiste que par volonté de le conserver. Le discours individualiste, complété par le caractère coercitif du droit, demeure donc ; il reste au cœur de cette culture ambiante¹⁰¹, même parmi les juristes qui souhaitent se montrer plus réformistes sur le plan méthodologique, comme ceux influencés par l'École historique ou plus tard, ceux de la prétendue École dite « scientifique »¹⁰². D'autant que le Code civil est rapidement associé à un code « bourgeois », bien qu'il soit difficile pour les historiens de le qualifier ainsi, dans la mesure où les contours et le poids de la bourgeoisie soit incertains, de 1804 jusqu'au dernier quart du siècle¹⁰³. En effet, il faut attendre la fin du siècle pour que la terminologie de notable soit définitivement remplaçable par celle de bourgeois. Le terme de notable paraît le plus adapté car il permet d'intégrer l'ensemble des propriétaires détenteurs de richesses et possibles électeurs, qu'ils soient nobles ou roturiers¹⁰⁴. Toutefois, plus le siècle avance et plus la bourgeoisie concentre les pouvoirs, qu'ils soient économique, social ou politique et ce, malgré la permanence de régimes à caractères autoritaires ; sous la couverture du discours juridique de la doctrine la plus influente. À ce titre, la Monarchie de Juillet a paradoxalement vu l'affaiblissement de l'élite sociale royaliste ultra, en faveur d'orléanistes¹⁰⁵ – élite bourgeoise qui ne dit pas son nom et sans

d'histoire du droit n°9, 2015, p. 6-10 et 23. Plus particulièrement sur l'école du droit naturel et du droit de la nature et des gens, V. Tristan Pouthier, *Au fondement des droits. Droit naturel et droits individuels en France au XIX^e siècle*, Paris, Classiques Garnier, 2019, p. 43-44.

¹⁰⁰ V. à propos de la diversité « des » idéologies du Code : V. Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil*, *op. cit.*, p. 108-114 ; Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 104-105 et 134.

¹⁰¹ « Les rédacteurs du Code civil et, après eux, les civilistes du XIX^e siècle, adoptent les idées de la culture générale ambiante et subissent en cela l'influence de la philosophie dominante. Ils [en] éprouvent ainsi le joug [...] d'autant plus facilement que ces thèses, résumées à leurs principes majeurs, ont pénétré l'imaginaire collectif », Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 42-43 et 51.

¹⁰² Nader Hakim, « Le miroir de l'autorité... », *op. cit.*, p. 459-464.

¹⁰³ En 1815 pourtant, près de 60% des nouveaux nobles de l'Empire en sont originaires. Jean Tulard, *La France...*, *op. cit.*, p. 190.

¹⁰⁴ « Déjà sous l'Ancien Régime, en parallèle des propriétés aristocratiques se développaient au fil des siècles, de grandes propriétés bourgeoises. Ces derniers ayant fait fortune dans les marchandises, ont acheté des terres pour se retirer à la campagne, où ils surveillaient leurs terres et prétendaient ainsi vivre notablement », Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 414-415.

¹⁰⁵ Pierre Albertini, *La France au XIX^e siècle (1815-1914)*, Paris, 2^e édition, Hachette supérieure, 2014, p. 44 ; André Encrevé, « La France du Second Empire », dans *Le Second Empire*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2004, p. 58-60.

doute ne se reconnaît pas totalement comme telle – amenant, *de facto*, à faciliter la mainmise orléaniste durant la résurgence de l’empire en 1851. L’interprétation du droit par la seconde génération illustre particulièrement cette lutte du conservatisme bourgeois, opposant à la fois le traditionalisme réactionnaire des royalistes et le progressisme à tendance révolutionnaire des autres couches de la société, moins économiquement et socialement favorisées. Ainsi, l’individualisme juridique reste toujours moins libéral que disciplinaire et coercitif, même si dans le vocabulaire, la liberté individuelle reste très présente. Aussi, sans faire preuve d’un véritable pessimisme anthropologique, même si c’est partiellement le cas pour certains, le discours de cette partie de la doctrine coïncide – ou participe, c’est difficile à dire – à la transformation que connaît la société française durant l’ensemble du XIX^e siècle. S’il peut paraître surprenant que ce soit qu’à la fin du siècle que la qualification de « code bourgeois » n’apparaisse – sous la plume du juriste libéral et conservateur Ernest Glasson (1839-1907) – c’est justement en raison de cette lente manœuvre sociale¹⁰⁶. Ainsi, l’avènement d’une nouvelle vision de la société lancée dès les lendemains révolutionnaires, nous permet d’émettre ce constat : contrairement aux dires de André-Jean Arnaud, le Code n’est pas strictement le produit de la classe bourgeoise en 1804, mais son interprétation par la doctrine française dominante offre une grille d’analyse juridique permettant d’expliquer l’évolution de la société française vers une société pleinement bourgeoise¹⁰⁷ (**Seconde partie**).

¹⁰⁶ En 1890, l’avocat belge Edmond Picard, dans son ouvrage *L’Évolution historique du droit civil français*, est l’un des premiers à présenter le Code Civil comme « le Code de l’individualisme bourgeois et capitaliste », Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 89.

¹⁰⁷ « Le code civil va être ici présenté autrement que nos étudiants n’ont coutume de l’apercevoir [...] : comme un produit de la classe bourgeoise. Il traduit la peur des bourgeois, la façon bourgeoise de réagir à l’angoisse humaine », André-Jean Arnaud, *Essai d’Analyse...*, *op. cit.*, p. I.

Première partie.

L'idéologie éclectique du Code de 1804 à l'origine du nouvel ordre social contemporain

Quelle philosophie politique et juridique sous-tend au juste le Code de 1804 ? Car l'individualisme libéral dont il est en principe l'expression s'appuie implicitement sur une conception optimiste de la nature humaine, qui justifie l'exaltation de l'autonomie individuelle¹⁰⁸.

Dans la suite de son article, Xavier Martin en vient à préciser que loin d'être optimiste, la philosophie du Code se tourne en réalité vers un pessimisme inspiré de Thomas Hobbes. L'être humain n'est pas apprécié aussi positivement que dans la pensée de Rousseau ou des libéraux. L'idéologie du Code a ceci de particulier qu'il s'y côtoie des éléments de l'Ancien Régime, mais aussi de la Révolution qui, *a priori*, sont deux périodes aux valeurs antinomiques. Ces deux sources persistent néanmoins à faire du droit romain l'un des soubassements le plus ancien et déterminant du droit occidental¹⁰⁹. Cette dualité complexe explique l'originalité du modèle social instauré par le Code – qu'Auguste Valette qualifie à juste titre d'« éclectique »¹¹⁰ – mêlant à la fois le libéralisme et l'individualisme révolutionnaire, au modèle social plus traditionaliste de l'Ancien Régime ; et conduisant à la difficile définition « d'une » idéologie¹¹¹. Dans les faits, la philosophie révolutionnaire sert toutefois plus de moyen que de fin en soi, l'objet de la société étant toujours déterminé par sa dimension coercitive et conservatrice issue de l'influence moderniste prédominante. Cette influence se perçoit tout particulièrement avec l'importance accordée aux

¹⁰⁸ Xavier Martin, « L'insensibilité Des Rédacteurs... », *op. cit.*, p. 603.

¹⁰⁹ Au point qu'aujourd'hui encore, civilistes et publicistes, d'Europe voire du monde entier, s'approprient les sources latines du Droit, afin d'ériger leur propre système. V. à ce propos, Alain Supiot, *Homo Juridicus...*, *op. cit.*, p. 49-60 ; Sur le droit romain plus généralement, Pierre-Yves Gautier, « Sous le Code civil des Français : Rome (l'origine du droit des contrats) », *op. cit.*, p. 53 : « l'âge d'or du droit romain commence sous l'Empire, au Ier siècle après Jésus-Christ, mais culmine entre le IIe et le IIIe siècle. Citons les quatre grandes figures de la science romaine que furent Gaius (juriste d'Asie mineure, au départ assez obscur, IIe siècle) dont le nom est également attaché à un ouvrage autonome, les *Institutes* ; Papinien (préfet du prétoire, assassiné en 214 sur ordre de Caracalla), surnommé bien avant Demolombe, le « prince » des jurisconsultes ; Ulpian (assesseur de Papinien, préfet du prétoire, assassiné lui aussi, en 228) ; Paul (l'autre assesseur de Papinien), à la vie plus paisible et qui écrivit énormément ».

¹¹⁰ Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 15.

¹¹¹ Sur la question de la multiplicité des idéologies du Code, V. *Supra*, p. 30.

concepts d'ordre public, de bonnes mœurs ou encore d'équité. Ces notions sont volontairement et foncièrement floues, permettent aux gouvernants, comme le fait ensuite la doctrine du XIX^e siècle, d'adapter les règles de droit selon les besoins et d'en faire des contrepoids à l'expression de la liberté individuelle. Le concept d'ordre public permet ainsi de protéger en théorie le groupe entier d'un possible excès des individualités¹¹².

Le nouvel ordre social contemporain est porteur d'une vision anthropologique et individualiste nouvelle, indiscutablement liée à ses deux sources originelles. Il conduit dans le monde juridique à une fusion des deux approches au départ opposées, mais dont l'objectif commun est d'asseoir la paix. En raison des nombreux conflits révolutionnaires et ceux que connaît l'Empire, la quête de la stabilité est prépondérante dans l'esprit des rédacteurs du Code. Pour mieux cerner l'idéologie qu'il sous-entend, il nous a alors semblé pertinent d'étudier le discours historique des générations d'interprètes qui suivent. Compris comme un seul discours, il ne s'agit pas de percevoir les originalités individuelles ou générationnelles¹¹³, mais plutôt de faire ressortir ce qu'il y a de commun ; ces éléments en disent alors beaucoup sur les combats idéologiques qui ont eu lieu à cette période (**titre premier**). Ainsi, pour garantir cette paix sociale, au moins sur le plan national, les juristes, nouveaux piliers et garants de l'ordre sous le Consulat et l'Empire, vont d'abord définitivement institutionnaliser une société en faveur d'une nouvelle élite sociale, composée de nouveaux notables. Cette élite est fondée non plus sur le seul fait de la naissance mais sur des critères habituellement admis aux bourgeois de l'Ancien Régime : fortune, instruction et docilité politique. Les nouveaux notables sont, de ce fait, placés sur un piédestal afin de devenir l'idéaltype social. Ils sont amenés à diriger socialement la société, sous un format partiellement inspiré de la société nobiliaire de l'Ancien Régime, tout en assurant la permanence de certains acquis révolutionnaires. Toutefois, la direction sociale n'implique pas une direction politique. Il s'agit là d'éviter l'écueil qui avait fragilisé la monarchie sous l'Ancien Régime. L'objectif du droit civil est alors de faire en sorte que la société se tourne vers des valeurs individualistes et un devoir de docilité envers le pouvoir ou l'ordre politique (**titre second**).

¹¹² André-Jean Arnaud, *Essai d'Analyse...*, *op. cit.*, p. 49.

¹¹³ Cette analyse des différences entre les générations occupe la seconde partie de ce travail. V. *Infra*, p. 210-393.

Titre premier. L'idéologie du Code civil : entre Ancien Régime et Révolution

Si l'ancien droit a donc bien contribué à la formation du nouveau, il reste à déterminer la part respective qu'y ont pris les différents éléments dont il se composait. L'ancien droit français était pluraliste, formé d'une multitude de coutumes, de règles venues du droit romain et du droit canonique, de lois royales, d'apports jurisprudentiels, d'interprétations doctrinales¹¹⁴.

Le Code est loin d'être une *creatio ex nihilo*. Des premiers projets d'unification des coutumes sous la monarchie d'Ancien Régime, jusqu'aux différentes commissions révolutionnaires chargées d'établir un Code, toutes ces tentatives ont largement inspiré les quatre commissaires choisis par Bonaparte. L'objectif est alors de justifier le nouvel ordre social contemporain souhaité par le pouvoir en place, tout en préservant l'héritage d'individualisme juridique afin qu'il soit accepté par tous. Il fallait néanmoins pour cela maintenir face aux éléments les plus réformistes, ceux plus traditionnels, que les juristes, tout comme le pouvoir politique, souhaitaient préserver¹¹⁵.

La société contemporaine, institutionnalisée juridiquement et socialement avec le Code civil, a donc principalement deux héritages, *a priori*, opposés, mais unifiés par les rédacteurs. La combinaison se perçoit clairement à la lecture des rédacteurs, mais aussi des membres de la doctrine du XIX^e siècle les plus influents. D'où l'utilisation des éléments historiques qu'ils mettent en avant dans leurs écrits ; éléments qui marquent la direction souhaitée, soutenue – ou non – par ces juristes. Ainsi, l'héritage moderne se discerne plutôt dans la configuration de la société entendue globalement et sa soumission à l'ordre politique. Quant à l'individualisme atomiste, il se retrouve dans la vision anthropologique individualiste adoptée par les rédacteurs, alors très partiellement libérale mais surtout marqué par un mécanisme plutôt pragmatique, voire à tendance utilitariste ; la volonté est d'utiliser les failles comme les qualités humaines, au vu de son propre bonheur (**chapitre premier**). Ce faisant, la Révolution, en mettant un terme définitif à la société d'ordre de l'Ancien Régime, a amené à repenser l'individu et le phénomène social par conséquent. Voilà pourquoi l'idée de rédiger un Code, qui germait déjà avant 1789, devient de

¹¹⁴ Jean-Louis Thireau, « Fondements romains... », *op. cit.*, p. 4.

¹¹⁵ Qui viennent souvent des « lectures de jeunesse » ou d'écrits d'une doctrine de la fin du XVIII^e siècle. *Ibid.*, p. 7.

plus en plus nécessaire. Pour autant, le projet se montre toujours aussi difficile à mettre en œuvre. Le contexte révolutionnaire, plutôt chaotique, notamment pour les juristes, conduit en effet à une difficile élaboration d'une telle œuvre unificatrice ; autant pour des raisons pratiques, qu'idéologiques (**chapitre second**).

Chapitre premier. Le compromis idéologique du Code : entre traditionalisme et libéralisme

Les idées et concepts – parfois historiques – qui influencent les commissaires ont été utilisé pragmatiquement¹¹⁶, afin de défendre un projet social qui se veut *novateur*. Selon Portalis, le Code a pour objet de maintenir « la décence publique » et la « sûreté des patrimoines », au nom de la « prospérité générale »¹¹⁷. L'imprécision de ces termes permet une approbation générale, dans un contexte où la société est en proie à la division et à des troubles sociaux qui effrayent souvent les juristes ; où les individus ayant fait de grandes acquisitions, notamment patrimoniales avec la vente des biens nationaux.

L'influence de l'Ancien Régime dans l'idéologie de ce Code, se justifie en raison de l'origine et le penchant des rédacteurs : ils restent des hommes de l'ancien temps, sceptiques à l'égard de la Révolution et de ce qu'ils considèrent souvent comme des emportements anarchiques. L'ordre social et, surtout, familial de l'Époque Moderne, demeure plus que présent dans l'esprit du Code, de même que l'influence moraliste austère du jansénisme (**section première**). Quant à l'héritage révolutionnaire, il se perçoit premièrement avec le développement d'une idéologie proto-libérale, qui suit le mouvement impulsé – non sans une certaine ambiguïté – par les physiocrates français¹¹⁸. Sans doute est-ce là l'élément qui a contribué au développement et à l'acceptation en France de certaines idées que l'on retrouve dans le libéralisme anglo-saxon, qui pourtant depuis Law suscite beaucoup de réserves¹¹⁹ ; mais qui se développe surtout après la chute de l'Empire. Secondairement, l'individualisme a pour but de balayer l'arbitraire et le modèle social pyramidal jugé étouffant de l'Ancien Régime. Si l'individualisme juridique est loin de n'être apparu qu'avec la Révolution, sa retranscription n'a pris autant d'importance que parce

¹¹⁶ V. à propos de « l'utilisation » instrumentale de l'histoire, Nader Hakim « "L'histoire n'enseigne rien"... », *op. cit.*, p. 1 et s.

¹¹⁷ « En examinant les dernières ordonnances royales, nous en avons conservé tout ce qui tient à l'ordre essentiel des sociétés, au maintien de la décence publique, à la sûreté des patrimoines, à la prospérité générale », Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* (1801), Préface de Michel Massenet, Bordeaux, Édition numérique, Collection « Les classiques des sciences sociales », 2004, p. 28.

¹¹⁸ Sur cette ambiguïté, V. Catherine Larrère, *L'invention de l'économie au XVIIIe siècle. Du droit naturel à la physiocratie*, PUF, « Léviathan », 1992, p. 5 : « Si on les considère souvent comme des fondateurs, ou des précurseurs, on y voit des précurseurs fourvoyés. Et s'ils relèvent de l'histoire du libéralisme économique, ce sont des libéraux paradoxaux. »

¹¹⁹ Gabriel de Broglie, « Chapitre III - Le duel fratricide », *L'Orléanisme. La ressource libérale de la France*, Paris, Perrin, « Hors collection », 1981, p. 145-155.

qu'elle faisait partie des idées de son temps, même hors du domaine du droit. Quant au principe d'égalité, qui va avec, il reflète le souhait de se débarrasser des privilèges et cloisonnements sociaux qui tendaient à scléroser une partie de la population qui se pensait légitime à voir son statut évoluer sur la scène politique : la bourgeoisie (**section seconde**).

Section première. L'héritage de l'Ancien Régime : un traditionalisme soucieux de préserver un ordre familial

Selon les premiers interprètes du Code, celui-ci est l'aboutissement de la tentative d'unité du droit sous l'Ancien Régime. En effet, au lendemain de la chute du premier l'Empire, la doctrine civiliste a pour objectif de faire accepter l'œuvre de 1804, notamment face à ses principaux opposants au moment de la Restauration : les *ultras*, soit les royalistes. D'où les nombreuses références historiques et à l'ancienne jurisprudence, ou encore aux « grands auteurs » de l'Ancien Régime, dès la Restauration (1814-1830) mais également sous la Monarchie de Juillet (1830-1848)¹²⁰. Il serait toutefois faux de considérer que ces auteurs n'aient été utilisés et cités qu'à cette fin. En effet, ce discours postérieur au Code, permet de révéler un des éléments fondamentaux de son « idéologie » : l'œuvre de 1804 n'est pas tant révolutionnaire, mais largement inspiré de l'Ancien Régime. Les législateurs de 1804 n'ignorent pas les œuvres hollandaises ou germaniques sur le droit naturel par exemple et celles-ci marquent profondément les œuvres des juristes comme Domat et Pothier – qui partageaient avec eux leur foi janséniste – et dont les travaux sont décisifs sur l'œuvre de 1804¹²¹.

Si le leitmotiv qui anime les juristes est d'ordre politique, cette lecture du passé étant dû à leurs volontés de faire pérenniser le Code après la chute de l'Empire, il n'en reste pas moins vrai que les tentatives de former un droit commun coutumier en France, au XVI au XVII^e siècle, a exercé une influence déterminante chez les rédacteurs (I). À cette volonté unificatrice, un autre élément de l'Ancien Régime nous a semblé déterminant pour définir l'idéologie du code : l'institution familiale traditionnelle que connaît la société française sous l'Ancien Régime (II).

¹²⁰ « Il semble acquis que le Code civil et l'ensemble de la codification napoléonienne sont le résultat non seulement de l'œuvre législative royale et révolutionnaire, du droit romain, du droit canonique et des coutumes rédigés comme de la pratique des parlements, mais également de la pensée juridique moderne et spécialement d'un droit français très largement doctrinal. Le Code civil est ainsi le fruit d'une pensée juridique antérieure adaptée et synchronisée avec les idées nouvelles issues de la fin des Temps modernes. Est ainsi *a priori* justifiée l'idée d'une passerelle évidente entre les idées juridiques modernes et la pensée juridique contemporaine », Nader Hakim, « Continuité ou rupture dans l'histoire de la pensée juridique ? Exégèse, transtextualité et positivisme légaliste du *Cours de Code Napoléon* de Charles Demolombe », *Liber amicorum, mélanges réunis en hommage au professeur Jean-Louis Thireau*, textes rassemblés par Anne Dobigny-Reverso, Xavier Prevost et Nicolas Warembourg, *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, n° hors-série, 2019, p. 171.

¹²¹ Alain Desrayaud, « La formation des juristes du Consulat et de l'Empire », *Napoleonica. La Revue*, n° 16, 2013/1, p. 14-15.

§1- La tentative d'un droit commun coutumier aux XVI et XVII^{ème} siècles comme justification de l'héritage moderniste du Code

Le Consulat et le Premier Empire virent s'accomplir le vœu de l'ancienne France et de la Révolution : la codification des lois françaises. [...] Cette immense et, en général, excellente production législative, s'explique par [...] la préparation d'une codification [...] très avancée, soit pour l'ancien droit, soit pour le droit de la Révolution. L'ancienne France avait eu ses Codes : l'ordonnance de 1667 sur la procédure civile ; l'ordonnance de 1670 sur la procédure criminelle ; l'ordonnance de 1673 sur le commerce des marchands ; et l'ordonnance de 1681 sur la marine. Il ne lui manquait qu'un Code pénal et un Code civil ; encore des morceaux de ce dernier avaient-ils été rédigés dans les ordonnances de Louis XV sur les donations, les testaments et les substitutions. [...] Aussi la doctrine, la littérature juridique avait-elle pu dégager un droit commun coutumier dont l'expression se trouvait au XVIII^e siècle dans les œuvres de Pothier, Bourjon et bien d'autres. De même l'expression française et réduite en termes généraux du droit écrit se trouvait dans Les lois civiles dans leur ordre naturel de Domat¹²².

Comme le rappelle plus tard différents membres de la seconde génération, l'œuvre codificatrice en France débute lors de la rédaction officielle des coutumes sous l'Ancien Régime. Adhémar Esmein (1848-1913) les fait amorcer à la seconde moitié du XV^e siècle¹²³. Auguste Valette (1805-1878) précise que cette « série » s'inscrit dans un contexte où les lois n'émanent pas que du roi¹²⁴. À cette période, pour la plupart des États de l'Europe, découpé en une foule de provinces, les anciennes législations ne sont encore constituées que d'une « variété presque infinie » de législations civiles¹²⁵. Antoine-Marie Demante (1789-1856) précise quant à lui que le nom de « législation ancienne », comprend toutes les lois qui ont régi la France jusqu'en 1804 et sont ensuite désignés sous le nom de « droit ancien », celles qui ont précédé le 17 juin 1789. Quant à celles qui apparaissent dans l'espace de ces deux intervalles, « quoiqu'elles n'aient pas abrogé d'une manière générale les lois anciennes, elles y ont cependant apporté des changements

¹²² Adhémar Esmein, *Précis élémentaire... op. cit.*, p. 328-329.

¹²³ Adhémar Esmein, *L'originalité du Code civil*, Paris, Arthur Rousseau éditeur, 1904, p. 14.

¹²⁴ « Dans l'ancienne monarchie française, les lois émanaient du roi et portaient différents noms : Ordonnances, Édits, Déclarations, etc. Il y avait en outre des coutumes locales, que les rois firent rédiger en les approuvant, de telle sorte qu'elles devenaient des lois », Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 7.

¹²⁵ *Ibid.*, p. 8.

si importants qu'elles forment [...] un droit à part, qu'on appelle droit intermédiaire »¹²⁶. La doctrine, soucieuse de présenter, *a posteriori*, l'originalité idéologique du Code, s'évertue ainsi à démontrer que le monument civil de 1804 est autant l'héritier de 1789 que de l'Ancien Régime. Les hommes des deux époques avaient eu « l'idée et le désir » d'un Code civil, distinct du droit commun coutumier, bien qu'ayant la même finalité : l'unité du droit¹²⁷.

Charles Sérurier (1818-1883) – dont le souhait est de « guider » les jeunes élèves en droit ignorant « complètement l'histoire de nos codes »¹²⁸ – revient sur la division entre les formes de législations « rivales » que connaît la France : les pays de coutumes dans le Nord et ceux influencés par le droit écrit romain dans le Midi¹²⁹. Depuis Dumoulin (1500-1566) et Guy Coquille (1523-1603), de « grands jurisconsultes [...] s'ingéniaient à créer un *droit commun coutumier* »¹³⁰. À partir du milieu du XVII^e siècle, les juristes commencent à interpréter l'esprit des textes anciens en les adaptant aux nouvelles conditions de vie. Ces changements ou évolutions interprétatifs sont à l'origine du gallicanisme, du jansénisme, voire selon André-Jean Arnaud, du sentiment bourgeois : des « robins jansénistes et gallicans qui, précisément, adaptent les textes anciens à leurs nouveaux besoins »¹³¹. Vient ensuite le XVIII^e siècle, où l'Europe connaît une vague de codifications. Dans son ouvrage *Précis historique sur les codes français* (1844), Sérurier compare l'œuvre de 1804, avec les projets l'ayant précédé, notamment en Bavière et en Prusse : « dès 1751, un Code criminel avait été publié dans le premier pays ; un Code judiciaire et un Code civil, connu sous le nom de *Codex Maximilianus*, y parurent ensuite, l'un en 1753 et l'autre en 1756. L'auteur de ces codes, le baron de Kreittmeyer, était surtout animé du désir de mettre fin aux divergences des tribunaux »¹³². Son souhait est avant tout cependant de mettre en avant les

¹²⁶ Antoine Marie Demante, *Cours analytique de Code civil*, Tome 1, Paris, *Traité des personnes*, E. Plon et C^{ie}, Imprimeurs-éditeurs, 1881, p. 17.

¹²⁷ V. notamment Adhémar Esmein, *L'originalité...*, *op. cit.*, p. 3.

¹²⁸ « J'ai été guidé dans cette détermination par le désir d'être utile aux jeunes élèves en droit, qui, transportés tout à coup des collèges dans nos écoles, ignorent complètement l'histoire de nos codes, leur influence sur la législation étrangère, les noms des auteurs dont les ouvrages vont désormais remplacer entre leurs mains Virgile et Homère et n'ont aucune idée de la lutte juridique qui existe entre les deux pays de l'Europe où les armes de l'intelligence sont le plus exercées, l'Allemagne et la France », Charles Sérurier, *Précis historique sur les codes français*, Paris, Videcoq, 1844, p. 5-6.

¹²⁹ *Ibid.*, p. 14.

¹³⁰ Adhémar Esmein, *L'originalité...*, *op. cit.*, p. 16.

¹³¹ André-Jean Arnaud, *Essai d'Analyse...*, *op. cit.*, p. 16.

¹³² Charles Sérurier, *Précis historique...*, *op. cit.*, p. 133.

bienfaits de la codification¹³³ face aux critiques de l'École historique allemande¹³⁴.

Toutefois, la doctrine française n'oublie pas non plus de préciser que si de nombreux royaumes ou États voisins œuvrent dans le sens de la codification, contrairement à l'œuvre de 1804, ils ne font pas table rase des autres sources du droit. C'est le cas notamment de l'*Allgemein Landrecht für die Preussischen Staaten* de 1794, vaste Code prussien de 19 000 articles, embrassant à la fois le droit civil, pénal, féodal et ecclésiastique, qui n'eut été cependant qu'un droit à usage supplétif, laissant subsister et prévaloir les coutumes locales. L'originalité première du Code de 1804 est donc là : avoir réussi à faire supprimer les sources traditionnelles du droit au profit d'une seule et unique loi étatique¹³⁵. Toutefois, si déjà en 1723, le Piémont Sardaigne publie un recueil de lois et qu'en 1756 apparaît un Code civil en Bavière, en France, il faut attendre l'œuvre du chancelier d'Aguesseau, pour voir apparaître l'ambition de rédiger des textes unifiant la jurisprudence¹³⁶. Pour y arriver cependant, la doctrine du XIX^e siècle s'évertue à rappeler l'importance de l'ancien droit ; d'autant qu'il a permis la sauvegarde d'idées qu'elle souhaitait conserver.

¹³³ V. Charles Sérurier, *Précis historique...*, *op. cit.*, p. 121 : « La codification est le travail qui a pour but de réunir des lois éparses en un corps de législation, qu'on appelle Code [...]. Ce travail est un signe toujours certain d'amélioration pour la législation qui en est l'objet », ou encore, p. 126-127 : « Le plus grand bienfait que puisse procurer à un peuple l'uniformité de ses lois, est évidemment l'unité nationale [...]. La codification peut seule aussi mettre la connaissance de la loi à la portée de tous, faciliter à chacun l'exercice de ses droits et l'accomplissement de ses devoirs, garantir la non-rétroactivité des lois, diminuer le nombre des procès et détruire ceux qui ne porteraient que sur l'existence et l'étendue d'une coutume, remplacée par une loi fixe et invariable ».

¹³⁴ « Une école s'est formée en effet en Allemagne, au moment où l'Europe coalisée proscrivait notre législation dans ce pays, pour nier l'utilité et la possibilité de la codification et appuyer sans doute de ses raisonnements les décrets de la politique. Cette école, connue sous le nom d'École historique de la jurisprudence, ne comprend pas le respect au texte de la loi, qu'elle n'applique jamais qu'autant qu'il se trouve confirmé par ses recherches historiques », *ibid.*, p. 126. Nous reviendrons plus en détails sur l'École historique allemande : V. *Infra*, p. 237-276.

¹³⁵ « Le Code général prussien, rédigé par Samuel Coceji, n'a été publié qu'en 1794, quoique les travaux en aient commencé en même temps que ceux du Code bavarois. Le reproche qui lui est justement adressé, reproche que M. de Savigny a voulu mal à propos étendre à la législation française, c'est de ne former qu'un droit subsidiaire aux coutumes et statuts régissant chaque province [et] applicable seulement dans le silence de ceux-ci. Au point de vue matériel du travail, ce Code présente encore des défauts graves ; il entre dans trop de détails et de développements, les espèces y dominent plus que les principes. Ces défauts sont du reste la conséquence du but de son auteur, qui, préoccupé de l'abus des procès et de l'avidité de ceux qui en vivent, prétendait prévoir tous les cas et rendre ainsi inutile la science du droit », Charles Sérurier, *Précis historique...*, *op. cit.*, p. 134.

¹³⁶ V. Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 5-6 et 24.

Le Code civil a vécu et il vit encore. Depuis un siècle il assure aux Français la justice et la paix sociale [...]. Son influence a largement rayonné non seulement au dehors [...] du premier_Empire, mais aussi par la contagion pacifique des idées. [Sa] profonde originalité [...] réside en deux qualités principales. D'abord, le droit qu'il contient est [...] historique et national, non imaginé mais vécu, l'âme des générations, non des individus¹³⁷.

Une seconde série de « codification » débute avec les grandes ordonnances de Louis XIV. Préparés par des commissions techniques, ces « codes » sont discutés dans des institutions auxquelles le Conseil du roi fournit de précieux éléments¹³⁸. Si traditionnellement dans le Royaume de France, le monarque n'intervient qu'assez peu dans les domaines du droit privé, se concentrant plutôt sur les sujets directement liés à ses fonctions régaliennes, les choses semblent changer avec le Roi-Soleil. Les Grandes ordonnances de Colbert, qualifiées parfois de *Code Louis*, concernent certes le commerce, mais également la police des ports, les colonies, les manufactures¹³⁹, etc., mais ne s'intéressent toutefois qu'assez peu aux droits individuels. Il s'agit encore d'une approche globale. Il faut attendre la Régence de Philippe d'Orléans et le règne de Louis XV, avec le chancelier d'Aguesseau (1668-1751)¹⁴⁰ pour que le droit se penche sur ce qui relève plutôt du domaine privé : les ordonnances sur les donations de 1731, sur les testaments en 1735 et les substitutions en 1747 par exemple¹⁴¹. Si cette œuvre est dans les faits limitée, elle incite néanmoins les juristes et les hommes d'État à penser qu'une unification de l'ensemble du droit français par la voie législative est possible. Lamoignon (1735-1789), en tant que président à mortier, tente de rédiger une série d'articles afin de réduire toutes les coutumes à une seule. Néanmoins, son projet n'aboutit pas, le premier président du Parlement de Paris reconnaissant de lui-même qu'il était difficile de réduire la diversité des coutumes, alors que se grevent aux coutumes générales, près de 300 coutumes locales, auxquelles s'ajoutent ensuite le droit canon et

¹³⁷ Adhémar Esmein, *L'originalité...*, *op. cit.*, p. 14.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 15. V. aussi Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 10-11 ; Charles Sérurier, *Précis historique...*, *op. cit.*, p. 18 : « Sous le règne de Louis XIV, par les soins et les travaux des jurisconsultes les plus célèbres de ce temps, Lamoignon, Auzanet, Fourcroy, Pussort, Savary, Colbert et Dustarlet, parurent plusieurs ordonnances importantes, dont les sages dispositions ont souvent été adoptées par nos législateurs modernes ».

¹³⁹ V. sur le dirigisme de Colbert et pression exercée sur les agents, avec le contrôle des manufactures, Pierre Legendre, *L'administration...*, *op. cit.*, p. 95-96.

¹⁴⁰ Sur l'œuvre du chancelier d'Aguesseau sous Louis XV, V. Charles Sérurier, *Précis historique...*, *op. cit.*, p. 18 et s. V. aussi, Jean-Louis Thireau, « Droit national et histoire nationale... », *op. cit.*, p. 68.

¹⁴¹ Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon...*, *op. cit.*, p. 103-104.

les interprétations doctrinales ou jurisprudentielles, propres à chaque Parlement. La coutume de Paris y demeure néanmoins prédominante et constitue un socle commun puissant, qui favorise l'édification d'un droit commun coutumier¹⁴².

*Domat [...] reconstruit quasi ouvertement le droit romain, selon un plan sorti tout armé de son propre cerveau et pour servir aux besoins de la science juridique française [...]. En vérité, il le rationalise, il le gallicise et le christianise. Car ce romaniste n'oublie pas pour autant les autres sources du droit : ordonnances royales, coutumes et droit canonique*¹⁴³.

Le Clermontois (1625-1696)¹⁴⁴ théoricien de l'État louis-quatorzien et admiré par les libéraux du XIX^e siècle¹⁴⁵ – autre groupe hostile au Code avec les royalistes ; d'où l'intérêt que lui portent les interprètes des premières générations – est considéré comme un humaniste mêlant rationalisme et christianisme, sous couvert d'une influence stoïcienne plus discrète. Il cherche à former « moralement » le juge. Surnommé le « jurisconsulte des Législateurs »¹⁴⁶, il influence la doctrine du XIX^e siècle avec sa démarche déductive à l'arrière-pensée religieuse, qui inspire le principe quasi-impérieux de « sécurité juridique ». Son système soumet les lois humaines au principe de charité – valeur chrétienne – dans un but d'équité. Il s'agit là de faire de cette solidarité privée, la valeur fondamentale de la société. Il justifie ainsi l'interdiction de léser autrui

¹⁴² Le droit du Royaume de France durant l'Époque moderne se divise entre droit coutumier et droit écrit¹⁴². Cet ancien droit privé français se caractérise par un "fractionnement territorial et une pluralité des sources" avec, par exemple, pas moins de 65 coutumes générales entre le Nord et le Centre de la France. Au Sud, c'est le droit romain qui incarne le rôle de "droit commun", continuant ainsi d'influencer le « droit français naissant », durant toute l'Époque moderne. V. Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 4-10 ; Anne Lefebvre-Teillard, « Les facteurs d'unification dans l'ancien droit », *op. cit.*, p. 77-81 ; Jean Hilaire, *Les origines du code...*, *op. cit.*, p. 2-3 ; Jean-Louis Thireau, « Les arrêtés de Guillaume de Lamoignon : une œuvre de codification du droit français ? », *Droits*, n° 39, 2004/1, p. 53-58.

¹⁴³ Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 63.

¹⁴⁴ Né en 1625 à Clermont Ferrand, il décède à Paris en 1696. Raymond-Théodore Troplong (1795-1869) dira de lui qu'il avait « la rigueur de l'algébriste », chose qui se devine de l'influence marquante de Blaise Pascal (1623-1662), dont il fut l'ami et l'exécuteur testamentaire. Il appartient, comme lui, au rang des humanistes incarnant l'esprit classique du XVII^e siècle. Toutefois, si pour le mathématicien, « l'homme de science et l'homme de foi œuvrent séparément », chez Domat, « au contraire, ils œuvrent ensemble, de sorte que la religion imprègne constamment sa vision du droit ». V. Jehan de Malafosse, « DOMAT JEAN - (1625-1696) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 11 avril 2020.

¹⁴⁵ V. Pierre Legendre, *L'administration du XVIII^e siècle à nos jours*, Paris, Thémis, PUF, 1969, p. 267.

¹⁴⁶ « Indépendamment de ces principes généraux, j'ai cru ne pouvoir suivre de meilleur guide, dans l'interprétation des lois, que Domat, appelé, à si juste titre, le Jurisconsulte des Législateurs », Claude-Étienne Delvincourt, *Cours de Code Napoléon*, Paris, Tome 1, Gueffier imprimeur-libraire, 1813, p. iv.

ou encore le respect des engagements souscrits. Offrant un curieux mélange de traditions et de progrès, qui n'est pas sans rappeler la dualité de « l'idéologie » du Code, le juriste clermontois donne sa forme la plus accomplie au principe du consensualisme¹⁴⁷. Il est aussi l'une des sources essentielles du Code, ses écrits servant de transition souple entre la tradition janséniste antirationaliste et le jusnaturalisme rationaliste moderne. Il est aussi, vraisemblablement, un inspirateur déterminant de Portalis et de son Livre préliminaire¹⁴⁸. Sous protection royale¹⁴⁹, Domat rédige *Les Lois civiles dans leur ordre naturel*¹⁵⁰, ouvrage qui fait partie des textes au fondement de l'unité du droit civil français, dont la synthèse ne se fait qu'avec le Code. Il en est de même pour l'œuvre de François Bourjon (1665-1751), *Droit commun de la France et la coutume de Paris* (1747) :

On lui fit le grief de n'avoir rien produit de neuf. Bourjon répondit fort justement à cette objection que ses prétentions se limitaient à la synthèse¹⁵¹.

François Bourjon, auteur d'un seul ouvrage¹⁵², semble être – sans doute pour cette raison – l'un des « grands oubliés des dictionnaires biographiques »¹⁵³. Peu de temps après les essais infructueux de Lamoignon, il tente à son tour de se servir des coutumes de Paris comme ossature pour son travail. Son originalité est d'avoir voulu réaliser une synthèse brève et simple, de l'ensemble du droit commun coutumier, en utilisant la coutume de Paris comme « squelette », tout en s'inspirant de Dumoulin. Les rédacteurs du Code civil s'accordèrent à suivre le vieux schéma d'exposition des *Institutes* qui était celui de Bourjon, qui avait été alors transformé et

¹⁴⁷ Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, op. cit., p. 62-63.

¹⁴⁸ André-Jean Arnaud, *Essai d'Analyse...*, op. cit., p. 26.

¹⁴⁹ « Louis XIV a pensionné Domat dont le projet servait le sien propre, celui de conforter la monarchie absolue par une œuvre globale de législation en matière de droit privé », *ibid.*, p. 64.

¹⁵⁰ Jean Domat, *Les Lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, Nyon Libraire, 1644.

¹⁵¹ Renée Martinage-Baranger, *Bourjon et le code civil...*, op. cit., p. 13.

¹⁵² François Bourjon, *Droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes tirés des Lois, ordonnances, des arrêts, des jurisconsultes et des auteurs mis dans l'ordre d'un commentaire complet et méthodique sur cette coutume contenant dans cet ordre les usages du Châtelet sur les liquidations, les comptes, les partages, les substitutions, les dîmes et toutes autres matières*, Tome 1, Paris, Grangé & Cellot, Imprimeurs-Libraires, 1747.

¹⁵³ Renée Martinage, *Dictionnaire historique des juristes français XII^e-XX^e siècle*, sous la direction de Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halpérin, Jacques Krynen, PUF, Quadrige, 2^e édition, 2015, v^o Bourjon, François, p. 164-165 ; Renée Martinage-Baranger, *Bourjon et le code civil...*, op. cit., p. 164-165.

renové par Leibnitz¹⁵⁴. Conformiste et jusnaturaliste¹⁵⁵, l'expression la plus fréquente sous sa plume et pas sans conséquence pour la suite, est celle « d'ordre public ». Selon Bourjon, celui-ci se matérialise par le respect aux traditions et à l'autorité des ascendants, plus particulièrement des parents¹⁵⁶, dont l'approche semble un peu moins patriarcale toutefois que celle des juristes romains¹⁵⁷. Bourjon défend par exemple la présence des femmes à l'assemblée de tutelle et comme tutrices potentielles, malgré la prétendue « faiblesse de leur sexe » et ce, contrairement à la coutume de Paris¹⁵⁸ : « les mères et aïeules peuvent être tutrices de leurs enfants et petits-enfants ; ce sont justes et favorables exceptions [...]. La raison qui fonde leur capacité est que la loi présume que leur tendresse suppléera à leur inexpérience et que par cette tendresse les droits du mineur seront conservés »¹⁵⁹. Se devine là cependant, au regard des valeurs attachées aux femmes, que celles-ci n'ont pas toutefois de quoi faire concurrence au futur *bon père de famille* du Code civil, dont le reste du raisonnement est repris de manière quasi identique par les futurs commissaires de Bonaparte. Présentée comme « trop émotionnelle », la femme est jugée par Bourjon faible, faisant preuve d'une « dangereuse sensibilité ». Quelque temps plus tard, Rousseau explique qu'elles sont « bonnes en dépit d'elles » ; approche que les rédacteurs du Code approuvent là encore, de même que nombreux célèbres penseurs avant eux, comme Chamfort, Voltaire ou encore Alembert. Ainsi, en matière d'organisation familiale, dans la coutume comme plus tard dans le Code, c'est la puissance du mari et père qui prédomine sur celle de la femme et des enfants et ce, même si cette puissance maritale est contestée sous la Révolution. Par ailleurs, le Code, en consacrant cette puissance, conduit même à en faire une mesure d'ordre public avec son article 217¹⁶⁰. *In fine*, c'est l'homme qui doit fonder et diriger sa famille. Il incarne l'idéaltype individuel.

¹⁵⁴ Renée Martinage-Baranger, *Bourjon et le code civil...*, *op. cit.*, p. 51-52 et 57.

¹⁵⁵ « L'équité est souvent invoquée par Bourjon lorsqu'il s'agit de justifier les avantages d'une situation, celle des absents, celles des usufruitiers, etc. [...] Bourjon voulait faire une œuvre concrète, utilisable par le plus grand nombre. [...] Néanmoins le droit naturel de Bourjon n'est rien d'autre que du conformisme, de l'attachement au passé et à tout ce qui avait légué de comportements sociaux », Renée Martinage-Baranger, *Bourjon et le code civil...*, *op. cit.*, p. 53.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 53.

¹⁵⁷ Avis suivis par la doctrine du XIX^e siècle. V. *Infra*, p. 135 et s.

¹⁵⁸ Vincent Gourdon, « Mobilisation familiale autour des orphelins », *Lorsque l'enfant grandit entre dépendance et autonomie*, Presses de l'Université de Paris Sorbonne, 2003, p. 309.

¹⁵⁹ François Bourjon, *Droit commun de la France...*, *op. cit.*, p. 40.

¹⁶⁰ Jean-Louis Thireau, « Fondements romains... », *op. cit.*, p. 13 ; Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon...*, *op. cit.*, p. 16, 271 et 442-443.

Selon Bourjon, c'est la raison qui fixe le droit, soutenu par le droit romain et canonique, en droit de la famille. Dans son œuvre, la raison s'entend comme « la lumière qui éclaire la destinée de l'Homme » vers des principes « d'essence supérieure », fondamentalement tirés de la tradition et de l'œuvre du temps. Ainsi, les emprunts des rédacteurs portent sur la forme, à ne pas douter, mais se traduisent aussi par la reprise d'une « réaction contre les conceptions des hommes de la Révolution » ; l'objectif étant, notamment sous le Directoire, de réhabiliter la famille et faire la promotion dans la rhétorique des vertus familiales, garantes de « l'harmonie sociale »¹⁶¹.

En somme, l'Ancien Régime a grandement marqué les esprits de la doctrine juridique postrévolutionnaire. Les tentatives de former un droit commun coutumier à cette période ont offerts à ces juristes un terreau riches d'éléments qui leur permettront de sauvegarder l'esprit de l'Ancien Régime, notamment sur les questions familiales.

¹⁶¹ Renée Martinage-Baranger, *Bourjon et le code civil...*, *op. cit.*, p. 55 et 67 ; Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon...*, *op. cit.*, p. 418-419. Nous reviendrons plus en détail sur la famille dans le Code, V. *Infra*, p. 135-153.

§2- Les bouleversements de l'institution familiale au XVIII^e siècle comme prémices de l'organisation traditionnelle du Code

Au XVIII^e siècle, la structure familiale qui va inspirer les rédacteurs et la doctrine du XIX^e, est déjà centralisée autour de la famille conjugale ou nucléaire. Elle est regroupée autour des parents et des enfants. Elle se perçoit comme le « faisceau des liens du sang dans la droite lignée de la paternité ». Elle est indivisée, compacte et centrée autour de la « majesté du foyer », qui se définit à travers le père. Le mariage, lié au sacrement de l'Église et la fonction économique de la famille, en font un lieu de conservation, de transmission du patrimoine, mais avec une fonction principale – la fin première du mariage – celle, notamment, de la reproduction biologique¹⁶².

Toutefois, cette structure familiale est fortement instable et n'est pas aussi figée dans la pratique que le voudrait la morale chrétienne – notamment prônée par Domat ou encore Bourjon – en raison des décès d'enfants en bas âge, de la disparition des ascendants ou encore de l'instabilité des couples. Ces phénomènes ne sont pas rares, même si les familles restent nombreuses avec en moyenne, sept à huit enfants. Il existe aussi une « population flottante » assez importante, faussant le résultat de la structure sociale générale : la pratique des nourrices, les pensionnats pour hommes et femmes âgés dont les enfants ne veulent pas s'occuper, etc., font qu'une part non négligeable de la population reste célibataire, mais n'entre pas dans l'analyse d'un schéma social global. De plus, si les commandements de l'Église persistent, ils sont réinterprétés constamment. Il existe par exemple une pratique de contraception par arrêt des naissances dans les villes, surtout chez les bourgeois, issue d'une logique contraire aux enseignements primaires de l'Église, mais néanmoins imposée indirectement par ses valeurs : au nom de l'accroissement du sens de la responsabilité, de la maîtrise de soi et de l'amour conjugal, le mari est amené à vouloir éviter des grossesses répétées à sa femme, qui pourraient lui porter préjudice. Déjà, le bourgeois de l'Ancien Régime se distingue socialement et par sa pratique d'une certaine morale, du reste de la population¹⁶³. Le phénomène est issu d'une interprétation

¹⁶² « Les recensements, avec listes nominatives [...] nous disent d'abord le primat de la famille conjugale ou nucléaire, regroupant père, mère et enfants, dans la majeure partie de la France », François Lebrun, « La famille en France à la fin de l'Ancien Régime », *L'enfant, la famille et la Révolution française*, Marie-Françoise Levy éd., Paris, Plon (programme ReLIRE), « Hors collection », 1989, p. 33. Nous reviendrons plus tard sur les autres fonctions de la famille, V. *Infra*, p. 135-153.

¹⁶³ « Dans un essai brillant, Harold Laski a jadis tenté de replacer historiquement le libéralisme dans l'évolution de

particulière des préceptes moraux de l'Église, qui ne fait que s'accroître jusqu'à l'entérinement du nouvel ordre social révolutionnaire¹⁶⁴.

À une époque où l'on pouvait encore embrasser plusieurs disciplines, Pothier (1699-1772) n'a été que juriste et même pas théoricien ou philosophe du droit [...] Au fond, Pothier est un somnambule, en ce sens qu'il accomplit des exploits peu ordinaires [...], mais sans en avoir conscience. Ce brave bourgeois d'Orléans qui tous les matins se rend à la messe, [rêvait de] la distinction de l'indivisibilité naturelle et de l'indivisibilité conventionnelle. Regardez-le et surtout ne le réveillez pas : il est en train de préparer le Code Napoléon ! Mais il ne s'en doute nullement et les rares passants qui le croisent ne s'en doutent pas davantage¹⁶⁵.

Praticien « sans égal »¹⁶⁶, Pothier¹⁶⁷ fait partie de ces acteurs qui occupent des chaires de droit français créées en 1635. Il occupe celle de l'École de droit d'Orléans. En parallèle à ses enseignements, il compile les coutumes, faisant « semblant de se référer à l'œuvre d'autrui [lorsqu'il œuvrait] de son chef »¹⁶⁸.

l'Europe occidentale. Il y a vu la transposition idéologique de la croissance capitaliste depuis le XVI^e siècle, c'est-à-dire une éthique caractéristique de la bourgeoisie, nouvelle classe dominante, affranchie des contraintes religieuses ou féodales de l'ancien monde. Dans une première phase, les progrès du libéralisme auraient été freinés par les souverains absolus, arbitres de la bourgeoisie en expansion et de l'aristocratie déclinante. La double explosion de la révolution anglaise de 1688 et de la Révolution française de 1789 aurait ouvert, à l'ère du capitalisme triomphant, la voie au libéralisme victorieux », André Jardin, « Introduction », *Histoire du libéralisme politique. De la crise de l'absolutisme à la Constitution de 1875*, Vanves, Hachette Education, « Hors collection », 1985, p. I.

¹⁶⁴ V. François Lebrun, « La famille en France... », *op. cit.*, p. 33-40 ; Edmond Goncourt, Jules Goncourt, « La Révolution dans les mœurs » (1854), *Cahiers Edmond et Jules de Goncourt*, Les Goncourt moralistes, n°15, 2008, p. 159-160.

¹⁶⁵ Philippe Jestaz, *Autour du droit civil...*, *op. cit.*, p. 433-434.

¹⁶⁶ Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 64.

¹⁶⁷ Né en 1699 à Orléans, Pothier décède en 1772 dans cette même ville qu'il ne quitta pour ainsi dire quasi-jamais : « célibataire douillet, directement passé (c'est-à-dire sans aventure féminine) de l'autorité maternelle à celle de sa non moins tyrannique gouvernante, conformiste et perclus de dévotion provincial qui n'a jamais quitté son Orléanais natal (sauf une fois pour la Sologne voisine, mais tombé malade, il en revint *illico*) », Philippe Jestaz, *Autour du droit civil...*, *op. cit.*, p. 433. De même : « c'était un homme sans passion, une âme de pauvre, d'une grande simplicité et d'une encore plus grande humilité. Le dieu des juristes semble nous l'avoir envoyé pour bien montrer qu'une certaine forme de gloire ne s'atteint qu'à la faveur du plus extrême dépouillement », *ibid.*, p. 66. Il n'a certes pas le prestige que peut avoir eu Domat pour autant, ses écrits, plus nombreux, s'exportèrent bien au-delà de sa discipline, de son monde et même de son temps : en Prusse par exemple ou encore en Amérique d'autant plus qu'il correspond beaucoup avec les grands juristes français ou étrangers, notamment Hollandais. V. *Ibid.*, p. 433-439.

¹⁶⁸ Philippe Jestaz, *Autour du droit civil...*, *op. cit.*, p. 435-436.

Le jansénisme de Pothier se retrouve dans son moralisme austère, ce qui le rend hostile au capitalisme proto-industriel qui se développe dès les débuts de l'Époque Moderne ; mais qui annonce pourtant l'ère industrielle du XIX^e siècle. Il est d'ailleurs possible d'y voir là une manifestation du scepticisme industriel qui occupe plus tard l'esprit des rédacteurs. Il en est de même à l'égard du machinisme qui en résulte dès son époque¹⁶⁹ et qui, pourtant, influence plus tard les libéraux¹⁷⁰. Son moralisme l'entraîne à défendre une certaine docilité vis-à-vis de l'État et de ses règles, qui s'imposent aux citoyens, étant originaires de Dieu : « car Dieu qui est l'auteur du droit naturel, ayant ordonné aux citoyens de chaque État l'obéissance aux lois civiles de l'État dont ils sont sujets, les parties qui contractent un mariage contre la disposition de quelque loi civile de l'État dont ils sont sujets, contreviennent non seulement à cette loi civile, mais ils contreviennent aussi au droit naturel qui leur ordonnait l'obéissance à cette loi »¹⁷¹.

L'influence qu'a exercé l'orléanais à l'égard des quatre commissaires de Bonaparte porte principalement sur le droit des obligations, mais aussi sur la partie technique du droit de la famille. Ayant « le même réservoir d'idées », les rédacteurs du Code ont « vraisemblablement puisé [dans son œuvre] toute une tradition française dont les révolutionnaires eux-mêmes n'ont pas voulu se couper ». Il ne doit cependant sa postérité qu'au retour des royalistes après 1814, à l'instar des autres sources du Code de l'Époque Moderne. Pour faire face à l'hostilité du Code – œuvre impériale et d'inspiration révolutionnaire – les exégètes attribuent en effet à cet homme de l'Ancien Régime qui incarnait, *a priori*, « la tradition française », le titre de « père du Code »¹⁷². L'influence est telle, qu'elle se retrouve continuellement dans les écrits de la doctrine du XIX^e siècle. Pothier alimente ainsi autant les premiers commentateurs du Code tels que Delvincourt, Duranton, Proudhon ou Toullier, mais aussi les générations suivantes, à savoir Troplong, Demolombe, Aubry et Rau et qui, à leur tour, influencent les générations de la fin du XIX^e siècle comme Saleilles, Gény, Planiol ou encore Capitant¹⁷³. Ainsi, si pour Raymond Saleilles (1855-

¹⁶⁹ Il s'agit là d'un mouvement économique spécial du XVIII^e siècle, se traduisant par la délocalisation d'activités artisanales de la ville en direction des campagnes. V. Saupin Guy, « Chapitre 2. L'économie d'Ancien Régime », *La France à l'époque moderne*, sous la direction de Saupin Guy. Paris, Armand Colin, « U », 2016, p. 25.

¹⁷⁰ Nous reviendrons sur ce point, V. *Infra*, p. 82 et s.

¹⁷¹ Pothier, cité par Charles Demolombe, *Cours du Code Napoléon*, Tome 1, 2e éd., Paris, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, Auguste Durant et Hachette et Compagnie, 1860, p. 3.

¹⁷² Philippe Jestaz, *Autour du droit civil...*, *op. cit.*, p. 439 ; Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 91.

¹⁷³ Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 138.

1912), Pothier est à l'origine du plus « clair » résumé du droit des obligations ayant servi de « base » au Code civil¹⁷⁴, Alexandre Duranton (1783-1866) écrivit un peu avant qu'« après le traité si justement estimé que nous devons au savant et judicieux Pothier sur les Obligations, il paraîtra peut-être superflu d'en publier un nouveau sur le même sujet. [...] Les changements introduits par la nouvelle législation sont moins nombreux, moins importants en cette matière que dans les autres et, dès lors, [...] les règles exposées par Pothier [et] consacrées pour la plupart par le Code civil, sous le titre des Contrats ou des Obligations conventionnelles en général, suffisent à [...] cette partie si importante du droit »¹⁷⁵.

*Il apparaît bien comme le continuateur d'un fort courant doctrinal, que Pothier avait porté à son point d'achèvement, qui tendait à dissocier du régime matrimonial et à rattacher au mariage, de ce fait à généraliser, l'incapacité juridique de la femme. De même pour la puissance paternelle [...] en instituant une majorité émancipatrice à l'âge de vingt et un ans (art. 372), le Code civil a étendu à toute la France une solution d'origine coutumière qui n'avait cessé de gagner du terrain sous l'Ancien Régime, sans cependant parvenir à s'imposer partout*¹⁷⁶.

L'individu idéaltype selon ces juriconsultes est donc un homme forcément adulte ou émancipé, respectueux des traditions et des règles morales, souvent issues des préceptes religieux, notamment jansénistes, de manière plus ou moins consciente. Il importe surtout qu'il soit dociles envers l'ordre social préétabli. Il doit aussi agir *raisonnablement* au nom d'un intérêt supérieur et non purement terrestre. Une influence stoïcienne se perçoit à travers l'austérité janséniste et, il semble même être l'un des facteurs à l'origine de l'individualisme juridique qui s'exprime pleinement sous la Révolution¹⁷⁷. Cet idéal rejoint sur certains points celui du *gentilhomme* de l'ère classique : individu austère, qui aspire à vivre notablement, avec un *grand* sens moral et qui, surtout, est particulièrement docile envers pouvoir politique royal et à l'ordre naturel établi car, à la différence de la noblesse d'Ancien Régime, ne doit son rang non pas à un lignage antérieur, mais à son seul et unique comportement présent¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Raymond Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, 3^e éd., Paris, Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1914, p. 2.

¹⁷⁵ Alexandre Duranton, *Traité des contrats et des obligations en général, suivant le Code civil*, Tome 1, Paris, 1819, p. v.

¹⁷⁶ Jean-Louis Thireau, « Fondements romains... », *op. cit.*, p. 14.

¹⁷⁷ À propos du stoïcisme, romain et humaniste, cf. Stamatios Tzitzis, *Droit et valeur...*, *op. cit.*, p. 5 et 50-62.

¹⁷⁸ À l'instar du classicisme artistique, le gentilhomme doit faire preuve d'une morale stricte. Le classicisme, qui

En somme, l'œuvre codificatrice est déjà un vieux projet quand éclate la Révolution et en cela la doctrine ne se trompe pas. D'autant plus que la presse *scientifique* – naissante à l'époque – évoque déjà la « nécessité de purger les poussiéreuses autorités d'un droit décadent »¹⁷⁹. Cependant, quand Lamoignon a souhaité préparer le terrain pour la future unification du Code, son projet s'inscrit toujours dans un pluralisme juridique. Le fait qu'il soit amené à accepter une multiplicité des sources et diversité des solutions propres à l'ancienne France, conduit Jean-Louis Thireau à nuancer le propos de la doctrine du XIX^e : ces tentatives d'Ancien Régime ne sont des *grands parents* du Code civil¹⁸⁰ que dans la mesure où c'est la doctrine qu'il l'a véritablement voulu ainsi. D'autant que la doctrine civiliste fait preuve d'un esprit assez réactionnaire, comme le prouve, à titre d'exemple, les écrits de Sérurier. S'il admet qu'en 1789, la royauté s'est montrée impuissante « à doter la France d'une législation uniforme » et qu'il faut attendre la Révolution pour en « briser tous les obstacles »¹⁸¹, il se montre satisfait que la codification n'ait cependant pas lieu non plus sous l'égide de l'esprit révolutionnaire¹⁸². De même, selon Esmein, il y a eu deux

apparaît avec Louis XIV (1643-1715), marque un profond changement de valeurs sociales, en rejetant le baroque : « l'honnête homme » est celui qui se cultive, mais reste modéré. Il est « conforme aux modèles antiques » ou encore, il fait preuve de mesure ou d'harmonie. Son exigence morale *comportementale* est à relier à la notion de « bienséances », qui l'oblige à se montrer réservé, pudique, hostile au libertinage et à l'agitation (politique ou autre). Il ne cherche pas se montrer fastueux, mais fait plutôt preuve de raison et de retenue, tout en recherchant *idéalement* à se perfectionner constamment, faisant preuve de similitude avec les valeurs stoïciennes. Pour autant et paradoxalement, si le « bourgeois gentilhomme » aspire à vivre *noblement* – ayant pour ambition suprême de faire partie de l'élite sociale – il se révèle malgré tout critique face à la noblesse lignagère. Bossuet aura ses mots sévères : « la noblesse n'est souvent qu'une pauvreté vaine, ignorante et grossière, oisive, qui se pique de mépriser tout ce qui lui manque ; est-ce là de quoi avoir le cœur si enflé ? ». En réaction, dès le XVII^e siècle, la noblesse fait preuve de beaucoup de réserve, voire de critique, face à ces nouveaux venus. V. Larry Norman, « Qu'est-ce que le *classicisme* ? Étude comparée des vocabulaires critiques nationaux », n° 96, *Littératures classiques*, 2018/2, p. 157 ; Jean-Yves Vialleton, « Les bienséances : concept intraduisible ou notion apocryphe ? », n° 96, *Littératures classiques*, 2018/2, p. 70-72 ; Normand Doiron, « Le parfait gentilhomme. L'idéal du moi au début du XVII^e siècle », *Dix-septième siècle*, n° 277, 2017/4, p. 625-626 ; Jean-Pierre Brancourt, « Les Bourbons et la noblesse », *Le miracle capétien*, Paris, Éditions Perrin, « Passé simple », 1987, p. 241-242 ; Pierre du Colombier, Henri Peyre, « CLASSICISME », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 19 août 2020.

¹⁷⁹ La première tentative de diffusion du savoir juridique dans la presse, à savoir des arrêts, est à attribuer à Denis de Sallo avec son *Journal des Sçavans*, sous le patronage du ministre Colbert. Il s'agit du premier périodique littéraire et scientifique d'Europe. V. Pierre-Nicolas Barenot, *Entre théorie et pratique...*, *op. cit.*, p. 26 et 55.

¹⁸⁰ Pierre-Nicolas Barenot, *Entre théorie et pratique...*, *op. cit.*, p. 63-68.

¹⁸¹ « Ainsi la royauté avait été impuissante à doter la France d'une législation uniforme. La révolution put seule briser tous les obstacles. On sait que l'abolition du régime féodal, des privilèges personnels et de ceux des provinces, l'unité de la constitution française, furent décrétées d'enthousiasme dans la fameuse nuit du 4 août 1789 », Charles Sérurier, *Précis historique...*, *op. cit.*, p. 19-20.

¹⁸² « Déjà dix ans s'étaient écoulés depuis la fameuse nuit du 4 août et rien encore pour la législation générale n'avait été édifié sur les ruines des institutions qu'elle avait vu s'écrouler. Faut-il le regretter ? Les lois d'une révolution sont toujours des lois réactionnaires [...] et il suffit pour s'en convaincre de jeter les yeux sur les lois de cette époque, qui

méthodes pour façonner le droit commun : « soit en insistant sur le fonds commun à toutes les coutumes [...] soit en appliquant la coutume de Paris toutes les fois qu'il n'y avait pas de dispositions formelles contraires aux siennes. Pothier, [...] représentait éminemment la première tendance [...] ; la seconde se traduit nettement au XVIII^e siècle, dans l'ouvrage de Bourjon, *Le droit commun de la France et la coutume de Paris* »¹⁸³. Dans ce contexte, si Pothier s'est montré moins original que Dumoulin ou Domat, son œuvre se présente comme une « synthèse quasi parfaite de tous les efforts accomplis en vue de l'unification du droit français ». Souvent, les rédacteurs du Code n'ont eu qu'à le recopier. C'est le cas des articles 1101, de 1156 à 1164, sur le contrat et ses interprétations. Œuvre composite par essence, le Code est donc fait d'emprunts aussi divers que nombreux de l'Ancien Régime, surtout en matière de « grandes orientations »¹⁸⁴. Cependant, en 1789, l'œuvre codificatrice n'est pas encore une priorité majeure¹⁸⁵, tandis que se distingue déjà des différences comportementales entre la population issue des bourgs du reste de la société. Avec la fin de la société d'ordres de l'Ancien Régime¹⁸⁶, ces différents ne font que s'accroître, tandis que se profile au vainqueur, le *droit* de fixer le nouvel ordre social révolutionnaire.

forment ce qu'on appelle la législation intermédiaire. Nous ne pouvons mieux les faire connaître qu'en citant ce passage de l'admirable discours de Portalis, en présentant, de concert avec Tronchet, Bigot-Préameneu et Maleville, le projet de Code civil : "Toute révolution est une conquête. Fait-on des lois dans le passage de l'ancien gouvernement au nouveau ? Par la seule force des choses, ces lois sont nécessairement hostiles, partiales, éversives... Si l'on fixe son attention sur les lois civiles, c'est moins pour les rendre plus sages ou plus justes, que pour les rendre plus favorables à ceux auxquels il importe de faire goûter le régime qu'il s'agit d'établir. On renverse le pouvoir des pères, parce que les enfants se prêtent davantage aux nouveautés L'autorité maritale n'est pas respectée, parce que c'est par une plus grande liberté donnée aux femmes que l'on parvient à établir de nouvelles formes et un nouveau ton dans le commerce de la vie. On a besoin de bouleverser tout le système des successions, parce qu'il est expédient de préparer un nouvel ordre de citoyens par un nouvel ordre de propriétaires". À ce triste tableau qui reflète avec vérité l'esprit des lois de la révolution, nous devons, certes, nous féliciter de ce que les circonstances de cette époque malheureuse n'ont pas permis aux différentes assemblées législatives de s'occuper sérieusement d'une réforme générale de la législation civile », Charles Sérurier, *Précis historique...*, *op. cit.*, p. 22-24.

¹⁸³ Adhémar Esmein, *L'originalité...*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁸⁴ Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 66 ; Jean-Louis Thireau, « Fondements romains... », *op. cit.*, p. 18.

¹⁸⁵ En 1789, les partisans à l'unité juridique désespèrent, conscients de la difficulté d'une telle entreprise, tandis que nombreux sont ceux à y être opposés. Ces derniers restent attachés aux identités locales, qui confèrent aux juristes des provinces un rôle d'experts locaux qui se perdraient en cas d'unification. V. Jean Hilaire, *Les origines du code...*, *op. cit.*, p. 3 ; Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon...*, *op. cit.*, p. 127.

¹⁸⁶ Classification proposée en 1020 par l'évêque Adalbéron de Laon en 1022, qui distinguait les *oratores*, le clergé, les *bellatores*, la noblesse et enfin, les *laboratores*, qui, sous la plume de l'abbé Sieyès, deviennent le Tiers-État. V. Emmanuel Joseph Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers état ?* (1789), Paris, Éditions du Boucher, coll. G. Collet, 2002, p. 1 ; Michel Kaplan, Patrick Boucheron, *Histoire médiévale : XI^e-XV^e siècle*, Editions Bréal, 1994, p. 94.

Section seconde. L'héritage révolutionnaire : un libéralisme « à la française » en faveur d'une nouvelle élite sociale d'inspiration bourgeoise

La Révolution française de 1789 est-elle une révolution bourgeoise ?¹⁸⁷ Dès le XIX^e siècle, la question fait toujours couler beaucoup d'encre. En effet, la Révolution a donné lieu à nombre de débats et violentes luttes politiques, des décennies après sa fin ; bien qu'il soit difficile d'y répondre sans adopter un point de vue idéologiquement orienté¹⁸⁸. Pour autant, un fait est indiscutable : cette Révolution a cherché à instaurer définitivement un nouvel ordre social, en faveur d'une élite, parfois intellectuelle, mais le plus souvent économique et financière. Il faut cependant attendre la fin du siècle pour qu'elle puisse sciemment être instituée, avec ce que Léon Duguit (1859-1928) appelle une « bourgeoisie capitaliste »¹⁸⁹.

Bien que la Révolution, notamment à la suite de l'abolition des privilèges le 4 août, vise à détruire la société d'ordres, il s'opère lentement, mais sûrement, un phénomène de remplacement en faveur d'une nouvelle élite sociale, inspirée au départ de la bourgeoisie de l'Ancien Régime. Ce transfert n'est toutefois pas conscient et il serait faux de le considérer comme souhaité dès 1789. Il est en réalité le fruit d'une lente maturation des esprits, tout en étant favorisé par le Code lui-même et, avant ça, par les différents régimes révolutionnaires (I.). Les troubles révolutionnaires aussi ont donné lieu à des réactions autoritaires qui, parfois, sont responsables de la formation de cet esprit conservateur et à tendance autoritariste des juristes du Code (II.).

¹⁸⁷ V. Serge Bianchi, « Chapitre XII. Une révolution sociale ? Économie et société », *Des révoltes aux révolutions : Europe, Russie, Amérique (1770-1802). Essai d'interprétation*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2004 ; Éric Hobsbawm, « Faire une "révolution bourgeoise" », *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, n° 53-4 bis, 2006/5 ; André Bellon, « Non, la Révolution française n'est pas une "révolution bourgeoise" ! », *Mediapart*, éd. du 18 avril 2020. Aujourd'hui toutefois, le débat sur la scène scientifique est moins porté sur une histoire nationale que globale, connectée et comparative. V. Philippe Poirrier, « L'histoire contemporaine », *Les historiens français à l'œuvre, 1995-2010*, Paris, PUF, « Hors collection », 2010 ; Patrick Boucheron, *Histoire mondiale...*, *op. cit.*

¹⁸⁸ « En un mot, toute l'histoire de la Révolution est partielle », Jacques Godechot, *Un jury pour la Révolution*, Paris, Robert Laffont, 1974, p. 10.

¹⁸⁹ « On dit qu'en France, depuis la Révolution, la classe qui détient ainsi la plus grande force est la bourgeoisie capitaliste, parce qu'elle dispose de la puissance économique et que le pouvoir politique suit toujours la puissance économique », Léon Duguit, *le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, Paris, Félix Alcan, 1908, p. 44.

S1- Le développement d'une nouvelle bourgeoisie sous la Révolution

À la veille de la Révolution, la bourgeoisie est essentiellement constituée d'hommes d'affaires ou d'entrepreneurs industriels, dont le but est le profit individuel¹⁹⁰. Il n'y a donc pas un sentiment de « classe » bourgeoise ; c'est-à-dire, un groupe social *conscient* de lui-même. Elle ne se préoccupe pas du développement de l'économie nationale – bien que cette dernière dépende des investissements de ces hommes d'affaires – mais vise en priorité l'accumulation d'argent à titre purement individualiste. Le bourgeois français sous la Révolution est essentiellement un thésauriseur, ce qui n'est pas sans rappeler le mercantiliste de l'Ancien Régime¹⁹¹. Propriétaire, parfois détenteur de manufactures, il suit une doctrine économique dont le but n'est pas le développement d'une économie capitaliste industrielle à grande échelle ; et c'est pourquoi les innovations technologiques et techniques ne sont que des moyens et non pas des buts. Il en est de même en Angleterre : durant sa révolution industrielle, ce n'est pas le tissage qui rapporte le plus – bien que cette industrie représente le symbole même du libéralisme¹⁹² – mais le métier de banquier, plus stable¹⁹³.

Durant les premières années de la Révolution, il peut être ajouté à cette bourgeoisie d'affaires, une élite intellectuelle, dont les Lumières sont les plus célèbres représentants. Ils ont amené à ce que le progrès économique devienne un objectif central de la société, tout en étant un des aspects spécifiques du progrès humain en général. Toutefois, ces deux groupes ne forment en aucun cas une bourgeoisie unie, dotée d'une conscience propre et repoussant les autres groupes sociaux. Il n'y a donc pas, de la part de cette hypothétique bourgeoisie montante, la volonté de s'affirmer et de s'identifier comme une nouvelle élite¹⁹⁴ fondée sur de nouveaux

¹⁹⁰ Éric Hobsbawm, « Faire une “révolution bourgeoise” », *op. cit.*, p. 58-59.

¹⁹¹ Sous l'époque médiévale et moderne est bourgeois l'habitant d'un bourg, d'une ville et bénéficiant d'un statut juridique défini par une charte, qui combine droits et devoirs et qui marque l'appartenance de l'individu à une communauté précise. V. Yves Junot, *Les bourgeois de Valenciennes : Anatomie d'une élite dans la ville (1500-1630)*, Presses Univ. Septentrion, 2009, p. 33. Sur le mercantilisme en particulier : V. Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique*, *op. cit.*, p. 7-8 et 16.

¹⁹² Il suffit d'étudier brièvement les écrits d'auteurs libéraux, comme avec la célèbre « Loi des avantages comparatifs » du traité de David Ricardo, *Des principes de l'économie politique et de l'impôt*, traduit de l'anglais par F. S. Constancio, Paris, Tome 1, 1819, p. 205-212.

¹⁹³ Éric Hobsbawm, « Faire une “révolution bourgeoise” », *op. cit.*, p. 58.

¹⁹⁴ Une « élite » représente un ensemble d'individus considérés comme remarquables ou efficaces dans un domaine précis. Ce sont les êtres les plus qualifiés dans un domaine technique ou théorique. La différence entre aristocratie

privilèges. Il ne s'agit là simplement que d'une catégorisation faite, *in abstracto*, censée simplifier les rapports sociaux réels. L'individualisme n'est alors pas encore un moteur d'organisation social, même si cet ensemble d'individus a facilement accepté cette nouvelle « étiquette collective » qu'on lui attribuait ; ce qui a sans aucun doute participé à sa formation¹⁹⁵.

Lors de la seconde moitié du XIXe siècle, Esmein fait partie de ceux qui participent justement à cet étiquetage social, dans une perspective que l'on ne peut dissocier d'un dessein idéologique, qu'il soit conscient ou non. Son discours illustre parfaitement la lente tendance, qui aboutit à son époque, à faire émerger une nouvelle élite sociale et de la placer sur un pied d'estale par rapport au reste de la population. Il tend à vouloir démontrer comment une partie de la population, aussi réduite puisse-t-elle être, peut disposer d'une protection juridique susceptible d'en faire, plus ou moins intentionnellement, un idéaltype social. Le juriste originaire de Touvérac explique ainsi comment la « bourgeoisie capitaliste » dut faire face à une autre partie de l'opinion publique victorieuse de la Révolution : les « forces paysannes »¹⁹⁶. Elles s'approprient tenures et biens communaux, détenus auparavant par les seigneurs et grands propriétaires nobiliaires. Cette opposition entre les deux groupes vainqueurs apparaît dans un contexte de « guerre du blé » : la spéculation et le monopole du marché des subsistances devient un problème majeur des gouvernements révolutionnaires¹⁹⁷. Esmein raconte que durant le printemps et l'été de 1789, des bandes de paysans, profitant de l'état d'anarchie, brûlaient « les châteaux et détruisaient les titres des seigneurs [tandis que] le mal prenait des proportions redoutables »¹⁹⁸. Il

et élite, tient au jugement de valeur que peut prendre le terme d'aristocratie. Celle-ci apparaît comme une « bonne » élite, tandis qu'une « oligarchie » forme une élite corrompue. V. Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 11^e édition « Quadrige », 2016, p. 206 ; Aristote, *Les politiques*, traduction et présentation par Pierre Pellegrin, Paris, GF Flammarion, 2^{ème} édition, 1993, p. 222-223.

¹⁹⁵ En comparant la bourgeoisie allemande et française, il est encore plus aisé de voir l'absence d'un quelconque sentiment d'appartenance de classe hostile à l'ordre social établi. Le *Bürgerstand* ou *rang bourgeois*, est synonyme de conservatisme. Il se retrouve plus fréquemment parmi les protestants, d'autant plus dans les familles du clergé luthérien. Ici, la bourgeoisie fait même partie d'un groupe social soutenant la monarchie. Souvent, elle se montre favorable aux idées des physiocrates, voire des économistes libéraux, mais il faut attendre la Révolution pour qu'elle ait l'ambition et la volonté de reconstruire la société à son avantage. V. Éric Hobsbawm, « Faire une "révolution bourgeoise" », *op. cit.*, p. 62-66.

¹⁹⁶ À propos de la fin des privilèges féodaux : « la solution sera aussi dictée en partie et imposée par un autre facteur : la pression grandissante de l'opinion publique, issue des masses populaires. C'est elle qui produira la nuit du 4 août », Adhémar Esmein, *Précis élémentaire... op. cit.*, p. 63.

¹⁹⁷ Florence Gauthier, Guy-Robert Iknj, *La Guerre du blé au XVIII^e siècle : la critique populaire contre le libéralisme économique au XVIII^e siècle*, Montreuil, Ed. De la Passion, 1988.

¹⁹⁸ Adhémar Esmein, *Précis élémentaire... op. cit.*, p. 65.

ne cache pas ainsi dans son discours le soutien au groupe social qu'il estime le plus à même de représenter un ordre social stable ; faisant plutôt référence aux bourgeois orléanistes quand il écrit ses lignes¹⁹⁹.

La dualité entre les deux forces sociales, bourgeoises et paysannes, vient du combat économique qui se joue à la Révolution : les économistes libéraux avancent l'idée que le marché se régule de lui-même à moyen terme en raison d'une harmonie des intérêts individuels en concurrence. Il s'agit de la théorie de la « main invisible »²⁰⁰. La théorie libérale se fonde en premier lieu sur l'ouvrage de l'écosais Adam Smith (1723-1790), *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, avant d'être complétée au XIX^e siècle par David Ricardo (1772-1823)²⁰¹. Selon Smith, « aussi égoïste que l'homme puisse être supposé, il y a évidemment certains principes dans sa nature qui le conduisent à s'intéresser à la fortune des autres et qui lui rendent nécessaire leur bonheur »²⁰². Cependant, malgré cet intérêt porté, *a priori*, aux autres, il est question de faire la promotion de l'initiative privée et personnelle, pour diriger au mieux l'économie et la société tout entière. Le marché est considéré comme autorégulateur car, du fait de la recherche des intérêts personnels des agents économiques, la société se dirige d'elle-même vers une certaine « harmonie sociale ». Cet individualisme naturel peut servir l'ensemble de la société²⁰³. Or, en raison de la nature des propriétaires de ces silos à blés à l'origine de cette spéculation, souvent bourgeois, il apparaît que l'intérêt de ceux à qui est attribuée cette étiquette de bourgeoisie capitaliste trouve son intérêt dans la théorie économique libérale.

¹⁹⁹ Nous reviendrons plus en détails sur Esmein, V. *Infra*, p. 296-302.

²⁰⁰ Adam Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations* (1776), Livre IV, ch. 2, d'après réédition, éd. Flammarion, 1991, tome II, p. 42-43.

²⁰¹ David Ricardo, *Des principes de l'économie politique et de l'impôt*, Paris, traduction par F.S. Constancio, avec des notes et critiques de Jean-Baptiste Say, J.P Aillaud Libraire, 1819.

²⁰² Adam Smith, *Théorie des Sentiments moraux* (1759), traduction de Biziou, Gauthier, Pradeau, PUF, 1999, p. 23.

²⁰³ « Ce n'est pas de la bienfaisance du boucher, du brasseur et du boulanger, que nous espérons notre dîner, mais de leur attachement à leurs propres intérêts : nous nous adressons, non pas à leur humanité, mais à leur amour pour eux-mêmes et jamais nous ne leur parlons de nos besoins, mais toujours de leurs avantages », Adam Smith, *Recherches sur la nature..., op. cit.*, p. 29.

Sur le plan juridique, le principe d'autonomie de la volonté est l'expression la plus claire de ce libéralisme économique²⁰⁴. L'individu dispose du pouvoir de définir de lui-même, le contenu et les modalités des conventions qui s'imposent à lui, sans être soumis à une quelconque contrainte légale, car il est, *par nature*, rationnel. Cela fonctionne par exemple sur la fixation du prix du blé ou des salaires, déterminée alors selon la volonté du propriétaire des silos ou des entreprises. L'individualisme dans ce système supprime toute conception communautaire du droit²⁰⁵, ce qui conduit à une augmentation significative de la responsabilité individuelle. L'individu est donc une unité à part, responsable personnellement de tous ses actes, mais aussi de soi plus généralement²⁰⁶. Ainsi, l'objectif est de privilégier la liberté de l'individu, tout en orientant la volonté individuelle dans un sens particulier. La recherche de l'intérêt individuel débouche sur une société vivable et c'est pourquoi l'intervention de l'État doit être minimale et se cantonner à des opérations périphériques du ressort de l'État gendarme. Il n'est pas pour autant question qu'il disparaisse, car la nature des choses conduit à ce que la force des passions rende nécessaire parfois son intervention. Il s'agit de mettre en œuvre des mesures « douces », telle que la promotion du commerce en général, afin que ce soit le sentiment d'une « pleine liberté » qui domine et permette à la société de se développer et de prendre son essor. Dès lors, le « grand art du législateur » est de transformer les défauts que l'individu tient de sa nature, afin de les transformer en biens, pour la société. Se profile un nouveau portrait du genre humain : celui-ci, « égoïste »²⁰⁷ devient attaché à ses biens qu'il a peur de perdre, expliquant son désir de

²⁰⁴ Preuve que le Code de 1804 ne se montre pas pleinement libéral, celui-ci n'ayant aucunement voulu rendre hommage aux « volontés individuelles », ni consacrer leur autonomie. Il s'agit en la matière, surtout de l'œuvre de la doctrine du siècle suivant. V. Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon...*, *op. cit.*, p. 447.

²⁰⁵ René Robaye, *Une histoire du droit...*, *op. cit.*, p. 62-63.

²⁰⁶ Nous pourrions considérer ce phénomène comme une constante de l'individualisme juridique et de la philosophie stoïcienne, dans le sens où celle-ci favorise la responsabilité individuelle et l'idée de recentrer la réflexion sur soi et non la société. En effet, à la place de la cité et de la société, Épicure met l'individu au centre de sa réflexion et le rend, *in fine*, plus responsable. Ce n'est plus la somme des citoyens qui comptent ou le *politès*, mais le *sage*, qui cherche à définir le sens de sa vie selon l'état d'ataraxie en vivant dans le recueillement de soi et non dans une quête de vie politique avec les membres de la cité. V. Stamatios Tzitzis, *Droit et valeur...*, *op. cit.*, p. 61-62. Ce comportement ne date pas cependant de la Révolution, comme nous avons déjà pu le constater avec la bourgeoisie d'Ancien Régime, V. *Supra*, p. 47-50.

²⁰⁷ Terme employé par le théoricien libéral écossais Adam Smith : « aussi égoïste que l'homme puisse être supposé, il y a évidemment certains principes dans sa nature qui le conduisent à s'intéresser à la fortune des autres et qui lui rendent nécessaire leur bonheur », Adam Smith, *Théorie des Sentiments...*, *op. cit.*, p. 23. L'idée est aussi reprise par la première génération de la doctrine civiliste. V. par exemple, Jean-Baptiste-Victor Proudhon, *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par le rapport au domaine public*, Tome 1, Dijon, Victor Lagier libraire-éditeur, 1833, p. 16-17 : « Si pour caractériser l'homme l'on ne s'attachait qu'au sentiment de préférence qu'il éprouve naturellement pour lui-même, on ne verrait dans chaque individu qu'un égoïsme anti-social, tendant à

stabilité politique et son envie de mettre fin à la Révolution²⁰⁸.

Si, *a priori*, la liberté sonne comme la valeur essentielle de cette doctrine économico-politique, il s'avère qu'une difficulté résulte en pratique : les masses populaires ou paysannes ne disposent pas de la même marge de manœuvre que celle des grands propriétaires. Les masses populaires, majoritairement constituée de paysans, souhaitent que l'Assemblée agisse²⁰⁹.

Au libre arbitre laissé aux citoyens, s'oppose la volonté d'édifier des règles en faveur d'une plus stricte égalité matérielle et financière. Les couches populaires, tenantes d'une « économie morale », sont plus favorables à un système garantissant la survie du plus grand nombre par l'action. Elles se fondent sur un principe d'égalitarisme, qui exige une répartition fondée sur la suffisance de chacun des membres de la société et où l'État doit protéger les communautés contre l'individualisme agraire et la spéculation excessive, source de pénuries alimentaires²¹⁰. Ces derniers n'auront cependant pas gain de cause auprès de l'Assemblée constituante (1789-1791), qui proclame la liberté absolue de la propriété, en instaurant un suffrage censitaire et masculin²¹¹,

l'isoler de ses semblables ».

²⁰⁸ Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 70-71 ; Xavier Martin, « L'insensibilité... », *op. cit.*, p. 606-612.

²⁰⁹ « La France est un pays de paysans. Quelques-uns les nomment encore croquants comme au temps où ils s'étaient révoltés sous Henri IV et Louis XIII. Révoltés, ils sont restés prompts à saisir la faux et le fusil contre le roi et l'aristocratie. Ils ont fait la Révolution tout autant que les bourgeois et les sans-culottes des villes et la République, pour certains, vit encore sur leurs lèvres. D'autres se sont dressés contre la Révolution. À l'aube du Consulat, l'Ouest rural est encore en sédition, les combattants royalistes du Sud-Ouest ont perdu la dernière bataille qui, en 1799, a mis en péril la République. Ils restent dans l'attente d'un signe de leurs chefs. Dans les villages des bordures du massif Central et dans les vallées du Rhône, les armes sont encore dans les greniers ou les caves. Pour l'heure, le paysan des régions montagneuses les quitte pour gagner les villes. Mais si l'exode rural a lieu, il est beaucoup plus faible qu'en Angleterre et ne grossit pas les villes de manière importante. [...] Vivant parfois tout à côté des notables, le monde ouvrier change peu : beaucoup d'ouvriers sont artisans, simples bras nus ou petits propriétaires souvent dépendants d'un marchand. Les ouvriers des usines sont une minorité. En état d'infériorité par rapport à leurs patrons, leur conscience de classe est encore balbutiante et leur solidarité médiocre », Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 451 ; Florence Gauthier, « Critique du concept de "révolution bourgeoise" », *Raison présente*, n°123, Politique, nouveaux enjeux, 3^e trimestre 1997, p. 64-65.

²¹⁰ D'où les grandes lois « libérales » de la Révolution et l'application de celles-ci. V. Serge Bianchi, « Chapitre XII. Une révolution sociale ?... », *op. cit.*, p. 221-224.

²¹¹ Ce régime, pensé par Sieyès, distingue citoyens actifs et passifs, en conférant aux premiers des droits politiques, tandis que les seconds jouissent « des droits que nous appelons les droits individuels et qu'alors on appelait ordinairement les droits civils ». Étaient alors citoyens actifs ceux nés ou devenus Français, de plus de 25 ans, domiciliés depuis un an en France et payant une « contribution directe de la valeur de trois journées de travail ». V. Adhémar Esmein, *Précis élémentaire...* *op. cit.*, p. 42. Émile Accolas en précise les modalités, dans son *Manuel de droit civil. Commentaire philosophique et critique du Code Napoléon contenant l'exposé complet des systèmes juridiques*, 2^eme éd., Paris, 1874, tome 1, p. LCIX-C : « Pour être citoyen actif, il faut : Être né ou devenu Français ; Être âgé de vingt et

annonçant le triomphe, en théorie, du libéralisme²¹². N'offrant le droit de vote qu'aux chefs des riches familles, les égaux de la Révolution²¹³ ne forment pas un groupe militaire, ni une aristocratie lignagère, mais bien une élite qui a réussi financièrement et à titre individuel. Il s'agit d'une nouvelle force politique considérée comme une « aristocratie de la richesse ». Dans ce climat, l'Assemblée constituante instaure la loi martiale et réprime les masses belliqueuses. La contradiction devient frappante entre le droit de propriété – qui n'est pas universel dans les faits – et le droit naturel à la conservation de l'existence, qui résonne comme un droit d'égalité, voire un « proto-droit social »²¹⁴ qui trouve paradoxalement ses origines chez les « Modernes »²¹⁵.

un ans accomplis ; Être domicilié dans la ville ou dans le canton depuis le temps déterminé par la loi ; Payer, dans un lieu quelconque du Royaume, une contribution directe au moins égale à la valeur de trois journées de travail et en représenter la quittance ; N'être pas dans un état de domesticité, c'est-à-dire de serviteur à gages ; Être inscrit dans la municipalité de son domicile, au rôle des gardes nationales ; Avoir prêté le serment civique. »

²¹² Serge Bianchi, « Chapitre XII. Une révolution sociale ?... », *op. cit.*, p. 221 et s.

²¹³ Pour qui le *Code* est perceptible comme un projet de société, qui correspond tout à fait aux intérêts de ces Égaux quarante ans plus tard, dont le nom n'est pas sans rappeler les égaux grecs. V. Stéphanie Roza, « Utopie, démocratie totale et souveraineté populaire. Du *Code de la Nature* de Morelly à la Conjuración des Égaux (1755-1797) », *Tumultes*, n° 49, 2017/2, p. 161 ; Olivier Nay, « Chapitre 1. L'invention de la raison politique dans le monde antique. Naissance de la philosophie et quête du bon gouvernement », *Histoire des idées politiques. La pensée politique occidentale de l'Antiquité à nos jours*, Paris, Armand Colin, « U », 2016, p. 23 et s.

²¹⁴ Florence Gauthier, « Critique du concept... », *op. cit.*, p. 64-69.

²¹⁵ « Si les Anciens cherchaient la vie bonne, les Modernes se sont limités à la vie, au seul objectif de la conservation de l'existence : on pourrait réunir sur une telle constatation aussi bien l'interprétation de Léo Strauss que celle de l'école de Francfort et des travaux comme ceux de M. Foucault présupposent que la politique moderne est essentiellement un rapport à la vie, dont changent les modalités, de l'éclat des supplices à la gestion technique d'une "bio-politique" [...] le pouvoir politique n'a d'autre raison d'être que d'assurer la paix nécessaire à la conservation de l'existence. Cela permettrait d'insister sur les aspects libéraux de la doctrine de Hobbes : sans doute le pouvoir est-il absolu, mais en aucune façon total : l'individu, devenu sujet, ne peut renoncer à son droit de défendre sa vie, le noyau fondamental de la liberté de l'état de nature perdure dans l'état civil. Mais cette mise en évidence d'une dimension libérale est inséparable de la critique de la modernité entreprise par Léo Strauss : la limitation de la question politique au seul impératif de la survie est significative de l'abandon de la question du meilleur, propre aux Anciens ; ayant renoncé à chercher une science des valeurs, la modernité s'expose aux conséquences funestes du relativisme moral. Des études plus récentes ont montré que ce rapport à la vie et à la conservation de l'existence, bien loin de discréditer la modernité, la qualifiait positivement. B. Barret-Kriegel a montré toute l'importance que prennent, dans les monarchies modernes, la reconnaissance du caractère sacré de la vie et le statut juridique de sûreté, ainsi accordé au droit à l'existence : avec le droit à la sûreté, les droits de l'homme sont fondés dans les monarchies modernes. Aussi se sont-elles développées comme des États de droit, se distinguant en cela aussi bien de l'imperium romain (pouvoir de vie et de mort sur les sujets) que des formes, antiques, de l'esclavage, ou, féodales, du servage. La sûreté, question centrale de la modernité politique est donc l'affirmation d'un droit individuel mais non individualiste, qui s'épanouit à l'intérieur de l'État et qui est fondé sur la loi naturelle : celle-ci fait de la conservation de l'existence un devoir », Catherine Larrère, *L'invention de l'économie...*, *op. cit.*, p. 9-10.

L'Assemblée constituante, la première, posa sur nombre de points les fondements du nouveau droit civil. Son œuvre principale à cet égard fut l'abolition du régime féodal et la création de la propriété foncière libre et absolue [...] Avant la fin de l'année 1789, elle avait fait disparaître l'un des vestiges de l'ancien monde, la règle, empruntée au droit canonique, qui prohibait le prêt à intérêt dans la plupart des provinces du royaume. [...] Elle s'attaqua aussi à l'ancien droit successoral. Il était, à certains égards, plein d'inégalités, ayant été fait pour empêcher le morcellement des grandes fortunes, dans la noblesse et même dans la haute bourgeoisie²¹⁶.

À la fin du XIX^e siècle, le juriste libéral Émile Accolas (1826-1876), précise que la Constitution du 3 septembre 1791 abolit « irrévocablement les institutions qui blessent la liberté et l'égalité des droits, la noblesse, le régime féodal, la vénalité et l'hérédité des offices [et] les corporations ouvrières », garantissant à la place, une série de droits naturels²¹⁷. Adhémar Esmein, écrit à son tour que « la liberté individuelle a été admirablement définie par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 » avec son article 4 : « la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance des mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi », bien que cette dernière ait « reçu un certain nombre d'applications spéciales, qu'a successivement dégagées la civilisation et qui constituent autant de libertés individuelles »²¹⁸. Toujours selon Esmein, « les droits individuels présentent tous un caractère commun : ils limitent les droits de l'État, mais ne lui imposent aucun service positif, aucune prestation au profit des citoyens. L'État doit s'abstenir de certaines immixtions, pour laisser libre l'activité individuelle ; mais l'individu, sur ce terrain, n a rien de plus à réclamer. C'est pour cette raison qu'on ne saurait classer parmi ces droits, comme on l'a prétendu quelquefois, le droit à l'assistance, à l'instruction, au travail, que chaque citoyen pourrait revendiquer à

²¹⁶ Adhémar Esmein, *Précis élémentaire...*, *op. cit.*, p. 218.

²¹⁷ « l'admissibilité de tous les citoyens aux places et fonctions publiques ; La répartition des contributions entre tous les citoyens également en proportion de leurs facultés ; La liberté à tout homme d'aller, de rester, de partir, sans pouvoir être arrêté, ni détenu, que selon les formes déterminées par la Constitution ; La liberté à tout homme de parler, d'écrire, de publier et imprimer ses pensées, sans que ses écrits puissent être soumis à aucune censure ni inspection avant leur publication et d'exercer le culte religieux auquel il est attaché ; La liberté aux citoyens de s'assembler paisiblement et sans armes, en satisfaisant aux lois de police, etc., (art. ter, tit. Ier) », Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, *op. cit.*, p. XCVIII-LCIX.

²¹⁸ Adhémar Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 1896, p. 370.

l'encontre de l'État »²¹⁹. Si évidemment de tels propos en dit long sur les valeurs de l'auteur, un fait peut en être retiré : la Constitution de 1791 semble faire preuve d'un véritable penchant libéral.

En somme, l'apparition d'une nouvelle élite parmi le Tiers État peut se percevoir comme le premier point de la transformation d'un groupe social bourgeois indépendant du reste de la population ; bien qu'il s'agisse là d'abord d'une séparation purement théorique et abstraite. Dans son ouvrage célèbre, *Qu'est-ce que le Tiers État ?*, l'abbé Sieyès s'appuie dans les revendications sociales et politiques non pas sur les « roturiers », mais plutôt à ceux qu'il appelle « les classes disponibles du Tiers état », c'est-à-dire « un groupe solide et unifié des professions libérales ». Ils sont élus comme représentants, d'où aussi la distinction entre citoyens actifs et passifs²²⁰. Les conditions qui délimitent les deux citoyennetés mettent en évidence une certaine méfiance contre l'ancienne noblesse, mais aussi de la masse constituant les couches inférieures. En réaction, cette bourgeoisie réagit avec l'instauration de la loi martiale²²¹. Le phénomène s'accroît avec la fuite du Roi à Varennes : alors que le reste du « peuple » exige sa déchéance, l'Assemblée répond par la fusillade du Champ de Mars. C'est là que « le despotisme de la multitude, fit régner une partie extrême de cette bourgeoisie, aboutissant à la Terreur »²²². En d'autres termes, même si pour la doctrine du XIX^e siècle, la Révolution a offert des libertés essentielles, force est d'admettre qu'elles ne concernent pas tant les intérêts de la masse paysanne que celle d'une pseudo-élite naissante à tendance bourgeoise.

²¹⁹ Adhémar Esmein, *Éléments de droit...*, *op. cit.*, p. 373.

²²⁰ Sur le double corps du peuple ; et le constat que le peuple, même électeur, ne joue pratiquement jamais qu'un rôle mineur dans la rédaction de la Constitution, V. Pasquino de Pasquale, « Constitution et pouvoir constituant : le double corps du peuple », *Figures de Sieyès*, sous la dir. de Jean Salem, Vincent Denis et Pierre-Yves Quiviger, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2008, p. 13-23.

²²¹ Éric Hobsbawm, « Faire une "révolution bourgeoise" », *op. cit.*, p. 56-63.

²²² Yvonne Knibiehler, « Une révolution "nécessaire" : Thiers, Mignet et l'école fataliste », *Romantisme*, n°28-29. Mille huit cent trente, 1980, p. 284.

§2- L'ordre social sous la gouvernance d'une puissante autorité publique

En 1793, avec le Comité de Salut public, le droit de propriété perd de son importance, bien qu'il ne soit pas pour autant banni des acquis révolutionnaires. Pour l'essentiel, la Déclaration de 1793 reprend celle de 1789, avec toutefois une influence rousseauiste plus marquée encore, en témoignent ses références « au bonheur » et à « l'affirmation de la souveraineté populaire » ; influence qui se perçoit encore dans celle de 1795. Pour les rédacteurs des Déclarations de 1793 et 1795, les droits fondamentaux de l'individu vivant en société sont la liberté, l'égalité, la sûreté et la propriété. De même, l'article 1^{er} de la Déclaration de 1795 place la quête du bonheur comme but social, amenant les gouvernements à garantir à l'individu la « jouissance de ses droits naturels et imprescriptibles ». À l'inverse de la Déclaration de 1789 cependant, la liberté est placée avant l'égalité ; cette inversion n'est pas bénigne : c'est bien un changement idéologique qui s'opère, marquant l'influence croissante d'un certain libéralisme. L'égalité n'est possible que si la liberté est d'abord garantie et, à l'inverse, si la liberté est placée dans le sillage de l'égalité, cela signifierait que les gouvernements disposent d'une capacité d'intervention liberticide, comme c'était le cas sous la Terreur. De plus, la liberté est définie de manière plus permissive. Si elle consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas aux autres, l'article 7 précise que tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché. L'approche libertaire de l'action individuelle n'empêche pas cependant quelques « limites », notamment à l'égard du droit de propriété ; c'est là que le libéralisme s'arrête, pour le profit des propriétaires. Définie dans des termes moins absolus, la propriété se voit incomber d'une « fonction sociale », qui correspond aussi à la philosophie de l'article 4 qui considère que « Nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon frère, bon ami, bon époux ». Le vocabulaire utilisé n'est pas sans rappeler les mots de Portalis lui-même quelques années plus tard²²³. En d'autres termes, se perçoit un virage libéral sur le plan individuel, mais atténué par un certain devoir moral et civique sur le plan collectif, source de possibles « sacrifices » légalement établis pour des motifs de nécessité publique²²⁴.

²²³ V. *supra*, p. 9.

²²⁴ Gérard Conac, « La convention thermidorienne épisode réactionnaire ou transition novatrice ? », *La Constitution de l'an III. Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel*, Paris, PUF, « Politique d'aujourd'hui », 1999, p. 236-237.

Parallèlement, jusqu'en 1794, de nombreuses réformes se mettent en place en faveur du monde paysan : suppression des seigneuries remplacées par des communautés villageoises, réforme agraire profitant aux paysans²²⁵ et mise en place du Maximum²²⁶, qui permet au pouvoir politique de contrôler et réajuster le prix des marchandises de subsistance en fixant un prix maximal. La nouvelle politique économique révolutionnaire se veut donc interventionniste. Aussi, la distinction entre citoyens actifs et passifs pensée par Sieyès avec le paiement du cens, disparaît²²⁷. L'objectif est de rénover l'environnement institutionnel et mental, afin que la « bienveillance naturelle » des individus émerge de nouveau sans effort : voilà « le fondement implicite [...] de la notion révolutionnaire de la fraternité ». L'égalité entre les citoyens devient le fer de lance de la nouvelle politique et l'égalité devant la loi est réaffirmée²²⁸.

Conscient de la transformation sociale et politique qui se joue au XVIII^e siècle, les révolutionnaires contribuent à favoriser l'idéologie libérale, d'inspiration physiocratique²²⁹, tout en sauvegardant des éléments qu'ils jugent clef des institutions. L'État gendarme, chargé d'un rôle de police²³⁰ nécessite toutefois une réelle puissance de la part des gouvernants ; puissance qui

²²⁵ « Le décret du 11 septembre 1793 permettait aux municipalités de perquisitionner dans les greniers et maisons des particuliers, pour constater les quantités de grains et farines qui pouvaient, s'y trouver », Adhémar Esmein, *Précis élémentaire... op. cit.*, p. 188.

²²⁶ Le décret du 29 septembre 1793, qui met en application la célèbre loi du maximum, fixe un prix maximal pour des objets de la vie courante dont le grain de blé. La loi est abrogée le 24 décembre 1794, puisqu'on considérait cette atteinte à la liberté d'entreprise comme étant une mesure extrême, prise dans un contexte de crise. À propos du Maximum, V. *Ibid.*, p. 189 ; Danièle Lochak, *Les droits de l'homme*, La Découverte, « Repères », 2018, p. 22-23.

²²⁷ Florence Gauthier, « Critique du concept... », *op. cit.*, p. 66.

²²⁸ Xavier Martin, « L'insensibilité... », *op. cit.*, p. 589.

²²⁹ Adhémar Esmein, *Précis élémentaire...*, *op. cit.*, p. 6 : « cette école n'avait pas seulement une doctrine économique importante, dont les principaux dogmes étaient la liberté du travail, des échanges et des contrats et surtout l'idée que seule la terre était productive de richesses nouvelles. Elle avait aussi une doctrine politique des plus intéressantes. Les physiocrates n'étaient point partisans de la liberté politique et du gouvernement représentatif, qu'ils considéraient comme des expédients grossiers et pleins d'inconvénients. Ils voulaient au contraire la liberté civile et économique ». Sur les physiocrates plus précisément, Catherine Larrère, *L'invention de l'économie...*, *op. cit.*, p. 6 : « de la physiocratie, on retient la thèse de la productivité exclusive de l'agriculture et l'on pense que les physiocrates se sont engagés dans une impasse en s'intéressant à la nature et à l'agriculture, alors que l'avenir, théorique et pratique, était du côté du travail et de l'industrie. Les choses sérieuses commencent avec Adam Smith, la voie de l'économie et du libéralisme est anglaise. [...] Les physiocrates ont rejeté l'intervention de l'Etat, prôné le libre jeu de la machine économique, exigé le laissez faire et le laissez-passer ; ils ont mené une campagne active pour la liberté du commerce des grains, ils étaient partisans de la liberté de la presse et ils ont insisté sur l'importance de l'opinion publique pour guider le gouvernement ou l'empêcher de commettre des erreurs : autant de raisons pour les considérer comme des libéraux. On s'étonnera cependant de voir des libéraux se réclamer du despotisme, fût-il légal et proclamer leur admiration pour l'administration exemplaire de la Chine impériale ou de l'Empire des Incas du Pérou ».

²³⁰ Dans le schéma libéral classique, l'État ne dispose que d'un rôle de police. Il ne doit se limiter qu'à supprimer les

se manifeste par la centralisation et la puissance organisatrice et administrative laissée à l'État²³¹.

Plus tard, sous le Consulat, dernier « régime révolutionnaire », cette force étatique se développe plus encore. Cependant, le retard avec l'Angleterre²³² sur le plan industriel et commercial fait que le marché européen connaît une demande que la production française seule ne peut contenir. Le phénomène est encore plus vrai après l'imposition du blocus continental – en 1807 – d'où l'inévitable explosion de la contrebande. Les campagnes françaises représentent les trois quarts du revenu national global. Contrairement aux Provinces-Unies ou aux villes hanséatiques, la bourgeoisie française ne fait guère preuve d'un fort « esprit » d'entreprise, ni même d'un véritable dynamisme commercial. L'argent gagné par le commerce est en majorité investi dans l'achat de terres, notamment des biens nationaux²³³. Au total, c'est après d'un million cent mille lots, soit un espace équivalant à la Normandie et à la Bretagne réunies, qui sont vendus à 650 000 acheteurs, de 1790 à 1814. Près d'un foyer sur dix s'est porté acquéreur, bien que ce soient les citadins qui en tirent le plus d'avantages, avec un tiers seulement de lots achetés pour les paysans. Les achats de biens parcellaires favorisent la micro-exploitation en France, encore visible à la veille de la Première Guerre mondiale. Le sentiment de sécurité qu'apporte de tels placements, dans une société foncièrement rurale, résume en partie la situation *particulière* du libéralisme « à la française ». Elle explique le choix des rédacteurs du Code qui, sans pour autant méconnaître l'importance des changements économiques intervenus durant le XVIII^e siècle et au début du XIX^e, ne soupçonnèrent ou ne jugèrent pas opportun de suivre la voie de la révolution industrielle²³⁴. *De facto*, l'État français, loin d'être « atrophie », possède comme

privileges et à garantir l'égalité civile afin de favoriser le jeu normal des échanges commerciaux, ce que prônaient déjà avant les physiocrates. L'État devient le garant de la liberté et du respect de la propriété. Les auteurs libéraux sont unanimes à critiquer l'idée d'une charité légale, entendue comme une obligation juridique de secours aux pauvres. Si le devoir d'assistance existe, autant pour des raisons humanitaires que politiques ou sociales, le libéralisme s'oppose à ce qu'il devienne un devoir légal, soit une obligation juridiquement sanctionnée. À la place est préféré le fait de le considérer plutôt comme un devoir moral. Il ne doit perturber la liberté individuelle et la libre concurrence des acteurs économiques, ce qui perturberait, *de facto*, l'harmonie sociale et engendrerait plus de chaos ou de pauvreté encore. V. René Robaye, *Une histoire du droit...*, *op. cit.*, p. 60 ; François Ewald, *Histoire de l'État providence*, LGF le livre de poche, 1^{er} janvier 1996, p. 21.

²³¹ Pierre Legendre, *Trésor historique...*, *op. cit.*, p. 88-90.

²³² V. sur la classe ouvrière et populaire de la Grande-Bretagne du XIX^e siècle et les défis posés par l'industrialisation à l'aristocratie anglaise : Fabrice Bensimon, « Chapitre XIX – Société, culture et religion au XIX^e siècle », *Histoire des îles Britanniques*, Paris, PUF, « Quadrige », 2013, p. 648-659 ; Jean Tulard, *La France...*, *op. cit.*, p. 193-194.

²³³ René Robaye, *Une histoire du droit...*, *op. cit.*, p. 52-53.

²³⁴ V. Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 453 ; Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 118 ; Philippe Sagnac, « Les ventes de biens nationaux d'après des recueils de documents et des travaux récents », *Revue d'histoire*

singularité d'avoir une Administration qui forme une véritable « police de l'État libéral »²³⁵. Ce libéralisme original²³⁶ qui marque la France durant tout le XIX^e siècle, Esmein le résume d'ailleurs avec justesse ainsi :

Pendant la période révolutionnaire, l'esprit français s'écarta peu à peu en matière de droit constitutionnel des principes anglais. Sous le Consulat et le premier Empire, cela devint un éloignement prononcé, une opposition diamétrale dans les institutions [tandis qu'] en même temps la liberté française subissait une éclipse. Avec le réveil de l'esprit public coïncida un retour vers les institutions anglaises. [...] La monarchie constitutionnelle de 1814-1848 s'efforce d'imiter le gouvernement parlementaire anglais. Elle présente pourtant, en un point, une originalité profonde : [...] l'administration [...], reste à peu près telle que l'avait faite le premier Empire, les libertés locales étant seulement rétablies, dans une mesure restreinte, par la monarchie de Juillet. Dans cette période, le droit constitutionnel de l'Angleterre était d'ailleurs étudié chez nous avec une ardeur nouvelle ; au premier rang de ceux qui s'appliquaient à le faire connaître à leurs contemporains se placent successivement Benjamin Constant, Guizot et Rossi. La Révolution de 1848 donna à notre droit constitution une orientation nouvelle. [...] Avec le coup d'État de 1851 se produisit un retour, non déguisé, aux institutions du Consulat ; et bientôt, sous le Second Empire, se montra, dans la littérature officielle, ce mépris de la liberté anglaise qui avait déjà caractérisé le premier Empire [...] Les divers actes, qui caractérisent ce qu'on appela l'Empire libéral, consistèrent à les réintroduire peu à peu dans la Constitution : ils triomphaient presque complètement dans la Constitution du 21 mai 1870. Sous la troisième

moderne et contemporaine, tome 7, n°10, 1905, p. 737.

²³⁵ Pierre Legendre, *Trésor historique de l'Etat en France*, Paris, Fayard, 1992, p. 45-47.

²³⁶ « Portalis n'est pas le seul codificateur sur lequel s'exerce la double influence contre-révolutionnaire et des « pères » du libéralisme » à une époque où ces deux écoles sont encore en voie de formation et n'ont pas complètement divergé. Au moment de la rédaction du Code civil, le terme et la notion même de « libéralisme » n'ont pas encore été mis à jour et les relations intellectuelles complexes existent entre des auteurs disparus comme Adam Smith (mort en 1790) et Burke (mort en 1797), ou contemporains comme Bentham, Jean-Baptiste Say et Benjamin Constant. Cette situation particulière explique que l'on trouve chez un juriste comme Maleville à la fois des accents réactionnaires (à propos du divorce) et des réflexions de tonalité plus « libérale » du type : « le meilleur gouvernement est celui qui, sachant arriver à son but par des causes secondes, paraît gouverner le moins ». S'il est difficile de déterminer à quel point les codificateurs connaissaient les travaux de Smith, Say (dont le *Traité d'économie politique* paraît en 1803) ou de Bentham (dont le *Traité de législation civile et pénale* est publié à Paris en 1802), il est troublant de constater quelques analogies entre la pensée de ces auteurs et les raisonnements tenus par les rédacteurs du Code civil sur l'utilisation par le législateur des vices et vertus de l'homme, sur la primauté de l'utilité ou sur la nécessité de reconstruction du lien social. Les hommes du Consulat et de l'Empire ne se trompaient pas complètement quand ils qualifiaient de « libérales » certaines des idées du Code civil », Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 112-113.

*République, ce courant se renforça encore*²³⁷.

Si une certaine liberté économie et individuelle existe dans les faits, elle n'est possible qu'au prix d'une liberté politique amoindrie. L'intérêt public recherche ce « juste équilibre », entre la liberté et la répression. L'ordre public ou, l'ordre proto-bourgeois, prime, puisque les institutions comme les grandes lois organisatrices répondent souvent à l'attente des propriétaires. Ce curieux libéralisme, fait coïncider les idées libérales à l'intérêt étatique ou la Raison d'État. Le phénomène est particulièrement visible dans le secteur économique : si à la veille du Consulat, le pays est frappé par une baisse de la production de 40% par rapport à 1789, l'industrie de métal et les ateliers travaillant les armes, les poudres, les uniformes ou les souliers, sont eux en pleine explosion dès l'an II (1793). En effet, le gouvernement révolutionnaire a fait construire d'importantes manufactures d'armes, dans un contexte de guerre contre les premières Coalitions, à la suite de la déclaration de Pillnitz (1791). Dès l'aube du XIX^e siècle se développe le schéma interprétatif d'une « révolution bourgeoise »²³⁸ : ce n'est paradoxalement pas à Marx que nous devons cette appellation, mais bien à des historiens libéraux français de la Restauration, souvent acteurs politiques et plutôt conservateurs qui n'y voient pas un reproche mais bien le contraire. Les « historiens-bourgeois » favorables à une politique libérale l'acceptent volontiers : le rang *bourgeois* devient synonyme d'un groupe social duquel ont surgi les idées nouvelles, qui ont influencé les formes de pensées qui se développent une partie du XIX^e siècle. La Révolution, en abolissant le privilège de la naissance qui justifiait la pyramide sociale de la société d'ordres, a ouvert l'accès à la propriété et aux libertés économiques. Les discours de François Guizot (1787-1874)²³⁹ ou François Mignet (1796-1884)²⁴⁰ sont suivis plus tard par ceux des socialistes, Jean

²³⁷ Adhémar Esmein, *Éléments de droit...*, *op. cit.*, p. 30-32.

²³⁸ Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 367-369 ; Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 72 et 202-203 ; Florence Gauthier, « Critique du concept... », *op. cit.*, p. 63.

²³⁹ Éric Hobsbawm, « Faire une “révolution bourgeoise” », *op. cit.*, p. 55 : « Guizot représentait la quintessence de la monarchie de Juillet, qu'il considérait certainement comme un régime bourgeois ; il était aussi un historien extrêmement capable, dont la perspicacité nous frappe encore aujourd'hui. Pour lui, une lutte séculaire de classes entre propriétaires fonciers et paysans, nobles et roturiers traversait toute l'Histoire de France ; cette Histoire était pour lui une guerre de races [...] : tout comme la féodalité anglaise provenait de la conquête des Saxons sur les Normands, la féodalité française provenait de la conquête des Gaulois indigènes par les Francs. Et pourtant, treize siècles après, les dirigeants et les dirigés n'avaient toujours pas fusionné en un seul peuple. Les Gaulois virent leur tour arriver en 1789 ». Éric Hobsbawm citant François Guizot : « Le résultat de la Révolution ne faisait aucun doute. Les anciens vaincus devinrent les vainqueurs. Ils avaient à leur tour conquis la France », *ibid.*

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 60.

Jaurès (1859-1914) en tête²⁴¹. Selon ces derniers, la Révolution française a été dirigée politiquement par la *bourgeoisie*, passant d'une fraction de celle-ci à une autre, tandis que la masse populaire est évincée de tout rôle gouvernemental, bien qu'ayant été un acteur indispensable sur le terrain²⁴².

Ainsi, que la France soit royaliste, républicaine ou impériale, elle ne connaît pas un libéralisme économique et politique aussi achevé que celui de l'Angleterre. Suivant cette logique révolutionnaire d'un libéralisme modérée, l'Empire fait sien d'un curieux mélange entre « État fort et libéral », laissant libre les actions individuelles en faisant la promotion de la liberté des conventions. Selon les circonstances, la liberté de posséder ou d'entreprendre est parfois limitée par un interventionnisme étatique, mais uniquement lorsqu'il s'agit d'un intérêt qui concerne directement la politique, souvent militaire, de l'Empire. En agissant ainsi, l'État cherche à économiser ses ressources, tout en guider les individus vers ce qu'il considère comme étant l'intérêt public, entendu comme *son* intérêt²⁴³. En matière de droit civil, l'État impérial laisse libre soin au père de famille de diriger celle-ci, dans le sens souhaité par le gouvernement, faisant de l'institution familiale l'un des « meilleurs instruments » d'une « intégration collective forcée »²⁴⁴. Or, cela entraîne des répercussions sur l'interprétation qui est faite du schéma idéaltypique de l'individu. Le portrait libéral de l'être humain, né égoïste, rationnel et foncièrement libre, devant être libéré de toute oppression étatique et donc, *de facto*, individualiste, est atténué dans le cas français. Car, loin d'être individualiste, le Consul Bonaparte – et plus encore lorsqu'il est Empereur – est surtout soucieux de stabiliser les institutions nouvelles, en insérant l'individu dans la nouvelle armature sociale, que doit pouvoir imposer et déterminer *son* Code. Voilà pourquoi il n'est pas rare que les préfets aident les entrepreneurs, le faisant autant pour l'intérêt strictement économique – ce qui peut sembler contraire aux dogmes libéraux – que pour

²⁴¹ Ces derniers sont aussi à rapprocher bien entendu de la pensée dyadique marxiste – bien que sur ce point, Marx lui-même a assez peu fréquemment utilisé le terme dans ses écrits – avec son idée de luttes perpétuelles entre deux classes ; bien que sur ce point, Marx lui-même a assez peu fréquemment utilisé le terme dans ses écrits. V. Florence Gauthier, « Critique du concept... », *op. cit.*, p. 59-63 ; Sur Jean Jaurès, *Histoire socialiste de la Révolution française*, Paris, rééd. Éd. Sociales, 6 vol., 1904.

²⁴² Florence Gauthier, « Critique du concept... », *op. cit.*, p. 59-60.

²⁴³ Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 367-368 ; Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 189.

²⁴⁴ V. Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 110 ; « Le rôle paternel est un rôle de *police*, dont l'État se décharge afin de ménager ses propres énergies », Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon...*, *op. cit.*, p. 279 ; Nous y reviendrons plus en détail. V. *infra*, p. 136 et s.

contrôler leurs idées et orientations politiques. D'ailleurs, les préfets, dont le ministre de l'Intérieur reconnaît toute l'importance – « assurément le travail que je vous demande est grand » – sont amenés à s'entourer surtout de rentiers, notables élus et fonctionnaires de grandes administrations ; ces deux groupes forment en effet, plus de la moitié des « experts » qui les entourent, là où magistrats, ecclésiastiques et officiers ne représentent pas même 5%²⁴⁵. C'est d'ailleurs en raison de l'influence de cette puissante Administration, que la société française parvient, durant l'ensemble du XIX^e siècle, à concilier l'aspect traditionaliste hérité de l'Ancien Régime, avec les nouveautés révolutionnaires, avec en tête, le libéralisme. Ainsi, durant les différentes crises que la France connaît durant le XIX^e siècle, l'État apparaît, du fait de sa responsabilité, comme celui qui peut résoudre les problèmes sociaux ; d'où l'interventionnisme assez marqué, dans un contexte libéral. La centralisation, concomitante au développement d'une économie libérale²⁴⁶, fait de l'État français un « producteur de sociabilité ». Dans ce contexte, la résistance envers la codification des juristes d'Ancien Régime ne tient plus²⁴⁷.

Parallèlement, depuis le XVIII^e siècle, l'idée que l'individu est maître de ses opinions et de ses agissements se développe dans la pensée juridique, avec l'École de droit naturel de Grotius (1583-1645) et Pufendorf (1632-1694)²⁴⁸. Les traités de ces derniers ont essentiellement nourri Kant, dont l'ouvrage *La doctrine du droit* (1795) est au cœur de la philosophie des Lumières, de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. L'individualisme rationaliste, le libéralisme et l'égalitarisme s'y retrouvent au point que Marx considère au siècle suivant, que la philosophie de Kant est « la philosophie allemande de la Révolution française »²⁴⁹. L'individualisme de l'École

²⁴⁵ René Robaye, *Une histoire du droit...*, op. cit., p. 60 ; Frédéric Audren, *Les juristes...*, op. cit., p. 72-73.

²⁴⁶ Phénomène que nous évoquerons régulièrement plus tard. V. notamment, *Infra*, p. 108.

²⁴⁷ Pierre Legendre, *Trésor historique...*, op. cit., p. 62-63.

²⁴⁸ L'École du droit de la Nature et des sens déduit le droit de la morale grâce à la « logique ». Le droit « n'est rien d'autre que la logique de la morale, la logique de ce qui est juste ». Autant pour Grotius que pour Pufendorf, la science juridique dépend plus des définitions et notions rationnelles, que des faits et de l'expérience. Suivant l'idée de Platon selon laquelle le droit naît de l'interaction de la logique et de l'éthique, le droit résulte de l'idée du « Bien ». Aussi, selon cette même École, il existe un *Droit Naturel* propre au genre humain tout entier. Il est donc universaliste. Le point de vue de Leibnitz (1646-1716) est de ce même esprit. Pour le philosophe leipzigois, le droit naturel est l'âme de la jurisprudence, tandis que les lois civiles qui en dérivent, en sont le corps. C'est pourquoi le droit civil est subordonné au droit naturel, car ce dernier supplée au silence du droit civil. Leibnitz, tout le faisait Domat, voit le droit romain comme « la Raison écrite ». Grotius ajoute à cette idée une place prépondérante au droit international, c'est-à-dire au « droit de la guerre », dans son ouvrage *De Jure belli ac pacis* de 1625. V. Paul Dubouchet, *La pensée juridique avant et après le Code civil*, L'hermès, 3^{ème} éd., 1994, p. 86-88.

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 97.

de droit naturel s'inscrit cependant dans un cadre social et non dans un individualisme asocial : individualisme ne signifie pas que l'être humain doit ou peut vivre en dehors de la société. Il existe une véritable « inclination » des individus à vivre avec ses semblables. De cette inclination, est extrait des règles qui forment la base du droit naturel et qui poussent les individus à vivre ensemble, « paisiblement et dans une communauté de vie aussi bien réglée que ses lumières le lui suggèrent ». Ainsi, l'individualisme n'apparaît pas comme foncièrement contradictoire avec une sociabilité²⁵⁰ et c'est là que l'on peut percevoir les limites à tout individualisme libéral, en faveur d'une véritable discipline sociale.

En somme, l'absence d'une réelle conscience d'appartenance à un groupe social de la part de la bourgeoisie française, n'empêche pas une réalité : l'œuvre juridique révolutionnaire favorise des propriétaires et cela, en dépit d'un autoritarisme politique qu'ils acceptent pour protéger et garantir leurs acquis. Le Consulat et surtout à l'Empire sont amenés à devoir entériner un nouvel ordre social qu'ils avaient essayé d'établir successivement les différents régimes depuis le début de la Révolution. Le Code, en unifiant l'ensemble du droit français, a pour objectif de permettre à cette élite sociale de s'installer au sommet de la nouvelle pyramide française. Héritée de la bourgeoisie d'Ancien Régime, celle se transforme cependant au point de rendre difficile toute confusion avec celle d'avant 1789.

²⁵⁰ « Grotius peut ainsi mettre les règles de la sociabilité (ne pas faire de tort, réparer les dommages et respecter la propriété, tenir ses engagements) au principe du droit naturel. La sociabilité est placée à la source du droit », Catherine Larrère, *L'invention de l'économie...*, *op. cit.*, p. 23.

Chapitre second. Le développement durant la période intermédiaire d'une vision mécaniciste et utilitariste de la société

*Le souci de la codification n'abandonne pas un instant les assemblées révolutionnaires. Dès le mois d'avril 1790, Sieyès proclame à l'Assemblée constituante la nécessité d'unifier notre législation civile*²⁵¹.

Pour les révolutionnaires, la codification apparaît comme le meilleur rempart contre le despotisme, qu'il provienne du pouvoir royal ou des juges. Plus les lois sont claires, moins l'interprétation de celles-ci peut conduire à des situations d'inégalités²⁵². Le but est d'instaurer une égalité entre tous les individus de la société française²⁵³. Le mouvement de réformation du droit civil suit cependant les remous de la Révolution : assez modéré et hésitant durant la Constituante, il est plus fort durant la Législative et il s'accélère sous la Convention, surtout après l'élimination des Girondins en août 1793²⁵⁴. Dans ce contexte, égalité et liberté s'opposent rapidement. Comme le précise plus tard Valette, l'Assemblée constituante proclame l'égalité de tous devant la Loi, avant de supprimer la « hiérarchie des terres établie par la féodalité » en effaçant toute distinction entre les personnes, les biens et les propriétés²⁵⁵. Dès lors, tous les individus sont présentés comme égaux et tous ont accès au même droit de propriété. L'ordre social s'en trouve changé : il n'est plus lié au lignage, mais il devient peu à peu dépendant du droit de propriété.

²⁵¹ Julien Bonnacase, *La Thémis (1819-1831), son fondateur, Athanase Jourdan*, Paris, 2^e ed., Librairie Recueil Sirey, 1914, p. 1.

²⁵² Julien Boudon, « Les projets de code civil “ de Cambacérès ” et le thème de l'imitation de la nature (1793-1804) », *Droits*, n° 39, 2004/1, p. 103.

²⁵³ Saman Safatian, « La rédaction du Code civil », *Napoleonica. La Revue*, n°16, 2013/1, p. 51.

²⁵⁴ Jean-Philippe Lévy, « La révolution française et le droit civil », 1804-2004, *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, sous la direction d'Yves Lequette et Laurent Leveneur, Dalloz, 2004, p. 88.

²⁵⁵ « L'Assemblée constituante proclama surtout deux principes d'une importance capitale : 1° l'égalité de tous devant la loi ; 2° la séparation du pouvoir spirituel et du pouvoir temporel. Par suite, elle supprima ce qui tenait à la hiérarchie des terres établie par la féodalité : les propriétés devinrent libres et égales entre elles, comme les personnes elles-mêmes [...]. Avec la Révolution française, la législation marche d'un pas rapide vers l'unité. La Constituante publie elle-même, en 1791, un Code pénal et un Code rural. Elle n'eut pas le temps de rédiger un Code général du droit civil ou privé », Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 11.

Les juristes du XIX^e siècle, qui ne sont pas avarés dans leurs écrits d'éléments historiques, contextualisent avec précision cette période où s'affrontent deux visions de l'organisation que doit prendre la société. Il est question de savoir si l'être humain est un individu *naturellement bon* ou *mauvais*, ce qui conditionne l'approche du droit par le législateur et du contrat social qui lie les individus entre eux. La vision anthropologique des révolutionnaires évolue selon les différents partis révolutionnaires qui se succèdent, suivant l'ordre politique et social qu'ils tentent de promouvoir ou imposer (**section première**). La volonté de transformer la société se perçoit cependant au-delà du seul discours sur la représentation individuelle, mais aussi sur le plan juridique avec le projet d'unification du droit français par l'intermédiaire de sa codification. En effet, la mise en ordre de la société est concomitante à celle du droit. Jugé comme un formidable outil coercitif, les juristes redeviennent ici le bras armé du pouvoir politique (**section seconde**).

Section première. La nature humaine de 1789 à 1804 : d'un optimisme anthropologique à un pragmatisme utilitariste

*[Le 26 août 1789], les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale, considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme*²⁵⁶.

Accolas écrit en 1865, dans une lettre destinée à Adolphe Thiers : « qu'est-ce donc que la Révolution française, sinon l'avènement même du droit, du droit humain, universel, droit de chaque homme et de chaque peuple, droit social et religieux ? »²⁵⁷. Si son propos ne cache pas son opinion personnelle, il n'en demeure pas moins vrai qu'en 1789, l'Assemblée a défini dans une déclaration solennelle les principes fondamentaux du nouvel ordre politique et social souhaité, puisant dans « l'abondante littérature des philosophes des Lumières » ; d'où la rapidité de sa rédaction – à peine six jours – contrairement à la Constitution de 1791 qui dut largement être improvisée²⁵⁸. Parmi les droits souhaités comme fondamentaux, se trouve le droit de propriété. Accolas oublie cependant – à l'instar des rédacteurs – de préciser que ce droit a beau être universel en théorie, mais en pratique, il n'en est rien (I.). À cette première approche optimiste anthropologique, assurée par le droit de propriété, garant de l'ordre social, s'ajoute une influence sensualiste et mécaniciste déterminante dans le schéma de pensée de la nature humaine. Or, cette vision mécaniciste, qui se retrouve chez les rédacteurs, tend à nuancer l'idéalisme anthropologique des premiers temps révolutionnaires (II.).

²⁵⁶ Préambule de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

²⁵⁷ Émile Accolas, *Réponse à A. M. Thiers, La question italienne et la question religieuse*, Paris, Étienne Sausset Libraire, 1865, p. 5.

²⁵⁸ Gérard Conac, « La convention thermidorienne épisode réactionnaire ou transition novatrice ? *La Constitution de l'an III. Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel*, Paris, PUF, « Politique d'aujourd'hui », 1999, p. 204.

§1- L'optimisme anthropologique des révolutionnaires

Lorsque les rédacteurs entreprennent leur œuvre, ils naviguent dans un « bocal d'idées »²⁵⁹ qui, s'il est en partie hérité de l'Ancien Régime²⁶⁰, reste indiscutablement marqué par la Révolution. Cette influence révolutionnaire se perçoit tout particulièrement à l'égard de la perception de la nature humaine. Pourtant, celle-ci évolue grandement durant la Révolution, passant d'un optimiste d'inspiration rousseauiste, à une vision plus sévère, notamment en raison des événements révolutionnaires.

*Sous l'inspiration de son XVIII^e siècle, la France entreprit de déclarer et d'accomplir le droit pour tous. Ce fut là une œuvre sans précédent et dont l'antiquité ni le moyen âge n'avait entrevu l'idée. [...] Rousseau surtout fut son maître, Rousseau dont aucun écrivain n'a égalé le sentiment du droit, mais dont la science, imbuë de l'antiquité, fit fausse route sur la prémisse et se résume en ces deux propositions : « L'homme est né libre et partout il est dans les fers » [et] « quiconque refusera d'obéir à la volonté générale y sera contraint partout le corps ; ce qui ne signifie autre chose, sinon qu'on le forcera d'être libre. »*²⁶¹

La philosophie du droit naturel inspire en amont le terme « déclaration », en rappelant l'idée de droits *inhérents* à la nature humaine. Elle est pensée sous une forme universelle, abstraite et intemporelle. Opposée à tout particularisme, notamment culturel, la Déclaration s'affirme comme une critique de la politique de l'Ancien Régime²⁶². Elle vise à garantir le principe de sûreté et de l'égalité de tous devant la loi et donc, la fin des privilèges. Toutefois, la proclamation de la République en septembre 1792 rend caduque la Constitution de 1791 et avec, la Déclaration de 1789²⁶³. Avant d'être répudiée²⁶⁴, elle annonçait en théorie les prémices d'un nouveau contrat

²⁵⁹ L'expression « bocal » est une référence à Foucault, cité par Nader Hakim « "L'histoire n'enseigne rien". Quelques remarques sur l'utilité de l'histoire du droit », *Mélanges offerts à Jean-Marc Trigeaud*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2018, p. 2.

²⁶⁰ V. *Supra*, p. 38-52.

²⁶¹ Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, *op. cit.*, p. XXVIII.

²⁶² Danièle Lochak, *Les droits...*, *op. cit.*, p. 19-21 ; Florence Gauthier, « Critique du concept... », *op. cit.*, p. 63.

²⁶³ « Solidaire d'une Constitution mort-née, la Déclaration de l'an I n'entrera jamais en vigueur [mais] représente néanmoins un moment important dans l'histoire des idées [et] restera une référence pour le mouvement révolutionnaire et démocratique des siècles suivants », Danièle Lochak, *Les droits...*, *op. cit.*, p. 22.

²⁶⁴ Pour ne réapparaître finalement qu'en 1945, V. Florence Gauthier, « Critique du concept... », *op. cit.*, p. 70.

social²⁶⁵, dont l'autorité émane du peuple.

[À] l'Europe des rois succèdera celle des peuples, les nations cesseront d'être ces troupeaux que les souverains ont jusqu'à présent parqués au gré de leur ambition²⁶⁶.

Le concept d'*imperium*²⁶⁷ des sociétés traditionnelles change avec le développement et l'influence de plus en plus prégnants des « idéologies libérales ». Elle place à l'origine du pouvoir légitime une entité sociale qui lui préexiste, la Nation : « il suffit, pour qu'un État soit légitime, qu'un groupe humain se perçoive comme différent de ses voisins et décide de s'unir pour prendre en main son destin »²⁶⁸. Le concept, qui est redécouvert à l'occasion, influence l'ensemble des régimes de la Révolution jusqu'à la Constitution du Directoire, du 5 fructidor an III (22 août 1795), par l'intermédiaire de l'abbé Sieyès²⁶⁹. Sieyès permet en effet à l'État, selon les mots

²⁶⁵ La Révolution française a donné à la doctrine du contrat social une nouvelle dimension, introduisant à la fois le parlementarisme, mais aussi une lecture autoritaire mêlée de teintes démocratiques, au contrat social ; lecture penchant plus ou moins vers l'autoritarisme ou une tendance démocratique, selon les différentes assemblées prenant le pouvoir. Ce faisant, la Révolution assure la naissance d'un nouvel ordre social, où la Terreur, loin d'être « un accident » ou une « erreur » a pour rôle de « montrer, par un sacrifice collectif, que le vieux monde a vécu ; c'est le sang des victimes qui garantit la conviction inflexible du nouveau pouvoir », Paul Claval, « Chapitre 8 - La genèse de l'État moderne : contrat social et philosophies du progrès », *Les espaces de la politique*, sous la direction de Paul Claval. Paris, Armand Colin, « U », 2010, p. 172-173.

²⁶⁶ Émile Accolas, *Réponse...*, *op. cit.*, p. 15.

²⁶⁷ « *L'imperium*, c'est le droit [...] de commander, droit absolu, indivisible, existant par lui-même. C'est la puissance publique s'imposant sans d'autre raison que celle-ci : elle est la puissance publique. Elle a eu pour titulaire la cité, le peuple romain, l'empereur ; peu importe. Investi de l'*imperium* le représentant de la collectivité impose sa volonté et cela constitue son droit. Cette volonté se manifeste sous des formes diverses : elle légifère, elle administre, elle juge. Ce sont là des modalités qui n'affectent point le caractère essentiel de cette volonté : elle peut s'imposer aux individus parce qu'elle est supérieure à leur propre volonté », Léon Duguit, *le droit social, le droit individuel...*, *op. cit.*, p. 18. Ce concept est repris dans la philosophie politique du Code, ce dernier étant nourri par le *Digeste* et les *Institutes* de Justinien. Aussi, depuis que le peuple romain a transféré l'*imperium* à l'empereur, le concept de *patria*, c'est-à-dire « perpétuité publique », y est associé notamment par des auteurs de l'Époque moderne tels que Bodin et Machiavel, eux même inspirant les rédacteurs du Code, qui y voient là concept idéal pour faire du Code, un instrument de coercition social. V. Yves Lemoine, Jean-Pierre Mignard, *Le Défi d'Antigone, Promenade parmi des figures du droit naturel*, Paris, éd. Michel de Maule, 2012, p. 163.

²⁶⁸ Paul Claval, « Chapitre 8 - La genèse... », *op. cit.*, p. 167.

²⁶⁹ V. Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, *op. cit.*, p. CVIII : « La souveraineté réside essentiellement dans l'universalité des citoyens (art. 17). [...] Tous les devoirs de l'homme et du citoyen dérivent de ces deux principes gravés par la nature dans tous les cœurs : Ne faites pas à autrui ce que vous ne voudriez pas qu'on vous fit ; Faites constamment aux autres le bien que vous voudriez en recevoir (art. 2). La Constitution de la France est républicaine ; La République française est une et indivisible (art. 1er). Pour être citoyen français, il faut être né et résider en France, être âgé de vingt et un ans accomplis, s'être fait inscrire sur le registre civique de son canton, avoir demeuré depuis pendant une année sur le territoire de la République et payer une contribution directe, foncière ou personnelle (art. 8, tit. II) »

d'Esmein – pour qui la souveraineté nationale, dans ses *Éléments de droit constitutionnel* (1896), est le fondement du modèle théorique de l'État républicain²⁷⁰ – d'exprimer sa « personnification juridique ». Devenant le support de l'autorité publique, il dépeint la souveraineté comme « une autorité supérieure aux volontés individuelles [...], qui naturellement ne reconnaît point de puissance supérieure ou concurrente ». Commence à germer l'idée que l'État, personnification de la Nation tout entière par l'intermédiaire de l'ordre public – notion déjà phare chez Bourjon – doit garantir la paix. C'est d'ailleurs cet espoir de paix et de tranquillité qui conduit au coup d'État du 18 brumaire. Lentement mais sûrement, un schéma se dessine : la Nation tout entière a droit à la paix, même sous une forme imposée par une autorité supérieure aux volontés individuelles, bien qu'il s'agisse d'agir pour le bien-être des individus d'abord. Parallèlement, depuis les années 1790, le concept « d'ordre public » évolue simultanément avec la mise en place du régime censitaire, afin de donner naissance à un régime « strictement représentatif, susceptible d'être efficacement contrôlé par les nouvelles élites » sociales²⁷¹.

Dans ce climat, le concept de contrat social a pour objet la protection des droits personnels et de la souveraineté nationale, en s'inspirant des expériences hollandaises, anglaises et américaines. L'approche du pouvoir législatif est celle de John Locke (1632-1704), tandis que le contrat social est l'expression de la conscience sociale. *A contrario*, dans un premier temps, le pouvoir exécutif est considéré comme dangereux. Dans ses deux *Traité*s, Locke fait sien d'un argument du contrat repris par les révolutionnaires, en fondant la société et l'État sur un pacte justifiant l'existence d'une autorité et d'un pouvoir particulier. Ce choix se fait en raison de la nature humaine. En effet, sa vertu n'étant pas innée, mais acquise au cours de l'existence, l'individu est perçu à la naissance comme « une pâte molle » ; vision qu'adopte par la suite, pleinement les rédacteurs. Or, comme elle est sculptée par un monde qui « s'imprime en lui », il est dans son intérêt que son environnement lui confère les meilleures vertus possibles. Locke considère que le travail est à l'origine d'une part essentielle de l'être : son produit est le prolongement de l'ego. Ensuite, le droit de propriété, antérieur au contrat social, établit la valeur

²⁷⁰ Guillaume Sacriste, *La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Presses de Sciences Po, « Académique », 2011, p. 496-499.

²⁷¹ Emmanuel Berger, Émilie Delivré, « La "bonne police" en France et dans le Royaume de Wurtemberg (XVIII^e-XIX^e siècles). Étude d'une appropriation populaire de la loi et de l'ordre public », *Revue d'histoire du XIX^e siècle* [En ligne], 50 | 2015, mis en ligne le 01 juillet 2015, consulté le 22 mars 2019 ; Adhémar Esmein, *Éléments de droit...*, *op. cit.*, p. 1 et s. ; Emmanuel Joseph Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, *op. cit.*

universelle de la responsabilité individuelle, puisque tous sont naturellement propriétaires. De là, il donne une base légale à l'enrichissement et établit l'ordre économique sur une base « naturelle » solide. L'approche est d'ailleurs sensiblement similaire chez les physiocrates, dont l'objectif est de passer de la conservation de l'existence, comme on la retrouve chez le *Léviathan* de Hobbes²⁷², qui organise la société sur le droit et non sur la force, au nom de la survie de l'individu. La « nouveauté physiocratique » consiste alors à l'introduction d'un nouveau principe du meilleur, visant plus que le minimum de la sûreté qu'est censé réaliser l'État, mais la recherche de la satisfaction des pluralités individuelles²⁷³.

Inspirés par la Réforme et la Contre-Réforme, les philosophes à l'origine du concept de contrat social remettent en cause l'ordre social au nom du principe d'égalité. Tous les citoyens sont perçus, en droit du moins, égaux, lors de la conclusion du contrat et tous possèdent la même aptitude face à lui – qu'ils le choisissent ou qu'il s'impose à eux²⁷⁴. Ce passage d'un « état de nature » où règne le droit naturel à un « état civil », Kant l'analyse, à l'instar de Hobbes, comme un bienfait en raison de l'état permanent de guerres et de violences, au sein de l'état de nature. L'être humain, *mauvais* ou *méchant* en raison de son égoïsme, a besoin d'un maître assurant sa discipline, à savoir l'État, la Puissance publique. Selon le philosophe de Königsberg, c'est d'ailleurs la rivalité et la discorde entre les individus qui les obligent à l'association. Le contrat social, bienfait « même pour un peuple de démons », permet à l'individu d'aller au-delà de sa

²⁷² Thomas Hobbes, à qui l'on doit la célébrité de la notion de contrat social, laïcise ce pacte social afin de restituer à la monarchie absolue de son époque la direction des affaires publiques. Cette interprétation absolutiste donne une vision neuve des institutions politiques. En effet, dans sa version, les individus sont indépendants et rationnels et c'est le choix des individus eux-mêmes que de déléguer leur part de souveraineté, à l'égard d'une entité supérieure. Ce faisant, la société est « lavée de [la] tare naturelle », qui conduit l'humanité à être dangereuse pour elle-même. « En se soumettant au Léviathan, les citoyens fondent un ordre nouveau qui assure l'harmonie entre tous. Tous y sont égaux, mais dans la sujétion que la raison leur a fait choisir pour échapper à la guerre perpétuelle ». Paradoxalement, le contrat hobbesien offre une liberté et un degré de conscience nouveau à l'individu. Le pouvoir, bien que confié, émane des individus. En ça, il fait preuve d'un individualisme nouveau qui justifie que le système politique hobbesien n'ait, *in fine*, aucune limite, quels que soient les erreurs du dirigeant choisi, tant que celui-ci remplit sa fonction : celui d'assurer l'ordre et la sécurité. V. Paul Claval, « Chapitre 8 - La genèse... », *op. cit.*, p. 163-166 ; Florence Gauthier, « Critique du concept... », *op. cit.*, p. 64 ; V. aussi, Thomas Hobbes, *Le Léviathan* (1651), trad. et notes F. Tricaud, Paris, Sirey, 1971.

²⁷³ Catherine Larrère, *L'invention de l'économie...*, *op. cit.*, p. 11. V. aussi, *ibid.*, p. 12-13 : « Telle est la thèse physiocratique, en quoi consiste, selon Dupont de Nemours, l'originalité de Quesnay : [...] la science économique vient donner un contenu en liant la recherche individuelle du maximum de jouissance à la connaissance des lois économiques de la globalité sociale. Comprendre le raisonnement économique, c'est donc saisir comment fonctionne, en continuité avec le droit naturel, ce lien de l'individu et de la société ».

²⁷⁴ Paul Claval, « Chapitre 8 - La genèse... », *op. cit.*, p. 163.

« liberté sauvage » afin d'intégrer un « état » de paix. Il se matérialise sur le plan interne avec le *droit politique* – droit public national – et sur le plan international, avec le droit des gens et le droit cosmopolite²⁷⁵. Dans la droite lignée de cette réflexion, l'approche révolutionnaire adopte toutefois davantage de la vision de Rousseau²⁷⁶, que présente avec justesse Esmein ainsi :

Pour Rousseau, la souveraineté, qui réside essentiellement dans la Nation et qui ne peut légitimement s'exercer que par la voie directe, ne se manifeste que par des lois. Le peuple souverain, ne peut que légiférer, c'est-à-dire statuer, d'une façon abstraite et à l'égard de tous, sur des objets d'intérêt général ; il ne peut statuer sur un objet particulier et à l'égard d'un individu déterminé. La volonté générale, dont la loi est l'expression, ne peut être juste qu'à ce prix. Comme l'exécution des lois consiste nécessairement en actes et décisions particuliers, spéciaux à tel ou tel individu, le peuple, en tant que souverain, ne peut, selon Rousseau, exercer le pouvoir exécutif. Il délègue donc ce pouvoir et l'autorité qui reçoit cette délégation, c'est le gouvernement. Dans la langue de Rousseau, souverain est synonyme de pouvoir législatif et gouvernement synonyme de pouvoir exécutif. Sans doute, c'est là une terminologie propre à l'auteur, correspondant à une idée subtile et peu exacte, mais elle a dû contribuer à habituer les Français à voir le gouvernement dans le pouvoir exécutif tout seul²⁷⁷.

²⁷⁵ V. Emmanuel Kant, *Métaphysique des mœurs*, préface par M. Villey, introduction et traduction par A. Philonenko, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1971, p. 105 ; Paul Dubouchet, *La pensée juridique...*, *op. cit.*, p. 100. V. aussi, à propos des notions de droit et devoir chez Kant : Bénédicte Winiger, « La personne individuelle, porteuse de devoirs et de pouvoirs dans la conception jusnaturaliste », *Personne, société, nature*, sous la dir. de Bruno Schmidlin, Université de Fribourg, éd. Universitaires Fribourg Suisse, 1996, p. 22 et s.

²⁷⁶ « Rousseau reprend à son compte le mythe du contrat social [1762], mais les modifications qu'il lui apporte en changent la portée et sont à l'origine de la seconde grande famille des idéologies modernes du pouvoir et de l'ordre social. Au point de départ de l'interprétation de Rousseau, il y a une observation qui tient aux progrès de la connaissance historique ; un très long délai s'est écoulé entre les formes primitives de la vie sociale et celles du monde contemporain. L'écart est si grand qu'on ne peut savoir directement ce qu'était l'état de nature, l'homme avant la société : on en est réduit, pour l'apprécier, à interroger la jeunesse, à voir ce qu'est la nature individuelle avant qu'elle ne soit modelée par l'environnement. Rousseau y découvre que l'enfance est pure ; la perversité vient de la société. », Paul Claval, « Chapitre 8 - La genèse... », *op. cit.*, p. 172 ; « A vrai dire, la philosophie politique du XVIIIe siècle, c'est surtout Rousseau. [...] Jean-Jacques Rousseau affirme à plusieurs reprises que le but de toute société politique et le but du Droit, par conséquent, c'est le bien des individus. C'est d'ailleurs la conséquence du contrat social lui-même. [...] Rousseau voit dans le bien des individus la finalité dernière de la société politique », Marcel Waline, *L'individualisme...*, *op. cit.*, p. 42.

²⁷⁷ Adhémar Esmein, *Éléments de droit...*, *op. cit.*, p. 17.

Pour le philosophe genevois, « les peuples se sont donnés des chefs pour défendre leur liberté et non pour les asservir »²⁷⁸. Robespierre se joint à cette idée, expliquant à la tribune de la Constituante le 31 mai 1791 que si les hommes ont jugé avantageux de se réunir en sociétés politiques, c'est d'abord pour garantir les droits individuels dont ils ne jouissaient à l'état de nature : « les hommes ont dit : nos forces individuelles sont trop faibles pour protéger notre tranquillité et nos droits ; réunissons-les pour en composer une force publique contre laquelle toute force particulière vienne se briser ; réunissons nos volontés pour en former une volonté générale qui, sous le nom de loi, consacre, détermine les droits de chacun »²⁷⁹. Par conséquent, le concept de contrat social est avant tout le garant d'un individualisme en faveur de la liberté individuelle ; un individualisme à tendance libéral donc. Il permet d'assurer à l'individu des droits qui lui sont propres, soit individuels. Le raisonnement était cependant déjà présent dans le discours hobbesien, bien que pour ce dernier, l'individu devait s'effacer face à l'État dans le but premier de sa survie ; l'intérêt était d'abord individualiste sans être à proprement libéral²⁸⁰.

Dans son ouvrage *Du contrat social* (1762), Rousseau part du constat qu'il faut œuvrer dans une société déjà existante et corrompue, afin d'en refonder une autre, sur des bases différentes²⁸¹. L'objectif n'est pas de revenir strictement à l'état de nature, mais de « préserver l'individu des influences délétères de la vie en groupe ». Pour cela, il faut fonder un nouveau pacte social dont le but est de défendre l'individu contre les possibles méfaits de la société. Par conséquent, « au lieu de fonder la société sur une base rationnelle qui exclut les penchants du cœur et les mouvements de l'âme », l'objectif est d'éviter que « la collectivité ne dessèche ce qu'il y a de meilleur en chacun de nous – cette sensibilité qui nous fait participer aux douleurs du monde, qui atteste notre bonté originelle et qui fait réellement de nous des hommes »²⁸². S'y ajoute la volonté de renforcer l'existence physique et indépendante que chaque individu reçoit à l'état de

²⁷⁸ Jean-Jacques Rousseau, *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1755), Paris, librairie de la bibliothèque nationale, 1894, p. 113.

²⁷⁹ Cité par Thomas Van der Hallen, « Corruption et régénération du politique chez Robespierre », *Anabases* [En ligne], 6 | 2007, mis en ligne le 01 janvier 2012, consulté le 25 avril 2020.

²⁸⁰ V. notamment à propos de l'individualisme hobbesien : François Tricaud, « Hobbes et Locke : convergences et divergences », *XVII-XVIII. Bulletin de la société d'études anglo-américaines des XVII^e et XVIII^e siècles*, n°25, 1987, p. 77 et s et, Pierre Dockès, « Hobbes et l'économique », *Astériorion* [En ligne], 5 | 2007, mis en ligne le 13 avril 2007, consulté le 14 septembre 2021.

²⁸¹ Danièle Lochak, *Les droits...*, *op. cit.*, p. 14.

²⁸² Cité par Paul Claval, « Chapitre 8 - La genèse... », *op. cit.*, p. 170-171.

nature²⁸³. Il faut créer une société qui transforme l'individu : tous doivent être égaux et dotés d'une liberté *supérieure* à celles qu'offre cet état²⁸⁴. Les droits individuels, à la différence des droits politiques, appartiennent à tous sans distinction²⁸⁵. Chaque individu est ainsi lié selon sa seule volonté, au contrat social et donc à la société²⁸⁶. De même que pour Hobbes, Rousseau considère que c'est à l'État de mettre en place les lois censées instituer cet ordre social. Il doit assurer la gestion du contrat social entre les individus. La souveraineté est exprimée par lui, bien qu'elle émane du peuple. Le contrat social permet par conséquent au législateur de créer les règles de droit qui s'imposeront aux membres de la société²⁸⁷, tandis que le légicentrisme se développe durant la période intermédiaire²⁸⁸ et devient « le mode ordinaire de constatation du droit »²⁸⁹.

Dans les premiers temps révolutionnaires, l'atomisme se rapproche d'une vision positive de la nature humaine²⁹⁰. L'idée de bonté humaine se développe ainsi et s'oppose au premier pessimiste hobbesien²⁹¹, qui considérait l'individu comme mauvais par nature et prompt à la

²⁸³ Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 15.

²⁸⁴ Danièle Lochak, *Les droits...*, *op. cit.*, p. 14.

²⁸⁵ Adhémar Esmein, *Précis élémentaire...* *op. cit.*, p. 182 : « Les droits individuels, à la différence des droits politiques, étaient ceux qui appartenait à tous les citoyens, sans distinction [...] Le premier droit de l'homme que proclamait la Déclaration de 1789 était l'égalité civile. »

²⁸⁶ René Robaye, *Une histoire du droit...*, *op. cit.*, p. 59.

²⁸⁷ Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 43.

²⁸⁸ Portalis, porte-parole des rédacteurs du Code, écrit à son sujet dans son *Cours Préliminaire* : « les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes [...] et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites », Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire...*, *op. cit.*, p. 14.

²⁸⁹ Henri Capitant, *Introduction...*, *op. cit.*, p. 55.

²⁹⁰ Atomisme déjà présent durant l'Ancien Régime, étant un concept présocratique ayant connu un regain d'intérêt très fort et sans interruption, au XVI et XVII^e siècle. En effet, l'atomisme antique est repris, notamment par les moralistes méfiants de l'épicurisme qui se développe avec l'ère baroque qu'ils réprouvent. La Fontaine par exemple, reprend l'atomisme, afin de justifier l'absence de déterminisme et défendre ses positions moralistes des classicistes. Cf. Amalia Perfetti, « études sur l'atomisme (XVI^e-XVII^e siècles). Introduction », *Revue d'histoire des sciences*, tome 55, n° 2, 2002, p. 139 ; Jean Brun, « Chapitre VII. Les atomistes », *Les présocratiques*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2019, p. 107-108 ; Sabine Gruffat, « L'atomisme dans les Fables de La Fontaine : un principe polyvalent et "bricolé" », *Le Fablier. Revue des Amis de Jean de La Fontaine*, n°17, 2006, p. 41-42.

²⁹¹ Pour Thomas Hobbes, l'individu est naturellement égoïste. Pour reprendre le ministre de la Justice Abrial : « ils sont froids pour les affaires d'autrui ». Cet égoïsme rendrait l'être humain par nature, mauvais, violent. À l'état de nature, ce sont les plus forts qui dominent. Cette « lutte infernale », état de barbarie stupide, nécessite un État fort, d'où le *Léviathan*, afin de mettre en place un contrat social à seule fin d'assurer l'ordre au profit de tous. V. Pierre-Antoine Fenet, *Recueil des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vol., Paris, 1827, tome IX, p. 272 ; Louis Jugnet, *Doctrines philosophiques et systèmes politiques*, Bordeaux, 2013, p. 1980, p. 29-30 ; Xavier Martin, « L'insensibilité... », *op. cit.*, p. 602-605.

violence, en l'absence d'un pouvoir canalisant ses pulsions naturelles négatives²⁹². Léon Duguit (1859-1928), qui fait partie de la troisième génération des interprètes du Code, explique que dans le contrat social de Rousseau, l'individu est considéré « comme né libre [quoique] soumis à la souveraineté de la collectivité » et que, « les clauses du contrat social se réduisent à l'aliénation de chaque associé, avec tous ses droits, en faveur de toute communauté ». Sa doctrine se résume à « l'abstraction de l'individu par l'État », ce qui paradoxalement « réalise son autonomie ». Duguit révèle ainsi la contradiction entre l'approche souhaitée individualiste et libérale originelle et cet abandon volontaire ou cette subordination à la souveraineté collective, dans l'objectif hypothétique de « rester libre ». Il la résume ainsi : « on me force d'être libre – dit Rousseau – d'autant plus que ma dépendance est passive »²⁹³. De même, le contemporain à Duguit, Maurice Hauriou (1856-1929), précise quant à lui sur cette question que l'individualisme optimiste de Rousseau se fonde sur un « idéal rétrospectif », qui voit l'état de nature comme un âge d'or où l'individu humain est envisagé certes isolé et sans maître, mais heureux²⁹⁴. Dans les temps révolutionnaires donc, l'individu est jugé naturellement ou originellement bon, à une époque rapprochée à la préhistoire « où la douceur du climat et l'abondance des fruits de la terre le dispensaient de tout travail »²⁹⁵. Cette vision idéalisée de l'état de nature n'en reste pas moins

²⁹² « L'influence de Hobbes est profonde, mais elle donne lieu à des interprétations diverses. Pour beaucoup, les hommes ont le droit de lutter contre les injustices qui leur sont faites et contre l'oppression qui les accable pour assurer leur bonheur ici-bas. À la condition qu'il ait l'usage de sa raison, chaque individu peut juger de ses actes et des actes d'autrui, ce qui lui donne une large autonomie morale et crée les conditions d'une opinion publique authentique. Le souverain se doit d'agir selon la raison ; chacun peut mesurer la valeur de ce qu'il décide, l'approuver ou le critiquer », Paul Claval, « Chapitre 8 - La genèse... », *op. cit.*, p. 165.

²⁹³ Léon Duguit, *Le pragmatisme juridique, conférences prononcées à Madrid, Lisbonne & Coïmbre 1923*, présentation Simon Gilbert, Éditions La mémoire du droit, 2008, p. 179-181.

²⁹⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif*, Paris, Larose & Forcel éditeurs, 1892, p. 23 et s.

²⁹⁵ « L'état de nature était antérieur à la société politique, mais ce n'était pas l'état de l'espèce humaine, c'était exclusivement l'état de l'individu humain envisagé comme isolé et sans maître. D'après les légendes de l'âge d'or, c'était l'état heureux de l'homme, à ces époques de la préhistoire où la douceur du climat et l'abondance des fruits de la terre le dispensaient de tout travail, où il n'y avait ni les servitudes politiques ni les entraves résultant de la propriété privée des terres. [...] Sur cet idéal rétrospectif se fonda un individualisme absolu, puisque l'individu était isolé et sans maître. Individualisme finalement optimiste, malgré la note dissonante apportée un moment par Hobbes et son école. L'optimisme déborda avec Jean-Jacques et la Révolution française ; l'individu était bon, c'étaient les institutions sociales primitives qui étaient mauvaises, parce qu'elles s'étaient constituées en dehors de la volonté de l'individu ; la société politique et les lois ne pouvaient être réformées que si la société était replacée sur la base de l'accord des volontés individuelles ou du contrat social qui aurait dû être sa base primitive. En effet, la société politique et la loi, n'étant plus appuyées sur la donnée d'une espèce humaine soumise d'avance à une loi morale, ne pouvaient plus être considérées comme naturelles », Maurice Hauriou, *Aux sources du droit, le pouvoir, l'ordre et la liberté* (1933), Paris, Centre de Philosophie politique et juridique, 1986, p. 25.

paradoxale s'agissant d'Hauriou, qui présente pourtant les débuts de l'humanité de manière plutôt sauvage et désordonnée²⁹⁶, associant la civilisation à la mise en place d'un ordre social sédentaire et individualiste²⁹⁷.

En somme, la France d'avant 1793 s'inscrit dans un jacobinisme et rousseauisme croissant, conduisant à un « optimisme anthropologique ». Le discours de la doctrine du siècle suivant, met en avant cet optimisme, tout en révélant les contradictions ou éléments qu'ils jugent paradoxaux, du discours rousseauiste. S'ils le font, c'est à dessin idéologique, afin justement de défendre une vision plus timorée et nuancée, mais qui accepte toutefois le présupposé de la nécessité d'un État. Pour Rousseau, le peuple est présenté comme l'ensemble des individus les plus proches de « l'état naturel », étant de ce fait, perçu comme vertueux par nature. L'objectif est de faire prendre conscience à ce peuple de ce qu'il est, afin de le rapprocher de la « Vertu générale », celle qui est censée conduire au bonheur tous les individus. Pour cela, tous les êtres humains doivent œuvrer quotidiennement face aux sociétés viciées, comme celle des aristocrates favorables au despotisme monarchique, perçus comme « des hordes de sauvages policés et de brigands disciplinés »²⁹⁸.

²⁹⁶ « Historiquement, les sociétés débutent dans un grand désordre, l'ordre n'est créé que par une pénible conquête et pour remédier aux souffrances engendrées par les désordres prolongés ; alors que les clans primitifs éprouvaient l'impérieux besoin de se confédérer en des cités nationales », Maurice Hauriou, *Aux sources du droit...*, op. cit., 1986, p. 73.

²⁹⁷ *Ibid.*, p. 54.

²⁹⁸ Il en va de même pour Jeremy Bentham avec son « utilitarisme », pour qui valeur suprême porte sur « l'augmentation du bien-être et la diminution de la souffrance de tous les êtres capables de ressentir du plaisir ou de la peine. [Car il] ne peut y avoir de bonheur individuel sans bonheur social. Le législateur devra donc proposer des règles qui canaliseront et limiteront l'égoïsme étroit et aveugle. [...] La force de l'utilitarisme est d'avoir posé la nécessité d'une « harmonisation des intérêts » dans laquelle l'individu peut être amené à considérer comme un devoir moral le sacrifice de son propre bien-être à celui du plus grand nombre. Pour reprendre la formule de Rousseau, les utilitaristes « peignent les hommes tels qu'ils sont, mais les lois telles qu'elles devraient être » ou les hommes tels que les lois pourraient les transformer ; leur but est de parvenir à établir le bonheur public », Gilles Trimaille, « Jeremy Bentham et la langue des juristes », *L'Écriture des juristes, XVI^e-XVIII^e siècle*, études réunies par Laurence Giavarini, éd. Classiques Garnier, études et essais sur la Renaissance, Paris, 2010, p. 154 ; V. aussi, Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, op. cit., p. 61-62.

§2- L'influence sensualiste et mécaniciste dans la pensée du Code

Les rédacteurs du Code et avec, son idéologie, est aussi marquée par la vision mécaniciste et sensualiste de l'être humain héritée de la période qui suit la chute de Robespierre et de la Terreur²⁹⁹. Les sensualistes se montrent hostiles à tout individualisme partisan d'une philosophie anthropologique idéaliste. Faisant preuve d'un discours plus « pessimiste », ils prônent une doctrine défavorable à la liberté totale de l'individu qu'ils considèrent comme foncièrement égoïste ; et donc, qu'ils jugent plus sévèrement que Rousseau³⁰⁰.

S'il est admis que c'est à l'individu que s'adressent les représentants de la Nation, ces derniers adoptent une vision plus holistique de la nature humaine, qui reste dans le discours des futurs interprètes du Code : ils voient la société comme un rouage, une machine³⁰¹, dont chaque pièce est représentée par un ensemble de personnalités, expression de l'atomisme révolutionnaire. Sieyès, futur président du Sénat sous le Consulat, parle de « mécanisme social » et de « machine ordinaire »³⁰². Le souhait est de libérer l'individu de toutes les entraves passées, à l'image de celles qu'impose la morale chrétienne, les corporations et plus généralement la société d'ordres, afin de refaçonner les rapports sociaux, en libérant les engrenages pour ne pas gêner les volontés individuelles. Se succède alors, à l'optimisme rousseauiste anthropologique premier, une vision plus sévère mais pas moins libératrice. En effet, « loin de diminuer la liberté individuelle, l'état social [est censé étendre et en assurer] l'usage »³⁰³. Dans un paysage mental individualiste, la Terreur a cependant persuadé les « survivants » que les hommes peuvent être mauvais, donnant

²⁹⁹ Après Thermidor, s'opère une intensification croissante des références au matérialisme sensualiste, sous l'impulsion spécialement des Idéologues, dont Cabanis, Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 74.

³⁰⁰ Alfons Bürge, « Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d'individualisme libéral », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2000, n° 1, p. 1 et s. ; Tristan Pouthier, *Au fondement des droits...*, *op. cit.*, p. 52. Il est d'ailleurs possible de voir dans le droit naturel sous la Terreur, une possible résurgence ou les traces d'un courant juridique marqué par une influence antérieure à la Révolution. Ainsi, « souvent présenté comme un discours politique égalitariste, le droit naturel portait encore au dix-huitième siècle les traces de son passé autoritaire et impérialiste. En effet, avant de servir à la justification des droits de l'homme, le droit naturel était une arme employée par les juristes espagnols la fameuse "école de Salamanque") pour autoriser les conquêtes impériales dans le Nouveau Monde. Cette apologie de l'impérialisme reposait sur l'idée fondamentale qu'on pouvait perdre ses droits naturels en violant les lois de la nature », Dan Edelstein, « Terreur et droit naturel », *La République et son droit (1870- 1930)*, Besançon, 2008, p. 28.

³⁰¹ À propos de Diderot et Helvétius, considérant « l'homme et l'animal [comme] des machines de chair ou sensibles ». V. Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon...*, *op. cit.*, p. 23 et 345.

³⁰² Emmanuel Joseph Sieyès, *Qu'est-ce que le Tiers état ?*, *op. cit.*, p. 51.

³⁰³ Cité par Catherine Larrère, *L'invention de l'économie...*, *op. cit.*, p. 15.

lieu « à la propagation d'un individualisme pessimiste, rééditant spontanément le climat politique doctrinal peu souriant d'un Machiavel, d'un Luther, d'un Hobbes »³⁰⁴. Une constante perdure néanmoins, que ce soit chez les constituants de 1789 jusqu'aux Montagnards de 1793 : le but de la société reste le « bonheur commun ». À l'instar de la pensée physiocratique ou libérale, ce qui prime, c'est le droit de garantir à l'individu la jouissance de ses droits³⁰⁵. L'individualisme reste au cœur de la pensée juridique, même si la vision de cet individu paraît plus critique.

Quand le Directoire édite sa Déclaration des droits et des devoirs³⁰⁶, la prudence l'emporte sur les aspirations de changements. Les Directeurs souhaitent « éteindre les derniers feux » de la Révolution : « il fallait pour cela confier la République assagie à de sages républicains ». L'idée est d'associer des droits et des devoirs afin d'introduire dans la Constitution des principes moraux. Les « conventionnels régicides » s'étant enrichi avec l'achat des biens nationaux, la Constitution de l'an III – par son article 377 – se focalise surtout à la sauvegarde de ces acquis en affirmant que les biens des émigrés sont irrévocablement acquis au profit de la République. Le phénomène ne fait que s'accroître les années qui suivent et devient même déterminant pour les rédacteurs. L'accent est mis sur la propriété, élément révélateur de « l'inspiration très bourgeoise de la morale civique des constituants ». Si la Déclaration des droits avait donné à la propriété une définition relativement « sobre », la Déclaration des devoirs « l'honore d'un hymne triomphant [...] : c'est sur le maintien de la propriété que reposent la culture des terres, toutes les productions, tous moyens de travail et tout l'ordre social ». Placée au fondement de l'ordre social, la propriété le devient aussi pour l'ordre politique. C'est le début d'un « élitisme républicain », qui s'appuie fermement aux vertus bienfaitrices de la propriété terrienne, permettant d'acquiescer le sens des responsabilités : « nous devons être gouvernés par les meilleurs, les meilleurs sont les plus instruits et les plus intéressés au maintien des lois... Or de pareils hommes se trouvent, sauf quelques exceptions, parmi ceux qui possèdent des propriétés »³⁰⁷. Finalement, ce n'est pas tant aux rédacteurs qu'aux révolutionnaires, qu'il faut attribuer l'importance déterminante du droit de propriété au sein de la société française ; bien que ce soit le Code qui institutionnalise et favorise

³⁰⁴ Xavier Martin, « Sur l'archétype humain du Code civil naissant », *Histoire de la justice*, n° 19, 2009/1, p. 208-211 ; Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon...*, *op. cit.*, p. 24-25, 64 et 81.

³⁰⁵ Marcel Waline, *L'individualisme...*, *op. cit.*, p. 44-45.

³⁰⁶ Cette Déclaration « n'a rien de très original. Elle n'est qu'une synthèse sélective des deux premières Déclarations », Gérard Conac, « La convention thermidorienne... », *op. cit.*, p. 238.

³⁰⁷ *Ibid.*, p. 214-249.

cette place prépondérante dans la société française³⁰⁸.

Après la Terreur et surtout à partir du Directoire, l'individu est donc jugé plus sévèrement³⁰⁹. Il se rapproche, sans qu'il y ait confusion néanmoins du monstre hobbesien³¹⁰, alors que l'état de nature est amalgamé à la Terreur³¹¹. À l'inverse, la civilisation apparaît avec la protection du droit de propriété, qui responsabilise et *sauve* l'individu³¹². Un bon individu est un propriétaire digne et prospère, car la propriété garantie l'ordre par souci de sa préservation. L'influence de la pensée physiocrate comme libérale anglo-saxonne est sans doute perceptible dans cette approche bienfaisante de la propriété et du progrès. Le pessimisme anthropologique est peu à peu remplacé par un pseudo optimisme *économique*. L'individu peut devenir bon, grâce aux affaires et sa réussite matérielle.

*L'ensemble de la période présente des caractères sociaux et politiques qui justifient l'expression de « république bourgeoise » : élimination des revendications populaires de l'époque précédente, continuité du personnel dirigeant et aussi atmosphère d'instabilité, de crise, d'anarchie croissante*³¹³.

Une forme de « solidarité » commence à apparaître autour de cette population qui ne souhaite ni le retour à l'Ancien Régime et à son organisation sociale en trois ordres privilégiés, ni à une démocratie stricte ou totale. Majoritairement issus des restes de la bourgeoisie d'Ancien Régime, il s'agit majoritairement de manufacturiers, négociants, ou hommes de loi et de professions libérales, qui se retrouvent dans un fait : la rente du sol. La solidarité de ce groupe

³⁰⁸ Nous reviendrons sur le droit de propriété dans le Code, plus tard. V. *Supra*, p. 154-169.

³⁰⁹ Ici, un clivage apparaît avec les Idéologues, qui partage encore une certaine vision optimiste et volontariste anthropologique, croyant aux bienfaits de l'éducation, propagande et fêtes révolutionnaires, censées assurer l'amélioration de l'individu dans le but de le prendre pleinement vertueux et heureux. V. Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 68-69.

³¹⁰ D'où le retour de figures comme Machiavel ou Hobbes. V. *Ibid.*, p. 64.

³¹¹ En effet, V. Pierre-Antoine Fenet, *Recueil des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vol., Paris, 1836, tome VII, p. 369, citant le marquis du Languedoc, Henri de Carrion-Nizas (1767-1841) : « la dissolution de la société. Voilà ce qu'on a vu en France sous Robespierre ».

³¹² « À l'éloge de l'état de nature répond celui de la civilisation ». Aussi, « originairement employé dans le langage juridique – dans le sens de rendre civil un procès criminel – le terme “civilisation” sera utilisé au XVIIIe siècle dans le sens positif de “ce qui rend les individus plus sociables” », Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 66.

³¹³ André Jardin, « VIII. - Les idéologues et la république bourgeoise », *Histoire du libéralisme politique. De la crise de l'absolutisme à la Constitution de 1875*, Vanves, Hachette Education, « Hors collection », 1985, p. 136.

dépend toutefois des régions, certains possesseurs de biens nationaux dépassant le cadre de la bourgeoisie d'Ancien Régime parfois, tandis que dans certaines provinces, celle-ci à « rafler à la barbe des paysans » la quasi-totalité des lots. La distance entre les possesseurs et les manouvriers ou paysans pauvres ayant été incapables d'acquérir des lots s'accroît, tandis que ces possesseurs se montrent désormais socialement conservateurs et républicains³¹⁴. C'est pourquoi, sur le plan spirituel et suivant le projet de modeler un ordre social dont l'objectif est de former un nouvel individu-type, les révolutionnaires français se distinguent de leurs voisins anglais ou américains : le but est de former un Être nouveau, dont sa définition du Bien ou du Mal ne dépend plus des préceptes bibliques. Cependant, toutes leurs tentatives, « culte de la raison, religion de l'Être suprême, théophilantropie, culte décadaire, n'ont jamais pu concurrencer la tradition catholique, comme si la vérité de la Révolution française tenait par force dans le politique, incapable de donner naissance à un ordre transcendant et donc de constituer un pouvoir spirituel qui puisse légitimer l'époque nouvelle »³¹⁵. Le courant anticlérical des Lumières, le déisme voltairien, le jansénisme, la religion naturelle des physiocrates, l'ésotérisme maçonnique, sont pourtant autant de preuves de cette volonté d'un renouvellement spirituel, même si aucun de ces relais ne se montre réellement efficace³¹⁶. La Révolution garde toutefois un fond spirituel, dont l'empreinte sur le XIX^e siècle est décisive avec l'universalisme de la civilisation et la foi envers l'émancipation du genre humain par le progrès³¹⁷ ; phénomène qui justifie par exemple, l'exportation du modèle des Lumières lors des conquêtes napoléoniennes³¹⁸ ou encore le développement du scientisme à la fin du siècle. Comme le rappelle plus tard Esmein, « ce n'est pas seulement pour la France que la Convention légifère ; c'est pour le monde entier [...]. Voyez le Code de lois civiles que la Convention prépare pour la grande famille de la Nation, comme le fruit de la liberté. La Nation le recevra comme le garant de son bonheur ; elle l'offrira un jour à tous les peuples qui s'empresseront de l'adopter, lorsque les préventions seront dissipées, lorsque les haines seront

³¹⁴ André Jardin, « VIII. - Les idéologues... », *op. cit.*, p. 137.

³¹⁵ François Furet, « L'idée française de la révolution », *Le Débat*, n° 96, 1997/4, p. 20-22.

³¹⁶ La comparaison possible avec la révolution bolchevique. En effet, malgré le communisme, la population reste très majoritairement orthodoxe, d'où le tournant religieux de la part de l'URSS dès 1943. L'Eglise orthodoxe devient à partir de là, un instrument dont l'objectif est de soutenir la politique du régime et d'accroître son influence, notamment dans les pays satellites. V. Aléna Lapatniova, « Administrer la religion en URSS », *Cahiers du monde russe* [En ligne], 47/4 | 2006, mis en ligne le 01 janvier 2007, consulté le 14 janvier 2022 et Adriano Roccucci, « Le tournant de la politique religieuse de Staline », *Cahiers du monde russe* [En ligne], 50/4 | 2009, mis en ligne le 14 janvier 2013, consulté le 14 janvier 2022.

³¹⁷ François Furet, « L'idée française... », *op. cit.*, p. 22.

³¹⁸ V. Johann Chapoutot, *Histoire de l'Allemagne (1806 à nos jours)*, Paris, « Que sais-je ? », PUF, 2014, p. 13-18.

éteintes. D'ailleurs, il est fait pour tous les hommes [...]. Il peut être compris de tous »³¹⁹.

Dans ce contexte, les perspectives hobbenne et rousseauiste offrent une vision dualiste habituellement admise de la nature humaine : soit l'individu est par nature mauvais et par conséquent, il a besoin du droit pour le rendre meilleur ou, à l'inverse, à l'état de nature il est naturellement bon et donc, il est possible de lui faire confiance pour ériger ses règles juridiques et vivre dans une société qui garantit sa liberté individuelle³²⁰. Toutefois, à cette approche manichéiste, s'ajoute une troisième : sans s'intéresser à savoir si l'individu est né bon ou mauvais, il est question de savoir comment le rendre bon, *in concreto*. Le droit devient ici un instrument à l'instar de l'histoire, qui ne sert souvent qu'à justifier ou défendre des prises de positions idéologiques ; ce que le Code finit par faire, sous l'impulsion de ses rédacteurs et premiers interprètes. Ainsi, de l'approche supposée positive de la nature humaine des rédacteurs du code civil, faisant de l'être humain un être spirituel, maître de son destin et de sa volonté, Xavier Martin répond qu'il s'agit là d'une fiction, d'un mythe qui permet de justifier le développement du concept d'autonomie de la volonté durant le XIX^e siècle. À l'inverse, le schéma qui se dégage à la lecture des Travaux préparatoires du Code civil, fait de l'individu un être « égoïste étroitement mû par la recherche de son intérêt ; c'est tout au moins une dominante assez marquée »³²¹. Selon Portalis, les lois sont « faites pour prévenir ou pour réprimer la méchanceté des hommes »³²². Ainsi, dans les années 1800, le mythe du « bon sauvage » déserte la rhétorique. L'individu est décrit comme un *mauvais* sauvage, « anthropophage », faisant disparaître la vision de l'homme naturellement bon qu'avaient les premiers révolutionnaires.

En somme, si l'être humain est potentiellement mauvais par nature, il peut néanmoins devenir bon grâce à son intérêt individuel. Perception qui reste gravée dans la mémoire des rédacteurs, l'individu est vu comme en insécurité s'il n'est pas sous la protection d'un État. Sans celui-ci, le droit de propriété, devenu fondamental dans les esprits des contemporains, ne peut exister faute de garanties sécuritaires. Sieyès par exemple, se focalise sur deux impératifs : « diviser

³¹⁹ Adhémar Esmein, *L'originalité...*, *op. cit.*, p. 7.

³²⁰ V. de Thomas Hobbes : *Le Léviathan* (1651), *op. cit.* et *De la nature humaine*, trad. du baron d'Holbach, Londres, 1772 et de Jean-Jacques Rousseau, *Du contrat social* (1762), Paris, 1992.

³²¹ Xavier Martin, « Le code napoléon... », *op. cit.*, p. 1-5.

³²² Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire...*, *op. cit.*, p. 62.

pour empêcher le despotisme » et « centraliser pour éviter l'anarchie »³²³ ; voilà le dessein qui anime les révolutionnaires. Pour les futurs rédacteurs, la tâche d'éviter l'anarchie vécue sous la Terreur demeure même fondamentale. La société est perçue comme une immense machine, mais dont chaque rouage garde de son importance, sans quoi la machine se gripperait. La liberté individuelle doit ainsi être garantie, sur le plan économique notamment, par le pouvoir en place. La difficulté est de savoir comment doit se matérialiser cette liberté et jusqu'où elle peut être limitée, notamment pour des raisons de subsistances. Le penchant autoritaire de l'organisation sociale n'est pas cependant à opposer au libéralisme économique ; pour preuve la croissance qui s'accélère avec le Consulat dans des secteurs industriels, qui ont été préservés sous la Révolution³²⁴. Certes l'individualisme implique des droits individuels et une limitation de l'État, mais au libéralisme politique est d'abord préféré une tendance à un libéralisme économique. Or, la liberté économique exige un minimum de sécurité, ce qui justifie le régime consulaire et, par la suite, impérial.

³²³ Xavier Martin, « L'insensibilité... », *op. cit.*, p. 608 ; Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 44.

³²⁴ Comme dans le secteur du coton et de la chimie. V. Louis Bergeron, « Problèmes de la France napoléonienne », *Revue d'Histoire moderne et contemporaine*, 1970, p. 3.

Section seconde. L'influence des projets d'unification du droit durant la période intermédiaire à l'égard du Code Napoléon

*Sous le couvert de la codification, le droit privé est à la première place des préoccupations juridiques de 1789 à 1804*³²⁵.

Dès la Constituante se pose les fondements du futur Code : il doit faire preuve d'une part de simplicité, rigueur, clarté et concision et d'autre part, d'uniformité, universalité et immutabilité. Il doit être compris et applicable à tous. Pour cela, il faut le rendre conforme à la raison en intégrant le droit naturel dans l'ordre positif³²⁶. L'idée est de dire qu'en le rationalisant, le monde n'aura quasiment plus besoin du droit³²⁷. Cet ambitieux projet est cependant critiqué plus tard par Esmein, qui le relègue au rang de « fable »³²⁸. En dehors de cette ambition, le projet reste cependant encore confus. Le souhait d'établir une œuvre d'unité et d'indivisibilité de la Nation française se poursuit néanmoins sur le plan législatif³²⁹. Comme l'explique Valette au début du siècle suivant, ni l'Assemblée Constituante, ni Législative, trop tourmentées par les événements politiques, ne purent remplir la tâche d'unifier le droit français³³⁰ ; mais contrairement à Esmein, pour Valette, c'est surtout avec la Convention (1792-1795) que démarre « l'histoire du Code »³³¹ ; révélant par-là l'importance d'un acteur décisif : bien que pressé dans

³²⁵ Julien Bonnacase, *La Thémis...*, *op. cit.*, p. 2.

³²⁶ Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon...*, *op. cit.*, p. 129 ; Julien Boudon, « Les projets de code civil... », *op. cit.*, p. 100.

³²⁷ Thomas More est ici une référence (*Utopie*, 1516), de même que Montaigne (*Essais*, 1588), prônant une société où « tout le monde est expert en droit », dans un cadre où les lois les plus désirables sont les plus rares, simples et générales. Cf. *Ibid.*, p. 130-131.

³²⁸ « Le peuple, dit-on, ne peut, dans ce dédale, démêler ce qu'il doit éviter, ou ce qu'il doit faire pour avoir la liberté de ses possessions et de ses droits. Mais le Code, même le plus simple, serait-il à la portée de toutes les classes de la société ? Les passions ne seraient-elles pas perpétuellement occupées à en détourner le vrai sens ? Ne faut-il pas une certaine expérience, pour faire une sage application des lois ? Ce serait donc une erreur de penser qu'il pût exister un corps de loi qui eut d'avance pourvu à tous les cas possibles et qui cependant fut à la portée du moindre citoyen », Adhémar Esmein, *L'originalité...*, *op. cit.*, p. 10-11.

³²⁹ Jean-Philippe Lévy, « La révolution française et le droit civil », *op. cit.*, p. 88.

³³⁰ « Malheureusement, l'assemblée dite législative, trop tourmentée par les événements politiques pendant sa courte existence, ne put remplir la tâche qui lui avait été confiée. Elle rendit seulement quelques lois particulières, notamment celle du 20 septembre 1792 sur la tenue des actes de l'état civil, qui a passé presque tout entière dans le Code Napoléon », Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 12.

³³¹ *Ibid.* : « la Convention, dans le cours d'une carrière encore plus agitée, put néanmoins entendre deux projets de Code civil présentés tous deux par Cambacérès. Mais le premier fut trouvé trop compliqué et le second trop simple. [...] Pendant la période directoriale, Cambacérès présenta un troisième projet de Code ; et plus tard nous en trouvons

son projet d'écriture, le Comité responsable de trois projets, successivement rejetés, en 1793, 1794 et 1796, sont sous la direction de l'avocat et député de l'Hérault, Jean-Jacques Cambacérès (1753-1824)³³². Cette précision ne manque pas d'avoir du sens, tant l'implication du futur archichancelier de l'Empire est déterminante à l'égard de son idéologie (I.). Ce faisant, le Code n'est pas *que* le résultat des quatre commissaires nommés par Bonaparte, ce qui explique la rapidité de leur entreprise ; bien que ces derniers le mettent au point et centralisent toutes les inspirations et influences précédemment évoquées, soit en les acceptant pleinement, soit sous la réserve de certaines contraintes (II.).

un quatrième, de Jacqueminot, mais toujours sans résultat ».

³³² Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon...*, *op. cit.*, p. 135-137 ; Julien Boudon, « Les projets de code civil... », *op. cit.*, p. 91.

§1- L'influence déterminante de Cambacérès dans l'idéologie du Code

*Les deux premières de nos assemblées législatives n'avaient pu que rassembler des matériaux pour la grande construction du Code civil. La Convention fit plus ; elle en ordonna l'élaboration à son Comité de législation. En effet, le 9 août 1793, au nom de ce Comité, Cambacérès présenta à l'Assemblée un projet de Code civil. Il paraît avoir excité l'admiration des contemporains. L'homme de loi, Guichard, [...] y voyait un ouvrage « tracé par une main des plus habiles et exécuté dans un très court espace de temps avec une perfection dont les compilations de Justinien sont bien loin d'approcher ». [...] C'était donc une œuvre purement rationnelle, ne tenant pas compte du passé ; elle devait être pour le droit civil ce que la Constitution du 24 juin 1793 était pour le droit politique. On avait fait ce projet de Code aussi succinct que possible ; on avait voulu le faire très clair dans l'espoir chimérique qu'il pourrait être compris et interprété par tous les citoyens*³³³.

Loin d'en être le seul inspirateur, Cambacérès a néanmoins apporté de l'unité à ces projets. En raison de cette participation, il peut même être rangé parmi les rédacteurs du Code, au même titre que les commissaires gouvernementaux et les conseillers d'État³³⁴.

*C'était un Code aussi simple que nouveau que l'on voulait. Les projets qui furent présentés à la Convention répondirent à ce vœu ; ou telle fut, du moins, l'intention des auteurs. Il suffit de lire le rapport sur son premier projet que Cambacérès présenta à la Convention le 9 août 1793 [...]. C'était la voix de la nature et celle de la raison qui se fait entendre ; on a fait l'entreprise de tout changer à la fois dans les écoles, dans les mœurs, dans les coutumes, dans les esprits, dans les lois d'un grand peuple*³³⁵.

Lors de la présentation du premier projet, Cambacérès explique « qu'après avoir longtemps marché sur des ruines, il faut élever le grand édifice de la législation civile : édifice simple dans sa structure, mais majestueux par ses proportions ; grand par sa simplicité même et d'autant plus

³³³ Adhémar Esmein, *Précis élémentaire...* op. cit., p. 246-247.

³³⁴ Jean-Louis Halpérin, *L'impossible Code...*, op. cit., p. 117-118 ; Julien Boudon, « Les projets de code civil... », op. cit., p. 91.

³³⁵ Pierre-Antoine Fenet, *Recueil...*, op. cit., tome I, p. 11.

solide que, n'étant point bâti sur le sable mouvant des systèmes, il s'élèvera sur la terre ferme des lois de la nature et sur le sol vierge de la République »³³⁶. Ainsi, le 23 fructidor an II – soit le 9 septembre 1794 – celui qui allait devenir archichancelier sous l'Empire, présentait ce projet de 297 articles. Cambacérès le décrit comme « le Code de la nature sanctionné par la raison et garanti par la liberté ». Esmein précise que ce projet n'était qu'une série d'axiomes de droit ou de « morale pratique »³³⁷. Bien que non critiquables pour ce qu'ils sont, ils paraissent insuffisants pour s'ériger en principes juridiques, car trop abstraits. De plus, l'Assemblée le trouve trop volumineux, compliqué et technique et le renvoi au Comité de salut public³³⁸. À la demande du Comité, l'Assemblée le renvoie de nouveau à une commission mais le projet tombe dans l'oubli³³⁹. Les dirigeants du nouvel ordre social contemporain se référaient avant tout au caractère pratique du droit ; l'abstraction du droit naturel et son caractère philosophique intéresse de moins en moins ces personnes qui ne font plus partie de salons. Ils se font les intermédiaires d'un besoin : celui que le droit soit avant tout pratique et concret et offre des garanties et une certaine sécurité juridique par son caractère prévisible ; ce qui semble contradictoire avec le caractère moral et philosophique de ce premier projet.

Ce qui indique bien la conception particulière et chimérique que l'Assemblée se faisait d'un Code civil, c'est que, lors d'un renvoi ordonné par elle au Comité de législation, elle décida que le projet serait soumis à un conciliabule de penseurs, de philosophes choisis par le Comité de salut public « chargés de réviser le Code civil, d'en faire les retranchements nécessaires et d'en faire disparaître les imperfections que les hommes de loi y ont laissé. »³⁴⁰

Il en est de même pour le second projet. Présenté juste après Thermidor, en septembre 1794, celui-ci prend lui aussi plus la forme d'un manuel de morale pratique que d'un Code du droit civil³⁴¹. Dans ce contexte de changement brutal de régime, cela le met en porte-à-faux avec

³³⁶ Cité par Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, op. cit., p. 39.

³³⁷ Adhémar Esmein, *L'originalité...*, op. cit., p. 3.

³³⁸ Adhémar Esmein, *Précis élémentaire...* op. cit., p. 247-248 ; Adhémar Esmein, *L'originalité...*, op. cit., p. 8.

³³⁹ Jean Hilaire, *Les origines du code...*, op. cit., p. 3-4.

³⁴⁰ Adhémar Esmein, *Précis élémentaire...* op. cit., p. 247-248.

³⁴¹ « Le 23 fructidor an II, Cambacérès, en son nom, présenta un second projet en 297 articles : ce devait être encore « Le Code de la nature, sanctionné par la raison et garanti par la liberté » [Mais]c'était là plutôt un manuel de morale pratique qu'un Code du droit civil ; et, d'ailleurs, on se trompait fort si l'on croyait, sous cette forme, parler plus clairement au peuple : les coutumes, qui sont l'expression de la pensée populaire, nous montrent que celle-ci procède

l'esprit de son temps³⁴².

[Sous le Directoire], le grand œuvre du Code civil se poursuivait. Le 24 prairial an IV, Cambacérés, au nom de la Commission de classification des lois, présentait au Conseil des Cinq Cent un nouveau projet, le troisième qu'il rédigeait. Il comprenait 1.104 articles, tout en laissant de côté le régime hypothécaire pour lequel il renvoyait aux lois votées par la Convention. Il était conçu dans un esprit sensiblement différent de celui des précédents. Il ne fut pas discuté, Cambacérés ayant, en l'an V, cessé de faire partie du Conseil des Anciens³⁴³.

Persévérant, Cambacérés élabore alors un troisième projet qu'il achève durant le Directoire, en 1796³⁴⁴. Présenté le 24 prairial an IV – juin 1796 – « ce projet est plus ample et plus consistant que les précédents »³⁴⁵. Cambacérés y abandonne l'idée du recueil de préceptes de 1794, le « troquant contre un texte [...] ne cachant pas les emprunts faits au droit romain, à l'ancien droit ou encore, à Pothier »³⁴⁶. Or, sans vouloir répudier les principes de la Révolution, comme le précise plus tard Esmein, les législateurs du Directoire se tournent d'eux-mêmes « vers le passé, vers le droit national que les Français pratiquaient depuis des siècles ». C'est là qu'il prend ses racines traditionaliste et abandonne son apparente nature pleinement révolutionnaire. La nature et le droit naturel y figurent toujours au premier plan, comme durant les théories juridiques du

tout autrement. L'œuvre n'aboutit pas ; mais ce fut la tentative la plus nette de la Révolution pour réaliser sa pensée première », Adhémar Esmein, *L'originalité...*, *op. cit.*, p. 8.

³⁴² En effet, lorsqu'en juin 1793, les Montagnards prennent le pouvoir à l'Assemblée, les préoccupations sociales des classes inférieures ne font que croître, sous l'influence d'une aile montagnarde « ultra » dirigée par Robespierre et Saint-Just. Cette égalité, passe d'abord par une volonté d'égaliser les fortunes. C'est aussi sous cette période que démarre la vente des biens nationaux. V. Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 42 ; Jean-Philippe Lévy, « La révolution française et le droit civil », *op. cit.*, p. 93-95. V., de Charles Sérurier, *Précis historique...*, *op. cit.*, p. 21 : « [La convention] entendit dans sa trop longue carrière, qui fut le règne de la terreur, deux projets de Cambacérés sur un Code civil : le premier au 9 août 1793, le deuxième au 23 fruct. an II ; mais tous deux furent repoussés après quelques jours de discussion, l'un comme peu en harmonie avec les idées du temps, les grands principes philosophiques et rappelant trop l'ancienne jurisprudence, comme si le genre humain finissait et commençait à chaque instant sans aucune sorte de communication entre une génération et celle qui la remplace (Portalis, Discours prélim. sur le Code civ.) ; l'autre fut repoussé comme trop concis et parce qu'aussi les graves événements de l'époque ne permettaient pas de s'occuper avec une attention suffisante d'une œuvre de cette importance ».

³⁴³ Adhémar Esmein, *Précis élémentaire...* *op. cit.*, p. 249.

³⁴⁴ « Lorsque la Convention eut accompli ses destinés et que, devant le pouvoir législatif qui lui avait succédé, l'élaboration du Code civil reprit son cours, ce fut encore Cambacérés qui apporta le nouveau projet devant le Conseil des Cinq-Cents en messidor an IV », Adhémar Esmein, *L'originalité...*, *op. cit.*, p. 8.

³⁴⁵ Jean Hilaire, *Les origines du code...*, *op. cit.*, p. 3-4

³⁴⁶ Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 13.

XVII et XVIII^e siècle, tandis que « la meilleure législation » est considérée comme « celle qui favorise l'intérêt général de la société et le progrès de la morale publique »³⁴⁷. L'objectif est de s'adapter au « changement d'ordre public », en œuvrant pour l'intérêt général et pour ce « progrès de la morale publique »³⁴⁸. Le concept de « bonnes mœurs », qui est un instrument « d'acculturation de valeurs sociales » est la manifestation d'un mécanisme civilisationnel, traduisant à son tour les valeurs essentielles de la société post-révolutionnaire. Comme le dit à la fin du siècle suivant George Ripert (1880-1958), « les rédacteurs du Code [...] n'ont pas réussi à éliminer complètement l'appel nécessaire aux bonnes mœurs pour réfréner l'expansion des volontés individuelles »³⁴⁹. Si le concept est alors flou et fluctuant durant l'ensemble du XIX^e siècle, c'est justement car il n'est pas encore figé. Sa nature variable lui permet néanmoins de traverser les siècles en conservant son identité au-delà des évolutions sociales. À ce titre, les bonnes mœurs ne sont que le contenant de valeurs « communément admises, à une époque donnée, par la moyenne des individus »³⁵⁰. Cependant, durant tout le XIX^e siècle, l'influence du christianisme³⁵¹ est encore déterminante. Si la Révolution a vu émerger un jusnaturalisme émancipé de la loi divine, cela n'a pas eu pour conséquence de vider totalement le concept de bonnes mœurs de son contenu religieux. La Révolution a simplement cherché à le mettre sous son service. C'est à partir de là que les deux concepts deviennent complémentaires. Les bonnes mœurs deviennent « citoyennes », tout en entrant au service désormais de l'intérêt général, organisé et limité par l'ordre public. Même avant l'œuvre de 1804, Portalis expliquait déjà que la codification de celles-ci est nécessaire et inévitable en raison de son rôle de « ciment de l'édifice social ». Sans l'influence pérenne des bonnes mœurs à l'égard du droit, « l'honnêteté publique ne serait plus qu'un vain nom [...] et toutes les idées d'honneur, de vertu seraient remplacées par les lâches combinaisons

³⁴⁷ Pierre-Antoine Fenet, *Recueil...*, *op. cit.*, tome I, p. 148, cité aussi par Adhémar Esmein, *L'originalité...*, *op. cit.*, p. 8.

³⁴⁸ Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 42-43.

³⁴⁹ George Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949, rééd., p. 40-41.

³⁵⁰ Dimitri Houtchieff, « Pour un retour aux bonnes mœurs contractuelles », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, Octobre-décembre 2021, p. 759-763.

³⁵¹ « L'influence du christianisme s'exerce à partir de Constantin pour dominer tout à fait après l'effondrement de l'Empire. L'Eglise s'emploie alors à "régler les rapports religieux ou sociaux des hommes [...] à purifier les mœurs, à protéger le mariage et l'institution de la famille, à réprimer les brigandages". Si les bonnes mœurs se resserrent autour de la morale chrétienne, elles s'imposent cependant avec force et jugulent même l'absolutisme de l'adage "si veut le Roi, veut la loi". Le souverain, dit Beaumanoir, doit veiller à ce que ses "établissements ne soient pas faits contre Dieu et contre bonnes mœurs, car s'il le faisait, ce qu'il ne fera pas si à Dieu plait, ne le devraient pas ses sujets souffrir" : les bonnes mœurs tempèrent même la séparation du temporel et spirituel. [...] Au temps de Domat, les lois de la religion gouvernent encore "toutes les règles de la foy et des mœurs" », Dimitri Houtchieff, « Pour un retour aux bonnes mœurs... », *op. cit.*, p. 760.

de l'intérêt personnel et par les calculs du vice »³⁵². Le Code de 1804, sans pour autant prendre une dimension holistique, se tourne vers cette notion d'intérêt général, en s'inscrivant dans la représentation mécaniciste et défailant de l'individu, nécessitant une « codification » teintée d'une moralité protégée ou « juridicisée » par les concepts d'ordre public et d'intérêt général. Il s'agit cependant – il est difficile d'en douter – d'un mécanisme afin de contrôler justement le comportement idéal souhaité.

Ce qui marque le tournant de la voie, la reprise de la tradition momentanément interrompue, ce sont les références au droit romain et à notre ancienne jurisprudence. Ce n'est pas seulement l'autorité de Montesquieu qui est invoquée, il est vrai, pour justifier les lois successorales de la Convention ; c'est aussi celle de Pothier. On reprend expressément la tradition interrompue ; on se rattache formellement au droit ancien pour l'améliorer [...]. Enfin on se montre disposé à transiger sur les principes proclamés par la Révolution ; on admet qu'en présence d'enfants naturels "il soit attribué une portion avantageuse aux enfants nés dans le mariage". On renonce à l'administration commune du mari et de la femme ; car "quoique l'égalité doive servir de régulateur à tous les actes de l'organisation sociale, ce n'est pas s'en écarter que de maintenir l'ordre naturel et de prévenir ainsi des débats qui détruiraient les charmes de la vie domestique"³⁵³.

Les dispositions du droit civil, notamment en matière familiale, évoluent alors vers plus de rigidité et un retour aux structures traditionnelles³⁵⁴. L'autorité publique est perçue comme un des moyens de rétablir l'ordre public troublé par la Révolution. Le modèle familial traditionnel resurgit comme pilier de l'ordre social³⁵⁵. Avec une rhétorique favorable au resserrement des liens sociaux *traditionnels*, dans l'objectif de garantir une certaine stabilité sociale et politique, l'intérêt est tourné non pas au grand groupe, mais plutôt à une cellule réduite – le ménage ou une « petite famille » – dont la puissance paternelle et la filiation naturelle deviennent les éléments les plus

³⁵² Dimitri Houtchieff, « Pour un retour aux bonnes mœurs... », *op. cit.*, p. 760-762.

³⁵³ Adhémar Esmein, *L'originalité...*, *op. cit.*, p. 8-9.

³⁵⁴ Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 42-43.

³⁵⁵ En effet, le droit de la famille est lié à une définition particulière de la Nature, du genre humain et de son but existentiel. Par conséquent, les passages concernant la famille ou, les personnes, sont ceux qui connaissent les plus grands bouleversements. Avec les changements concernant l'approche de la nature humaine durant la Révolution, l'idée d'un droit imitant la nature est donc nécessairement lui aussi affecté. Cf. Julien Boudon, « Les projets de code civil... », *op. cit.*, p. 91-100.

déterminants. L'obéissance aux mœurs ou à un ordre moral soutien du régime conduit à penser le droit civil comme un outil capable de faire atteindre le bonheur par l'attachement et l'obéissance, gages de « félicité publique ». Cependant, une fois encore, ce projet est un échec³⁵⁶, bien qu'il reste sans aucun doute le projet le plus influent à l'égard de celui de 1804.

Une commission consulaire exécutive remplaça provisoirement le directoire, que les deux conseils s'ajournèrent au 1er vent. suivant et créèrent, avant de se séparer, chacun une commission pour s'occuper du Code civil. La commission seule du conseil des cinq cents, par l'organe de Jacqueminot donna, le 30 frim. an VIII, les projets des différents titres du Code civil dont elle s'était chargée. Tout travail cessa de la part de ces commissions législatives le 4 nivôse an VIII, époque où la constitution (13 décembre 1796) qui créait définitivement le gouvernement consulaire fut mise en vigueur³⁵⁷.

En 1797, après l'échec du projet Jacqueminot, la codification est toujours en attente³⁵⁸. Tous ces échecs tendent à ce que l'unification du droit – que l'on espère ou appréhende – ne paraisse plus que comme une lointaine « chimère ». Paradoxalement, Portalis lui-même fait preuve d'un certain scepticisme, bien qu'il en reconnaisse le plus grand bienfait, considérant la maturation politique comme encore insuffisante à son époque. Il souhaite se faire devin, en l'annonçant pour les deux ou trois siècles à venir³⁵⁹, mais fait là pourtant un bien piètre oracle, puisque le cinquième projet, dont il est membre, est commandé à peine onze ans plus tard³⁶⁰.

³⁵⁶ Jean Hilaire, *Les origines du code...*, *op. cit.*, p. 3-4 ; Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 42 ; . Jean-Philippe Lévy, « La révolution française et le droit civil », *op. cit.*, p. 101

³⁵⁷ Charles Sérurier, *Précis historique...*, *op. cit.*, p. 22.

³⁵⁸ Sur le projet Jacqueminot, dont le manque de volonté politique l'empêche lui aussi d'aboutir. V. Jean Hilaire, *Les origines du code...*, *op. cit.*, p. 3-4 ; Jean-Philippe Lévy, « La révolution française et le droit civil », *op. cit.*, p. 87 ; V. aussi Adhémar Esmein, *Précis élémentaire...* *op. cit.*, p. 333 et Adhémar Esmein, *L'originalité...*, *op. cit.*, p. 9 : « Le projet Jacqueminot est un nouveau pas dans cette voie. Il fut commandé par la loi même qui ratifia le coup d'État du 18 brumaire. »

³⁵⁹ Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon...*, *op. cit.*, p. 101 et 165-166.

³⁶⁰ Jean Hilaire, *Les origines du code...*, *op. cit.*, p. 3-4 ; Jean-Philippe Lévy, « La révolution française et le droit civil », *op. cit.*, p. 87.

En somme, l'influence de Cambacérès sur l'œuvre de 1804 reste décisive³⁶¹, ce qui n'est pas sans contrarier d'ailleurs le futur libéral Accolas³⁶²; sans doute parce que ce dernier incarne un certain autoritarisme traditionaliste, qui innerve alors indiscutablement l'idéologie du Code de 1804. C'est même lui qui dirige la commission de 1800 nommée par Bonaparte. Sa capacité d'appréhender les problèmes juridiques étonne les rédacteurs et il aurait, semble-t-il, mis fin à de nombreuses querelles doctrinales ou techniques. Il est aussi jugé responsable de la conception de la famille traditionnelle défendue dans le Code, laquelle est dirigée par un chef³⁶³, le mari, auquel la femme – éternelle mineure – comme les enfants sont soumis³⁶⁴.

³⁶¹ « Par l'influence qu'il exerça sur la rédaction du Code Napoléon, Cambacérès a droit à la première place parmi les auteurs de ce Code [...] il fut l'âme des discussions d'où sortit l'œuvre napoléonienne », Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, op. cit., p. XLIV.

³⁶² « La vie politique de Cambacérès pourrait se résumer d'un seul mot : elle offrit l'exemple de toutes les petites, de tous les reniements, de toutes les turpitudes. Il suffit d'en citer quelques épisodes. [...] Le 31 mai et le 2 juin 1793, il vote la proscription des Girondins ; après le 9 thermidor, il contribue de toutes ses forces à rappeler les débris de la Gironde. En octobre de la même année, il donne l'ordre d'arrêter les défenseurs de la reine et en janvier 1795 il s'oppose à la mise en liberté des enfants de Louis XVI, toujours détenus au Temple ; cependant, vers la même époque, il noue une intrigue royaliste avec le comte d'Antraigues, agent de Louis XVIII. [...] Au 18 brumaire, il reste en fonctions comme ministre de la Justice et, six semaines plus tard, il devient second Consul ; les 7 et 9 avril 1814, il envoie son adhésion aux actes du Sénat qui rappellent les Bourbons [...]. Tant que dura l'Empire, Cambacérès, tout en rendant aux Bourbons de secrets services, fut à genoux devant Bonaparte ; celui-ci, qui l'estimait à sa vraie valeur, mais qui jugeait ne pouvoir s'en passer, le combla d'une foule de dignités, de titres et de traitements. En 1814, Louis XVIII lui offrit la première présidence de la Cour de Cassation ; Cambacérès la refusa, regardant ce titre comme trop au-dessous de ses précédentes fonctions. Rallié de nouveau à l'Empire pendant les Cent-Jours, il fut proscrit comme régicide à la seconde Restauration. Cependant, une grâce royale, obtenue à force de supplications, lui permit de rentrer en France en 1818. Ce triste vieillard y finit comme il avait vécu, s'illustrant par ses dîners et affectant de voter ouvertement pour les candidats ministériels » Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, op. cit., p. XLV-XLVI.

³⁶³ V. *infra*, p. 136 et s.

³⁶⁴ Jean-Michel Poughon, *Le Code civil*, Paris, « Que sais-je ? », PUF, 1992, p. 16.

§2- L'entreprise du Code sous le Consulat

Après le coup d'État de Bonaparte, la Constitution de l'an VIII cherche à rompre avec la tentative passée de créer un esprit public « républicain »³⁶⁵, sans pour autant effacer l'idée d'un « esprit public » commun. Selon Portalis, « le consulat à vie présente l'avantage d'assurer la stabilité du gouvernement, premier besoin de l'État ; la perpétuité du pouvoir politique est le moyen le plus certain d'inspirer la confiance nécessaire par la diplomatie, le crédit public et le commerce »³⁶⁶. La prédominance des valeurs de stabilité et d'autorité ne quitte pas le discours de la majorité de la doctrine du siècle suivant, en dehors des éléments plus libéraux comme Accolas. La conservation d'un climat de paix ou du moins de sécurité conduit à accepter un régime autoritaire. Celui-ci reprend d'ailleurs des allures de monarchie, comme le sous-entend Esmein lorsqu'il précise à propos du régime de l'an VIII : « en réalité l'autorité tout entière appartenait au seul Premier Consul ; les deux autres étaient des comparses. Ils avaient tout au plus [et] pas toujours, voix consultative ; ils suppléaient, il est vrai, le Premier Consul en cas d'absence ou d'empêchement (art. 41, 42) »³⁶⁷.

L'esprit public est à cette époque « endormi », comme dans un « sommeil léthargique » profond. En réalité, il ne s'agit pas tant d'une léthargie subie que souhaitée ou consentie par l'élite sociale nouvelle qui se forme. Après la paix sociale recouvrée sous le Directoire, c'est la paix politique qui ressurgit. Le Premier Consul se montre favorable à un retour officiel de la religion traditionnelle et d'un certain conservatisme idéologique et politique. Perdant le soutien des Idéologues³⁶⁸, républicains anticléricaux qui avaient beaucoup misé sur lui³⁶⁹, Bonaparte relève ainsi le « leitmotiv » de sa politique : le maintien de l'ordre et la consolidation de son régime. Pour autant, le Code qui suit a quand même des conclusions issues des Idéologues sur un point

³⁶⁵ « Art 2. Le Corps législatif crée provisoirement une Commission consulaire exécutive, composée des citoyens Sieyès, Roger-Ducos, ex-directeurs [et] Bonaparte, général, qui prendront le nom de Consuls de la République française », Adhémar Esmein, *Précis élémentaire... op. cit.*, p. 262.

³⁶⁶ Cité par Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 46.

³⁶⁷ Adhémar Esmein, *Précis élémentaire... op. cit.*, p. 265.

³⁶⁸ V. notamment, Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon...*, *op. cit.*, p. 25-27. Pour « L'école idéologiste, alors inspiratrice de la République, tient en effet que la nature humaine, à défaut d'une bonté spontanée, serait du moins, « de même que la cire molle peut recevoir l'empreinte de tous les cachets », une glaise neutre en attente de sages législateurs anthropologues », *ibid.*, p. 60.

³⁶⁹ V. Sur les Idéologues : André Jardin, « VIII. - Les idéologues et la république... », *op. cit.*, p. 136-161.

anthropologique, considérant que l'être humain ne peut être désintéressé, n'étant que le fruit d'un calcul d'intérêts où la gratuité ne peut être envisageable que dans le cas où elle est forcée³⁷⁰. À ce titre, le Code a pour objectif d'offrir des solutions aux problèmes liés à la nature parfois contradictoire, de l'être humain. C'est ce qui conduit, selon Arnaud, à pouvoir considérer qu'en 1804, le citoyen français, « révolutionnaire d'occasion devenu ivre de confort, de calme et de sécurité [...] désir d'embourgeoisement »³⁷¹. Il nous semble toutefois qu'il s'agit surtout là de solutions face à la perception que peuvent avoir les auteurs de la nature humaine, largement inspirées des angoisses créées par la Révolution et le bouleversement social qu'elle génère ; d'où le sentiment de résumer l'existence humaine à une angoisse perpétuelle et au *besoin* d'ordre, face à des contradictions internes d'ordres psychologiques.

Il ne s'agit pas cependant de considérer que le Consulat est seul dans cette entreprise d'un retour à la stabilité en France. Résultat d'une longue Révolution, aidée par un mûrissement politique et par des acteurs nouveaux dont l'efficacité n'est pas à douter, le Consulat arrive néanmoins à s'imposer qu'en raison d'un climat de « paix social » interne permis déjà par le Directoire. Tous les partisans du complot de Brumaire souhaitent cependant terminer la Révolution, afin de stabiliser définitivement l'ordre public et social en place. En parallèle, l'archétype humain qui avait changé à la suite de la Terreur investit définitivement la rhétorique anthropologique : « il est temps d'en revenir à considérer les hommes tels qu'ils sont et non comme ils doivent être »³⁷². Pour Portalis aussi, les hommes ne sont dirigés que par leur intérêt. Il y a donc une tendance vers un certain pragmatisme anthropologique, qui semble s'inspirer d'abord de la vision libérale de la nature humaine, voire peut-être, de Jérémy Bentham³⁷³.

³⁷⁰ Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 48-53 ; Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon...*, *op. cit.*, p. 27.

³⁷¹ André-Jean Arnaud, *Essai d'Analyse...*, *op. cit.*, p. 51-52.

³⁷² Françoise Brunel, « Aux origines d'un parti de l'ordre : les propositions de constitution en l'an III », *Mouvements populaires et Conscience sociale, XVIe-XIXe siècles*, Actes du Colloque de Paris (mai 1984), Paris, université Paris 7, 1985, p. 692.

³⁷³ « Ainsi s'instaure un schéma de type mandevillien ou la recherche de l'intérêt individuel peut déboucher sur une société vivable, sans une trop lourde ou directe intervention de l'État. Au contraire, il est jugé nécessaire que ce dernier se fasse le plus discret possible, se cantonnant à des opérations périphériques du ressort de l'État gendarme [...] Mais ce schéma libéral tient plus de l'idéal que de la réalité. La nature des choses, la force des passions, révèle la nécessité d'une intervention spécifique de l'État. Comme déjà chez Mandeville et chez Smith, plus tard chez Bentham, il s'agit d'instituer des structures qui stimulent et développent le sens de l'intérêt chez les individus », Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 70-71.

Dès le début du Consulat, Bonaparte souhaite attacher son nom à une entreprise législative censée achever la Révolution. Son but est de renforcer le « tissu social » et la puissance de l'État, en centralisant le droit. Sous sa directive, la Constitution de l'an VIII rompt avec la tradition des régimes révolutionnaires qui accordaient une place prépondérante aux assemblées, censées être l'émanation de la souveraineté nationale ou populaire. Pour la première fois, la commission de rédaction du Code est nommée par le pouvoir exécutif et non plus par des organes législatifs. Le Conseil d'État obtient un rôle de liaison entre la commission du gouvernement et les assemblées, étant constitutionnellement chargé de la rédaction des projets de lois, dont le Gouvernement avait seul l'initiative³⁷⁴.

L'histoire du Code Napoléon a pour point de départ un arrêté des Consuls du 24 thermidor an VIII. Cet arrêté nommait une commission chargée de rédiger un avant-projet de Code civil. Les membres de la commission, au nombre de quatre, étaient MM. Tronchet, président du Tribunal de Cassation, Portalis, commissaire du Gouvernement près du Conseil des Prises, Bigot de Préameneu, commissaire du Gouvernement près le Tribunal de cassation [...] et Maleville, juge au même tribunal. L'avant-projet fut terminé en quatre mois ; il était précédé d'un discours de Portalis. Le Gouvernement consulaire, c'est-à-dire le Premier Consul, ordonna qu'il fût imprimé et communiqué au Tribunal de cassation et à tous les tribunaux d'appel. Un certain nombre d'observations s'ensuivirent ; ces observations furent imprimées comme l'avant-projet³⁷⁵.

Arrive enfin ce dernier projet, celui que prépare la Commission nommée par les consuls³⁷⁶. Or, ce n'est pas un détail anodin que celui du choix de ses membres. Bonaparte y choisit des

³⁷⁴ Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, op. cit., p. 16-21 ; Saman Safatian, « La rédaction du Code civil »..., op. cit., p. 52-54.

³⁷⁵ Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, op. cit., p. XXXII.

³⁷⁶ Adhémar Esmein, *L'originalité...*, op. cit., p. 10 ; V. aussi, *Précis élémentaire...* op. cit., p. 332-333 : « Le 24 thermidor an VIII, un arrêté des Consuls nommait une commission de quatre membres pour rédiger un projet de Code civil. Elle comprenait, Tronchet, président du Tribunal de Cassation, Portalis, commissaire du Gouvernement près le Conseil des prises, Bigot-Préameneu, commissaire du Gouvernement près le Tribunal de Cassation et Maleville, membre du Tribunal de Cassation. Les commissaires apportaient leur œuvre, en germinal an IX, précédée d'un remarquable discours préliminaire. Après avoir été soumise à la Cour de Cassation et aux Cours d'appel, elle fut longuement et soigneusement discutée au Conseil d'État. [...] C'est la loi du 30 ventôse an XII qui réunit tous ces fragments en un seul Code sous le titre de Code civil des Français ; il prit plus tard le titre de Code Napoléon [...]. Le Code civil a conservé l'institution des registres de l'état civil et le mariage purement civil. Il a conservé le divorce, en écartant le divorce pour incompatibilité d'humeur. [...] Le divorce ne pouvait intervenir qu'après deux ans de mariage et ne le pouvait plus après vingt ans, ni quand la femme avait quarante-cinq ans. »

juristes qui, *a priori*, n'accréditent guère les idées de la Révolution³⁷⁷. Esmein précise le siècle suivant d'ailleurs, que « le *Discours préliminaire*, signé de Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu et Maleville, montre bien combien ces vétérans de la Révolution avaient abandonné les idées chimériques de ses premiers jours »³⁷⁸. François Denis Tronchet (1726-1806)³⁷⁹, royaliste apprécié de Bonaparte, est alors désigné président de la commission : c'est un formaliste rigoureux, modéré et conservateur, surtout après la Terreur³⁸⁰. Homme d'Ancien Régime, il a défendu Louis XVI et initiait, dit-on, Bonaparte « aux arcanes juridiques »³⁸¹. Émile Accolas, est alors aussi critique envers lui qu'envers Cambacérès :

*Tronchet n'a ni les dimensions d'un grand homme, ni celles d'un grand législateur ; dans un temps où personne ne sut garder sa dignité, il eut cependant le mérite d'une sorte de supériorité relative. Il était fils d'un procureur au Parlement de Paris et il parut d'abord au barreau ; mais sa voix sans timbre et voilée lui rendant les succès oratoires impossibles, il se voua aux travaux du cabinet. Il fut envoyé aux états généraux par la ville de Paris et se prononça, dès le commencement de la Révolution, contre tous les changements qui pourraient ébranler l'ancienne monarchie. [...] Après le 18 brumaire, il eut la faiblesse, tout aussi coupable pour un royaliste que pour un républicain, d'accepter la place de premier Président de la Cour de cassation et de se laisser pourvoir de la dotation de la riche sénatorerie d'Amiens. On prétend cependant qu'il n'aimait pas Bonaparte et qu'il ne cachait pas son éloignement pour lui. Tronchet fit partie de la Commission de rédaction du Code civil ; il y représenta les principes coutumiers en face des principes romains personnifiés surtout par Portalis et Maleville ; lors de la discussion, il eut pour fonction spéciale de faire l'éducation juridique de Bonaparte et de retoucher ses discours ; aussi celui-ci déclarait-il que Tronchet était le premier jurisconsulte de France*³⁸².

³⁷⁷ Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 33-34 ; Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 17.

³⁷⁸ Adhémar Esmein, *L'originalité...*, *op. cit.*, p. 10 ; sur les quatre commissaires, V. aussi, Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 12-13 et 15.

³⁷⁹ « Fils d'un procureur au Parlement de Paris, avocat à 19 ans, accomplit presque toute sa carrière sous l'Ancien Régime. Défenseur des prérogatives des Parlements, il refuse la réforme Maupeou en 1774. [...] Il est bâtonnier en 1789 », Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 78-79.

³⁸⁰ V. *Ibid.*, p. 78-79.

³⁸¹ Jean-Michel Poughon, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 14.

³⁸² Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, *op. cit.*, p. XLVIII.

Jean-Étienne-Marie Portalis (1746-1807)³⁸³, sans doute le rédacteur le plus connu et apprécié par Bonaparte, est lui aussi dépeint avec la même sévérité cinglante par Émile Accolas : « après Cambacérès, Portalis est le plus considérable des auteurs du Code Napoléon [...]. Il ne lui est inférieur ni en scepticisme, ni en esprit de basse courtoisnerie et il l'égalé en médiocrité »³⁸⁴. Pour autant, il est admis *d'ordinaire* de ce jusnaturaliste rationaliste³⁸⁵, que sa « capacité à dominer la technique juridique par une hauteur de vue » est « exemplaire », de même que sa « prudence politique »³⁸⁶. Portalis présente un curieux visage qui n'est pas sans rappeler les sources d'inspiration hétérogènes du Code : il adopte un versant jusnaturaliste et juspositiviste de la nature humaine. Il considère que l'être humain est moral, intelligent et libre, mais soumis malgré tout aux « grands principes du droit naturel ». Le droit naturel prend forme avec la Raison, qui « gouverne indéfiniment tous les hommes ». Elle est l'essence du droit naturel et c'est elle qui attribue à l'individu des droits qui lui sont inséparables. Cet « hymne à l'individu », expression du doyen Cornu, fait l'écho d'une certaine séparation entre Dieu et la Loi, ce juriste restant néanmoins favorable à l'influence du christianisme qui met les sociétés, « à l'abri du fanatisme et de la superstition ». Aussi et, à l'image de la fibre stoïcienne de Montesquieu, il considère que liens sociaux humains intéressent la législation, elle-même intimement liée aux questions religieuses et morales. Toutes ces formes normatives ne doivent pas être attaquées frontalement, mais intégrés³⁸⁷. D'où la dimension que peut parfois prendre le Code, qui dépasse le seul cadre

³⁸³ « Portalis naquit dans une famille de vieille bourgeoisie [...] et eut pour père un professeur de droit canonique à la Faculté d'Aix. Il s'établit comme avocat au Parlement de sa ville natale ; doué d'une parole aussi facile que ses principes, il dut à ce talent banal sa réputation d'éloquence. Jusqu'à l'époque du 18 brumaire, sa vie politique consista dans ses menées contre-révolutionnaires, dans sa participation au complot du 18 fructidor; enfin, dans ses relations d'exil avec le royaliste Mallet du Pan. Il était membre du Conseil des Anciens au moment du complot de fructidor ; il n'hésita pas à trahir son mandat et entra dans la conspiration. La veille du 18 brumaire, il correspondait avec Louis XVIII ; le lendemain, il s'empessa de se rallier à Bonaparte. [...] Portalis avait besoin d'une monarchie pour y mouvoir à l'aise sa vulgaire ambition. Bonaparte le fit successivement : commissaire du Gouvernement près du Conseil des Prises ; membre de la Commission de rédaction du Code civil ; conseiller d'État ; directeur général des Cultes. Comme membre de la Commission de rédaction du Code civil, Portalis exerça une influence prépondérante sur l'élaboration de l'Avant-Projet ; aussi fut-il choisi pour écrire le discours préliminaire, sorte de phraséologie, dépourvue de toute originalité, qui suffirait à fournir la mesure de sa valeur philosophique et oratoire. Comme Directeur général des Cultes, il prohiba le mariage des prêtres, en le déclarant attentatoire à la morale et à la religion ; quatre ans auparavant, il avait écrit dans un Exposé des motifs et dans un Rapport que le mariage des prêtres ne trouble point l'ordre légal », *ibis.*, p. XLVI-XLVII.

³⁸⁴ Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, *op. cit.*, p. XLVI.

³⁸⁵ André-Jean Arnaud, *Essai d'Analyse...*, *op. cit.*, p. 81.

³⁸⁶ Jean-Michel Poughon, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 13.

³⁸⁷ « À l'évidence les vertus du christianisme sont au moins équivalentes à ses spécificités transcendantales sur lesquelles il s'étend moins. En cela il précède Chateaubriand et même Ernest Renan », Yves Lemoine, Jean-Pierre Mignard, *Le*

du droit civil ; offrant là au droit, un pouvoir qui dépasse le seul cadre juridique. Si Tronchet est alors le défenseur attitré des coutumes, Portalis lui, se fait plutôt l'avocat du droit romain³⁸⁸. Le futur Ministre des Cultes reste sur certains aspects le plus « moderne » parmi les commissaires, notamment en raison de ses « références à l'École du droit naturel moderne, à la philosophie de Hume et de Locke ; au libéralisme économique, sa [...] défense des protestants ; son gallicanisme très net [...] ; son élection à 22 ans comme vénérable d'une loge franc-maçonne ; sa défense de l'esprit philosophique et de la raison, de la liberté et de la propriété [et] sa stigmatisation des "privilèges injustes et oppressifs" qui régnaient sous l'Ancien Régime ». Pour autant, il exprime clairement ses convictions, auxquelles l'expérience de la Révolution a conféré une vigueur nouvelle mais teintée par le même conservatisme que les autres commissaires : « si légitime soient-ils, les principes de liberté et d'égalité doivent être sagement interprétés et jamais dans un sens hostile à l'ordre public »³⁸⁹.

Enfin, Jacques de Maleville (1741-1824)³⁹⁰ et Félix-Julien-Jean Bigot de Préameneu (1747-1825)³⁹¹, sont tous deux faisant partie de l'ancienne noblesse, l'un originaire de Bordeaux et l'autre de Rennes. Ce sont deux modérés, peu révolutionnaires, qui feront de la « prudence et de

Défi d'Antigone..., *op. cit.*, p. 158-159 et 167.

³⁸⁸ Jean-Louis Thireau, « Fondements romains... », *op. cit.*, p. 11.

³⁸⁹ Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 81-87.

³⁹⁰ « Hautement royaliste, comme Tronchet, Maleville eut, comme lui, son jour d'inexcusable défaillance ; il le prit pour le désintéressement. Quoique né marquis, il avait débuté comme avocat au Parlement de Bordeaux. En 1791, il devint membre, puis président du Tribunal de cassation. Le commencement de sa vie politique ne data que du Directoire ; il fut alors élu au Conseil des Anciens, où il prit rang parmi les membres du parti monarchique. Maleville n'entra pas dans le complot du 18 fructidor ; mais il s'inclina devant le succès du 18 brumaire. Il redevint juge et plus tard président de la section civile du Tribunal de cassation. Il fut en outre l'un des quatre membres chargés de rédiger l'avant-projet du Code civil. Lors de la discussion, Maleville, fidèle à lui-même, se montra le champion convaincu du droit romain, se prononça en faveur du régime dotal et de la puissance paternelle et réclama contre le maintien du divorce dont il n'admettait qu'un cas, l'adultère de la femme. Il termina sa vie politique en reniant le 18 brumaire, c'est-à-dire en votant la déchéance de Bonaparte et le rappel des Bourbons » Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, *op. cit.*, p. L.

³⁹¹ « Le principal mérite de Bigot de Préameneu est d'avoir été la créature de Cambacérès. Il exerçait la profession d'avocat au Parlement de Paris lorsque éclata la Révolution. Son insignifiance n'empêcha pas que Paris ne le choisît pour un de ses députés aux états généraux ; il y témoigna de la profondeur de ses vues politiques, en soutenant que le roi était, autant que l'Assemblée, le représentant de la nation. Après le 10 août 1792, Bigot se tint caché à Rennes et ne reparut qu'au lendemain du 18 brumaire. Il fut successivement nommé : commissaire du Gouvernement près la Cour de cassation ; président de la section de législation au Conseil d'État ; enfin, ministre des cultes. [...] À la mort de Portalis, Bigot dut ainsi à son nom et à la fantaisie de Bonaparte le ministère des cultes. Il fut l'un des quatre rédacteurs de l'avant-projet du Code civil », *ibid.*, p. XLIX.

la modération [...], l'art de leur vie »³⁹².

Tous les quatre possèdent donc comme points communs d'être des hommes de l'Ancien Régime, mais aussi d'être d'éminents juristes, bénéficiant à ce titre d'une très grande renommée et jouissant d'une réputation « morale irréprochable », chose difficile après les temps troubles révolutionnaires. Jamais ils ne se mêlèrent aux nombreux trafics d'influence du Directoire et si aucun n'avaient siégé à la Convention, tous les quatre avaient été sérieusement inquiétés sous la Terreur. Ils se présentent ainsi comme des modérés, acceptant les principes révolutionnaires tout en étant critique de ses « excès ». En cela, ils ne se distinguent pas des juristes qui, dès le Consulat, ne semblent guère en général accréditer les idées révolutionnaires³⁹³. La Révolution avait même provoqué un certain « traumatisme » chez eux, en raison de l'« ébranlant gravissement » des soubassements sociaux et juridiques qu'ils avaient connu³⁹⁴. Ils développèrent un certain « sceptique » sur la nature humaine, faisant d'eux des conservateurs favorables à l'autoritarisme de Bonaparte. S'ils suivent le modèle des projets de Cambacérès, tout en réfutant l'exemple prussien, le Code de 1804 se limitant qu'au droit civil – définit comme l'ensemble des lois réglant les rapports des citoyens entre eux – il serait faux de considérer qu'il ne se résume qu'au droit privé. En effet, son influence dépasse les seules frontières du droit, au point de marquer l'ensemble de la société, de règles juridiques mais aussi morales, nouvelles³⁹⁵.

Finalement, le projet du Code civil est examiné à partir du 28 messidor an IX – le 17 juillet 1801 – par la section de législation du Conseil d'État. Cette section de législation contraind Portalis à abandonner son idée de livre Préliminaire³⁹⁶. Comme le précise Auguste Valette peu

³⁹² Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 78-79 ; Jean-Michel Poughon, *Le Code...*, *op. cit.*, p. 14-15.

³⁹³ Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 33-34 ; Saman Safatian, « La rédaction du Code civil », *op. cit.*, p. 56.

³⁹⁴ Xavier Martin, « Sur l'archétype humain... », *op. cit.*, p. 205 : « tant de carnages, de délations, de dépeçages, des torrents de sang jusqu'à la nausée... Benjamin Constant dira des Français, en 1793 : si la masse de cette nation est "véritablement aussi dégradée et férocisée qu'elle le paraît", il faut "faire des vœux" sans hésitation "pour l'extirpation de cette détestable race". Et il trace le mot "cannibalité". Il parle aussi (c'est suggestif) de "convulsions d'anthropophages" qui lui font "souhaiter" un précieux "repos sous le despotisme". »

³⁹⁵ Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 24 ; Jean-Michel Poughon, *Le Code...*, *op. cit.*, p. 15.

³⁹⁶ Il peut alors nous sembler que c'est en raison de cette absence de définitions claires et précises, que le Code ait pu bénéficier d'une telle souplesse lui ayant permis, *a posteriori*, son adaptation les siècles suivants. « Ce fut aussi sans contradiction que passa la suppression presque entière du livre préliminaire que M. Portails avait rédigé à l'instar du Livre des Lois de Domat et dans lequel il avait bien surpassé son modèle : on dit que le Code ne devait pas renfermer de définitions et que tout ce qui était *doctrine*, devait être renvoyé à l'enseignement du Droit dans les écoles. Je

après, cet abandon est dû à la nature du titre préliminaire, qui forme certes une préface, mais traitant plus du droit public que du droit civil proprement dit³⁹⁷. Cette participation active du Conseil d'État et les interventions personnelles de Bonaparte permet de nuancer l'idée que la codification est restée exclusivement entre les mains de quatre juristes³⁹⁸. La réussite politique et juridique de ce Code est ainsi indissociable de la personnalité de ses principaux rédacteurs dont le libéralisme modéré et le conservatisme³⁹⁹, permit une synthèse entre l'individualisme et le rationalisme juridique de la Révolution et la tradition de l'ancien droit français.

Napoléon avait souvent présidé les séances du Conseil d'État où l'on discutait les articles et, bien que peu compétent comme juriste, était parfois intervenu dans le débat par des boutades ou par des remarques qu'inspirait le bon sens. Mais, de là, à la légende qui voit en lui un éminent collaborateur dans l'œuvre du Code civil, il y a loin. Le Code civil est l'œuvre de la Nation, non celle des individus ; il renferme ce qu'a produit l'ancien droit et ce qu'a produit la Révolution, ramené à une commune mesure. La combinaison de ces deux éléments a été faite en général, [...] avec sagesse et habileté⁴⁰⁰.

À l'instar des révolutionnaires, les rédacteurs du Code considèrent la société comme un « conglomérat d'individus s'unissant volontairement ». L'individualité leur paraît l'élément phare de la condition humaine, ce qui ramène la vie sociale à un « artifice contractuel ». Si les individus

connais la règle, *omnis definitio injure periculosa est* ; cependant j'avoue que j'ai toujours regret à ce beau frontispice qui prévenait si agréablement en faveur du corps de l'ouvrage », Jacques de Maleville, *Analyse raisonnée...*, *op. cit.*, p. 4 ;

³⁹⁷ « Le titre préliminaire du Code Napoléon forme en quelque sorte la préface de ce grand ouvrage ; il traite du droit public bien plus que du droit civil proprement dit et c'est pour cela qu'on l'a mis en dehors des trois livres du Code », Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 17.

³⁹⁸ En effet, les *Travaux préparatoires* attestent des réels débats contradictoires qui ont eu lieu, au moins au sein du Conseil d'État. V. « Dans ces conditions, on peut comprendre qu'on ait pu, jusqu'à aujourd'hui, interpréter le Code comme l'expression de la conscience nationale, *a fortiori* du fait des larges emprunts à l'ancien droit et au droit intermédiaire, qui révèle, malgré le « coup d'État procédural » qui en a accéléré [sa] confection », Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 2014.

³⁹⁹ Toutefois, ce conservatisme n'était pas au goût de tous comme le rappelle André-Jean Arnaud. Face aux « trublions » qui reprochèrent notamment durant les séances au Tribunal que le régime de prendre une dimension contraire à la période révolutionnaire et le caractère répressif insufflé au Code, le futur Empereur aurait eu ses mots : « si l'on marche ainsi, je reprendrai mon sabre ». Arnaud en conclut : « le véritable auteur du Code civil français est donc idéologiquement [...] le bourgeois jansénisant et gallican éclairé de la fin du XVIIIe siècle, qui a traversé les vicissitudes de la Révolution. C'est lui, également le destinataire de ce Droit », André-Jean Arnaud, *Essai d'Analyse...*, *op. cit.*, p. 152.

⁴⁰⁰ Adhémar Esmein, *Précis élémentaire...* *op. cit.*, p. 332-333.

s'unissent, c'est au nom d'un bien supérieur à leurs stricts intérêts. L'accent individualiste de 1789 signifie que l'être humain n'est pas par nature isolé, solitaire, abandonné à lui-même. Il a besoin de vivre en société, ce qui le pousse à la rencontre, l'association avec ses semblables⁴⁰¹. C'est ainsi que le droit privé devient un objet politique, dont l'enjeu politique clef est « l'inaltérabilité des liens interindividuels »⁴⁰². De cet individualisme utilitariste, qu'il soit conscient ou non, les auteurs admettent l'individu comme au centre du raisonnement juridique et comme un être *libre*. Dans son *Discours Préliminaire*, Portalis développe l'idée qu'« en général, les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse. Leurs besoins les rapprochent ; leurs contrats se multiplient autant que leurs besoins »⁴⁰³. Auparavant, Cambacérès (1753-1824) disait déjà que « la liberté personnelle [est] la première dans l'ordre de la nature, elle doit être la plus respectée »⁴⁰⁴. Pour autant, cette liberté ne doit pas empêcher le Code de *guider* l'être humain vers un « ordre social vertueux », faisant la promotion de la paix et de l'ordre. C'est là qu'intervient le schéma anthropologique idéaltype du Code.

À cette période, la France est la première puissance démographique d'Europe, avec 27 millions d'habitants, dont 80% d'entre eux tirant leur revenu d'une économie agraire⁴⁰⁵. Pourtant, cette immense population n'empêche aucunement de les appréhender socialement *unitairement*, en raison de l'atomisme révolutionnaire. D'autant plus si l'être humain est décrit comme étant libre par nature. En vérité toutefois, c'est moins l'individu que la société dans son entièreté – quoique perçue atomiquement – qui intéresse les auteurs du Code. L'engrenage individuel, à s'avoir l'individu isolé, est indiscutablement lié à sa roue, elle-même pièce de la machine sociale : la famille⁴⁰⁶. Elle devient le dénominateur commun, soit le « monument

⁴⁰¹ Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 359 ; Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon...*, *op. cit.*, p. 64 et 80-81 ; V. aussi p 84 : « La pelure d'optimisme ôtée par la Terreur ne recouvrait, à bien y voir, pas beaucoup plus. L'idée de l'égoïsme comme seul carburant des attitudes est réellement un lieu commun de l'ère utilitariste, qui ne fonde qu'ainsi le pacte social, voulu de chacun, évidemment, « pour acquérir et non pour perdre. »

⁴⁰² Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 422.

⁴⁰³ Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire...*, *op. cit.*, p. 57.

⁴⁰⁴ Pierre-Antoine Fenet, *Recueil...* *op. cit.*, tome I, p. 104.

⁴⁰⁵ Louis Henry, Yves Blayo, « La population de la France de 1740 à 1860 », *Population*, 30^e année, n°1, 1975, p. 109. Cf. aussi, René Robaye, *Une histoire du droit...*, *op. cit.*, p. 52-53 : « à la fin du XVIII^e siècle [...] les paysans ne sont propriétaires que de 40% des terres. La propriété se répartit comme suit : 30% à la noblesse, 10% au clergé et 20% à la bourgeoisie. Ce dernier pourcentage augmentera considérablement après la Révolution, lorsque la bourgeoisie achètera massivement les « biens nationaux » confisqués au clergé et aux nobles émigrés. »

⁴⁰⁶ Sur la famille selon les rédacteurs, V. *infra*, p. 136-153.

public » le plus important de la loi civile : « la loi veut que l'état des hommes soit constaté par des monuments publics : elle est plus occupée des familles que des individus, le sort obscur d'un citoyen qui peut être injustement compromis dans son état, la touche moins que le danger dont la société entière serait menacée »⁴⁰⁷. Le Code est destiné à propager cet « esprit de famille »⁴⁰⁸, ce qui justifie l'importance accordée au mariage dans le Code. Son objectif est d'établir, selon Portalis, un « ordre constant dans les familles [tout en donnant] à l'amour un empire si réglé qu'il ne puisse jamais troubler cet ordre »⁴⁰⁹. Par conséquent, l'individualisme philosophique du Code Napoléon « n'a pas pour corollaire obligé une respectueuse ferveur pour l'individu »⁴¹⁰. Sa liberté s'arrête quand il peut devenir mauvais. L'intérêt pour la nature humaine ne trouve sa justification que dans l'intérêt général, comme l'explique le porte-parole des rédacteurs : « les lois s'occupent plus du bien politique de la société que de la perfection morale de l'homme »⁴¹¹.

Le rôle de la loi est de statuer pour tous, considérant « les hommes en masse, jamais comme particuliers ; elle ne doit point se mêler des faits individuels ni des litiges qui divisent les citoyens »⁴¹². L'intérêt public, collectif, que Portalis nomme « utilité publique » se définit comme « la loi suprême » en ce « qu'elle est la sauvegarde de tous ». Ainsi, « dans le droit civil, toute utilité particulière à la faveur de l'utilité publique, si elle ne la contrarie pas ; car le droit civil n'existe pas seulement pour cet être abstrait qu'on nomme la chose publique, il existe plus particulièrement pour chacun des individus qui composent l'État »⁴¹³. Pour autant, c'est faussement malgré lui que le Code est amené à s'occuper de la perfection morale individuelle, même s'il ne s'agit pas là de son objet premier. L'influence kantienne⁴¹⁴ – plus ou moins

⁴⁰⁷ Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire...*, *op. cit.*, p. 50.

⁴⁰⁸ Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 19.

⁴⁰⁹ Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire...*, *op. cit.*, p. 38.

⁴¹⁰ Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon...*, *op. cit.*, p. 18.

⁴¹¹ Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire...*, *op. cit.*, p. 26.

⁴¹² *Ibid.*, p. 23

⁴¹³ Pierre-Antoine Fenet, *Recueil des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vol., Paris, 1836, tome X, p. 263.

⁴¹⁴ Selon le philosophe de Königsberg, dont on connaît l'influence des idées de Rousseau, présente l'individu comme un être libre, mais dont la liberté peut lui être préjudiciable dès lors qu'il laisse son penchant naturel égoïste l'emporter. Cette liberté peut l'amener à devenir insociable, malgré la nécessité de la société pour lui. C'est pourquoi l'individu doit se soumettre *volontairement* aux lois morales, issues de la raison. Cette morale doit s'imposer autant à l'être humain qu'à l'État tout entier ; la pensée de Kant étant celle qui place le contrat social roussoïste non plus à l'échelle du groupe, mais à la fois, sur l'échelle individuelle où il convient de respecter les droits et celle de l'humanité tout entière. Ce faisant, les divisions sociales que l'espèce humaine vit au quotidien, comme les nations, n'ont pas de légitimité. V. Denis Touret, *Introduction à la sociologie et à la philosophie du droit, la biologique du droit*, Paris, Litec,

volontaire ou avouée – ne nous semble guère lointaine, quand Portalis écrit que l'individu est amené à obéir et à consentir à des sacrifices, volontairement :

*De bonnes lois civiles sont le plus grand bien que les hommes puissent donner et recevoir ; elles sont la source des mœurs, le palladium de la propriété [...] et la garantie de toute paix publique et particulière : elles le maintiennent ; elles modèrent la puissance [...] et contribuent à la faire respecter, comme si elle était la justice même. Elles atteignent chaque individu, elles se mêlent aux principales actions de sa vie, elles le suivent partout ; elles sont souvent l'unique morale du peuple [...] et toujours elles font partie de sa liberté : enfin, elles consolent chaque citoyen des sacrifices que la loi politique lui commande pour la cité, en le protégeant, quand il le faut, dans sa personne et dans ses biens, comme s'il était, lui seul, la cité tout entière*⁴¹⁵.

Si l'individu n'est pas un être de pure raison et s'il est amené à devoir obéir à des règles, c'est parce qu'il est aussi influencé par ses passions. L'un des principaux défauts du genre humain selon les rédacteurs est son « avidité » et cette vision se perçoit nettement dans l'idéologie du Code. L'ambition des auteurs est en effet de modifier l'individu dans son intérêt, en permettant à ses défauts d'être utilisés pour de bonnes fins, c'est-à-dire en faveur de l'ordre social ; il s'agit là d'utiliser cette faiblesse à des fins politiques toutefois⁴¹⁶. Le phénomène est d'autant plus vrai que selon les rédacteurs « cette faiblesse congénitale de l'espèce humaine est encore aggravée chez certaines personnes » et que cette faiblesse offre aux rédacteurs l'opportunité de se montrer plus autoritariste encore⁴¹⁷. Si l'individu n'est qu'un rouage parmi une machine plus complexe, la société, il doit être restauré – moralement – dans son propre intérêt. Le Code est ainsi censé façonner l'être humain, comme s'il était une « cire molle indéfiniment pétrissable », afin de former des citoyens « vertueux ». S'il n'est pas digne du bonheur de prime abord, il est de l'objectif du Législateur de le rendre plus moral et donc, digne de ce bonheur : « avant toute

1995, p. 160 ; René Robaye, *Une histoire du droit...*, *op. cit.*, p. 67 ; Paul Claval, « Chapitre 8 - La genèse... », *op. cit.*, p. 173.

⁴¹⁵ Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire...*, *op. cit.*, p. 13.

⁴¹⁶ Dans les *Travaux préparatoires du Code civil*, se dresse un portrait-robot de l'homme, qui apparaît comme « une mécanique d'appétits, ou bien rationnels, ceux qu'induit le calcul égoïste, ou bien irrationnels, ceux qui ressortissent aux "penchants", à l'affectivité », Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon...*, *op. cit.*, p. 15. V. aussi, *ibid.*, p. 389 ; Xavier Martin, « L'insensibilité... », *op. cit.*, p. 593.

⁴¹⁷ Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 109-110.

chose, il restait à faire de bons citoyens ; c'est à savoir : faire de bons fils et de bons pères, de bons époux, de bons amis »⁴¹⁸. C'est pourquoi le principe d'égalité promu par les révolutionnaires tend d'ailleurs à disparaître dans leurs discours. Les rédacteurs du Code civil estiment que l'espèce humaine n'est pas strictement égalitariste sur le plan naturel avec, par exemple, les mineurs qui manquent de maturité ou les femmes « victimes » des qualités et défauts que l'on attribue à leur genre : sensibilité, prodigalité etc. Portalis, considérant que « les hommes ne naissent égaux ni en taille, ni en force, ni en industrie, ni en talents », adopte ici une vision partagée à l'époque du Consulat, influencée notamment par les sensualistes et matérialistes du XVIII^e siècle⁴¹⁹.

Le nouvel ordre social contemporain, bien que déterminée par des penseurs postrévolutionnaires, s'il connaît dans le domaine juridique une influence non négligeable de la pensée Moderne⁴²⁰, applique un original libéralisme : inspirée par des Physiocrates, mais aussi par une histoire du droit administratif singulière, elle se distingue de la pensée des théoriciens libéraux britanniques classiques, Adam Smith en tête ; et cela, même si l'influence de l'atomisme du courant libéral reste indiscutable chez les juristes à l'origine de la codification. Les juristes qui ont survécu à la Révolution ont vu survenir une véritable « ère du Droit », démarrée sous le Directoire (1795-1799) – qui marque son empreinte sur la structure et l'importance de la famille – et qui s'intensifie jusqu'à la promulgation du Code⁴²¹. Ils en viennent à vouloir défendre un modèle social tourné non pas vers la liberté individuelle mais plutôt dans la direction d'un ordre familial nucléarisé et un ordre social plus réactionnaire et autoritaire que libéral. Si la Révolution amène donc avec elle son lot de réflexions sur la nature humaine et sur la place de l'individu dans

⁴¹⁸ Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 73. V. la citation de Portalis, *Supra*, p. 9.

⁴¹⁹ Cité par Jean-Philippe Lévy, « La révolution française et le droit civil », *op. cit.*, p. 103. V. aussi, Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 109-110.

⁴²⁰ Le retour de l'expertise juridique justifie par ailleurs l'attachement de ses juristes, à leur héritage premier : « le Code civil a créé un droit nouveau, mais avec des éléments empruntés à l'ancien », Jean-Louis Thireau, « Fondements romains et fondements coutumiers du code civil », *Droits*, n° 42, 2005/2, p. 3.

⁴²¹ Supprimées dans l'indifférence générale en 1793, les Écoles de droit ne réapparaissent qu'en 1804. Mises sous l'autorité du ministère de la Justice, elles n'ont qu'une mission : former les gens de robe au maniement du Code promulgué la même année. Cela conditionne le rôle de la doctrine française, qui a pour principal objet l'analyse explicative plus que critique du « monument législatif » de 1804. Ce faisant, les juristes deviennent un des piliers fondamentaux de la société, tandis que démarre dès le Directoire et suivant le légicentrisme révolutionnaire, « l'ère du Droit civil ». V. Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 26 ; Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 1 - Au temps de l'Exégèse », *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, « Quadrige », 2012, p. 37 ; Florent Garnier, *Introduction historique au droit, Leçon 10 : Sources et autorités du droit aux XIX^e et XX^e siècles : doctrine, jurisprudence et coutume*, UNJF, p. 2 ; Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 71 ; Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 46 et 100.

la société, pour les juristes, cet optimisme est plus discutable, souvent en raison – du moins partiellement – de leur propre vécu.

En somme, si le Code de 1804 est un monument législatif du XIX^e siècle amené à façonner et organiser la société française pour plusieurs siècles, il est également le fruit d'une violente rencontre entre les idéaux traditionalistes de l'Ancien Régime et ceux plus progressistes, hérités de la Révolution. Usant du droit romain par l'intermédiaire de ces deux sources, les rédacteurs du Code ont eu une réflexion hybride, dont le souci était avant tout d'assurer l'ordre, après ce qu'ils jugèrent comme étant le chaos révolutionnaire. L'objectif est d'asseoir le nouvel ordre social contemporain qui en était ressorti, en alliant ce besoin d'ordre, au besoin de préservation des biens et droits acquis, notamment par une nouvelle élite qui émerge avec la Révolution, issue principalement de la bourgeoisie d'Ancien Régime. Celle-ci a néanmoins évolué – notamment professionnellement et dans ses objectifs – après 1789, mais continue encore de se transformer. Parallèlement, la volonté du premier Consul, qui devint l'Empereur, est de stabiliser la société française dans un contexte de guerres constantes. Cela le conduit à devoir fusionner ces héritages différents, parfois antinomiques, tout en accentuant plus encore l'aspect autoritaire. Pourtant, l'œuvre des rédacteurs, de même que l'idéologie impériale, procède à un compromis pas moins efficace et qui paraît unifié. S'il existe hypothétiquement « une » idéologie du Code, il est recevable de considérer que l'œuvre de 1804 est cependant faite d'une argile suffisamment souple pour s'adapter aux régimes qui se suivent une fois l'Empire tombé, mais aussi suffisamment solide pour rester de marbre face aux intempéries politiques nombreuses que connaît tout le XIX^e siècle. Ce compromis a donné naissance à la société contemporaine qui s'exporte par la suite dans le monde entier, notamment par l'intermédiaire des conquêtes napoléoniennes et les colonies, de même paradoxalement par les progrès techniques et industriels pourtant guère appréhendés par les rédacteurs. Par conséquent, le Code nous apparaît autant comme un outil autant juridique, que politique, mais aussi économique et social. Il favorise un schéma original d'un libéralisme à la française, qui emprunte beaucoup aux physiocrates français du XVII^e siècle et déterminé par une vision de l'être humain bien particulière.

Titre second. L'ordre social contemporain et la première génération d'interprètes : un discours conservateur et individualiste

Il y a deux sortes d'interprétations, l'une par voie de doctrine, l'autre par voie d'autorité. L'interprétation par voie de doctrine consiste à saisir le véritable sens d'une loi, dans son application aux cas particuliers ; elle appartient proprement à la logique, qui nous apprend à diriger notre esprit dans la recherche de la vérité [...]. L'interprétation doctrinale est nécessaire surtout aux juges, aux arbitres, aux jurisconsultes. L'interprétation par voie d'autorité, consiste à résoudre les doutes et à fixer le sens d'une loi, par forme de disposition générale, obligatoire pour tous les citoyens et pour tous les tribunaux⁴²².

Lorsque l'Empire est à son apogée avec ses 30 millions d'habitants en 1810⁴²³, le paysage social du pays, voire de l'Europe entière est définitivement bouleversé⁴²⁴. En effet, les fonctionnaires officiant au sein du Conseil d'État et administrant l'Europe napoléonienne, diffusent ce nouvel ordre social et les idéaux révolutionnaires. L'action de ces fonctionnaires se complète avec celle des nouveaux propriétaires terriens, nombreux à la suite de la vente des biens nationaux, de même que celle des chefs de famille. Tous veillent à assurer la docilité de la population envers l'Empire, les conduisant à devenir les nouveaux idéaux-types individuels de la société contemporaine. Cette nouvelle élite devient même, concurremment à l'action politique, « indispensable » à l'assurance de la paix sociale⁴²⁵ (**chapitre premier**). Le XIX^e siècle, qui n'a guère pour lui la stabilité politique, voit alors s'affronter trois sphères d'influences sociales, dont le but est d'organiser et de diriger la société française. Tandis que les premières révoltes prolétaires occupent lentement mais de plus en plus distinctement la sphère publique, sous une aspiration

⁴²² Charles Bonaventure Marie Toullier, *Le droit civil français...*, *op. cit.*, p. 105.

⁴²³ Jean Tulard, *La France...*, *op. cit.*, p. 175.

⁴²⁴ Parlant du Code, Auguste Valette écrit : « établi par les conquêtes française en Italie, sur toute la rive gauche du Rhin, en Hollande, dans la Prusse rhénane, il a presque partout survécu à nos revers. Dans plusieurs pays, le même Code a servi de guide et de modèle pour la préparation de nouvelles œuvres législatives ; enfin il est en quelque sorte dans toute l'Europe le symbole de l'émancipation des peuples », *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 7-8.

⁴²⁵ Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 51 : « Le Code civil incarne assurément certaines valeurs sociales fondamentales, reçues par la société pour laquelle il est fait. Non seulement il contient des institutions, comme [...] la propriété, qui sont jugés indispensables à l'ordre social, mais il bénéficie d'un contexte favorable et réalise une œuvre de transaction et de compromis. La codification est concomitante d'un retour à l'ordre et conforte même cet ordre social. Elle clôt ainsi une période de troubles et est entourée d'un halo de bienfaits pour la communauté des juristes ».

nouvelle à la fois intellectuelle et artistique romantique, elle s'oppose à des notables et élites nobiliaires émigrés ; et ce, dans un contexte de retour de la monarchie, qui se remarque déjà sous l'Empire avec le retour de titres nobiliaires. Or, dès la chute de l'Empire, c'est paradoxalement la noblesse royaliste qui donne le ton au mouvement romantique à ses débuts, faisant face à de nouveaux notables, dans la perspective de dominer de la France. Ces notables, pour beaucoup bourgeois, restent malgré tout conscients de leur poids politique et de leur dynamisme économique. Par conséquent, ils supportent assez mal les prétentions de la noblesse ultra qui paraît déclassée. Entre royalistes traditionalistes, masses révolutionnaires et notables conservateurs⁴²⁶, les juristes doivent choisir leur camp. Ils deviennent le plus souvent les meilleurs avocats de l'ordre social déjà établi, même s'ils ne sont pas tous bourgeois eux-mêmes, certains étant originaires de milieux plus modestes⁴²⁷. La doctrine dominante cherche dans ce contexte plutôt à défendre l'intérêt le plus cher de cette nouvelle élite : que l'État continue de sauvegarder la libre initiative individuelle, surtout dans le domaine économique – ce qui est notamment visible par l'application libérale de la Charte⁴²⁸ – tout en essayant d'assurer une certaine *docilité* envers le pouvoir politique, de l'ensemble de la population. En ce sens, malgré de forts courants intellectuels en faveur d'une administration décentralisée, l'État continue sa lente centralisation administrative entamée avec la Révolution et l'Empire⁴²⁹ (**chapitre second**).

⁴²⁶ Ces trois groupes sociaux peuvent être pensés comme des groupes idéaux-types, dans le sens où, loin de représenter la stricte réalité, la simplification opérée par cette catégorisation permet d'accentuer des aspects empiriques et concrets : divergences politiques, sociales et comportementales, de puissance économique, etc. Sur l'outil idéal-type, V. *Supra*, p. 26-27.

⁴²⁷ C'est le cas par exemple de Charles Bonaventure Marie Toullier, originaire d'une famille catholique peu fortunée ou encore de Baptiste-Victor Proudhon, né d'une famille de simples agriculteurs jouissant néanmoins « d'une modeste aisance ». Cependant, leur ascension sociale assurée par leur titre de professeur ou de magistrat peut, *partiellement* du moins, expliquer le peu d'interférence qu'ont pu avoir leurs milieux d'origines sur leurs idéologies définitives. V. G. Dumay, *Étude sur la vie et les travaux de Proudhon*, Pedone-lauriel, 1878, p. 7 ; Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 73-76.

⁴²⁸ V. par exemple Toullier qui publie en 1823 la 3^{ème} édition de son *Traité*, tout entier « consacré à la philosophie politique puisqu'il y critique vertement le régime impérial (qui l'avait censuré) et y loue la Charte, sous l'autorité de laquelle il entend placer le commentaire du code civil », *ibid.*, p. 89.

⁴²⁹ En accroissant notamment ses tutelles sur les pouvoirs locaux, par le biais de crédits octroyés et dans un contexte de développement du droit administratif ; V. Georges Duby, *Histoire...*, *op. cit.*, p. 355-361 et 366 ; Philippe Rémy, « Le rôle de l'Exégèse dans l'enseignement du Droit au XIX^e siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, SHFD, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985, p. 105 ; Alain Pessin, « Chapitre 1 - Le mythe du peuple dans le paysage du XIX^e siècle », *Le mythe du peuple et la société française au XIX^e siècle*, sous la direction d'Alain Pessin, Paris, PUF, « Sociologie d'aujourd'hui », 1992, p. 13-15.

Chapitre premier. L'instauration définitive sous l'Empire du nouvel ordre social contemporain

L'analyse des créations sociales napoléoniennes, Code civil en tête, mais pas uniquement, permet de dévoiler une société postrévolutionnaire façonnée en priorité en faveur d'une élite à tendance « bourgeoise ». Car, s'il est vrai que le Code civil semble être l'expression d'une réalité socioéconomique bien précise, comme l'écrit André-Jean Arnaud⁴³⁰, c'est parce qu'il fusionne des institutions aussi juridiques, que sociales et économiques, en les plaçant comme nouveaux modèles idéologiques. Ainsi, en mêlant de manière originale les principes de la propriété et d'autorité, le but plus ou moins consciemment avoué est de mobiliser le plus de ressources dans le but d'un accomplissement social déterminé par la sphère politique. S'il est en premier lieu à dessein militaires et civils sous le Premier Empire⁴³¹, cette mission sociale change cependant par la suite vers une dimension moins militariste⁴³².

Lorsque la société d'ordres de l'Ancien Régime est abolie, la noblesse tombe de son piédestal. Le nouvel ordre social post 1789 favorise de nouveaux notables, tandis qu'apparaît sous l'Empire une nouvelle « noblesse ». Dans un premier temps, ces notables, grands propriétaires ayant souvent de l'instruction, de la fortune et des honneurs, souhaitent avant tout protéger leurs biens acquis lors de la Révolution, notamment issus de la vente des biens nationaux⁴³³. Durant la période transitoire entre le XVIII^e et le XIX^e siècle, cette nouvelle élite⁴³⁴, enfantée de la bourgeoisie de l'Ancien Régime, remplace définitivement la naissance par la richesse, en mettant fin à la noblesse des privilèges et lignagère. Pour autant, le pouvoir n'est pas entre leurs

⁴³⁰ André-Jean Arnaud, *Essai d'Analyse...*, *op. cit.*, p. 21.

⁴³¹ Georges Duby, *Histoire...*, *op. cit.*, p. 332-333.

⁴³² Nous verrons cela dans notre Seconde partie. V. *Infra*, p. 208 et s.

⁴³³ « Joseph de Maistre, apparemment, n'exagère guère lorsqu'il dit constater, en 1796 : "Personne ne croit à la légitimité de ces acquisitions ; [...]. On n'ose pas jouir pleinement" » Joseph de Maistre, *Considérations sur la France* (1796), Paris, 1988, p. 147 ; cité par Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon...*, *op. cit.*, p. 42 ; Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 453.

⁴³⁴ À ne pas confondre avec « aristocratie », il s'agit là d'une distinction sociale et non forcément politique. Il existe bien des éléments qui distinguent l'appartenance à un groupe particulier et spécialisé, mais ce ne sont pas ces éléments-là qui déterminent les personnalités politiques. Selon l'économiste et sociologue Italien, Vilfredo Pareto, se distingue les classes sociales, entre « masse » et « élite » et, ensuite, selon les élites, une élite non gouvernementale et une gouvernementale. C'est dans cette approche – une élite non gouvernementale – que nous entendons le terme « d'élite bourgeoise ». V. Pierre Avril, Jean Gicquel, *lexique de droit constitutionnel*, « Que sais-je ? », PUF, 3^e édition, 2012, p. 10 ; Vilfredo Pareto, *Traité de sociologie générale*, Librairie Payot, Paris, 1917.

mains, mais restent dans les serres de l'Empereur. À ce titre, les serviteurs de l'État, juristes pour une écrasante majorité d'entre eux, sont particulièrement mis en avant ; au point même de devenir de véritables modèles sociaux (**section première**). Dans ce contexte, le Code a pour mission d'asseoir un schéma type comportemental, qui va avec cette volonté de soumission tacitement acceptée. La prééminence des concepts de familles et de propriété, concepts érigées en véritables valeurs étalons prescrites par l'État, nous en disent alors beaucoup sur l'idéaltype souhaité sur le plan individuel, par le régime. (**section seconde**).

Section première. L'avènement d'une nouvelle élite sociale docile à l'égard de l'ordre social et politique impérial

Pour la majorité des penseurs de l'époque, de grands changements dans l'organisation sociale sont devenus indispensables. Le but est de « terminer » la Révolution, afin de replacer la société dans une situation calme et stable ; phénomène qu'avait débuté le Consulat, mais dont la stabilité semblait toutefois toujours compromise. Duvergier (1792-1877), Saint-Simon (1760-1825) et d'autres, considèrent par exemple, que la Révolution, malgré toute sa violence, n'a « point déterminé le changement que réclame le progrès des Lumières, parce qu'elle n'a point changé les principes sur lesquels se fonde le système féodal »⁴³⁵. La lecture critique de l'histoire révolutionnaire et napoléonienne laisse entendre que l'entreprise de Bonaparte se résume simplement à une résurgence de l'empire de Charlemagne⁴³⁶ ; preuve du tournant traditionaliste monarchique de l'Empire. Pour autant, la Révolution et la société impériale ont bien mis fin à celle de l'Ancien Régime avec le soutien d'une nouvelle élite sociale, même si apparaît une

⁴³⁵ Claude-Henri de Saint-Simon, Léon Halévy, Olinde Rodrigues, Jean-Baptiste Duvergier, Etienne-Marin Bailly, *Opinions littéraires, philosophiques et industrielles*, Paris, imprimerie de Lachevardière fils, Galerie de Bossange père libraire, 1825, p. 137 et 144.

⁴³⁶ « Depuis le quinzième siècle jusqu'en 1793, les Européens ont travaillé avec beaucoup d'ardeur à la désorganisation du système théologique et féodal, mais ils ne se sont point ingéniés à découvrir le système qui devait remplacer celui qu'ils anéantissaient. C'est seulement en 1793 qu'ont été commencés les travaux ayant pour objet la réorganisation de la société. Depuis cette époque, la société a été soumise à quatre expériences [...] La première expérience faite sur la société française a été celle par laquelle on a tenté d'y introduire les mœurs et les institutions des Grecs et des Romains cette conception radicalement absurde a été produite par les révolutionnaires les plus fanatiques [...] Cette première expérience avait un tel degré de jolie, qu'il n'aurait pas été plus ridicule d'entreprendre de vêtir l'âge viril avec des habillements de l'enfance. La seconde expérience a été celle entreprise par Bonaparte, qui a tenté de faire revivre le siècle de Charlemagne. Cette seconde expérience a été moins absurde que la première, par la raison que la rétroaction était moins forte. Mais ce qui avait été, de la part de Charlemagne, une conception portant le cachet d'un génie du premier ordre, n'a été, chez son imitateur [...], qu'une ineptie philosophique, soutenue par un grand talent et par une volonté ferme. L'entreprise de Bonaparte a commencé d'une manière brillante et séduisante pour la nation française, que ses succès militaires ont enivrée ; [...] Les hommes qui ont consenti à devenir les instruments passifs du conquérant, se sont gorgés de butin ; mais les institutions fondées par le général, qui a été le plus capable de tous les révolutionnaires [...] ne pouvaient point acquérir de solidité pour deux raisons : La première, que le système social conçu par Bonaparte avait pour base l'assujettissement matériel de l'Europe par la France ; ce qui ne pouvait [...] par conséquent exister que passagèrement puisque les Français sont en infériorité de force à l'égard du surplus de la population européenne. La seconde raison, relative à l'intérieur de la France, était le vice radical de l'institution qui plaçait en tête de la nation une nouvelle noblesse. [...] Cette institution ne choquait que faiblement le sentiment d'égalité qui est devenu dominant ; mais dès la seconde génération, ce sentiment se serait nécessairement révolté. Ainsi le système d'organisation sociale conçu par Bonaparte, [...] était [...] rétrograde », *ibid.*, p. 69-73.

nouvelle « noblesse » impériale, fine fleur de la nouvelle synarchie sociale du XIX^e siècle⁴³⁷. Désormais, la société française s'articule autour de « notables » qui aident à organiser la société, d'abord impériale, même si c'est sous la surveillance du pouvoir politique **(I.)**. C'est pourquoi, afin d'atteindre son objectif politique et social, que le régime consulaire, puis impérial, cherche à forger un nouvel idéaltype individuel et professionnel, en promouvant de nouvelles vertus publiques idéales. Le fonctionnaire, serviteur docile de l'État, souvent juriste, est amené à montrer l'exemple et devient un véritable idéal-type professionnel. L'être humain, vertueux, doit être en France, bien plus que dans tous les autres pays, un fonctionnaire ; c'est la voie à suivre **(II.)**.

⁴³⁷ La synarchie est le régime où règnent plusieurs princes ou groupes influents gouvernant simultanément. Si sur le plan politique, le pouvoir appartient à un monarque, sur le plan social, le pouvoir appartient bel et bien aux notables du XIX^e siècle – on parle de « gouvernement des notables –, dont la notoriété confère un véritable pouvoir et avec, une autorité locale incontestable. V. sur la définition de synarchie, V. Paul-Émile Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Paris, Tome 6, 2007, v° Synarchie ; Georges Duby, *Histoire...*, *op. cit.*, p. 355.

S1- La fin de la bourgeoisie de l'Ancien Régime et l'avènement d'une nouvelle élite sociale

*L'abolition des trois ordres, prononcée par le décret du 5 novembre 1789, sanctionné par le Roi, détruisit l'ancienne noblesse dans son essence*⁴³⁸.

Avec le décret du 5 novembre 1789, en plus de l'abolition des privilèges répétée dans la Constitution de 1791, la société d'ordres semble définitivement abolie⁴³⁹. Cependant, lorsque Bonaparte érige le gouvernement français en monarchie, comme l'explique à juste titre Toullier, le Consul cherche de nouveau le soutien des anciennes familles. S'il cherche à s'entourer, notamment par l'intermédiaire de dîners, d'hommes qu'il juge non pas sur la naissance mais sur leur capacité de travail et leur docilité – comme il le fait sur le champ de batailles – les anciens nobles sont loin d'être délaissés. Usant du stratagème de la nécessité d'« honorer d'éclatants services par d'éclatantes récompenses », tout en empêchant le retour de véritables titres féodaux qui pourraient nuire au pouvoir central comme sous l'Ancien Régime⁴⁴⁰, Napoléon en crée de nouveaux, appelés *majorais*, tout en faisant en sorte de s'assurer leur subordination⁴⁴¹. Les majorais sont censés aider à maintenir les acquis révolutionnaires, tout en assurant l'ordre public étatique. Ils sont attribués au « mérite », entendu selon les services rendus à l'État. Par conséquent, ils n'ont pas pour origine le lignage, mais la fidélité et le zèle envers l'ordre napoléonien. Ainsi, les postes les plus importants comme les plus modestes sont occupés par des personnes qui doivent incarner la fidélité et le sens du travail ; c'est tout particulièrement vrai pour le choix des membres du Conseil d'État, qui confère d'office un titre de comtes⁴⁴².

⁴³⁸ Charles Bonaventure Marie Toullier, *Le droit civil...*, *op. cit.*, p. 156.

⁴³⁹ *Ibid.*

⁴⁴⁰ V. Guy-Marie Sallier-Chaumont de Laroche, *Annales françaises. Depuis le commencement du règne de Louis XVI jusqu'aux états généraux, 1774 à 1789*, Leriche, Paris, 1813, p. 186, citant Lamoignon : « Le Parlement, la noblesse et le clergé ont osé résister au roi, [...] avant deux années, il n'y aura plus ni Parlement, ni noblesse, ni clergé ».

⁴⁴¹ Charles Bonaventure Marie Toullier, *Le droit civil...*, *op. cit.*, p. 158-159 ; V. aussi, Adhémar Esmein, *Précis élémentaire... op. cit.*, p. 326 : « Napoléon voulut créer une noblesse nouvelle qui puisse correspondre au mieux, avec sa nouvelle monarchie. Ces titres de noblesse, ne conféraient néanmoins aucun privilège légal et laissaient subsister l'égalité des citoyens devant la loi. Constitutionnellement il pouvait le faire [...], il s'agit là d'un droit régalien appartenant au titulaire du pouvoir exécutif ».

⁴⁴² Emil Ludwig, *Napoléon*, Paris, éd. et trad. française Payot, 2012, p. 160 et s.

De 1807⁴⁴³ à 1814, il y a plus de 3000 titres distribués, dont près de 67% pour les militaires et 22% pour les hauts fonctionnaires et l'ancienne noblesse⁴⁴⁴. Ainsi, malgré le fait que la majorité de ces derniers soit issus de la Grande Armée, on retrouve aussi aux rangs des comtes et barons, préfets, maires, conseillers généraux et plus globalement les hauts fonctionnaires ; ils forment une véritable nouvelle élite sociale, fidèle à l'Empire⁴⁴⁵. Toutefois, si la noblesse d'Empire est une des composantes des notables de la société impériale, tous les notables ne sont pas forcément nobles. Néanmoins, « bien que minoritaires chez les notables, les militaires sont au cœur de réseaux exerçant un ascendant sur l'opinion publique. Ils font figure de modèles pour les jeunes [comme les] riches [...] qui rêvent d'avoir un destin glorieux »⁴⁴⁶. Les officiers supérieurs, détenteurs de fortunes immobilières « appréciables », jouissent d'une excellente réputation et jouent par exemple un rôle important au sein de la société dans les collèges électoraux départementaux ou d'arrondissement⁴⁴⁷.

Les membres de cette nouvelle noblesse sont sept fois moins nombreux que la noblesse d'Ancien Régime abolie en 1790, passant d'un chef de famille noble pour 10 000 citoyens⁴⁴⁸. En dépit d'une incontestable prospérité de 1803 à 1811, les promotions excessives des soldats ou des fonctionnaires qui, distingués par Napoléon, deviennent maréchaux ou ministres restent du

⁴⁴³ Le premier titre est attribué au maréchal Lefebvre, qui est fait duc de Dantzig le 28 mai 1807. Il faut attendre cependant le 1^{er} mars 1808 pour que soient institués les titres hiérarchisés : Duc, Comte, Baron, Chevalier. Certains postes confèrent un titre d'office. Par exemple, les sénateurs et conseillers d'État sont automatiquement des comtes, tandis que le président et procureur de la Cour de cassation ou de la Cour des comptes sont barons. Le titre de chevalier est attribué sur la simple justification d'un revenu égal ou supérieur à 3000 francs annuellement. V. Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 432 ; Jean Tulard, *La France...*, *op. cit.*, p. 190 ; Georges Duby, *Histoire...*, *op. cit.*, p. 332.

⁴⁴⁴ Selon les mots de Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 409 : « La dictature napoléonienne s'appuie sur l'armée et sur les notables ». Les magistrats représentent 8,6%, les membres de la Cour, 1,5 et les artistes, moins d'un pourcent de cette noblesse. V. aussi, *ibid.*, p. 433 et s.

⁴⁴⁵ Sur les préfets, comme « notable parmi les notables », V. Pierre Legendre, *Trésor historique...*, p. 498-499.

⁴⁴⁶ Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 417.

⁴⁴⁷ Si le mérite acquis sur les champs de bataille devient un critère pour l'inscription sur les listes politiques locales, les fortunes foncières restent un critère déterminant. Les soldes des militaires restent relativement importantes : celle d'un général en activité varie entre 40 000 francs et 100 000 francs, ce qui représente entre deux et quatre fois le traitement d'un sénateur, conseiller d'État ou trois à six fois celui d'un archevêque. La solde d'un colonel ou d'un chef de bataillon, qui tourne autour de 5 à 7000 francs, est plus élevée que celle d'un ingénieur des Ponts et Chaussées ou un sous-préfet. De même, les généraux et les officiers supérieurs reçoivent des récompenses financières suivant les batailles et dotations nobiliaires. À titre de comparaison, un conseiller d'État reçoit 25 000 francs, alors qu'un ouvrier gagne en moyenne à Paris environ 1000 francs annuellement. V. Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 416-418 ; Jean Tulard, *La France...*, *op. cit.*, p. 191.

⁴⁴⁸ Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 433.

domaine de la légende. Sur le plan militaire par exemple, la montée en grade est moins impressionnante que sous certaines périodes exceptionnelles de la Révolution ; mais qu'il faut, malgré tout, relativiser⁴⁴⁹. Le temps des ascensions fulgurantes est désormais révolu et c'est dans ce contexte que débute véritablement l'ère des notables⁴⁵⁰.

Rassemblant entre 70 000 et 100 000 individus, ces notables « vertueux et dociles », forment un groupe se distinguant par leur fortune et « vertus publiques ». Les propriétaires terriens aux revenus élevés payent d'importants impôts, ce qui est censé symboliser le plus noble des services rendus à l'État. Les notables propriétaires sont même jugés comme étant les plus aptes à aider les représentants de l'État dans leurs communes⁴⁵¹. Le fait qu'ils possèdent tous les signes extérieurs de la notoriété, les amènent naturellement à être considérés comme des « guides naturels ». Cela fait donc partie indiscutablement des critères de l'idéal-type individuel impérial. Toutefois, leur notabilité ne dépend pas que de leur richesse foncière, mais aussi de leur aptitude à se rendre « utile »⁴⁵². Ces titres créaient ainsi une élite sociale non gouvernementale ; phénomène visible avec l'exemple du Sénat impérial, comme le met très bien en valeur plus tard, Esmein :

⁴⁴⁹ V. Bien qu'il existe des profils exceptionnels, comme ceux d'Antoine Santerre ou encore Auguste Tribout, qui tous deux, en cinq années de services deviennent général. Toutefois, dans les faits, il est difficile pour les masses populaires de connaître pareilles promotions, tant l'armée reste aux mains de l'élite sociale du moment. Aussi, la carrière des officiers est réglée par le mérite ou l'élection – le mérite se définissant selon l'ancienneté dans le grade mais aussi le passage dans des écoles théoriques. V. sur la question : Annie Crépin, « L'armée de 1789 à 1798 : de la régénération à la réforme, de la révolution à la récréation », *Inflexions*, n° 25, 2014/1, p. 159-168 ; Jean-Clément Martin, « La Révolution française et la fabrique des héros », *Inflexions*, n° 16, 2011/1, p. 117 ; André Consister, « La place de l'armée dans la Révolution française », *Revue du Nord*, tome 75, n°299, Janvier-mars 1993, p. 7-19 ; Bernard Gainot, « 2. De la Grande Nation à l'Empire. Allégeances et résistances », *Histoire militaire de la France. I. Des Mérovingiens au Second Empire*, sous la direction d'Hervé Drévilion, Paris, Perrin, « Hors collection », 2018, p. 589-590.

⁴⁵⁰ Jean Tulard, *La France...*, *op. cit.*, p. 197.

⁴⁵¹ V. Pierre Legendre, *L'administration...*, *op. cit.*, p. 49-50 : les communes peuvent dépenser au-delà de leur revenu « qu'autant que dix des plus imposés de la commune se réuniront au conseil municipal pour délibérer et voter. C'est un pas fait vers un meilleur ordre de choses [...] cette mesure si simple et si sage, qui se borne à appeler les propriétaires pour consentir des dépenses à leur charge [...] et qui les rend juges de l'utilité de ces dépenses. »

⁴⁵² Jean-Philippe Rey, « L'empire sur la société », *Histoire du Consulat et du Premier Empire*, Paris, Perrin, « Synthèses Historiques », 2016, p. 187-188 ; Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 409-415.

Il était créé dans son sein deux commissions, l'une de la liberté individuelle et l'autre de la liberté de la presse, auxquelles pouvaient être dénoncés les actes attentatoires à ces deux libertés. Après enquête, elles devaient saisir le Corps législatif, s'il y avait lieu. Cela aurait été une institution bienfaisante, [...] si elle avait fonctionné sérieusement. Mais, comme les précautions libérales en apparence prises par la Constitution de l'an VIII, c'était un simple décor destiné à masquer les actes du pouvoir absolu⁴⁵³.

Si l'Assemblée Législative a supprimé les anciens ordres de chevalerie, car contraires au principe d'égalité, il arrivait qu'elle ait parfois donné des uniformes spéciaux ou des armes d'honneur à ceux qui avaient accompli des actions « éclatantes ». Dans la droite lignée de ce comportement et, pour inféoder davantage la population par le biais d'un système de récompenses honorifiques, Napoléon conçoit la Légion d'Honneur avec la loi du 29 floréal an X⁴⁵⁴. Les valeurs du nouveau régime sont liées au mérite, entendu comme la fidélité et les services rendus envers le régime. Désormais, la Nation est constituée d'individus, *a priori*, libres et égaux, s'inscrivant dans un monde atomisé, mais où « l'honneur » veut que l'on s'oublie au profit de la communauté, au profit de l'État. L'image honorable que l'individu renvoie prend ici toute son importance car, si l'individualisme demeure, le discours sur l'honneur, le patriotisme et le sens du sacrifice rappellent les valeurs attribuées à la noblesse de l'Ancien Régime. Ainsi, loin d'une vision véritablement holistique de la société vue comme un ensemble – qui pourrait être supposée dans un tel régime autocratique – la création de la Légion d'honneur est un parfait exemple de *l'individualisme guidé* par l'Empire : l'estime qu'elle procure est synonyme d'abnégation envers la société, mais révèle la valeur d'un individu en particulier. Le sacrifice consenti en l'honneur de la Nation, de sa gloire, prévaut, mêlant le respect de l'individualisme à la primauté du collectif.

De manière plus pragmatique, la Légion permet aussi à Bonaparte de choisir lui-même sa noblesse. Elle est ainsi conférée à une nouvelle élite dont le rôle est de paraître méritante car ayant agi pour le « bien commun »⁴⁵⁵ ; c'est le mérite social reconnu qui s'exprime par cette distinction, mettant au ban toute aristocratie de lignage. L'idée a ainsi de quoi plaire à la nouvelle élite sociale issue en bonne partie de la bourgeoisie de l'Époque moderne, car elle comble une

⁴⁵³ Adhémar Esmein, *Précis élémentaire... op. cit.*, p. 278.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, p. 326.

⁴⁵⁵ Sur le « Bien commun », V. *Infra*, p. 186-188.

frustration passée, celle de l'utilité sociale non reconnue. La Légion confère d'office le premier grade de la noblesse d'Empire, soit le titre de chevalier. Elle devient, *de facto*, un élément-clé de la société, donnant une indication sur l'individu idéal voulu par le régime : militaires, sénateurs, hauts fonctionnaires et juristes y sont très largement plus nombreux que les artistes, industriels ou encore négociants. Les artistes par exemple, ne représentent qu'un pourcent des légionnaires⁴⁵⁶.

Le Consulat et l'Empire, dans le prolongement de la Révolution, ont littéralement enfanté la France moderne. Donnant corps et autorité à de nombreux projets esquissés depuis 1789, ils ont doté le pays d'un État aux prérogatives non seulement accrues mais rationalisées par les multiples réformes en matière d'administration, de droit, d'enseignement et de justice mais aussi de finances et de religion. Les "masses de granit" ont une réalité avérée. Le recrutement [...] de collaborateurs compétents, pétris du sens du bien public sinon totalement désintéressés, a conféré à son action une ampleur et, je dirais, une pertinence qu'elle n'aurait sans doute pas eue sans cela. [...] Napoléon a pu et su promouvoir tant au niveau des hommes que des idées une politique de synthèse et de fusion. [Une] de ses principales qualités fut d'avoir su canaliser les forces issues de la tourmente révolutionnaire ou rescapées de l'Ancien Régime pour les mettre au service de l'État nouveau. La promotion d'un corps de notables parmi lesquels il serait loisible de recruter les administrateurs du pays fut accompagnée de la mise en place des conditions de leur formation. Lycées, écoles et université mais aussi préfectures ou Conseil d'État furent autant de lieux destinés à forger l'élite politique du pays⁴⁵⁷.

Il est faux néanmoins d'associer le terme de « bourgeoisie » à celui de l'élite sociale impériale, dans son sens compris sous l'Ancien Régime, pour une autre raison : la bourgeoisie issue des Lumières, fait vite face à une très vive hostilité du gouvernement. En effet, ses critiques, qui ont destabilisé l'ordre social sous Ancien Régime, sont perçus d'un très mauvais œil. En réaction, la bourgeoisie intellectuelle subit une virulente censure, tandis qu'une propagande très efficace frappe avec vigueur le territoire impérial⁴⁵⁸. Le régime napoléonien use de nombreux

⁴⁵⁶ Natalie Petiteau, *Élites et mobilités, la noblesse d'Empire au XIX^e siècle*, Paris, La Boutique de l'Histoire, 1997, p. 37 ; Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 429-433.

⁴⁵⁷ Rey Jean-Philippe, « Conclusion », *Histoire du Consulat et du Premier Empire*, Paris, Perrin, « Synthèses Historiques », 2016, p. 455-456.

⁴⁵⁸ Depuis que Renaudot a fondé la *Gazette de France*, en 1631, première forme de presses écrites en France, celles-ci

stratagèmes afin d'influencer les esprits⁴⁵⁹ – notamment par l'intermédiaire de chansons populaires⁴⁶⁰ – tout en surveillant étroitement l'ensemble de la société. Depuis son coup d'État de 1799, Bonaparte cherche à étouffer toute opposition, principalement royaliste, limitant la liberté de la presse, le droit de réunion et en traquant ceux qui menacent le régime ou l'ordre public. Le gouvernement invite à ce titre à la délation : les généraux sur leurs officiers, comme les évêques sur leurs prêtres. Les forces de polices sont complètement refondues et multipliées. La concurrence entre les polices protège le gouvernement d'un Coup d'État, même si en contrepartie, cela peut aussi compliquer certaines résolutions affaires. Le nombre d'indics, de moutons et mouchards, explose. Même certains criminels d'hier, deviennent des serviteurs zélés et discrets de l'ordre impérial : l'ancien contrebandier Schulmeister, comme le faussaire et ex-bagnard Vidocq, sont sans doute, les deux plus célèbres exemples⁴⁶¹.

ont toujours eu tendance à être plutôt proche du pouvoir royal. À l'occasion, les ministres pouvaient interdire certains écrits et les directeurs de librairies étaient assistés par des censeurs, veillant « au bon esprit des publications ». Depuis la Révolution française et, phénomène que l'Empire ne fait que poursuivre, se met en place dans une « ère des masses » une intense propagande permanente. Après la brève et confuse période révolutionnaire, alternant liberté et « autoritarisme velléitaire », Napoléon, – qui avait conscience de l'influence des journaux à la suite de sa campagne d'Italie et de son excursion en Egypte – souhaite que les journaux soient à son service exclusif. C'est ainsi que débute le mythe d'un empereur démocrate, susceptible de convenir aux libéraux comme conservateurs autoritaristes. V. André Cabanis, *La presse sous le Consulat et l'Empire (1799-1814)*, préface de Jacques Godechot, Paris, Bibliothèque d'Histoire Révolutionnaire 3^e série n°16, Société des études Robespierriennes, 1975, p. V-VI et 1-3 ; Michel Mourre, *Dictionnaire Encyclopédique...*, *op. cit.*, v° Propagande, p. 4523-4525.

⁴⁵⁹ Jean Tulard, *La France...*, *op. cit.*, p. 181.

⁴⁶⁰ Chamfort disait déjà sous l'Ancien régime que « le Gouvernement de France était une Monarchie absolue, tempérée par des chansons » (Sébastien-Roch Nicolas de Chamfort, *Maximes, Pensées, Caractères et Anecdotes*, édition Ginguené, Maison d'édition T. Baylis, Imprimeur, Paris, 1796, p. 214). En 1793, la chanson populaire a fait sa « révolution ». En effet, nombre de chants révolutionnaires ont marqué les esprits à l'instar de la *Marseillaise*. Dès le début de sa carrière, Napoléon a veillé à entretenir autour de son propre personnage une légende. Il souhaite faire composer des chansons à la gloire de son régime, comme c'est déjà le cas dans le domaine de la peinture. L'argent est distribué sans compter et un auteur comme Lebrun, reçoit par exemple 1000 francs pour une *Ode antibritannique*. Est vanté ses victoires, comme sa magnanimité et son souci de « donner la paix ». V. Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 152 ; Olivier Coquard, « Chapitre I - De la dictature à l'Empire », *Lumières et révolutions. 1715-1815*, Paris, PUF, 2014, p. 189.

⁴⁶¹ Le « pauvre qui tend la main aux marches de l'église [...] écoute les conversations et dénonce les suspects », de même que les « belles rencontres sous les galeries du Palais Royal » peuvent conduire à des dénonciations pour suspicions politiques. Il n'est pas rare que le ministère de l'Intérieur viole les correspondances des ambassades étrangères. Selon les dires de l'Empereur, cela ne se fait que pour éclairer des soupçons de haute police et doit servir davantage à prévenir les correspondances dangereuses qu'à les découvrir. V. Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 58-71 ; Jacques-Olivier Boudon, *L'Empire des polices*, Paris, Vuibert, 2017, p. 28-61. V. plus en détail la question avec l'extrait des *Mémoires* du baron Fain, premier Secrétaire du Cabinet de l'Empereur, cité par Pierre Legendre, *L'administration...*, *op. cit.*, p. 96-97 : « En même temps que l'Empereur appréciait à leur juste valeur les informations que la police lui procurait tous les matins, il en puisait d'autres à une source plus mystérieuse, où les personnes que sa surveillance suprême avait besoin de connaître venaient elles-mêmes à leur insu révéler leurs passions, leurs

Parallèlement, dès 1799, Bonaparte s'applique à étouffer le plus possible la liberté de la presse. Trois mois après son arrivée au pouvoir, il fait disparaître par un arrêté la majorité des journaux, qu'il fait juger paradoxalement « hostiles à la République ». Des 335 journaux parisiens de 1790, il n'en reste plus que 4 qui, comme les imprimeurs, sont sous une étroite surveillance et doivent être assermentés : *Le Moniteur*, *Le Journal de l'Empire* – ancien *Journal des Débats* –, *La Gazette de France* et *Le Journal de Paris*. En 1800, la presse est surveillée par la cinquième division de police, qui devient le « Bureau de presse », faisant des journaux un « arsenal réservé » à ceux qui ont la confiance du pouvoir politique. Leur lecture devient en contrepartie d'un « ennui profond » selon l'opinion publique, car se complaisant à un conformisme adoratif, répétitif, dont les éloges sont souvent dictés par l'Administration⁴⁶². Dans ce contexte, le décret du 5 février 1810 supprime la liberté de la profession d'imprimeur, la transformant en un office sensiblement équivalent à ce qui existait avant 1789⁴⁶³. Paradoxalement, seuls les livres semblent éviter cette censure étatique. L'Empereur s'offusque même en apprenant que Fouché exerce un contrôle préalable sur eux. Pour Napoléon, il n'est pas – et c'est peut-être là toute la contradiction – question d'instaurer un système hostile à un régime libéral. Toutefois, les journaux ne méritent pas de bénéficier du même degré de libéralisme que le monde de l'édition. Les journaux deviennent alors un « puissant auxiliaire » de l'Empire, permettant d'exporter les « saines

menées, leurs intrigues et leurs faiblesses. Le secret de la poste, renfermé dans un dans un petit portefeuille de maroquin rouge et dissimulé sous l'inscription : Gazettes étrangères, passait donc à son tour sous les yeux de l'Empereur. Ce miroir magique était un meuble assez ancien dans le cabinet de France ; il avait été monté du temps de Louis XIV [...] Cette violation du cachet était un sacrilège sans doute, mais de la nature de ceux que les pontifes s'attribuent le droit de commettre [...] À Paris, une main dès longtemps exercée, mais invisible, savait saisir habilement, au passage du tri du départ et de l'arrivée, non seulement les lettres des ministres étrangers, mais aussi celles de tous leurs subalternes que l'on connaissait pour bonnes à consulter. [...] En vain l'art des enveloppes, des cachets et des chiffres s'épuisait n combinaisons pour échapper à de pareilles surprises. L'école de la rue Coq-Héron savait déjouer toutes les ruses... Chaque découverte en ce genre avait sa prime d'encouragement. Les employés de ce bureau s'y succédaient pour la plupart de père en fils ; leur état était ordinairement masqué dans le monde par quelque position fictive. »

⁴⁶² André Cabanis, *La presse sous le Consulat...*, *op. cit.*, p. 1 ; Jean Tulard, *La France...*, *op. cit.*, p. 185 ; Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 144 et, Michel Mourre, *Dictionnaire Encyclopédique...*, *op. cit.*, v° Presse, p. 4491-4492.

⁴⁶³ « Le nombre des imprimeurs était limité, comme [celui] des presses. Ceux qui se présentaient comme successeurs [...] devaient “justifier de leur capacité, de leur bonne vie et mœurs et de leur attachement à la patrie et au souverain” [...] La censure préalable était rétablie, facultative, il est vrai, mais de la part de l'Administration, à qui tout imprimeur devait immédiatement faire connaître les ouvrages qu'il avait reçus et qu'il comptait imprimer. Il est créé, comme dans l'Ancien Régime, un directeur général de l'imprimerie et de la librairie, qui choisissait les censeurs. Quant aux journaux et écrits périodiques, ils étaient plus maltraités encore », Adhémar Esmein, *Précis élémentaire...* *op. cit.*, p. 314-315.

doctrines et les bons principes »⁴⁶⁴. Savary – qui remplace Fouchet selon l’humeur de l’Empereur – écrit dans un rapport : « on est accoutumé dans toute l’Europe à les regarder comme la pensée secrète du Gouvernement [...]. Puisqu’on est convaincu généralement que nos journaux sont l’ouvrage du Gouvernement, il faut qu’ils le soient en effet, mais aussi une organisation telle que le Gouvernement ne puisse être compromis par l’imprudence ou l’indiscrétion des rédacteurs »⁴⁶⁵.

*La Convention avait proclamé la liberté de l’enseignement et créé les écoles centrales ; Napoléon supprima cette liberté et créa l’Université de France. [...] Mais cette dernière disposition ne devait pas être obéie. L’Université devait naître non comme nationale, mais comme impériale*⁴⁶⁶.

Après le contrôle de la pensée et de la conscience, Napoléon s’intéresse à l’éducation et à la fabrication des nouveaux intellectuels du régime. Une fois s’étant assuré que les élites présentes n’étaient plus un risque, il s’assure que le pays puisse toujours fournir des intellectuels et experts pour l’avenir, doté d’un savoir « utile » à l’action politique et d’un esprit conforme aux attentes du pouvoir⁴⁶⁷. Les lycées sont contrôlés par des proviseurs et les académies par des recteurs impériaux. De même, avec la loi du 10 mai 1806, l’Université impériale est créé afin de servir l’Empire. Si l’ère du droit a démarré avec le Directoire, c’est sans aucun doute avec ce grand retour des Universités que les juristes retrouvent leurs lettres de noblesse. Cependant, les Universités ne réapparaissent qu’au prix de leur liberté⁴⁶⁸. Leur corps est hiérarchisé et placé sous

⁴⁶⁴ Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 143 ; André Cabanis, *La presse sous le Consulat...*, *op. cit.*, p. 166-167.

⁴⁶⁵ Cité par Adhémar Esmein, *Précis élémentaire...* *op. cit.*, p. 317.

⁴⁶⁶ Adhémar Esmein, *Précis élémentaire...* *op. cit.*, p. 320. Sur l’organisation de l’Université impériale, voir p. 320-324.

⁴⁶⁷ Alain Desrayaud, « La formation des juristes... », *op. cit.*, p. 16.

⁴⁶⁸ « Nombreuses furent alors les voix qui protestèrent contre le caractère étriqué de l’enseignement – et ce, dès les premières années de la Restauration. Les facultés de droit telles qu’issues de l’Empire semblaient en effet n’avoir succédé à celles de l’Ancien Régime, qui étaient en décadence à la veille de la Révolution, que pour imposer une nouvelle forme de carcan intellectuel. Pourtant, sous le Directoire et le Consulat, des initiatives encourageantes avaient été prises pour opérer une jonction féconde entre l’enseignement du droit et la nouvelle pensée philosophique et politique issue des Lumières ; mais la dictature impériale avait interrompu ces efforts embryonnaires », Tristan Pouthier, *Au fondement des droits...*, *op. cit.*, p. 55. Il en est de même dans le domaine du religieux et du divertissement. Depuis le Concordat, les évêques sont nommés par le gouvernement et sont à son service ; pour preuve, l’instauration d’un catéchisme impérial. Les évêques – ou « préfets violets » – sont pour 47% d’anciens privilégiés de l’Ancien Régime et 33% de grands bourgeois. Aucun évêque n’est issu des milieux populaires, montrant par-là leur appartenance au monde des notables. Aussi, le pouvoir politique investit le secteur du divertissement. Poursuivant leur carrière au théâtre ou à l’opéra, comme sous la Révolution, les Berton, Mehul, ou

la tutelle d'un grand maître, sous monopole étatique. Elles sont surveillées par des recteurs et des inspecteurs et ont pour rôle de « diriger les opinions politiques et morales », dans le sens souhaité par le pouvoir politique. Cette réforme vise à centraliser et uniformiser la réglementation sous le poids de l'État de l'enseignement supérieur, comme pour toutes les œuvres et réformes civiles bâties par l'Empire⁴⁶⁹. Selon les mots de Cambacérés : « la Loi du 10 mai 1806 avait créé un corps d'enseignants et avait délaissée au gouvernement le soin d'organiser cette partie importante de l'ordre social »⁴⁷⁰. Or, avec la formation de ces nouvelles Universités impériales, les Facultés de droit confèrent aux juristes, malmenés par la Révolution, un prestige social certains, au prix de leur liberté⁴⁷¹ ; ce sacrifice est cependant librement consenti par la doctrine qui suit, qui se montre même être un serviteur zélé envers le pouvoir public. En effet, l'importance croissante accordée à l'Administration conduisent ces Facultés à devenir des centres de formation indispensable à la sauvegarde de l'ordre social contemporain, emmenant à ce que l'élite dirigeante, politique et administrative, soit dominée jusqu'à la fin du XIX^e siècle par des hommes à l'instruction juridique ; jusqu'à la fondation de l'École libre des sciences politiques par Émile Boutmy (1835-1906) en 1873⁴⁷².

La nouvelle élite sociale postrévolutionnaire qui s'impose peu à peu, si elle est au départ choisie selon son critère d'obéissance et sa capacité à maintenir l'ordre social établi, adopte paradoxalement des idées libérales. Toutefois, il s'agit d'un libéralisme soucieux de laisser à l'État un rôle fondamental : celui de « juguler » les forces sociales antagonistes, acceptant par conséquent, en matières de libertés politiques, qu'elles soient subordonnées « à une notion stricte

Kreutzer, qui vantaient la liberté et l'égalité en 1789, « loue » maintenant, le « Sauveur de la Révolution ». V. Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 148-149 ; Jean Tulard, *La France...*, *op. cit.*, p. 182.

⁴⁶⁹ V. Jean Tulard, *La France...*, *op. cit.*, p. 183 ; Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 449 ; Jacques-Olivier Boudon, « Napoléon et l'Université », *op. cit.*, p. 170 et s.

⁴⁷⁰ Cité par Jacques-Olivier Boudon, « Napoléon et l'Université », *op. cit.*, p. 175.

⁴⁷¹ La situation des juristes sous l'Empire n'est pas sans rappeler celle du XX^e siècle, tandis que ces derniers perdent peu à peu le monopole de la formation du haut personnel politique et administratif, d'abord avec le développement des Sciences politiques et administratives, puis avec la création de l'École Nationale d'Administration, au lendemain de la Libération. V. Pierre Legendre, *Trésor historique de l'État...*, *op. cit.*, p. 48-50.

⁴⁷² « Même après la III^e République, qui fraya la voie à une nouvelle extension des interventions de l'Administration, non seulement le secteur de la Justice demeura l'affaire des juristes [...] mais en bien d'autres domaines on les vit très nombreux sous tous les régimes. Or, une telle formation sociologiquement fondamentale avant création de l'ENA en 1945, devait maintenir une certaine tournure d'esprit favorable au légalisme, assurer la transmission d'un idéal conservateur dont le Code civil demeure le symbole », *ibid.*, p. 71.

de l'ordre social qui la conduit à l'abandon spectaculaire de ces libertés en cas de crise »⁴⁷³. Si on est loin du libéralisme idéal d'une bourgeoisie industrielle, qui devient pour autant le « fer de lance du capitalisme » au XIXe siècle, il s'agit là d'un compromis avec les volontés du pouvoir en place qui, sans doute, lui garantit une pérennité certaine tout au long du siècle à venir.

En somme, si l'ancienne bourgeoisie qui « campait avant 1789 aux portes du paradis élitaire », se voit propulsée au premier rang⁴⁷⁴, ce n'est pas sans concessions. Il faut soutenir le régime et lui être concrètement utile. Un certain pragmatisme remplace l'idéalisme des premiers temps de la Révolution, la France prenant un virage aussi dirigiste et autoritariste, qu'en théorie libéral. L'abolition du régime féodal bénéficie d'abord à la bourgeoisie, mais aussi à la paysannerie française en raison du vaste mouvement de vente des biens nationaux. Le phénomène est relancé à la suite de la promulgation du Code, ce qui permet de garantir dans les esprits l'irréversibilité des ventes. Les nouveaux petits propriétaires, paysans ou ouvriers, bénéficient eux aussi d'une nette amélioration de leurs conditions de vie, même si c'est en deçà des acquis des nouveaux notables, ce qui creuse l'écart entre les deux mondes⁴⁷⁵. La différence des salaires accentue d'ailleurs cette situation⁴⁷⁶; et si l'armée reste un moyen assuré d'ascension sociale, le fonctionnariat apparaît désormais comme un idéal professionnel, une voie possible pour changer de vie⁴⁷⁷, dans un contexte de « tertiarisation de la société française »⁴⁷⁸.

⁴⁷³ André Jardin, « Introduction », *Histoire du libéralisme politique. De la crise de l'absolutisme à la Constitution de 1875*, Vanves, Hachette Education, « Hors collection », 1985, p. II.

⁴⁷⁴ Guy Chaussinand-Nogaret, *Histoire des élites en France du XVI^e au XX^e siècle*, 1991, p. 281.

⁴⁷⁵ Jean-Philippe Rey, « L'empire sur la société », *Histoire du Consulat et du Premier Empire*, Paris, Perrin, « Synthèses Historiques », 2016, p. 181-182.

⁴⁷⁶ Divers par leurs professions, les notables le sont aussi par leurs revenus : de 1 000 à 30 000 francs pour les notables du Bas-Rhin ou la bourgeoisie d'affaires de l'Isère, un conseiller d'État reçoit 25 000 et un chef de division 12 000. Le salaire d'un manufacturier ou président du canton peut alors atteindre les 100 000 francs. À titre de comparaison, le traitement d'un ouvrier à Paris – là où la paye n'est pas la plus faible – est de 3 francs par jour. V. Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 416 et Jean Tulard, *La France...*, *op. cit.*, p. 191.

⁴⁷⁷ V. Les lectures romantiques du XIX^e siècle : *La Comédie Humaine* de Balzac, *Les Voyages extraordinaires* de Jules Verne, *L'Histoire naturelle et sociale d'une famille sous le Second Empire* d'Émile Zola, *Son Excellence Eugène Rougon* du même auteur, *À la Recherche du temps perdu* de Marcel Proust, etc. (liste loin d'être exhaustive), qui font paraître successivement sur scène ouvriers, hommes politiques, artistes, fonctionnaires, etc., tandis que dans la « belle société », des baronnes, banquiers et autres, les hauts fonctionnaires font figures de « crème de la crème » de Paris. V. Fabio Cancellieri, *La représentation de Paris dans la littérature du XIX^e siècle : entre mythe et réalité*, docplayer [en ligne], Esch-sur-Alzette, 2013, p. 135 ; Marie-Ève Thérenty, « Avant-propos », *Romantisme*, n° 136, 2007/2, p. 3-10 ; Arlette Michel, Colette Becker, Patrick Berthier, Mariane Bury, Dominique Millet, *Littérature française...*, *op. cit.*, p. 226 et s.

⁴⁷⁸ Marie-Cécile Thorat, « Naissance d'une classe sociale : les fonctionnaires de bureau, du Consulat à la Monarchie de Juillet. Le cas de l'Isère. », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, n°1, 32 | 2006.

§2- Le fonctionnariat : l'idéaltype professionnel de cette nouvelle élite sociale contemporaine

Une grande révolution, opérée en France [...] détruit, à peu près rapidement, l'ordre social [précédent]. Toutes les distinctions d'ordre furent effacées, toutes les hiérarchies artificielles abolies, toutes les influences subreptices annulées, toutes les corporations oppressives dissoutes. [...] Pour cela, il fut simplement décidé que nul ne pourrait être gêné dans l'usage inoffensif de ses facultés naturelles ; que toutes les carrières paisibles seraient ouvertes à toutes les activités ; que toutes les professions, tous les travaux, tous les services légitimes seraient livrés à la concurrence universelle. C'est en cela que consistait le nouvel ordre social [...] Dans ce nouvel état social, il n'y a plus de classes, d'ordres, de corporations, de communauté ; mais, à la place de ces agrégations diversement privilégiées ; mais à la place [...] ce qui était affaire de corps deviendra affaire de gouvernement ; une multitude de pouvoirs et d'établissements particuliers passeront dans le domaine de l'autorité politique⁴⁷⁹.

Si l'unité de cette nouvelle élite sociale n'est toujours pas faite, l'Empire ne lui attribue néanmoins qu'une seule vocation : celle de servir le régime. L'individu est perçu comme le rouage d'une machine plus complexe, la société, qu'il doit servir et obéir dans la perspective où celle-ci existe d'abord pour assurer le bien-être de l'individu. Or, dans ce schéma, les notables français, dont la fonction politique est « tout à fait évidente aux yeux de tous », sont amenés à promouvoir cette société nouvelle en participant de manière privilégiée à son Administration⁴⁸⁰. Suivant cette logique, le profil social idéal de ce que nous pouvons appeler le nouveau notable prend une nouvelle forme sur le plan professionnel : la fonction publique. Le fonctionnaire remplace le commerçant, l'homme d'affaires ou l'intellectuel des salons. Il sonne le glas de la bourgeoisie d'Ancien Régime, qui achetait des offices pour intégrer la noblesse de robe ; ici la logique est directement axée sur la soumission au pouvoir⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ Charles Barthélémy Dunoyer (1786-1862), cité par Pierre Legendre, *L'administration...*, *op. cit.*, p. 277-279.

⁴⁸⁰ Rey Jean-Philippe, « L'empire sur la société », *Histoire du Consulat et du Premier Empire*, Paris, Perrin, « Synthèses Historiques », 2016, p. 187.

⁴⁸¹ À ce titre, selon le commissaire Maleville, il convient « de faire une distinction entre le Français qui se fait naturaliser, qui accepte des fonctions publiques » et « celui qui entre au service militaire de l'étranger [...] ; le premier peut n'être pas considéré comme ayant absolument abdiqué sa patrie », il est alors de l'intérêt public ou Étatique, « de lui réserver le moyen d'y rentrer », Jacques de Maleville, *Analyse raisonnée...*, *op. cit.*, p. 34-35.

Poursuivant l'œuvre de la Révolution⁴⁸² qui après avoir supprimé les offices utilise de préférence des fonctionnaires élus, le Consulat et l'Empire en accroît le nombre⁴⁸³, mais en abrogeant le système d'élection. À la place, la nomination se fait là encore « au mérite »⁴⁸⁴. Sont alors créés de nombreux corps d'État aux traitements élevés⁴⁸⁵ : de 20 conseillers et auditeurs en 1805, le Conseil d'État voit leur nombre progresser de manière exponentielle, allant jusqu'à 350 conseillers en 1811. Le Palais-Royal devient un lieu privilégié, chargé de former des élèves – les auditeurs – destinés à peupler ministères, préfectures et ambassades dans tout l'Empire⁴⁸⁶. L'institution devient le centre d'exportation du modèle français, puisque de nombreux fonctionnaires chargés d'administrer les États vassalisés y font leur classe. Cesare Balbo (1789-1853), incarne cet idéaltype du fonctionnaire italien formé par le Conseil d'État : originaire du Piémont mais influencé par les nouvelles règles françaises, il est ensuite membre de l'élite bureaucratique italienne à l'origine du futur *Risorgimento*⁴⁸⁷. Le Code est ainsi utilisé en Italie pour faire intégrer « dans la culture juridique les idéaux de la démocratie et du droit naturel »⁴⁸⁸, avant qu'il ne prenne au lendemain de l'Empire, un tournant qui devait conduire cette vieille institution héritée de l'ancien Conseil du Roi, vers une voie plus libérale – d'un libéralisme à la française – dont il devient le garant⁴⁸⁹.

⁴⁸² V. sur le recrutement des fonctionnaires chez les anciens serviteurs de la monarchie sous le Directoire, Pierre Legendre, *L'administration...*, *op. cit.*, p. 162.

⁴⁸³ Le consulat succède ainsi « en douceur » au Directoire, notamment sur le plan de son organisation administrative. V. *Ibid.*, p. 43. Ainsi, dès les premières années de l'Empire, les *Statistiques des préfets* constatent que depuis 1789, le nombre d'employés de l'État a presque doublé. L'expansion constante de cette masse d'employés étatiques s'accroît tout au long du XIX^e siècle et « s'avère en rapports étroits avec la progression politique des classes moyennes ». Alors que s'élargit sociologiquement la participation au pouvoir politique, le pouvoir administratif devient si puissamment organisé sous la III^e République, que l'Administration devient non pas simplement une composante de l'État, mais une puissance presque autonome dans l'État ; c'est l'avènement d'un puissant pouvoir bureaucratique. V. Pierre Legendre, *Trésor historique...*, *op. cit.*, p. 68-69.

⁴⁸⁴ Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 55.

⁴⁸⁵ Pour rappel : « un conseiller d'État reçoit 25 000 F, un chef de division 12 000, un commis d'ordre 3000. À titre de comparaison un ouvrier gagne à Paris 3 F par jour. Au traitement s'ajoutent de nombreuses gratifications sans parler des honneurs (21 chefs de division sur 43 ont la croix de la Légion d'honneur en 1812) », Jean Tulard, *La France...*, *op. cit.*, p. 191.

⁴⁸⁶ Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 441.

⁴⁸⁷ V. notamment Luca Mannori, « De la “décadence” au “Risorgimento” ». Discours national et nouveau temps de l'histoire dans l'Italie des XVIII^e et XIX^e siècles », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 48, 2018/2, ou encore, Manlio Graziano, *L'Italie. Un État sans nation ? Géopolitique d'une identité nationale incertaine*. ERES, « Bibliothèque géopolitique », 2007.

⁴⁸⁸ Alpa Guido, « Le Code civil et l'Italie », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 57, n°3, 2005, p. 583.

⁴⁸⁹ Pierre Legendre, *Trésor historique...*, *op. cit.*, p. 73.

La Révolution, mais surtout le Consulat et l'Empire, sont donc des « étapes essentielles » à la réorganisation de l'Administration et à la construction des nouveaux départements, comme des États vassalisés. L'extension progressive des fonctions qui leur sont accordés et la volonté de succéder aux serviteurs de l'ancienne monarchie donnent lieu à une diversité et recrudescence des employés directs de l'État ; comme l'illustre notamment la nomination de commissaires, comme c'est le cas avec le Code⁴⁹⁰. À cette période cependant, le terme de fonctionnaire n'est réservé qu'aux agents qui détiennent une parcelle d'autorité – préfets, magistrats, chefs de division, etc. – et non à leurs subalternes ou plus petits employés. Toutefois, ce corps social hiérarchisé et discipliné se distingue déjà du reste de la société. Son « autorité » s'exprime par des uniformes et un positionnement protocolaire qui en font des *êtres à part*⁴⁹¹. Nombre de garanties juridiques sont accordés à ces nouveaux agents⁴⁹². S'agissant des plus petits agents, ils connaissent certes des conditions de vie plus difficiles dans un premier temps, mais durant l'ensemble du XIX^e siècle, leur statut n'a de cesse de s'améliorer⁴⁹³. Les fonctionnaires forment ainsi quasiment une caste⁴⁹⁴ privilégiée au sein de la société impériale, tandis que les professions libérales voient le retour des corporations. Néanmoins, ils ne forment pas, à l'instar de la bourgeoisie révolutionnaire, une classe sociale⁴⁹⁵. Ils occupent simplement une place importante, leur fonction étant source d'un certain prestige. Le travail non manuel et l'activité de bureau au service

⁴⁹⁰ Marie-Cécile Thorat, « Naissance d'une classe sociale : les fonctionnaires... », *op. cit.*

⁴⁹¹ Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 55.

⁴⁹² V. par exemple, Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif*, Paris, Larose & Forcel éditeurs, 1892, p. 64 : « Garantie administrative des fonctionnaires. – La poursuite contre le fonctionnaire qui a commis un acte vexatoire est un mouvement naturel chez celui qui est où se croit victime de l'acte ; tellement naturel, que les gouvernements ont toujours pris certaines précautions pour protéger leurs agents contre des poursuites engagées ab irato ; ces précautions appelées garantie administrative sont légitimes, à condition de n'être pas exagérées et de ne pas aboutir à la suppression des poursuites. [...] Définition du fonctionnaire - Le terme que l'on trouve dans les lois sur la matière est celui de « agent du gouvernement » (Déclaration des droits, 3-14 sept. 1791, art. 15 ; Constitution de l'an VIII, art. 75). Est agent du gouvernement tout homme dépositaire d'une parcelle de la puissance publique, si petite soit-elle. (Cass. 3 mai 1838) ».

⁴⁹³ Si le revenu minimum vital pour une famille ouvrière tourne autour de 850 francs, un préposé des douanes par exemple ne perçoit que 600 francs en moyenne. Il existe cependant une très grande diversité selon les postes et la localisation du fonctionnaire. V. Marie-Cécile Thorat, « Naissance d'une classe sociale : les fonctionnaires... », *op. cit.*

⁴⁹⁴ « Groupe social endogame, ayant le plus souvent une profession héréditaire et qui occupe un rang déterminé dans la hiérarchie d'une société », Larousse, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/caste/13658>. L'idée de *caste* se voit notamment à travers les auditeurs du Conseil d'État. À partir de 1809, il est nécessaire d'avoir un revenu et une pension familiale de 6 000 francs par an et, à partir de 1813, une licence de droit, ces filtres étant censés éviter l'entrée de personnes issues des « petites » bourgeoisies ou des masses populaires. V. Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 442.

⁴⁹⁵ Sur la conception marxiste de classe sociale, V. Pitrim Sorokin, « Qu'est-ce qu'une classe sociale ? », *Cahiers internationaux de sociologie*, Paris, PUF, vol. 2, 1947, p. 68-72.

de l'État sont grandement valorisés sur le plan social. À l'inverse, la bourgeoisie issue du monde des affaires et de l'industrie est placée sous l'étroite surveillance – pour ne pas dire tutelle – des agents de l'Empereur ; ce dernier se méfiant ouvertement des banquiers⁴⁹⁶. Quant à l'industrie, elle est principalement tournée vers la guerre et sous la limite du Blocus continental⁴⁹⁷.

Dans ce schéma social, la nouvelle notabilité exige une *vertu publique*, qui supprime la seule fortune. Le commerçant qui possède peu de biens fonciers, mais dont la réputation est « bonne », est privilégié par rapport au négociant ou commerçant qui accumule les propriétés, mais dont l'opinion publique – et surtout, le gouvernement – n'a pas un « satisfecit moral »⁴⁹⁸.

*La moralisation du droit [est] de nouveau dans la codification de 1804 par rapport à la législation révolutionnaire et aux projets précédents. Ce qui est nouveau, quoique déjà préparé sous le Directoire, c'est la réaction idéologique qui substitue au moralisme juridique jacobin, progressiste, moderne, égalitaire et républicain, c'est-à-dire proprement révolutionnaire, un moralisme juridique traditionnel, teinté de jansénisme et de conservatisme et influencé par le contexte politique et idéologique*⁴⁹⁹.

Cette réputation ou ce « satisfecit moral », est imprégné d'une morale censée déterminer le comportement de l'individu idéal-type. À ce titre, l'austérité dont doivent s'afficher les notables n'est pas sans rappeler le jansénisme prôné par les jurisconsultes de l'Ancien Régime⁵⁰⁰. Le faste ou le prodigue, même très riche, est mal vu. La « bonne société » regarde l'apparat ; il faut savoir paraître, tout en étant austère et humble. Voilà pourquoi les rédacteurs du Code ont fait le choix de privilégier la propriété, à la seule richesse. D'autant qu'elle est jugée comme étant plus

⁴⁹⁶ Marie-Cécile Thorat, « Naissance d'une classe sociale : les fonctionnaires... », *op. cit.* ; Jean Tulard, *La France...*, *op. cit.*, p. 191-193.

⁴⁹⁷ « Le commerce maritime qui fut le moteur de l'économie de l'Ancien Régime avec le système de l'exclusif et celui du trafic triangulaire, souffre du blocus. Le port de La Rochelle est ruiné. Marseille est victime de la prépondérance anglaise en Méditerranée. Bordeaux est moins éprouvé. Pour ménager ses commerçants, Napoléon autorise des exportations de grains et de vins à destination de l'Angleterre par le système des licences dont le produit de la vente va au Trésor. Calais, Boulogne et Dunkerque développent à côté du cabotage la guerre de course, forme légale de piraterie contre les navires de commerce britanniques », *ibid.*, p. 194.

⁴⁹⁸ Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 409-410.

⁴⁹⁹ Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 120.

⁵⁰⁰ Nous reviendrons plus en détail sur le rôle de la propriété dans le Code. V. *infra*, p. 154-169.

« morale » et rendrait son propriétaire plus *responsable*⁵⁰¹. Les valeurs morales des notables s'inspirent néanmoins paradoxalement ici de l'idéal de la vie de l'ancienne aristocratie, c'est-à-dire des rentiers.

La manière dont est enseigné le droit – formation quasi-indispensable pour les fonctionnaires – contribue à renforcer cette morale et la docilité envers le pouvoir qu'elle implique. En effet, les premières écoles sont constituées de professeurs qui se donnèrent pour objectif de former des professionnels ou praticiens et non des théoriciens critiques du Code⁵⁰² ; alors qu'il n'y ait aucune quelconque professionnalisation de l'étudiant au sein de l'Université impériale⁵⁰³. Or, ces enseignements restent indiscutablement influencés par un droit naturel, inspiré par la morale chrétienne⁵⁰⁴. Selon l'avocat et contributeur de la revue *La Thémis*, Victory Guy⁵⁰⁵, c'est d'ailleurs quelque chose de volontaire de la part des pouvoirs publics⁵⁰⁶. L'idée est

⁵⁰¹ « La bourgeoisie oscille entre deux modèles socio-culturels : l'un inspiré par l'idéal de la vie de loisir de l'ancienne aristocratie, l'autre reflétant les valeurs de l'effort et du travail. [...] elle penche le plus souvent vers le premier modèle. Elle achète donc des terres et notamment des biens nationaux qui grossissent le patrimoine foncier des aïeux », Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 383.

⁵⁰² Nous y reviendrons plus tard. V. *Infra*, p. 211, 220 et s. Delvincourt avait notamment remarqué que des copies de son cours circulés, avec des fautes toutefois. À la place, il a souhaité rédiger un ouvrage, dont le prix serait plus « modique » et ne comportant pas d'erreur ; l'ouvrage, même s'il comporte des manques serait potentiellement utile pour « les jeunes gens qui commencent l'étude de la jurisprudence [...] et même pour les personnes qui voudront avoir une légère connaissance des lois de leur pays [...] Je travaillais principalement pour des commerçants, c'est-à-dire, pour des personnes qui n'ont aucune teinture du Droit, ni même de la langue qui lui est propre ». V. Claude-Étienne Delvincourt, *Institut de droit civil français, conformément aux dispositions du Code Napoléon*, Paris, Tome 1, Gueffier imprimeur, 1808, p. vij-vijj.

⁵⁰³ V. Frédéric Audren, *Le « moment » 1900...*, *op. cit.*, p. 67 ; Frédéric Audren, Jean-Louis Halpérin, *La culture juridique française...*, *op. cit.*, p. 59-110 et son compte rendu Jean-Paul Andrieux « Frédéric Audren, Jean-Louis Halpérin, La culture juridique française, Entre mythes et réalités XIX^e-XX^e siècles, Paris, CNRS éditions, 2013, 330 ; p. », *Jus Politicum*, n° 12 : « Nul enseignement, au sein des facultés de droit, n'initie à la vraie nature de la profession, ne présente de principes déontologiques, ne forme à la rédaction d'actes, n'en prépare l'activité, n'en dévoile la "pratique". Si la délivrance d'un diplôme d'Etat permet d'ouvrir effectivement à l'exercice du métier, seul le stage en cabinet professionnel ou la fréquentation des salles d'audiences font le juriste. Pourtant, afin de justifier les "juristes lettrés" du titre, [Frédéric Audren] admet reconnaître que la bourgeoisie issue des facultés de droit détient "un capital scolaire", "une culture classique (latin et rhétorique)" ».

⁵⁰⁴ Nous y reviendrons là aussi plus tard, bien plus en détails. V. *Infra*, p. 181 et s.

⁵⁰⁵ Victory Guy, « Traité des Nullités de Droit, en matière civile ; par J. B. Perrin, avocat. – 1 vol. in-8. Paris, chez Bavoux, libraire, rue Git-le-Cœur, n°4 », *La Thémis, ou bibliothèque du jurisconsulte*, Tome 1, Paris, Baudoin frère, imprimeurs-libraires, 1819, p. 455.

⁵⁰⁶ « Les jeunes gens qui se destinent au notariat, ont peu de facilités pour s'instruire. L'éloignement des Écoles de Droit ; la durée considérable des cours, dont aucun n'a jamais été spécialement consacré à la science du notaire ; tout contribue, avec les anciennes habitudes, pour priver de toute théorie cette classe de fonctionnaires publics dont la plume, cependant, peut si facilement compromettre tant de fortunes. Quelques-uns prennent le grade de licencié, mais c'est le plus petit nombre et les autres n'apprennent à rédiger les actes que par l'habitude d'en copie », Victory

de rendre le fonctionnaire docile et prompt à accepter une pratique, un mode d'organisation de son travail, voire une vie, sans la remettre en question. Il engendre néanmoins un savoir certain, parfois même conséquent. La comparaison avec le domaine militaire est d'ailleurs aisée et il ne paraît pas exagéré de considérer que l'Empereur ait souhaité des fonctionnaires aussi dociles que pouvaient l'être ses troupes, pour gérer l'ordre civil interne, là où l'armée se chargeait d'assurer l'ordre dans les territoires étrangers.

Les atteintes à la morale sont même sanctionnées dans le Code, lorsqu'elles sont jugées menaçantes contre l'ordre public ou l'ordre social et contre l'image publique à laquelle renvoie la faute⁵⁰⁷. Dans l'espace politique et social, l'ordre public prime sur la liberté, mais uniquement sur son approche visible. Les notions d'ordre public et de bonnes mœurs restent vagues, offrant de la souplesse pour les interprétations à venir⁵⁰⁸, tout en garantissant l'existence d'une certaine « autorité morale » ; autorité répressive qui, selon André-Jean Arnaud, vient directement du jansénisant Portalis⁵⁰⁹, mais dont on peut dire qu'il fait aisément partie du « bocal » intellectuel de l'époque. Ce faisant, une interprétation liberticide est possible, même si les atteintes aux libertés individuelles sont exceptionnelles quand elles ne touchent pas l'image ou le caractère public de la faute⁵¹⁰. L'article 6 en est une preuve⁵¹¹. Cependant, cet autoritarisme est consenti

Guy, « Traités... », *op. cit.*, p. 443.

⁵⁰⁷ Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 123.

⁵⁰⁸ Portalis, se montre déjà favorable à cette « ouverture » interprétative : « tout prévoir, est un but qu'il est impossible d'atteindre [...] Un grand État comme la France, qui est à la fois agricole et commerçant, qui renferme tant de professions différentes et qui offre tant de genres divers d'industrie, ne saurait comporter des lois aussi simples que celles d'une société pauvre ou plus réduite. [...] Nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir », Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire...*, *op. cit.*, p. 15-16.

⁵⁰⁹ « C'est ici qu'intervient, de surcroît, l'autorité de la morale. Autorité répressive, encore et à laquelle, de tous temps, le législateur sut donner un nom au contenu incertain : les bonnes mœurs. Assez curieusement, l'expression avait été omise par le jansénisant Portalis. Elle fut réintroduite lors des discussions du texte devant les assemblées, bien que le Tribunat n'ait pas ménagé ses critiques à l'encontre d'un tel axiome de morale. [...] De même que la notion d'ordre public permet au gouvernant de se ménager une possibilité d'annulation de conventions privées, de même, celle de bonnes mœurs suppléera utilement, au cas de défaillance éventuelle, la notion d'ordre public. Cette dernière, relevant du Droit positif, risque, en effet, de ne pas recevoir application dans certains cas ; mais, alors, qui pourra s'opposer à l'intervention des bonnes mœurs, c'est-à-dire au retour à la morale », André-Jean Arnaud, *Essai d'Analyse...*, *op. cit.*, p. 49.

⁵¹⁰ V. par exemple, le cas de l'infidélité. *Infra*, p. 152.

⁵¹¹ « On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », Art 6, *Code civil des français*, éd. Originale et seule officielle, Paris, imprimerie de la République, 1804, p. 2. V. sur l'article 6 et le concept de bonnes mœurs : Dimitri Houtchieff, « Pour un retour aux bonnes mœurs... », *op. cit.*, p. 761-762 : « Les bonnes mœurs furent ainsi conçues comme une dépendance de l'ordre public : "en les mentionnant spécialement à côté de l'ordre public, l'article 6 n'a voulu que mettre ce point hors de discussions" ».

globalement en échange d'une sécurité – notamment matérielle – promise tacitement. Il s'agit en effet de la justification la plus fréquemment donnée sur le fait que le régime napoléonien soit parvenu à se maintenir « sans trop de heurts », du moins qu'il ne fût pas capable d'endiguer⁵¹².

Voilà [...] l'Homo civilis : cultivé, poli, « humain », vivant en société et suivant les bonnes manières, les usages, mais aussi homme régi par le droit et soumis à des règles juridiques avec ses semblables, règles qu'il peut aussi parfois créer dans ses relations avec d'autres particuliers [...] ; homme citoyen et sociable, sociable parce que citoyen, citoyen parce que (devenu ou rendu) sociable⁵¹³.

En somme, sous l'Empire émerge une nouvelle élite sociale légitimée principalement sur sa fonction. La notabilité est une récompense pour les services rendus à l'égard de la société, tandis que les honneurs, les titres, vont de pair avec la docilité, voire le soutien actif envers le régime. Le fait que le sens du sacrifice détermine l'idéaltype individuel, conduit à ce que le nouveau titre nobiliaire ne puisse pas se confondre pas avec la noblesse lignagère de l'Ancien Régime. Il ne s'agissait pas de restaurer une noblesse féodale, mais plutôt des titres « méritocratiques ». Conférés à des fonctionnaires et serviteurs de l'État, ces titres s'accompagnent souvent de terres et de droits particuliers, voire de « privilèges ». Parallèlement, l'ordre n'est pas devenu le synonyme de libertés. Il n'est pas question de faire la promotion d'un libéralisme effréné, mais plutôt de garantir la docilité de la population par l'affirmation du principe « d'égalité des droits »⁵¹⁴, à défaut d'être considéré comme un fait naturel. L'élite sociale de cette nouvelle organisation sociale est ainsi bien plus fidèle envers l'aigle impérial que la noblesse antérieure à 1789 ne l'était envers la monarchie ; noblesse parlementaire ayant été partiellement responsable de la chute de Louis XVI. Par conséquent, ces majorais font survivre une certaine inégalité sociale

Elles évoquaient alors une "honnêteté publique" admise par la société de ce temps. Si elles avaient autant de résonances romaines que de racines chrétiennes, elles n'étaient pas pour autant devenues indifférentes à l'héritage révolutionnaire : elles œuvraient "au respect des idées et des principes qui ont triomphé en 89, qui forment la base de la société moderne" ».

⁵¹² Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 93 et 367. À l'exception de la « petite guerre » ou guérilla menée par l'Espagne, qui relève néanmoins plus d'une révolte externe au territoire français qu'interne. V. sur le sujet : Patrice Gueniffey, « Chapitre 16 - Le tournant espagnol », *Histoires de la Révolution et de l'Empire*, Paris, Perrin, « Tempus », 2013, p. 579-617 ; Jean Tulard, « La guérilla et la contre-guérilla », *Napoléon, chef de guerre*, Paris, Tallandier, 2012, p. 239-254.

⁵¹³ Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 19.

⁵¹⁴ Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 433 ; Emil Ludwig, *Napoléon*, *op. cit.*, p. 159 et s.

que le Code civil lui-même ne cherche pas supprimer ; voire, peut sembler favoriser⁵¹⁵.

⁵¹⁵ Cette inégalité se perçoit notamment à l'égard des étrangers ou encore les non citoyens : « les droits civils ou privés, ceux dont on s'occupe dans le Code Napoléon (par opposition aux droits civiques ou politiques), appartiennent à tous les Français (art. 8), tandis que les droits politiques ne sont attribués qu'aux seuls Français mâles et majeurs ayant la qualité de citoyens (comp. art. 7) », Auguste Valette, *Explication sommaire du livre premier du Code Napoléon et des lois accessoires*, Paris, Marescq Aîné Libraire-éditeur, 1859, p. 8-9. V. André-Jean Arnaud, *Essai d'Analyse...*, *op. cit.*, p. II et s.

Section seconde. La famille et la propriété : les épines dorsales de la société impériale

Avant 1789, le droit civil se distinguait par sa forte diversité, surtout en matière familiale et successorale, avec un partage entre le droit canonique et la législation royale. Avec la Révolution, le premier des Droits de l'Homme qu'est la liberté se doit de desserrer de son étai le triple carcan religieux, féodal et familial, qui règne en droit civil. Voilà pourquoi cette liberté s'affirme en matière de droit de propriété, mais aussi sur la structure familiale. Sont votées par exemple diverses lois sur la place des enfants naturels ou sur les successions⁵¹⁶. Les intérêts de la bourgeoisie et de la paysannerie française se retrouvent autour d'un même socle d'idées, que l'on retrouvait déjà parfois sous la plume de la majorité des philosophes des Lumières : Diderot, Voltaire, Montesquieu, Rousseau, etc. Car, même si peu ont lu ces auteurs, l'influence de ce courant d'idées va bien au-delà des lecteurs. Si l'Encyclopédie, par exemple, n'avait pas plus de cinq mille abonnés, son influence va au-delà de ce chiffre en raison du développement de l'opinion publique depuis le XVIII^e siècle, mais aussi par le simple facteur des discussions et conversations, même si celles-ci sont souvent déformées ou simplifiées⁵¹⁷.

Bien qu'il fut très critique l'égard du Code Napoléon⁵¹⁸, même Accolas écrit plus tard qu'il s'agissait du « Code du droit de famille et du droit de propriété »⁵¹⁹. Seulement, le virage libéral de la Révolution n'est plus. Ensembles, ces deux institutions mettent en avant à la place toute la force coercitive et disciplinaire souhaité par le régime ; ce qui froisse d'ailleurs Accolas⁵²⁰. La famille et l'autorité parentale, puis maritale, sont désormais censées réunir les individus dans un cadre facile à diriger, en raison de la pression sociale et économique qu'elle peut exercer. Il en est de même pour le droit de propriété, qui est détenu par le « chef de famille » justement. Ces deux puissantes institutions forment par conséquence la colonne vertébrale de la société

⁵¹⁶ Pour ces dernières, l'objectif est d'assurer l'égalité entre les héritiers et d'empêcher la reconstitution des grands domaines du Moyen-âge et de l'Ancien régime. Cette législation est assortie d'un principe de rétroactivité, dont la date symbolique est choisie le 14 juillet 1789. V. Jean Hilaire, *Les origines du code...*, op. cit., p. 3.

⁵¹⁷ Jean-Philippe Lévy, « La révolution française et le droit civil », op. cit., p. 87-93 ; René Robaye, *Une histoire du droit...*, op. cit., p. 54-55.

⁵¹⁸ « Le jour où la France reprendra la tradition de la grande Révolution et rentrera en possession d'elle-même, elle remettra tous ses Codes au creuset ; ce jour-là, la liberté pénétrera dans tous les rapports juridiques et ouvrira la carrière à la science », Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, op. cit., p. XXI.

⁵¹⁹ *Ibid.*, p. XXXVI.

⁵²⁰ « La liberté des peuples, tel est le premier terme de la solution ; La confédération des peuples libres, tel en est le second », *ibid.*, p. IX. Nous reviendrons plus en détails sur le libéralisme politique d'Accolas, V. *Infra*, p. 307-316.

contemporaine.

Toutefois, à cette fonction stabilisante, s'ajoute une seconde, liée à l'apparence. L'image renvoyée par le père de famille ou le propriétaire est très importante. L'idéaltype individuel doit être visible et doit pouvoir servir d'exemple, afin que tous puissent y voir là un modèle comportemental. C'est pourquoi et, dans la continuité de la politique du Directoire, les rédacteurs du Code utilisèrent l'institution maritale afin d'amener la population vers un style de vie plus traditionaliste et hostile au célibat. Si la doctrine paraît « plus divisée sur les fins mêmes du mariage »⁵²¹, il est néanmoins aisé de percevoir dans leurs écrits les objectifs de cette institution : économique ou démographique, en plus d'être politique, avec le souci de rendre la population docile. Le mariage est censé inféoder l'individu à l'autorité publique. En obéissant à un chef de famille, l'ensemble de la famille apprend, dès le berceau, à obéir docilement à un chef hiérarchique et donc, au Gouvernement. Ce schéma formateur a pour objet d'assurer la pérennité de l'ordre social (I). S'interroger sur la sociologie du Code civil revient aussi à se demander quelle vision de la société avaient les codificateurs et, quels ont pu être les effets de cette législation sur les évolutions sociales au XIX^e siècle. Il ne fait pas de doute que la primauté de la propriété dans le Code Napoléon correspond à la domination des notables qui caractérise la période napoléonienne et une grande partie du XIX^e siècle. L'individu, notable et propriétaire, devient le modèle socio-individuel idéaltype souhaité par les rédacteurs, car la propriété acquiert avec un rôle de paix sociale très puissant. Pour tous les régimes qui succèdent à l'Empire, la propriété constitue même le fondement de l'ordre social, que la Charte de 1814 ne manque pas d'affirmer plus encore, en sauvegardant les acquis révolutionnaires⁵²² (II).

⁵²¹ Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 2 - L'ordre des familles », *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, « Quadrige », 2012, p. 79.

⁵²² Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 116 ; Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 3 - Le règne des propriétaires », *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, « Quadrige », 2012, p. 115.

§1- La famille comme institution disciplinaire, au service de l'intérêt public

L'institution maritale, dans son but de conforter l'ordre socio-économique, aliène l'ensemble de la famille. Dès la Révolution, le célibataire est mal vu, du moins parmi les masses populaires. Réminiscence de lois antiques, les révolutionnaires tentèrent de s'attaquer au célibat⁵²³. La cause est d'ordre démographique et économique. Le but est d'avoir des producteurs et des consommateurs, ce qui nécessite des reproducteurs. Le phénomène est encore plus vrai après la Terreur : le célibataire est dépeint comme un avare, égoïste, un « monstre politique », un « outrage à la nature ». Des taxes pèsent sur les non mariés de plus de trente ans – décret du 25 juillet 1795 – tandis que les « fêtes directoriales », en faveur de la « souveraineté du peuple », mettaient en valeur les citoyens les plus âgés et non célibataires⁵²⁴. Ainsi, le célibataire est perçu comme un paria : « le mariage est la loi primitive de la nature, ou plutôt c'est la nature en action. Le célibat est un vice que le législateur doit poursuivre »⁵²⁵. Parallèlement, divorcés comme célibataires se voient frapper de mesures discriminantes, comme l'interdiction à certains postes d'éligibilité. Or, il paraît « plus sage d'empêcher le mal en le prévenant qu'en le punissant » et c'est pourquoi c'est en honorant le mariage, qu'ils luttent contre le célibat⁵²⁶. Preuve supplémentaire du changement de paradigme par rapport aux premiers temps révolutionnaires, l'intellectuel des Lumières percevait souvent le mariage comme une ignominie. Il n'est bon que pour les masses, pour des raisons utilitaristes, tandis que le célibat avait la faveur des élites. Les intellectuels des Lumières ont ainsi une vocation de vieux garçons, à l'instar de Locke, Hume, Fontenelle, Voltaire, d'Alembert ou encore Kant. Cependant, « tous reconnaissent en outre l'urgence de restaurer un inusable tissu social par une totalitaire orientation des comportements de chacun ». Cette tendance est toutefois écartée avec le Directoire, dont l'influence sur l'esprit conservateur des commissaires est indéniable⁵²⁷.

⁵²³ « Tout citoyen, sitôt l'âge nubile accompli, sera marié », Morelly, *Code de la Nature* (1755), Paris, 1970, p. 144, cité par Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon...*, op. cit., p. 218-219.

⁵²⁴ Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon...*, op. cit., p. 218-247.

⁵²⁵ Pierre-Antoine Fenet, *Recueil...*, op. cit., tome I, p. 104.

⁵²⁶ Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, op. cit., p. 144-149.

⁵²⁷ Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon...*, op. cit., p. 64-65, 224 et 239 ; Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, op. cit., p. 36.

*Les deux lois du 20 septembre 1792 établissaient le divorce. Elles paraissent même le déduire, comme une conséquence nécessaire de ce que la Constitution de 1791 faisait du mariage un contrat purement civil*⁵²⁸.

Toullier (1752-1835), qui fait partie des premiers interprètes du Code issu des Universités impériales, explique que lorsque la première Assemblée Constituante proclame la liberté des cultes, il apparaissait déjà logique que la « loi civile, en renonçant à tout empire sur les opinions religieuses [...] ne pouvait forcer, ne pouvait plus, sans inconséquence, ordonner aux citoyens de faire bénir leurs mariages suivant les rites d'une religion particulière ». Voilà pourquoi il devint indispensable de séparer le contrat civil du sacrement de mariage, ce que garantit la Constitution du 3 septembre 1791, dans son Titre II, article 7⁵²⁹.

Comme le révèle plus tard justement Demolombe (1804-1887) ou encore Accolas (1826-1891) – membres de la deuxième et troisième génération –, lorsque la Convention admit le divorce par la volonté d'un des époux⁵³⁰, avec la loi du 20 septembre 1792, qui permet le divorce pour tous les Français sans distinction. Elle abolit également avec la séparation de corps ; institution qu'Accolas qualifie d'« injuste, immorale et inefficace »⁵³¹. Critique envers l'œuvre de 1804 – mais pour des raisons différentes –, les deux interprètes considèrent que le divorce est toutefois l'idée reprise par les rédacteurs du Code civil la plus proche des idées révolutionnaires ; et cela, même si les commissaires de Bonaparte gardent la séparation de corps, comme divorce pour les catholiques⁵³².

⁵²⁸ Adhémar Esmein, *Précis élémentaire... op. cit.*, p. 227.

⁵²⁹ Charles Bonaventure Marie Toullier, *Le droit civil...*, *op. cit.*, p. 417.

⁵³⁰ Avec « le divorce, dans le Code Napoléon, était la dissolution du mariage prononcée en justice sur la demande des époux ou de l'un contre l'autre. Le divorce doit être la constatation publique de la dissolution du mariage par la volonté des époux ou de l'un d'eux », Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, *op. cit.*, p. 259. V. aussi, « Tel est l'esprit qui a présidé à la confection du Code napoléon : "La loi, qui ne peut forcer les opinions religieuses des citoyens, ne doit voir que des Français, comme la nature ne voit que des hommes." (Portalis, dans la séance du Corps législatif du 16 ventôse an XI », Charles Demolombe, *Traité du mariage...*, *op. cit.*, p. 4-5.

⁵³¹ « L'ancienne législation française n'admettait pas le divorce. Législation de servitude, profondément pénétrée des idées monarchiques et catholiques, elle ne soupçonnait même pas que l'homme eût un droit ; elle n'admettait pas qu'il existât pour les sociétés un autre ordre que celui du droit divin et de l'oppression. [...] Cependant, l'ancien droit français fut lui-même obligé de faire sa part à une nécessité qu'il méconnaissait ; il admit le principe bâtard et contradictoire de la séparation de corps », Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, *op. cit.*, p. 259.

⁵³² *Ibid.*, p. 260.

Dès lors, en affranchissant le mariage de la doctrine catholique, il semblait [qu'on] le rendait dissoluble. On ouvrait cette faculté du divorce que le droit romain avait toujours reconnue et parfois si largement admise. Sans aller jusque-là, les nations protestantes avaient admis le divorce dans une mesure plus ou moins étroite. D'autre part, les idées courantes au XVIII^e siècle sur la légitimité des penchants naturels et sur l'inaliénabilité de la volonté humaine, conduisaient encore au divorce, ainsi que cette sensibilité, alors si chère, qui portait au soulagement de tous les malheurs : pouvait-on laisser enchaînés indéfiniment l'un à l'autre deux époux mal assortis ? Le divorce fut donc admis et il le fut sans réserve : ce fut presque le droit romain de l'époque classique. Il était admis sous trois formes : 1^o pour causes déterminées par la loi ; 2^e par consentement mutuel ; 3^e sur la demande d'un seul des époux pour simple cause d'incompatibilité⁵³³.

Portalis, en parlant au nom des quatre commissaires, affirme être convaincu que le mariage, « qui existait avant l'établissement du christianisme [...] et qui dérive de la constitution même de notre être, n'est ni un acte civil, ni un acte religieux, mais un acte naturel »⁵³⁴. S'il est alors naturel et non religieux, le divorce peut avoir lieu. Toutefois, s'il est de vigueur durant le Consulat et l'Empire, c'est plutôt à contrecœur pour le ministre des Cultes. Portalis est en réalité hostile au divorce en tant que fervent catholique⁵³⁵. Il s'agit là d'un des exemples du compromis opéré par le Code afin d'être accepté par tous, comprenant aussi des acquis révolutionnaires. Dans son *Discours préliminaire*, Portalis admet qu'en son temps, la liberté des cultes est une « loi fondamentale », tandis que la plupart des doctrines religieuses autorisent le divorce, faisant de celui-ci un élément de la liberté de conscience⁵³⁶. Quant à l'Empereur, il considère que « l'intérêt des mœurs » conduisent à ce qu'il vaille mieux le rendre difficile⁵³⁷. La question du divorce se pose donc au nom d'un retour aux bonnes mœurs, afin de garantir une certaine sécurité ou « garantie », en cas de « panne du mariage »⁵³⁸. Toutefois, si le Code napoléonien le maintient, ce

⁵³³ Adhémar Esmein, *Précis élémentaire...* op. cit., p. 227-228.

⁵³⁴ Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire...*, op. cit., p. 31.

⁵³⁵ V. Fenet, T. I, p. 492 et, Fenet, T. IX, p. 260 : « Si nous avons affaire à un peuple neuf, je ne l'établirai pas ».

⁵³⁶ « Aujourd'hui la liberté des cultes est une loi fondamentale ; et la plupart des doctrines religieuses autorisent le divorce : la faculté du divorce se trouve donc liée parmi nous à la liberté de conscience », Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire...*, op. cit., p. 38.

⁵³⁷ Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, op. cit., p. 150.

⁵³⁸ « Le fondement économique de l'institution apparaît clairement. Mais supposons que le but recherché ne puisse être atteint en raison d'une résistance de l'un ou de l'autre [...] Dans ce cas, la communication ne peut être rétablie

n'est pas sans arrière-pensées. Il rend ses conditions de mise en œuvre plus difficiles que sous la Révolution, notamment en y multipliant les entraves pour le divorce par consentement mutuel. La volonté des rédacteurs est de lutter contre un « marché de chair humaine que les abus du divorce ont introduit dans la société »⁵³⁹. Cette hostilité vient alors de l'objectif fixé à l'institution maritale :

Le Code civil, au dire de Locré, devait ramener « l'ordre dans les familles » et le faire régner dans la « grande famille de l'État ». En écho, Demolombe considérait, un demi-siècle plus tard, que le « bon ordre des familles » était la « plus sûre garantie du bon ordre de la société ». Cette conviction, largement partagée, des liens entre autorité domestique et stabilité politique est pour beaucoup dans le maintien, jusqu'aux années 1880, de la très grande majorité des règles du droit familial édictées en 1804⁵⁴⁰.

En l'absence d'une définition claire et précise dans le Code, le mariage a longtemps été défini selon les mots de Portalis comme « la société de l'homme et de la femme, qui s'unissent pour perpétuer leur espèce ; pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie [...] et pour partager leur commune destinée »⁵⁴¹. Dans la lignée de cette définition et par souci idéologique, la doctrine y ajoute une fonction politique : celui d'agir à la base de l'ordre social, comme source d'ordre public⁵⁴². Car, si le Code civil ne comporte pas de définition du mariage, il fixe en avec ses articles 144 à 202, l'ensemble de ses conditions de formes : âge minimum des époux⁵⁴³, autorisations parentales et consentement des parents, etc. Ce faisant, le Code civil

[...] que grâce à l'intervention d'une autre institution. C'est le divorce, dont l'effet est moins de rétablir un statu quo ante que d'établir un nouvel ordre de choses, de nouveaux rapports, en vertu desquels les joueurs pourront poursuivre la partie menacée un instant. Mariage et divorce ne forment donc pas un couple d'opposition. Ils sont, l'un une garantie de perpétuation des classes de joueurs, l'autre une garantie supplémentaire, [...] en cas de "panne" du mariage. Le divorce fait donc partie, dans la machine juridique qu'est le Code civil, de ces soupapes de sécurité qui évitent l'éclatement du système. Mais, considérées comme telles, elles doivent servir le moins possible. Cela montre que la culpabilisation organisée des divorcés (chantage à l'inéluctable traumatisme des enfants de ménages séparés, par exemple - comme si le mariage suffisait à assurer aux époux et aux enfants équilibre psychologique et épanouissement de la personnalité) a une résonance idéologique », André-Jean Arnaud, *Essai d'Analyse...*, op. cit., p. 130-131.

⁵³⁹ Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon...*, op. cit., p. 204-205.

⁵⁴⁰ Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 2... », op. cit., p. 77.

⁵⁴¹ Pierre Antoine Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome IX, p. 140.

⁵⁴² Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 2... », op. cit., p. 79.

⁵⁴³ Sur ce point, V. Charles Bonaventure Marie Toullier, *Le droit civil...*, op. cit., p. 422 : « on pensa, au Conseil d'État, que la règle du droit romain et canonique, originairement établie pour la Grèce et pour l'Italie, convenait moins à

marque le retour à un modèle traditionnel de l'organisation familiale, qui place le chef de famille au sommet avec de larges pouvoirs sur sa femme et ses enfants. C'est ici que se perçoit le plus l'héritage de l'Ancien Régime. Cette structure hiérarchique rigoureuse se traduit juridiquement par trois institutions du Code civil : la puissance maritale, l'incapacité de la femme mariée et la puissance paternelle⁵⁴⁴. Ces institutions ont des fonctions très précises pour la société. Selon Portalis toujours, « le mari est le chef de ce gouvernement. La femme ne peut avoir d'autre domicile que celui du mari. Celui-ci administre tout, il surveille tout, les biens et les mœurs de sa compagne »⁵⁴⁵. Or, bien qu'il adjoigne une « obligation morale de sagesse », l'époux est considéré comme « le plus fort » et donc, il « est appelé à défendre et à soutenir le plus faible ». Or, « un empire illimité sur les femmes, tel que nous le trouvons établi dans certaines contrées, répugnerait autant au caractère de la Nation qu'à la douceur de nos lois ». Cette soumission concerne aussi les enfants, bien qu'elle soit tempérée par des sentiments supposés ou souhaités de bienveillance : « [ils] doivent être soumis au père ; mais celui-ci ne doit écouter que la voix de la nature, la plus douce et la plus tendre de toutes les voix. Son nom est à la fois un nom d'amour, de dignité et de puissance »⁵⁴⁶.

Dans un contexte d'essor urbain et où la conception d'une vie privée est de plus en plus centrée autour du couple et des enfants, la famille nucléaire est privilégiée à la « grande ». L'idée de favoriser une puissance paternelle et maritale⁵⁴⁷. Cette tendance, lente maturation originaire de l'Ancien Régime, apparaissait déjà cependant dans l'article 4 de la Constitution de 1795, avant d'être retrouvée une approche sensiblement équivalente chez Portalis : « nul n'est bon citoyen, s'il n'est bon fils, bon père, bon frère, bon ami, bon époux »⁵⁴⁸. Toutefois, par manque de stabilité,

nos climats septentrionaux. On invoqua la règle établie en Prusse. Suivant le Code prussien, les hommes ne peuvent se marier avant l'âge de dix-huit ans accomplis et les filles avant quatorze ans aussi accomplis. On recula encore ce terme d'une année pour les filles ».

⁵⁴⁴ Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 32 ; René Robaye, *Une histoire du droit...*, *op. cit.*, p. 73-74.

⁵⁴⁵ Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire...*, *op. cit.*, p. 51 ; V. à ce propos, Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 134-135 : « Et d'abord, on comprend que la femme mariée n'ait, en principe, d'autre domicile que celui de son mari, avec qui elle doit habiter (V. art 214) et vivre dans la société la plus intime [...] De même encore, l'article 214 porte que "la femme est obligée d'habiter avec le mari [et] de le suivre partout il juge à propos de résider, etc." ; et cet article n'indique pas que cette règle reçoive exception, lorsqu'une séparation de corps a été prononcée entre les époux ».

⁵⁴⁶ Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire...*, *op. cit.*, p. 51-52.

⁵⁴⁷ Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 2... », *op. cit.*, p. 101.

⁵⁴⁸ A comparer avec, V. *Supra*, p. 9 : « c'est par la petite patrie, qui est la famille, que l'on s'attache à la grande. Ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils qui font les bons citoyens », Pierre-Antoine Fenet, *Recueil...*, *op. cit.*,

le Directoire a été incapable de procéder au vote d'une réforme générale sur la législation civile. À la place et, faute d'un réel consensus politique, les Directeurs insistent plutôt sur le rôle de l'instruction publique. Ils s'orientent vers une instruction des élites, favorisant pour le reste de la population les fêtes nationales comme source éducative⁵⁴⁹. Suivant l'esprit révolutionnaire et son esprit de fraternité entre citoyens, ces fêtes ont pour objet de raffermir les liens de fraternité et familiaux⁵⁵⁰. S'observe un retour à la « famille ancienne », dont le principe constitutif est l'hérédité, le même que pour l'ancienne société d'avant la Révolution. Le pouvoir du legs à l'égard des enfants fait l'image de la famille. C'est de lui qu'elle tire sa force⁵⁵¹. Ainsi, la famille apparaît comme le faisceau des liens du sang dans la droite de la paternité. Là où la paternité, cette majesté du foyer, est armée de force et entourée de respect, la famille est une, indivisée, compacte. Là où la paternité n'est plus qu'un mot et une image, la famille est débandée, éparse, dissoute ; et la communauté des intérêts, des sentiments, des traditions de la maison génératrice a cessé d'exister⁵⁵².

Trois sortes d'intérêts recommandaient cette institution à la plus sérieuse sollicitude du législateur : 1° l'intérêt général de la société ; - le mariage est source des familles ; or la société elle-même n'est que la réunion de toutes les familles ; le mariage est donc véritablement la base de tout ordre social ; et les lois qui le régissent, exercent d'ailleurs, sous tous les rapports, une influence profonde sur les mœurs publiques ; 2° L'intérêt des parties contractantes [...] ; 3° Enfin, jusqu'à un certain point, l'intérêt de la famille des futurs époux ; [...] (art. 203, 205, 207, 402, 404, 745, 913, 914, 1094, 2^e part.)⁵⁵³

tome I, p. 522.

⁵⁴⁹ Ces cérémonies publiques, surnommée « ministère de réconciliation » sont demandées à la Constituante par Talleyrand dans un rapport sur l'éducation, qui est à l'origine de l'article 301 de de la Constitution de l'an III : « il sera établi des fêtes nationales pour conserver le souvenir de la Révolution française, entretenir la fraternité entre les citoyens et les attacher à la Constitution, à la Patrie et aux Lois ». V. Gérard Conac, « La convention thermidorienne épisode réactionnaire ou transition novatrice ? », *La Constitution de l'an III. Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel*, Paris, PUF, « Politique d'aujourd'hui », 1999, p. 227.

⁵⁵⁰ Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 43.

⁵⁵¹ Edmond Goncourt, Jules Goncourt, « La Révolution dans les mœurs », *op. cit.*, p. 159-160.

⁵⁵² *Ibid.*, p. 159.

⁵⁵³ Charles Demolombe, *Traité du mariage...*, *op. cit.*, p. 2.

Demolombe par ces mots, révèle cette idée centrale qui domine déjà l'esprit des rédacteurs dès 1804⁵⁵⁴. En effet, s'il place l'intérêt général avant l'intérêt des parties contractantes, voire de leur famille, ce n'est pas un hasard. L'intérêt premier du mariage est politique. Il doit permettre d'unir les individus et les rendre dociles envers l'ordre social. En effet, la famille nucléaire a principalement deux fonctions : une fonction procréative⁵⁵⁵, comme elle l'a depuis toujours, afin de « perpétuer l'espèce » mais aussi une fonction coercitive clairement affichée sur le plan juridique et pas seulement morale, d'asseoir l'ordre public. Le Prince de l'Exégèse partage également l'avis de Portalis⁵⁵⁶ lorsqu'il écrit : « on ne saurait exprimer en des termes plus nobles et plus vrais le double but du mariage [...], la procréation des enfants, la conservation de la race humaine », tandis que cette « communauté indivisible d'existence [...] fait l'honneur et la moralité de l'union conjugale »⁵⁵⁷. En outre, elle est « la plus naturelle des sociétés »⁵⁵⁸. D'où l'importance accordée à l'âge pour lequel le mariage peut être conclu, ce que Toullier rappelle ainsi :

Le but du mariage est la procréation des enfants et la propagation de l'espèce. Les impubères n'ont donc pas les qualités requises par la nature pour contracter un mariage légitime. Mais l'âge de puberté varie suivant les différents climats ; et sous le même climat il varie dans les divers individus, selon leur genre d'éducation, selon le lieu qu'ils habitent dans leur enfance. Il est cependant nécessaire d'établir une règle uniforme et générale sur l'âge auquel les hommes peuvent contracter mariage. [...] La loi du 20 septembre 1792 l'avait [...] fixé à quinze ans pour les garçons et à treize ans pour les filles⁵⁵⁹.

⁵⁵⁴ En effet, son interprétation bien qu'*a posteriori*, se révèle très proche de l'esprit du Code. V. *Infra*, p. 229-233.

⁵⁵⁵ L'importance de la fécondation est réelle. Les discussions sur le mariage rapportaient par Maleville, révèlent par exemple que les mariages entre oncle et nièce ou entre tante et neveu : ceux qui se montraient favorable au mariage entre oncle et nièce, ne l'étaient nullement à l'égard des tantes et neveux car il était jugé, « originairement stérile ». À cet égard, Napoléon disait « vouloir multiplier les berceaux » et donna raison aux familles nombreuses en affirmant que la « meilleure des femmes [était] celle qui procréa le plus » V. André-Jean Arnaud, *Essai d'Analyse...*, *op. cit.*, p. 132 ; Napoléon, cité par Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 331-335.

⁵⁵⁶ « La société de l'homme et de la femme, qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie et pour partager leur commune destinée », cité par Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 158.

⁵⁵⁷ Charles Demolombe, *Traité du mariage...*, *op. cit.*, p. 1-2.

⁵⁵⁸ Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁵⁹ Charles Bonaventure Marie Toullier, *Le droit civil...*, *op. cit.*, p. 421.

C'est par l'action de la puissance paternelle, avec l'aide de son « legs familial », que le père de famille est censé « tenir au respect » ses héritiers présomptifs. Portalis reconnaît d'ailleurs à la succession cette place primordiale⁵⁶⁰ : « les successions, les contrats, sont les principaux objets d'un Code civil »⁵⁶¹. Or, cette docilité est exigible en raison des biens qu'il va pouvoir transmettre⁵⁶². Il en est de même pour la question du mariage, le contrat de mariage étant, « l'ensemble des conventions faites en vue d'un futur mariage [...] et ayant principalement pour but de régler l'association conjugale quant aux biens » et donnant « naissance à des intérêts pécuniaires », même lorsque les époux n'ont pas de patrimoine⁵⁶³. La vie commune est grevée de dépenses : entretien des époux, des enfants, leur éducation, etc. Tous ces éléments sont « le but du contrat de mariage »⁵⁶⁴ nous rappelle plus tard Antoine-Marie Demante (1789-1856). Aussi, le bon père de famille *doit* être, un propriétaire. L'autorité de celui-ci est jugée proportionnellement à ses possessions, faisant d'un père non-possesseur, un père à faible autorité. Le père propriétaire signifie qu'il est homme, à gérer rationnellement son patrimoine, valeur essentielle dans ce nouvel ordre social bourgeois et donc, il est supposé être apte à gérer sa famille. Par conséquent, le *bon* père de famille prend une connotation patrimoniale certaine, car c'est ce qui définit sa puissance et sa fonction éminemment politique : dans une société de plus en plus individualiste, « le rôle [des pères] est aussi, en contexte d'urgence, un rôle de restructuration civique »⁵⁶⁵. La fonction de « gestionnaire » d'enfants qui pèse sur le père de famille⁵⁶⁶ est si sérieuse que le mariage est le seul mode de légitimation des enfants nés hors mariage⁵⁶⁷.

⁵⁶⁰ Selon Portalis, le mariage est la société la plus naturelle, la plus sainte, la plus inviolable. Toute la société est donc intéressée à sa conservation dans des termes proches de ceux du droit romain, même si l'essence du mariage est l'union des personnes, elle est fondée sur la succession. V. Yves Lemoine et Jean-Pierre Mignard, *Le Défi d'Antigone...*, *op. cit.*, p. 170-171.

⁵⁶¹ Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire...*, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁶² « Aussi rétablit-on l'autorité des pères, que l'on veut quasiment absolue, par la résurrection d'une latitude testamentaire que la Révolution avait anéantie, afin, précisément, de désarmer les pères. Présument l'être humain totalement asservi à l'intérêt patrimonial, le législateur imagine ainsi l'ordre familial enfin restauré par une soumission envers les parents, fondée sur les espoirs et craintes successoraux ». V. Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon...*, *op. cit.*, p. 201 et s.

⁵⁶³ Antoine Marie Demante, *Cours analytique du Code civil, Traité du contrat de mariage*, Tome 6, Paris, E. Plon et Compagnie, imprimeurs-éditeurs, 1883, p. 1.

⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 2.

⁵⁶⁵ Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon...*, *op. cit.*, p. 251-252 et 269-270.

⁵⁶⁶ À ce propos, V. Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 311 : « La pensée du législateur est bien celle d'un droit général qu'ont tous les enfants, légitimes ou non, parce que les père et mère s'obligent envers eux par le fait seul de la procréation. »

⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 417.

Les futurs soldats, paysans ou encore fonctionnaires, doivent être éduqués par de bons pères⁵⁶⁸. Comme le rappelle Delvincourt le siècle suivant, dans l'Esprit du Code, « l'enfant doit honneur et respect à ses père et mère », tandis que ces derniers voient peser sur eux une obligation alimentaire⁵⁶⁹, proportionnelle aux besoins de l'enfant et aux « fortunes respectives des parties » ; là encore l'importance de la capacité de gestion et la fortune du père est fondamentale⁵⁷⁰. Les articles 203 et 204 du Code fixent ces obligations, en produisant à l'égard des parents divers devoirs. La principale de ces obligations est de « pourvoir aux besoins physiques, moraux et intellectuels de leurs enfants : c'est-à-dire, leur procurer non seulement la nourriture et l'entretien, mais encore une éducation convenable, selon la position et les ressources de la famille » précise Valette. L'entretien du futur citoyen est d'ailleurs si importante que la pension alimentaire est insaisissable⁵⁷¹. Cet intérêt dépasse le seul cadre familial, puisqu'elles « n'ont pas uniquement pour garantie la tendresse du cœur » mais aussi « le sentiment du devoir et le respect de l'opinion publique »⁵⁷². Jean-Baptiste-Victor Proudhon (1758-1838), contemporain à Toullier, ajoute que ce sont justement ces obligations qui légitiment le pouvoir de correction donné aux parents⁵⁷³. La loi prend en considération le bas âge de l'enfant pour accorder au père un pouvoir

⁵⁶⁸ L'utilité de la famille est alors autant économique que sociale, étant amenées à fournir producteurs et soldats, V. René Robaye, *Une histoire du droit...*, *op. cit.*, p. 70.

⁵⁶⁹ « La loi civile a dû s'occuper aussi du soin de régler ces droits et ces obligations d'une manière précise : de-là les dispositions relatives à la puissance paternelle [...] les père et mère [sont] obligés de nourrir et élever leurs enfants [Mais ces derniers] ne peuvent, comme autrefois chez les Romains, forcer leurs parents de leur procurer un établissement. Réciproquement et par une suite de la même obligation, les enfants doivent des aliments à leurs père et mère et autres ascendants, en cas de nécessité. Cette obligation est même étendue aux gendres et belles-filles envers leurs beau-père et belle-mère » Claude-Étienne Delvincourt, *Institues de droit civil français, conformément aux dispositions du Code Napoléon*, Paris, Tome 1, Gueffier imprimeur, 1808, p. 144-145.

⁵⁷⁰ *Ibid.*, p. 146 ; V. aussi à ce propos, Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 313 : « De l'obligation alimentaire. – Généralités. – Fournir des aliments, c'est mettre à même de pourvoir aux besoins de la vie matérielle [proportionnellement] au besoin de l'une des parties et à la fortune de l'autre » et enfin, V. aussi *Ibid.*, p. 309-310, pour qui l'article 203 fait peser sur les pères et la mère les devoirs de « nourrir, entretenir et élever leurs enfants », du seul fait qu'ils aient contracté ensemble le mariage. Il précise ensuite que cette obligation pèse envers les conjoints mais aussi les enfants à naître.

⁵⁷¹ Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 314 ; S'il y a plusieurs débiteurs – par exemple en raison d'une pluralité d'enfants – l'obligation est indivisible et de ce fait, « point susceptible d'exécution partielle ». Par conséquent, chaque débiteur d'aliments est tenu de la somme totale. Il s'agit donc, d'une dette solidaire entre tous les débiteurs possibles, si le juge la considère nécessaire pour la sécurité du créancier. V. *Ibid.*, p. 320-321.

⁵⁷² Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 309.

⁵⁷³ « Lorsqu'un enfant en puissance a donné, par sa conduite, des sujets graves de mécontentement à ses père et mère, la loi attache à la magistrature domestique dont ils sont revêtus, un droit de correction, par voie de détention, dont l'usage est réglé proportionnellement sur l'âge et l'état de l'enfant », Jean-Baptiste-Victor Proudhon, *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code civil*, considérablement augmentée par M. Valette, Tome 2, Dijon, Victor Lagier libraire-éditeur, 3^e édition, 1845, p. 241.

plus absolu, parce qu'il est suspecté d'agir avec moins de passion, vis-à-vis d'un être plus faible ; là encore une caractéristique du *bon* père de famille. Néanmoins, cette règle reçoit des exceptions dans des circonstances particulières : « la première, lorsqu'il s'agit d'un enfant du premier lit et que le père est remarié (article 380), parce qu'il n'est que trop fréquent que le convoi à secondes noces du père, altère ses sentiments d'affection à l'égard des enfants du mariage précédent. La seconde, lorsque l'enfant a des biens personnels (382), parce qu'il serait possible qu'on voulût le forcer à des sacrifices »⁵⁷⁴.

Fonctionnant comme un laboratoire miniature, où un petit État dans l'État, la famille est l'institution clef qui assure le respect de tous ses membres à l'ordre social établi. En bâtissant la famille sur le principe d'autorité, le Code y place un chef suprême, à l'image de l'État impérial. En effet, la gestion de la famille pèse d'abord logiquement sur les parents et, en premier lieu donc, au détenteur de la puissance maritale. Selon la formule de Demante, le mari est le détenteur exclusif de « l'administration de la société conjugale », même s'il existe « divers bénéfices » qui sont censés protéger la femme d'une mauvaise gestion du mari⁵⁷⁵. Selon Portalis et, à l'instar des jurisconsultes de l'Ancien Régime, c'est la raison qui pousse la femme à la soumission. La femme idéale est une épouse, mère soumise à la tutelle maritale et à la « servitude domestique »⁵⁷⁶. Néanmoins, cette obligation qui découle du mariage peut aussi peser sur les ascendants et leurs descendants légitimes, voire entre certains alliés en ligne directe rappelle Valette⁵⁷⁷. La transmission de cette autorité révèle l'importance accordée à la place de chef de famille, mais aussi la place juridique de la femme par ailleurs.

⁵⁷⁴ Jean-Baptiste-Victor Proudhon, *Traité sur l'état des personnes...*, *op. cit.*, p. 243.

⁵⁷⁵ « C'est au mari, comme chef, qu'appartient exclusivement l'administration de la société conjugale. Chargé par la femme, qui se place sous sa protection, de faire prospérer les affaires communes, c'est pour atteindre plus facilement ce but qu'il est censé recevoir de celle-ci des pouvoirs presque illimités. Son propre intérêt est une puissance garantie contre la crainte des abus qu'il pourrait commettre. La loi d'ailleurs, réserve à la femme divers bénéfices qui la mettent à l'abri d'un préjudice réel. Le mari peut donc aliéner et hypothéquer. V. art 1421. Il est clair, d'après cela, qu'il ne doit en général aucun compte de sa gestion. (V. pourtant art 270, 271) », Antoine Marie Demante, *Cours analytique...*, *op. cit.*, p. 138.

⁵⁷⁶ Yes Lemoine et Jean-Pierre Mignard, *Le Défi d'Antigone...*, *op. cit.*, p. 170.

⁵⁷⁷ « Les père et mère sont tenus par rapport à leurs enfants (nourriture, entretien, éducation) (art. 203) et aussi de la dette réciproque d'aliments, qui existe entre tous les ascendants et leurs descendants légitimes et entre certains alliés en ligne directe (art 205 à 211) », Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 308.

La puissance maritale, la puissance paternelle ou encore la tutelle, « sont des droits établis dans l'intérêt public, auxquels il n'est pas permis de renoncer »⁵⁷⁸. En effet, leur importance aux yeux des rédacteurs et ensuite, des interprètes du Code, est trop grande pour être délaissée. Le chef de famille devient la « cheville ouvrière », pour « tisser la toile sociale » que veulent instaurer les auteurs du Code⁵⁷⁹. Pour cette même raison, la femme est subordonnée au mari. Elle est assimilée à une « incapable majeure ». Bien qu'elle ne soit pas incapable d'accomplir les actes juridiques importants, il ne faut pas diviser l'ordre familial. S'appuyant sur l'article 389, Valette précise que « le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs. Il est comptable, quant à la propriété et aux revenus, des biens dont il n'a pas la jouissance ; et, quant à la propriété seulement, de ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit »⁵⁸⁰.

Cette puissance n'est pas toutefois, en théorie, illimitée. Demante explique ici la logique pensée par les rédacteurs que, si le mari « est seigneur et maître des biens de la communauté [...], cette qualité de chef n'implique pas qu'il a des droits absolus, puisque certains articles restreignent ses pouvoirs »⁵⁸¹. Par conséquent, sous couvert de la *nature*, si le mari devient le chef de son gouvernement familial, il lui incombe une certaine responsabilité dont la contrepartie est le droit d'administrer les biens et de régler les mœurs⁵⁸². De fait, concernant l'administration plus générale de la famille, c'est-à-dire englobant aussi les biens, le mari est plus qu'un administrateur : étant le chef, il ne doit aucune indemnité en cas de dissipation de valeurs des biens. Il a devoir moral, mais aussi juridique, de bonne gestion, bien qu'il s'agisse d'une obligation de moyen, pas de résultat⁵⁸³. Le bon père de famille n'est donc pas parfait, même s'il pèse sur lui certaines attentes.

⁵⁷⁸ Antoine Marie Demante, *Cours analytique...*, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁷⁹ Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 143.

⁵⁸⁰ Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 506.

⁵⁸¹ Antoine Marie Demante, *Cours analytique...*, *op. cit.*, p. 139.

⁵⁸² Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 156-157.

⁵⁸³ « D'un autre côté, le mari ne saurait être comparé exactement à un administrateur, parce qu'il ne doit pas compte de ses actes et qu'il a pu dissiper les valeurs de la communauté sans devoir aucune indemnité à sa femme. Le mari a donc, comme chef de la communauté [le droit de] disposer seul de la propriété commune », Antoine Marie Demante, *Cours analytique...*, *op. cit.*, p. 139.

Pour toutes ces raisons évoquées précédemment, le mariage devient l'unité minimale de l'ordre social. Il lie ensemble les deux questionnements moraux qui paraissent, *a priori*, les plus importants de l'ordre social bourgeois : l'économie et la sexualité⁵⁸⁴. L'économie, car le mariage bourgeois est un système d'alliance matrimoniale, dans un contexte de matérialisme exacerbé⁵⁸⁵ et la sexualité, car l'institution maritale représente le seul endroit où elle est admise, du moins officiellement⁵⁸⁶. Depuis le XVIII^e siècle, la sexualité – même compris hors mariage – intéresse le débat public : tandis que l'individu est perçu comme un outil, un produit ou une « production du sol », soit le rouage de la machine sociale, la population devient un enjeu politique⁵⁸⁷. La question n'intéresse pas que la France. La Prusse par exemple, est la première à réaliser un recensement systématique, en 1719. Par conséquence, la natalité, la fécondité et tout ce qui s'en rapproche devient un débat public et intéresse les politiques⁵⁸⁸ : « entre l'État et l'individu, le sexe est devenu un enjeu [...] public »⁵⁸⁹.

L'enjeu « public » qui est conféré au mariage, conduit même à la fabrication d'une véritable image à fournir en société. Toutefois, il ne s'agit là que d'une apparence ; pour preuve, si la débauche est, *a priori*, condamnée, il devient de plus en plus normal, voire « essentiel », au cours du XIX^e siècle, d'entretenir une maîtresse ou courtisane, quoiqu'officieusement. Le droit aide même à cela même, justifiant légalement qu'il existe une différence en matière de sexualité entre la femme légitime et la maîtresse⁵⁹⁰. Dès la Monarchie de Juillet, la prostitution, vue comme

⁵⁸⁴ V. La prolifération des discours sur le sexe à cette période et l'exclusion sociale qui pèse sur les célibataires, Chung Ye Young, « Malaise dans la morale bourgeoise... », *op. cit.*, p. 686-695.

⁵⁸⁵ V. Edmond Goncourt, Jules Goncourt, « La Révolution dans les mœurs »..., *op. cit.*, p. 166-167 ; Chung Ye Young, « Malaise dans la morale bourgeoise... », *op. cit.*, p. 688.

⁵⁸⁶ « On dit souvent que la société moderne [du XIX^e siècle] a tenté de réduire la sexualité au couple au couple hétérosexuel et autant que possible légitime », Michel Foucault, *Histoire de la sexualité 1 – La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1994, p. 62.

⁵⁸⁷ Dans les années 1800, l'art de gouverner s'affirme un « ensemble de techniques pour gérer une population organiser la production et administrer l'intérêt général » ; V. Frédéric Audren, *Les juristes...*, *op. cit.*, p. 62 ; Michel Foucault, *Sécurité, territoire, population, Cours au collège de France, 1922-1978*, Paris, Gallimard-Seuil, 2004.

⁵⁸⁸ V. Michel Foucault, *Histoire de la sexualité...*, *op. cit.*, p. 33-36 ; Fabrice Cahen, *Le nombre des hommes, la mesure de la population et ses enjeux (XVI-XXI^e siècle)*, Paris, Classique Garnier, Bibliothèque des sciences sociales, n° 11, 2006.

⁵⁸⁹ *Ibid*, p. 37.

⁵⁹⁰ La société du XIX^e siècle, repose sur l'idée que l'homme, ayant le pouvoir absolu, dispose du « ventre » de sa femme lors du mariage. Ce faisant, s'il lui est permis d'avoir des aventures féminines extérieures, cela n'est plus possible pour la femme qui ne dispose plus de son corps librement. Il existe ainsi une différence notoire face à l'adultère : le phénomène est permis à l'homme s'il n'entretient pas sa concubine dans le domicile conjugal alors qu'il est strictement impossible à la femme mariée. V. Florence Vatin, « Évolution historique d'une pratique : le passage de l'adultère à l'infidélité », *Sociétés*, n° 75, 2002/1 (0), p. 92 et s. ; et l'article 339 du Code pénal de 1810, « le mari qui

un « mal nécessaire et inévitable », prend un caractère politique, intéressant les Préfectures. Elles ne cherchent non pas à les supprimer, mais à les contrôler, en soumettant les filles à des inscriptions et des visites médicales. À la fin du siècle, les « grandes horizontales » ont même droit à être admirée, ce qui est visible particulièrement chez les artistes, ruinant par-là de riches amants en dépenses ostentatoires⁵⁹¹. Pour Foucault, « la société bourgeoise du XIX^e siècle, la nôtre encore sans doute, est une société de la perversion éclatante et éclatée [...]. Non point parce que, pour avoir voulu dresser contre la sexualité un barrage trop rigoureux ou trop général, elle aurait malgré elle donné lieu à tout un bourgeonnement pervers et à une longue pathologie de l'instinct sexuel. Il s'agit plutôt du type de pouvoir qu'elle a fait fonctionner sur le corps et sur le sexe »⁵⁹². Par conséquent, en théorie, l'ordre social instauré par le Code impose une structure sociale familiale traditionnelle, tout en préservant quelques aménagements issus d'une libéralisation des mœurs. Là encore, l'idéologie du Code est le fruit d'une fusion entre deux sources d'inspirations premières pourtant contradictoires qui, ainsi mêlées par les rédacteurs, donnent naissance à cette nouvelle forme sociale contemporaine qui laisse transparaître des évolutions « morales » certaines⁵⁹³.

*La famille est l'agrégation des individus unis par la communauté du sang. C'est le groupe primordial auquel se rattache l'individu. L'État est une réunion de familles*⁵⁹⁴.

Ces mots d'Henri Capitant (1865-1937), bien que plus tardifs car datant de la fin du siècle, ne sont pas sans rappeler ceux de Portalis quand il expliquait que les familles sont la « pépinière de l'État », avant d'ajouter que « chaque famille est une société particulière et distincte dont le gouvernement importe à la grande famille qui les comprend toutes »⁵⁹⁵. Ainsi, la « famille est

aura entretenu une concubine dans la maison conjugale et qui aura été convaincu sur la plainte de sa femme, sera puni d'une amende de 100 francs à 2 000 francs ».

⁵⁹¹ Dans un siècle où les maladies vénériennes, la syphilis en tête, ne fait que croître. V. Chung Ye Young, « Malaise dans la morale bourgeoise... », *op. cit.*, p. 689 ; L. Reuss, *La Prostitution au point de vue de l'hygiène et de l'administration en France et à l'étranger*, Paris, 1889, p. 71 et s. ; Lola Gonzalez-Quijano, *Le demi-monde : prostitution et réseaux sociaux dans le Paris du XIX^e siècle*, f.hypotheses.org, 2014 et, « Performer un mauvais genre : la demi-mondaine au XIX^e siècle », *Criminocorpus* [En ligne], Sujets déviants, sujets pervers. Pathologie mentale, sexualité et expérience de l'autre, Communications, mis en ligne le 03 avril 2017.

⁵⁹² Michel Foucault, *Histoire de la sexualité...*, *op. cit.*, p. 64

⁵⁹³ Nous reviendrons sur la « morale bourgeoise », V. *Infra*, p. 184-191.

⁵⁹⁴ Henri Capitant, *Introduction...*, *op. cit.*, p. 152.

⁵⁹⁵ Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire...*, *op. cit.*, p. 46.

conçue comme un des meilleurs instruments de cette intégration collective forcée », que ce soit tant par les rédacteurs que par la majorité des membres de la doctrine du XIX^e siècle⁵⁹⁶.

Aussi, preuve de l'importance politique ou, idéologique, accordée au mariage, supplantant même sa fonction procréative, c'est que cette dernière n'est pas obligatoire. S'il y a un âge minimum pour le mariage, la loi n'a pas fixé, à l'autre extrémité de la vie, une limite et même lorsque la femme ne peut plus enfanter. Ainsi, le mariage est toujours possible, « même dans la vieillesse la plus avancée » selon la formule de Valette, qui ajoute : « parce qu'il n'a pas pour but unique la procréation des enfants ; la loi y voit aussi une société de secours et d'assistance »⁵⁹⁷. Cette solidarité sociale – formule plus élégante – est donc prioritaire, en raison de la dimension coercitive de cette institution. D'où le fait que, même lorsque la séparation de corps est prononcée, si les époux ne se doivent plus une assistance mutuelle, ils ont toujours une obligation de secours, « proportionnellement aux besoins de l'un et à la fortune de l'autre »⁵⁹⁸. Ce devoir de secours ou d'assistance présenté à l'article 212 du Code civil⁵⁹⁹ est défini par Valette comme « tout ce qu'est nécessaire pour l'existence physique », amenant à ce que chacun des époux puisse être « être tenu de servir à l'autre une pension alimentaire, selon les règles tracées dans les articles 207 à 209 »⁶⁰⁰. Il se perçoit aussi dans une moindre mesure, dans le cadre de la tutelle ou de la curatelle. La protection de l'enfant ou d'une personne incapable oblige un secours organisé juridiquement. Ainsi, la tutelle est une charge gratuite et obligatoire. L'individu qui en a la charge se doit de « veiller sur la personne de l'incapable ». C'est pourquoi l'article 450 impose au tuteur est de prendre soin de la personne du mineur, ce qui comprend « son éducation physique, intellectuelle et morale » ; le droit impose ici une éducation morale et ce n'est pas anodin.

⁵⁹⁶ Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 110.

⁵⁹⁷ Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 163.

⁵⁹⁸ « Les époux étant dorénavant séparés, l'obligation d'assistance mutuelle n'existe plus ; mais l'obligation de secours est maintenue, proportionnellement aux besoins de l'un et à la fortune de l'autre », *ibid.*, p. 373.

⁵⁹⁹ Article 212, *Code civil des français*, éd. Originale et seule officielle, Paris, imprimerie de la République, 1804, p. 53 : « Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance ».

⁶⁰⁰ *A contrario*, le « mot assistance de l'article 212 [...] indique les soins personnels que chacun des époux doit à l'autre, par exemple en cas de maladie », Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 322-323.

Toutefois, à noter que ce qui intéresse le Code, ce sont les familles notables ou suffisamment riches. L'approche pécuniaire de la chose est considérée avec beaucoup de soin dans l'œuvre de 1804 ; il s'agit même de son prisme analytique, comme nous l'avons déjà vu. Ainsi, les frais de la tutelle par exemple, seront généralement fixés selon les revenus des biens possédés. De même, avec l'analyse de la curatelle par Valette, qui se fait sous le prisme de l'intérêt pécuniaire, notamment à propos du cas du mineur commerçant⁶⁰¹. Le Code, par son soutien au schéma familial traditionnel, conditionne alors l'organisation sociale de la production. Que ce soit pour les petits producteurs, l'artisanat ou la petite industrie, le père de famille ne peut obtenir les moyens de sa subsistance que s'il fait preuve de solidarité, au sein d'une famille. D'où le fait que souvent, la femme est amenée à travailler bien qu'elle ne dispose pas de son propre salaire. En contrepartie, l'individu se soumet de lui-même au groupe et se « plie à une discipline et sécurité collective » pour sa survie, dans cette société française où la production économique est essentiellement agricole et s'exerce sans moyens mécaniques importants. En agissant ainsi, le législateur de 1804 ne fait que traduire une réalité déjà présente, afin établir un état général des mœurs en adéquation avec l'ordre social en place et celui souhaité par le régime. Cela conduit à ce que la soumission du foyer envers le père de famille qui est consacrée dans le Code, puisse paraître comme pensée au nom de la cohésion et du bon fonctionnement du groupe familial et social⁶⁰². Ainsi, le ministère public peut agir au nom de l'ordre public et pour les « intérêts de la société tout entière », afin de « mettre fin à un état de choses qui blesse la morale publique ». C'est par exemple le cas avec les nullités absolues qui « intéressent d'une manière essentielle l'ordre public » selon Valette⁶⁰³ et ce qui explique pourquoi le mariage soit ainsi « placé sous la surveillance de l'État. »⁶⁰⁴

⁶⁰¹ Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 504, 545, 591 et s.

⁶⁰² René Robaye, *Une histoire du droit...*, *op. cit.*, p. 71-73.

⁶⁰³ Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 224 et 259-260 ; Ainsi, le mariage « peut être attaqué en justice, pour des nullités qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs », par l'intermédiaire du ministère public. V. Art 184, *Code civil des français*, éd. Originale et seule officielle, Paris, imprimerie de la République, 1804, p. 47 : « Tout mariage contracté en contravention aux dispositions contenues aux articles 144, 147, 161, 162 et 163, peut être attaqué soit par les époux eux-mêmes, soit par tous ceux qui y ont intérêt, soit par le ministère public ».

⁶⁰⁴ Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 33.

Napoléon, par sa gestion de la famille impériale, sa propre famille, incarne l'archétype idéal de ce modèle familial. Il incarne le chef de famille idéal : la séparation de corps pour les membres de la Maison impériale est la seule acceptation de l'Empereur⁶⁰⁵, tandis qu'aucun enfant naturel ne peut être reconnu ou adopté sans son consentement. Enfin, il exerce la puissance sur tous les membres de sa famille jusqu'à la fin de leur minorité⁶⁰⁶. Cette pratique explique pourquoi l'Empereur voit le peuple comme son enfant, qu'il doit surveiller, discipliner, voire punir. Par conséquent, tant que l'éducation ne l'aura pas rendu *majeur*, Napoléon est bien décidé à gouverner de manière « dictatoriale »⁶⁰⁷ en s'appuyant sur un corps intermédiaire : ses notables.

*De sexe masculin, majeur, marié, père de famille, [...] apte à faire taire ses passions négatives par la prise en compte de son « intérêt », voilà le portrait-robot du plus précieux soutien de l'ordre social*⁶⁰⁸.

En somme, pour reprendre les propos de Jean-Paul Bertaud : « qu'ils soient ci-devant ou bourgeois, la famille [...] est au cœur de la société. Elle est le lieu de transmission des affaires, du savoir et du patrimoine culturel. [...] Le fils d'un notable obéit au chef de famille et applique une stratégie de reproduction dont son père seul décide. L'amour familial commande et devant lui les volontés individuelles plient ». Là encore, un certain stoïcisme l'emporte : les familles ressemblent à un « cocon », où se retrouve à la fois un bonheur collectif et une sérénité individuelle. « À l'imitation des aristocrates qu'ils n'aiment guère, les patriciens sont des héritiers »⁶⁰⁹. Ce faisant, l'institution familiale devient constitutive d'une morale sociale et d'une éthique politique, porteuse de « valeurs censées contribuer au bien commun »⁶¹⁰. D'où les énoncés qui révèlent parfois plus de la « morale » que du droit positif strict comme l'admet de

⁶⁰⁵ Claude-Étienne Delvincourt, *Institues...*, *op. cit.*, p. 177-178.

⁶⁰⁶ *Ibid*, p. 184-194.

⁶⁰⁷ Selon l'aveu de Napoléon lui-même : « Je me trouvais dictateur, la force des circonstances le voulait ainsi », cité par Annie Jourdan, *L'empire de Napoléon*, Paris, Champs Université Flammarion, 2000, p. 522. Sur la nuance du propos, qui fait plutôt référence à l'institution de la République romaine, qu'à sa définition contemporaine, V. Olivier Coquard, « Chapitre I... », *op. cit.*, p. 183 et s.

⁶⁰⁸ Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 147-148.

⁶⁰⁹ Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 419-427.

⁶¹⁰ Jacques Commaille, « La famille, l'état, le politique : une nouvelle économie des valeurs. Entre tensions et contradictions », *Informations sociales*, 2006/8 (n° 136), p. 103.

lui-même Valette⁶¹¹. La morale empêche la bigamie par exemple⁶¹². La puissance maritale ou paternelle ne concerne que la famille « légitime ». De même, l'infidélité est sévèrement sanctionnée dans le Code, même si mari et femme sont en situation d'inégalité, l'adultère de la femme étant considéré plus sévèrement⁶¹³. Si le mari adultère est puni d'une amende de 100 à 2000 francs, l'épouse peut être enfermée jusqu'à un an dans une maison de correction. La justification, selon Portalis, est que l'infidélité de l'épouse porte plus de préjudices à la famille, car elle peut plus subtilement ajouter des enfants issus d'un autre lit⁶¹⁴. La morale conjugale inégalitaire se retrouve en cas de séparation de corps, où l'épouse peut encore être poursuivie pour adultère, tandis qu'il n'en est rien pour le mari, étant donné qu'il n'y a plus de maisons commune ou conjugale ; preuve de l'importance liée à l'*image* familiale. En effet, cette morale exige que la famille préserve les apparences, son *image sociale*, ce qui coïncide avec l'austérité publique souhaitée. Les enfants issus des liaisons adultérines ne peuvent être reconnus. La « reconnaissance publique » de certains faits sont proscrits, les enfants naturels nés hors mariage pouvant offenser « au plus haut degré l'autre époux (auquel l'enfant est étranger) » de même que les enfants légitimes⁶¹⁵. « La loi veut autant que possible, ignorer ces désordres et les couvrir d'un voile »⁶¹⁶. Or, il ne s'agit que de l'*image* du couple qui prime, puisque lorsqu'il s'agit d'enfants naturels nés des deux époux, même avant le mariage, cela ne les concerne pas⁶¹⁷. Nous avons alors mêlé ici précédemment la puissance maritale et paternelle, car la finalité de ces deux puissances est la même : assurer au chef de famille la capacité de maintenir l'ordre au sein de la cellule

⁶¹¹ Avec l'exemple de l'article 371, qui « ne fait qu'énoncer un principe qui appartient plutôt à la morale qu'au droit positif ; il n'a pas, à proprement parler, de consécration juridique. C'est une sorte de formule d'une portée générale, qui, en certains cas, servira de guide au juge », Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 489.

⁶¹² « Les doubles mariages blessent essentiellement les mœurs et l'ordre public. Les motifs qui les ont fait défendre, obligent à se reporter toujours au principe de ces unions scandaleuses. L'espoir que la mort de l'époux délaissé pourrait dans la suite les rendre valables, serait un encouragement à les former. Cet espoir serait déjà criminel et pourrait conduire à des crimes plus grands », Charles Bonaventure Marie Toullier, *Le droit civil...*, *op. cit.*, p. 524 ; V. aussi, Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 164-165.

⁶¹³ « L'adultère de la femme est, par lui-même, une faute des plus graves et, comme l'avons déjà dit, tend à dissoudre la famille ; l'adultère du mari constitue à l'égard de la femme un véritable outrage, lorsque la concubine est entretenue dans la maison commune », *ibid.*, p. 363. V. aussi, *ibid.*, p. 365, à propos du mari qui a tenu (ou entretenu) une concubine dans la maison commune.

⁶¹⁴ Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 362-363.

⁶¹⁵ Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 373 et 456.

⁶¹⁶ *Ibid.*, p. 431-432 ; V. aussi *ibid.*, p. 458 : « L'intention du législateur, dit-on, a été d'empêcher qu'un époux puisse sans contrôle et quelquefois par un mauvais sentiment, par sa volonté arbitraire, apporter un trouble considérable dans la famille. »

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 456.

familiale, la « pépinière de l'État ». Par conséquent, le *bon père de famille*, mari par la force des choses, n'obéit pas uniquement à sa propre volonté, mais reste sujet à l'intérêt commun, en restant au service de l'État⁶¹⁸. Portalis l'explique dans son *Discours préliminaire* : s'agissant du droit « l'individu n'est rien, la société est tout »⁶¹⁹. Enfin, à la raison juridique et sociale de la famille, c'est-à-dire, au devoir d'obéissance et de responsabilités qui incombe aux pères, un autre instrument juridique amène à l'obéissance envers cet Ordre social bourgeois : la propriété.

⁶¹⁸ Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 110-111.

⁶¹⁹ Pierre-Antoine Fenet, *Recueil des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vol., Paris, 1836, tome XII, p. 120.

§2- La propriété comme institution disciplinaire, au service de l'intérêt public

La propriété consiste dans ce qui nous appartient à l'exclusion de tous autres, parce qu'elle est ce qui nous est propre en particulier ; ou, pour nous servir des expressions de la loi civile, la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois (544)⁶²⁰.

Le droit de propriété, entendu au sens contemporain, est habituellement admis comme trouvant sa source dans le droit romain. Plus exactement dans le *Digeste*, qui réunit tous les éléments relatifs au droit du patrimoine, en opposant actif et passif. Carbonnier, dans son *traité de droit civil*, précise que la *proprietas* suggère un exclusivisme désignant le caractère propre de ce droit. Cet exclusivisme se retrouve dans l'article 544⁶²¹.

⁶²⁰ Jean-Baptiste-Victor Proudhon, *Traité du domaine public...*, *op. cit.*, p. 62.

⁶²¹ Michel Humbert, « Portalis et Justinien, ou les épaules d'Énée », *op. cit.*, p. 49. V. aussi, Jean-Louis Thireau, « Fondements romains... », *op. cit.*, p. 10 : « Il en allait autrement en droit des biens, où existait une propriété coutumière, souvent qualifiée, mais de manière trop restrictive, de "féodale" que singularisaient et opposaient à la propriété "romaine" ses formes multiples de maîtrise sur les biens : une propriété divisée, non exclusive ou simultanée, avec sa multitude de tenures, de droits éminents ou utiles, de servitudes collectives, certes en déclin à la fin de l'Ancien Régime et fortement amoindrie sous la Révolution par l'abolition des droits féodaux mais qui restait encore vivace. Or cette propriété coutumière apparaît comme la principale victime du Code civil, qui a voulu n'en garder aucune trace, quitte à faire l'impasse sur des usages encore en vigueur et qui le demeureront longtemps après sa promulgation. Le célèbre article 544, souvent interprété comme la confirmation d'une improbable conception révolutionnaire de la propriété, où même comme une mesure de circonstance destinée à rassurer les acquéreurs de biens nationaux, en apparaît plutôt comme la négation implicite et comme la consécration de la conception rivale, la propriété "romaine". Romaine parce que construite à partir des textes du Digeste [...] mais qui est bien davantage une création des juristes modernes, sous l'influence de la théologie néoscholastique et des philosophies individualistes, néostocicienne, puis lockienne. C'est la définition de la propriété donnée par l'article 544 ne présente rien de nouveau et des formulations largement équivalentes en ont été proposées longtemps avant la Révolution : elle est la résultante [...] de la synthèse du droit romain entrepris par les romanistes médiévaux et surtout des interprétations nouvelles proposées à partir du XVI^e siècle par les humanistes et les jusnaturalistes, dans un sens résolument individualiste, au point de ne considérer comme vraiment légitime que la seule propriété individuelle et d'en faire l'émanation même de la personne du propriétaire, le droit subjectif par excellence. Si l'on pouvait douter de cette interprétation, il suffirait de lire Portalis pour se convaincre de son bien-fondé. Dans son discours de présentation du titre II du livre II au Corps législatif, il a décrit la propriété comme "un droit individuel" dont on relèverait des traces "dans tous les temps et partout" ; comme un droit subjectif dont la source se trouverait en l'homme même ».

[Il ne peut] s'exercer qu'une seule propriété sur la chose : si l'une des utilités de la chose est conférée à un autre individu, il n'est alors propriétaire ni de la chose ni de cette utilité particulière, mais dispose simplement d'un droit sur la chose d'autrui. Toutefois, une telle conception n'est en rien une constante historique. Dans la plupart des sociétés traditionnelles, la terre ne fait pas l'objet d'une appropriation individuelle ni même véritablement exclusive à un groupe déterminé. En revanche, à Rome, alors que le terme de *proprietas* n'apparaît que tardivement, le caractère exclusif de l'appropriation semble en germe dès l'époque archaïque⁶²².

La forme d'appropriation exclusive du sol du droit de propriété, dont s'inspire les rédacteurs du Code, trouve ses racines « dans les profondeurs historiques du droit romain »⁶²³, mais avec des modifications substantielles au Moyen-âge⁶²⁴ et plus encore sous la Renaissance⁶²⁵. Il apparaît que le caractère essentiel de la propriété telle que défendue par l'article 544, soit qu'un seul individu exerce son pouvoir sur une chose⁶²⁶. Le phénomène est si vrai que la propriété à plusieurs n'existe pas, en dehors de quelques rare cas comme celui de l'indivision. Les formes collectives de la propriété, que l'on pouvait retrouver avant la Révolution, ont disparu, comme celle de la « directive royale universelle » qui faisait du Roi le maître de toutes les terres du royaume, toute propriété se partageant donc entre le propriétaire et lui. Ce faisant, la propriété est devenue individuelle et exclusive afin d'éviter que l'individu subisse une pression extérieure et soit véritablement « libre ». Ainsi, tout ce qui n'est pas défendu est permis. Du moins, c'est la théorie ; car, tout au long du XIX^e siècle, les empiètements de l'État contre l'exclusivité du droit de propriété sont vus avec une grande méfiance ; méfiance même qui conduit à un paradoxe :

⁶²² Xavier Prévost, *Les piliers du droit civil, Famille, propriété, contrat*, Sous la direction de Nicolas Laurent-Bonne, Nicolas Pose et Victor Simon, mare&martin, 2014, p. 119.

⁶²³ *Ibid.*, p. 120.

⁶²⁴ Car aucun individu ne peut alors revendiquer la propriété d'un sol, puisque tout bien foncier, n'appartient qu'à Dieu à cette période. « Lui seul en est le maître et les hommes se contentent de partager les différentes utilités du sol », *ibid.*, p. 121.

⁶²⁵ « D'un point de vue philosophique, la perspective change également. Alors que Rome a pensé le droit des biens à partir des choses elles-mêmes et que le Moyen Âge l'a inscrit dans le domaine de Dieu, la Renaissance est marquée par la poussée de l'individualisme, qui place l'homme au centre du monde », *ibid.*, p. 122.

⁶²⁶ « La propriété dans la perspective exclusiviste qui est celle du Code civil, donne au propriétaire vocation à toutes les utilités de sa chose et liberté dans la jouissance de ces utilités. L'exclusivisme renie les propriétés concurrentes sur le même bien, la pluralité des "maitrises" suivant la terminologie ancienne. Par conséquent, si l'une des utilités du fonds (l'herbe, le bois, la tourbe...) échappe au propriétaire, le bénéficiaire de cette utilité n'est pas considéré comme propriétaire d'un aspect particulier de l'immeuble, il n'a pas une "propriété simultanée", il est seulement titulaire d'un droit sur la chose d'autrui », Caroline Gau-Cabée, *Droits d'usage et Code civil*, préface de Jacques Poumarède, Paris, L.G.D.J., 2006, p. 351-352.

si on accepte l'idée d'une expropriation en cas d'extrême nécessité, pour l'intérêt public et en échange d'une contrepartie financière, l'État n'est alors pas en mesure de « demander aux citoyens de s'associer à l'usage de [sa] propriété sans aller jusqu'à l'expropriation ». Est préféré cette dernière à toute gestion commune et collective, qui pourrait porter préjudice au caractère privé de ce droit, quand bien même cela pourrait aller dans l'intérêt dudit propriétaire. Le droit de propriété est un droit « jaloux et exclusif » ; si rare, qu'il n'y ait quasiment jamais fait mention dans les répertoires de jurisprudence comme celui de Dalloz ou dans les ouvrages de droit administratif⁶²⁷, qui se développent pourtant au lendemain de l'Empire⁶²⁸.

L'évolution du droit de propriété, tout au long du XIX^e siècle, confirme cette dimension exclusiviste de ce droit, comme l'atteste alors l'exemple des droits d'usage, développé par Gau-Cabée⁶²⁹. Si la société paysanne à cette époque est bâtie sur « une étroite imbrication de la gestion privée et de la gestion collective des terroirs, entretenue par une polyculture plus ou moins autarcique », cet équilibre est jugé désormais archaïque. Il apparaît même comme une limite intolérable à la propriété privée et à la liberté individuelle⁶³⁰, alors que sur certains aspects, les droits d'usage peuvent paraître aussi anciens que l'origine de l'exclusivité du droit de propriété⁶³¹. Dès la Révolution et, durant le XIX^e siècle, deux conceptions du droit de propriété se sont alors affrontés : d'un côté l'individualisme agraire, de l'autre les pratiques « collectivistes », opposant d'un côté les propriétaires et de l'autre les « usagers ». Ces propriétaires sont surtout représentés par de grands possesseurs et donc des propriétaires souvent nobles ou riches fermiers, bourgeois ruraux, etc., faisant face à de petits paysans ou des journaliers agricoles. Pour reprendre Gau-Cabée, s'affrontent « l'économie domestique du pauvre »⁶³² et « l'économie commerciale du

⁶²⁷ Marcel Waline, *L'individualisme...*, *op. cit.*, p. 334-343.

⁶²⁸ Nous reviendrons sur le développement du droit administratif plus tard, V., *Infra*, p. 262 et s.

⁶²⁹ Si en 1804, le Code civil ne règle pas le problème des droits d'usage en raison de dispositions trop lacunaires, les législations futures, la doctrine et la jurisprudence, dans la continuité de la législation révolutionnaire et de son esprit individualiste, s'en prennent à ce droit. V. Sur ses conséquences de ce mutisme originel de la loi et la tâche « prétorienne », Caroline Gau-Cabée, *Droits d'usage...*, *op. cit.*, p. 28-35 et 61. V. sur le silence du Code à propos du droit d'usage, V. Caroline Gau-Cabée, « La jurisprudence et les silences du code civil. Lecture d'une carence originelle », *Droits*, n° 47, 2008/1, p. 8 et s.

⁶³⁰ « Cohésion, unité, équilibre de la communauté sont les maîtres mots jusqu'aux XVIII^e siècle. Mais ébranlé par l'émergence de l'individualisme agraire au dernier siècle de l'Ancien Régime, le système fragilisé commença sa mutation », *ibid.*, p. 7-8.

⁶³¹ Sur l'origine ambiguë du droit d'usage, entre droit romain et origine médiévale, V. *Ibid.*, p. 11-12.

⁶³² Expression reprise de Agulhon, *La République au village*, Paris, 1970, p. 44.

riche », fondée sur le besoin du commerce, qui valorise les produits de la forêt dont les prix augmentent, comme le charbon de bois. Le souhait des tenants de « l'économie commerciale », qui sont les grands propriétaires, visent à privilégier une plus grande productivité et un « progrès » dans le domaine des agricultures, que menace les servitudes. En effet, les propriétaires de fonds grevés par les droits d'usage supportent de moins en moins l'entrave qui pèse sur la liberté d'exploitation. Si, dans le meilleur des cas, nombre de propriétaires ont racheté ces droits d'usage, beaucoup ont fait appel à la voie contentieuse, tandis que nombreuses rebellions ont lieu, surtout dans les régions montagneuses ou de « petites cultures »⁶³³. Dans l'esprit du législateur, c'est l'individualisme agraire qui l'emportait sur les pratiques collectives ; prouvant l'évolution ou « mutation de la société dans les secteurs agricoles et industriels, se heurtant à l'archaïsme des droits d'usages, qui paralysaient le progrès et suscitaient une hostilité croissante »⁶³⁴.

Parallèlement, depuis 1789, les révolutionnaires cherchent à savoir si le droit de propriété est un droit naturel ou alors social et donc, artificiel. Si sous Thermidor, ce débat perd de son importance, car le droit de propriété est malmené au profit d'une plus stricte égalité sociale, dès 1795, il refait surface. De son statut initial de droit naturel en 1789, il tend à devenir au fil des discussions, un droit émanant du « pacte fondateur social », à entendre, le contrat social. Il n'est plus originaire de la nature, mais plutôt d'une création humaine. Les projets de Cambacérès illustrent ce glissement. Finalement, pour Portalis, comme pour Tronchet, la propriété est un « artifice social ». Elle n'existe pas à « l'état sauvage ou de nature ». Ce débat a lieu tandis qu'en pratique, depuis 1789, la bourgeoisie consolide sa nouvelle position sociale en achetant massivement des biens nationaux ; ce phénomène semble pouvoir corroborer la théorie d'un droit non présent à l'état sauvage. C'est d'ailleurs ce transfert de propriétés qui conduit à l'originalité même du nouvel ordre social de cette aube du XVIII^e siècle : les gouvernants n'ont de cesse à vouloir figer cette redistribution territoriale, afin de pérenniser l'ordre social encore vacillant⁶³⁵. Depuis 1795, un engouement de plus en plus marqué s'exprime envers ce droit, qui fait partie des rares concepts, philosophiques et juridiques, que s'accordent à vouloir défendre l'ensemble des citoyens, enfin du moins leurs représentants. La propriété devient ainsi la colonne

⁶³³ Caroline Gau-Cabée, *Droits d'usage...*, *op. cit.*, p. 19-22 et 237.

⁶³⁴ Troplong, cité par Caroline Gau-Cabée, *ibid.*, p. 364 : « nous assistons à une époque de réaction contre eux [...] les droits d'usages sont devenus presque odieux ».

⁶³⁵ Jean Tulard, *La France...*, *op. cit.*, p. 189-190 ; Xavier Martin, *Mythologie du Code Napoléon...*, *op. cit.*, p. 34-38 et 47.

vertébrale du Code, d'où le fait que son plan gravite autour, en dehors du Livre premier, sur les personnes⁶³⁶.

Si le Code devient la « Constitution civile » de la France durant tout le XIX^e siècle, c'est notamment en raison des valeurs sociales qu'il met en avant : il est souvent présenté comme le code de la propriété et des propriétaires⁶³⁷ ; propriété « exclusiviste »⁶³⁸. Il est « le plus complet de tous les droits réels », tout se définissent à partir de lui⁶³⁹. Ses rédacteurs n'ont pas cessé de vanter ses bienfaits économiques et sociaux, celle-ci assurant une fortune, *a priori*, assise et stable, en plus d'une « solvabilité constante »⁶⁴⁰ ; bien que dans la pratique, le patrimoine foncier ne garantisse pas une solvabilité rapide d'accès. C'est la sécurité qui prime, là encore.

Le droit de propriété et le concept d'autonomie de la volonté sont souvent présents comme traduisant l'esprit libéral du Code. Benjamin Constant (1767-1830), homme politique libéral⁶⁴¹ et journaliste antiroyaliste, a cherché à concilier dans ses écrits l'attachement à la propriété privée et la défense de liberté individuelle⁶⁴² ; et il semble tout à fait illustrer l'état d'esprit qui anime les penseurs du Code au moment de sa rédaction. Si la révolution de 1830 donne raison à Constant au lendemain de l'Empire, le libéralisme en France connaît quelques limites. Déjà l'économie libérale n'était pas complètement acceptée par l'Empereur, qui lui préfère un certain dirigisme économique, même si « libéré de toute contrainte seigneuriale ». En réalité, comme l'expose Portalis dans un exposé du 23 nivôse an XII - 14 janvier 1804 - si le

⁶³⁶ Jean-Philippe Lévy, « La révolution française et le droit civil », *op. cit.*, p. 103 ; V. *Code civil des français*, éd. Originale et seule officielle, Paris, imprimerie de la République, 1804, p. 3.

⁶³⁷ René Robaye, *Une histoire du droit...*, *op. cit.*, p. 49.

⁶³⁸ Au point, par exemple, que la jurisprudence ne reconnaisse le droit d'usage non pas comme une propriété « simultanée » mais comme un droit reconnu sur la chose d'autrui. Seules quelques rares décisions du XIX^e siècle font plutôt référence au concept de « copropriété », bien qu'en réalité la copropriété concerne l'ensemble des utilités du bien. V. Caroline Gau-Cabée, *Droits d'usage...*, *op. cit.*, p. 352.

⁶³⁹ « Le droit réel comporte des degrés, en d'autres termes, il est plus ou moins complet. Le plus complet de tous est la propriété ; les autres ne sont que des démembrements de ce droit fondamental », Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, *op. cit.*, p. 560.

⁶⁴⁰ Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 116.

⁶⁴¹ V. à ce propos : André Jardin, « XIII. - La doctrine libérale de Benjamin Constant », *Histoire du libéralisme politique. De la crise de l'absolutisme à la Constitution de 1875*, Vanves, Hachette Education, « Hors collection », 1985, p. 226-238.

⁶⁴² Arlette Michel, Colette Becker, Patrick Berthier, Mariane Bury, Dominique Millet, *littérature française...*, *op. cit.*, p. 17-18.

droit de propriété est au citoyen, l'Empire, entendu comme le pouvoir politique doit rester dans les mains du souverain. La dissociation entre le pouvoir politique et la propriété privé permet d'écarter le citoyen des affaires de commandements tout en sauvegardant dans le discours, un certain individualisme à tendance libéral, hérité de la pensée révolutionnaire⁶⁴³. Les trois caractères fondamentaux de la propriété, qui sont le caractère absolu, exclusif et perpétuel de celle-ci, ne se concrétisent théoriquement qu'à la fin du XIXe siècle, sous les plumes de Planiol et Ripert, qui offrent au droit de propriété une dimension pleinement libérale. Il s'agit de l'aboutissement d'un accroissement continu de l'importance de l'autonomie de la volonté. Le droit de propriété dans son ensemble n'a ainsi cessé avec le temps, de se libéraliser⁶⁴⁴, tandis qu'au départ, le Code, souhaite conditionner les esprits et pousse les chefs d'entreprises à se retirer des affaires une fois fortune faite, afin de vivre « noblement », c'est-à-dire « dans une oisiveté de rentier »⁶⁴⁵ ; bien que, paradoxalement, si la fortune se focalise plus sur terre que sur l'industrie et le commerce, elle rapporte moins et moins vite. En définissant la hiérarchie sociale, le droit de propriété prouve que l'objet du Code porte plutôt sur la *domestication* des comportements, plus que sur l'enrichissement et les intérêts personnels ; et donc, individuels⁶⁴⁶. Bien qu'*a priori*, libéral, le Code cherche donc avant tout à diriger indirectement les esprits, à l'image de la propagande agressive bien que dissimulée qu'utilise l'Empereur. C'est pourquoi, « les droits individuels, autres que la propriété, subirent pour la plupart de rudes atteintes sous le Consulat et sous l'Empire » rappelle Esmein, qui n'y voit pourtant là, rien de péjoratif⁶⁴⁷.

*La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements*⁶⁴⁸.

⁶⁴³ Marcel Waline, *L'individualisme...*, *op. cit.*, p. 334-335.

⁶⁴⁴ Si le Code a longtemps été présenté comme, depuis 1804, d'un individualisme libéral, promoteur de la libre autonomie de la volonté individuelle, cette approche tend à omettre la transformation certaine et continue du droit privé tout au long du XIXe siècle. Quant à savoir l'importance exacte qu'a pu avoir le concept même d'autonomie de la volonté de 1804 à 1900, V. Xavier Martin, « L'insensibilité Des Rédacteurs Du Code Civil à L'altruisme », *op. cit.*, p. 611 ; Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 124-125 ; Florent Garnier, *Introduction historique...*, *op. cit.*, p. 6 ; Alfons Bürge, « Le Code civil... », *op. cit.*, p. 1 et s.

⁶⁴⁵ Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 358.

⁶⁴⁶ Jean Tulard, *La France...*, *op. cit.*, p. 189 ; Alfons Bürge, « Le Code civil... », *op. cit.*, p. 1 et s.

⁶⁴⁷ Adhémar Esmein, *Précis élémentaire...* *op. cit.*, p. 313.

⁶⁴⁸ Art 544, *Code civil des français*, éd. Originale et seule officielle, Paris, imprimerie de la République, 1804, p. 134 ; cité aussi par Claude-Étienne Delvincourt, *Institutes...*, *op. cit.*, p. 317.

Par la simple lecture de cet article 544 se devine son objectif coercitif et la volonté d'attacher l'individu à son ordre social⁶⁴⁹, en assurant son obéissance et son assujettissement. Les rédacteurs y ont vu un droit naturel *inhérent* à tout individu, apte à devenir un facteur d'unité, au service de la société⁶⁵⁰. D'où ces limites – inscrites en subordonnée – qui viennent du fait que l'objet de la propriété est d'éduquer le citoyen. Elle l'oblige à être docile politiquement en étant favorable à l'ordre, tout en l'amenant à devenir un bon gestionnaire, s'il veut pouvoir quand même s'enrichir. En futur exégète idéaltype de la première génération d'interprètes, le parisien Claude-Étienne Delvincourt suit la vision des rédacteurs et celle du Code, quand il présente la seconde partie de l'article 544 ainsi : « parce que l'homme jouissant des avantages de la société, doit, de son côté, accomplir les obligations qu'elle lui impose [c'est-à-dire] ne point faire de sa chose un usage contraire aux dispositions prescrites par les lois ou les règlements, dans l'intérêt, soit du public, soit des particuliers »⁶⁵¹.

Sous l'Empire, la société française est l'une des plus peuplée d'Europe. En 1806, la population française, des anciens départements, est de 29,5 millions d'habitants. Avec une croissance annuelle de 1%, elle atteint les 30 millions en 1811 et double son taux de croissance. À ce chiffre s'ajoute les 14 millions d'individus vivants dans les nouveaux départements. Elle est alors constituée majoritairement de paysans et non de propriétaires urbains puisque 81,20% de sa population vit à la campagne, dans une répartition très inégale. C'est d'ailleurs l'âge d'or de la statistique ; hommes et femmes y sont recensés pour mieux les administrer et surtout, les surveiller, par exemple pour lutter contre l'accaparement et la spéculation de blés et farines⁶⁵².

⁶⁴⁹ C'est pourquoi « la famille est conçue comme un des meilleurs instruments de cette intégration collective forcée. Aux yeux des codificateurs, elle ne peut être fondée uniquement ou principalement sur l'amour, le désintéressement ou la reconnaissance du cœur ; C'est l'intérêt qui doit conduire les enfants à respecter leurs parents [...] Le père de famille doit pouvoir "récompenser et punir", parce que le chantage successoral est le plus sûr allié de la puissance paternelle. Les donations entre époux révocable et le partage égal des bénéfices dans la communauté légale doivent rendre les épouses "plus affectionnées" et plus intéressées à la prospérité de leur mari. L'enfant naturel est traité en paria, car il échappe au cadre familial », Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 110.

⁶⁵⁰ Sur la question du droit naturel, comme justification de l'ordre social qu'impose le Code. V. *infra*, p. 181-194.

⁶⁵¹ Claude-Étienne Delvincourt, *Institutes...*, *op. cit.*, p. 318.

⁶⁵² En effet, les grandes villes se trouvent majoritairement dans les départements du Nord et Nord-Est. Le pays ne compte que quelques grandes villes, dont Paris, capitale démographique de l'Europe, ou encore Lyon ou Bordeaux qui avoisinent les 100 000 habitants. Le monde ouvrier quant à lui, ne représente environ que 6% de la population, soit 1 800 000 personnes ; chiffre qui n'inclue cependant, ni les femmes, ni les enfants. En raison des ponctions opérées chez les ouvriers par la conscription, la rareté de la main d'œuvre conduit là à un très faible chômage, ce qui entraîne une hausse des salaires. Pour autant, la méfiance règne à l'égard du monde des ouvriers, d'où la loi du 22 germinal an XI (12 avril 1803) et l'arrêté du 9 frimaire an XI (1^{er} décembre 1803), qui imposent le livret ouvrier,

Or, cette organisation agraire de l'économie française n'est pas sans incidence sur son système juridique. Sous l'Empire, l'agriculture reste au cœur de l'économie française⁶⁵³. Les agriculteurs s'adaptent même au blocus continental, tout en développant des produits de substitution en raison de la perte du marché extra-européen, ce qui lui garantit de nouveaux marchés⁶⁵⁴. Delvincourt considère à ce propos que « les juges doivent concilier, autant que possible, l'intérêt de l'agriculture avec le respect dû à la propriété »⁶⁵⁵. C'est ce qui justifie l'hostilité de Toullier à l'égard de l'abandon des terres par les propriétaires – manifestant par là qu'ils ne sont pas véritablement libres de leurs propriétés : « si les terres restent abandonnées sans culture, la bonne police exige qu'il y soit pourvu pour le bien de la société, qui a intérêt d'assurer ses propres subsistances. L'intérêt du public se trouve, en ce cas, uni à l'intérêt de l'absent »⁶⁵⁶. Ici, l'intérêt n'est tant celui de l'individu propriétaire, mais de sa famille, voire de l'État.

Une preuve supplémentaire de l'orientation, ou tendance, collective de l'organisation sociale impériale se trouve dans la gestion d'un absent : « l'intérêt de l'absent, celui de sa famille,

livret que la Révolution avait fait disparaître, destiné à contrôler déplacements des salariés afin de s'assurer de leur docilité. V. Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 72-76 et 329 ; Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 118-119.

⁶⁵³ Ainsi, en dehors de la crise de 1811, sa force céréalière nourrit sa population et lui procure même un surplus. Bien plus rural qu'urbain, comportant peu de grandes villes, le pays est soumis aux migrations saisonnières. Si la natalité diminue, la mortalité baisse plus encore, malgré les conquêtes de la Grande Armée. L'espérance de vie augmente quant à elle, grâce à une meilleure alimentation et aux progrès médicaux. Les famines disparaissent, bien que les disettes persistent. « Le taux de natalité passe de 38,8‰ en 1785-1789 à 32,6‰ en 1810-1814 [...] Au début du XIXe siècle, on estime que la moitié des couples pratiquent la contraception. Son usage se répand dans toutes les couches de la société. [...] Le taux de la mortalité régresse de 32 à 27 ‰ entre 1789 et 1815 et l'espérance de vie à la naissance passe de moins de 30 ans en 1770-1770 à plus de 38 ans en 1820-1829. Le phénomène est certes imputable aux meilleures conditions climatiques qui, jusqu'en 1811, permettent aux paysans d'engranger de bonnes récoltes de blé », V. Claude-Étienne Delvincourt, *Institues...*, *op. cit.*, p. 334-335, 392 et 394.

⁶⁵⁴ Par exemple, avec la chicorée, la betterave, le tabac, tandis que les vignes sont particulièrement prospères, notamment à Bordeaux, qui exporte toujours en Angleterre grâce à un système de licences, mais aussi dans les territoires annexés ou États vassalisés. Selon la Statistique générale de France, elle passe de 1,5 million d'hectares en 1788 à plus de 2 millions en 1820. C'est elle qui fournit aux propriétaires de l'argent pour s'acheter de meilleurs outils souvent. À la fin du règne impérial, la production agricole est en perpétuelle hausse. De 10% par rapport à l'Ancien Régime et de 15 à 18% depuis le début du règne : 51 millions d'hectolitres de blé, 30 millions d'hectolitres de seigle, 8 millions pour le sarrasin et 32 millions pour l'avoine. Ce gain est aussi dû au recours à des défrichements, notamment en zones montagneuses. De même, à l'instar de l'industrie qui se focalise surtout sur les demandes militaires, le pouvoir central fait privilégier l'élevage d'équidés pour la cavalerie impériale ou encore de moutons, pour l'habillement des troupes. V. Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 393-394 et Jean Tulard, *La France...*, *op. cit.*, p. 196.

⁶⁵⁵ Claude-Étienne Delvincourt, *Institues...*, *op. cit.*, p. 348.

⁶⁵⁶ Charles Bonaventure Marie Toullier, *Le droit civil...*, *op. cit.*, p. 336.

celui des tiers avec lesquels il a des relations, enfin l'intérêt public même, qui ne veut pas que les propriétés soient abandonnées ou trop longtemps incertaines, exigent dans certains cas qu'on prenne des mesures relativement aux biens et aux droits de l'absent : ces mesures changent à des époques fixes. La loi les a graduées sur les différents degrés d'incertitude de la vie ou de la mort de l'absent » écrit Toullier⁶⁵⁷. En d'autres termes, l'importance des biens est capitale dans le Code, car l'individu n'est pas le seul à dépendre de ses propres biens. Souvent, pèse une solidarité indirecte sur toute la famille. D'où le fait qu'un procureur puisse mettre en place un mandataire pour administrer un bien, quand la personne a disparu. L'idée est de lutter contre un abandon qui causerait un tort pour la famille mais surtout, la société entière⁶⁵⁸.

Peuvent être réclamées par les parties intéressées, c'est-à-dire par toutes les personnes qui ont un intérêt pécuniaire à la conservation des biens de la personne qui a disparu. Ce sont d'abord ses créanciers, qui trouvent dans les biens de leur débiteur la sûreté du paiement de leurs créances [...] Puis nous trouverons les copropriétaires ou communistes du présumé absent, les nus propriétaires des biens dont il aurait l'usufruit ; ou les usufruitiers de ceux dont il serait nu propriétaire ; ses locataires, fermiers et métayers, ou vice versa, les propriétaires d'un immeuble qu'il aurait pris à bail. Enfin, nous accorderons le même droit aux héritiers présomptifs du présumé absent, bien que ce dernier point ait été contesté⁶⁵⁹.

Bien qu'il y ait de nombreuses petites propriétés, surtout dans le monde agricole, le Code favorise paradoxalement et indirectement la hausse des prix et des loyers, ce qui s'associe en pratique avec une spéculation et des prêts consentis par les grands propriétaires et notables aux plus petits possédants. Là encore, le Code privilégie naturellement les notables, ce qui conduit à opposer deux modes d'existence, qui n'est pas sans rappeler le conflit de la Révolution : l'autosubsistance du paysan parcellaire d'un côté, face à une bourgeoisie d'un capitalisme foncier,

⁶⁵⁷ Charles Bonaventure Marie Toullier, *Le droit civil...*, op. cit., p. 329.

⁶⁵⁸ « Si la personne qui a disparu a chargé un procureur fondé, c'est-à-dire un mandataire quelconque d'administrer ses biens (comp. Art 1984), celui-ci restera en fonctions, à moins qu'il ne se rende coupable de malversations évidentes. Il en sera de même le plus souvent si un parent ou un ami s'est chargé spontanément de la gestion. Mais il faudra que la justice intervienne pour confier à quelqu'un le soin des biens qui resteraient à l'abandon », Auguste Valette, *Cours de Code...*, op. cit., p. 149.

⁶⁵⁹ *Ibid.*, p. 151.

en plein développement⁶⁶⁰. Pourtant, ce déséquilibre économique, Portalis le juge naturel⁶⁶¹ : « les hommes ne naissent égaux ni en taille, ni en force, ni en industrie, ni en talents ; les hasards et les événements mettent encore entre eux des différences [...]. Ces inégalités ; entraînent nécessairement celles qu'on rencontre dans la société »⁶⁶². Or cela n'est pas sans conséquences : nombre de paysans perdent, sous le Consulat et l'Empire, « le maigre bien acquis lors de la vente des biens nationaux ou du partage des communaux ». Paysans indépendants, maîtres artisans et commerçants de proximité, favorisés par la hausse des prix liée à la spéculation, parviennent néanmoins à une certaine aisance. Formant avec les rentiers, les médecins, les officiers de santé et les notaires, une catégorie sociale hétérogène, ces *petits bourgeois*, trouvent ensuite souvent un refuge dans la fonction publique, avant qu'elle ne devienne trop sélective⁶⁶³.

L'idéaltype individuel du bon père de famille l'oblige donc à être économe et habile gestionnaire, ce qui justifie les limites à la libre disposition des biens. Voilà pourquoi le prodigue par exemple, doit être assujéti à l'intérêt commun. Delvincourt définit la prodigalité ainsi : « un goût tellement excessif pour les dépenses inutiles, [exposant l'individu] à être en peu de temps plongé, lui et sa famille, dans une profonde misère ». Il ajoute que la loi « doit veiller au bien-être de celui qui manque du pouvoir ou de la volonté d'y veiller lui-même »⁶⁶⁴. Au regard des articles 514 et 515, la nomination d'un conseil peut être provoquée par un parent du prodigue ou son époux, mais aussi selon l'article 491, par le ministère public⁶⁶⁵. La prodigalité nécessite « une mesure particulière, qui consiste dans la nomination d'un conseil, sans l'assistance duquel le

⁶⁶⁰ Par l'absence de règles fixes pour les baux par exemple, qui contribue à ce que les fermiers aux grandes possessions parviennent à s'en sortir, les plus petits se retrouvent à emprunter bêtes de trait, outils et semences, en contrepartie parfois, de plus de la moitié de leurs récoltes. Souvent, les plus petits paysans finissent dans un endettement chronique, devenant des proies faciles pour les usuriers. V. Jean Tulard, *La France...*, *op. cit.*, p. 189 ; Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 454-456.

⁶⁶¹ « Cette idéologie de la propriété ne risque-t-elle pas d'entrer en conflit avec celle de l'égalité ? Portalis répond, en réfutant Rousseau (sans le nommer) : "Ce n'est pas au droit de propriété qu'il faut attribuer l'origine de l'inégalité entre les hommes : les hommes ne naissent égaux ni en taille, ni en force, ni en industrie, ni en talents" [...] Pour la vente des biens nationaux, les propositions d'ordre social se voient tout de suite opposer cette réponse péremptoire : "La République a besoin d'argent." », Jean-Philippe Lévy, « La révolution française et le droit civil », *op. cit.*, p. 103-104.

⁶⁶² Jean-Étienne-Marie Portalis, *Écrits et discours politiques et juridiques*, PUAM, 1988, p. 114.

⁶⁶³ Jean-Paul Bertaud, *Napoléon...*, *op. cit.*, p. 335 et 440.

⁶⁶⁴ Claude-Étienne Delvincourt, *Institues...*, *op. cit.*, p. 267.

⁶⁶⁵ « La nomination d'un conseil peut donc être provoquée par un parent du prodigue ou par son époux et même par le ministère public lorsqu'il n'y a ni époux, ni épouse, ni parents connus (V. art 491) », Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 635.

prodigue ne peut plus plaider, transiger, emprunter, recevoir des capitaux, aliéner ni hypothéquer ses biens ». Cette mesure sévère d'interdiction supplée par la formation d'un conseil judiciaire est due car on considère les prodigues comme dans un « état habituel d'infirmité morale [hottant] le jugement nécessaire pour l'administration de sa fortune [...] et même de sa personne »⁶⁶⁶. Le conseil judiciaire est même chargé précise Valette, d'assister « dans certains actes les prodigues », qu'il définit comme « ceux qui, par des dépenses exagérées compromettent leur patrimoine ». En effet, « l'incapacité du prodigue est, [...] la même que celle du faible d'esprit ». Le jugement moral, dans le discours juridique, d'un simple trait de caractère – à savoir, être dépensier – montre bien la limite franchise par les jurisconsultes entre droit et morale, bien qu'elle soit complètement assumée. En pratique, c'est ce qui justifie que le juge ait du mal à admettre, *in concreto*, la prodigalité, puisque même la plus notoire des dépenses peut prendre « les caractères de la démence »⁶⁶⁷. Pour autant, la prodigalité n'est pas considérée, même par les rédacteurs du Code, comme un trait de caractère illégal ; et c'est à noter. Il s'agit simplement d'une faiblesse d'esprit qui, certes peu nuire aux fortunes, mais ne doit pas empêcher l'individu de se marier, ni de tester⁶⁶⁸. Il ne s'agit là donc que d'un idéal moral et comportemental, mais qui révèle que les rédacteurs – et les interprètes du XIXe siècle – considèrent que l'individu idéaltype se doit d'être quelqu'un de responsable, calme et doté d'une capacité à se contrôler, soit l'inverse de ce qu'ils attribuent au dément ou prodigue⁶⁶⁹.

Seconde limite au droit de propriété : la servitude. Le droit de clôture, les présomptions de mitoyennetés, etc.⁶⁷⁰, fixent les limites frontalières du droit de propriété. Par exemple, le propriétaire d'un sol inférieur, peut empêcher le propriétaire supérieur de donner une direction aux eaux pluviales qui couleraient normalement sur son fond⁶⁷¹. George Ripert (1880-1958) – membre de la troisième génération – dans sa thèse de doctorat, avait concentré son attention sur le mot « servitude », expliquant que la terminologie soumettait déjà l'idée d'une humiliation subie

⁶⁶⁶ Claude-Étienne Delvincourt, *Institutes...*, *op. cit.*, p. 267-268.

⁶⁶⁷ Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 628-630.

⁶⁶⁸ Si l'article 489 met en place une interdiction à l'égard des individus faisant preuve de fureur, démence ou imbécillité, il reconnaît « tout de même [...] que le faible d'esprit (de même que le prodigue) est capable de se marier et de tester (V. art 499 et 513) », *Ibid*, p. 611.

⁶⁶⁹ Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 595.

⁶⁷⁰ V. Claude-Étienne Delvincourt, *Institutes...*, *op. cit.*, p. 352 et s. ; Charles Demolombe, *Cours du Code Napoléon*, Tome 1, 5^e éd., Paris, *Traité des servitudes ou services fonciers*, Hachette et Compagnie, 1872 ; etc.

⁶⁷¹ *Ibid.*, p. 138 et s.

par le propriétaire, qui s'impose à son droit de jouissance et manifeste ainsi la nature au départ foncièrement individualiste et personnel de ce droit⁶⁷².

Enfin, troisième et dernière limite qui porte sur l'usage du droit de propriété : « nul ne peut être contraint de céder sa propriété si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité »⁶⁷³. Accolas présente ainsi l'article 545 : « nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité. L'expropriation pour cause d'utilité publique dérive de l'idée du droit social »⁶⁷⁴. Pourtant habituellement très critique envers l'Empire et Napoléon étant plutôt un fervent soutien aux idées de la Révolution⁶⁷⁵, il reproche ici d'abord la vision des révolutionnaires du droit de propriété ; en vérité, pas assez libérale selon lui. La Constitution du 3 septembre 1791, en présentant la propriété comme « un droit inviolable et sacré », pour lequel, « nul ne peut en être

⁶⁷² Marcel Waline, *L'individualisme...*, *op. cit.*, p. 334.

⁶⁷³ Art 545, *Code civil des français*, éd. Originale et seule officielle, Paris, imprimerie de la République, 1804, p. 134.

⁶⁷⁴ « L'expropriation pour cause d'utilité publique constitue la plus grave atteinte à la liberté, relativement à la propriété. En morale, l'individu doit se sentir obligé, toutes les fois qu'à côté de lui il existe un besoin ou même un intérêt en souffrance ; le principe de fraternité prime ceux de liberté et d'égalité ; le devoir moral prime l'obligation juridique. Cependant, ce devoir, qui est purement moral, ne relève que de la conscience. Dans l'expropriation, la loi impose le devoir, car elle sacrifie un droit ; or, un droit est toujours fondé à résister au sacrifice. Telle est la déduction qui résulte des principes purs ; nous reconnaissons cependant que, dans l'état actuel, il en est de l'expropriation comme de certains services généraux et qu'il serait impraticable d'appliquer sans restriction en ces matières, les résultats de la logique abstraite. Nous n'en maintenons pas moins que l'expropriation pour cause d'utilité publique est en contradiction flagrante avec le principe de la propriété individuelle, qu'elle n'est qu'un expédient d'une valeur contingente et que pour cette raison, la loi qui la régleme est tenue de donner à la propriété toutes les garanties et toute la sécurité possibles », Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, *op. cit.*, p. 575.

⁶⁷⁵ V. par exemple, *Ibid*, p. XVIII : « Les hommes sont déclarés libres et égaux ; Toute fonction publique est déclarée n'être qu'un mandat. Malheureusement le dogme de l'antiquité n'est pas détruit ; le droit de la cité, le droit social reparait çà et là dans les institutions et dans les lois et corrompt l'idée de l'autonomie de l'individu. Erreur fatale qu'augmente encore la nécessité de s'unifier et de se centraliser pour vaincre ! L'homme du 18 brumaire s'empare de cette erreur ; il construit sur elle son monstrueux despotisme. » ; mais aussi p. CXV : « Lorsqu'à partir du 18 Brumaire, de la Constitution de l'an VIII et de ses annexes, on voit, par le machiavélisme infernal de Bonaparte et de Sieyès, disparaître dans son entier l'esprit politique et social des temps nouveaux, le principe électif en tout ordre, cette grande conquête de la Révolution, la séparation de l'Église et de l'État, consacrée par la Constitution du 5 fructidor, le principe de l'égalité de l'homme et de la femme, timidement affirmé, mais enfin affirmé en 1793, lorsque l'on mesure cette immense chute de l'intelligence, de la moralité, de l'énergie de tout un peuple, lorsqu'on voit ensuite le misérable siècle où nous vivons fermer volontairement les yeux à cette puissante lumière, reprendre la discussion des thèmes usés en 1789, se consumer à débattre des sophismes. » ; voire encore, p. XII : « un seul Empire et le genre humain sous un seul joug ! Comme Bonaparte, les traités reculent de deux mille ans ; l'absorption des peuples recommence. Cependant, l'Europe se lasse ; elle renverse le dernier empire antique et restaure ou à peu près la politique d'équilibre ».

privé », n'a établi qu'une chimère⁶⁷⁶. Il donne un exemple de cette limite du droit de propriété, en faveur d'un cadre social supérieur : « parmi les lois et règlements qui limitent le droit du propriétaire, [...] figure en première ligne la loi du 21 avril 1810, sur les mines. D'après cette loi, tout empreinte de l'idée du droit social, le gouvernement a le droit de concéder la mine à qui bon lui semble et, par conséquent, à tout autre qu'au propriétaire de la surface. Celui-ci obtient une indemnité, réglée par l'acte de concession. Cette indemnité consiste dans une redevance qui, encore aujourd'hui, constitue exceptionnellement une rente immobilière »⁶⁷⁷. Il semblerait donc que le droit de propriété reste, au moins au départ, un des piliers de l'empreinte libérale qui pèse sur l'idéologie du Code ; bien que, comme nous l'avons montré pour diverses raisons, cette tendance est à nuancer.

Par conséquent, le soin apporté au droit de propriété est double : d'intérêt économique, dans une France profondément agraire et disposant d'une population considérable pour et dans ce secteur, mais aussi politique. Il assure la cohésion sociale en faveur du pouvoir central, qui manquait autant à la fin de l'Ancien Régime que durant la Révolution. Avec le droit de propriété, une forme de *paix sociale* est amenée presque de force, certaines tranches de la population étant soucieuses de préserver ce que la Révolution leur a permis d'obtenir. L'institution familiale devient en parallèle un instrument de cohésion sociale car, lorsque l'individu est lié à celle-ci, il est amené à prendre moins de risques, de même qu'il est plus à même d'obtenir des secours, la solidarité étant plus forte en son sein. En théorie, l'institution maritale et familiale devient alors la colonne vertébrale de l'ordre social, soutenue et garantie par la propriété ; tous deux étant censés constituer en France un « grand barrage » contre tout excès étatique⁶⁷⁸. Cependant, ces deux refuges sont à nuancer : solidarité, ordre et docilité envers le pouvoir public font parties des valeurs voulues pour ce nouveau régime, qui voit apparaître une nouvelle « noblesse d'Empire », qui illustre parfaitement ces valeurs, tandis qu'elle n'a que peu à voir avec celle de l'Ancien Régime.

⁶⁷⁶ « La Révolution était, en effet, imbue de l'idée qu'il existe un droit de tous, distinct du droit de chacun ; ce fut, en politique, sa plus grande erreur. De là, le préambule de la Constitution du 3 septembre 1791, ainsi conçu : "La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité" L'art. 545 a remplacé la nécessité par l'utilité et il a effacé l'évidence », Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, *op. cit.*, p. 576.

⁶⁷⁷ *Ibid.*, p. 588.

⁶⁷⁸ Sur la relative solidarité du Droit privé et ces deux institutions clefs comme « grand barrage contre l'État », V. Pierre Legendre, *Trésor historique...*, *op. cit.*, p. 71-72.

L'idéaltype individuel des rédacteurs⁶⁷⁹ est donc un être prudent avec ses biens comme avec sa famille et donc, soucieux de son confort, ce qui fait de lui un être peu enclin aux révoltes, voire à toute plainte. C'est un travailleur infatigable, une abeille butineuse et docile⁶⁸⁰. Il préfère le calme investissement de la terre plutôt que le tumulte des finances boursières. Il doit faire attention à son image en faisant preuve d'un haut sens moral, avec une idée d'honneur très présente dans les esprits. Austère et laborieux, docile et patriote, voilà l'homme idéal pour les rédacteurs. Pour la femme, si elle semble, *a priori*, écartée de cet idéaltype, en réalité elle est présente mais à un échelon inférieur : l'idéal féminin est celui d'un être doux, soumis plus encore que l'homme, notamment envers son mari, sinon son père. Il est admis qu'elle puisse gérer des affaires, notamment commerciales, mais aussi juridiques comme des tutelles, cependant elle est toujours « protégée », étant un être « faible » par nature. Sa sensibilité prime, tandis que la rigueur et l'honnêteté l'emporte s'agissant de l'idéal masculin, entendu comme mari et bon père de famille ; c'est sans doute là, l'un des plus gros héritages de l'Ancien Régime, qui néanmoins arrive à tout à fait correspondre avec les emprunts idéologiques et juridiques, de la Révolution.

[Le Code civil] a pour fin de perpétuer la domination de cette classe et son mode spécifique de vie. [...] Le Code n'est point égalitaire ; il institue quoi qu'on en dise, des statuts personnels divers, très inégaux. [...] Ne soyons pas dupes de son consensualisme prétendu ; car de fait, par exemple ne jouant de « l'ordre public » ou de « bonnes mœurs », il comprime en d'étroites limites

⁶⁷⁹ Pour rappel, l'objectif de l'idéaltype n'est pas d'apprécier strictement le fait social, mais plutôt d'accentuer les traits les plus généraux, afin d'en faire ressortir un « idéal » souhaité. V. *Supra*, p. 26-27.

⁶⁸⁰ Il est intéressant d'ailleurs, de voir que le nouveau régime impérial ajoute, au chant, au drapeau et à l'aigle, l'abeille comme symbole. Si l'aigle apparaît comme une réminiscence des traditionnels empires – Rome, Charlemagne, la Prusse ou l'Autriche – Napoléon y adjoint ce symbole anthophilien paradoxalement plus pacifique, car il représente cet idéal d'un insecte productif – socialement comme industriellement –, fortement discipliné et obéissant. L'idée viendrait de Cambacérès qui, par souci historique, rattache sans grande certitude néanmoins, cet insecte à Childéric Ier. L'Empereur se laisse convaincre, tandis que le « coq » proposé en premier lieu par le Conseil d'État est évincé (les deux symboles relèvent alors du secteur agricole, allant parfaitement à la France de 1804 qui n'est pas sans rappeler celle de Sully et d'Henri IV). Ainsi, bien que Napoléon fasse un usage « immodéré » de l'aigle lors de ses campagnes, c'est à l'abeille que revient le droit d'être placé sur son manteau de pourpre lors du Sacre et d'être très présente dans les tribunaux et l'administration impériale. Finalement, si l'aigle se rattache au secteur militaire, l'abeille est quant à elle liée au fonctionnariat, seconde épine dorsale de l'Empire. V. Jacques-Olivier Boudon, « Chapitre 3 - La restauration monarchique », *La France et l'Europe de Napoléon*, sous la direction de Jacques-Olivier Boudon, Paris, Armand Colin, « U », 2006, p. 54-56 ; Rey Jean-Philippe, « L'Empire comme solution nationale », *Histoire du Consulat et du Premier Empire*, sous la direction de Rey Jean-Philippe, Paris, Éditions Perrin, « Synthèses historiques », 2016, p. 145-146 ; Yann Moulrier Boutang, « L'abeille comme modèle politique », *Labyrinthe* [En ligne], 40 | 2013, mis en ligne le 01 mars 2015, consulté le 13 mars 2019 ; Marie-Cécile Mary, « Napoléon et les abeilles, une histoire d'or », *Les trésors de la Ruche, domaine apicole de Chezelles*, 11 février 2014.

la liberté des contractants. Il ne procède qu'en apparence des conceptions idéalistes du « jus naturalisme moderne » ; il est un dur positivisme, qui tient plus de Hobbes que de Thomasius. Il est, plutôt que libéral, « paternaliste », répressif et « interdictal ». Non, la fonction du Code civil ne fut pas de servir la liberté ni l'épanouissement de « l'homme ». Il fut surtout l'expression de l'économisme, de l'utilitarisme bourgeois (surtout de celui des physiocrates). En ce début du XIXe siècle c'est installé la Paix Bourgeoises l'analogue de la Pax Romana (c'était l'impérialisme de Rome). Pour les auteurs du Code civil, il s'est agi de sanctionner un certain ordre [...] à leur avantage et selon leurs perspectives propres : un mode de vie qu'ils ont axé sur l'économie. Le but est l'accroissement des richesses, qui suppose, outre la protection des propriétés d'un petit nombre, le fonctionnement des échanges⁶⁸¹

Même si les propos précédents de André-Jean Arnaud peuvent être nuancés⁶⁸², la bourgeoisie ne constituant pas encore un groupe social conscient de soi et possesseur du pouvoir en 1804, il n'en reste pas moins que l'ambiguïté idéologique du Code – entre individualisme à tendance libéral et autoritarisme – est en effet effectif dès sa promulgation. Il faut aussi se garder de parler d'une *Pax Media Civium*, comme l'écrit Arnaud, quand on connaît les soubresauts et crises politiques et sociales du XIX^e siècle. Néanmoins, la société française prend de plus en plus pour modèle d'inspiration sociale un certain groupe social, dont le mode de vie aristocratico-bourgeois devient un idéaltype. À ce titre, le Code favorise par cet autoritarisme et la mission disciplinaire, de ces deux institutions clefs ; phénomène perceptible notamment avec la morale individualiste sous-entendue dans discours des interprètes juristes du siècle suivant⁶⁸³.

⁶⁸¹ Sur « l'essence interdictale du Code », faisant référence au système de l'interdit du préteur romain, V. André-Jean Arnaud, *Essai d'Analyse...*, op. cit., p 150 et s.

⁶⁸² Nuance notamment évoquée par Michel Villey dans la préface de l'ouvrage : « Arnaud, comme marxiste, attribue au droit une fonction unique : servir les intérêts d'une classe. Mais peut-on définir une fin, ou une fonction du Code civil ? Il est vrai que Portalis ou Napoléon furent pour une part, « objectivement », au service des classes possédantes », *ibid.*, p. III.

⁶⁸³ Lorsque Arnaud écrit « le souhait des révolutionnaires d'établir un code pour l'humanité entière est resté dans l'esprit des rédacteurs. Derrière cette législation, il y avait alors une morale : celle de la bourgeoisie, individualiste », il y a certes une vérité profonde, mais qui manque d'évoquer la différence entre l'œuvre de 1804 et celle de 1904. Certes, il s'agit toujours du Code, mais il reste à prendre en considération l'évolution interprétative de celui-ci. V. André-Jean Arnaud, *Essai d'Analyse...*, op. cit., p. 11-12.

En somme, si le schéma idéaltypique de l'individu pensé par les rédacteurs doit beaucoup à la Révolution, les institutions traditionnelles présentes dans le Code ont néanmoins comme effets d'inféoder l'individu au régime. Il ne peut vivre sans la société, il fait partie d'elle. L'individu est un animal-machine, sociable par nature. Se devine le souhait de vouloir forcer ce trait, afin d'assurer l'ordre et éviter un hypothétique chaos de type hobbién. La Terreur agit comme un formidable épouvantail. La logique est la même que celle du philosophe anglais : il faut un État fort et autoritaire, quasi-léviathan, quoiqu'il n'en soit rien dit sur la forme. Aussi, en raison de leurs « pré-supposés anthropologiques », les rédacteurs du Code civil ont assigné pour but au législateur de soumettre les individus à des contraintes utiles à la société, une société qu'il faut reconstruire après « la tourmente qui a tant bouleversé les têtes », sans pour autant nuire à certaines de leurs libertés individuelles ; celles qui ne portent pas de préjudices sur le plan social ou politique. Ainsi, plutôt que de chercher à « régénérer » les individus, les codificateurs ont comme objectif de se servir de leurs défauts en utilisant leurs intérêts, tout en donnant parfois à l'individu l'illusion d'être libre. La bureaucratie étatique donne une expression toute particulièrement à cette utilisation pragmatique de l'individu, tandis que les institutions-clefs que sont la propriété et la famille deviennent des moyens d'attache de l'individu à l'égard de cet ordre social bourgeois, même pour ceux qui n'en font pas partie⁶⁸⁴. D'où le rejet qui se devine à la lecture du Code de l'individu qui n'a pas de domicile, comme le vagabond, le voyageur etc. ; même le militaire – qui voyage beaucoup sous l'Empire – a un domicile fixe, à savoir sa caserne. Ce faisant, le Code Napoléon devient l'accomplissement juridique du dessein politique qui lui est antérieur, dans le sens où s'il est présenté comme un « Code de la liberté », c'est un « certain type de liberté » qui est défendu mais surtout, un ordre, un ordre social ou politique. Son objet, Portalis le définit – en parlant du domaine de la loi – quand il évoque « l'objet d'intérêt commun »⁶⁸⁵. Phénomène intéressant, il ne porte pas sur les « faits individuels », car la voie qu'il emprunte est celle du dessein politique et social, global et non individuel. Pourtant, il est foncièrement individualiste, offrant aux individus le soin d'organiser leur vie et existence à leurs échelles, tant que cela n'entrave pas les desseins plus grands à l'échelle politique ou sociale.

⁶⁸⁴ Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 110.

⁶⁸⁵ André-Jean Arnaud, *Essai d'Analyse...*, *op. cit.*, p. 34-45 et 60-61.

Chapitre second. La permanence d'une influence chrétienne dans le discours de la doctrine juridique impériale

La lecture des cahiers, cours, manuels et traités publiés par les professeurs de droit, les avocats et les magistrats, dévoile les convictions jusnaturalistes de la très grande majorité des jurisconsultes de ce temps. Mais les concessions au droit naturel que font les Berriat Saint-Prix, Burdet, Delvincourt, Demante, Demolombe, Duranton, [...] Gérando, Lepage, Marcadé, Taulier, Toullier – et tant d'autres encore –, ne les empêchent absolument pas d'enseigner conformément aux dispositions de la loi du 13 mars 1804, du décret du 21 décembre 1804 et de tous les textes qui ont réglementé la diffusion officielle des savoirs juridiques. L'exégèse des codes et autres dispositions légales, exercice aujourd'hui rabattu sur le positivisme, n'est pas un obstacle au développement d'une herméneutique façonnée par une axiologie matinée de foi chrétienne et qui trouve dans la catégorie du droit naturel un puissant relais discursif. Dans le premier XIX siècle, on peut donc se livrer sans vergogne à l'exégèse des codes napoléoniens armés des convictions jusnaturalistes les plus pures. Être converti à la religion du droit naturel n'empêche pas non plus de moissonner – la chose est même fréquente – dans le champ du droit romain ou de l'ancien droit coutumier. [...] Un jurisconsulte du premier XIX siècle, [...] ne pouvait concevoir que le droit positif ne fit pas corps avec le droit naturel⁶⁸⁶.

Si la seule exploration du Code civil occupe nombre, pour ne pas dire la totalité, des premiers interprètes, c'est parce qu'ils leurs faut établir une liaison solide entre avec son environnement social⁶⁸⁷. Comme le rappelle Bonnacase (1878-1950), ce lien se « concrétise » avec les noms de Victor Proudhon (1758-1838), Claude Delvincourt (1762-1831), Charles Toullier (1752-1835) ou encore Alexandre Duranton (1783-1866)⁶⁸⁸. Le Code de 1804 n'a pas cependant bouleversé le droit en dehors de quelques acquis révolutionnaires, mais la codification a

⁶⁸⁶ Jérôme Ferrand, « La science du droit... », *op. cit.*, p. 3.

⁶⁸⁷ « C'est donc peu dire que, dès les premières années qui suivirent la codification et particulièrement dans un contexte politique où la pérennité du Code civil était alors loin d'être assurée, les professeurs auront grandement contribué à élever ce qui est considéré aujourd'hui comme un monument du droit français. Leur zèle à vouloir restituer (ou à fabriquer) la cohérence et l'unité du code ne relève pas de la légende. Tout le monde s'accorde aujourd'hui pour reconnaître que l'énergie qu'ils ont déployée pour dégager des principes directeurs ou rechercher l'esprit par-delà la lettre du texte, a pu favoriser la lente émergence d'une doctrine », *ibid.*

⁶⁸⁸ Julien Bonnacase, *La Thémis...*, *op. cit.*, p. 13.

néanmoins projeté les juristes vers un nouveau monde, où la « Loi » prime⁶⁸⁹. Les commentateurs ou interprètes sont alors des intermédiaires privilégiés, dont l'objectif est d'expliquer et de mettre en œuvre cette Loi, conformément aux attentes de la société dont ils se disent être témoin⁶⁹⁰. À ce titre, les interprètes de la première génération, juges compris, sont dominés par un « effet de complétude », cherchant avant tout à ne pas désacraliser le Code, tout en faisant état de ses insuffisances⁶⁹¹. La doctrine choisit d'abord comme stratégie d'occulter en apparence cette opposition, en se concentrant sur la formation d'une élite juridique, qui d'elle-même, plus ou moins consciemment, est amenée à défendre l'ordre social qui l'a formé. C'est pourquoi le Code apparaît comme ayant *besoin* d'une doctrine soucieuse de veiller à assurer sa souplesse face aux changements brutaux postempire. Pour cela, elle accentue le double compromis du Code : il apparaît comme le seul accommodement politique, philosophique et juridique, capable d'achever la Révolution, tout en respectant l'Ancien Régime pourtant aboli. Or, il n'est pas aisé de « tenir ce double compromis », dans un siècle aussi « agité »⁶⁹².

L'idée qu'il y a entre 1804 et 1880 une exégèse « myope » enfermée dans une « École » réussit – même si c'est à tort – à conquérir les esprits de la doctrine du XIX et XX^e siècles. Jugés par leurs pairs plus tardifs comme renfermés dans une pure pratique juridique, les premiers interprètes sont en vérité des esprits conservateurs, usant du passé, par l'intermédiaire de la jurisprudence notamment, à des fins idéologiques (**section première**). D'où le fait que l'idéologie des premières générations d'interprètes mêle l'individualisme révolutionnaire⁶⁹³ avec la volonté de défendre le caractère disciplinaire du droit. Liberté et docilité deviennent ainsi, même si cela peut paraître paradoxal, les deux valeurs fondamentales de cette pensée juridique et politique, dont l'originalité même vient du double héritage du Code. Si l'individu est au cœur du raisonnement juridique, cet être, en théorie libre, est amené à faire face à un phénomène de

⁶⁸⁹ Jean-Pascal Chazal, « Léon Duguit et François Gény, Controverse sur la rénovation de la science juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Volume 65, 2010/2, p. 92.

⁶⁹⁰ La figure de l'interprète peut ici être rapprochée d'Hermès, Dieu et messager des Dieux, par conséquent intermédiaire entre l'espèce humaine et le Mont Olympe. V. Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 91 et 120-121.

⁶⁹¹ Caroline Gau-Cabée, « La jurisprudence et les silences du code... », *op. cit.*, p. 20.

⁶⁹² Philippe Rémy, « Le rôle de l'Exégèse... », *op. cit.*, p. 101- 103 ; Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 91 ; Georges Duby, *Histoire...*, *op. cit.*, p. 355-390.

⁶⁹³ Quand bien même l'individualisme du début du siècle ne correspondrait pas tout à fait à l'individualisme qui se développe sous la III^e république, quand le Code fait l'objet de nouvelles lectures, face à la montée d'une « philosophie sociale ou socialisante », V. Philippe Jestaz, *Autour du droit civil...*, *op. cit.*, p. 90.

« contrainte juridique ». Cependant, cette contrainte juridique ne serait que la condition à une réelle liberté individuelle (**section seconde**).

Section première. Le rôle de la sauvegarde première génération d'interprètes dans la sauvegarde de l'idéologie du Code

La doctrine se donne pour rôle « d'intellectuellement légitimer » l'œuvre de 1804, qui forme dans les esprits une « rupture révolutionnaire » et une « césure normative »⁶⁹⁴. À ce titre, elle se livre à une étude exégétique à l'origine de la terminologie plus tardive – mais erronée – d'« École de l'Exégèse »⁶⁹⁵. Toutefois, cette méthode d'interprétation ne fait qu'illustrer l'approche idéologique conservatrice des interprètes, d'autant plus sous le couvert de l'influence du christianisme dont les valeurs persistent chez les juristes. Même la jurisprudence est utilisée comme un outil afin de justifier l'ordre institutionnalisé par le Code. Finalement, une certaine théodicée fondée sur une vision anthropologique perfectible de l'être humain, sert de justification pour prouver que l'ordre en place est celui qui est le plus souhaitable (I.). Ce faisant, le droit naturel devient un des éléments clefs afin de justifier l'ordre social institutionnalisé par le Code civil (II.).

⁶⁹⁴ Nader Hakim, « Continuité ou rupture... », *op. cit.*, p. 172.

⁶⁹⁵ L'expression « École de l'Exégèse », qui englobe les premiers commentateurs, semble être employée pour la première fois par Ernest Glasson (1839-1907) lors de la commémoration du Code civil de 1904. Elle est ensuite largement reprise par Julien Bonnecase (1878-1950). Il s'agit cependant d'une fiction juridique, car l'idée d'« École » est ici une création forgée, *a posteriori*, par les juriconsultes, afin de perpétuer un « modèle » d'une doctrine privatiste qui fait autorité, tout en étant sans le révéler clairement, une source du droit. C'est aussi pourquoi ils lui donnent une image réductrice, afin de mettre en valeur la nouvelle « École » ; V. Frédéric Audren, *Le « moment » 1900...*, *op. cit.*, p. 57 : « Le récit de la lutte entre l'École de l'Exégèse et de l'École scientifique comme celui d'un Dix-neuvième siècle ignorant une doctrine publiciste peuvent être remisées au nombre des antiquités historiographiques ». Frédéric Audren renvoie à ce propos à Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 131 ; V. aussi : Florent Garnier, *Introduction historique...*, *op. cit.*, p. 3-4 ; Sur « l'École de l'Exégèse » selon Julien Bonnecase V. Julien Bonnecase, *Science du droit et Romantisme, Le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle*, Paris, Recueil Sirey, 1928, p. 1-2, 13-16, 117-119, 134-135 et 239-254. V. Pierre-Nicolas Barenot, *Entre théorie et pratique...*, *op. cit.*, p. 69 ; Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 72 ; V. aussi de Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 412 : « La paternité de ce paradigme ne peut toutefois être principalement attribuée à la science du droit du XIXe siècle. Au-delà de cette riche période, c'est toute une tradition doctrinale qui se perpétue de nos jours. La Révolution et les codifications qui la suivent n'ont pas, en effet, interrompu une tradition qui n'accorde, à juste titre, qu'un second rôle aux juriconsultes face aux sources positives quelles qu'elles soient. Toutefois, cette œuvre seconde reste indispensable et participe à la réalisation du droit. Le XIXe siècle n'a donc pas vu la pensée juridique s'altérer ; bien au contraire, la doctrine civiliste s'inscrit dans la continuité de l'Ancien Régime. Il ne s'est pas formé d'École de l'Exégèse, pas plus que n'est apparue une véritable École scientifique monolithique à la fin du XIXe siècle et au début du siècle suivant. Mieux, si l'exégèse joue un rôle important dans la science du droit du XIXe siècle, cette conception de l'interprétation lie plus intimement encore les juriconsultes contemporains à leurs devanciers médiévaux ».

§1- La fausse terminologie « d'École de l'Exégèse »

Si les exégètes des deux premières générations sont présentés par celles qui suivent comme « abîmés [par] une lecture littérale et desséchante du code civil », en réalité, de nombreux d'ouvrages évoquent les imperfections naturelles du Code que les commentateurs se donnent à cœur de vouloir réparer. Les fondateurs de l'exégèse font ainsi preuve d'une grande liberté intellectuelle⁶⁹⁶, n'omettant aucunement la jurisprudence, qu'ils utilisent afin d'appuyer leurs analyses, même si elles sont souvent conservatrices, voire traditionalistes⁶⁹⁷ et donc défendant l'ordre social en place. Le « Prince de l'Exégèse »⁶⁹⁸ – Charles Demolombe – par exemple, s'il ne souhaite pas réveiller dans son monumental *Cours du Code Napoléon*, « la vieille querelle [...] de la méthode exégétique et de la méthode dogmatique », considère cependant que sa préférence pour la « méthode dogmatique », même si cela ne l'empêche pas de prendre pour base les articles mêmes de la loi⁶⁹⁹. Aussi, soucieux d'« éclairer les textes par les faits, les principes par la jurisprudence »⁷⁰⁰, il considère que ce serait « méprise » que d'étudier le Code Napoléon, « sans tenir compte de tous ces précédents, de toutes ces traditions »⁷⁰¹. Sa manière d'argumenter, ses

⁶⁹⁶ Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 249 ; Pierre-Nicolas Barenot, *Entre théorie et pratique...*, *op. cit.*, p. 69.

⁶⁹⁷ V. sur l'exemple de Demolombe, Nader Hakim, « Continuité ou rupture... », *op. cit.*, p. 179 ; Ainsi, « Mis à part quelques commentateurs obtus comme Delvincourt par exemple, la doctrine rejette rarement de façon absolue la jurisprudence », Pierre-Nicolas Barenot, *Entre théorie et pratique...*, *op. cit.*, p. 105 et 132.

⁶⁹⁸ Après ses études de droit à Paris, il est nommé professeur titulaire de droit civil à la Faculté de Caen, où il restera cinquante-six ans. Il est élu doyen, le 17 juin 1853, puis est reconduit sans cesse au décanat durant trente-quatre ans. Il refuse une chaire à Paris en 1853 et, par deux fois, un siège à la Cour de cassation, comme conseiller en 1862, puis procureur général en 1878 et enfin, un siège inamovible au Sénat, au nom « d'une vie calme toute de réflexion », ce qui lui vaudra un banquet offert par sa ville. En 1851, il participe à la rédaction de la *Revue critique de la jurisprudence* et, en parallèle de ses activités d'enseignants, il est avocat consultant – ne supportant pas la controverse à la barre –, bénéficiant de sa notoriété nationale et même internationale pour délivrer, sur demande, des consultations juridiques émanant d'un cabinet qu'il a ouvert pour cet effet. Aussi, en 1868, on lui remet la croix de commandeur de la Légion d'honneur. Demolombe a alors été considéré comme « le représentant le plus glorieux de l'Exégèse » au point qu'on lui ait attribué le titre de « prince de l'Exégèse », malgré une « prose empreinte de lyrisme » et d'abondances références à la jurisprudence. V. Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 1... », *op. cit.*, p. 59 ; Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 79-80 ; Jacqueline Musset, *Dictionnaire historique des juristes français xii^e-xx^e siècle*, sous la direction de Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halpérin, Jacques Krynen, PUF, Quadriège, 2^e édition, 2015, v^o Demolombe, p. 324-325.

⁶⁹⁹ Charles Demolombe, *Traité de la publication...*, *op. cit.*, p. VI-VIII.

⁷⁰⁰ Jacqueline Musset, *Dictionnaire historique des juristes français XII^e-XX^e siècle*, *op. cit.*, v^o Demolombe ; V. Charles Demolombe, *Cours du Code Napoléon*, Tome 1, 3^e éd., Paris, *Traité de la publication des effets et de l'application des Lois en général*, Hachette, 1865, p. V : « Je ne manquerai [...] jamais de faire connaître l'état de la doctrine et surtout de la jurisprudence, cette partie animée, je dirais presque dramatique de la législation »

⁷⁰¹ Il précise que ce serait « rétrograder d'un demi-siècle ». V. Charles Demolombe, *Cours du Code Napoléon, Traité de la publication...*, *op. cit.*, p. IV.

recours au droit romain, lois antérieures, mais aussi ses commentaires sur la pratique, la coutume et les décisions judiciaires, le conduisent, *in fine*, à aller au-delà d'une lecture strictement exégétique et littéraire⁷⁰².

Avant lui, Toullier utilisait déjà le droit romain, le droit coutumier et même la jurisprudence de l'Ancien Régime⁷⁰³. Ses références aux auteurs classiques tels que Pothier ou Domat sont nombreuses, d'autant plus pour des raisons politiques : faire accepter le Code par tous, royalistes et traditionalistes compris⁷⁰⁴. Quant à Proudhon, qui avait publié avant le Code son *Cours de Législation et de Jurisprudence françaises sur l'état des personnes*, y fait des références nombreuses dans ses œuvres suivantes⁷⁰⁵. Il en est de même pour Duranton, le « chef de file » des professeurs parisiens dans les années 1830, qui est considéré par ses contemporains comme un fin connaisseur de la pratique, soucieux autant de la « doctrine des auteurs »⁷⁰⁶ que de la

⁷⁰² « Si l'ordre de ces arguments peut varier, ils restent en effet en majorité identiques. Demolombe, [...] en donne une liste. Il débute par "les motifs de la loi, le but qu'elle s'est proposé", puis poursuit par "l'esprit général de la législation", quelques règles qu'il puise dans la tradition interprétative européenne [...]. Il conseille, ensuite, de remonter aux sources de cette loi que sont le droit romain, les lois antérieures et les auteurs anciens. Il passe alors à l'interrogation des discours et discussions qui ont préparé la loi, auxquels il ajoute la pratique, la coutume et les décisions judiciaires. Puis, c'est au tour de l'analogie et de l'interprétation restrictive. Il recommande enfin de peser les avantages et les inconvénients des interprétations possibles [en se référant] à l'équité. [...] Ce dernier argument énoncé par Demolombe permet et de tempérer la rigueur de la loi et d'obtenir un résultat conforme au droit tel qu'il est pensé par la doctrine », Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 104-112 ; V. aussi, Nader Hakim, « Continuité ou rupture... », *op. cit.*, p. 176 et s. Sur la question de la notion « d'école » rythmant en « autant de cycles une histoire complexe et toujours difficile à saisir dans toute sa diversité », V. Nader Hakim, « De l'esprit et de la méthode des civilistes de la seconde moitié du XIX^e siècle. L'exemplarité de Claude Bufnoir », *Droits*, n° 47, 2008/1, p. 45 et s.

⁷⁰³ Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 1... », *op. cit.*, p. 52.

⁷⁰⁴ Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 236 ; Toullier peut même à ce propos être considéré comme un exégète dogmatique, étant « adepte de la méthode dogmatique, exclusivement doctrinale [...], encombrée d'incessantes comparaisons avec le droit "vivant", qui évolue en s'adaptant de façon continue aux besoins de la société », Jean-Louis Halpérin, *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, v° Toullier, p. 973-974.

⁷⁰⁵ V. Comparaison de son *Cours de législation et de jurisprudence françaises*, Partie 1, sur l'état des personnes, Besançon, tome 1, Chez Tissot imprimeur-libraire, 1798, avec son *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par le rapport au domaine public*, Tome 1, Dijon, Victor Lagier libraire-éditeur, 1833 ou encore son *Traité sur l'état des personnes...*, *op. cit.*

⁷⁰⁶ Dès 1804, les grands praticiens du Droit se livrent à une exploration et des commentaires du Code civil. Ces derniers sont joints rapidement – même si timidement – par des professeurs, issus des écoles de droit qu'a réorganisées l'Empire. Les écoles de droit, devenues facultés, se renforcent au cours du XIX^e siècle, devenant plus autonomes. Avec l'industrialisation croissante du pays et le développement de la jurisprudence, le Code suscite une profusion de commentaires, d'où les multiplications de publications juridiques. Dans ce contexte, professeurs ou praticiens, dont le prestige est croissant au cours de ce siècle, se présentent eux même sous la dénomination gratifiante de « la doctrine », remplaçant peu à peu celle de « doctrine des auteurs ». L'effet de ce changement, est de

jurisprudence⁷⁰⁷. Quant à Auguste Valette, il n'a certes pas laissé de grands commentaires sur le Code, mais ses études et cours magistraux laissent une place de choix à la jurisprudence⁷⁰⁸. Par conséquent, les premières générations ne sont aucunement limitées à une lecture purement littérale du Code, comme il leur a été reproché⁷⁰⁹.

Dans un système légaliste, comme le précise Gau-Cabée, la jurisprudence est d'abord une « lecture de la loi »⁷¹⁰. Ainsi, s'il est certain que la loi est considérée comme supérieure aux autres sources du droit à cette période⁷¹¹, amenant la doctrine à légèrement se détourner de la coutume par exemple⁷¹², les analyses du Code sont néanmoins souvent riches d'une « solide expérience pratique ». Toutefois, les choix opérés en matière de jurisprudences révèlent l'abstraction de leurs esprits à certains besoins sociaux⁷¹³. Ce besoin est d'ailleurs particulièrement visible dans les cas

professionnaliser les avis et interprétations de ces juristes. La doctrine ne présente plus une diversité d'opinion, mais un regroupement d'interprétations sous une forme plus collective. V. Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 70. Cf, pour plus de précision : Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*

⁷⁰⁷ Qui se développe en effet une exploration de la jurisprudence civile dans la seconde moitié du XIX^e siècle. Cf. Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 96-98.

⁷⁰⁸ Ses positions originales, critiques et hétérodoxes influenceront d'ailleurs beaucoup les générations suivantes, que ce soient les exégètes classiques ou ceux qui seront assimilés plus tard à la méthode scientifique durant le « moment 1900 ». V. Pierre-Nicolas Barenot, *Entre théorie et pratique...*, *op. cit.*, p. 223 et s.

⁷⁰⁹ Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 29.

⁷¹⁰ Caroline Gau-Cabée, « La jurisprudence et les silences du code... », *op. cit.*, p. 3.

⁷¹¹ « La période révolutionnaire a d'abord dépossédé le juge de son pouvoir normatif au nom de la séparation des pouvoirs et de l'omnipotence de la loi. [...] Le juge est donc abaissé sous la loi qu'il se contente d'appliquer mécaniquement. [...] À partir de 1804, le sort du précédent est incertain, car le contexte de ce moment est équivoque. L'ambiance n'est guère favorable à la valorisation du juge. Au début de sa réalisation, la codification est envisagée par ses artisans comme un prolongement du panléganisme révolutionnaire : l'utopie de l'absorption totale du droit par la loi est enfin – croit-on – mise en application. D'autre part, Bonaparte est profondément imprégné par la sacralisation de la loi. Craignant que l'interprétation ne dénature "son" Code, il institue en 1807 un référé au chef de l'État sur le modèle du référé législatif. Enfin, certains commentateurs du Code adhèrent à la vocation ubiquitaire de la loi », *ibid.*, p. 3-4.

⁷¹² Florent Garnier, *Introduction historique...*, *op. cit.*, p. 14.

⁷¹³ Cette abstraction vient du fait, supposons-nous, de la volonté de la doctrine de défendre un ordre social bourgeois soucieux de faire pérenniser un *statu quo*, sur certains problèmes. Par conséquent, si les n'interprètent pas le code civil en fonction de besoins sociaux issus de certaines catégories – notamment professionnelles – de la population, il serait faux de considérer que la doctrine se désintéresse de la société dans laquelle ils vivent. C'est pour cela que certains d'entre eux font preuve d'un libéral plus ou moins marqué ou d'un individualisme tantôt profondément libéral, tantôt favorable à un conservatisme social et politique. Ainsi, « la résistance, discrète mais certaine, du libéral Toullier à l'égard du pouvoir impérial ne fait pas contre l'opinion de la plupart de ses contemporains », tandis que « les convictions royalistes de Delvincourt ne tranchent pas avec l'état d'esprit de très nombreux Français sous la Restauration. Quant à Troplong, il est assez représentatif de l'opinion bourgeoisie de son temps, [...] quand il procède à une interprétation du code civil qu'on a pu qualifier de louis-philippard ». Par conséquent, même si les exégètes ne situent pas d'office dans la bourgeoisie, leur statut leur offre un revenu qui leur permet d'intégrer celle-ci, pour la

de « silence » de la loi⁷¹⁴. De plus, durant les deux premiers tiers du XIXe siècle, la doctrine civiliste a beau être composée majoritairement de professeurs, la plupart sont également membres du Palais. Si Proudhon, Delvincourt, Blondeau ou encore Antoine-Marie Demante ne fréquentent que temporairement le barreau, d'autres en revanche partagent leur temps entre l'École et le Palais, comme Toullier, Valette ou encore Demolombe, qui sont aussi bien avocats que professeurs⁷¹⁵. Quant à l'argument que les exégètes auraient constitués une « école » en raison d'un objectif commun, le seul point commun qu'ils aient, se trouve dans leur fidélité à l'œuvre napoléonienne ; ce qui est bien peu pour qualifier le phénomène d'École, tandis que même les interprétations divergent d'un auteur à un autre⁷¹⁶.

La jurisprudence symbolise l'utilisation de l'histoire par la doctrine, qu'elle utilise à des fins idéologiques, au service « du progrès des institutions humaines »⁷¹⁷. Quel que soit les convictions et aspirations politiques des premiers interprètes, l'histoire leur sert à fixer une destinée humaine ou un chemin justifiant le temps présent. En ce sens, les discours des jurisconsultes prennent la forme d'une théodicée, qui permet de penser les épisodes de la Révolution et de l'Empire de manière positive⁷¹⁸. Ces juristes cherchent à définir des règles de conduite dont l'objet vise à suggérer une direction à suivre, une orientation, appréciée par eux-mêmes ou des « esprits particulièrement éclairés »⁷¹⁹. Méfiant à l'égard des nouvelles législations, cette partie de la doctrine et le monde juridique plus globalement, cherche plutôt à « cultiver les racines anciennes » en faisant appel à l'ancien droit⁷²⁰.

majorité d'entre eux. Il existe malgré tout quelques exceptions, comme Valette ou Accolas, mais elles restent mineures. V. Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 88.

⁷¹⁴ C'est le cas pour le droit d'usage. Sur le « comblement du vide » dans le Code ce propos, V. Caroline Gau-Cabée, « La jurisprudence et les silences du code... », *op. cit.*, p. 14 et s.

⁷¹⁵ Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 206.

⁷¹⁶ V. Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 73 ; V. aussi, p. 90 : « non seulement les exégètes se disputent beaucoup, mais la controverse fait partie de leur méthode : on controve avec tous les auteurs de toutes les époques. Il n'est pas rare de voir tel jurisconsulte romain débattre avec un juriste du XVI^e ou du XVII^e siècle, Cujas fréquente Ulpian et il arrive à Pothier de se voir contredit par Papinien... les explorateurs du code semblent imiter les glossateurs ! »

⁷¹⁷ Sur l'exemple plus précis de Demolombe, V. Nader Hakim, « Continuité ou rupture... », *op. cit.*, p. 185-190.

⁷¹⁸ Jérôme Ferrand, « La science du droit... », *op. cit.*, p. 6-7.

⁷¹⁹ George Ripert, *Droit naturel et positivisme juridique* (1918), Milau, Dalloz, Tiré à part, 2013, p. 11.

⁷²⁰ Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 235

L'intérêt que porte la doctrine à la jurisprudence est concomitant au développement croissant de nouveaux recueils de jurisprudence⁷²¹ et à une appréciation critique de l'impossible exhaustivité du Code⁷²². De plus en plus analytiques et critiques, les recueils d'arrêts qui se développent sur le premier tiers du siècle font preuve d'un esprit de synthèse qui en vient même à occulter les conclusions plus théoriques⁷²³. S'ils sont longtemps pensés comme ne contenant aucune doctrine ou pensée juridique, c'est parce que les recueils, journaux, dictionnaires ou répertoires sont « beaucoup plus versatile et pragmatique » que le discours de la doctrine classique. Ainsi, si à la lecture du recueil de Désiré Dalloz, il paraît plus difficile de percevoir l'opinion de l'arrêtiste que dans le recueil de Sirey, cela n'enlève pas la valeur idéologique que peuvent transmettre les conclusions rédigées dans les arrêts. La jurisprudence devient le parfait témoin de la mise en pratique de l'idéologie du Code et montre combien l'ordre social de celui-ci est accepté. Les éléments et institutions clefs du Code sont surreprésentés. Par exemple, l'institution maritale est considérée comme le « fondement de la société », voire la raison d'être de tout individu, qui accomplit ainsi la « loi de son être »⁷²⁴. Il en est de même avec la « prééminence nécessaire du mari » liée à « l'incapacité des femmes », quoique celle-ci ne soit pas semblable à celle des mineurs. Enfin, le droit de propriété aussi est considéré en pratique comme le droit « le plus sacré »⁷²⁵, agissant en faveur de l'ordre social et la paix publique⁷²⁶.

⁷²¹ « Au tournant du XIX^e siècle, l'instabilité révolutionnaire laisse la place au renouveau politique et juridique du Consulat et de l'Empire. En pleine discussion sur le Code civil paraissent alors les grands recueils de jurisprudence contemporains », Pierre-Nicolas Barenot, *Entre théorie et pratique...*, *op. cit.*, p. 65.

⁷²² Caroline Gau-Cabée, « La jurisprudence et les silences du code... », *op. cit.*, p. 5.

⁷²³ Cela d'autant plus, que les arrêtistes eux-mêmes précisent qu'ils ne traitent pas les problèmes sur le plan politique mais uniquement sous l'angle juridique, chose qu'ils rappellent dès qu'ils abordent une thématique proche du débat politique ; mais à l'instar des exégètes plus classiques, il s'agit là surtout d'une manière de ne pas avoir à justifier leur conservatisme idéologique. V. Pierre-Nicolas Barenot, *Entre théorie et pratique...*, *op. cit.*, p. 151-152.

⁷²⁴ « La société est une loi du monde moral, le mariage est le fondement de la société ; l'homme qui se marie accomplit une loi de son être », Désiré Dalloz, *jurisprudence générale...*, *op. cit.*, p. 223.

⁷²⁵ Cela renvoie au débat de la puissance maritale et paternelle, comparée à ce qui se faisait à Rome. *Ibid.*, p. 73 et 113.

⁷²⁶ « Que celui qui a été dépossédée par violence, ou voie de fait, doit avant tout, rentrer dans sa possession [...] ; Que c'est sur ces principes conservateurs de l'ordre social et de la paix publique, que repose l'action en réintégration ; que cette action, généralement admise dans l'ancienne législation française, loin d'avoir été abrogée par la nouvelle est reconnue comme étant encore en pleine vigueur par une disposition formelle de l'art. 2060 c. civ », *ibid.*, p. 107.

Les auteurs du Code, comme ensuite la majeure partie de la doctrine juridique du XIX^e siècle, naviguent par conséquent dans un même « bocal d'idées »⁷²⁷ qu'ils utilisent afin de justifier leurs prises de position. Ils se montrent très prolixes dans l'utilisation de précédents et préceptes anciens ; d'autant plus lorsque se développe par la suite l'École historique du droit en Allemagne⁷²⁸. Il faut attendre toutefois le décret du 28 décembre 1880 pour voir émerger en France un examen d'histoire général du droit français, ce qui correspond à l'introduction de l'histoire du droit comme discipline dans l'enseignement supérieur⁷²⁹. L'histoire reste néanmoins durant l'ensemble de cette période un outil ou une méthode, qui appuie une discipline scientifique plus autonome, à savoir, ici, le droit civil. Elle sert dans un premier temps pour la doctrine à rallier au Code ses premiers détracteurs royalistes, mais aussi à justifier son héritage révolutionnaire, tandis que le dessein idéologique de leurs interprétations prend un caractère réactionnaire, voire conservateur.

En somme, loin d'être de simples interprètes traducteurs, les premières générations sont avant tout des juristes soucieux de conserver l'ordre en place. Ils utilisent alors l'histoire, par l'intermédiaire de la jurisprudence souvent, à cette fin. La pratique juridique n'est toutefois pas le seul instrument utilisée à des fins idéologiques, ni même le plus convaincant. Comme l'explique Jérôme Ferrand, durant la majeure partie du XIX^e siècle, la doctrine se livre à une exégèse du Code « armé des convictions jusnaturalistes les plus pures ». Le droit positif ne peut alors se dispenser du droit naturel, aboutissant à un spiritualisme éclectique, inspiré par Victor Cousin (1792-1867). La croyance religieuse des juristes est alors déterminante dans leurs interprétations ; ce à quoi s'ajoute plus subsidiairement leurs emprunts nombreux au droit romain ou à l'ancien droit coutumier. Finalement, le droit positif et le droit naturel se complètent plus qu'ils ne s'opposent⁷³⁰, ce dernier offrant même la justification des limites posées aux actions

⁷²⁷ V. *Supra*, p. 73.

⁷²⁸ « Dans le contexte troublé de l'Europe post-révolutionnaire, le rôle majeur dans la création et l'affirmation du droit germanique a été tenu par le courant doctrinal fondé par Savigny, qualifié d'École historique et dont on sait que, malgré ses positions de principe hostiles à la codification, il a largement contribué à préparer celle du droit allemand », Jean-Louis Thireau, « Droit national et histoire nationale... », *op. cit.*, p. 38. Nous reviendrons plus en détails dans notre seconde partie. V. *Infra*, p. 236-252.

⁷²⁹ Jean-Louis Halpérin, « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, n° 4, 2001/1, p. 10 et 21-23 ; Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 185-186.

⁷³⁰ « Le magistrat Troplong affiche ainsi clairement ses convictions spiritualistes. L'historien du droit Laferrière loue la philosophie de Proudhon, ancien président de la cour de Nancy, en ce qu'elle est l'expression du "spiritualisme

et libertés individuelles. Le caractère répressif des règles juridiques paraît ainsi moins autoritariste en apparence, le Code affichant en théorie un aspect plus individualiste – à tendance libérale⁷³¹ – qu’il n’est appliqué, *in concreto*⁷³².

de l’école moderne dans toute sa chaleur et son élévation” », Jérôme Ferrand, « La science du droit... », *op. cit.*, p. 4.

⁷³¹ « L’absence d’une théorie générale des libertés publiques s’explique par des raisons idéologiques. Les juristes étudiés, en effet, n’étaient pas toujours très cohérents dans leurs écrits : d’un côté, tous se réclamaient sans réserve de la Révolution française – ou, plus précisément, de la tradition libérale de 1789 [...] C’est qu’ils participaient idéologiquement d’un libéralisme mitigé – le libéralisme orléaniste », Tristan Pouthier, *Au fondement des droits...*, *op. cit.*, p. 38-39.

⁷³² André-Jean Arnaud, *Essai d’Analyse...*, *op. cit.*, p. 148.

§2- L'utilisation du droit naturel pour justifier l'ordre social du Code

Dans les deux dernières décennies du XVIII^e siècle, la notion de « droit naturel » se rattache à la quête de la satisfaction ou du bonheur individuel. Cette vision « utilitariste » du droit naturel, devient une composante essentielle de l'individualisme juridique et prend le nom de sensualisme. Pour autant, dès la fin du XVI^e siècle, ce même jusnaturalisme enseignait qu'il n'y avait « pas de droits sans devoirs », opérant là une « transformation juridique fondamentale » à la base du droit privé moderne ; et que l'on retrouve encore de manière très prégnante dans le droit contemporain⁷³³.

Toutefois, au lendemain de la chute de l'Empire, se développe une nouvelle doctrine jusnaturalisme qui prend le contrepied de la théorie sensualiste inspirée par Condillac, de la philosophie kantienne et plus généralement de l'École du droit de la nature et des gens. Victor Cousin (1792-1867), qui en est à l'origine, souhaite restaurer un idéalisme inspiré de Platon, de Saint Augustin et des rationalistes français du XVII^e siècle comme Descartes, Bossuet ou Fénelon. Il s'agit de la « troisième doctrine du droit naturel », qualifiée de « spiritualiste ». Elle se veut être un contre-modèle « absolu » à la fois de l'École du droit de la nature et des gens – même si elle s'inspire de sa recherche d'un idéal en matière d'organisation sociale –, mais aussi de la pensée révolutionnaire sensualiste ; et plus généralement, du chaos engendré sous la Révolution. Les principes du droit naturel se retrouvent alors, par l'intermédiaire de la métaphysique, dans Dieu et la théologie. Cousin et ses disciples cherchent à « constituer la psychologie spiritualiste » de l'ordre social post révolutionnaire. Car, bien qu'ils soient opposés à la théorie sensualiste, ils restent très attachés à la refonte individualiste de l'ordre social opéré par la Révolution. Comme nous le résume Pouthier, l'objectif est de « renouer, d'une part, avec la morale rigoureuse du Grand Siècle, pour remédier à l'anarchie révolutionnaire ; ancrer, d'autre part, les principes libéraux hérités de 1789 dans un absolu métaphysique, pour leur donner un socle idéologique inébranlable ; voilà, en somme, le projet éclectique »⁷³⁴.

⁷³³ Bénédicte Winiger, « La personne individuelle... », *op. cit.*, p. 15.

⁷³⁴ Tristan Pouthier, *Au fondement des droits...*, *op. cit.*, p. 44-50.

La religion catholique, qui était le cadre de la vieille société française, est-elle demeurée la religion convenante et appropriée à la société nouvelle, née le jour où la Bastille mourut ? Cette religion était la religion d'une société hiérarchique et aristocratiquement agricole. Est-elle, dans les vues providentielles, la religion d'une nation égalitaire qui se fait tout industrielle et commerçante ? [...] Je me demande si cette religion des monarchies demeurera la religion des bourgeoisies. Dieu me garde de jeter une pierre à la bourgeoisie, à ce tout qui est maintenant la nation française, à ce grand parti de citoyens, où nobles et peuples se sont perdus comme en un océan : mais le doute est permis. L'avènement de la bourgeoisie a été dans l'ordre philosophique l'avènement de la raison, comme dans l'ordre politique [...]. La bourgeoisie se méfie de la poésie, comme un caissier de banque de l'amour. La bourgeoisie demande aux additions leurs preuves, à la gloire sa cote, aux croyances leur pourquoi, aux utopies des chiffres, aux gouvernements leur budget⁷³⁵.

Ces mots des deux frères Goncourt, qui se font alors les témoins de leur époque, révèle l'apparente décadence des commandements moraux de l'Europe chrétienne, au XIX^e siècle. Toutefois, si ce déclin n'est certes pas sans conséquences sur le droit, cela n'empêche pas les juristes de rester en général très croyants⁷³⁶. Ainsi, même dans la société postrévolutionnaire, ils adoptent un discours jusnaturaliste en suivant la philosophie spiritualiste de Cousin, dont certains vont même suivre les cours⁷³⁷.

Les premières générations d'interprètes considèrent que le droit est « l'art de la justice et de l'équité ». Usant de cet argument pour analyser le Code⁷³⁸, le droit naturel permet également

⁷³⁵ Edmond Goncourt, Jules Goncourt, « La Révolution dans les mœurs », *op. cit.*, p. 173.

⁷³⁶ V. par exemple, de Charles Bonaventure Marie Toullier, *Le droit civil français...*, *op. cit.*, p. 79-80 : « la sanction du droit naturel se trouve d'abord dans la religion, qui nous enseigne que l'homme ne meurt pas tout entier ; que l'âme est immortelle ; qu'il existe une autre vie et un Dieu rémunérateur et vengeur. On la trouve encore dans cette considération publique dont ont joui, chez tous les peuples et dans tous les temps, ces hommes bons et presque divins, dans quelque classe de la société qu'ils aient vécu, dont la vie, dévouée au bonheur de leurs semblables, n'a été qu'une suite d'actions vertueuses et utiles à leurs concitoyens ».

⁷³⁷ « L'idéologie juridique jusnaturaliste et religieuse des premiers commentateurs, comme celle du Code civil, est également en accord avec celle des juristes classiques, ce qui légitimait encore plus leur proclamation en exergue de ces ouvrages », Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 237.

⁷³⁸ V. par exemple, de Proudhon, Demante ou encore Demolombe : « c'est [...] dans le Code civil qu'il faut étudier le Code civil. Le comparer avec lui-même [...], telle est la tâche que nous nous sommes efforcés de remplir » (Jean-Baptiste-Victor Proudhon, *Traité sur l'état des personnes...*, *op. cit.*, p. XII-XIII) et, « l'étude du droit civil français, [...] doit être enseigné dans l'ordre établi par le Code civil », Antoine Marie Demante, *Cours analytique...*, *op. cit.*, p. 33 ;

de justifier à la fois la conservation du modèle social du Code, mais aussi les propres prises de positions de ces interprètes. Si Proudhon, considéré comme l'un des premiers exégètes, se distingue de Toullier et plus généralement des autres exégètes, par son refus de commenter le Code civil par le droit romain ou par les coutumes⁷³⁹, c'est parce qu'il ne souhaite pas porter atteinte à l'unité d'un « immortel ouvrage »⁷⁴⁰. Pour autant, cet admirateur de Napoléon – d'où la suspension de son décanat, comme Toullier, de 1815 à 1818 – utilise le droit naturel et la « loi naturelle » dans son analyse du Code, afin de mettre en avant sa propre analyse. Apprécier le Code n'empêche donc pas de vouloir le modifier ; c'est un élément qu'il ne faut pas négliger, notamment pour comprendre l'erreur de jugement fait par la suite, à l'égard de ces premiers interprètes.

Selon Proudhon, au commencement, était le droit naturel⁷⁴¹. Fixé par Dieu, ce droit est peu à peu remplacé lorsque que des conflits d'intérêts apparaissent. D'où les premières formes de droits et de sociétés, patriarcales, qui sont issues de la réflexion et de la raison. Dieu dote l'être humain de la raison et d'un sentiment de justice inné, afin qu'il puisse connaître le « monde moral »⁷⁴². L'occupation des terres par ces premières sociétés donne ensuite naissance au droit de propriété, tandis que se multiplient les familles et forment des bourgades et cités, qui se séparent en « diverses associations politiques »⁷⁴³. Voilà l'origine de l'humanité et du droit, selon

« le Code Napoléon lui-même, considéré comme loi vivante, comme loi applicable et obligatoire », cité par Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 1... », *op. cit.*, p. 59 ; V. Charles Demolombe, *Traité de la publication...*, *op. cit.*, p. VII.

⁷³⁹ Il n'est pas pour autant hostile au droit antérieur, puisqu'il utilisait dans ses ouvrages antérieurs au Code, notamment pour son *Cours de législation et de jurisprudence françaises*, Titre 1, sur l'état des personnes, Besançon, tome 1, Chez Tissot imprimeur-libraire, 1798, p. 7, 28-30 et 257-258 etc.

⁷⁴⁰ « Toullier apparaît comme un théoricien baigné dans l'ancien droit et dans l'héritage de l'École du droit naturel. Avare de citations, il se réfère fréquemment aux travaux de Grotius, Pufendorf, Wolff et Heineccius ainsi qu'à Ferguson et Montesquieu. Bien évidemment, il utilise le droit romain, le droit coutumier et même la jurisprudence d'Ancien Régime », Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 1... », *op. cit.*, p. 52-53. Selon ses mots, « c'est [...] dans le Code civil qu'il faut étudier le Code civil. Le comparer avec lui-même [...], telle est la tâche que nous nous sommes efforcés de remplir », Jean-Baptiste-Victor Proudhon, *Traité sur l'état des personnes...*, *op. cit.*, p. XII-XIII.

⁷⁴¹ « En résumé, c'est le droit naturel qui vient en premier ordre, puisqu'il remonte jusqu'à la création ; et ce droit est divin, puisqu'il n'a d'autre auteur que Dieu même. Vient ensuite le droit civil, ou le *jus civitatis*, qui est d'institution humaine ; et qui n'a pris naissance que par l'établissement fixe des hommes sur diverses localités du globe, pour en partager les terres et les cultiver », *ibid.*, p. 47.

⁷⁴² *Ibid.*, p. 48.

⁷⁴³ « On entend par propriété ce qui est propre à chacun de nous, ou ce qui appartient à l'un exclusivement aux autres. Pour peu qu'on réfléchisse sur la constitution humaine, on reste bientôt convaincu que le droit de propriété est, comme nos, autres droits, fondé sur la loi naturelle : car c'est de l'auteur de la nature que l'homme tient le sentiment qui le porte à se préférer aux autres et à veiller surtout à sa propre conservation », *ibid.*, p. 31.

Proudhon. Or, selon les psychanalystes du siècle suivant, Freud (1856-1939) et Lacan (1901-1981), la population française est restée en majorité attachée à cette morale chrétienne, traitant gentiment et naïvement son prochain avec amour et bienveillance, en s'exposant à la cruauté d'autrui tandis qu'une nouvelle morale contemporaine se développe en parallèle, dirigée par la cupidité et l'égoïsme⁷⁴⁴. Toutefois, cette « morale bourgeoise » d'inspiration au départ chrétienne⁷⁴⁵, détermine le comportement social de la France du XIXe siècle, comme le faisait autrefois de manière exclusive la chrétienté. Cette influence dans le discours des juristes est toutefois reformulé pour être retransformé. Cette réappropriation, devient aux yeux de ceux qui la subissent une machination « perverse », au « masque atroce » dont la destinée est la promotion de la fortune. C'est du moins le ressenti par la noblesse aristocratique délaissée autant que par des masses populaires. Elle devient même l'expression d'un darwinisme social avant l'heure – la notion est anachronique – et il ne semble guère surprenant que le spencérisme obtienne un tel succès par la suite étant la retranscription d'un état d'esprit déjà présent auparavant⁷⁴⁶. Fondée au départ sur la morale chrétienne, complétée par l'esprit civique de la Révolution et par les souhaits de la nouvelle élite sociale contemporaine, cette nouvelle morale contemporaine conduit – plus ou moins volontairement – à ce que l'argent devienne sa valeur cardinale ; ce qui n'en est pas moins paradoxal au regard du discours chrétien originel. Confrontée à ses propres contradictions, la Loi, « qui devait défendre impartialement les droits du citoyen, devient [alors] un instrument de pouvoir entre les mains de ceux qui savent s'en servir ». Le droit prend la forme d'un instrument de domination offrant à cette morale la capacité de donner raison à l'individu qui, tout en se montrant vertueux, arrive habilement à utiliser les espaces laissés par les « mailles »

⁷⁴⁴ V. Chung Ye Young, « Malaise dans la morale bourgeoise... », *op. cit.*, p. 677 ; C'est sans doute ce qui amène Joseph de Maistre (1753-1821), à écrire dans une lettre écrite au chevalier de Real, avec cette poésie propre à la noblesse désenchanté du XIXe : « je ne sais ce qu'est la vie d'un coquin, je ne l'ai jamais été ; mais celle d'un honnête homme est abominable », Joseph de Maistre, *lettres et opuscules* inédits, Tome 1, 2^{ème} éd., Paris, A. Vaton libraire-éditeur, 1853, p. 450.

⁷⁴⁵ À ce titre, les propos d'Henri Lefebvre datant de 1961, expliquant que le nombre de travaux sociologiques consacrés à la bourgeoisie ne sont guère nombreux, nous semblent plus encore vrais sur la question de la morale contemporaine de cette dernière, qui a connu assurément des évolutions depuis la morale chrétienne médiévale ou moderne. V. Henri Lefebvre, « Changements dans les attitudes morales de la bourgeoisie », *cahiers internationaux*, vol. 31, 1961, p. 15-40.

⁷⁴⁶ Chung Ye Young, « Malaise dans la morale bourgeoise... », *op. cit.*, p. 670-679 ; Sur le spencérisme, V. Daniel Becquemont, « Une régression épistémologique : le "darwinisme social". », *Espaces Temps*, no 84-86. L'opération épistémologique. Réfléchir les sciences sociales, sous la direction de Christian Delacroix, 2004, p. 91-95. Nous y reviendrons plus tard, V. *Supra*, p. 347 et 378.

du Code⁷⁴⁷.

Honoré de Balzac (1799-1850) est un témoin de cette morale par ses écrits et son souhait de réalisme, qu'il dépeint, bien que peut être à excès parfois⁷⁴⁸. Il montre néanmoins les grands traits d'une réalité sociale et avec, de la morale qui la dirige. Elle est coercitive, à l'image du droit qui en raison du jusnaturalisme est censé correspondre au juste et à la volonté divine, imposant son joug par la contrainte des faits⁷⁴⁹. En ce sens elle peut être tout à fait comparée à la morale chrétienne du Moyen-âge : qui ne suit pas ses règles, souffre à en devenir un paria ou un marginal de la société. Voilà pourquoi l'individualisme juridique de la première génération des interprètes n'est pas jugée contraire à l'idée de devoir obéir strictement à l'ordre juridique et politique. L'objectif est de garantir la force coercitive de l'État, pour garantir la pérennité de son ordre social qui devient de plus en plus strictement bourgeois ; bien que pas encore pour l'heure. Pour cela, la justification est simple : cette obéissance de l'individu vis-à-vis de l'autorité politique, est établi pour son bien et au nom de sa liberté. Ici, le libéralisme offre une parfaite justification en faveur de l'initiative individuelle et de l'individualisme juridique, qui s'exprime juridiquement par le concept « d'autonomie individuelle », particulièrement mis en avant par la doctrine tout au long du XIXe siècle⁷⁵⁰.

⁷⁴⁷ Chung Ye Young, « Malaise dans la morale bourgeoise... », *op. cit.*, p. 681-683.

⁷⁴⁸ « Maints commentateurs l'ont démontré depuis, le réalisme balzacien, sinon le réalisme en général, n'est pas cette vision stable et lisse de la réalité, vision où les mots et les choses colleraient les uns aux autres sans reste. Il est vrai cependant que le texte balzacien s'en donne tous les airs [...] On sait que Balzac se pose en grand visionnaire, selon le terme de Baudelaire : sa tâche est donc de déchiffrer les hiéroglyphes de la société. [...] Dans la société bourgeoise capitaliste de la monarchie de Juillet, toutes les relations humaines, entre les humains et les choses se nouent sur le contrat, c'est-à-dire sur un réseau de signes arbitraires sans autre légitimité qu'eux-mêmes. Les mariages, les rapports familiaux de La Comédie humaine ne sont plus que des alliances financières ou politiques, gouvernées par la succession des biens - d'où l'importance des notaires chez Balzac », *ibid.*, p. 680 ; V. aussi, sur le témoignage littéraire de Balzac sur les relations humaines et la vie sociale, dans lesquelles s'insère l'Administration française, Pierre Legendre, *Trésor historique...*, *op. cit.*, p. 64-65.

⁷⁴⁹ Sur le réalisme occidental et la morale, au XIXe siècle, V. Daniel Becquemont, « Une régression épistémologique... », *op. cit.*, p. 679 : « comme le remarquait Durkheim, la réalité sociale désignant pour une grande part sa réalité morale [...] la nécessité morale se superpose à la nécessité naturelle. Tout ce qui dépasse ce champ se présente comme étrange [et] anormal ». V. aussi, Paul-Emile Littré, *Dictionnaire de la langue française*, Versailles, 1994, Tome 4, ed. Encyclopædia Britannica France Ltd, v° morale, p. 3987-3988.

⁷⁵⁰ L'idée d'autonomie de la volonté ne s'est véritablement imposée dans le droit français, que dans les deux dernières décennies du XIXe siècle, Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 4 - Les conquêtes du libéralisme », *Histoire du droit privé français depuis 1804*. Sous la direction de Jean-Louis Halpérin, Paris, PUF, « Quadrige », 2012, p. 142-147 ; Xavier Martin, « Le code napoléon... », *op. cit.*, p. 1.

En conséquence et, bien que cela puisse paraître, *a priori*, paradoxal, l'individu est amené à sciemment abandonner une partie de sa liberté en échange des avantages que lui confère la société. L'influence prépondérante du jansénisme auprès de Domat, Pothier et autres postmodernistes, grands-pères du Code, a conduit, contrairement aux pays plus marqués par le protestantisme, à cette transition. Il paraît ainsi logique de voir que le libéralisme contemporain prenne naissance dans les pays anglo-saxons, qui ont su « marier rigueur morale et pragmatisme économique », là où la France a plutôt eu tendance à « sacrifier » ou « feindre d'ignorer » ce dernier ; ce qui l'a conduit naturellement à son singulier libéralisme. Durant le XIX^e siècle, les juristes français ont défendu l'idée d'une « identité de nature entre droit et morale », le droit n'étant à leurs yeux eux la morale en action, assortie de sanctions. Il en est resté l'idée « tenace », que le droit consistait en la fixation de règles de conduites, voire comportementales⁷⁵¹.

Si le XIX^e siècle est marqué par un anticléricalisme croissant⁷⁵², perceptible déjà sous les Lumières, il prend une forme plus concrète depuis la Révolution et la Constitution civile du clergé. L'anticléricalisme ne fait que croître jusqu'à la loi de 1905 sur la séparation de l'Église et de l'État⁷⁵³ et le concept de bonnes mœurs n'échappe pas au déclin de l'influence sociale de la religion chrétienne. La doctrine se résigne à n'être que « spectatrice » de cet « effondrement » : « dans une société de consommation où le plaisir et le bien-être de l'individu deviennent les principales "valeurs" de référence, la place des bonnes mœurs – et de l'idée collective qu'elles véhiculent – est naturellement conduite à décliner, comme en témoigne l'évolution la plus récente de la jurisprudence »⁷⁵⁴. Toutefois, la doctrine résiste, même si c'est passivement, à ce phénomène ; pour preuve, son jusnaturalisme persistant et ses nombreuses références à Dieu, à

⁷⁵¹ Philippe Jestaz, *Autour du droit civil...*, *op. cit.*, p. 71

⁷⁵² Tandis que même le courant Romantisme, prompt pourtant à faire la promotion du Moyen-Âge, échoue à réexalter le christianisme. V. *Ibid.*, p. 174 : « en ces questions sociales, les riens disent beaucoup. – Même cette furia gothique, ce retour de 1830 aux débris dédaignés du moyen âge, cette occupation, ce travail, cet empressement de l'histoire, de la science, de la peinture, de la sculpture, autour de cet art confesseur de la croix, cette intronisation du mobilier des siècles croyants dans le caprice général de la nation, cette disposition des esprits qui faisait remonter la pensée du possesseur d'un custode au destinataire céleste, cette conversion du public par les belles choses de la catholicité, – même ce puissant auxiliaire mis au service de l'Église par la France romantique, fait défaut à la catholicité ».

⁷⁵³ Sophie-Anne Leterrier, « La notion du pouvoir spirituel au début du XIX^e siècle », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, tome 35 N°1, Janvier-mars 1988. p 107 et s. ; V. à propos de la séparation des Églises et de l'État : Adhémar Esmein, *Précis élémentaire...* *op. cit.*, p. 144-146, 165-169 et 217-218.

⁷⁵⁴ Dimitri Houtchieff, « Pour un retour aux bonnes mœurs... », *op. cit.*, p. 763.

la Providence, au Bien commun ou aux bienfaits de la religion en général⁷⁵⁵. À ce titre, elle reste attachée aux idées du début du XVII^e siècle, attachées à Grotius et son disciple Pufendorf : le droit naturel, même s'il évolue⁷⁵⁶. Le concept de bien commun est d'ailleurs un marqueur de cette influence chrétienne latente, devenant toutefois de plus en plus discrète dans la pensée politique⁷⁵⁷. Dès le XIII^e siècle, se développe l'idée sous les plumes franciscaines et jésuites – avec la seconde scholastique – que si Dieu a créé le monde et l'humanité, cette dernière a créé la société à des fins utilitaires. Parallèlement à la popularisation du concept de contrat social, l'Église elle aussi tend à distinguer état de nature et contrat social ; les monarchomaques protestants l'utilisant pour contester le pouvoir royal. Or, quand les juristes et philosophes laïcs – Hobbes, Locke, Rousseau, etc. – l'utilisèrent afin de faire légitimer une nouvelle conception de la souveraineté et reformer la conception individualiste occidentale, s'opérait un changement : la

⁷⁵⁵ V. Claude-Henri de Saint-Simon, Léon Halévy, Olinde Rodrigues, Jean-Baptiste Duvergier Étienne-Marin Bailly, *Opinions littéraires...*, *op. cit.*, p. 5 ; Charles Bonaventure Marie Toullier, *Le droit civil...*, *op. cit.*, p. 12 ; Jean-Baptiste-Victor Proudhon, *Traité du domaine public...*, *op. cit.*, p. 47 ; Alexandre Duranton, *Cours de droit français...*, *op. cit.*, p. 14-16 ; Antoine Marie Demante, *Cours analytique...*, *op. cit.*, p. 2-7 ; Charles Demolombe, citant Pothier, *Contrat de mariage*, n°16, dans *Traité du mariage...*, *op. cit.*, p. 3 ; Charles Demolombe, *Traité des servitudes...*, *op. cit.*, p. 14 ; Charles Demolombe, *Traité du mariage...*, *op. cit.*, p. 3 ; Joseph-Marie de Gérando, « Discours d'ouverture du Cours de droit public et administratif ; par M. de Gérando, conseiller d'État, membre de l'Institut etc. », *La Thémis, ou bibliothèque du jurisconsulte*, Tome 1, Paris, Baudoin frère, imprimeurs-libraires, 1819, p. 66 ; Adhémar Esmein, *Précis élémentaire...* *op. cit.*, p. 144-146 et 165 ; Raymond Saleilles, *L'individualisation de la peine, étude de criminalité sociale* (1899), préface de G. Tarde, 3^e édition, librairie Félix Alcan, Paris, 1927, p. 85 ; Henri Capitant, *Introduction...*, *op. cit.*, p. 30 ; Adhémar Esmein, *Éléments de droit...*, *op. cit.*, p. ; Henri Capitant, *Introduction à l'étude du Droit civil...*, *op. cit.*, p. 35 ; etc.

⁷⁵⁶ « Il est bien acquis qu'un certain nombre de juristes du Consulat et de l'Empire avaient, dans leur jeunesse, activement fréquenté les salons dans lesquels étaient débattues les idées nouvelles et dans lesquels ils avaient pu rencontrer les philosophes les plus en vue. Plusieurs d'entre eux, Cambacérès, Bigot-Préameneu ou encore le Procureur général Merlin de Douai avaient fait des voyages à Paris et avaient été reçus dans les cénacles de la capitale où ils avaient pu s'instruire. Pareillement, en province, à Aix ou à Montpellier, Portalis et Cambacérès avaient été admis dans les cercles aristocratiques les plus brillants [...] Un autre indice de la connaissance des idées des Lumières par les juristes de la fin du XVIII^e siècle est l'inventaire des bibliothèques [...], André-Jean Arnaud a montré que les bibliothèques auxquels les futurs rédacteurs du Code civil avaient accès, paraissent avoir été très riches en ouvrages de droit naturel. Les bibliothèques des villes, des académies et des facultés de droit et, plus spécialement à Paris, la Bibliothèque du roi, la Bibliothèque de la Sorbonne, la Bibliothèque Sainte-Geneviève ou encore la Bibliothèque Mazarine comptaient dans leurs catalogues les œuvres des théoriciens du droit naturel (Grotius, Vinnius, Pufendorf, Thomasiaus ou Heineccius, quelquefois Burlamaqui et Vatel, rarement Wolff) », Alain Desrayaud, « La formation des juristes... », *op. cit.*, p. 12-13.

⁷⁵⁷ Notion au départ que l'on retrouve chez Aristote, avant d'être reprise par les théologiens chrétiens du Moyen-Âge avec l'aide précise de Thomas d'Aquin. V. Bénédicte Sère, « Aristote et le bien commun au moyen âge : une histoire, une historiographie », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n°32, 2010/2, p. 277 et s. ; François Flahault, « Pour une conception renouvelée du bien commun », *Études*, Tome 418, 2013/6, p. 774 : « La plupart des cultures humaines ont considéré qu'il n'y a pas d'humanisation sans vie en société. Aristote, comme on sait, affirme lui aussi qu'en dehors de toute société, l'homme n'est pas un homme ».

notion d'intérêt général tend de plus en plus à se substituer à celle de bien commun. Dans le langage courant, l'expression « intérêt général » est remplacée progressivement par celle de « bien commun ». Toutefois, celle-ci ne disparaît pas totalement et se retrouve encore chez certains juristes – manifestation de leur croyance sans doute – jusque dans le discours solidariste, popularisée par Léon Bourgeois et Célestin Bouglé à la fin du siècle⁷⁵⁸. Se perçoit l'influence traditionaliste de la doctrine juridique du XIXe siècle par son utilisation de ces concepts d'intérêt général et de bien commun, voire plus indirectement d'ordre et plus précisément d'ordre public ; termes qui n'empêchent pas la permanence d'un discours en parallèle individualiste⁷⁵⁹. En effet, si canonistes, prédicateurs ou écrivains catholiques ont souvent « fulminé » contre l'individualisme, qu'ils associent à de l'égoïsme, la religion chrétienne reste malgré ça essentiellement et foncièrement individualiste⁷⁶⁰. Toutefois, même si les membres de la doctrine restent croyants et si la religion impacte sans aucun doute leur vision du Droit, la séparation opérée entre les Églises et l'État par les révolutionnaires marque, *a fortiori*, au fer rouge certaines de leurs conclusions. C'est notamment le cas à propos du divorce ou du mariage des prêtres par exemple⁷⁶¹ ; quand bien même un certain aménagement a été opérée par la Charte et des lois religieuses à la suite de la chute de l'Empire⁷⁶².

⁷⁵⁸ François Flahault, « Pour une conception... », *op. cit.*, p. 773-775. Nous reviendrons plus en détail sur la doctrine solidariste, V. *Infra*, p. 320-346.

⁷⁵⁹ « Le bien commun – une conception renouvelée du bien commun – constitue le complément nécessaire des Droits humains. Les Droits de l'homme sont des droits individuels, ils s'efforcent d'offrir un recours contre les abus de pouvoir dont des individus peuvent être victimes », François Flahault, « Pour une conception... », *op. cit.*, p. 777.

⁷⁶⁰ « Elle l'est en ce sens que le salut éternel des âmes, qui est le but final de toute la religion, est une affaire individuelle. [...] Chaque individu est seul, avec le secours de la grâce divine, sans doute, mais en tout cas sans aide humaine, à mener bien [...] cette entreprise capitale du salut de son âme », Marcel Waline, *L'individualisme...*, *op. cit.*, p. 35.

⁷⁶¹ À ce titre, Charles Demolombe, comme Auguste Valette, suivent l'avis de Portalis, considèrent que les prêtres ont le droit de se marier civilement. V. Charles Demolombe, *Traité du mariage...*, *op. cit.*, p. 198-201 ; Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 190-191.

⁷⁶² V. par exemple, la loi du 20 avril 1825 sur le sacrilège, Désiré Dalloz, *jurisprudence générale du royaume, en matière civile, commerciale, criminelle et administrative*, 1827, Paris, Bureau de la jurisprudence générale ou journal des audiences, p. 245 : « le fait, de la part d'un individu (un parrain) d'avoir, pendant le catéchisme, pris par la main sa filleule que le curé venait de mettre à genoux par forme de pénitence [...] et de l'avoir emmenée hors de l'église, a pu être considéré comme un trouble à l'exercice du culte catholique ».

*Le droit de propriété doit être considéré comme la base de la société, le fondement de la civilisation et le plus ferme appui de toutes nos institutions politiques, puisque c'est par son rapport, que la société a reçu son organisation [sans] tomber de suite dans l'anarchie et le chaos de toutes les passions humaines*⁷⁶³.

Proudhon partage la vision des rédacteurs sur la conception salvatrice du droit de propriété. C'est également le cas de Toullier, qui fait preuve d'un soutien indéfectible à ce droit, qu'il considère « fondé sur la loi naturelle »⁷⁶⁴. Proudhon et Toullier utilisent cependant le droit naturel autant pour défendre l'ordre social du Code, que leurs propres propositions et idées⁷⁶⁵. Le droit de propriété, ne concerne pas la majorité de la population. Le Code civil est le Code de la propriété immobilière, s'inscrit dans une France profondément rurale, qui fait de la richesse mobilière et de la libre circulation des biens une « urgence »⁷⁶⁶. Les propriétaires ruraux ou « bourgeois ruraux », que les paysans appellent « le Monsieur », ont un rôle prépondérant dans cette France rurale : médiateurs locaux sur le plan politique, culturel et social, avec un mode de vie proche du modèle seigneurial d'Ancien Régime. Ils vivent dans un château ou manoir, avec des métayers et journaliers, sous une teinte de paternalisme. Les bourgeois ruraux forment le gros des troupes de l'élite sociale française du XIXe siècle ; bien que sans être aussi puissants que ceux vivant à Paris. Le pays est toujours majoritairement agricole : 76% de la population se rapporte à l'économie primaire, agraire, bien qu'il y ait un lent début de transformation proto-industriel. La Révolution et le Code ont même conjonctuellement accru cette proportion, en augmentant le

⁷⁶³ Jean-Baptiste-Victor Proudhon, *Traité sur l'état des personnes...*, *op. cit.*, p. 51.

⁷⁶⁴ Cette idée ne date pas du Code, elle est déjà présente dans son *Cours de législation et de jurisprudence françaises* : V. *Ibid.*, p. 135. Proudhon partage ainsi avec les rédacteurs du Code et Toullier, un soutien indéfectible au droit de propriété, qu'il considère comme « fondé sur la loi naturelle ». Quant à Toullier, il considère le droit de propriété comme naturel et absolu. Il s'agit du droit de « jouir paisiblement des biens que l'on possède » et il est inhérent à tout individu et dans l'intérêt même de la famille comme de la société. V. Charles Bonaventure Marie Toullier, *Le droit civil...*, *op. cit.*, p. 226-227, 329 et 336.

⁷⁶⁵ Si Toullier défend les codificateurs de manière générale, notamment à propos du droit de la propriété, il se montre néanmoins plus critique sur ce qu'il établit à propos des successions ou en matière de droit de la famille. Il se prononce par exemple favorablement à la légitimation des enfants incestueux, mais contre l'adoption des enfants naturels, tout en restant très prudent sur le divorce. V. Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 1... », *op. cit.*, p. 53.

⁷⁶⁶ Bien qu'une part importante de la population possède maintenant un lopin de terre étant devenu propriétaire à la suite de la Révolution, ces propriétés ne rivalisent pas avec l'influence dominante exercée dans le monde rural par les plus importantes propriétés foncières. Partout en Europe, au lendemain de la chute de l'Empire, la Contre-Révolution s'appuie sur une aristocratie foncière soucieuse de se réserver le marché des subsistances, faisant dire à Stendhal, que jamais la grande propriété n'a été plus florissante. V. Georges Duby, *Histoire...*, *op. cit.*, p. 356-358 et Philippe Rémy, « Le rôle de l'Exégèse... », *op. cit.*, p. 105.

nombre de petits propriétaires et en facilitant la micro-exploitation. La vente des biens nationaux a néanmoins surtout bénéficié aux catégories supérieures de la société rurale, à savoir ces « bourgeois ruraux ». Ainsi, en 1826, 80% des propriétaires ne disposent que de 17% de la fortune foncière nationale, tandis que 0,1 % en possèdent 9%⁷⁶⁷. Ce n'est pas par hasard si, à l'image des rédacteurs du Code, Toullier ne croit pas non plus à l'idée d'égalité naturelle des hommes⁷⁶⁸. C'est donc avant tout des droits pour les notables et ils ne s'en cachent que peu. Les réalités sociales de la majorité n'entre pas en ligne de compte, quand bien même la vente des immeubles et des terres demeure d'un intérêt capital, même pour les petits paysans. *In fine*, fondé sur la propriété, « âme universelle de la législation » selon Portalis, le Code civil s'adresse en réalité tout particulièrement aux gros propriétaires de biens ruraux⁷⁶⁹.

À côté des deux jurisconsultes que sont Toullier et Proudhon, les maîtres parisiens font « pâle figure ». Néanmoins, l'un d'entre eux se distingue des autres : Delvincourt⁷⁷⁰. Il semblerait qu'ils puissent à eux trois, représenter la tendance dominante de la première génération d'interprètes, alors constituée d'hommes dont l'esprit est autant marqué par l'Ancien Régime, que par une certaine réserve vis-à-vis de la Révolution. Loin d'être un exégète aveugle et obéissant aux seuls préceptes du Code, Delvincourt admet l'analyser à l'aune de principes hérités des « Lois naturelles », attachées à l'équité et la morale⁷⁷¹. C'est d'ailleurs à ce Professeur parisien que l'on doit l'expression, que le droit est « l'art de la justice et de l'équité »⁷⁷². L'objet du Législateur est donc de former des jurisconsultes aussi compétents en droit, qu'honnêtes moralement⁷⁷³ ; la

⁷⁶⁷ Pierre Albertini, *La France au XIXe siècle...*, *op. cit.*, p. 41 ; « Le nombre des propriétaires ruraux n'a cessé d'augmenter au cours de la première moitié du XIXe siècle [...] cette propriété est très inégalement répartie : à côté de plusieurs millions de micro-propriétaires—près de 80 % des côtes paient moins de 20 F d'imposition – une minorité de grands propriétaires nobles ou bourgeois, représentant 1 % des côtes, détient l'essentiel de la richesse foncière. Faute de biens suffisants pour leur assurer l'indépendance économique, la plupart des paysans combinent le travail de leur terre et l'exploitation des terres d'autrui : ils sont à la fois propriétaires parcellaires et fermiers, ou métayers, voire salariés », Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 3... », *op. cit.*, p. 117.

⁷⁶⁸ « Quoique tous les hommes soient sortis égaux des mains de la nature, elle a néanmoins établi entre eux des différences marquées. C'est d'elle que vient la distinction des sexes, des pubères et des impubères, des pères et des enfants, etc. », Charles Bonaventure Marie Toullier, *Le droit civil...*, *op. cit.*, p. 136 ; Sur Portalis et l'égalité naturelle des individus, V. *Supra*, p. 108.

⁷⁶⁹ Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 3... », *op. cit.*, p. 117 et 148.

⁷⁷⁰ Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 74.

⁷⁷¹ Claude-Étienne Delvincourt, *Institut de droit civil français, conformément aux dispositions du Code Napoléon*, Paris, Tome 1, Gueffier imprimeur, 1808, p. 1 ; Claude-Étienne Delvincourt, *Cours...*, *op. cit.*, p. 1-2.

⁷⁷² Le droit sert selon Delvincourt, à distinguer « le juste de l'injuste, l'équitable de ce qui ne l'est point », *Ibid.*

⁷⁷³ « La deuxième règle que j'ai suivie est que, si, de deux sens que présente une disposition, l'un produit des résultats

morale ici étant celle qui sert cette nouvelle morale bourgeoise qui se développe. Quant aux lois naturelles, celles de la « Raison Éternelle gravée dans tous les cœurs », elles sont fondées sur l'équité, tout en étant immuables et intemporelles⁷⁷⁴. C'est pourquoi la raison seule suffit à l'être humain pour les connaître⁷⁷⁵ et que les tribunaux se doivent de nécessairement y conformer leurs décisions⁷⁷⁶. En d'autres termes, il n'y aurait pas d'autres choix que de se conforter à l'ordre social en place, car ce sont les lois de la nature et la raison humaine qui le veulent.

Antoine Marie Demante (1789-1856), membre de la deuxième génération, conforme aussi sa pensée à celle des rédacteurs, en « pliant autant que possible la doctrine à l'ordre même des articles du Code »⁷⁷⁷. L'objectif est de joindre le droit positif au principe d'équité et de faire ressortir les obscurités, lacunes ou vices de rédactions, attachées à l'imperfection de la nature humaine. Le droit naturel peut même être directement utilisé à défaut de normes positives applicables⁷⁷⁸. Ainsi, bien qu'admiratif de l'œuvre de 1804, il cherche lui aussi à l'accommoder à ses idées, par l'intermédiaire du droit naturel⁷⁷⁹. Le droit positif doit se tourner vers le droit

contraires à l'équité ou à la morale, il doit être rejeté sans hésitation. J'ai toujours pensé que c'était entrer parfaitement dans l'esprit du Législateur, que de chercher à former des honnêtes gens, autant que des profonds Jurisconsultes; que l'étude de la morale devoir être la base fondamentale de notre enseignement [...] En conséquence, l'on trouvera sans doute dans cet ouvrage plusieurs opinions que le Jurisconsulte pourra attaquer ; mais je crois pouvoir me rendre le témoignage qu'on n'en rencontrera aucune que l'honnête homme puisse désavouer », Claude-Étienne Delvincourt, *Cours...*, *op. cit.*, p. IV.

⁷⁷⁴ *Ibid.*, p. 7 et du même auteur, *Institut...*, *op. cit.*, p. 2.

⁷⁷⁵ « Il résulte de cette définition que les Lois naturelles doivent être telles, que l'homme puisse les connaître par le seul secours de la raison », Claude-Étienne Delvincourt, *Cours...*, *op. cit.*, p. 1-2.

⁷⁷⁶ *Ibid.*, p. 4-5.

⁷⁷⁷ « [Le] législateur lui-même va nous servir de guide. Nous devons suivre sa méthode, sa marche, ses divisions ; nous chercherons à conformer notre pensée à la sienne, en pliant autant que possible la doctrine à l'ordre même des articles du Code » Antoine Marie Demante, *Cours analytique...*, *op. cit.*, p. 34.

⁷⁷⁸ Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 274-288.

⁷⁷⁹ Cette réunion du droit positif au principe d'équité, a pour objet cependant de faire « ressortir » les obscurités, lacunes ou vices de rédactions, liées à l'imperfection de la nature humaine. Cela ne l'empêche pas néanmoins d'afficher une claire admiration pour l'œuvre de 1804 bien qu'en pratique, il cherche à faire appliquer ses idées, par l'intermédiaire du droit naturel. V. « Nous chercherons à conformer notre pensée à la sienne, en pliant autant que possible la doctrine à l'ordre même des articles du Code. Montrer la liaison du droit ou de l'équité, faire ressortir les différentes propositions, souvent réunies dans une disposition complexe ; signaler à l'étude et à la méditation les obscurités, les lacunes, les vices de rédaction, en un mot, les imperfections dont nul ouvrage des hommes n'est exempt : tel est l'objet essentiel de ce livre », Antoine Marie Demante, *Cours analytique...*, *op. cit.*, p. 34 ; V. aussi : « Nous chercherons à conformer notre pensée à la sienne, en pliant autant que possible la doctrine à l'ordre même des articles du Code. Montrer la liaison du droit ou de l'équité, faire ressortir les différentes propositions, souvent réunies dans une disposition complexe ; signaler à l'étude et à la méditation les obscurités, les lacunes, les vices de rédaction, en un mot, les imperfections dont nul ouvrage des hommes n'est exempt : tel est l'objet essentiel de ce livre », Antoine Marie Demante, *Cours analytique...*, *op. cit.*, p. 34.

naturel, entendu comme étant « la justice éternelle ». C'est par l'intermédiaire de ce concept et celui d'équité qu'il interprète donc le Code à ses fins⁷⁸⁰.

Auguste Valette aussi perçoit les règles de droit naturel comme étant attachées à des « idées innées » ou des « sentiments instinctifs », qu'il ne cherche pas à deviner précisément en dehors de quelques exemples : « ne pas priver un autre homme de la vie, [en dehors du] cas de la légitime défense [...] ainsi encore respecter ses père et mère et leur obéir, élever ses enfants, etc. »⁷⁸¹. Souvent, il relie ces « idées innées » à l'article 6⁷⁸². Il admet quand même indirectement son existence et se montre donc plus jusnaturaliste qu'il ne le prétend⁷⁸³. Les jurisconsultes ou magistrats s'occupent même selon lui, souvent de ce qu'est la morale et de ce qui va dans l'intérêt des « bonnes mœurs », afin que le droit ne se montre pas immoral. Il renvoie ici aux articles 6⁷⁸⁴, 1131⁷⁸⁵, 1133⁷⁸⁶ et 1138⁷⁸⁷ du Code⁷⁸⁸. La morale, « entre donc ici, par un coin, dans l'étude du

⁷⁸⁰ « C'est la volonté du législateur qui constitue la loi, mais cette volonté est toujours déterminée par un principe de justice éternelle ou par un motif d'utilité particulière. De là nous sommes fondés à conclure que la loi obscure ou ambiguë doit toujours s'interpréter dans le sens le plus conforme à l'équité, à l'esprit particulier de la législation dont elle fait partie et enfin aux principes de la matière à laquelle elle s'applique », *ibid.*, p. 13.

⁷⁸¹ Auguste Valette, dans une note de bas de page, renvoi ici à Kant et à son ouvrage *Principes du droit naturel*.

⁷⁸² « Les mœurs dont parle encore notre article 6, c'est la manière générale de se conduire ; les mauvaises mœurs, ce sont des habitudes de dissipation et de débauche, le concubinage, l'ivresse, etc. [...] Les faits que la morale réproche, sans que la loi pénale les frappe », Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 40.

⁷⁸³ « On a écrit des volumes sur ce que l'on appelle *droit naturel*. Nous n'avons pas ici à entrer dans toutes les discussions philosophiques que cette matière peut comporter. Il nous suffit de constater que chez toutes les nations, en mettant à part quelques métaphysiciens dont les systèmes ne doivent pas nous arrêter, on admet qu'il y a des règles primordiales et supérieures gouvernant nos rapports avec nos semblables ; par exemple, ne pas priver un autre homme de la vie, hors le cas de la légitime défense [...] ainsi encore respecter ses père et mère et leur obéir, élever ses enfants, etc. Mais que ces règles se révèlent à nous comme des idées innées, ou seulement comme des sentiments instinctifs [...] c'est ce que nous ne chercherons pas à éclaircir », *ibid.*, p. 2.

⁷⁸⁴ Article 6, *Code civil des français*, éd. Originale et seule officielle, Paris, imprimerie de la République, 1804, p. 2 : « On ne peut pas déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » ; À propos de l'article 6, Valette écrit : « Cet article est un de ceux dont les dispositions [...] font pénétrer la morale tout entière dans le domaine du droit. [...] Les conventions sont contraires à l'ordre public et tombent sous le coup de l'article 6, non seulement lorsqu'elles tendent à encourager un fait puni par la loi ; mais aussi quand elles sont dirigées contre un ordre de choses que la loi établit et cherche à protéger », *ibid.*, p. 39.

⁷⁸⁵ Article 1131 *Code civil des français*, éd. Originale et seule officielle, Paris, imprimerie de la République, 1804, p. 274 : « l'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet. »

⁷⁸⁶ Article 1133 : « la cause est illicite quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. »

⁷⁸⁷ Article 1138 : « l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer ; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier. »

⁷⁸⁸ « Les jurisconsultes et les tribunaux s'occupent souvent des règles de la morale. On trouve même des dispositions

droit » par l'intermédiaire du concept d'équité, dont la définition, « toujours fort vague » est liée à une perception instinctive qu'a l'individu de manière innée, comprenant « l'éducation première, la bonne direction de son esprit, des exemples salutaires, etc. »⁷⁸⁹. Au rationalisme premier attribué classiquement à la nature humaine, il y ajoute une certaine proportion instinctive donc, qui néanmoins ne change guère son idéaltype individuel de celui de ses confrères.

La doctrine civiliste classique n'a pas le monopole exclusif de la pensée jusnaturaliste. En effet, les membres de la revue *La Thémis* – et parmi eux, se trouve des publicistes – bien qu'adeptes d'une autre méthode d'analyse du Code⁷⁹⁰, placent eux aussi le droit naturel avec une influence chrétienne, comme source du droit positif⁷⁹¹. Pour Gérando par exemple, le droit positif n'est que l'expression et le développement du droit naturel, qui « sert de fondement à l'édifice entier de la législation »⁷⁹². Ils font d'ailleurs preuve d'un certain pessimisme à l'égard de la nature humaine généralement, au profit d'une vision plus favorable à l'intérêt collectif. Toutefois, comme pour la première génération, l'individu peut être sauvé du fait de son orientation spiritualiste et optimiste. L'histoire de la science du droit permet d'afficher une foi envers le progrès de l'esprit humain⁷⁹³. Pour ces arrétistes contemporains, la notion d'équité revient souvent afin de justement légitimer les entorses aux libertés que la pratique prend avec les règles

législatives portées expressément dans l'intérêt des *bonnes mœurs* (C. Nap., art 6, 1131, 1133, 1138). En effet, si le droit, comme nous l'avons déjà dit, ne se propose pas de réglementer tous les devoirs de l'homme en général, le droit positif ou la loi n'entend pas non plus confirmer, par son intervention, ce qui serait contraire à la morale. Voilà quel est le sens de l'article 6 [...] du Code Napoléon », Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 3.

⁷⁸⁹ *Ibid.*, p. 3 ; Sur l'équité selon Valette, V. aussi p 4 : « l'équité, c'est quelquefois le sentiment d'un droit abrogé et resté dans les habitudes (ancien droit positif), ou le sentiment d'un droit dont la création serait désirable (droit positif de l'avenir) ; parfois aussi c'est une sorte de supplément au droit positif actuel. [...] Il faut se garder d'une *équité* qui serait contraire aux prescriptions de la loi. »

⁷⁹⁰ Nous reviendrons sur les membres de la revue *La Thémis*, V. *infra*, p. 252 et s.

⁷⁹¹ V. par exemple, Joseph-Marie de Gérando, « Discours d'ouverture... », *op. cit.*, p. 66 ; Athanase Jourdan, « Introduction à la Jurisprudence administrative », *La Thémis, ou bibliothèque du jurisconsulte*, Tome 1, Paris, Baudoin frère, imprimeurs-libraires, 1819, p. 26 ; Augustin-Charles Renouard, « Introduction à l'Étude philosophique du Droit, précédée d'un Discours sur les causes de la stagnation de la Science du Droit en France ; par A. J. Lherbette, docteur en droit ; 1 volume in-8. Paris, chez P. Warée oncle, Leloire et Delaunay. Prix, 4 francs », *La Thémis, ou bibliothèque du jurisconsulte*, Tome 1, Paris, Baudoin frère, imprimeurs-libraires, 1819, p. 214 ; Louis Antoine Macarel, *Éléments de droit politique*, Paris, Nève, libraire de la Cour de Cassation, Palais de justice, 1833, p. 4 et 7 etc.

⁷⁹² Cité par Mathilde Regad-Pelagru, *Un égalitarisme radical...*, *op. cit.*, p. 418.

⁷⁹³ Jérôme Ferrand, « La science du droit... », *op. cit.*, p. 27.

codifiées⁷⁹⁴.

En somme, comme l'écrit plus tard Bonnacase, en 1919, « la croyance inébranlable en un principe supérieur de droit », à savoir le droit naturel, est « l'un des traits les plus remarquable de la France du dix-neuvième siècle dans l'ordre moral ». Le droit naturel acquit une notoriété qui offrait alors au mot « droit » une dimension morale d'une force « inégalable ». Ce jusnaturalisme devint naturellement une des composantes majeures de la culture morale et juridique française durant ce siècle, au point de se retrouver dans les débats politiques, littéraires ou, évidemment, relatifs à la justice⁷⁹⁵. Or, cette croyance sert d'argument irréfutable à la doctrine, afin de justifier ses prises de positions idéologiques ; allant même jusqu'à lui permettre de critiquer certaines dispositions du Code⁷⁹⁶. Ainsi, il apparaît clairement que les premiers interprètes du Code restent attachés à un droit naturel exerçant une forte influence morale religieuse même si, à bien des égards, le XIX^e siècle puisse paraître comme celui du déclin de l'influence chrétienne dans la société française. Le monde des juristes reste néanmoins un bastion solide des valeurs chrétiennes, en raison de son jusnaturalisme. Toutefois, cette morale religieuse n'influence le droit que de manière indirecte, servant en vérité surtout à défendre l'ordre social contemporain et son penchant originellement traditionaliste ; à l'instar des jurisconsultes de la postmodernité⁷⁹⁷. Le droit naturel justifie donc le droit positif et l'ordre en place, tout comme la jurisprudence.

⁷⁹⁴ Pour plus de détails sur les arrêstistes, V. Pierre-Nicolas Barenot, *Entre théorie et pratique...*, *op. cit.*, p. 217-220.

⁷⁹⁵ Tristan Pouthier, *Au fondement des droits...*, *op. cit.*, p. 33.

⁷⁹⁶ Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé...*, *op. cit.*, p. 35-76.

⁷⁹⁷ V. Alexis Lombart, « De la crise de la nature à la première modernité juridique : Dieu, l'homme et la substance chez Guillaume Benoît (1455-1516) », *Clio@Themis* [En ligne], 20 | 2021, mis en ligne le 15 juin 2021, consulté le 21 février 2022.

Section seconde. L'individualisme des premiers interprètes confirmant leur idéologie conservatrice

Une des faiblesses du Code de 1804 était sa partie économique. Il n'avait pas prévu le machinisme et l'industrialisation. Du coup, il avait l'air indifférent aux relations de travail et aux besoins de la condition ouvrière. À partir de 1848, il va se sentir de plus en plus mal à l'aise devant la montée des idées socialistes, ou même simplement sociales. Il sera dénoncé comme le code des possédants, des nantis. Le fait est qu'il manifeste une grande sollicitude pour les propriétaires d'immeubles, spécialement pour les propriétaires de biens fonds agricoles. [...] Bref, c'est du capitalisme tout entier que le Code civil pouvait sembler, peut sembler encore dans ses principes, le rempart⁷⁹⁸.

La France n'entre pas pleinement dans une industrialisation semblable à ce qui se fait dans les pays voisins, comme l'Angleterre. Toutefois, il serait faux de dire que la France, organisée socialement par le Code, est imperméable aux changements de son temps. La direction que prend le pays sur le plan économique, tend à favoriser certains groupes sociaux, plus que d'autres, notamment au sein même des élites sociales pourtant toutes regroupées autour du seul titre de notables (I.). Or, notons que cette distinction qui se forge peu à peu, se perçoit notamment dans le discours de la doctrine française, qui adopte une interprétation du droit idéal qui favorise cette division au profit de ce qui, plus tard, peut s'apparenter à une élite purement bourgeoise (II.).

⁷⁹⁸ Jean Carbonnier, « Le Code civil des français dans la mémoire collective », 1804-2004, *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, sous la direction d'Yves Lequette et Laurent Leveneur, Dalloz, 2004, p. 1048.

§1- La situation sociale et économique au lendemain de l'Empire, favorisant une division des élites sociales

Si le Code s'est imposé dans la société napoléonienne et arrive même à lui survivre, c'est en raison de l'œuvre de ses premiers juristes interprètes. En effet, au lendemain du Congrès de Vienne et de la chute de l'Empire, un défi s'impose à la doctrine : adapter et acclimater le Code face aux évolutions sociales que connaît la France durant cette période. Loin de vouloir le révolutionner, les membres de la première génération cherchent plutôt à le défendre, l'appliquer avec la docilité qu'exige le Code envers ses propres individus idéaux-types. Passant de la fonction de « traducteur », « transmetteur » voire « intermédiaire » – première fonction de l'interprète – ils deviennent des « participants », dont le nouveau rôle implique une évolution et donc un changement des effets du texte plus consciemment accepté⁷⁹⁹. Souvent devenus notables, les juristes visent ainsi à faire pérenniser l'ordre social contemporain face au retour des royalistes ultras et des premiers mouvements contestataires sociaux, grands vaincus de la Révolution et de l'ordre social contemporain institutionnalisé par le Code civil. Ces derniers se montrent cependant au départ très hostiles à l'égard de cette œuvre révolutionnaire et impériale, qui a mis fin aux grands principes sociaux qui régnaient sous l'Ancien Régime, notamment avec l'exemple type du régime successoral⁸⁰⁰.

Sous la monarchie orléaniste, l'État-gendarme est aussi un État-douanier, tandis que les élites – ingénieurs des grands corps, polytechniciens et administration technique et soutiens du despotisme éclairé – considèrent que l'État est le meilleur juge de l'intérêt public. Toutefois, parallèlement à l'accroissement des pouvoirs étatiques⁸⁰¹, le pays connaît des difficultés

⁷⁹⁹ V. Anna Claudia Ticca et Véronique Traverso, « Interprétation, traduction orale et formes de médiation dans les situations sociales Introduction », *Langage et société*, n°153, 2015/3, p 14 : cette seconde fonction s'apparente même à une « courroie de transmission qui serait (devrait être) transparente ».

⁸⁰⁰ Tandis que le Code devient peu à peu la Constitution sociale de la France – Constitution jugée par Hauriou comme plus importante que la Constitution strictement politique – des critiques émergent autant au départ des milieux royalistes que des libéraux. De même, nombre de critiques apparaissent contre son organisation familiale et son régime successoral dont les effets sont puissants autant à l'égard de l'organisation familiale que social. C'est le cas notamment des thèses de Le Play, qui reprochent au Code, au nom de l'individualisme de briser l'unité de la famille traditionnelle – la « famille-souche » – ruinant ainsi l'autorité du père de famille. V. Marcel Waline, *L'individualisme...*, *op. cit.*, p. 349-351.

⁸⁰¹ Il suffit de voir l'importance croissante que peu avoir le droit public et plus précisément administratif, tout au long du siècle. Pierre-Nicolas Barenot, *Entre théorie et pratique...*, *op. cit.*, p. 149-156 ; Julien Bonnacese, *La Thémis...*, *op. cit.*, p. 5 ; Louis Antoine Macarel, *Éléments de droit...*, *op. cit.*, p. vij-viiij.

économiques et une baisse significative de la croissance démographique. Ces crises annoncent l'entrée dans l'industrialisation. Le développement des idées malthusiennes, la déprise religieuse, le partage successoral égal formulé par le Code et les épidémies du XIX^e siècle – tuberculose, choléra etc – portent préjudice à la croissance démographique, même si la France se distingue du modèle anglais en raison de son abondante main d'œuvre⁸⁰².

Les effets de cette croissance mal maîtrisée, ne se font cependant pas attendre : le chômage est croissant, tandis que des banques comme Lafitte connaissent la faillite due aux lourdes indemnités de guerre imposées par les Alliés. À cela s'ajoute plusieurs crises des prix agricoles, faisant apparaître les premières tensions du XIX^e siècle de la part de la classe ouvrière, tandis que les pouvoirs publics semblent assez éloignés de ses préoccupations quotidiennes. Si à l'échelle internationale, de 1818 à 1848, le commerce ne connaît pas de grands changements en dehors d'une légère augmentation des marchés civils développés sous l'Empire – produits de luxe, soierie, vin, ou industrie chimique – le commerce intérieur lui se développe de manière plus importante. Il s'agit d'un retour de la bourgeoisie d'affaire – qualifiée par la suite d'orléaniste –, celle-là même qui a eu tendance à être délaissée sous l'Empire. Tandis que la faiblesse de la marine marchande française offre aux navires étrangers le soin d'organiser les échanges maritimes et internationaux français, les petits boutiquiers et les installations locales, souvent familiales d'un style balzacien, se développent en passant de 900 000 en 1815 à presque 1 500 000 en 1850. Ainsi, Les petits boutiquiers, qui faisaient partie de la petite bourgeoisie, bien que mise à l'écart, connaissent quant à eux une certaine croissance, commençant à bouleverser l'ordre social français. Ils bénéficient de la tendance libérale que connaît la France à cette période, bien qu'elle soit plus timorée que le libéralisme pratiqué en Angleterre sous Victoria ; même si jusqu'en 1830, l'Angleterre est loin de constituer un véritable État industriel. Le versant autoritariste français persiste alors, comme le prouve le régime de la presse. En effet, le *curieux* libéralisme français se contredit sur ce point, avec l'interventionnisme étatique⁸⁰³.

⁸⁰² Pour autant, la mortalité reste peu ou prou la même, bien que cela n'empêche pas la croissance de la population de rester relativement forte. La France passe à cette période de 27 à 32 millions d'habitants. V. Pierre Albertini, *La France au XIX^e siècle...*, *op. cit.*, p. 35-41.

⁸⁰³ Avec les lois votées en avril et mai 1819, la censure et l'autorisation préalable sont supprimés. Toutefois, la bourgeoisie libérale ne tenant guère à ce que la presse se démocratise véritablement, le cautionnement et les droits de timbre continuent de faire du journal un produit de luxe.

Quant à l'artisanat, il reste puissant face à un secteur industriel toujours assez faible. Cette « ascension bourgeoise » est marquée par une volonté toujours accrue d'augmenter la marge de manœuvre du libre jeu des initiatives individuelles, ce qui ne fait qu'accroître les antagonismes sociaux, en creusant l'écart des inégalités entre les différents groupes de la société. Les entrepreneurs, possédant souvent une expérience pratique de la manufacture, cherchent à transformer de manière plus radicale l'économie ; c'est à partir de là que les mots comme « industrialisme » ou « révolution industrielle » voient le jour. Commence à se percevoir les gains d'une telle transformation de la société, en direction d'une industrialisation plus poussée⁸⁰⁴, ce qui explique la permanence de la singularité du libéralisme à la française : l'économie est certes dans la main d'une bourgeoisie en plein développement, mais les notables héritiers fonciers des acquis de la Révolution restent l'idéal à atteindre. L'objectif de vie est à terme la rente, avec pour but de mener une vie aristocratique et non d'investissements. D'autant plus qu'il paraît difficile de pouvoir parler d'un véritable décollage économique dans les années 1815-1848, en raison de l'absence d'une faible modernisation des entreprises industrielles, comme d'une révolution agricole et de l'importance qu'ont toujours les petites propriétés agricoles ou entreprises presque artisanales. L'abondance de la main d'œuvre ne rendant pas la mécanisation urgente, le « château » reste ainsi le centre politique et social local, dans presque toute la France. Les grands propriétaires, par ailleurs souvent nouveaux nobles, dirigent donc cette société à prépondérance rurale, bien que marquée par une toute nouvelle dynamique industrielle, dans un contexte d'interventionnisme qui ne fait que croître. La croissance agricole elle, est finalement incontestable, d'autant plus que le Nord du pays connaît quelques transformations techniques : rotation continue des cultures, faucheuse ou batteuse mécanique, charrue Brabant ou Bombas le réversible etc. Ainsi et, jusqu'à l'avènement du Second Empire, la production des récoltes comme le cheptel croient en volume et se diversifient, notamment en raison d'un surcroît de travail. Toutefois, la lente industrialisation a comme effet pervers de conduire à une absence de prise en compte de la réalité : le revenu agricole commence à être inférieur à la moyenne nationale, du fait du développement bien que balbutiant du secteur industriel. D'où le gros endettement des paysans – alors toujours majoritaires – auprès des notaires et des usuriers, ce qui est à l'origine des troubles ruraux qui donnent lieu aux changements de régime en 1830 et 1848⁸⁰⁵.

⁸⁰⁴ V. Bensimon Fabrice, « Chapitre XVIII – L'« atelier du monde » (1815-1875) », *Histoire des îles Britanniques*, Paris, PUF, « Quadrige », 2013, p. 615-638 ; Éric Hobsbawm, « Faire une “révolution bourgeoise” », *op. cit.*, p. 59-60.

⁸⁰⁵ Pierre Albertini, *La France au XIXe siècle...*, *op. cit.*, p. 38-40.

L'objectif, au lendemain de la chute de l'Empire, est donc la stabilité, plus que l'innovation ; phénomène facilité par les « masses de granite de l'Empire ». En effet, le Consulat et l'Empire ont doté l'économie française d'institutions – monnaie qui ne varie pas, la banque de France, le Code civil et de commerce – qui servent désormais le cadre d'une activité économique soucieuse de conserver la lente croissance très sécurisée des actuels notables, plus que de sa transformation en profondeur. L'État encourage toujours à l'épargne et l'agriculture, même si la France connaît une mutation lente mais continue vers une économie plus libérale : développement des filatures mécaniques, du chemin de fer, des banques, etc., les principes libéraux réaffirmés depuis 1789 sont maintenus et conduisent à repenser que l'économie obéit à des lois naturelles et doit vivre à son rythme, à l'image des individus. Dirigé par une monarchie censitaire et constitutionnelle, dans cette ère proto-industrielle, le pays reste cependant essentiellement agricole et l'importance accordée à la propriété reste toujours au cœur de ce libéralisme original. La modernisation de l'industrie est en effet assez lente, bien que le phénomène de « congestion rurale » provoque une surcharge manouvrière dans les migrations saisonnières, poussant à de précoces exodes vers les quelques premiers centres industriels français ; notamment Paris, dont la population double entre 1801 et 1846⁸⁰⁶.

Voilà pourquoi les gouvernements qui suivent l'Empire – celui de Guizot en tête⁸⁰⁷ – ne sortent certes pas du milieu des grands notables ruraux, mais tendent à toujours vouloir faire pérenniser les idées « révolutionnaires » qui ont favorisé l'avènement de ce nouvel ordre bourgeois, malgré le retour de la monarchie ; et avec, un certain individualisme agraire en faveur de grands propriétaires terriens, dominant la paysannerie pauvre, constituée d'exploitants parcellaires et attachée à des pratiques traditionnelles. Ces *mal-aimés* du Code, souffrent

⁸⁰⁶ « Plusieurs facteurs contribuent à cette lenteur : la prohibition anglaise en matière d'exportation de machines jusqu'en 1843, le manque relatif de charbon et le haut prix du charbon importé, l'importance de la « manufacture dispersée » héritée de l'âge proto-industriel et longtemps préférée par les chefs d'entreprise à la concentration en usine des « classes dangereuses », l'insuffisance du crédit alors que la modernisation coûte cher. Le textile (en particulier le secteur cotonnier) joue un rôle moteur : la filature, qui avait commencé à se transformer au XVIIIe siècle (mule-jenny), achève sa modernisation, ce qui se traduit par une hausse des rendements et une amélioration de la finesse ; le tissage ne se mécanise que dans les années 1830-1840, par la généralisation de machines inventées au début du siècle. Le secteur de la soierie lyonnaise connaît une faible modernisation technique (métier Jacquard), mais une éclatante inventivité. La métallurgie suit le mouvement avec lenteur à partir de 1835. C'est alors que, pour répondre à la demande en machines textiles et en rails, la fonte au coke commence à remplacer la fonte au charbon de bois », Pierre Albertini, *La France au XIXe siècle...*, *op. cit.*, p. 39.

⁸⁰⁷ « Guizot représentait la quintessence de la monarchie de Juillet, qu'il considérait certainement comme un régime bourgeois », Éric Hobsbawm, « Faire une "révolution bourgeoise" », *op. cit.*, p. 55.

directement de ce choix dans ce contexte difficile. En effet, les rapports de préfets, statistiques de procureurs généraux et archives judiciaires témoignent de la vague de délits ruraux, allant même jusqu'aux meurtres et à l'incendie volontaire, tandis que les *protégés* du Code, remettent en cause par exemple des droits issus de pratiques « immémoriales » et fondamentales pour la paysannerie pauvre, comme les droits d'usage⁸⁰⁸.

Guizot, certes libéral, c'est-à-dire, selon le langage de l'époque, attaché aux principes de 1789, est opposé à la tendance réactionnaire et absolutiste des ultras et souhaite plutôt faire privilégier « les classes moyennes » sur une élite héréditaire⁸⁰⁹. Commence ici à se distinguer les deux parties d'une même élite sociale, qui ne font par la suite que se diviser de plus en plus. Cette tendance ne fait que s'accroître durant les régimes suivants : si avant 1848, la majorité des électeurs sont des propriétaires fonciers, après le Printemps des Peuples, ce sont des paysans, en raison de l'instauration du suffrage universel masculin. Loin d'être révolutionnaire bien que critiquant les approches les plus réactionnaires, la volonté politique n'est pas favorable à un retour à l'Ancien Régime. La France bourgeoise ne peut trouver la prospérité et le repos qu'avec un « gouvernement libre » ; c'est la promotion d'un libéralisme politique, à distinguer alors d'un libéralisme économique. La grande et la moyenne bourgeoisie se réservent alors le contrôle politique et se disputent la majorité des fonctions de l'État, quand bien même le pays se présente en théorie comme une « monarchie ». L'augmentation significative de l'importance du statut de fonctionnaire et des représentants de la Nation conduit à nuancer l'importance de la royauté. Parallèlement, plus les années avancent, plus ce gouvernement et l'élite qu'il représente se déconnectent des réalités plus populaires et sociales, accentuant un clivage jusqu'à son éclatement en 1848⁸¹⁰.

En somme, à la chute de l'Empire, la France commence à adopter une nouvelle structure sociale, où nobles et bourgeois semblent se distinguer de plus en plus. Bien que toujours faisant partie de ce que l'on peut appeler les notables, les deux régimes que sont la Restauration et la

⁸⁰⁸ V. Caroline Gau-Cabée, *Droits d'usage...*, *op. cit.*, p. V-VI.

⁸⁰⁹ Marie-Hélène Baylae, *La peur du peuple, histoire de la IIe République 1848-1852*, Paris, Perrin, 2022, p. 17-18.

⁸¹⁰ Pierre Albertini, *La France au XIXe siècle...*, *op. cit.*, p. 35-41 ; Georges Duby, *Histoire...*, *op. cit.*, p. 378 et 383 ; Éric Hobsbawm, « Faire une "révolution bourgeoise" », *op. cit.*, p. 57 et s. Sur l'aveuglement de Guizot et de la majorité orléaniste et la crise générale que traverse Paris et plus généralement, la France jusqu'en 1848, V. Marie-Hélène Baylae, *La peur du peuple...*, *op. cit.*, p. 22.

Monarchie de Juillet sont paradoxalement, le moment clef de l'avènement d'une future élite pleinement bourgeoise. Il ne s'agit là cependant que d'une tendance, difficile à percevoir pleinement à cet instant. Toutefois, l'analyse des discours des juristes permet de mieux percevoir ce lent mouvement qui, certes peut à cet instant s'effacer d'un instant à l'autre. En effet, par leur neutralité politique apparente, les interprètes du Code arrivent à garder en équilibre l'ordre social en place, tout en favorisant une direction ; celle qui fait la promotion d'un individualisme - bourgeois, même s'il est difficile de le qualifier ainsi pour l'instant -, toujours adapté à un véritable autoritarisme politique. L'idée est ainsi de sauvegarder la liberté individuelle ou du moins un sentiment de liberté, sous la condition qu'il soit nécessaire de respecter l'ordre en place. *In fine*, la course au pouvoir que peut mener les élites nobiliaires, qui tentent de rétablir l'Ancien Régime, paraît contraire aux valeurs de l'époque. Cette idée d'ailleurs ne fait d'ailleurs que s'intensifier par la suite, notamment avec le développement d'un historicisme que les juristes vont utiliser sous l'influence de l'École historique⁸¹¹.

⁸¹¹ Influence que nous verrons un peu plus tard. V. *Infra*, p. 236-276.

§2- L'individualisme de la première génération et son libéralisme mitigé

Une fois le Code promulgué, les premiers travaux portant sur son interprétation sont l'œuvre de juristes nommés par le gouvernement et placés dans les nouvelles Universités impériales. Les deux doyens, respectivement de Rennes et de Dijon, Toullier et Proudhon, réussissent tout particulièrement à mettre en valeur les liens entre « ancien droit » et « nouveau »⁸¹². Les deux hommes, situés entre deux cultures – Ancien Régime et Révolution – ont vécu la Révolution de manière brutale à l'instar des rédacteurs du Code, ce qui explique, partiellement du moins, pourquoi ils se montrent aussi favorables à son penchant autoritaire. C'est aussi pourquoi ils écrivent plutôt dans un but pratique, à l'usage de gens de robe, ne cherchant pas à révolutionner une idéologie qui semble leur convenir⁸¹³. Par conséquent, si leurs travaux paraissent, *a priori*, peu théoriques, cela ne fait que cacher leur conservatisme et engouement pour le système en place. À l'instar de Proudhon et Toullier, Claude Étienne Delvincourt se donne lui aussi pour objectif de former des professionnels ou praticiens et non des théoriciens critique du Code. Si l'individualisme révolutionnaire atténue le caractère contraignant du droit, l'être humain reste néanmoins au centre de leur raisonnement juridique⁸¹⁴.

L'objet du droit ou, des lois – ce qui est souvent synonyme à cette période⁸¹⁵ – est, selon Toullier, de fixer le rapport entre les individus afin de découvrir, par la réflexion et le raisonnement, « les règles de conduite qui conviennent à leur bonheur »⁸¹⁶. Peu de doutes, le raisonnement est bien individualisme ; mais d'un individualisme qui se rapproche moins du libéralisme que de la pensée spiritualiste, car la nature humaine est défaillante et il faut forcer l'individu, pour son bien, à suivre certaines règles. Toutefois, cela ne l'empêche pas d'adopter

⁸¹² Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 1... », *op. cit.*, p. 51.

⁸¹³ Cela ne leur empêche pas de trouver l'œuvre imparfaite, se donnant justement pour rôle de parfaire le droit par leurs analyses. V. sur le rôle de la doctrine au XIX^e siècle, Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*

⁸¹⁴ Denis Touret, *Introduction à la sociologie...*, *op. cit.*, p. 160.

⁸¹⁵ Sur la doctrine de l'ensemble du XIX^e siècle et sa relation avec le légicentrisme, V. Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 19, 25, 49, 104, 147 et 304-313 ; V. aussi, sur la question du légicentrisme du Code Napoléon : René Robaye, *Une histoire du droit...*, *op. cit.*, p. 30-31.

⁸¹⁶ V. Charles Bonaventure Marie Toullier, *Le droit civil...*, *op. cit.*, p. 4 ; De même, à propos de cette *quête* du bonheur – dont on ne peut que supposer une influence Benthamienne – il écrit : « il est dans la nature de l'homme de rechercher toujours son bonheur ou celui de ses semblables », *Ibid.*, p. 85-86). Par conséquent, si c'est l'objet du Droit que de convenir à son bonheur, l'individu devient la priorité du raisonnement juridique.

une approche favorable à une conception d'inspiration libérale de l'existence pourrait-on dire, pour preuve son opinion sur le libre arbitre⁸¹⁷. De même, Toullier considère que si l'individu peut librement renoncer aux règles dont les dispositions n'affectent que lui, dès qu'il est question de l'ordre social, ces règles s'imposent *moralement* à lui : l'intérêt public ou de tous, prime⁸¹⁸. Comme le dit justement André-Jean Arnaud : « l'organisation appelle l'ordre, sans lequel il est vain de prétendre défendre le juste et le vrai. En termes juridiques, l'ordre, c'est l'ordre social, un certain ordonnancement de la société selon le schéma normatif officiellement reconnu en un moment et en un lieu déterminés. La contrainte peut néanmoins être rapporté à une prise de position humaniste, si elle est établie précisément pour défendre l'homme contre l'injustice et l'erreur. On pourra alléguer, par exemple, l'imperfection et la faiblesse de l'homme »⁸¹⁹.

Toullier écrit dans une formulation simple mais efficace, qui résume assez bien le discours de la majorité de la doctrine à cette époque, que l'individu échange sa « liberté naturelle » contre une « liberté civile »⁸²⁰. Il justifie ainsi la soumission volontaire que doit suivre la population, par le fait que l'individu a naturellement tendance à opprimer, voire tromper le pauvre, le faible ou l'imbécile⁸²¹. Il faut donc le protéger de lui-même. La perception de la nature humaine semble de ce fait, plutôt critique. Cette contrainte exercée par le droit que met en avant Toullier, explique que les lois sont « prescrites par un supérieur légitime »⁸²² ; puisqu'elle permet de prévenir les

⁸¹⁷ Toullier considère que « la loi est la règle des actes humains, c'est-à-dire des actions qui ont pour principe le libre exercice de l'intelligence et de la volonté », Charles Bonaventure Marie Toullier, *Le droit civil...*, *op. cit.*, p. 3.

⁸¹⁸ *Ibid.*, p. 85-88.

⁸¹⁹ André-Jean Arnaud, *Essai d'Analyse...*, *op. cit.*, p. 9.

⁸²⁰ « Mais en entrant dans l'état civil, l'homme abandonne et perd une partie de sa liberté naturelle, eu échange des avantages qu'il reçoit de la société; et en considération de ces avantages, il est obligé d'obéir aux lois que le plus grand nombre des associés juge à propos d'établir. Cette espèce de contrainte à laquelle il se soumet, lui devient infiniment plus utile que la liberté farouche et sauvage dont il perd une partie. Tout homme qui réfléchit, ne peut désirer de conserver la liberté illimitée de faire tout ce qu'il lui plaît ; autrement, il en résulterait que tous les autres membres de la société auraient aussi la même faculté et alors, ni la vie, ni la jouissance des droits d'aucun d'eux, ne seraient en sûreté. La liberté civile ou politique, dont jouit l'homme dans l'état civil, n'est donc pas autre chose que la liberté naturelle, restreinte ou limitée par la loi humaine, autant qu'il est nécessaire ou utile pour l'avantage de la société », Charles Bonaventure Marie Toullier, *Le droit civil...*, *op. cit.*, p. 175.

⁸²¹ « Les résultats que font naître les rapports qui existent entre les richesses et l'homme, entre le riche et le pauvre, l'homme fort ou puissant et l'homme faible et sans crédit, l'intelligent et l'imbécile, sont que le riche se corrompt et abuse de sa richesse pour corrompre le pauvre ; l'homme fort et puissant, de sa force ou de sa puissance pour opprimer l'homme faible et sans crédit ; l'homme intelligent, de son esprit pour tromper, etc. Loin que ces résultats soient des lois, les lois sont faites pour en prévenir les fâcheux effets : les lois ne sont donc ni des rapports ni les résultats des rapports ; ce sont des règles d'action prescrites par un supérieur légitime », *ibid.*, p. 4-5.

⁸²² *Ibid.*, p. 5.

« fâcheux effets » que peuvent avoir certains comportements individuels, tandis que l'ordre politique tire sa « force de la seule volonté du souverain »⁸²³. Ce pessimiste, ou cette vision pragmatique plutôt de la nature humaine, rejoint celui supposé des rédacteurs, bien qu'il soit teinté d'un léger espoir, que l'on peut attribuer à la théodicée issue de l'influence religieuse accrue de cette doctrine : celui que l'être humain peut être bon, s'il suit le bon chemin.

Il en est de même pour Proudhon. Son individualisme est difficilement discutable alors qu'il considère que « l'homme est le roi de la nature », le plaçant même au-dessus de tout ce qui « existe physiquement dans la nature ou qui est connu comme existant moralement dans le droit »⁸²⁴. Cependant, animal sociable par essence – preuve est faite par le « don de la parole »⁸²⁵ – la société lui est « nécessaire » et donc avec, des devoirs⁸²⁶. Naturellement, l'individu souhaite vivre en société⁸²⁷, bien que toutes les individualités se doivent de « fléchir devant la masse ». Ce fléchissement implique des limites à la liberté individuelle, limites qui permettent à l'être humain d'être « roi » de son univers⁸²⁸.

⁸²³ Charles Bonaventure Marie Toullier, *Le droit civil...*, *op. cit.*, p. 17 ; Il définit alors la souveraineté, comme « la toute-puissance humaine », la « réunion de tous les pouvoirs ; c'est le pouvoir de tout faire dans un État, sans en devoir compte à personne » (*Ibid*, p. 19). Il renvoie même au concept du droit romain autoritaire, *d'impérium* : « Le droit de commander, imperium, qui contient celui d'employer la force publique pour faire exécuter le commandement, est l'une des principales attributions de la puissance exécutive, qui n'appartient qu'au [...] chef suprême de l'État », *ibid.*, p. 56.

⁸²⁴ Jean-Baptiste-Victor Proudhon, *Traité du domaine public...*, *op. cit.*, p. VI et 1.

⁸²⁵ « De toutes les facultés dont l'espèce humaine peut s'enorgueillir, l'une des plus remarquables et qui démontre le plus positivement la destination des hommes à la vie sociale, c'est le don de la parole », *ibid.*, p. 22.

⁸²⁶ « Si pour caractériser l'homme l'on ne s'attachait qu'au sentiment de préférence qu'il éprouve naturellement pour lui-même, on ne verrait dans chaque individu qu'un égoïsme anti-social, tendant à l'isoler de ses semblables [...]. Mais le sentiment non moins impérieux qui le porte à veiller à sa conservation le rapproche des autres hommes, dont les secours lui sont nécessaires [...]. Ces engagements mutuels et nécessaires [...] nous font en même temps remonter à la conception de leur état naturel de sociabilité », *ibid.*, p. 16-17.

⁸²⁶ Jean-Baptiste Victor Proudhon, *Cours de législation et de jurisprudence françaises*, Partie 1, sur l'état des personnes, Besançon, tome 2, Chez Tissot, imprimeur-libraire, 1798, p. 238.

⁸²⁷ « Les hommes ne furent point semés à l'aventure sur le globe : ils ont été créés pour vivre en société », *Ibid*, p. 238 ; L'origine de cette nécessité, remonte à l'occupation des terres par les premières sociétés, qui a fait naître le droit de propriété, tout en formant bourgades et cités, séparées en « diverses associations politiques ». Or, c'est ce phénomène d'associations explique Proudhon, qui explique que les individus sont sortis peu à peu de l'état de nature pour entrer dans l'ordre civil et positif, puisque seuls, ils n'auraient pu « veiller » à leur propre conservation. *In fine*, l'individu ne peut pas « vivre en sécurité sans la protection d'une force collective et publique ». V. Victor Proudhon, *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par le rapport au domaine public*, Tome 1, Dijon, Victor Lagier libraire-éditeur, 1833, p. 31, 49 et 283.

⁸²⁸ *Ibid.*, p. 61.

Proudhon considère quant à lui que l'individu ne peut pas « vivre en sécurité sans la protection d'une force collective et publique »⁸²⁹. Celle-ci est représentée par les détenteurs de la souveraineté. La soumission vient du lien supérieur qui lie l'être humain à sa Nation. L'individu n'est d'ailleurs même pas « libre de s'en affranchir par sa seule volonté »⁸³⁰. En effet, Proudhon, en attribuant à « l'Être suprême » le titre d'investigateur de la vie en société, il en conclut que le manque de patriotisme est une insulte suprême à son égard ; de même que le suicide⁸³¹.

Quant à Delvincourt, il fixe pareillement à ses collègue comme objectif au droit, celui de rendre l'être humain heureux, en faisant « tout ce qui convient à sa conservation et à son véritable bonheur ». L'état naturel de l'être humain est celui de vivre en société, dans un souci de bienveillance mutuelle et de solidarité ; cette solidarité ou bienveillance, influence morale ou religieuse sans doute qui ne dit pas son nom, mais qui implique surtout des devoirs aussi⁸³². Il se montre parfois plus individualiste et libéral que les rédacteurs⁸³³, considérant qu'en raison de sa « liberté naturelle », l'être humain est à même d'apporter des « modifications à son état primitif ». Par conséquent, le premier droit dont jouit l'individu est celui d'une liberté qui lui permet de « faire tout ce qui n'est pas défendu par la loi » ; la formule paraît offrir plus de libertés à l'individu de prime abord, d'autant quand il ajoute que tout être humain a, « par la nature, le droit de disposer de sa personne, de ses actions et de ses biens, de la manière qu'il juge la plus convenable à son bonheur, mais sous la condition de ne blesser en rien ses devoirs par rapport à Dieu, à lui-

⁸²⁹ « Nul individu ne peut être admis à placer son intérêt personnel au-dessus de celui de la société tout entière », Jean-Baptiste-Victor Proudhon, *Traité du domaine public...*, *op. cit.*, p. 283.

⁸³⁰ *Ibid.*, p. 61 et 124-125.

⁸³¹ « L'homme qui trahit sa patrie commet le plus grand des crimes dont on puisse se souiller sur la terre », *ibid.*, p. 29-30 ; cette idée, il l'évoquait déjà en 1798 : « tel est le respect envers la divinité, & la fidélité que le citoyen doit à sa patrie », Jean-Baptiste Victor Proudhon, *Cours de législation et de jurisprudence...*, *op. cit.*, p. 48 ; V. aussi, « Tout gouvernement légitime ayant essentiellement le droit de veiller à sa conservation & au bien-être du corps politique, en dirigeant les intérêts des citoyens vers le bien général de l'association », *ibid.*, p. 220 ; Il a alors la même opinion à l'égard du suicide : « Le suicide est un crime condamné par la loi naturelle, puisque chaque homme, devant la réciprocité de ses services à la société dont il est membre, ne s'appartient point entièrement à lui-même et que nul ne peut licitement se soustraire au paiement de ses dettes pour augmenter la charge qui pèse sur les autres », *ibid.*, p. 29.

⁸³² « Enfin par rapport aux autres hommes, l'état naturel de l'homme étant un état de société et aucune société ne pouvant subsister sans des sentiments mutuels d'amour et de bienveillance entre les associés, il est nécessaire que les hommes aient ces sentiments les uns pour les autres », Claude-Étienne Delvincourt, *Cours...*, *op. cit.*, p. 2.

⁸³³ Notamment par exemple, avec son incompréhension du refus des divorces par consentement mutuel pour les femmes de plus de 45 ans ; Claude-Étienne Delvincourt, *Institut...*, *op. cit.*, p. 170 ; Ici, les rédacteurs avaient préféré cet empêchement au nom des *bonnes mœurs*, mais aussi pour la sécurité matérielle des femmes âgées.

même et aux autres hommes »⁸³⁴. Si pour les rédacteurs le droit doit conditionner la machine sociale et donc ses rouages individuels, pour Delvincourt, le rouage est capable de savoir quoi faire de lui-même en théorie. Sa liberté naturelle et son autonomie dirigent son comportement. Une limite existe cependant : il ne faut pas porter atteinte à la société, mais il s'agit là d'une limite peu novatrice. D'autant que la référence ici à Dieu ou même, à tout ce qui n'est pas défendu par la loi, offre une très large acceptation de limites potentielles en pratique.

Un nom se distingue des autres toutefois, ne suivant pas ce schéma spiritualiste : Joseph Rey (1779-1855). Difficile de savoir s'il fait partie de la première génération étant certes né sous l'Ancien Régime, mais dont la vie le parcours ne se termine qu'avec le Second Empire. Une chose est sûre cependant, sa pensée est suffisamment atypique et à contre-courant pour se détacher de ses semblables. Plus que pour ses confrères, les événements de la Révolution française ont un impact déterminant sur sa pensée. Nourri par la philosophie matérialiste, mais aussi par la théorie politique de Rousseau, il fait preuve d'un « radicalisme » républicain dans ses opinions politiques peu fréquent chez les juristes⁸³⁵. Dans un contexte où l'Empire s'est montré « peu disposé à former des juristes critiques », Rey fait ses « premières armes » dans la magistrature avant de commencer à écrire en 1814. C'est là qu'il s'engage plus concrètement dans une lutte politique du côté des libéraux français, alors que se développe nombre de sociétés secrètes, comme la Charbonnerie⁸³⁶ ; sociétés dans lesquelles apparaissent des éléments révolutionnaires au départ formé par le Conseil d'État sous Empire, comme Cesare Balbo⁸³⁷.

Pour Rey, le bonheur se rattache à la liberté au point d'être synonyme et la contrainte apparaît comme « notre seul mal » selon ses mots. Pour autant, il réfute la notion de libre-arbitre et avec, celle d'une prétendue « liberté morale » ; dont les effets sociaux sont plus désastreux. C'est justement cette « liberté morale » ou cette liberté limitée, qui perturbe l'harmonie sociale en raison des devoirs et principes qu'elle produit. Mettant à jour sa fonction moralisatrice, il préconise à la

⁸³⁴ Claude-Étienne Delvincourt, *Cours...*, *op. cit.*, p. 4.

⁸³⁵ « Lorsque la Révolution éclate et malgré son jeune âge, Rey apparaît donc déjà largement convaincu par la nécessité de réformer l'organisation politique de la France. Alors que les hommes et les femmes du premier XIXe siècle ont tendance à penser l'épisode révolutionnaire avec une certaine méfiance, Joseph Rey se remémore au contraire l'enthousiasme qu'il a suscité en lui », Mathilde Regad-Pelagru, *Un égalitarisme radical...*, *op. cit.*, p. 13.

⁸³⁶ *Ibid.*, p. 11-19.

⁸³⁷ V. *Supra*, p. 127.

place le principe de nécessité, qui constituerait « les bases du monde moral de la manière la plus désirable ». Pour Rey, « la loi morale ne peut commander qu'à une volonté libre », mais « celui qui obéit n'est pas libre » précise-t-il. Or, liberté et devoir passent pour les spiritualistes comme la condition même à toute moralité⁸³⁸. Ainsi, en plus de se démarquer par son engagement politique libéral, la philosophie de Rey se marginalise par son attachement au sensualisme révolutionnaire⁸³⁹. S'inspirant de travaux biologiques, Rey vise même selon ses propres mots, à déterminer « quels sont les véritables besoins de l'homme et quels principes doivent éclairer les moyens de satisfaire ces besoins », dans le but de déterminer les règles juridiques censées garantir le bonheur de l'individu⁸⁴⁰. Ce n'est donc pas sur son approche individualiste qu'il se distingue de la doctrine, même s'il se détache d'une potentielle influence divine pour définir les règles morales et politiques, mais par son objectif à les chercher dans « la vraie nature » humaine. Si une telle approche de la nature fait l'objet d'un « rejet massif » à son époque, Joseph Rey rattache la faculté intellectuelle d'abord à la sensibilité⁸⁴¹. Attachant à sa théorie morale une nécessaire « sympathie » de la part des individus à l'égard de ses semblables⁸⁴², Rey met en avant un besoin d'égalité sociale. Par conséquent, il est opposé à l'idée du bon sauvage ou le mythe que l'individu peut être complet en étant isolé. À ce titre, même le conflit entre les intérêts individuels ne forme pas un obstacle à l'association, mais au contraire, il s'agit là, à l'instar des auteurs libéraux, d'un des moteurs de toute construction sociale⁸⁴³.

En somme, mêlant individualisme et principe d'autorité, le discours de la première génération vise, pour la majorité d'entre eux, à sauvegarder les préceptes du Code, à l'aide du droit naturel et de la jurisprudence. Si leur individualisme est indiscutable, leur libéralisme semble quant à lui plus mitigé, en raison d'une forte influence spiritualiste. Ce compromis offre à la bourgeoisie française, en pleine expansion, une nouvelle « morale » contemporaine. Ainsi, la doctrine, très tôt, arrive à concilier la nature humaine défaillante, avec une conception foncièrement individualiste en raison d'une approche pourrait-on dire plutôt pragmatique.

⁸³⁸ Mathilde Regad-Pelagru, *Un égalitarisme radical...*, op. cit., p. 110-117.

⁸³⁹ « Les spiritualistes s'opposent à l'épistémologie sensationniste car ils considèrent qu'elle rabaisse l'homme à un mécanisme passif sur lequel le monde extérieur viendrait s'imprimer. Rey nie ce caractère purement passif, même si on trouve sous sa plume l'expression de "machine humaine" », *ibid.*, p. 73.

⁸⁴⁰ Cité par Mathilde Regad-Pelagru, *ibid.*, p. 76.

⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 80-83 et 95.

⁸⁴² Sur le concept de sympathie, à relier à celui d'intérêt, V. *Ibid.*, p. 121 et s.

⁸⁴³ *Ibid.*, p. 172-185.

Néanmoins, une tendance anthropologique optimiste existe bel et bien, influencé par les croyances religieuses de ces juristes ; tendance perceptible par exemple avec le concept d'autonomie de la volonté – dont l'influence ne fait que croître au fil du siècle – et la confiance accordée aux volontés privées, tant qu'elles en portent pas préjudices à l'ordre public ou social⁸⁴⁴. Toutefois, les problèmes sociaux à cette période s'intensifient. Ouvriers, apprentis et héritiers des sans-culottes liés au mouvement socialiste qui débute, sont à l'origine du mécontentement qui provoque le basculement vers la monarchie de Juillet. Cette masse populaire, est considérée comme « dangereuse » par le pouvoir public, car se réclamant l'application des promesses non tenues lors de la Révolution de 1789. D'autant que s'ajoute à cela une promiscuité prompte à faire éclater des épidémies, la prostitution, l'alcoolisme et de manière général, un paupérisme qui ne fait que croître⁸⁴⁵. Cela conduit les juristes à devoir se montrer plus intransigeant en réaction, afin de sauvegarder l'ordre en place. Or, en parallèle, dans ce contexte de lendemain de l'Empire, un conflit oppose l'aristocratie ultra avec les notables plus conservateurs que traditionalistes. Si ces derniers ont décidé dans un premier de s'allier à la monarchie, l'objectif est à terme cependant de s'en détacher.

⁸⁴⁴ Philippe Jestaz, *Autour du droit civil...*, *op. cit.*, p. 90.

⁸⁴⁵ Pierre Albertini, *La France au XIXe siècle...*, *op. cit.*, p. 43.

Seconde partie.

L'interprétation du nouvel ordre social contemporain par la doctrine du XIX^e siècle

*Le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination.
Jamais poète n'a interprété la nature, aussi librement qu'un
juriste la réalité*⁸⁴⁶.

Symbole de la modernité, le Code civil incarne les valeurs d'ordre et de liberté. Il participe, à ce titre, à la fabrication de l'esprit d'émancipation des peuples européens et de manière plus indirecte, à la formation de certains États-nations⁸⁴⁷. Il arrive, non sans subtilité, à combiner la traduction juridique de l'esprit politique « des trois attitudes politiques fondamentales » du XIX^e siècle : libéralisme, réactionnaire – où conservatisme bourgeois et traditionalisme royaliste s'opposent – et révolutionnaire⁸⁴⁸. Dès sa promulgation, l'Empire l'impose sur tous ses territoires, contribuant à la diffusion de son idéologie. En Belgique, Italie ou dans les territoires allemands, le Code civil provoque l'abolition du régime féodal⁸⁴⁹, avec parfois l'instauration du divorce. Le changement est souvent vécu brutalement – notamment dans les territoires allemands – d'autant plus que l'Empereur fait preuve d'une certaine fermeté autocratique ; malgré ses promesses et

⁸⁴⁶ Jean Giraudoux, *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, Paris, Ed Bernard Grasset, 1935, p. 121. Propos qui n'est pas sans rappeler ceux de Maurice Hauriou dans *Aux sources du droit, le pouvoir, l'ordre et la liberté* (1933), Paris, Centre de Philosophie politique et juridique, 1986, p. 71 : « en tant qu'art, le Droit et la jurisprudence sont des trouveurs de vérité sociale, des créateurs d'ordre social et de justice. [...] Leurs constructions exigent plus que de la technique, elles réclament de l'intuition artistique. [Ce] construit est une œuvre d'art – non pas une œuvre de technique ».

⁸⁴⁷ « Établi par les conquêtes françaises en Italie, sur toute la rive gauche du Rhin, en Hollande, dans la Prusse rhénane, il a presque partout survécu à nos revers. Dans plusieurs pays, le même Code a servi de guide et de modèle pour la préparation de nouvelles œuvres législatives ; enfin il est en quelque sorte dans toute l'Europe le symbole de l'émancipation des peuples », Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 7-8 V. sur l'influence du Code à propos de la construction des États-nations du XIX^e siècle, Michel Grimaldi, « L'exportation du code civil », *Pouvoirs*, n° 107, 2003/4, p. 80-86.

⁸⁴⁸ Pierre Manent, *Histoire intellectuelle du libéralisme*, Domont, Librairie Arthème Fayard/Pluriel, 2021, p. 201.

⁸⁴⁹ « De la politique extérieure aussi : de gré ou de force (mais l'imitation est-elle gré ou force ?), le Code des Français s'introduisit dans maint pays du continent, il y fut délibérément employé à renverser les régimes absolutistes, féodaux, confessionnels. Que cette expansion ait été largement éphémère, la déroute des armes entraînant le reflux des lois (en 1817, les étudiants allemands, à la Wartburg, brûlèrent le Code Napoléon [...]), il n'en est pas moins resté mieux qu'une histoire, une légende : la légende d'un Code Napoléon aussi conquérant que son maître », Jean Carbonnier, « Le Code civil... », *op. cit.*, p., p. 1047.

quelques efforts d'adaptation menés par ses vassaux, comme son frère Jérôme⁸⁵⁰. Le Code transmet principalement deux legs : d'abord sur la méthode, la codification, puis l'influence directe du modèle social et de la pensée juridique française⁸⁵¹.

Le Code devient une référence inévitable dans le monde juridique, que ce soit tant pour le louer que pour le critiquer⁸⁵². Car si le Code est loin de faire l'unanimité, il obtient rapidement l'approbation des interprètes doctrinaux français. D'abord originaires des Universités impériales qui marquent le retour des juristes que la Révolution avait voulu faire disparaître⁸⁵³, ces interprètes aident en effet à faire du droit l'un des piliers centraux de la société française du XIX^e siècle⁸⁵⁴. Toutefois, les crises politiques, de 1815, 1830 ou 1848, illustrent le début d'une lente mais profonde « bataille [sociale] menée [...] contre l'ordre juridique établi par la société bourgeoise »⁸⁵⁵. Se développe alors en parallèle du positivisme d'Auguste Comte, des critiques anticapitalistes issues des premières formes du socialisme, qui font face à l'application à la française du libéralisme par Guizot⁸⁵⁶.

⁸⁵⁰ Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 134-135.

⁸⁵¹ Michel Grimaldi, « L'exportation du code civil », *op. cit.*, p. 90.

⁸⁵² « Pour le monde des juristes, en France et dans nombre d'autres pays influencés par la tradition civiliste, le 21 mars 1804 est considéré comme la date la plus importante dans l'histoire du droit civil », Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 29.

⁸⁵³ V. Dans Alphonse de Beauchamps, *recueil des lois et règlements sur l'enseignement supérieur*, cité par Pierre Legendre, *L'administration...*, *op. cit.*, p. 100 : « la France possédait, avant 1793, un assez grand nombre d'Écoles de droit ; mais un long relâchement dans la discipline de ces écoles avait en fait des institutions inutiles, pour ne pas dire illusoire ou dangereuses. [...] Les études qui y étaient nulles, inexactes ou rares, les leçons négligées ou non suivies : on achetait des cahiers au lieu de les rédiger soi-même ; on était reçu après des épreuves si faciles qu'elles ne méritaient plus le nom d'examen [...]. Cet état des choses, ou plutôt ce désordre, qui existait avant l'époque de 1789, appelait depuis longtemps la censure et la réforme. [Il s'agissait] de recommencer avec la nouvelle ère des études de droit, améliorés soit dans les objets, soit dans les méthodes de l'enseignement. C'est au moment où la Nation française va jouir d'un Code que la sagesse et les lumières qui ont préparé par les travaux les plus infatigables, qu'il est surtout utile de lui offrir les moyens d'étudier ses lois. »

⁸⁵⁴ Entamée sous le Directoire et le Consulat, V. *Supra*, p. 108.

⁸⁵⁵ Nicole Berns-Lion, « Les juridictions du travail », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n° 920-921, 1981/15-16, p. 1.

⁸⁵⁶ « À l'intérieur de la position antilibérale et antirévolutionnaire, on rencontre le « positivisme », précisément, d'Auguste Comte, qui se distingue de "l'école rétrograde" et s'oppose à elle ; à l'intérieur de l'école socialiste ou révolutionnaire, des auteurs comme Proudhon ou plus tard Péguy cherchent un substitut à la définition simplement anticapitaliste du socialisme ; et, dans le cadre du libéralisme, Guizot est certainement l'auteur qui s'est efforcé de la façon la plus nette et la plus ample, de délivrer le libéralisme des habitudes oppositionnelles qui l'entraînaient et pour ainsi dire, l'envoûtaient. Le libéralisme avait vécu d'être opposant ; Guizot veut le rendre gouvernant », *ibid.*, p. 202.

L'ère du droit civil, démarrée sous le Directoire, s'est enracinée avec le Code. Si le droit a été mis en demeure d'organiser la vie civile, c'est principalement au Code que fut confié cette tâche, en occultant – en théorie – les clivages politiques. Les Écoles de droit sont devenues des « temples élevées en l'honneur des codes impériaux » dont la fonction est de former des praticiens appliquant strictement les dispositions des masses de granit de l'Empire. Par conséquent, c'est en privilégiant notables et bourgeois ou plus généralement, les grands propriétaires et les « bons pères de famille », que le Code et ses interprètes ont façonné la société contemporaine. Les juristes deviennent un soutien actif aux régimes et plus généralement, à l'ordre social, en les privilégiant dans leurs analyses ; phénomène que les recueils ne font que prouver⁸⁵⁷. Pour autant, sous le poids des bouleversements sociaux, politiques et scientifiques, le Code civil semble dépassé, voire inadapté tandis que le siècle passe⁸⁵⁸. L'endettement rural, qui n'a cessé de s'alourdir après l'Empire en raison des mauvaises récoltes, frappe d'autres secteurs, comme le textile. Le chômage s'installe alors et la misère ouvrière provoque des troubles sociaux, tandis que l'État lance de gros travaux bénéficiant surtout à la grande bourgeoisie d'affaires et ses compagnies⁸⁵⁹. Entre partisans de sa suppression, ceux de sa modification et, ceux qui malgré tout souhaitent sa conservation, la Constitution civile des français ne traverse alors ce siècle qu'à l'aide d'une doctrine qui, par ses interprétations, arrive à l'adapter, à défaut de lui faire garder l'exact et même prestige qu'en 1804. Sa conservation conduit au maintien de l'ordre social qu'il a autant institutionnalisé qu'entériné depuis 1804⁸⁶⁰, malgré les crises sociales croissantes. D'où le fait que la génération d'interprètes suivante, qui vit la fin de l'Empire, est amenée à appréhender nouvellement le Code et ce, dans le but de l'adapter à ces bouleversements sociaux (**Titre premier**). Avec la défaite du Second Empire débute un nouveau « moment » autant politique que juridique. Jugées responsables de l'archaïsme de la France face à une Allemagne forte et resplendissante autant

⁸⁵⁷ Les Écoles de droit ne sont rétablies que par la loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804) au travers de 12 écoles (Paris, Dijon, Grenoble, Aix, Toulouse, Poitiers, Rennes, Caen, Strasbourg, Bruxelles, Coblence et Turin). L'esprit révolutionnaire et républicain, bien que constitué de nombreux juristes, se montrait en effet critique à l'égard du monde juridique, surtout durant la Convention. La volonté politique est de rendre le droit simple et clair pour tous, rendant caduque l'existence de spécialistes. V. Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 100 ; Florent Garnier, *Introduction historique...*, *op. cit.*, p. 2 et 46 ; Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, « Quadrige », 2012, p. 41 et s. ; Pierre-Nicolas Barenot, *Entre théorie et pratique...*, *op. cit.*, p. 64.

⁸⁵⁸ « Le statut et la place du droit sont contestés : le droit est contesté comme formation des élites, comme savoir social et comme mode de régulation sociale [...]. D'une manière générale, pour répondre à la nouvelle donne politique et sociale, les facultés élargissent, souvent d'une manière plus contrainte que voulue, leur offre de formation », Frédéric Audren, *Le « moment » 1900...*, *op. cit.*, p. 67.

⁸⁵⁹ Marie-Hélène Baylae, *La peur du peuple...*, *op. cit.*, p. 26-27.

⁸⁶⁰ Nous entendons par là qu'il l'a juridiquement établi et fait en sorte d'assurer sa domination sur le plan social.

militairement que scientifiquement, les Universités françaises – et donc la doctrine de la troisième génération – voient sur elles peser le poids d’une culpabilité d’autant plus importante que le Code, vieillissant, ne paraît plus adapté face à l’industrialisation et au paupérisme qui en résulte. L’avènement de codes concurrents, plus adaptés aux changements sociaux, entretiennent ce sentiment d’échec. Pour autant, fort de qualités qui ne peuvent lui être reproché – unité du droit et garantie de l’égalité devant la loi principalement – le Code conserve malgré tout son statut. Lors de l’avènement du « moment 1900 », la doctrine reste ainsi majoritairement attachée au Code civil de 1804, tandis que la France de la III^e République conjugue l’entrée dans un système démocratique et la survie, voire le développement, de l’ordre social contemporain. Dans ce contexte, la doctrine cherche de nouveau à défendre cet ordre, quand bien même elle préconise parfois des changements dans son interprétation ou dans son discours⁸⁶¹. Différentes voies se distinguent, entre des juristes qui adoptent une rhétorique prenant en compte l’exigence d’une plus grande solidarité et ceux qui conservent une vision pleinement conservatrice et individualiste. Un fait néanmoins réunit cette troisième génération ; l’individu a besoin de la société et donc, il doit accepter de sacrifier une part de sa liberté ou même accepter l’ordre en place, pour son bien personnel (**Titre second**).

⁸⁶¹ Pierre Albertini, *La France au XIX^e siècle...*, *op. cit.*, p. 151.

Titre premier. L'adaptation du Code par la seconde génération d'interprètes face aux révolutions sociales et méthodologiques de la première moitié du XIX^e siècle

Durant l'ensemble du XIX^e, la France conserve l'une des plus grosses paysanneries d'Europe occidentale. S'y ajoute un *retard* industriel⁸⁶², d'autant plus marqué par le recul de l'influence nobiliaire au profit d'une nouvelle bourgeoisie campagnarde et par l'augmentation du nombre de petits propriétaires. Sur le plan économique, la France est donc loin d'un pays industrialisé au même titre que l'Angleterre. De plus, sur le plan politique, le pays connaît quelques houleuses crises sociales et politiques, expérimentant trois types de régimes politiques différents, dont certains à plusieurs reprises : empire, monarchie et république. Les changements de régimes s'associent souvent à des crises sociales, dues notamment à la progression dans les milieux intellectuels, comme plus populaires, de nouvelles idées dites « communistes »⁸⁶³.

Au lendemain du premier Empire, une fois que la première génération d'interprètes a réussi à acclimater le Code auprès de l'opinion publique et dans le monde du droit, c'est au tour de la « seconde génération »⁸⁶⁴ de prendre en charge ce travail. À ce titre, cette seconde génération opère un léger décalage dans son discours⁸⁶⁵. Elle accentue plus encore son rôle interprétatif, à des fins politiques qu'elle cache moins. Trop jeune pour avoir connu la Révolution de 1789, elle est plus influencée par l'Empire que par la Révolution elle-même et son opposition à l'Ancien Régime. Pour autant, la rivalité entre les légitimistes catholiques et bourgeois libéraux pose sur le plan social problème. Un compromis est trouvé pour un temps avec le régime de Juillet de

⁸⁶² France du XIX^e siècle a vu, dans l'absolu, son économie progresser. Sa croissance est cependant en deçà de celles des grandes puissances concurrentes de l'époque : États-Unis d'Amérique, Allemagne et Royaume-Uni pour principales.

⁸⁶³ Dans les années 1840, le mot « communiste » s'entend comme tous ceux qui veulent s'en prendre à l'ordre établi et en appellent « à une société plus juste » et se confond avec le socialisme. V. Marie-Hélène Baylae, *La peur du peuple...*, *op. cit.*, p. 33-35.

⁸⁶⁴ C'est-à-dire celle née avec ou après le Code et non sous l'Ancien Régime. Nous avons suivi là notamment, le découpage générationnel proposé par Philippe Jestaz, Christophe Jamin, qui distingue les interprètes nés et formés sous l'Ancien Régime et qui forment la première génération et ceux nés avec le Code, qui constituent alors la seconde. Selon eux, cette distinction « évoque un peu, mais de loin, la distinction entre les glossateurs (plus proches des textes) et les Bartolistes (plus imaginatifs) ». V. Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 74-76.

⁸⁶⁵ Le discours s'entend ici comme le commentaire, qui instaure une « variation » du sens premier du texte, à savoir ici le Code, mais qui assure néanmoins paradoxalement la pérennité de celui-ci en raison de sa « répétition décalée ». V. Michel Foucault, *L'ordre du discours...*, *op. cit.*, p. 30-31.

1830⁸⁶⁶, écartant de la sphère politique les prétentions révolutionnaires et prolétariennes, au profit des élites sociales françaises de l'époque, regroupant bourgeois et nobles. Le calcul semble, *a priori*, – qu'il soit conscient ou non – le plus évident ou du moins le plus stratégique : le régime est monarchique et les royalistes exercent de nouveau une influence directe sur la vie politique ou sociale dans cette France post empire, depuis le retour des émigrés. Aussi, ils représentent socialement encore *l'idéal* de vie aux yeux des bourgeois qui eux, détiennent la fortune et restent au sommet de la hiérarchie sociale sur le plan économique. Sur le plan juridique, ce compromis se traduit notamment dans la Charte par le choix de n'a pas toucher aux biens confisqués aux émigrés, tout en leur accordant le paiement d'une indemnité à ces derniers. Le choix de sauvegarder ces biens confisqués semble d'autant plus légitime au regard de l'importance accordée au droit considéré comme « le plus sacré »⁸⁶⁷. La doctrine se montre alors favorable à la promotion d'une paix sociale et d'un maintien de l'ordre social contemporain. Son discours est éminemment conservateur, même pour ceux soucieux de rénover la méthode juridique d'analyse du Code, alors influencés par l'École historique allemande (**chapitre premier**). Nourrissant l'impression de l'avènement « d'un monde nouveau, marquée par la Liberté, la Fraternité et la Justice », le

⁸⁶⁶ En 1827, les libéraux arrivent à obtenir le départ du Gouvernement de Villèle. La tentative du ministre de l'Intérieur Martignac, pour concilier la bourgeoisie avec les aspirations monarchistes et légitimistes échouent tandis que l'expédition punitive contre Alger n'arrive pas à calmer les esprits. À la suite d'un discours malavisé ? il fait face à la défiance des parlementaires au point de devoir dissoudre la chambre. Les élections qui suivirent donnèrent raison à l'opposition, désavouant le Gouvernement et par là même, la monarchie de Charles X. Le 25 juillet, 1830, en raison de rapports insistant sur la menace d'une révolution et du rôle que la presse y prenait, quatre ordonnances sont prises pour la censurer et suspendre le régime constitutionnel. Il mit ainsi fin aux lois votées en avril et mai 1819 qui avaient supprimé la censure et l'autorisation préalable. Par la suite, la riposte populaire est sans appel : trois journées tumultueuses, les « Trois Glorieuses » du 27, 28 et 29 juillet 1830, ou l'émeute parisienne força Charles X à l'abdication. Avec la pression exercée dans les rues, les Chambres décident de proclamer aussitôt après la vacation du trône, la nomination du duc d'Orléans comme nouveau roi des Français, à 219 votes contre 33, tandis que Guizot et le duc de Broglie modifie la Charte. Louis Philippe Ier, est alors dépeint comme un « Roi-citoyen », bourgeois parcimonieux, à la réputation de libéralisme et ayant combattu dans les armées révolutionnaires. V. Georges Duby, *Histoire...*, *op. cit.*, p. 374-375, sur la presse durant la Restauration et la monarchie de Juillet, Pierre Albertini, *La France au XIXe siècle...*, *op. cit.*, p. 43 et s.

⁸⁶⁷ Nous disons d'abord que, dans l'esprit du législateur, l'indemnité a été immobilière ; et, en effet, l'objet de la loi a été, évidemment, de remplacer dans la main des émigrés ou de ceux qui les représentaient au moment de leur décès, les immeubles qui avaient été confisqués et vendus par suite de cette confiscation. C'est la propriété foncière violée qu'on a voulu venger [...] la Charte s'y opposait ; de graves considérations politiques interdisaient tout recours sur le passé ; mais ont admis à la place des biens une indemnité qui était la représentation de leur valeur approximative ; cette indemnité a été donnée en rentes sur l'Etat [...] Dans l'exposé des motifs, M. de Martignac disait à la chambre des députés, "l'État vient offrir aux émigrés le dédommagement qui est en son pouvoir, parce que de tous les droits dont la société promet et doit la conservation, le droit de propriété est le plus sacré". Sur l'art. 7, le commissaire du Gouvernement développait cette pensée d'une manière plus positive encore », Désiré Dalloz, *jurisprudence générale...*, *op. cit.*, p. 73.

Printemps des Peuples fait ensuite même espérer une « République universelle qui associerait tous les pays libérés du joug monarchique »⁸⁶⁸. Le résultat n'est toutefois pas à la hauteur des espérances : l'élite sociale bourgeoise d'inspiration saint-simonienne et orléaniste arrive, au lendemain du Printemps des Peuples, à devenir son propre idéal. Elle profite de l'occasion pour s'appropriier pleinement le pouvoir, politique comme social et cela, grâce à l'aide de la paysannerie. En conséquence, le temps où la noblesse incarnait l'objectif, à termes, du notable, est révolu. La société contemporaine devient définitivement bourgeoise, dans son idéaltype ; phénomène qui sous le Second Empire, dont le régime est soutenu par la doctrine juridique, ne fait que s'accroître. En effet, les juristes continuent par leurs discours et interprétations à écarter – plus ou moins subtilement – les prétentions socialisantes de l'époque, se montrant foncièrement conservatrices ; plus encore même que la première génération d'interprètes (chapitre second).

⁸⁶⁸ Quentin Deluermoz, *Histoire mondiale de la France*, SEUIL, janvier 2017, p. 481.

Chapitre premier. La perpétuation du discours individualiste et conservateur avec la seconde génération

Dans la continuité des premières interprétations du Code, la seconde génération, qui débute après l'Empire et se termine aux alentours de la III^e République, conserve un discours foncièrement individualiste, même si elle accentue le caractère disciplinaire et coercitif que doit prendre la règle juridique. Ces juristes ont en effet le souhait de rendre la société plus docile encore envers le pouvoir politique, en raison des troubles sociaux de plus en plus nombreux, qui menacent l'ordre. Pour ces juristes, l'idéaltype prôné par le Code est le meilleur modèle qui soit. Il faut donc le protéger et s'assurer de sa pérennité ; parfois, en faisant évoluer le discours sur la forme, si nécessaire. Dans les conflits opposant partisans conservateurs, libéraux et proto-socialistes, la réunion des forces conservatrices et libérales permet dans un premier temps le maintien d'un *statut quo*. Si la doctrine juridique semble satisfaite de cette situation, dans sa globalité, ce compromis entre ultras et bourgeois prend fin avec l'éclatement de la monarchie de Juillet et de son gouvernement libéral. L'avènement du Printemps des Peuples de 1848 bouleverse l'échiquier politique en renversant le gouvernement de Guizot et de Louis-Philippe (**section première**). Parallèlement, une partie de la doctrine, influencée par la pensée allemande, bien que pratiquant aussi l'exégèse, se donne pour mission de former de « véritables » juristes, se consacrant plus volontiers à une dogmatique davantage abstraite. Son souhait est d'offrir un nouveau discours interprétatif⁸⁶⁹. Selon Julien Bonnecase (1878-1950), de 1804 à 1819, la « phase d'instauration » du Code voit ainsi tous les efforts tendres vers la définition du nouvel état de l'ordre juridique, tandis que la revue *La Thémis* « vient troubler soudainement et en quelque sorte d'une façon anormale l'accomplissement de cette œuvre ». La revue, inspirée par la pensée allemande, conduit à la formation d'un nouveau courant juridique : au côté des conservateurs consacrés entièrement à l'exégèse, il y *aurait* un courant plus « novateur » et « scientifique » selon Bonnecase⁸⁷⁰ ; bien qu'on puisse douter de ce second qualificatif. Or, dans les faits, les

⁸⁶⁹ Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 72.

⁸⁷⁰ « [De 1804 à 1819] tous les efforts tendent à définir l'état de choses nouveau, à préciser aussi bien les termes que la portée du Code civil, à essayer de déterminer au juste la transformation qu'il a réalisée, le nouvel ordre de choses qu'il a instauré. *La Thémis* vient troubler soudainement et en quelque sorte d'une façon anormale l'accomplissement de cette œuvre. Elle trouve que la tâche que se sont assigné les juristes traîne en longueur, qu'ils travaillent sur place et qu'il s'agit de nouveau d'aller de l'avant et de rattraper le temps perdu. Mais *La Thémis* n'est pas suivie par tout le monde, loin de là ; le plus grand nombre continue la tâche entreprise de 1804 à 1819, d'après les mêmes méthodes, en vue du même but. C'est ainsi que, depuis 1819, il existe deux courants dans le monde juridique : le

contributeurs de *La Thémis* se montrent moins réformateurs que le veut bien le dire Bonnecase. Leurs conclusions idéologiques démontrent en effet, qu'il s'agit là que d'une stratégie afin de faire perdurer le Code, son ordre social et son individualisme juridique (**section seconde**).

courant novateur et avancé de la Thémis et le courant conservateur en quelque sorte, dont le trait dominant est d'être entièrement consacré à l'interprétation exégétique des divers Codes », Julien Bonnecase, *La Thémis...*, *op. cit.*, p. 23-24.

Section première. La seconde génération : une doctrine conservatrice face aux bouleversements sociaux du XIX^e siècle

Au lendemain de la chute de l'Empire, la doctrine juridique civiliste, ne privilégiant pas les prétentions populaires, cherche dans un premier temps le soutien des royalistes. En effet, depuis le Congrès de Vienne de 1814, s'est formée la « Sainte Alliance », regroupant l'Angleterre, la Prusse, l'Autriche et la Russie. Coordonnée par le ministre des affaires étrangères de l'empire d'Autriche Metternich, elle dirige désormais les affaires européennes à la place de l'Empereur français. Or, la volonté des vainqueurs coalisés est de favoriser le retour de la monarchie en France. À cette volonté des puissances étrangères, s'ajoutent bientôt l'assassinat du duc de Berry en 1820, dont l'émoi favorise le retour en force des ultras et du traditionalisme monarchique⁸⁷¹. L'État est ainsi de nouveau gouverné, ou du moins grandement influencé par ces « ultras », qui espèrent rétablir l'Ancien Régime⁸⁷². Toutefois, aux yeux de Guizot, chef du gouvernement sous la monarchie de Juillet, ces derniers ne sont cependant guère dangereux. En vérité, plutôt « très irritants », ils cherchent à renforcer leur pouvoir dans une société qui ne veut pas d'eux et, à l'aide de moyens que le Président du Conseil juge inadaptés⁸⁷³. Selon Guizot, le souci est avant tout d'enseigner la « liberté légale », chose que l'Empire a été incapable de faire en raison d'un excès d'autoritarisme, ayant porté préjudice à l'instruction et à toute liberté en général⁸⁷⁴.

La doctrine juridique perçoit les choses de la même façon que le chef du gouvernement. En effet, la doctrine parisienne reste attachée au nouveau pouvoir en place et adopte pleinement ce compromis de liberté légale, qui se traduit par un individualisme teinté d'un respect de l'autorité ou de l'ordre en place. Ce compris semble suivre l'idéologie première du Code, malgré

⁸⁷¹ V. par exemple à ce propos, Maurice Hauriou, *Aux sources du droit...*, *op. cit.*, p. 45 : « Ces mêmes idées de justice, dites "Idées révolutionnaires", ont été proménées dans l'Europe centrale par les armées de la République et de l'Empire et partout ont ébranlé l'ordre social féodal et aristocratique, si bien que, malgré l'effort de réaction de la Sainte Alliance, elles ont fini par triompher, ici puis là, après 1830, après 1848, après 1860. »

⁸⁷² « Fautes de pouvoir abroger le Code, dont la Charte avait garanti le maintien, [les ultras] l'amputèrent du divorce, au nom de cette même Charte qui avait fait de l'Église catholique l'Église d'État ; mais ils échouèrent à faire rétablir contre lui un soupçon de droit d'aînesse. C'est sur ce terrain de l'héritage, de la loi de partage égal, que le Code de 1804 garda, au long du XIX^e siècle, ses ennemis les plus tenaces : Balzac par ses romans, Le Play par ses enquêtes sociologiques, accréditèrent, auprès d'une fraction notable de l'opinion, l'idée qu'il y avait dans le Code civil un individualisme destructeur de tous les ciments familiaux », Jean Carbonnier, « Le Code civil... », *op. cit.*, p. 1048.

⁸⁷³ Pierre Manent, *Histoire intellectuelle...*, *op. cit.*, p. 202.

⁸⁷⁴ Tristan Pouthier, *Au fondement des droits...*, *op. cit.*, p. 220.

quelques changements dans le discours (I.). De même, le remplacement des professeurs exerçant sous l'Empire, comme Touiller ou Proudhon, n'empêche pas l'émergence de figures idéaltypiques au sein de la doctrine provinciale. Celui qu'on nomme le « Prince de l'Exégèse » en est le parfait exemple (II.).

§1- La doctrine parisienne comme soutien du pouvoir en place et de l'ordre social contemporain

Du côté des privatistes, Alexandre Duranton (1783-1866) est le chef de file des professeurs parisiens de cette seconde génération. Il est notamment l'un des représentants de cette partie de la doctrine, soucieuse de faire de Portalis le *parent* du Code⁸⁷⁵. L'objectif est de le faire accepter par l'élite nobiliaire ultra, qui le voit d'un mauvais œil, étant une œuvre « révolutionnaire »⁸⁷⁶. Son *Cours* vise à compléter Pothier, en tenant compte des innovations apportées par le Code civil. Son œuvre est la première à mener à son terme un commentaire complet du Code, avec comme objectif de présenter clairement et de façon pédagogique, le droit civil dans son ensemble⁸⁷⁷. S'il prend l'apparence d'un juriste plutôt modéré, qui se veut apolitique⁸⁷⁸, le professeur parisien incarne ici l'archétype du professeur français : il se borne principalement à former des générations de futurs gens de robe ou des praticiens afin de surtout défendre l'ordre social en place. En ce sens, la doctrine semble faire preuve du même état d'esprit que Guizot : accepter l'influence des royalistes, tout en ayant l'intime conviction que cela n'empêche aucunement, *in concreto*, le maintien de la société contemporaine et de ses acquis révolutionnaires. La doctrine juridique reste ainsi très prudente sur les questions théoriques⁸⁷⁹, son souhait étant de rester loin de toute considération politique contestatrice, dans un contexte universitaire pourtant parfois difficile⁸⁸⁰.

⁸⁷⁵ V. *Supra*, p. 49.

⁸⁷⁶ Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 91.

⁸⁷⁷ Jean-Louis Halpérin, *Dictionnaire historique des juristes français...*, *op. cit.*, v° Duranton, p. 387-388 ; Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 1... », *op. cit.*, p. 54 ; Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 77.

⁸⁷⁸ « Il s'efforça, sur chaque question d'interprétation, de trouver des solutions modérées facilement compréhensibles pour les étudiants », Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 1... », *op. cit.*, p. 54.

⁸⁷⁹ V. par exemple : « que l'homme soit né pour vivre isolé, n'ayant à suivre d'autres lois que sa volonté, ou qu'il soit appelé par la nature à vivre en société avec ses semblables, c'est une question purement spéculative », Alexandre Duranton, *Cours de droit français...*, *op. cit.*, p. 1.

⁸⁸⁰ Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 77 et p. 97-98. V. par exemple, les événements du 22 au 29 juin 1819 ou une vive agitation libérale frappe l'école de droit de Paris. Cela commence à l'occasion d'un cours de Nicolas Bavoux très diversement appréciés sur la mort civile des émigrés et sur la confiscation de leurs biens. S'il semble obtenir le soutien des étudiants ayant droit à des applaudissements plusieurs jours durant, Delvincourt suspend son cours et saisit ses papiers, avant de le poursuivre devant la Cour d'Assises, pour avoir « excité les citoyens à désobéir aux lois ». V. Catherine Lecomte, *Dictionnaire historique...*, *op. cit.*, v° Duranton, p. 54-55 ; Jérôme Ferrand, « Tout change parce que rien ne change. Introduire au droit du XIXe siècle à nos jours », *Des traités aux manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire*, Paris, LGDJ Lextenso, 2014, p. 111-131. Guizot considère alors l'institution universitaire comme l'institution au plus « heureux résultat » parmi l'ensemble des œuvres de l'Empereur, étant donné qu'il est du rôle de l'État selon lui de s'occuper l'instruction publique et d'offrir l'éducation : il faut que « le gouvernement intervienne, qu'il ouvre ses propres écoles, qu'il y fasse donner

Pour Duranton, à l'état de nature – état qu'il se refuse sciemment pour autant de préciser véritablement – les êtres humains ont suffisamment de bon sens pour mener une vie heureuse, avec seulement quelques règles de base, dont le droit de propriété. Celui-ci est une des règles « simples », nécessaires à « l'organisation de chaque peuple »⁸⁸¹. Plus ou moins consciemment, Duranton fait là de l'organisation sociale contemporaine, le cheminement le plus abouti de la vie en société, dont les valeurs trouvent leurs sources depuis des temps immémoriaux. Son vocabulaire sur l'état de nature, qu'il qualifie de « berceau du monde », n'est pas sans rappeler le langage hobbesien, pour les très rares fois où il s'exprime sur le sujet⁸⁸². À l'instar de Proudhon, il accorde aussi une grande importance au concept de solidarité, ce qui semble être une manière d'assurer la cohésion sociale en *forçant* par l'idée de nécessité, la docilité. En effet, l'objet du droit est d'assurer que « tous les Français [soient] égaux devant la loi », mais pour cela, les règles doivent être uniformes et permanentes, en imposant à l'individu des devoirs. La place particulière qu'il accorde à ces devoirs, conduit chaque individu à être « soumis à l'empire » de l'ordre social⁸⁸³. La société doit déterminer des obligations, même si celles-ci limitent les libertés individuelles⁸⁸⁴. L'ordre social est ainsi placé sous l'autorité de « chefs », individus dont l'autorité assure le respect du droit⁸⁸⁵. Il paraît donc logique qu'il approuve pleinement la puissance paternelle du Code

l'éducation dans des doctrines conformes aux besoins de la société », Pierre Legendre, *L'administration...*, *op. cit.*, p. 103.

⁸⁸¹ Alexandre Duranton, *Cours de droit français...*, *op. cit.*, p. 2.

⁸⁸² « Dès le berceau du monde, l'envie et la violence ont exercé leur cruel empire : le plus faible est devenu la victime du plus fort. Toutefois elles lui ont insensiblement appris que n'ayant d'autre appui que lui-même, d'autre force que sa force individuelle, il était de son intérêt de recourir à des alliances qui, formées de la réunion de forces isolées comme la sienne et assujetties aux mêmes maux, pourraient lui fournir les moyens de résister à l'oppression. Il a senti qu'il devait préférer au bonheur que lui promettait une indépendance absolue et si chèrement achetée, un état propre à le protéger contre les contre-attaques de ceux qui voudraient le dépouiller du fruit de ses travaux et il a mieux aimé sacrifier une partie des droits qu'il tenait de la nature, pour jouir des autres avec plus de sécurité », Alexandre Duranton, *Cours de droit français...*, *op. cit.*, p. 2-3.

⁸⁸³ V. notamment, *ibid.*, p. 22 : « [La Loi] est une règle uniforme et permanente. [...] Son but étant de modifier ou d'étendre les facultés de l'homme en lui imposant des devoirs ou lui attribuant des droits, il importe à l'ordre social que nul ne puisse se soustraire à son empire. »

⁸⁸⁴ « Si la loi civile attribue des droits aux citoyens, elle leur impose aussi des devoirs. L'état de société est un contrat dans lequel chacun met en commun une partie de sa propriété, de son industrie et même de sa liberté, pour s'assurer la jouissance paisible du surplus. Chacun des membres qui composent l'association doit donc observer les lois qui en forment le lien et en assurent la durée. S'il les viole, s'il ne respecte pas les droits de ses co-associés, s'il porte atteinte à leur sûreté, à leur propriété, il rompt le contrat [et] se met pour ainsi dire de lui-même hors de l'association », *ibid.*, p. 134.

⁸⁸⁵ « En se réunissant en corps de nation, les hommes se sont créé des chefs, dont la mission était de faire respecter les droits de tous », Alexandre Duranton, *Cours de droit français...*, *op. cit.*, p. 17.

civil. Loin du « despotisme intolérable » présent en droit romain⁸⁸⁶, elle est, selon lui, uniquement tournée en faveur de « l'intérêt des enfants » et dans le « moyen salubre de réprimer leurs mauvais penchants »⁸⁸⁷. L'avis de Duranton sur la puissance paternelle est d'ailleurs celui communément admis durant le siècle dans la doctrine, notamment dans le domaine de la littérature⁸⁸⁸. Cela ne l'empêche pas toutefois d'adopter des dispositions favorables à un adoucissement à certaines dispositions du Code, concernant les enfants naturels ou encore les femmes par exemple⁸⁸⁹. Pour Antoine-Marie Demante (1789-1856), tandis que le « droit public de chaque peuple [a] pour objet de faire régner l'ordre sur son territoire », c'est au père de famille d'assurer cet ordre sur le plan privé. La puissance paternelle, qui est établie par le droit naturel, est « l'un des moyens les plus efficaces pour le maintien du bon ordre chez les hommes réunis en société ». C'est pourquoi « la puissance maritale, la puissance paternelle, la tutelle légitime, sont des droits établis dans l'intérêt public, auxquels il n'est pas permis de renoncer »⁸⁹⁰.

*Ce Code, le premier et le plus considérable de tous, a été regardé comme le Code par excellence. Et, en effet, il embrasse des sujets d'une importance fondamentale et permanente, tels que les rapports de famille, la propriété, les successions, les contrats et les obligations de toute nature etc.*⁸⁹¹

Selon Auguste Valette (1805-1878), la science du droit, « science des règles données à l'homme pour se diriger dans ses rapports avec ses semblables », fixe le juste et l'injuste. Les deux concepts se définissent selon l'objet du droit, qui est de fixer les « devoirs extérieurs de l'homme » ; la formule semble plus sévère encore que celle des premiers interprètes. Il distingue

⁸⁸⁶ Sur les valeurs de la sapientia du « bon » père et sur le caractère patriarcal et autoritaire exercés sur ses fils et son épouse, tempérée par des raisons économiques. V. Aldo Schiavone, *Ius...*, *op. cit.*, p. 318-319 et 382-383.

⁸⁸⁷ Cité par Jean-Louis Halpérin, *Dictionnaire historique...*, *op. cit.*, v° Duranton.

⁸⁸⁸ V. l'exemple des deux frères écrivains naturalistes Goncourt. Edmond Goncourt, Jules Goncourt, « La Révolution dans les mœurs »..., *op. cit.*, p. 159 : « Dans les sociétés antiques, le père est dictateur : il possède absolument ses enfants ; il en dispose absolument. Dans les sociétés modernes, le père, successivement dépouillé de ses droits de barbarie et de tyrannie, le père n'est plus que roi, mais il est encore roi. Ainsi, [au XVIII^e siècle], l'autorité paternelle, gouvernant l'enfant jusqu'à la majorité, régnait encore sur l'homme. Âge, mariage, éloignement, rien ne relevait le fils de famille, affranchi plutôt que libre, de cette surveillance bienveillante, de cet appui conseiller, de cette tutelle amicale [...]. Dans la société actuelle, le père n'est plus qu'un monarque constitutionnel, lié sur son trône, salué par politesse, obéi par habitude, – dieu sans foudre, qu'on tolère à la place d'honneur ! »

⁸⁸⁹ V. Pierre-Nicolas Barenot, *Entre théorie et pratique...*, *op. cit.*, p. 223.

⁸⁹⁰ *Ibid.*, p. 3, 9 et 135.

⁸⁹¹ Auguste Valette, *Explication sommaire...*, *op. cit.*, p. 1.

alors le droit et la morale, en définissant cette dernière comme devant embrasser « en outre ses devoirs intérieurs (*honeste vivere*), par exemple, le devoir de la tempérance »⁸⁹² ; tempérance qui fait référence à une influence stoïcienne qui force à la docilité. En d'autres termes, les devoirs qui pèsent sur l'individu, déterminent les frontières de leurs libertés. Si l'idée était déjà présente, au moins était plus clairement écrite. De même que pour les contemporains du Code, l'obéissance et le respect à l'ordre, par l'intermédiaire du père de famille, dictent la règle de conduite en société. Sur l'individu idéaltype, peu de doute sur le critère le plus commun que l'on retrouve : il s'agit un homme tempéré et conciliant sur le plan politique, qui agit avec autorité à l'égard de sa famille – le devoir familial est d'ailleurs une composante importante, le célibataire est toujours largement délaissé dans le discours doctrinal – afin d'assurer l'ordre, autant interne, qu'externe.

*Comme Guizot et Cousin avant eux, les juristes Hepp, Laferrière, Foucart ou Rossi sont convaincus que la plupart des jeunes Français ne comprennent pas la nature du régime dans lequel ils vivent, ce qui expliquerait l'interminable fermentation révolutionnaire. Les diverses innovations qui sont introduites dans l'enseignement du droit au cœur de la première décennie de la monarchie de Juillet se situent alors au point de convergence d'une préoccupation scientifique et d'une préoccupation politique*⁸⁹³.

Pellegrino Rossi (1787-1848), suit lui aussi le projet du Président du Conseil en souhaitant professer cette « liberté légale », avec l'enseignement du droit constitutionnel. S'il s'agit d'une instruction politique qui se veut libérale en théorie, l'objectif est d'expliquer à la « masse sociale » l'obligation de respecter l'ordre en place, pour que la liberté puisse pleinement s'appliquer, à l'échelle individuelle. Il n'est cependant question que d'une théorisation politique de l'individualisme que l'on retrouve chez les juristes privatistes ; l'individu est soumis à l'ordre

⁸⁹² Auguste Valette, *Cours de Code...*, *op. cit.*, p. 1-2 ; Cette expression de « devoir extérieur », qui se retrouve par ailleurs chez d'autres membres de la doctrine, révèle indirectement ce que Valette attribue la tempérance comme trait de caractère de l'individu idéaltype. En effet, Valette considère que l'individu idéal doit faire preuve de sobriété, tandis que le monde social est fait d'un constant *rapport de force*, où les individus sont perpétuellement en rivalité entre eux. Ainsi, ce n'est pas une relation d'entraide bienveillante mais plutôt une lutte de puissance qui régit les individus entre eux. Ici, le langage hobbien et libéral se retrouvent mêlés, servant de justification au progrès de la civilisation et à la complexification des rapports sociaux, le droit positif lui-même étant destiné à se complexifier afin de régir cet individualisme. V. *Ibid.*, p. 4. À propos de l'idéal de tempérance chez les autres membres de la doctrine, V. Antoine Marie Demante, *Traité des personnes...*, *op. cit.*, p. 7 ou encore, Henri Capitant, *Introduction...*, *op. cit.*, p. 25.

⁸⁹³ Tristan Pouthier, *Au fondement des droits...*, *op. cit.*, p. 219.

public, il doit donc le respecter et se retrouve à devoir vouloir conserver l'ordre en place, pour son bien personnel, individuel d'abord, entendu comme le libre exercice de sa volonté. Ainsi, l'éclectisme de la doctrine favorise la diffusion dans la jeunesse française de cet individualisme à tendance moraliste ; d'une morale spiritualiste⁸⁹⁴. Pour ce faire, les publicistes vont s'appuyer sur un discours à teneur historique, inspiré notamment des thèses allemandes. Cet historicisme d'ailleurs, s'appuie sur la philosophie stoïcienne et sur le droit romain, qu'il présente comme l'idéal moral. De même, l'interprétation par ces publicistes orléanistes de ces références historiques, permettent de placer une fois encore le christianisme comme étant à l'origine des théories des droits individuels tout en faisant d'elles des théories modératrices ou morales : « d'une part, il n'y aurait pas de droits de l'homme sans la religion chrétienne ; d'autre part, cette religion doit demeurer l'inspiratrice de la vie sociale moderne, en ce qu'elle seule est censée pouvoir féconder les principes de liberté et d'égalité qui ont été juridiquement consacrés par la Révolution. On peut déceler par exemple ces idées dans les enseignements de Pellegrino Rossi, Firmin Laferrière [etc] »⁸⁹⁵.

*Le projet théorique de la doctrine publiciste est une nouvelle articulation des deux termes fondamentaux de la pensée libérale : l'ordre social, défini comme le lieu de l'épanouissement de la liberté des membres de la société [...] et l'organisation politique, réduite au rang de simple moyen pour la garantie des libertés*⁸⁹⁶.

Bien qu'usant avec parcimonie de la notion d'État, la branche dominante des publicistes de la monarchie constitutionnelle parachève la conception spiritualiste du régime constitutionnel, en déterminant la fonction du pouvoir public autour de la mission civilisatrice de « garantie des droits individuels ». L'État a pour rôle d'aider à la libre expression des facultés

⁸⁹⁴ « La doctrine éclectique ou spiritualiste du régime constitutionnel domine sans partage chez les juristes publicistes de la monarchie de Juillet [...] La tâche du siècle étant en effet « d'organiser la liberté », selon une expression répandue à l'époque, la doctrine spiritualiste est conçue comme le moyen d'assurer une structuration progressive de la société libérale : en fondant synthétiquement le droit et le devoir dans la nature morale de l'homme, elle tempère par essence l'exercice des jeunes libertés publiques. On comprend ainsi le rôle central joué par la philosophie du droit dans la première doctrine publiciste – un rôle qui est sans équivalent chez les civilistes de l'époque », Tristan Pouthier, *Au fondement des droits...*, op. cit., p. 241.

⁸⁹⁵ V. *Ibid.*, p. 253. Nous reviendrons dans quelques pages sur l'École historique allemande et son influence en France ; et plus particulièrement sur son influence dans le discours de la doctrine publiciste. V. *Infra*, p. 236-276.

⁸⁹⁶ *Ibid.*, p. 242.

humaines⁸⁹⁷. Si l'individu n'est donc pas perçu de manière négative, il doit toujours être éduqué ; c'est une constante avec le discours de la première génération.

Parallèlement, le concept « d'ordre public » sert tout particulièrement à cette seconde génération de contrepoids indispensable à l'individualisme et au libéralisme et donc, à la « puissance des volontés particulières ». C'est un concept dont le contenu varie selon les besoins des auteurs : d'abord s'affaiblissant en droit de la famille – le père de famille est censé assurer l'ordre lui-même –, il se renforce en droit des contrats, offrant à l'article 6 une place de choix comme limite au libéralisme. Sans être de fervents libéraux, la majorité des jurisconsultes du XIX^e siècle se montrent néanmoins être les meilleurs défenseurs de la liberté individuelle, que leurs parents. Pour preuve le développement de l'autonomie de la volonté ou encore, du consensualisme. Comme il s'agit de concepts qui, à l'instar de ceux de « bonnes mœurs » ou « d'équité », demeurent assez flous, pouvant même être qualifiés « d'idées flottantes », cela permet à la doctrine d'adapter ses conclusions. Cette *souplesse* interprétative trouve sa justification dans la sécurité qu'offre l'obligation de respecter un ordre social public définitif, dans la sauvegarde de la liberté individuelle. À l'instar du concept de bonnes mœurs ou de l'ordre public, celui de la liberté individuelle – et avec d'autonomie de la volonté – permet de retranscrire dans des termes juridiques des contraintes ou capacités morales. Nées d'un conformisme ambiant, plus ou moins directement ou volontairement, ces terminologies flottantes illustrent cependant la pensée juridique de l'époque. La nouvelle morale sociale bourgeoise influence indirectement, la science juridique. Le droit doit être interprété comme une composante inséparable de l'ordre politique et social, voire comme médiateur entre l'individu et la société. Cette contradiction entre libéralisme économique et souci d'un ordre social conservateur et disciplinaire illustre parfaitement le régime des notables sous Guizot qui fait face au balbutiement du paupérisme qui se développe de manière importante, une fois la France pleinement entrée dans l'Industrialisation

⁸⁹⁷ Tristan Pouthier, *Au fondement des droits...*, *op. cit.*, p. 271 et s. ; V. notamment, *ibid.*, p. 276 : « Ainsi donc, la liberté individuelle, le droit de propriété pris de manière générale, la liberté de la presse, la liberté de conscience, la liberté de culte ne peuvent s'épanouir réellement que dans une société fortement constituée en État. On peut mettre à part un autre droit qui est compté par la Charte au nombre des droits publics, mais qui leur sert plutôt de base ou de principe régulateur, comme à toute l'organisation sociale française sous le régime de la Charte : il s'agit de l'égalité civile. Le régime de la Charte a donc, d'une part, réalisé l'idéal rationnel de l'ordre social compris comme forme fondamentale de l'État, en plaçant l'égalité civile à la base de l'organisation sociale positive de la France et il a, d'autre part, consacré la nature morale et progressive de l'homme en garantissant juridiquement le libre développement de ces facultés qui ne peuvent s'épanouir que dans l'état de société ».

dans la seconde moitié du siècle⁸⁹⁸.

En effet, chômeurs, vagabonds, indigents et cholériques ne sont guère au centre des préoccupations juridiques comme politiques, en dehors du fait d'être vus comme un *mal social*. Ils inquiètent la société bourgeoise et menacent ses budgets. Pour le pouvoir politique, ces maux ne viennent que d'un manque d'instruction, d'éducation et de moralité ou civisme. La distanciation sociale atteint son paroxysme en 1840, période où le régime des notables est à son apogée, avant que n'éclate le Printemps des Peuples. À cette période, la morale bourgeoise paraît de plus en plus distante des préoccupations sociales. Avec la diminution des salaires et l'augmentation des prix, des quartiers marginaux où se côtoient misère et délinquance apparaissent, en même temps que la terminologie de « classes dangereuses ». Par opposition, dans le domaine littéraire, se perçoit l'intérêt croissant de certains intellectuels pour cette question sociale. Aux côtés des écrits de Pierre-Joseph Proudhon (1809-1865) et Friedrich Engels (1820-1895), paraissent de nouveaux journaux comme *L'Atelier*, fondés par des ouvriers. Ils popularisent la pensée socialiste, qui représente très vite l'idéologie opposée à celle défendue par les détenteurs de l'ordre social contemporain. Les juristes sont au départ myopes face à une *réalité sociale*, qui creuse l'écart entre les notables et le reste de la population. La seconde génération d'exégètes est alors à l'image de la monarchie constitutionnelle : elle n'arrive pas à trouver un consensus⁸⁹⁹.

Le phénomène n'est pas uniquement national, devenant rapidement européen. Le Code civil a en effet semé ses graines et celles de la Révolution française en Europe avec l'aide des troupes napoléoniennes. Il a insufflé alors aux populations européennes l'espoir d'obtenir plus de libertés individuelles et à mettre fin à la société d'Ancien Régime. En moins de six mois, dès juin 1848, la monarchie des Habsbourg, pilier du conservatisme européen à la suite du Congrès de Vienne de 1815, constate dans toute l'Europe la propagation d'une vague libérale d'aspiration nationaliste, qu'elle a pourtant dès le départ de Napoléon, essayé d'endiguer⁹⁰⁰.

⁸⁹⁸ V. à ce propos : Philippe Jestaz, *Autour du droit civil...*, *op. cit.*, p. 90-92 ; André-Jean Arnaud, *Essai d'Analyse...*, *op. cit.*, p. 48-49 ; René Robaye, *Une histoire du droit...*, *op. cit.*, p. 59 ; François Terré, « L'ordre public entre deux siècles », *op. cit.*, p. 190 ; Dimitri Houtchieff, « Pour un retour aux bonnes mœurs... », *op. cit.*, p. 759.

⁸⁹⁹ Marie-Hélène Baylae, *La peur du peuple...*, *op. cit.*, p. 28-35.

⁹⁰⁰ Georges Duby, *Histoire...*, *op. cit.*, p. 358-390.

Dans les premières décennies du XIX^e siècle, l'interprétation du Code est donc fruit du discours d'une doctrine qui cherche autant à se légitimer qu'à faire perdurer l'Esprit du Code⁹⁰¹. Elle suit néanmoins l'idéologie des rédacteurs. Dans « l'étrange ronde critique » qu'imposent les trois attitudes politiques « fondamentales » du XIX^e siècle – soit le libéralisme, le conservatisme réactionnaire et, le radicalisme révolutionnaire à tendance socialiste – la doctrine, qu'elle soit des premières générations d'exégètes classiques, ou encore issue de l'École historique, choisit de manière quasi-unanime de défendre la branche conservatrice. La pensée juridique française, par ce choix d'un droit individualiste limité par une dominante coercitive et disciplinaire, s'éloigne d'un droit libéral d'inspiration anglosaxon. Le phénomène d'autant plus exacerbé en raison des craintes des notables à l'égard des masses laborieuses considérées comme « dangereuses ». Il s'agit d'un choix qui correspond à la vie politique française qui, sous le gouvernement Guizot, applique un libéralisme qui se distingue néanmoins des théories libérales anglosaxonnes. En effet, si Guizot défend l'enrichissement des élites sociales notamment promues par le Code, cherche un compromis entre libéralisme économique et un certain conservatisme sur le plan socio-politique. Affrontant – à leur manière – la question de l'interprétation juridique, du commentaire et de l'application de Loi, les membres de la doctrine juridique française n'appréhendent donc certes pas forcément le Code civil de manière identique, mais l'individualisme fixe la morale de la société contemporaine. L'individualisme est néanmoins limité par une certaine forme d'autoritarisme à tendance réactionnaire souvent conservatrice, ce qui coïncide avec les volontés du pouvoir politique. L'attitude des juristes n'est d'ailleurs pas sans déplaire au porte-parole de la droite légitime Balzac⁹⁰². Les légitimistes ne font d'ailleurs que perdre du terrain sur la scène politique face aux orléanistes, qui cherche à consolider par une politique que Guizot appelle « juste milieu », « l'ordre intérieur ». Ainsi, l'archétype individuel idéal reste le même que celui de 1804 : le propriétaire, d'un caractère tempéré – en apparence du moins – se doit être docile à l'égard du pouvoir et gérer ses biens, comme sa famille, sans causer le moindre trouble à l'ordre public. L'ordre apparaît comme un allié fidèle de l'élite sociale française, à l'instar de celui de

⁹⁰¹ V. sur cette question : Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*

⁹⁰² En 1834-1840, Balzac dénonce dans ses écrits « l'argent-roi » et « l'absence de force morale pour s'opposer au mouvement antisocial de l'intérêt ». Dans son œuvre de 1844, *Les paysans*, il critique ouvertement cette société où entre en conflit les petits paysans et grands propriétaires, ces derniers étant gagnés par une modernisation des techniques agricoles opposée aux pratiques communautaires et renforçant l'individualisme bourgeois, même à la campagne. Il considère, à l'instar de Victor Hugo, que la question prolétarienne est « celle qui fera l'explosion la plus terrible dans la société actuelle si les gouvernements se refusent à la sonder et à la résoudre ». V. Marie-Hélène Baylae, *La peur du peuple...*, *op. cit.*, p. 24-25 et 36-37.

« bonnes mœurs » d'ailleurs, coïncidant avec leurs aspirations. Il permet, en raison de ses contours flous, de sauvegarder la liberté, notamment contractuelle, en sauvegardant la société telle qu'elle est, dans un souci d'éviter toute nouvelle révolution radicale ou légitimiste. L'ordre public familial devient, de fait, la « manifestation par excellence de l'ordre public »⁹⁰³. Voilà pourquoi l'archétype individuel qui intéresse le plus, pour ne pas dire quasi exclusivement, la doctrine, ne représente qu'un groupe minoritaire parmi la population⁹⁰⁴.

En somme, l'idée est de présenter l'ordre social comme étant nécessaire moralement à la survie des droits individuels. Il est donc du devoir des individus que d'obéir à l'ordre social. La doctrine dominante, qu'elle soit privatiste ou publiciste, cherche à concilier le respect de l'ordre politique et social, avec le souci de sauvegarder les principes relatifs à la liberté individuelle ; c'est-à-dire les droits individuels. Ici, le concept de devoir est plus important encore qu'auparavant, offrant un pendant à ces droits individuels *nécessaires* à leurs développements et bien-être. Or, aux yeux de la doctrine, c'est le rôle de la religion chrétienne de justement déterminer cette obligation morale de devoir qui pèse sur les individus. En effet, il s'agit de lutter contre l'excès d'individualisme entendu comme l'égoïsme, qui peut être à l'origine de chaos que l'histoire a déjà vécu. Ainsi, le respect de ces devoirs offre à l'individu la survie de ses droits⁹⁰⁵.

⁹⁰³ François Terré, « L'ordre public entre deux siècles », *Archives de philosophie du droit*, Tome 58, 2015/1, p. 190.

⁹⁰⁴ « Bien plus, le suffrage censitaire pratiqué de 1814 à 1848 réserve les droits politiques aux propriétaires les plus fortunés. Les fréquentes mentions, dans les actes de la vie civile, du titre de propriétaire montrent tout le prix attaché à cette qualité dans la France des notables d'avant 1880. Même l'avènement du suffrage universel en 1848 ne remet pas fondamentalement en cause le règne des propriétaires. La Constitution de 1848 ne fait-elle pas de la propriété une des bases de la République aux côtés de la famille, du travail et de l'ordre public ? », Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 3... », *op. cit.*, p. 115.

⁹⁰⁵ Sur le christianisme comme « l'avenir de la société » ; ou sur Rossi présentant la religion chrétienne comme le « principe sacré », V. Tristan Pouthier, *Au fondement des droits...*, *op. cit.*, p. 257 et s.

§2- La doctrine provinciale de la seconde génération : l'exemple de Charles Demolombe

Le provincial Charles Demolombe (1804-1887), dont la carrière s'ouvre dans les années 1830, semble être le juriconsulte idéaltype de ce « moment doctrinal »⁹⁰⁶. Son œuvre, bien qu'inachevée, s'avère néanmoins suffisamment complète pour mettre à jour son dessein idéologique. Son *Cours de Code civil*, composé de 31^e volume, avec un 32^e incomplet poursuivi par Louis Guillouard, concerne au total 1400 des 2280 articles du Code⁹⁰⁷. À l'instar de Duranton, Demolombe rend hommage à Pothier dans son *Cours*, même en cas de désaccords⁹⁰⁸. Fréquemment proche de Demante, tout particulièrement sur les questions relevant du droit familial, il s'écarte cependant de lui à propos du rôle du droit naturel. Demolombe se montre, en apparence cependant⁹⁰⁹, moins jusnaturaliste⁹¹⁰. Suivant les rédacteurs du Code en matière de

⁹⁰⁶ « Ni trop proche et ni trop éloigné dans le temps de la Révolution, Demolombe vit ainsi à une époque cruciale quant à la rupture ou la continuité de la pensée juridique contemporaine. [...] Son utilisation des auteurs d'Ancien Régime, en plein cœur du XIX^e siècle, constitue une source historique indéniable ». V. Nader Hakim, « Continuité ou rupture... », *op. cit.*, p. 175-176.

⁹⁰⁷ Il est certes « admiré, flatté, encensé par ses collègues, étudiants et autorités municipales », mais aussi vivement critiqué dès son vivant, étant jugée comme « largement inadéquate, [...] et même parfois insuffisamment réfléchie, affectant [...] une forme emphatique et déclamatoire peu propice à une lecture enrichissante ». V. Jacqueline Musset, *Dictionnaire historique...*, *op. cit.*, v^o Demolombe, p. 324-325 ; V. aussi : « les choix de Demolombe sont toujours tranchés et parfois surprenants. Ardent défenseur de la propriété, contre le "hideux communisme" et contre toute concession à la notion d'abus de droit, convaincu de la faiblesse naturelle de la femme, partisan d'une puissance paternelle assise sur des bases fortes [...] Demolombe ne cache pas son enthousiasme pour l'œuvre des codificateurs élevée au rang de « constitution de la société civile française », Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 1... », *op. cit.*, p. 60 ; V. aussi, Nader Hakim, « Continuité ou rupture... », *op. cit.*, p. 175.

⁹⁰⁸ « L'exemple de Pothier est alors significatif non seulement parce que celui-ci offre l'immense avantage de proposer la synthèse de la doctrine privatiste français depuis le XVI^e siècle, mais également parce qu'il constitue indéniablement un pont entre l'avant et l'après Code civil. Si la vogue doctrinale du recours au juriconsultes d'Orléans est principalement située entre 1815 et 1848 et si les références à son œuvre déclinent après cette dernière date, Demolombe lui voue une admiration certaine », Nader Hakim, « Continuité ou rupture..., *op. cit.*, p. 181-182.

⁹⁰⁹ Sur le jusnaturalisme de Demolombe : « il n'est pas assurément contestable que les relations humaines, considérées sous ce nouveau rapport, plus élevé, plus étendu, ne soient encore soumises à un certain ordre de règles, si bien fondées sur les instincts primitifs et universels de la sociabilité humaine, sur la nécessité même [...] sur les convenances réciproques, sur l'assentiment général et unanime des nations, qu'on doit les considérer comme destinées, en effet, par la Providence suprême à servir de lien entre tous les hommes et entre tous les peuples. Tels sont, par exemple, les institutions, les contrats, qu'on appelle d'ordinaire contrats du droit des gens, le mariage, la propriété, la vente, le louage, la société, le prêt etc. ; et [ces] règles forment effectivement le droit commun, le droit naturel de l'humanité », Charles Demolombe, *Cours de Code Napoléon, De la publication des effets...*, *op. cit.*, p. 11.

⁹¹⁰ Renvoyant à Marlin, Proudhon, Duranton ou encore Demante, pour qui c'est au droit naturel, droit des gens et droit civil de régir les lois relatives au mariage. Demolombe répond : « Je répondrai [...] pour mon compte, que le mariage en France est régi par le Code Napoléon ». *A priori* positiviste, il se rattrape néanmoins dès la phrase suivante, en ajoutant : « les législateurs humains, sans doute, n'ont point inventé ce contrat, le plus ancien et le plus universel de tous [...] dont l'origine est due à Dieu lui-même ». Mais, même si c'est « Dieu » qui est à l'origine du contrat de

mariage⁹¹¹, son discours tend à vouloir accroître l'importance du concept de « consentement » ; manifestation *discrète* mais réelle de son individualisme⁹¹². Il suit aussi l'avis de Portalis sur les personnes engagées dans un ordre sacré, manifestant l'importance qu'il accorde à la volonté individuelle, tout autant qu'à l'obéissance à la « loi civile »⁹¹³.

Demolombe ne cache pas son penchant conservateur avec ses références explicites – instincts primitifs, Providence etc. – à l'égard d'un ordre social établi *naturellement* et contre lequel rien ne peut être fait. C'est un *deus ex machina* imparable : il ne peut être qu'admis et accepté. Ainsi, les règles du droit naturel, même en l'absence de tous règlements positifs de la part du législateur, sont à l'origine d'un véritable devoir de docilité, exigé par les faits naturels⁹¹⁴.

La loi a pour objet, selon le doyen caennais, de régler les actions humaines. C'est le rôle du Code Napoléon de régir toutes les bases de l'organisation sociale. Le Code est par conséquent, « véritablement la loi constitutive de la société civile française »⁹¹⁵. Le mot droit, s'il a plusieurs significations, a « pour corrélatif [...] le mot *devoir* »⁹¹⁶ écrit-il. Son but, « c'est le gouvernement de

mariage, il admet l'importance du droit positif pour le régir *in concreto* auprès de chaque nation. Ainsi, « les lois positives de chaque État en déterminent les conditions, les formes, les effets, eu égard aux mœurs et aux besoins de la société, à laquelle elles ont pour mission d'appliquer les règles du droit naturel. V. Nader Hakim, *Dictionnaire historique...*, *op. cit.*, v° Demolombe ; Charles Demolombe, *Traité du mariage...*, *op. cit.*, p. 3.

⁹¹¹ V. par exemple, « On ne saurait exprimer en des termes plus nobles et plus vrais le double but du mariage : la procréation des enfants, la conservation de la race humaine », *ibid.*, p. 1-2.

⁹¹² « Le mariage est un contrat qui ne peut en conséquence se former que par le consentement des parties (art 146, 1101, 1108) », *ibid.*, p. 24-25.

⁹¹³ « Écoutez Portalis, le rédacteur même de la loi du 18 germinal : « [...] la prêtrise n'est point un empêchement au mariage ; une opposition au mariage, fondée sur ce point, ne serait pas reçue et ne devrait pas l'être, parce que l'empêchement provenant de la prêtrise n'a pas été sanctionné par la loi civile », Charles Demolombe, *Traité du mariage...*, *op. cit.*, p. 205 ; V. aussi, « L'engagement dans les ordres sacrés forme-t-il aujourd'hui, d'après la loi civile, un empêchement de mariage ? [...] Que la prêtrise constituât, anciennement comme aujourd'hui, en droit canonique, un empêchement de mariage, cela est incontestable. [Mais] sous l'époque intermédiaire, plus de doute ! Non seulement le mariage n'est pas défendu aux prêtres par la loi civile, mais il est même positivement permis. [...] Le 19 juillet 1793, la Convention nationale décrète « que les évêques qui apporteraient, soit directement, soit indirectement, quelque obstacle au mariage des prêtres, seront déportés et remplacés » [...] Voilà l'un des plus grands résultats de cette époque : le gouvernement de la société civile devenu laïque ! La législation tout entière sécularisée, particulièrement en ce qui concerne l'état des personnes », *ibid.*, p. 198-200.

⁹¹⁴ V. Charles Demolombe, *Traité des servitudes...*, *op. cit.*, p. 9.

⁹¹⁵ Cité par Nader Hakim, « Continuité ou rupture... », *op. cit.*, p. 192.

⁹¹⁶ « Le mot *droit* a plusieurs autres significations [...] il désigne l'ensemble des lois d'un certain ordre, le *droit civil*, [etc.]. Il exprime les facultés, les prérogatives garanties par la loi : le *droit de puissance paternelle*, le *droit de propriété* etc., il a pour corrélatif alors le mot *devoir* », Charles Demolombe, *De la publication...*, *op. cit.*, p. 13.

la société ; c'est le meilleur et le plus exact règlement possible de tous les intérêts ; c'est le bon ordre, c'est la justice ! »⁹¹⁷ Cela conduit à ce que droit de propriété, certes essentiel dans la société bourgeoise, ne soit pas pour autant « absolu ». L'ordre social supplante l'individualisme du bourgeois car, si « le territoire de France, dans toute son étendue, est libre comme les personnes qui l'habitent », cela n'empêche pas les propriétaires d'être inféodés aux « contributions publiques établies par le Corps législatif » et aux « sacrifices que peut exiger le bien général sous la condition d'une juste et préalable indemnité »⁹¹⁸. Ainsi, l'œuvre législative est contraignante par essence, pour le bien de l'individu⁹¹⁹.

La contrainte que pose Demolombe à l'égard de la liberté individuelle n'est toutefois possible que sous certaines conditions. Elle ne peut exister qu'au nom de l'intérêt général, entendu comme celui de la société⁹²⁰. Ainsi, l'objet du droit de propriété pour Demolombe est de « discipliner la société » ce qui justifie par exemple les limites à son libre exercice⁹²¹. D'où le fait que le législateur cherche, par l'intermédiaire de l'un des droits pourtant, *a priori*, le plus individualiste qui soit, à forger une conscience collective docile⁹²². Car, bien que le droit privé ait comme « but l'intérêt particulier et relatif des individus », il ajoute quelques lignes après : « on conçoit, en effet, que si chacun peut sacrifier son intérêt personnel et privé, nul, au contraire, ne saurait compromettre l'intérêt général, l'intérêt public (art 6) »⁹²³. Aucun doute par conséquent,

⁹¹⁷ Charles Demolombe, *De la publication...*, *op. cit.*, p. 14 ; Sur la loi : « La loi est une règle établie par l'autorité qui, d'après la Constitution politique, a le pouvoir de commander, de défendre ou de permettre, dans toute l'étendue de l'État. La loi véritable et proprement dite, la loi qui fait l'objet de nos études comme jurisconsultes, est donc une règle sanctionnée par la puissance publique, une règle civilement et juridiquement obligatoire. Le droit est le résultat, ou bien encore l'ensemble et la collection de ces règles », *ibid.*, p. 2-3.

⁹¹⁸ Charles Demolombe, *Traité des servitudes...*, *op. cit.*, p. 5 et 14 ; V. par exemple avec l'article 545 et la possible expropriation contre une « juste indemnité ». V. *ibid.*, p. 122, 127 et 131.

⁹¹⁹ Charles Demolombe, *De la publication...*, *op. cit.*, p. 3.

⁹²⁰ L'expropriation n'est possible qu'au titre de l'intérêt public et non au nom d'un intérêt privé, la liberté des uns ne pouvant justifier l'expropriation d'un autre. Cette limitation se perçoit aussi dans le domaine des servitudes foncières ; notamment quand une propriété supérieure cherche à s'étendre sur une propriété inférieure au nom de « l'utilité ». Demolombe fait par exemple référence à la raison, en prenant l'exemple d'un moulin ayant besoin d'eau. Par conséquent, dans le cas où il est « possible d'interdire, d'une manière absolue, au propriétaire supérieur la faculté d'utiliser [...] à son profit [son bien] ; les termes généraux de l'article 640 doivent encore ici recevoir une interprétation intelligente et équitable, qui concilie le droit du propriétaire supérieur avec celui du propriétaire inférieur » V. *Ibid.*, p. 15, 45-49 et 168-170.

⁹²¹ *Ibid.*, p. 14-15.

⁹²² « Lorsque le législateur intervient, arbitre suprême, pour marquer à chacun sa limite [...] il n'asservit donc pas la propriété, tout au contraire ! il la discipline, il la civilise [...] contre ses propres excès », *ibid.*, p. 14-15.

⁹²³ Charles Demolombe, *De la publication des effets...*, *op. cit.*, p. 16.

l'intérêt général supplante l'intérêt privé et la liberté individuelle. Le Code intervient au nom de l'intérêt général collectif et de « l'harmonie » sociale⁹²⁴. Le législateur est même obligé d'agir, afin d'établir une certaine égalité entre les intérêts ou du moins, dans les limites qui s'imposent aux libertés individuelles pour éviter une situation chaotique⁹²⁵. En cela, le Code civil est un ouvrage relevant presque autant du droit privé, que du droit public.

Le rôle de l'Administration ou des pouvoirs publics n'est pas, selon Demolombe, de « régler ce que chacun doit faire »⁹²⁶ : « l'administration ne juge pas, elle gouverne » précise-t-il. Elle peut alors prendre des décisions pour le collectif, afin de favoriser des intérêts privés. Toutefois, elle ne peut pas juger deux intérêts privés en conflits⁹²⁷ ; bien qu'elle puisse contrer des actions nuisibles entre deux particuliers si cela concerne l'intérêt général⁹²⁸. L'Administration privilégie l'intérêt général face à la liberté individuelle, uniquement au motif que le législateur protège ainsi l'individu de lui-même et dans l'intérêt de la société. Elle agit donc dans l'intérêt de l'individu, par ricochet⁹²⁹.

Demolombe, en défendant l'ordre ou l'intérêt public, tout en s'affichant clairement comme un ardent défenseur des institutions clefs de la bourgeoisie individualiste, devient ainsi l'un des meilleurs avocats de *l'Esprit* du Code civil. Il va même jusqu'à se confondre avec l'avis des rédacteurs⁹³⁰ au point d'être nommé « Prince de l'Exégèse ». Or, il semble être ici plus le

⁹²⁴ « L'intérêt public harmonie sociale : « la loi positive [...] fondée sur des considérations très puissantes d'utilité publique et d'intérêt général, afin de maintenir l'harmonie dans les relations », Charles Demolombe, *De la publication des effets...*, *op. cit.*, p. 14.

⁹²⁵ *Ibid.*, p. 418-419.

⁹²⁶ Charles Demolombe, *Traité des servitudes...*, *op. cit.*, p. 73.

⁹²⁷ *Ibid.*, p. 246 et 250.

⁹²⁸ C'est le cas pour les questions relatives à la salubrité publique, composante de l'ordre public, le Code étant là aussi pour lutter contre les « incivilités, les nuisances, etc. ». La salubrité devient d'ailleurs l'une des composantes de la notion d'ordre public, avec la loi du 5 avril 1884 : « La police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publique ». V. *Ibid.*, p. 71, 222 et 461.

⁹²⁹ « Et voilà pourquoi le législateur est intervenu dans l'intérêt privé des propriétaires et dans l'intérêt général de la société », *Ibid.*, p. 25 ; V. aussi, « La suprême mission du législateur est précisément de concilier le respect dû à la liberté individuelle des citoyens avec le bon ordre et l'harmonie morale de la société », Charles Demolombe, *Cours de Code Napoléon, De la publication des effets...*, *op. cit.*, p. 4.

⁹³⁰ Bien que dans les faits, Demolombe ne soit pas toujours en parfaite adéquation avec les solutions proposées par le Code. V. Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 1... », *op. cit.*, p. 60 : « [Demolombe] concède plusieurs fois que les solutions du Code ne sont pas très claires et se prononce hardiment pour l'admission de la possession d'état comme preuve de la filiation naturelle (dès 1834), pour la validité des libéralités aux enfants adultérins et incestueux et pour le caractère légitime de l'enfant né moins de cent quatre-vingts jours après le mariage. Cela ne l'empêche pas, par

Prince de l'Esprit du Code, que de l'exégèse même. En effet son œuvre, loin d'être totalement aseptique idéologiquement, prend en réalité le rôle d'une plaidoirie en faveur de l'ordre social bourgeois instauré par les quatre commissaires mais *réadaptée* à son temps. Dans la continuité et l'adaptation qu'il se démarque et, en ce sens, il est l'un des plus marquants défenseur du Code face aux changements et révolutions de son siècle. Ses prises de positions contribuent largement à sa notoriété. Il arrive à acclimater de nouveau le Code, en offrant des réponses interprétatives qui le rendent plus facilement acceptable. Or, ses conclusions ne sont pas innocentes et se révèlent être un véritable soutien au profil idéaltype professionnel : à la veille du Printemps des Peuples, les hauts fonctionnaires représentent 40% des députés, tandis que même les propriétaires et rentiers ne représentent qu'un tiers⁹³¹.

En somme, l'interprétation française du libéralisme, bien que singulière, conduit néanmoins au même postulat théorique, c'est-à-dire chercher une gouvernance « passive » et utilitariste de la nature humaine. Pour le cas français, l'autoritarisme est cependant plus marqué que dans le cas anglosaxon. Le phénomène est dû au contexte historique, sociologique et politique particulier de la France⁹³². Si le postulat de départ individualiste demeure, la *nécessité* justifie chez la doctrine juridique la défense d'un ordre politique plus fort qu'un simple État gendarme, mais avec des tendances libérales. Demolombe, Valette ou encore Demante font preuve d'incontestables ouvertures sur beaucoup de points de la demande libérale : révisions interprétatives sur les régimes matrimoniaux, les successions, les libéralités, la tutelle, du droit du crédit ou encore sur les sociétés industrielles et commerciales, etc., tout en laissant le soin à l'État en cas d'extrême nécessité. Si la timide croissance économique du début du siècle a conduit à

ailleurs, de rejeter fermement l'adoption des enfants naturels, de justifier l'interdiction de la recherche en paternité et de souhaiter le maintien de l'abrogation du divorce au nom de la défense du mariage ».

⁹³¹ Marie-Hélène Baylae, *La peur du peuple...*, op. cit., p. 17-18.

⁹³² La distinction entre les deux libéralismes devient irrécusable, l'hostilité à la gouvernance étatique – passant de la volonté d'une gouvernance « passive » à une gouvernance purement « de marché » – devenant un point de divergence trop important entre les deux formes de libéralisme. Sur les trois séquences du libéralisme selon Foucault – le libéralisme « classique », le néolibéralisme allemand, le néolibéralisme américain – V. Frédéric Gros, Daniele Lorenzini, Ariane Revel, « Introduction », *Raisons politiques*, n° 52, 2013/4, p. 9 et s ; V. aussi à propos du « droit "connecté" à l'économie », Antoine Garapon, « Michel Foucault, visionnaire du droit contemporain », *Raisons politiques*, n° 52, 2013/4, p. 45 et s. Par ailleurs, cette divergence tend à démontrer justement les contradictions « compétitive-répressive » de l'individualisme libéral, que l'on retrouve notamment dans les événements de 1848. Cf. Alfredo Gomez-Muller, « Les communautariens et la critique de l'individualisme libéral, Alasdair MacIntyre, Charles Taylor, Michael Walzer », *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique*. Paris, La Découverte, « Hors collection Sciences Humaines », 2001, p. 45 et s.

l'apparition de nouvelles formes de productions, elles-mêmes ayant contribué à l'accroissement de la bourgeoisie, petite et moyenne – industriels, négociants, hommes de loi, médecins, notables de province etc. – à la veille de 1848, le pays reste largement rural, avec près de 75% de sa population vivant à la campagne. Or, durant la première moitié du siècle, la population augmente de près de 30%, ce qui contribue à l'augmentation du chômage, l'industrie ne suivant pas. La difficile entrée dans l'ère industrielle de la France contribue même à l'écroulement du régime de Juillet. D'autant plus que dans les années 1845-1846, de mauvaises récoltes se suivent. Le prix de l'hectolitre de blé bondit et la pomme de terre est frappée par le phytophthora ; paysans et journaliers sont frappés par cette hausse des prix et ne survivent qu'en raison des avances consenties par les propriétaires, majoritairement bourgeois de la campagne, qui représentent près d'un tiers des députés à l'Assemblée. Si l'État intervient face à cette crise en important du blé russe, il ne le fait que trop tard : la mendicité explose, de même que le nombre d'attaques contre les boulangeries et convois de céréales⁹³³. Par conséquent, le discours de cette partie dominante ou classique, de la doctrine du début du XIX^e siècle, est plus tourné vers la docilité de la population et le maintien de l'ordre que la première génération d'exégètes, celui-ci étant globalement plus acquis au moins sur le plan national. Paradoxalement, une légère tendance à un individualisme libéral se perçoit aussi, sans doute dû à l'influence anglo-saxonne. Reprenant les idées libérales, dont parfois John Stuart Mill⁹³⁴ – consciemment ou non – la doctrine française en adopte la même vision du « phénomène social » : celui-ci est déterminé d'abord par la nature humaine, sa pensée, ses sentiments et ses actions. L'être humain et l'état social sont au centre du Droit. L'individu est analysé « individuellement » et non dans une approche globale, collectiviste. Bien qu'unis, les individus restent des personnalités intrinsèquement solitaires dans leur existentialisme. La vision de la nature humaine de la doctrine ne se tourne cependant pas vers celle de *l'homo economicus*. De plus, à l'instar des théoriciens libéraux anglais, la doctrine juridique française se donne aussi pour objectif de « libérer » la bourgeoisie des entraves de l'Ancien Régime. Le phénomène est garanti par le Code, tandis que la doctrine est amenée à devoir négocier avec le retour d'une noblesse royaliste ultra. Si la Révolution est maintenant faite, ses acquis doivent être assurés face aux tendances traditionalistes, soutenus par les monarchies

⁹³³ Marie-Hélène Baylae, *La peur du peuple...*, *op. cit.*, p. 17-18 et 23-24 ; Arlette Michel, Colette Becker, Patrick Berthier, Mariane Bury, Dominique Millet, *littérature française...*, *op. cit.*, p. 220.

⁹³⁴ Phénomène visible aussi chez Demogüe. V. René Demogüe, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique, pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, Arthur Rousseau, 1911, p. 63-64.

européennes, mais aussi face au discours « socialiste » de plus en plus construit et populaire. Les « libéraux » français sont intimés désormais de se montrer conservateurs afin de voir le respect des libertés individuelles acquises et garanties par le Code. Concomitamment, l'avancée lente mais continue vers une plus forte industrialisation se fait ressentir. Or, avant les enquêtes qui se multiplient à partir des années 1840 – organisées par le pouvoir public et à son service ; dont celle du médecin Louis René Villermé qui est sans doute la plus connue – et, malgré les événements de 1830 et les « Trois Glorieuses », le prolétariat, avec sa misère, reste largement méconnu, voire sciemment mis de côté. Villermé dénonce par exemple « l'excessive mortalité qui moissonne les familles d'ouvriers » dans une France où le paupérisme touche de plus en plus la population⁹³⁵.

⁹³⁵ Marie-Hélène Baylae, *La peur du peuple...*, *op. cit.*, p. 27.

Section seconde. L'historicisme des juristes français en faveur d'un changement
méthodologique mais non idéologique

*Le nationalisme juridique de l'Allemagne date de 1814, époque de la grande réaction contre les idées françaises. Jusque-là l'Allemagne avait cru au droit naturel universel. [...] En 1814, Fichte dans le domaine de la philosophie, [...] Savigny dans le domaine du droit, fondent le nationalisme dont devait sortir le pangermanisme*⁹³⁶.

Ni le Code, ni l'exégèse, ne font l'unanimité parmi les juristes et ce, dès 1804. En tête de liste des premières critiques, les royalistes, représentés notamment par le comte de Montlosier (1755-1838), s'attaquent très vite à l'œuvre codificatrice⁹³⁷. En réaction, comme nous l'avons déjà expliqué, la doctrine tente de faire de Pothier l'un des pères du Code⁹³⁸. Toutefois, parallèlement à ces critiques, apparaissent les thèses allemandes de l'École historique, popularisées par Friedrich Carl von Savigny (1779-1861)⁹³⁹. L'École historique s'inscrit dans un mouvement contestataire du Code et dans un contexte de réception du romantisme en France. Son principal propagateur est Athanase Jourdan (1791-1826)⁹⁴⁰. Il est le fondateur en 1819, avec Hyacinthe Blondeau (1784-1854), de la revue *La Thémis*⁹⁴¹ ; revue qui se place, dès sa fondation comme la revue du renouveau

⁹³⁶ Maurice Hauriou, *Aux sources du droit, le pouvoir, l'ordre et la liberté* (1933), Paris, Centre de Philosophie politique et juridique, 1986, p. 15.

⁹³⁷ V. Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 80-81.

⁹³⁸ V. *Supra*, p. 49.

⁹³⁹ Ces thèses sont portées par de jeunes auteurs, à une époque où Flaubert décrit les facultés de droit françaises comme particulièrement ennuyeuses. À l'inverse, les universités allemandes sont érigées en modèle : elles cherchent à former plutôt des juriconsultes et des savants tandis que le modèle universitaire français est tourné vers la formation de gens de robe et de praticiens. V. Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 97-98 ; Gustave Flaubert, *L'Éducation sentimentale, histoire d'un jeune homme*, Nouvelle édition, Paris, G. Charpentier et Compagnie éditeurs, 1888, p. 27 : « en portant sous son bras un buvard tout neuf, il se rendit à l'ouverture des cours. Trois cents jeunes gens, nu-tête, emplissaient un amphithéâtre où un vieillard en robe rouge dissertait d'une voix monotone ; des plumes grinçaient sur le papier. Il retrouvait dans cette salle l'odeur poussiéreuse des classes, une chaire de forme pareille, le même ennui ! Pendant quinze jours, il y retourna. Mais on n'était encore à l'article 3, qu'il avait lâché le Code civil et il abandonna les Institutes à la *Summa divisio personarum*. Les joies qu'il s'était promises n'arrivaient pas ; et, quand il eut épuisé un cabinet de lecture, parcouru les collections du Louvre et plusieurs fois de suite été au spectacle, il tomba dans un désœuvrement sans fond ».

⁹⁴⁰ Docteur en droit sous le Premier Empire, Jourdan meurt prématurément à 35 ans, sans avoir réussi à devenir professeur à la Faculté de droit. Étudiant aussi bien les théoriciens du droit naturel que Kant, la jurisprudence que le droit comparé, il garde une certaine distance avec Savigny. Jourdan n'était pas hostile à la codification, mais il considérait que le Code civil présentait des lacunes et d'imperfections. V. Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 1 - Au temps de l'Exégèse », *op. cit.*, p. 62-63 ; Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 97-98.

⁹⁴¹ « À la tête de ce mouvement, on trouve Athanase Jourdan (1791-1826). Fils d'un conventionnel modéré, ami de

spiritualiste⁹⁴². De 1819 à 1831⁹⁴³, cette revue arrive à réunir de nombreux juristes en s'ouvrant pratiquement à tous les domaines de la science juridique et en insistant sur le rôle de la méthode historique. Saluée par Savigny, *La Thémis* apparaît comme le « fer de lance de la critique des premiers commentaires du Code civil »⁹⁴⁴. En étant le vulgarisateur de la pensée allemande auprès des milieux libéraux et saint-simoniens, Jourdan obtient même sous la monarchie de Juillet une chaire au Collège de France⁹⁴⁵.

La première moitié du XVIII^e siècle est considérée par le contributeur allemand de *La Thémis*, Léopold Auguste Warnkoenig (1794-1866), comme une « époque mémorable » pour l'Allemagne⁹⁴⁶. Il s'agit du siècle où deviennent populaires les deux premiers penseurs de l'École historique, Hugo et Savigny. Ils se montrent très critique vis-à-vis du Code, autant sur le plan méthodologique que sur ses présupposés dogmatiques ou idéologiques (I.). Pourtant, bien que certains juristes français soient rapidement adeptes de la nouvelle méthode de ces jurisconsultes allemands, ils en ont une réception juridique et idéologique différente. En effet, pour les rédacteurs français de *La Thémis*, l'histoire permet de justifier, sous réserve d'adaptations, la défense du Code civil. Ainsi, l'hostilité farouche des thèses allemandes à l'égard du Code civil et par conséquent de son modèle social, est atténuée. Les participants de *La Thémis* restent ainsi globalement attachés à l'œuvre juridique napoléonienne, souhaitant en réalité le modifier et non le supprimer. Leur vision anthropologique et sociale est même sensiblement proche de celle des autres exégètes de la seconde génération (II.).

collège de Victor Cousin, celui-ci suit les cours particuliers donnés un temps par Dupin aîné, tout en étudiant à la Faculté de droit de Paris. Avocat à partir de 1812 et docteur en 1813, il échoue (contre Bugnet) au concours de professeur suppléant ouvert en 1822 », Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 97-98.

⁹⁴² Tristan Pouthier, *Au fondement des droits...*, *op. cit.*, p. 203.

⁹⁴³ « Les années 1819 et 1820 ont été, selon tous les témoignages, l'un de ces moments de l'histoire d'un pays où une silencieuse évolution des esprits éclot de façon soudaine et simultanée dans toutes les sphères de la culture. Ce ne fut, rappelons-le, qu'une fulguration : la réaction politique sévit partout après l'assassinat du duc de Berry », *ibid.*, p. 189.

⁹⁴⁴ Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 1 - Au temps de l'Exégèse », *op. cit.*, p. 62-63.

⁹⁴⁵ Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 98.

⁹⁴⁶ Léopold Auguste Warnkoenig, *Thémis, ou bibliothèque du jurisconsulte*, Tome 1, Paris, Baudouin frère, imprimeurs-libraires, 1819, p. 7.

§1- La naissance de l'École historique allemande et son hostilité envers le « modèle » français

Pendant cette époque mémorable, où la France essayant toutes les formes de gouvernement, cherchait partout une liberté qui semblait la fuir jusqu'au moment où le trône abattu s'est relevé sur une base constitutionnelle, l'Allemagne n'était pas exempte de révolutions ; mais, moins sanglantes, moins terribles, elles n'avaient que les sciences et les lettres pour objet ; elles conduisaient au même but, sans entraîner les mêmes catastrophes. Les droits et les devoirs des nations et des individus étaient discutés, examinés, reconnus. La science des principes qui doivent diriger le législateur, tendant à se perfectionner, celle qui a pour objet la connaissance et l'application des lois, ne pouvait demeurer stationnaire. Nous croyons qu'il est d'un intérêt général d'exposer ici les progrès qu'elles ont fait l'une et l'autre durant cette période⁹⁴⁷.

Pour le professeur Léopold Auguste Warnkoenig (1794-1866), les territoires allemands connaissent l'âge d'or des sciences morales et politiques durant l'intervalle de 1780 à 1790. Faisant suite à la « stagnation universelle » où selon lui, même le « génie de Leibnitz » ne peut s'exprimer pleinement⁹⁴⁸, cette fin du XVIII^e siècle voit paraître de grands noms comme Emmanuel Kant (1724-1804), Johann Gottfried Herder (1744-1803)⁹⁴⁹, Johann Gottlieb Fichte (1762-1814) ou encore Johann Wolfgang von Goethe (1749-1832), qui influèrent puissamment la nation

⁹⁴⁷ Léopold Auguste Warnkoenig, *Thémis...*, op. cit., p. 7.

⁹⁴⁸ « Stagnation universelle, dans les lettres comme dans les sciences politiques et morales [...]. La langue allemande, que Luther avait élevé si près de la perfection, était retombée dans un état déplorable de barbarie [...]. Le génie même de Leibnitz ne sut point s'affranchir entièrement du joug des idées dominantes et l'on peut affirmer que si ce grand homme avait paru plus tard, il aurait rendu à sa patrie de plus éminents services », *ibid.*, p. 8.

⁹⁴⁹ En 1774, dans son ouvrage *Une autre philosophie de l'histoire*, le philosophe et pasteur Johann Gottfried von Herder (1744-1803), développe le concept de *Volksgeist*. Selon Herder, chaque *Volk* – peuple – est une formation unique et spécifique, qui se développe selon les événements historiques. Son expression se retrouve principalement dans la langue, la littérature, la religion et l'art en général. Ainsi, le *Volksgeist*, « l'esprit du peuple », est censé représenter le génie – entendu comme l'originalité – d'un peuple. S'ensuit alors naturellement une lutte entre les différents *Volk*. L'idée de lutte est l'un des piliers originels du réveil national et romantique allemand. Elle lui est venue au temps où, pasteur protestant sur la cote baltique, il avait observé chez les peuples locaux, allemands ou slaves, une tendance à préserver jalousement leur identité. En effet, pour le théologien luthérien, cette lutte fait partie du plan de Dieu, chaque peuple étant l'expression d'une partie de son énergie créatrice ; à l'instar des arbres de différentes espèces qui poussent les uns à côté des autres dans une forêt alors que chacun s'efforce de grandir toujours plus haut pour atteindre la lumière du soleil, il en est de même pour les peuples. D'où le fait que ces derniers connaissent continuellement des croissances, épanouissements ou des déclin. V. John Anthony Moses, « La théorie de la guerre juste dans l'Empire allemand (1871-1918) : un phénomène protestant », « *La guerre du droit* » 1914-1918, sous la direction de Jacques Julliard, Mil neuf cents, revue d'histoire intellectuelle, Paris, Société d'Études Soréliennes, n°23, 2005/1, p. 147-148.

allemande au point de « bannir l'ancien pédantisme » et la « sortir de sa longue et triste inertie »⁹⁵⁰. Toutefois, en 1805-1806, Napoléon provoque la fin du Saint-Empire en créant la Confédération du Rhin⁹⁵¹. Avec l'hégémonie impériale et son corollaire direct, la fin du Saint Empire, commence un nouveau mouvement de codification dans les territoires allemands. Contrairement à sa promesse adressée dans une lettre du 11 septembre 1806, l'Empereur ne souhaite pas cependant entretenir de *simples* rapports de protection avec les territoires allemands de cette Confédération. Au contraire, il impose rapidement son Code civil, symbole du nouvel ordre social qui est censé mettre un terme à celui de l'Ancien Régime⁹⁵². Le Code exerce sur les

⁹⁵⁰ « Dans l'intervalle de 1780 à 1790, le nouvel âge des sciences morales et politiques en Allemagne. Ce fut alors que parurent Herder, Goethe et Schiller ; répandant sur la littérature de cette contrée, l'éclat de leur génie ; ils influèrent si puissamment sur la nation allemande, qu'on la vit bientôt bannir l'ancien pédantisme et sortir de sa longue et triste inertie. [...] Kant, en cherchant la base certaine de tout raisonnement dans le système des lois de l'entendement et de la raison humaine, commença la révolution universelle des études philosophiques. Toutes les branches des connaissances utiles furent cultivées avec succès ; les bons écrits se multiplièrent et, prenant en même temps un caractère d'originalité et de grandeur, ils enrichirent l'Allemagne de cette littérature nationale dont elle peut aujourd'hui justement se glorifier. Au nombre des causes principales de ce progrès des sciences, on doit cependant compter aussi la Révolution française qui commençait alors éclater », Léopold Auguste Warnkoenig, *Thémis...*, *op. cit.*, p. 9.

⁹⁵¹ « L'empire germanique s'étant écroulé sur ses antiques fondements ; l'ancien ordre de choses fut renversé [...] et de nouveaux États, créés par Napoléon, parurent sur la carte de l'Allemagne » écrit Warnkoenig. À la suite des victoires françaises – d'Ulm et d'Austerlitz – l'Empereur français réorganise l'espace européen Ouest allemand. Il fonde la Confédération du Rhin, en séparant seize États du Saint-Empire romain germanique, ce qui oblige François II à renoncer à son titre « d'empereur romain » ; c'est la fin de la domination autrichienne et des Habsbourg sur les territoires allemands. Les dirigeants prussiens y voient l'occasion de s'affirmer à sa place. Le roi Frédéric-Guillaume III des Hohenzollern décide de rompre la paix avec les Français. En réaction, s'ensuit la campagne de de Prusse et de Pologne. En treize jours, Napoléon entre à Berlin. Avec la paix de Tilsit du 9 juillet 1807, la Prusse devient un « allié forcé », payant notamment cent vingt millions de francs – soit 50 milliards d'euros actuels – à titre de « contributions de guerre » et participe activement à la conscription. Il y a par exemple, 20 000 prussiens dans la Grande Armée lors du départ en Russie. De même, l'occupation du territoire par la Grande Armée et le décret de Berlin du 21 novembre 1806 – suivis par le décret de Milan l'année suivante – concernant le blocus continental contre l'Angleterre, frappe durement les villes allemandes de la Hanse. V. *Ibid.*, 10-11. V. sur la fin du mythe de l'invincibilité de l'armée prussienne et les conséquences de cette invasion napoléonienne, Jean-Luc Ancely et *la Prusse cessa d'exister. Ou comment la France devint l'ennemi héréditaire de l'Allemagne (1806-1945)*, Paris, ed. Parole Silence, 2022.

⁹⁵² En Westphalie par exemple, royaume tenu par Jérôme Bonaparte, le Code est traduit et mis en vigueur dès 1808, avec quelques adaptations. Certaines charges féodales sont maintenues, ce qui mécontente la masse paysanne locale. Dans le grand-duché de Berg, il est introduit en 1809-1810, avec la faculté de rachat pour les droits féodaux non supprimés. Quant au grand-duché de Bade, il publia en 1809, une version du Code Napoléon, disposant de quelques spécificités en matière de recherche de paternité. Dans le grand-duché de Varsovie, crée en 1807, il est introduit dès l'année suivante, en application à la nouvelle Constitution, même s'il suscite quelques oppositions : la noblesse polonaise craint l'abolition du servage et le clergé réussit à tenir en échec l'introduction du mariage civil et le divorce. À Francfort, le Code Napoléon s'applique en 1811, avec de nombreuses exceptions dont l'impossibilité de divorcer. Enfin, les projets pour acclimater le Code en Bavière ou dans les États d'Anhalt, de Hesse ou de Nassau, sont ajournés et une grande partie de l'Allemagne, dont la Saxe et la Prusse, restent réfractaires à ce Code. V. Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 134-139 ; Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 139 ; Jean Tulard, *La France...*, *op.*

nouveaux « États français » de la Confédération du Rhin « un incontestable ascendant de par les valeurs de liberté et d'égalité civile dont il est porteur ». Ils sont même destinés à servir d'« États modèles ». Toutefois, en raison de sa politique brutale d'assimilation, en méprisant ainsi les consciences populaires et les particularismes locaux, le pouvoir impérial conduit à une réception parfois difficile du Code dans certains duchés ; c'est le cas pour celui de Francfort ou le Grand-Duché de Bade par exemple⁹⁵³.

L'ambition des auteurs du Code Napoléon n'était pas moindre, non tant sur le plan formel que sur le plan matériel, à l'échelle de l'Europe, voire de l'humanité. « Code du siècle », pour Napoléon lui-même destiné à lui survivre « éternellement » plus que toutes les batailles, « Code de tous les hommes... et Code des nations » (S. J. Bexon) pour les plus zélés de ses commentateurs, il était conçu de par les principes de liberté et d'égalité qui l'inspiraient comme l'émanation de la raison commune à tous les hommes et avait pour vocation de s'appliquer à tous les peuples et à toutes les nations de la terre⁹⁵⁴.

L'impact de la Révolution française, joue ici un rôle paradoxal, servant à la fois de repoussoir et en même temps d'inspiration. En effet, le choc provoqué par « l'intrusion » du général et législateur français est à l'origine d'une forte mobilisation de la part des juristes allemands. S'ils souhaitent pour la majorité se défendre contre une agression extérieure et l'imposition d'un modèle juridique étranger, susceptible de conduire à la disparition d'un prétendu « droit allemand », nombreux croient aussi à la fonction « régénératrice » que peut avoir le Code français, étant responsable de la fin de la société d'ordres et de l'avènement de constitutions écrites⁹⁵⁵.

cit., p. 176-180. Sur le morcellement des territoires allemands à la suite des défaites contre Napoléon et l'abandon du titre par les Habsbourg d'Empereur des Romains, V. Jean-Louis Halpérin, *Histoire de l'État des juristes...*, op. cit., p. 29-40.

⁹⁵³ Friedrich Carl von Savigny, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit* (1828), trad. d'Alfred Dufour, Presses Universitaires de France, « Léviathan », 2006, p. 11-17. V. notamment les propos rapportés de l'Empereur à son frère Jérôme : « ce qui importe surtout, c'est que vous ne différiez en rien l'établissement du Code Napoléon... On ne manquera pas de faire des objections : opposez-y une ferme volonté », *ibid.*, p. 17.

⁹⁵⁴ *Ibid.*, p. 19.

⁹⁵⁵ *Ibid.*, p. 14-15.

Dans la revue de *La Thémis*, le professeur et partisan révolutionnaire et bonapartiste Jacques Berriat-Saint-Prix (1769-1845), explique notamment comment s'est effectuée l'implantation du Code dans les Pays-Bas, en Belgique, dans l'Empire d'Autriche, Bavière ou encore en Prusse. Il précise qu'en réaction, des voix s'élevèrent parmi les intellectuels allemands⁹⁵⁶, illustrant un « grand sursaut de la conscience nationale allemande » contre l'hégémonie napoléonienne⁹⁵⁷. Parmi ces intellectuels allemands, le philosophe Fichte fait partie des plus célèbres. Dans son discours de 1808 à Berlin, l'élève de Kant, admirateur de la Révolution française et partisan notoire de ses conclusions anthropologiques, se montre néanmoins hostile à sa « mission universelle armée »⁹⁵⁸.

L'Empereur français aurait, selon Fichte, usurpé et détruit les idéaux révolutionnaires en ouvrant la voie au règne du capital ; sujet qui intéressait déjà très tôt les romantiques allemands⁹⁵⁹,

⁹⁵⁶ V. Jacques Berriat-Saint-Prix, « Notice sur les nouveaux Codes promulgués ou préparés dans divers États de l'Europe », *La Thémis, ou bibliothèque du jurisconsulte*, Tome 1, Paris, Baudouin frère, imprimeurs-libraires, 1819, p. 90 et s. ; « Le Code général pour les États prussiens (*Preussische Landrecht*) a été promulgué par lettres-patentes de Frédéric-Guillaume, en date du 5 février 1791. Il ne faut pas perdre de vue que, loin d'abroger les lois et coutumes propres aux différentes provinces de la monarchie, le nouveau Code n'est destiné qu'à remplacer, comme droit subsidiaire, le droit romain qui, antérieurement, avait force de loi dans toute la Prusse », *ibid.*, p. 93.

⁹⁵⁷ Friedrich Carl von Savigny, *De la vocation de notre temps...*, *op. cit.*, p. 11.

⁹⁵⁸ Comme les rédacteurs du Code, Fichte perçoit la nature humaine comme originellement imparfaite, voire possiblement mauvaise. En effet, même si les détenteurs du pouvoir doivent être choisis parmi les hommes les plus sages, il existe un risque que « les saints deviennent des démons ». Il est donc nécessaire que soit mis en place un mécanisme de contrôle et de surveillance à l'encontre de l'ensemble de la société. Ce système de perpétuel contrôle social peut sembler-il être rejoint au panoptique de Bentham puisque, soucieux de toujours vouloir organiser un « contre-pouvoir » afin de veiller à ce que la nature mauvaise de l'individu, même l'institution de contrôle des pouvoirs publics, les éphores, sont contrôlés par la communauté elle-même. Par conséquent, le droit est l'ultime condition de l'humanité, il est « le propre de l'homme », inséparable de l'individualité et de la liberté, ce qui fait du concept de droit, la grande condition de la conscience de soi et de la liberté individuelle. La seule limite à cette liberté, est celle des autres. D'où la définition fichtéenne du droit naturel, qui ne peut être déduit de la morale ou de la volonté individuelle mais reste originaire de la Raison. Il n'a alors pas à être recherché dans un paradisiaque et antédiluvien « état de nature », mais plutôt vise, « l'avenir de l'homme ». L'État devient ainsi une condition même indispensable à sa réalisation, car le Droit ne concerne pas un individu isolé mais l'individu vivant en communauté. Son objectif est d'assurer la sécurité et les droits de tous, chose qui ne peut être, qu'avec le pouvoir de contrainte de la puissance publique. L'État devient ainsi l'état de nature de l'homme. V. Paul Dubouchet, *Philosophie et doctrine du droit chez Kant, Fichte et Hegel*, Paris, Œuvres Philosophique, Harmattan, 2005, p. 55-82 ; sur le « Tribunal du monde » ou « Tribunal de l'opinion publique » de Jérémie Bentham et ses limites, V. Guillaume Tusseau, *Jeremy Bentham...*, *op. cit.*, p. 140 et s.

⁹⁵⁹ V. Par exemple, l'œuvre de Goethe, avec *Faust* : « la forme que Goethe donne à sa tragédie *Faust* dit déjà le sens de l'histoire d'un premier capitalisme, celui des fondateurs [...]. Goethe l'a alors montré : le pacte présenté à Faust [va] devenir celui d'une modernité où la figure humaine aboutit à l'idéaltype de l'entrepreneur capitaliste. La modernité réside là, en ce que les éléments ne servent plus désormais ni Dieu ni diable, mais seulement l'homme : à l'orée du XIX^e siècle, le poète annonce qu'au travers des lois de la production mue par l'énergie des forces de la

de même que l'individualisme⁹⁶⁰. Le philosophe allemand entend retourner le concept de Nation contre les Français. Seuls les Allemands constituent un peuple « authentique » selon le philosophe, tandis que les Français sont « l'ultime avatar de l'impérialisme latin », étant le fruit d'un brassage de Francs, Gaulois et Romains. S'inspirant des écrits de l'historien romain Tacite, il reprend les stéréotypes édités par ce dernier : les Germains sont des autochtones de leur propre terre, des êtres fiers, libres et valeureux guerriers depuis la victoire en l'an 9 av. J.-C. à Teutobourg. S'engage alors une lutte de résistance active à l'occupation française, au nom de la langue et du caractère propre de ce peuple allemand⁹⁶¹.

Il faut attendre 1814 pour percevoir une première traduction *juridique* de ce courant critique. Dans une mosaïque d'États divisés, aux régimes juridiques variés⁹⁶², l'effondrement du système napoléonien au lendemain de la bataille de Leipzig – du 16 au 19 octobre 1813 – place les nouvelles autorités allemandes devant un dilemme législatif : soit décréter l'abrogation du Code et le remplacer par le droit ancien, sinon une nouvelle codification inspirée des Codes prussien ou autrichien, soit enfin s'en tenir à un *statu quo*, avec possiblement quelques

nature rendues ancillaires, tout est devenu possible » Gilles Campagnolo, « Introduction de la partie I. La figure goethéenne de Faust et l'esprit du capitalisme conquérant – sur le dernier acte du Second Faust de Goethe », *Critique de l'économie politique classique. Marx, Menger et l'École historique allemande*, Paris, Éditions Matériologiques, 2014, p. 67-77.

⁹⁶⁰ « Concluons sur ces réflexions de Goethe : "On parle toujours d'originalité, mais qu'entend-on par-là ? Dès que nous sommes nés, le monde commence à agir sur nous et ainsi jusqu'à la fin, en tout ! Nous ne pouvons nous attribuer que notre énergie, notre force, notre vouloir. [...] Au fond, nous avons beau faire, nous sommes tous des êtres collectifs ; ce que nous pouvons appeler notre propriété au sens strict, comme c'est peu de chose ! et par cela seul, comme nous sommes peu de chose ! Tous, nous recevons et nous apprenons, aussi bien de ceux qui étaient avant nous que de ceux qui sont avec nous. [...] Au fond, c'est une folie de chercher à savoir si on possède quelque chose par soi-même ou par les autres" », François Flahault, « Pour une conception... », *op. cit.*, p. 783.

⁹⁶¹ Johann Chapoutot, *Histoire de l'Allemagne...*, *op. cit.*, p. 11-12 ; Reinhard Lauth, Yves Radrizzani, « Le véritable enjeu des "discours à la nation allemande" de Fichte », *Revue De Théologie Et De Philosophie*, vol. 123, n°3, 1991, p. 249.

⁹⁶² « Cette première diversité de régimes sur le double plan juridique et social, que perpétuent paradoxalement l'introduction et l'application délibérées du Code Napoléon dans les États de la Confédération du Rhin, se double encore, d'autre part, de cette autre diversité qui caractérise les territoires allemands demeurés hors de la sphère d'hégémonie de Napoléon en Allemagne : il s'agit de ceux de la Monarchie prussienne et de l'Empire autrichien régis, nous l'avons relevé, par des codifications nationales propres – le *Code général pour les États prussiens* (*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*) de 1794 et le *Code civil général pour les États héréditaires de la Monarchie autrichienne* (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie*) de 1811. L'une et l'autre de ces grandes codifications, fruits d'un long processus d'élaboration législative remontant au milieu du xviii^e siècle, consacrent en effet également, soit explicitement, soit implicitement, par-delà leur systématique propre comme par-delà leurs fondements philosophiques différents – le droit naturel wolffien pour la première, le droit naturel kantien pour la seconde –, l'existence d'une société d'ordres et la persistance du régime féodal », Friedrich Carl von Savigny, *De la vocation de notre temps...*, *op. cit.*, p. 18.

aménagements. Le juriste et philosophe hanovrien August Wilhelm Rehberg (1757-1836), déjà farouche opposant des idées de la Révolution française en 1793 est, dans ce contexte, à l'origine du premier ouvrage expressément contre le Code Napoléon et son introduction forcée en Allemagne. Il est considéré comme un théoricien de la Contre-Révolution en Allemagne. Resté à l'écart de toute déclaration politique depuis la domination napoléonienne, Rehberg conteste l'application sur les terres allemandes d'un Code étranger, nourri des principes rationalistes et « réformateurs du genre humain ». Il lui oppose à la place l'idée d'un droit coutumier transmis de génération en génération, lentement modifié. À ce titre, il plaide pour le respect de la tradition juridique correspondant au développement autonome de chaque peuple et se fait le défenseur du retour « pur et simple » de l'ancien droit. Admettant que le Code civil modère certains « excès » révolutionnaires, Rehberg lui reproche néanmoins son caractère extrême à propos de la mort civile dirigée contre les émigrés, l'affaiblissement de la puissance paternelle et la réduction du mariage à un simple contrat civil, voire plus généralement l'absence de toute référence religieuse. En d'autres termes, le discours révolutionnaire, avec son principe d'égalité et la baisse de l'influence du christianisme, lui paraît antinomique avec l'esprit germanique⁹⁶³.

Contrairement à l'individualisme défendu par la doctrine française, les philosophes et juristes allemands centralisent leurs raisonnements autour de la communauté, du peuple. Il ne s'agit pas pour autant absorber totalement l'individu. Il peut même y avoir des résurgences d'une certaine liberté individuelle, prenant corps surtout dans le recours à la résistance à l'oppression et à une possible « rébellion » comme « rempart ultime de la liberté »⁹⁶⁴. Il s'agissait là cependant surtout d'un moyen de légitimer l'affrontement contre le pouvoir étranger français, tout en sauvegardant l'idée d'une soumission à l'ordre politique interne. Le raisonnement des juristes français et allemands vise la même conclusion, mais empreinte un chemin différent. La différence entre les deux pensées juridiques semble atteindre son paroxysme plus tard avec Friedrich Hegel (1770-1831), qui considère l'État non pas comme institution créée par l'être humain, mais bien comme une « une entité spirituelle conçue pour exécuter la volonté de Dieu sur terre ». Ainsi, pour Hegel, l'État est toujours au-dessus de la population qu'il sert, là où en France, l'individualisme et le développement de la souveraineté populaire puis nationale ont amené à

⁹⁶³ Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 81-82 et 136-137 ; Jean-Louis Halpérin, *Histoire de l'État des juristes...*, *op. cit.*, p. 41-42 ; Friedrich Carl von Savigny, *De la vocation de notre temps...*, *op. cit.*, p. 19 et s.

⁹⁶⁴ Paul Dubouchet, *Philosophie et doctrine du droit...*, *op. cit.*, p. 67-68.

considérer l'État comme représentation de la population⁹⁶⁵.

Historiens, philosophes, linguistes mais aussi juristes allemands se mêlent donc à cet objectif commun : l'unité allemande, en s'opposant au modèle français. Selon Warnkoenig, « c'est à Goettingue que [commence], vers l'année 1780 [...] et par les travaux de M. Hugo, la réforme générale des études du droit ». Il évoque ici le premier théoricien de l'École historique du droit : le romaniste et philosophe du droit, Gustave Hugo (1764-1844). Considéré par les principaux représentants de l'École historique comme le « maître à penser de la science juridique du XIXe siècle », Hugo est aussi selon Karl Marx, le « primitif de l'École historique »⁹⁶⁶. Il est le premier à édifier une critique spécifiquement juridique contre le rationalisme jusnaturaliste du XVIII^e siècle et contre les Lumières, notamment allemandes, l'*Aufklärung*. Il leur oppose la « nature historique du droit »⁹⁶⁷. Contrairement à la théorie kantienne qui se veut purement rationnelle, il défend une forme métaphysique du droit⁹⁶⁸. L'histoire du droit se recoupe alors en deux disciplines, déjà distinguées autrefois par Leibnitz : l'histoire des sources et l'histoire interne des principes du droit. L'une fait référence aux antiquités juridiques, l'autre à l'origine des règles du droit positif⁹⁶⁹. Warnkoenig ajoute que les territoires allemands ont été « moins heureux » que la France, car n'ayant pas eu un Dumoulin pour débayer les coutumes avant le XVIII^e siècle. Domat inspire d'ailleurs fortement Hugo, en lui fournissant l'exemple d'une classification « raisonnée »

⁹⁶⁵ V. John Anthony Moses, « La théorie de la guerre juste... », *op. cit.*, p. 144-150 ; Johann Chapoutot, *Histoire de l'Allemagne...*, *op. cit.*, p. 10-13 ; Lauth, Reinhard et Ives Radrizzani, « Le véritable enjeu... », *op. cit.*, p. 249 ; Paul Dubouchet, *Philosophie et doctrine du droit...*, *op. cit.*, p. 55-82.

⁹⁶⁶ Karl Marx, *Das philosophische Manifest der Historischen Rechtsschule*, Stuttgart, 1902, p. 268, cité par Alfred Dufour, *Droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 159. Aussi, en 1840, Marx écrivait que si le Code Napoléon était « l'expression légale » de la « société bourgeoise » – société égoïste fondé sur le droit de propriété, ayant fait remplacer les privilèges médiévaux par le droit civil – celle-ci est amenée à disparaître. V. Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 89.

⁹⁶⁷ Alfred Dufour, *Droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 159.

⁹⁶⁸ « Bien sûr, on doit parler aussi d'une *rupture* opérée par Kant avec cette École du Droit Naturel. [...] Gustav Hugo, l'inspirateur de l'École historique du droit, saisit immédiatement le parti que la science juridique de son temps pouvait tirer de la *Rechtslehre*. La théorie Kantienne du droit se veut *purement rationnelle*, "métaphysique", édifée toute *a priori* : alors que l'École du Droit Naturel, quelle que pût être sa tendance au rationalisme, cherchait encore un point d'appui pour ses constructions dans un reliquat d'expérience, une expérience d'ailleurs réduite à l'observation prétendue de la "nature de l'homme" isolé, abstrait de son contexte social. Leibnitz lui-même avait bâti ses projets de systèmes de droit à partir de *définitions*, à la base desquelles peut encore entrer quelque part d'empirie. Kant remonte à "l'impératif", puisé au cœur de la conscience morale du sujet pensant, qui serait parfaitement rationnel » Emmanuel Kant, *Métaphysique des mœurs...*, *op. cit.*, p. 10.

⁹⁶⁹ Jean-Louis Halpérin, « L'histoire du droit constituée en discipline... », *op. cit.*, p. 10.

de la jurisprudence⁹⁷⁰.

À cet égard, s'il est vrai que la préoccupation fondamentale de Savigny, ainsi que l'atteste le témoignage de Gustav Hugo (1764-1844), si ce n'est le titre même de l'opuscule de 1814, est de « sauver » la science face aux Codes⁹⁷¹.

La première mention en France de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) et ses idées se trouve dans le premier tome de *La Thémis*, sous la plume de Warnkoenig : « M. de Savigny fut nommé professeur de droit à Landshut en 1808 [...] et en 1810 à Berlin où il professe encore aujourd'hui, remplissant en même temps les fonctions de conseiller d'État et de conseiller à la Cour de cassation pour les provinces rhénanes ». Selon Warnkoenig les liens entre Hugo et Savigny sont d'abord dus à l'ouvrage de ce dernier, *Traité de la possession en droit romain*. Il s'agit du seul à être présent dans la littérature civiliste française avant les années 1840⁹⁷². Depuis le plus jeune âge, Savigny souhaite devenir un « réformateur de la science juridique, voire un Kant de la jurisprudence »⁹⁷³. En 1814, il s'oppose à Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840) qui milite pour un Code applicable à tous les États de la Confédération germanique. Tous les deux s'inspirent cependant au départ des travaux de Rehberg. Thibaut admet par exemple que l'Empereur français a trahi et non poursuivi les idéaux révolutionnaires, avec son œuvre issue de praticiens sans connaissances théoriques solides, du fait du déclin de l'enseignement du droit en France. Quant à Savigny, accentuant les arguments de Rehberg, il s'attaque au plan et aux lacunes du Code civil, notamment son absence de définitions et de principes généraux clairs sur le droit réel et les obligations et, par conséquent sur la large part laissée à l'arbitraire du juge. Pour Savigny, l'origine du droit se trouve dans une « conscience populaire » qui s'exprime par le discours scientifique des juristes⁹⁷⁴.

⁹⁷⁰ Léopold Auguste Warnkoenig, *Thémis...*, *op. cit.*, p. 10-11.

⁹⁷¹ Friedrich Carl von Savigny, *De la vocation de notre temps...*, *op. cit.*, p. 30.

⁹⁷² *Ibid.*, p. 18 ; V. Aussi sur Savigny, Rafael Suguimoto Herculano, *Le pouvoir du droit : la doctrine à l'ère du scientisme juridique, approches historiques comparées entre la France et le Brésil*, sous la direction des Professeurs Nader Hakim et José Reinlado de Lima Lopes, Bordeaux, Université de Bordeaux, soutenue le 10 décembre 2020, p. 113 et s.

⁹⁷³ Alfred Dufour, *Droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 153.

⁹⁷⁴ Léopold Auguste Warnkoenig, *Thémis...*, *op. cit.*, p. 21 : « M. Thibaut qui chercha à démontrer la nécessité d'un Code civil applicable à tous les États de la Confédération germanique, tandis que d'autres voulaient des Codes particuliers pour chacun de ces États. Cependant, le projet de créer de nouveaux Codes n'obtint pas l'assentiment de tous les jurisconsultes [...] M. de Savigny ouvrit cette lutte, contre M. Thibaut et les partisans des nouveaux Codes, en publiant un écrit sous ce titre : *De la Vocation de notre siècle pour la Législation et la Jurisprudence*. Dans cet ouvrage

Théorie novatrice de l'origine et du fondement du droit d'abord : exposée au chapitre 2, avec le droit romain pour modèle de référence privilégié, c'est celle qui assigne pour origine et fondement au droit, en lieu et place de l'État, la « commune conviction du peuple » (gemeinsame Überzeugung des Volkes, la « conscience populaire » (Bewusstsein des Volkes), voire, selon la formule qui deviendra emblématique de toute l'École et que Savigny reprendra lui-même vingt-cinq ans plus tard de son disciple Georg Friedrich Puchta (1798-1846) dans le premier volume de son Système du droit romain actuel, « l'esprit du peuple » (Geist des Volkes, Volksgeist)⁹⁷⁵.

Le droit, comme le langage et les mœurs, est un produit de cette « conscience populaire » sinon du *Volksgeist* – terme auquel Savigny ne se rallie « que du bout des lèvres »⁹⁷⁶ –, élément coutumier et irrationnel, auquel s'ajoute un élément technique : le travail des juristes⁹⁷⁷. Aussi, l'histoire du droit romain montre que la codification est souvent synonyme de décadence du

vraiment remarquable, M. de Savigny s'expliqua d'une manière neuve sur l'origine du droit et des lois. Il prétendit qu'il ne fallait pas enlever à un peuple le droit formé par ses mœurs et modifié par l'esprit de chaque temps ; qu'une jurisprudence mûrie lentement par des jurisconsultes éclairés, serait toujours préférable à une législation nouvelle et créée, pour ainsi dire, d'un seul jet. Il s'appuya du témoignage de l'histoire » ; V. aussi, Friedrich Carl von Savigny, *De la vocation de notre temps...*, *op. cit.*, p. 21 : « C'est dans ce contexte historico-juridique particulier que se situe donc la fameuse “querelle de la codification”, que les historiens du droit ont pris l'habitude de réduire au débat Thibaut-Savigny, notamment à partir de la publication en 1914 pour le centenaire de ce débat par Jacques Stern des manifestes en cause des deux plus célèbres jurisconsultes de l'époque en Allemagne, l'un et l'autre, par une singulière ironie de l'histoire, de lointaine origine française, voire huguenote. La vérité historique oblige cependant à reconnaître que le véritable appel à la codification de Thibaut est lui-même déjà une réplique grand public à la virulente et substantielle critique du Code Napoléon d'A. W. Rehberg » ; V. Sur l'appel à la codification de Thibaut et sur la réponse de Savigny, *ibid.*, p. 22-28, dont, p. 27-28 : « Savigny rappelle d'abord les deux opinions principales qui se sont manifestées à cet égard, la première, celle d'A. W. Rehberg, tendant au rétablissement du régime juridique antérieur, la seconde préconisant l'adoption d'un code commun pour tous les États allemands, pour élucider ensuite plus attentivement les prémisses de cette deuxième opinion ; celles-ci tiennent à son avis, d'une part, à la disparition du sens historique, c'est-à-dire à la perte du sens de la continuité du développement des peuples et des constitutions [...] Examinant alors le bien-fondé de cette conception du droit et de sa formation, Savigny aborde dans les deux chapitres suivants la problématique de la genèse du droit positif (chap. 2) et celle de l'influence de la législation et de l'État sur le droit (chap. 3). Ce lui est l'occasion de développer, d'un côté, une véritable théorie de la formation et des sources du droit à partir de la conscience populaire d'un autre côté, une analyse critique des fonctions de la législation par rapport au droit civil et de la codification comme telle ainsi qu'on l'entend alors, qui font de ces deux chapitres les chapitres clefs de l'opuscule et le cœur de la pensée juridique de l'École du droit historique. ». V. Enfin, sur Thibaut uniquement, Jean-Louis Halpérin, *Histoire de l'État des juristes...*, *op. cit.*, p. 43 et s.

⁹⁷⁵ Friedrich Carl von Savigny, *De la vocation de notre temps...*, *op. cit.*, p. 30-31.

⁹⁷⁶ Jean-Louis Halpérin, *Histoire de l'État des juristes...*, *op. cit.*, p. 47.

⁹⁷⁷ À ce propos, le rôle que confère l'École historique au juriste n'est guère différent que chez les exégètes français. En effet, pour les premiers interprètes, le professeur est un « hiérophante capable de dégager la *veritas juri* prisonnière de l'opacité des faits. Lui seul est qualifié pour trouver dans l'histoire et la philosophie des instruments susceptibles d'éclairer le sens du corpus juridique mis à la disposition des interprètes », Jérôme Ferrand, « La science du droit à l'épreuve du spiritualisme... », *op. cit.*, p. 37.

droit selon Savigny. Toute codification ne doit être que l'aboutissement d'un long travail de la doctrine, chose qui manque dans les territoires allemands et qui amène Savigny à juger un Code allemand comme prématuré, pour preuve les nombreuses imperfections du Code Napoléon. De même, Savigny porte une virulente critique contre les auteurs mêmes du Code, plus particulièrement les membres du Conseil d'État, qu'il juge comme étant des « juristes amateurs »⁹⁷⁸. Même si les idées de Savigny rencontrèrent beaucoup d'opposition, ce dernier eut droit au soutien d'Hugo, les amenant à être définis tous les deux comme les « chefs d'une nouvelle école, à laquelle ils donnèrent le nom d'école historique »⁹⁷⁹. Warnkoenig partage alors cet avis critique, considérant qu'il est du « caractère » des habitants des territoires allemands, que d'être « attachés aux lois et aux opinions consacrées, par le temps et les mœurs »⁹⁸⁰.

*C'est dans la conscience commune du peuple que vit le Droit positif [...] et c'est pourquoi nous devons l'appeler aussi le Droit populaire (Volksrecht). Mais il ne faut nullement le comprendre comme si c'étaient les membres individuels du peuple à l'arbitraire desquels serait due la création du Droit. C'est bien plutôt l'esprit du peuple (Volksgeist) répandu et agissant communément en chacun qui est à l'origine du Droit positif – lequel apparaît pour la conscience ce chacun non pas fortuit, mais nécessaire*⁹⁸¹.

⁹⁷⁸ V. Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 1... », *op. cit.*, p. 62 et, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 82-83.

⁹⁷⁹ *Ibid.*, p. 22. Néanmoins, Hugo admit par la suite que son approche s'opposait à l'École du droit naturel de Savigny, qu'il qualifiait d'École anhistorique. Savigny ne souhaitait pas accomplir en réalité une exploitation de données matérielles passées, mais cherchait à appréhender le réel et le présent au travers de l'analyse de ses mutations successives. L'histoire du droit devenait par conséquent une clef de compréhension du présent, une méthode essentielle à la science du droit, non seulement du droit national, mais aussi pour l'ensemble des droits à l'échelle internationale. Leurs deux conceptions faisaient toutefois de l'histoire du droit la reine des disciplines juridiques, les divergences entre germanistes et romanistes n'empêchant pas l'approche historique de devenir le noyau dur de la science juridique. En œuvrant ainsi au réveil national allemand contre Napoléon, les membres de l'École du droit historique participaient à l'émergence d'un droit spécifique allemand. V. Jean-Louis Halpérin, « L'histoire du droit... », *op. cit.*, p. 11-15.

⁹⁸⁰ Voilà pourquoi la législation allemande se compose de deux éléments principaux : le droit romain, hérité principalement par Justinien et le droit coutumier, qui « prend sa source dans le caractère et les mœurs germaniques. V. Léopold Auguste Warnkoenig, *Thémis...*, *op. cit.*, p. 10. Qu'il soit question de son orientation romaniste-universaliste ou nationale-germaniste, l'École du Droit historique représente malgré tout toujours un tournant majeur dans l'histoire de la pensée et de la science juridique, du fait de son action de revalorisation de la coutume et du rôle originel du peuple, dans la formation du Droit. V. Alfred Dufour, *Droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 162.

⁹⁸¹ Savigny cité par Alfred Dufour, *Droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 185-186.

Savigny considère, à l'instar de l'ensemble des partisans de l'École historique, le Code de 1804 comme n'étant qu'une œuvre politique en soutien du despotisme de Bonaparte et à sa prétendue « validité universelle ». L'universalisme des valeurs républicaines a servi de prétexte aux conquêtes révolutionnaires⁹⁸². En raison de son attaque « aux forts accents nationalistes » mais aussi contre l'École du droit naturel, le juriste allemand s'affirme comme le chef de file de l'École historique⁹⁸³ et initie le mouvement intellectuel de l'historisme. Il définit la pensée historique comme « la chose commune de toute la culture occidentale » ; d'où la critique de Marx, qui dénonce l'École historique comme étant une « École qui légitime l'infamie d'aujourd'hui par l'infamie d'hier, qui déclare rebelle tout cri du serf sous le knout, dès que le knout est un knout chargé d'années, un knout daté, un knout historique »⁹⁸⁴.

*Quant aux notions clefs de l'argumentation savignienne, qui vont devenir les notions fondamentales de toute la pensée juridique et politique de l'École du droit historique, que ce soit chez un K. F. Eichhorn ou un J. Grimm, un G. F. Puchta ou un G. Beseler, il s'agit essentiellement, rappelons-le, des notions d'organisme ou d'organicité, d'histoire ou d'historicité, de système et d'individualité, de particularisme*⁹⁸⁵.

La notion « d'organisme » ou « d'organicité » chez Savigny, est principalement due à l'influence de Schelling et, plus subsidiairement de Herder. Si elle imprègne la conception savignienne de la science juridique, de la société, de l'État et de l'histoire, c'est d'abord car Savigny interprète la société et l'histoire comme des organismes vivants, composés d'éléments – individus, familles, peuples – qui ne peuvent mener leurs propres existences sans la partie intégrantes d'une totalité naturelle qui les dépassent. Quant aux notions d'individualité ou de particularisme, Savigny les relie à la singularité de chaque époque historique. Le particularisme juridique est due à l'originalité même des individualités et des peuples. L'organicité, couplée à ce particularisme, forme ainsi le fer de lance du combat contre l'universalisme et le rationalisme du Code Napoléon⁹⁸⁶.

⁹⁸² Alfred Dufour, *Droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 138 et 182-183.

⁹⁸³ Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 1 - Au temps de l'Exégèse », *op. cit.*, p. 62-63.

⁹⁸⁴ Karl Marx, cité par Alfred Dufour, *Droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 155.

⁹⁸⁵ Friedrich Carl von Savigny, *De la vocation de notre temps...*, *op. cit.*, p. 34-35.

⁹⁸⁶ *Ibid.*, p. 30-37. V. Sur la notion d'organicité, p. 38 : « Quant à la notion d'organicité, Savigny en explicitera, d'une part, le sens concernant la société et l'histoire dans son article introductif de la revue de la nouvelle École en 1815

L'École historique du droit tend ainsi à valoriser l'histoire, tout en revalorisant la collectivité par rapport à l'individu. Henri Capitant (1865-1937), à la fin du siècle – dans un contexte où l'Allemagne est associée au *barbarisme* du collectivisme, contre l'individualisme français – nous rapporte que l'École historique s'est efforcée de démontrer que le droit est un produit de l'histoire et qu'il « naît des rapports sociaux, des besoins économiques et des aspirations de chaque époque, de la lutte des classes pour la défense de leurs intérêts divergents ». Le concept de *Volk* s'oppose à la singularité de l'individu. Fruit de l'influence de Friedrich von Schelling (1775-1854) et de sa conception de « totalité organique », le *Volk* apparaît comme un organisme vivant et évolutif ; tout comme le droit, remarque Capitant⁹⁸⁷. Les différentes parties qui la compose, l'individu ou la famille, ne peuvent mener une existence autonome. S'il s'agit d'une virulente réaction contre l'atomisme de l'individualisme jusnaturaliste véhiculé par les Lumières et la Révolution⁹⁸⁸, l'écart entre l'École historique et le Code ne se résume pas simplement à la seule méthode juridique, mais aussi à son discours anthropologique : selon Capitant, l'École historique allemande voit l'individu comme un être nécessairement et avant tout solidaire et déterminé par la collectivité et non entendu de manière isolée⁹⁸⁹, tandis que les juristes français restent malgré tout foncièrement individualistes.

Quant à Raymond Saleilles (1855-1912), il attribue – dans une période similaire à Capitant – comme mérites à l'École historique et notamment à Savigny, d'avoir fait « d'une part, la démonstration de la constante évolution du droit aux évolutions sociologiques », mais aussi d'avoir démontré « la nécessité d'une adéquation entre le droit et les faits sociaux ». Face au

en ces termes dogmatiques : « Il n'est aucune existence humaine qui soit pleinement singulière et parfaitement isolée. Bien plus, ce qu'on peut considérer comme particulier est considéré d'un autre point de vue comme partie intégrante d'une totalité qui le dépasse. C'est ainsi que chaque homme individuel doit être nécessairement conçu en même temps comme membre d'une famille, d'un peuple, d'un État. Et chaque époque d'un peuple de même comme la continuation et le développement des époques passées ».

⁹⁸⁷ Henri Capitant, *Introduction...*, *op. cit.*, p. 28-32.

⁹⁸⁸ V. Jacques Droz, *Le romantisme allemand et l'État*, Paris, 1966, p. 19 s ; Alfred Dufour, *Droits de l'homme...*, *op. cit.*, p. 182-183 et 262.

⁹⁸⁹ Capitant, soutenant la vision anthropologique de l'École historique, la présente ainsi : « et voici comment on la résume ordinairement : « l'homme nous apparaît sous un aspect bien différent. Il ne figure plus comme un être isolé, mais comme un membre du tout organique qui compose l'humanité ». L'être humain a dès lors *besoin*, du fait de sa nature imparfaite – « incomplète [et] défectueuse » – de la vie en société. Cependant, malgré son vif attrait pour la méthode allemande, Capitant ne l'exempte pas de défaut. En réalité, elle sert avant tout de prisme, à l'édification d'un nouveau modèle de pensée juridique, qui s'amorce à la fin du siècle et qui se veut opposer à l'exégèse. V. Henri Capitant, *Introduction...*, *op. cit.*, p. 8-9, citant Savigny, *Traité de droit romain*, t. I, § 53, traduct. Guénoux, p. 334 et 335, mais aussi, p. 24-28.

manque d'intérêts par les exégètes de la cause profonde des troubles sociaux, que Saleilles appelle de « faits sociaux », l'École historique offre un nouvel angle d'analyse. Pour autant, tous deux ne s'accordent pas sur la question de l'appréhension des rapports entre l'individu et la société. En effet, Savigny fait du droit l'expression immuable de l'âme d'un peuple, le *Volkgeist*, ce qui heurte le « progressisme fondamental » de Saleilles. La coutume selon Savigny justifie un droit « presque immuable », entendu comme « un conservatisme assumé » – voire un traditionalisme – plutôt en faveur de la stabilité inspirée de la société d'Ancien Régime. À l'inverse, Saleilles, à l'instar d'une partie importante la doctrine française DE la fin du siècle, est plutôt orientée vers une conception qui se veut plus « progressiste » ; au moins dans son discours⁹⁹⁰.

Si l'école de Savigny avait rompu avec l'idée de l'universalité du droit naturel et fondé le nationalisme juridique, elle n'avait pas répudié la distinction classique du droit et de la force. Ce pas décisif vers le brigandage juridique devait être franchi au milieu du dix-neuvième juridique, pendant la période bismarckienne, par une école de jurisconsultes brutaux dont les plus connus sont Ihering [...], Jellinek et dont le plus important est certainement Ihering. Cette génération fut imbue de la philosophie de Hegel⁹⁹¹.

Toutefois l'ensemble de la doctrine française ne partage pas à la fin du siècle cet engouement pour les penseurs allemands ; surtout les éléments les plus conservateurs au lendemain de la défaite de 1870. À ce titre, Maurice Hauriou par exemple, attaque farouchement ces « docteurs d'outre-Rhin », hostiles au concept de « droit naturel universel et immuable dont l'idéal doit être commun à tous les hommes ». Hegel ne fait que confirmer la tendance, tandis qu'il considère que le droit ne s'identifie qu'avec la force. Le droit public n'est que l'expression de la force collective de l'État, annihilant de fait, tout individualisme et libertés⁹⁹².

⁹⁹⁰ Nicolas Haupais, « La “crise” de la pensée révolutionnaire au tournant du XXe siècle : la pensée “constitutionnelle” de Raymond Saleilles », dans *Revue d'histoire des Facultés de droit*, 2003, n° 23, p. 18-19. Nous y reviendrons plus en détails, V. *Infra*, p. 349-360.

⁹⁹¹ Maurice Hauriou, *Aux sources du droit...*, *op. cit.*, p. 16.

⁹⁹² *Ibid.*, p. 14 ; *ibid.*, p. 16 : « si l'école de Savigny avait rompu avec l'idée de l'universalité du droit naturel et fondé le nationalisme juridique, elle n'avait pas répudié la distinction classique du droit et de la force. Ce pas décisif vers le brigandage juridique devait être franchi au milieu du dix-neuvième juridique, pendant la période bismarckienne, par une école de jurisconsultes brutaux dont les plus connus sont Ihering [...], Jellinek et dont le plus important est certainement Ihering. Cette génération fut imbue de la philosophie de Hegel ».

En somme, en réaction au Code et à son modèle social se développe l'idée d'une lutte perpétuelle entre les peuples, censée *assainir* les nations. Elle apparaît ainsi légitime et naturelle chez les pasteurs, comme chez les juristes, d'où le sentiment « naturel » de devoir résister à l'invasion napoléonienne et ensuite à son Code⁹⁹³. L'œuvre française est d'ailleurs brûlée par la suite durant les manifestations patriotiques de 1814 à Feldberg – premier anniversaire de la bataille de Leipzig – ou à Wartburg de 1817 ; fête où l'on retrouve déjà le jeune Karl Marx⁹⁹⁴. De nombreux artistes se greffent à cette réflexion originellement attribuée à Fichte et Herder, en cherchant à définir l'instinct naturel qui habite inconsciemment le peuple allemand. Inconnus des juristes français et vivant une existence quasi monastique, Jacob et Wilhelm Grimm (1785-1863 et 1786-1859) sont de parfaits idéaux types de ces savants romantiques allemands : leur existence mêle un patriotisme effréné à un amour profond pour leur langue maternelle. L'âme populaire se traduit pour eux par un langage et un droit, mais aussi par des éléments extérieurs qui font du *Volksggeist*, une réalité collective inconsciente providentielle à laquelle les individus sont soumis. Déjà chez Luther, l'État prime sur l'individu. Il est l'instrument de l'exécution de la volonté de de Dieu sur terre. Les romantiques allemands se montrent plus déterministes que les juristes français, qui font preuve d'un volontarisme toujours plus accru tout au long du XIXe siècle⁹⁹⁵. Les frères Grimm en arrivent à fonder une nouvelle science : la « science du peuple », celle qui est censée l'emporter sur toutes les autres disciplines concurrentes. Le romantisme devient une arme politique en faveur du discours nationaliste, tandis qu'il revient aux intellectuels d'aider le peuple allemand à reconnaître sa propre originalité culturelle et nationale⁹⁹⁶. Dans ce contexte, « Savigny achève sans doute de constituer la première formulation de la doctrine de l'École du droit historique dans tout ce qui la différencie de celle de l'École du droit naturel. [...] Il scelle surtout dans l'immédiat l'échec du mouvement de codification dans

⁹⁹³ D'autant plus que pour les pasteurs, la seule source d'autorité du monarque est celle du droit divin, qui allait alors à l'encontre de la conception parlementaire ou populaire franco-anglaise de la souveraineté. Luther justifiait déjà les guerres « défensives », tout en étant opposé au droit de résistance face à l'ordre d'un Prince ou de l'État. V. John Anthony Moses, « La théorie de la guerre juste... », *op. cit.*, p. 144-145.

⁹⁹⁴ Jean-Louis Halpérin, *Histoire de l'État des juristes...*, *op. cit.*, p. 47.

⁹⁹⁵ V. à propos de l'autonomie de la volonté et du volontarisme en général dans la doctrine du XIXe siècle qui, bien que contraire à la pensée première des rédacteurs traduit son esprit libéral qui ne cesse de croître, Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 67 et 124-125 ; Alfons Bürge, « Le Code civil... », *op. cit.*, p. 1 et s.

⁹⁹⁶ Il se peut toutefois que la langue, la littérature ou la coutume se façonne aussi par le biais d'intrusions étrangères, ce qui conduit Jacob Grimm à adopter une « vision équilibrée et harmonieuse des rapports entre éléments nationaux et éléments étrangers », Alfred Dufour, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Léviathan, PUF, 1^{er} édition, octobre 1991, p. 172-173 ; V. aussi Johann Chapoutot, *Histoire de l'Allemagne...*, *op. cit.*, p. 12-13.

l'histoire de l'Allemagne et le compromet pour plus d'un demi-siècle »⁹⁹⁷.

⁹⁹⁷ Friedrich Carl von Savigny, *De la vocation de notre temps...*, *op. cit.*, p. 41.

S2- L'École historique française : un discours similaire avec la seconde génération

Pendant ce temps, en France, le romantisme s'importe depuis la Grande-Bretagne et d'Allemagne. Les auteurs tendent à réhabiliter le Moyen-âge, ses légendes, son mysticisme et son ingénuité qui avaient été attaqués depuis le classicisme et le rationalisme français aux XVII^e et XVIII^e siècles. Les romantiques valorisent l'historicité et se montrent favorables à la paix, à la suite de l'épopée sanginaire et la censure littéraire de l'Empire. Ils cultivent une certaine dépression individuelle, s'adaptant très bien avec l'atomisme contemporain de la Révolution, tout en faisant preuve d'un refus de l'imiter et voulant faire acte de rupture. À partir des années 1830, le romantisme français devient moins lyrique, basculant d'un discours politique traditionnel ou conservateur, à un discours plus social et accentuant la rupture entre la bourgeoisie, constituée de « propriétaires prudents et professeurs étriqués » et les masses laborieuses⁹⁹⁸. Le mouvement romantique est en effet influencé par les idées libérales mais aussi sociales, parallèlement au développement de nouveaux salons et la presse moderne⁹⁹⁹. L'objectif recherché est d'aider à ce que la masse des citoyens puisse devenir plus éclairée, plus morale et par conséquent plus heureuse, ce qui aurait pour effet aussi de rendre plus critique, notamment contre l'ordre en place¹⁰⁰⁰. Le phénomène est particulièrement visible chez Victor Hugo (1802-1885) qui, de fervent

⁹⁹⁸ Notamment sous la plume de Lamartine, avec son recueil de poèmes, *Les méditations poétiques* (1820). Apparaît aussi le théâtre romantique avec Victor Hugo et Alexandre Dumas – ce dernier ayant son propre théâtre, boulevard du Temple – ayant une inspiration Shakespearienne. Le public se mêle aux pièces, lui donnant une sensibilité populaire toute particulière. Par la suite, le romantisme s'exporte dans sous la forme de romans, historiques, bucoliques ou philosophiques, sous la plume de Dumas, George Sand, Stendhal ou Balzac. Ce dernier, avec ces quatre-vingt-dix romans écrits entre 1829 et 1848 de *La Comédie humaine*, tente de brosser un portrait le plus détaillé possible de la société dans laquelle il vit et marque le pas de cette évolution d'un romantisme plus social qu'individualiste. V. Pierre Albertini, *La France au XIX^e siècle...*, op. cit., p. 31-32.

⁹⁹⁹ Souvent se perçoit dans la littérature et dans l'art en général une relation inversée avec la tendance politique. Tandis que sous l'Empire, la littérature et la presse est en retrait, voire assoupie, elle est au contraire plus audacieuse et novatrice sous la Restauration. Depuis 1815 mais surtout après la « Révolution bourgeoise » de 1830, la presse connaît un fulgurant essor après l'initiative prise par Émile Girardin, qui popularisa la presse en abaissant son prix grâce à l'usage de la publicité. V. Arlette Michel, Colette Becker, Patrick Berthier, Mariane Bury, Dominique Millet, *littérature française...*, op. cit., p. XV, 44-45 et 90-93.

¹⁰⁰⁰ « Pour défendre cette "science des arrêts", Sirey déploie alors plusieurs séries d'arguments. Au niveau politique et social tout d'abord, l'arrêteste emploie une rhétorique typiquement Révolutionnaire favorable à la publicité des jugements et à la connaissance du droit par tous les citoyens. En effet, le juriconsulte estime que la diffusion et l'étude de la jurisprudence contribuent à la moralisation de la société et à la démocratisation du droit : "de sa nature, la science des arrêts tend à populariser le droit, peut-être même, sous ce rapport, à perfectionner la civilisation ; que, dans les tribunaux, elle maintient l'unité de la jurisprudence [...] et ajoute à l'efficacité de la loi tout l'empire de l'opinion ; que, par elle, la masse des citoyens doit, ou peut, devenir plus éclairée, plus morale [...] et conséquemment plus heureuse" », Pierre-Nicolas Barenot, *Entre théorie et pratique...*, op. cit., p. 98.

bonapartiste devient à la fin du siècle un défenseur de la cause sociale et républicaine, voire d'une conscience populaire¹⁰⁰¹.

Même s'il ne s'agit pas d'une œuvre romantique¹⁰⁰², le Code civil est largement repris par les romantiques français. François-René de Chateaubriand (1768-1848), Honoré de Balzac (1799-1850), Alphonse de Lamartine (1790-1869) ou encore Victor Hugo (1802-1885) saluent néanmoins la codification en hommage à Napoléon¹⁰⁰³. Le Code est présenté comme un message de foi envers la liberté individuelle, prônant l'éducation du peuple, dans l'espoir de le canaliser et d'éviter son déchainement¹⁰⁰⁴. Il rompt avec la division millénaire des ordres et des classes sociales, tout en excluant par avance les aspirations contemporaines collectivistes, voire holistiques, présentes notamment dans le discours allemand¹⁰⁰⁵. Le personnage qu'incarne l'Empereur, par sa dualité contradictoire entre l'homme héritier des Lumières et le protecteur de l'Église catholique, ayant aussi permis le retour massif des émigrés, révèle d'un paradoxe qui plait aux auteurs romantiques. Si l'œuvre de Balzac semble « transpirer le désespoir »¹⁰⁰⁶ et se montre hostile au rousseauisme, son discours sur la surhumanité peut nous sembler se rapprocher de la théodicée de la nature et destinée humaine des rédacteurs et premiers interprètes du Code¹⁰⁰⁷. Le romantisme de Balzac se veut moraliste et incite à quitter la médiocrité, état premier dans lequel

¹⁰⁰¹ Alain Pessin, « Chapitre III - Victor Hugo et le peuple écolier », *Le mythe du peuple et la société française au XIX^e siècle*, Paris, PUF, « Sociologie d'aujourd'hui », 1992, p. 55-98.

¹⁰⁰² Philippe Malaurie, « Le code Napoléon et le romantisme », n° 41, *Droits* 2005/1, p. 16.

¹⁰⁰³ « Retomber de Bonaparte et de l'Empire dans ce qui les a suivis, c'est tomber de la réalité dans le néant, du sommet d'une montagne dans un gouffre. Tout n'est-il pas terminé avec Napoléon ? Aurais-je dû parler d'autre chose ? Quel personnage peut intéresser en dehors de lui ? De qui et de quoi peut-il être question, après un pareil homme ? », François-René de Chateaubriand, *Mémoires d'outre-tombe* (1839), texte établi *post-mortem* par Edmond Biré, Paris, Garnier, T. 4, 1910, p. 127.

¹⁰⁰⁴ Arlette Michel, Colette Becker, Patrick Berthier, Mariane Bury, Dominique Millet, *littérature française...*, *op. cit.*, p. 112, 137-138.

¹⁰⁰⁵ V. par exemple Rudolf von Jhering (1818-1892), qui est à l'origine d'un mouvement donnant au concept de but et de destinée, une place de premier choix, permettant de vivifier toute l'ossature du droit : « le but, c'est l'âme de toute fonction organique [...] et le droit n'est pas autre chose. La fonction de la peine doit donc être dirigée vers son but social, adaptée à son but, comme l'instrument au résultat qu'il veut atteindre. Voilà pourquoi c'est l'avenir qu'elle a en vu et non le passé, le fait à réaliser et le résultat à obtenir, beaucoup plus que le crime commis [...]. C'est tout ce qu'indique la Zweckstrafe, peine caractérisée par son but, en opposition avec la Vergeltungstrafe, peine immobilisée par sa fonction de rétribution purement mécanique et mathématique », Raymond Saleilles, *L'individualisation...*, *op. cit.*, p. 11-12.

¹⁰⁰⁶ Philippe Malaurie, « Le code Napoléon... », *op. cit.*, p. 4 et 9.

¹⁰⁰⁷ Cf. Matthieu Giroux, « Crime et Châtiment de Dostoïevski : aux origines du Surhomme », *Philitt revue de philosophie et de littérature*, 6 février 2014. V. *Supra*, p. 177 et 204.

se situe l'individu, ce qui n'est pas contraire au message anthropologique du Code. Car, si Balzac croit en la nature humaine, c'est uniquement dans le cas où l'individu se montre volontariste et surtout, s'il s'associe avec ses congénères. Toutefois, les auteurs romantiques ne sont pas forcément des défenseurs absolus du modèle social promu par le Code. L'auteur de la *Comédie humaine*, en l'absence d'une attaque systématique de la part des théoriciens de la droite légitimiste, se fait par exemple leur *porte-parole* en critiquant principalement les principes du Code. Ils détruisent « la famille d'autrefois », « base des sociétés humaines », notamment par l'intermédiaire de la loi des successions et des principes d'égalité et d'atomismes¹⁰⁰⁸. Là où le Code et ses défenseurs semblent vouloir faire l'apologie d'un individu modéré qui maîtrise ses passions, les romanciers français font, *a contrario*, le plaidoyer d'une énergie humaine passionnelle, « qui ne s'arrête jamais »¹⁰⁰⁹.

Le caractère évolutif du droit démontré par les arrêtistes, comme leur ouverture aux innovations juridiques et aux revirements d'opinions, s'inscrit dans ce contexte, critique du Code. Apparaît l'idée d'un premier changement ou compromis idéologique ; du moins dans le discours. Cette fois, l'intérêt des arrêts et de la jurisprudence, activité qui plait aux défenseurs de la méthode historique, mais pas seulement comme nous l'avons déjà vu, est de pallier les lacunes de l'exégèse, que met notamment en avant la littérature. La jurisprudence doit permettre aux arrêtistes d'incarner cet intérêt croissant des juristes à l'égard des problèmes sociaux occultés par les exégètes. La parution de la *Thémis* en 1819 marque un second changement : désormais la jurisprudence se voit intégrer des ouvrages savants dont les propos sont, au moins en théorie, plus critiques contre le Code¹⁰¹⁰. À ce titre, Jean-Baptiste Sirey (1762-1845), comme Désiré Dalloz (1795-1869)¹⁰¹¹, font preuve d'une méthode à la fois novatrice et inspirante, même si en réalité

¹⁰⁰⁸ « Bien documenté grâce à la presse, Balzac a évoqué un grand nombre de questions de droit à travers ses romans : les successions (*Le cousin Pons*), les enfants naturels (*Ursule Mirouët*), l'usure (*Gobseck*), l'absence (*Le colonel Chabert*) ou les faillites (*César Birotteau*). Légitimiste convaincu à partir de 1831, il a repris et développé les attaques de Bonald, tout en restant un esprit indépendant, également sensible à d'autres courants de pensée, comme le saint-simonisme. » V. Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 65-66 et 85.

¹⁰⁰⁹ Philippe Malaurie, « Le code Napoléon... », *op. cit.*, p. 15-16.

¹⁰¹⁰ « Quelques années après la parution de la *Jurisprudence du XIXe siècle* de Sirey et alors que Dalloz vient de commencer la publication d'un *Répertoire* plus ambitieux encore, un auteur de la *Thémis* profite du dynamisme et de la renommée de ces arrêtistes pour mettre en cause la qualité de leurs travaux », Pierre-Nicolas Barenot, *Entre théorie et pratique...*, *op. cit.*, p. 237.

¹⁰¹¹ Dalloz entreprit ses études de Droit en 111, quand la notoriété de Sirey – alors juriste autodidacte – était déjà faite. Sur Désiré Dalloz et Jean-Baptiste Sirey, V. Pierre-Nicolas Barenot, *Entre théorie et pratique...*, *op. cit.*, p. 8, 88-91,

ce n'est que de façade ; car en pratique, le fond du discours idéologique et anthropologique reste assez conservateur¹⁰¹².

Sirey¹⁰¹³ adopte une rhétorique « typiquement Révolutionnaire » en se montrant favorable à la publicité des jugements et à la connaissance du droit par tous. Nuançant certaines prises de décisions défendues par le Code, il souhaite une meilleure garantie des droits individuels face aux abus du pouvoir et de l'Administration. Dans ses commentaires, il nous est possible de percevoir une volonté d'insister particulièrement sur le fait de devoir respecter les droits privés, même dans l'ordre administratif. La liberté individuelle, le droit de propriété et de l'industrie est privilégiée sur le droit symbolisant l'intérêt public étatique : le droit administratif¹⁰¹⁴. Les conclusions du comte royaliste Montlosier sont parfois reprises¹⁰¹⁵.

Toutefois, l'utilisation des racines de l'Ancien Régime ne vise qu'à sauver le Conseil d'État, comme la doctrine l'eut déjà fait pour le Code civil avec Pothier, afin de les repositionner sur la question de la monarchie. Il tente aussi de défendre les masses de granit face aux critiques libérales qui y voyaient une atteinte à l'unité de la justice et qui dénonçaient l'autoritarisme que le Conseil d'État semblait être destiné à garantir¹⁰¹⁶. Considérant qu'à l'état de nature, entendu comme « l'ordre social primitif », l'être humain a déjà besoin de se réunir avec ses semblables et faire preuve de solidarité, il en résulte l'existence de droits, *a priori*, « naturels ». Ces derniers

91-94, 101-104 et 206 ; Bernard Pacteau, *Jean Baptiste Sirey (1762-1845, un père de l'étude et de l'édition du contentieux moderne*, Paris, Dalloz, 2014, p. 3 et s.

¹⁰¹² *Ibid.*, p. 98, 141 et 216.

¹⁰¹³ Abbé avant la Révolution, engagé pour la rénovation de l'Eglise de France, il fait face au tribunal révolutionnaire mais est protégé par le futur commissaire impérial Jacques de Maleville (1741-1824), tous deux compatriotes de Sarlat. Il évite de peu la guillotine – ses codétenus n'y échappent pas – et devint le tout premier avocats sous l'Empire à agir dans les cours suprêmes françaises. Il soutien lors des tribunaux postempire Cambronne, Drout et d'autres, montrant là un sincère attachement à l'œuvre impériale, même dans une France post-impériale. V. *Ibid.*, p. 49-62.

¹⁰¹⁴ *Ibid.*, p. 98 et 149-150.

¹⁰¹⁵ « Le lecteur nous saura gré, de lui faire connaitre quelques pages substantielles, du meilleur livre qui ait paru, depuis nombre d'années, sur le droit et la législation civile. Le livre est connu comme ouvrage historique et politique : il est intitulé *De la monarchie française*. [...] M. de Montlosier », Jean-Baptiste Sirey, *Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, Tome XVI, IIe Partie, Paris, imprimerie de Renaudiere, 1816, p. 129.

¹⁰¹⁶ Bernard Pacteau, *Jean Baptiste Sirey...*, *op. cit.*, p. 31. V. aussi, *ibid.*, p. 33 : « Sirey, [...] presque prophète et en tout cas rare visionnaire, entrevoit et annonce le CE tel qu'il s'affirmera en définitive au cours du XIX^e siècle, à la fois dans sa spécificité institutionnelle, originellement voulue et soigneusement conservée et dans son perfectionnement fonctionnel, encore à affiner et à affirmer, mais déjà en naissance comme en puissance [...] jusqu'à former la justice administrative comme nous l'avons et comme nous l'aimons aujourd'hui ».

trouvent leur origine dans la « nécessité commune ». Vient ensuite l'ordre civil établi pour « la conservation ou l'amélioration de l'ordre naturel et social »¹⁰¹⁷. Cette constante volontariste de la nature humaine – sorte de théodicée – conduit à ce que l'être humain soit le « souverain de lui-même » ; bien que, dans ce rapport égalitaire, l'homme reste le souverain de sa femme, comme de ses enfants et dans l'obligation de s'allier avec ses semblables¹⁰¹⁸. Finalement, ces conclusions ne divergent pas sur le fond, de celles des deux premières générations d'interprètes du Code.

À la lecture du recueil de Sirey, d'autres éléments peuvent aussi offrir une vision plus globale de l'avis des praticiens de la magistrature qui ont participé à la rédaction. En d'autres termes, les arrêts cités révèlent certains éléments qui peuvent nous être pensés comme admis et commun. Par exemple le fait qu'il soit considéré qu'à « l'état social, la justice consiste [...] à faire céder au bien général l'intérêt de chaque individu »¹⁰¹⁹. Il s'agit là d'une illustration de l'individualisme, à tendance libérale, qui s'impose de plus en plus dans le discours de la doctrine. De même, de nombreux arrêts portent sur la liberté de la presse, les libertés civiles en générales, etc. La monarchie de Juillet est d'ailleurs une période où ces libertés sont âprement discutées : d'abord louées, le régime de Guizot a tendance à vouloir serrer le carcan moraliste et conservateur au fur et à mesure que les critiques contre le régime se font plus nombreuses. Dans le recueil se perçoit aussi cette vision faillible de la nature humaine, dû à son hypothétique penchant passionnel, pensée déjà présente au lendemain de la Révolution et persistante chez les premiers interprètes¹⁰²⁰. Pour les notables, de plus en plus généralement bourgeois, les révolutionnaires ou républicains radicaux sont dépeints comme des êtres irrationnels, passionnés. En somme,

¹⁰¹⁷ Jean-Baptiste Sirey, *Recueil général des lois...*, op. cit., p. 129.

¹⁰¹⁸ « Le premier élément de la souveraineté doit être lui-même une souveraineté. L'homme est bien souverain de lui-même. Il est bien souverain aussi de sa femme ; puisqu'elle s'est donnée à lui, il est bien souverain aussi de ses enfants, qui ne sont qu'une extension de sa propre vie. [...] Il n'a à obéir à personne ; et cependant il est inévitable [...] qu'un souverain ne s'élève par-dessus ce souverain. Il est inévitable qu'un second ordre ne se place au-dessus de ce premier ordre. Si les maisons n'étaient que juxtaposées les unes à côté des autres, sans lien de fédération, sans gouvernement commun, sans aucune prédominance entre elles, elles seraient respectivement les unes aux autres, comme sont les nations, c'est-à-dire dans un état d'anarchie. Cette anarchie ne durerait pas longtemps, car les guerres s'élevant entre les maisons, les amèneraient nécessairement à quelque subordination et par conséquent à une forme de gouvernement. L'empire civil se produit de tous les rapports des maisons entre elles et de la nécessité où elles se trouvent d'une règle pour ces rapports ; [...] là finit l'empire domestique ; là aussi commence l'empire civil. Les maisons étant entre elles, sur le pied d'égalité, ont besoin, sous le nom de magistrature, d'une maison supérieure qui viennent régler leurs mouvements et leurs différents », *ibid.*, p. 131.

¹⁰¹⁹ *Ibid.*, p. 43.

¹⁰²⁰ Sur les évolutions de la conception de la nature humaine sous la Révolution, V. *Supra*, p. 72-87.

quoique critiques, les arrêtiſtes ne ſe montrent aucunement hoſtiles aux premières interprétations du Code¹⁰²¹.

Ainsi, ſi les auteurs de *La Thémis* ont beau ſ’inspirer, entre autres, des thèſes de Savigny¹⁰²², ils ne ſe montrent guère auſſi hoſtiles envers la codification que le jurisconſulte allemand¹⁰²³. Les contributeurs à *La Thémis* ne rejettent pas la totalité du Code¹⁰²⁴. Bien que réunissant une pléiade d’auteurs aux profils divers – professeurs comme praticiens – favorables à un « dépassement de l’étude “exégétique” du Code », l’histoire du droit n’est pas ſynonyme d’hoſtilité du Code¹⁰²⁵. En France, l’influence de l’école historique allemande contribue ſurtout à ce que dans la ſeconde moitié du XIXe ſiècle ſe développe une exploration de la jurisprudence civile¹⁰²⁶. Les arrêts ſont vus comme de « *l’histoire à l’œuvre* ». Toutefois, comme l’explique Jérôme Ferrand, les événements historiques ſont interprétés ſelon le cours d’une « destinée humaine qu’il ſ’agit de mettre à

¹⁰²¹ V. Jean-Baptiſte Sirey, *Recueil général des lois...*, *op. cit.*, p. 59 : « Le droit de pétition, nous en convenons, eſt un des plus beaux attributs du régime conſtitutionnel. C’eſt une des plus fortes garanties pour les libertés civiles ; mais ſi ce droit à des avantages inappréciables, il faut bien reconnaître auſſi qu’il a ſes abus. Il n’eſt aucune ſource que les paſſions humaines ne puiſſent empoisonner ». À comparer avec, *Supra*, p. 201-208.

¹⁰²² Rafael Suguimoto Herculano, *Le pouvoir du droit...*, *op. cit.*, p. 119 ; Michel Boudot, « Les civilistes français face à l’œuvre de Savigny », *Annuaire de l’Institut Michel Villey*, vol. 1, 2009, p. 39.

¹⁰²³ « Si les partisans de la méthode historique en France ne ſont généralement pas hoſtiles au Code, un certain nombre d’auteurs font néanmoins ſans détours le procès de l’œuvre napoléonienne. Qu’elle ſoit réactionnaire, libérale ou républicaine, cette doctrine critique et atypique appelle ainſi à de profondes réformes juridiques et politiques », Pierre-Nicolas Barenot, *Entre théorie et pratique...*, *op. cit.*, p. 228.

¹⁰²⁴ « Montloſier apparaît [...] comme un bon représentant des courants d’idées qui ſe ſont formés au ſein de l’émigration et ſes critiques à l’égard du Code civil annoncent parfois celles des ultraroyalistes de la Restauration ou de l’École historique de Savigny. Avec un préjugé favorable aux rédacteurs du projet gouvernemental, Montloſier ne rejette pas la totalité du Code civil en chantier. Il eſtimate que les conditions idéales (celles qui correspondraient à la « restauration ») ne ſont pas réunies pour une codification qui devrait, d’abord, reposer ſur le rétablissement de la *Famille* en tant qu’institution fondamentale. Il reproche aux codificateurs d’être reſtés trop fidèles aux idées de la Révolution et aux « préjugés philoſophique des derniers temps de la monarchie » véhiculés par les ſalons dont il juge les mœurs déteſtables [...] Montloſier critique particulièrement la conception de la propriété (jugée trop dangereuſe pour l’ordre ſocial dans la meſure où elle fait référence aux « beſoins » de l’homme), la définition du mariage comme contrat et ſes conſéquences comme l’admiſſion du divorce, l’intervention de la loi dans le domaine de la puiffance paternelle ainſi que la limitation du droit de teſter du père de famille. Étendant le droit de propriété du chef de famille aux perſonnes ſous ſa dépendance, Montloſier eſt ſouvent ſuperficiel dans ſa dénonciation des « erreurs » des codificateurs, mais la plupart de ſes thèmes ont été repris plus tard par la critique conſervatrice du Code civil », Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 80-81. ; V. auſſi : « Dès 1801, Montloſier, émigré à Londres, publie des Observations ſur le projet de Code civil. Ne connaiffant que le Discours préliminaire, Montloſier déforme la pensée des codificateurs, mais il exprime déjà certains des reproches que les ultraroyalistes ont adreſſés au Code civil », *ibid.*, p. 65.

¹⁰²⁵ Pierre-Nicolas Barenot, *Entre théorie et pratique...*, *op. cit.*, p. 227.

¹⁰²⁶ Sur l’utiliſation de la jurisprudence par les premières générations d’interprètes, V. *Supra*, p. 173-180.

l'épreuve du bon sens et de la raison. À ce titre, les récits construits par les philosophes et les juristes prennent la forme d'une théodicée, seul modèle pertinent pour penser les épisodes de la Révolution et de l'Empire en les incluant dans un schéma d'évolution positif. Pour les juristes du premier XIX^e siècle, l'histoire a donc un sens et une fin car le progrès des institutions humaines répond nécessairement aux desseins de la providence ». La défaillance naturelle de l'être humain permet de justifier le cours de l'histoire, parfois chaotiques, tout en permettant de développer une certaine espérance dès lors que la société suit le chemin de Dieu et de sa loi naturelle¹⁰²⁷. Les contributeurs de la revue élargissent ainsi l'horizon de l'interprétation du Code à la lecture du droit romain et de la jurisprudence, reprochant à la méthode exégétique une lecture trop grammaticale du texte¹⁰²⁸. En vérité cependant la doctrine est majoritairement là pour louer le Code, même si ces *réformateurs* sont plus prompts à le critiquer. Leurs objections ne sont là que dans l'unique but de l'adapter face aux changements que connaît la société française et dont ils se disent être les témoins.

Le XIX^e siècle est celui « de l'historien ». Les œuvres de Guizot ou Michelet, dans un contexte de création de l'École des chartes en 1822, montrent cette mutation de la science historique qui devient la science capable de saisir les rapports entre le droit et la société. Le phénomène se perçoit tout particulièrement en 1827 avec la thèse d'Eugène Lerminier (1803-1857) consacrée à Savigny. Lerminier est l'un des premiers « apôtres » du germanisme en France. Il est nommé en 1831 professeur d'histoire générale et philosophique des législations comparées au Collège de France. Favorable au Code, qu'il considère comme un « système », il souhaite qu'il soit révisé. Les juristes français, sans forcément avoir intégré *La Thémis*, se montrent néanmoins de plus en plus sensibles à l'introduction de l'histoire comme moyen de dépassement de l'étude exégétique du Code civil. Apparaissent à cette période les premiers historiens du droit français, comme Henri Klimrath (1807-1837), lui aussi admirateur de Savigny. Ils présentent le droit germanique comme le « substrat » dans lequel s'est formé le droit français. Tout en relevant les lacunes du Code civil, il n'est pas question de le remettre en cause. L'histoire doit, selon eux, simplement inviter les exégètes à opter à une approche plus large, plus sûre et scientifique. Elle permet aussi d'assurer plus d'équité dans la loi et évite à ce qu'elle soit arbitraire. D'autres juristes français, comme Laferrière (1798-1861) ou Laboulaye (1811-1883), cofondent en 1855 la *Revue*

¹⁰²⁷ Jérôme Ferrand, « La science du droit... », *op. cit.*, n°17 et 45.

¹⁰²⁸ Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 96 ;

historique de droit français et étranger dans ce même but. Cependant, même s'il y a un véritable intérêt pour l'histoire du droit, cette discipline suscite encore des méfiances, tandis que l'historicisme et le droit comparé n'empêchent pas le développement parallèle et la victoire des méthodes dogmatiques chez les commentateurs du Code¹⁰²⁹.

*Pour les jurisconsultes du premier xixe siècle, l'histoire a donc bien un sens et il n'est pas besoin d'être grand clerc pour en percer le secret : elle incline à la monarchie libérale et, par-delà la forme politique du régime, au triomphe du spiritualisme chrétien*¹⁰³⁰.

Firmin Laferrière (1798-1861) s'inscrit également dans cette mouvance libérale-chrétienne, particulièrement actif sous la Monarchie de Juillet, attachée à l'École historique et se référant à Hugo ou Savigny. Considérant que « la science du droit est la science sociale par excellence », il défend l'idée que la connaissance du droit naturel est liée à l'étude psychologique de l'être humain et des conditions rationnelles de la société. L'idée, souvent présente dans cette doctrine de la première moitié du XIXe siècle, est de chercher l'idéal du droit dans la loi morale appliquée à la famille et à la société. Ici, l'influence de l'histoire et de la philosophie est déterminante dans le discours de la science juridique et conduit Laferrière à adopter une approche stoïcienne mêlée à un christianisme modernisé, qui correspond tout à fait avec le discours de la doctrine dominante de la première, mais aussi la seconde génération¹⁰³¹. Le fait d'émarger à l'École historique ne signifie donc pas une franche hostilité au modèle social et l'idéologie prônée par le Code¹⁰³².

Chez toutes les nations policées, on voit toujours se former à côté du sanctuaire des lois [...] et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines, qui s'épure journellement par le choc des débats judiciaires [...] et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation (Discours préliminaire sur le Code civil.) À défaut de texte précis sur chaque matière, un usage constant et bien établi, une suite non interrompue de

¹⁰²⁹ Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 1 - Au temps de l'Exégèse », *op. cit.*, p. 63-64 et, « L'histoire du droit... », *op. cit.*, p. 64 ; Jérôme Ferrand, « La science du droit... », *op. cit.*, n° 52.

¹⁰³⁰ *Ibid.*, n°78.

¹⁰³¹ Yann-Arzel Durelle-Marc, « Le stoïcisme de Firmin Laferrière (1798-1861) », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n°41, 2015/1, p. 172-183.

¹⁰³² Sur le double statut, de traducteur ou de participant, de l'interprète, V. *Supra*, p. 196.

décisions semblables, une opinion ou une maxime reçue, tiennent lieu de loi (Même discours.)¹⁰³³.

Ces juristes français ne sont pas non plus hostiles à l'égard du légicentrisme, contrairement aux jurisconsultes allemands. Jourdan – un proche de Cousin¹⁰³⁴ – considère que le droit est façonné non pas par les juristes en premier lieu, en tant que porte-parole du *Volk*, mais avant tout par le Législateur¹⁰³⁵. C'est ici que se perçoit le décalage interprétatif, permettant l'acceptation du Code. Pour autant, il n'est pas question de rejeter les coutumes et la jurisprudence non plus. Les rédacteurs du Code eux-mêmes offrent une échappatoire au légicentrisme le plus strict, lorsque Portalis expliquait : « nous nous sommes également préservés de la dangereuse ambition de vouloir tout régler et tout prévoir. Qui pourrait penser que ce sont ceux mêmes auxquels un code paraît toujours trop volumineux, qui osent prescrire impérieusement au législateur, la terrible tâche de ne rien abandonner à la décision du juge »¹⁰³⁶. Voilà pourquoi, selon Jourdan, « depuis que le Code civil a été promulgué, depuis que ces nouvelles tables de la loi ont été exposées aux regards du peuple, mille et mille questions inattendues se sont offertes aux magistrats et aux jurisconsultes ; une discussion perpétuelle s'est engagée sur chaque matière, sur chaque article et sur chaque mot ; dix mille arrêts ont été rendus ; plusieurs centaines de traités et de commentaires ont été publiés »¹⁰³⁷.

Hyacinthe Blondeau (1784-1854)¹⁰³⁸, bien qu'investigateur avec Jourdan de la revue *La Thémis*, n'affiche ainsi pas moins un légalisme caractéristique de la tradition juridique française privatiste. Ce libéral convaincu, proche idéologiquement de la Monarchie de Juillet, définit le droit comme une science qui a pour objet « les commandements du pouvoir législatif ». À ce titre,

¹⁰³³ Athanase Jourdan, « Jurisprudence du Code civil », *La Thémis, ou bibliothèque du jurisconsulte*, Tome 1, Paris, Baudoin frère, imprimeurs-libraires, 1819, p. 48.

¹⁰³⁴ Tristan Pouthier, *Au fondement des droits...*, *op. cit.*, p. 57.

¹⁰³⁵ « On sent qu'une bonne législation administrative manque à l'harmonie des pouvoirs et au complément de nos libertés civiles. C'est un besoin impérieux, c'est un droit des citoyens, c'est un devoir du gouvernement, dans la monarchie constitutionnelle. S'il y a donc aujourd'hui un objet qui, par son importance et par l'universalité de ses effets, appelle la sollicitude du législateur, c'est celui-ci », *ibid.*, p. 35.

¹⁰³⁶ Jean-Étienne-Marie Portalis, *Discours préliminaire...*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁰³⁷ Athanase Jourdan, « Jurisprudence du Code civil », *op. cit.*, p. 48.

¹⁰³⁸ V. Nader Hakim, « Un essai de conceptualisation... », *op. cit.*, p. 635-637 ; Catherine Lecomte, *Dictionnaire historique des juristes français xii^e-xx^e siècle*, sous la direction de Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halpérin, Jacques Krynen, PUF, Quadrige, 2^e édition, 2015, v^o Blondeau, p. 90-92.

le droit ne concerne exclusivement que « l'opération d'appliquer les commandements sociaux » ; c'est pourquoi, étant donné que c'est au législateur de produire les Lois, la doctrine ne doit se contenter selon lui que de faire « œuvre de connaissance ». Il s'éloigne par conséquent de la perspective défendue par Portalis¹⁰³⁹, mais dans l'objectif d'adapter le Code à son temps. Considérant que le droit de son temps est devenu inadapte¹⁰⁴⁰, il recherche simplement une mise en ordre du droit qui n'est pas foncièrement différente de celles des jusnaturalistes qu'il critique pourtant avec véhémence¹⁰⁴¹.

Parallèlement, l'évolution interprétative des juristes français se perçoit plus aisément encore chez les premiers publicistes¹⁰⁴². Le baron et chef de file de la triade fondatrice du droit administratif français Joseph-Marie de Gérando (1772-1842)¹⁰⁴³ – avec Louis Antoine Macarel

¹⁰³⁹ « Tout ce qui est définition, enseignement, doctrine est du ressort de la science. Tout ce qui est commandement, disposition proprement dite est du ressort des lois », Jean-Etienne-Marie Portalis, *Discours et rapports sur le Code civil* (1844), Caen, 1989, p. 100. V. Nader Hakim, « Un essai de conceptualisation... », *op. cit.*, p. 636-637.

¹⁰⁴⁰ « Dans une perspective très benthamienne, le juriste théoricien œuvre ainsi à l'amélioration du système juridique lui-même en proposant au législateur les réformes nécessaires, voire en se substituant à lui en enseignant aux futurs praticiens un droit passé au crible de la rationalité doctrinale. Passant du droit romain au droit positif, allant du droit national aux droits étrangers, Blondeau n'a de cesse de comparer et de discuter des mérites respectifs des règles de droit. Toujours comme son modèle Bentham, il accorde d'ailleurs relativement peu d'importance à l'histoire et rejette les thèses de l'École du droit historique dont il ne peut accepter l'organicisme. Faisant peu de cas de l'autorité des précédents historiques, il ne recourt à l'histoire qu'en tant qu'outil d'analyse du droit positif. En cela, il semble *a priori* se séparer des autres membres du groupe de la *Thémis* dont l'historicisme modéré est bien connu. Il ne s'agit là toutefois que d'une divergence ponctuelle car la rénovation de la science juridique reste l'objectif commun qui passe, quoi qu'il en soit, par l'acceptation du Code civil et son perfectionnement. Or, Blondeau s'intègre d'autant mieux à ce groupe de la *Thémis* qu'il ne s'agit nullement de partisans acharnés des thèses allemandes [...] et ce nonobstant le fait que Blondeau soit l'un des principaux acteurs des liens qui unissent la science juridique française et son homologue allemande », Nader Hakim, « Un essai de conceptualisation... », *op. cit.*, p. 640.

¹⁰⁴¹ « Ni aux mœurs, ni à notre civilisation » précise Hyacinthe Blondeau, *Discours prononcé à la séance de rentrée du 7 novembre 1840*, Paris, Cosson imprimeur, 1840, p. 6-7.

¹⁰⁴² « La thèse de Mathieu Touzeil-Divina – à laquelle nous devons beaucoup en cette matière – a mis en lumière la place centrale occupée par le droit public dans les diverses tentatives de réforme menées sous la monarchie constitutionnelle : notamment l'éphémère ordonnance du 24 mars 1819, la création du cours de droit constitutionnel à la faculté de droit de Paris en 1834, les travaux de la première commission Salvandy en 1838, ou encore l'action de Victor Cousin au ministère de l'instruction publique en 1840 », Tristan Pouthier, *Au fondement des droits...*, *op. cit.*, p. 56.

¹⁰⁴³ V. Jean-Jacques Clère, *Dictionnaire historique...*, *op. cit.*, v° Gérando, p. 473-474.

(1790-1851)¹⁰⁴⁴ et de Louis Marie de Lahaye de Cormenin (1788-1868)¹⁰⁴⁵ – a notamment donné des cours où étaient présents Michelet ou Balzac¹⁰⁴⁶. Dans ses écrits, Gérando privilégie à l’universalisme révolutionnaire un cadre juridique et social plus réduit, qui n’est autre que celui des rédacteurs du Code civil : la famille et la Nation. Les piliers premiers du Code l’emportent sur l’universalisme du droit naturel et du genre humain¹⁰⁴⁷. À partir de ces deux cocons se développent « chaque jour les progrès de la civilisation » et c’est en eux que se retrouve le droit positif. Les lois primitives du droit naturel doivent devenir droit positif : c’est une question d’efficacité du droit et de son obéissance, puisque c’est l’obéissance qui permet le droit¹⁰⁴⁸ ; son propos n’est pas sans rappeler celui de la seconde génération classique : à la mission universaliste du droit révolutionnaire est remplacé par le souci de garantir son efficacité coercitive. À ce titre, Gérando illustre bien la dimension conservatrice que prennent les interprétations doctrinales

¹⁰⁴⁴ Louis Antoine Macarel, *Éléments de droit...*, *op. cit.*, p. vij-viii : « mes recherches me firent découvrir qu’il n’existait alors (en 1828) aucun ouvrage, quelles que fussent sa forme et son étendue, qui constatât l’état actuel de la science du droit public et marquât le point où sont parvenues, sur ces matières, les connaissances humaines. J’entrepris donc de recueillir, dans les principaux auteurs qui avaient écrit sur le droit public, les notions les plus généralement reçues et les plus utiles » ; V. Sur Macarel : Simon Gilbert, « Macarel et la doctrine publiciste de son temps », *Revue d’histoire des Facultés de droit, de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, n° 34, 2014 ; Anne Jacquemet-Gauché, « Macarel et la juridiction administrative », *Revue d’histoire des Facultés de droit, de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, n° 34, 2014 ; Alice Minet, « Le droit administratif, “droit essentiellement jurisprudentiel” : l’intuition pionnière de Macarel ? », *Revue d’histoire des Facultés de droit, de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, n° 34, 2014, p. 105 : « Licencié en droit en 1811, il publie dès 1818, à l’âge de 28 ans, son premier ouvrage en deux tomes intitulé *Éléments de jurisprudence administrative* dans lequel il rassemble toutes les décisions du Conseil d’État. Trois ans plus tard, en 1821, il fonde le *Recueil des arrêts du Conseil d’État*. Certes, à cette date, Macarel a déjà un parcours impressionnant mais les postes qu’il occupe ne le placent pas auprès du Conseil d’État. En effet, en 1813, alors qu’il se destine au métier d’avocat au barreau de Paris, il doit, en raison du décès de son père, mettre son projet de côté et trouver un travail lui permettant de subvenir à ses besoins et à ceux de sa mère. C’est ainsi qu’il s’initie aux fonctions d’administrateur. Il devient successivement chef de cabinet de plusieurs préfets. [...] Macarel n’a toutefois pas abandonné son projet initial. Son mariage avec la fille de Champion de Villeneuve, ancien ministre de l’Intérieur sous Louis XVI et avocat au Conseil d’État et à la Cour de cassation, l’incite à le concrétiser. Macarel devient ainsi avocat à la cour royale de Paris à partir de 1817. »

¹⁰⁴⁵ Faisant suite à la chute de l’Empire et son autoritarisme, la Restauration paraît comme une période qui est, au premier abord, est plus favorable au droit public et aux débats politiques. V. Julien Bonnacase, *La Thémis...*, *op. cit.*, p. 5. V. aussi, sur la liberté des débats politiques favorisés par la Charte de 1814, Pierre-Nicolas Barenot, *Entre théorie et pratique...*, *op. cit.*, p. 148

¹⁰⁴⁶ Jérôme Ferrand, « La science du droit... », *op. cit.*, p. 15.

¹⁰⁴⁷ « L’individu n’est point seulement admis dans la société universelle du genre humain ; il naît dans le sein de la famille, il est associé à plusieurs communautés plus ou moins naturelles ou volontaires, il prend sa place dans la cité, dans cette société spéciale et politique qui réunit en un corps d’État, en une Nation, toutes ces familles, comme toutes ces communautés diverses », Joseph-Marie de Gérando, « Discours d’ouverture... », *op. cit.*, p. 66.

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*, p. 67.

durant la Restauration et la Monarchie de Juillet¹⁰⁴⁹.

Le droit positif selon Gérando se divise en « deux grands systèmes » : d'abord il s'adresse à l'individu en fixant l'état des personnes, des familles, de la propriété, etc., puis à la société¹⁰⁵⁰. Les institutions sur lesquelles elle repose sont que la manifestation de ses « intérêts collectifs, qui ne peuvent être exercés qu'en commun ». En d'autres termes, le droit privé est la manifestation de l'individualisme juridique, de l'honneur et de la liberté individuelle, tandis que le droit public prend une dimension plus globale, collective. Ainsi, selon lui, le droit public est à ses yeux la branche la plus importante. Il détermine les sacrifices de chacun, absolument indispensables à accomplir pour l'intérêt collectif¹⁰⁵¹. Le droit administratif agit au nom de la société, permettant à l'autorité publique de représenter « nécessairement l'intérêt général » : « l'état de société » est pour l'individu un élément essentiel à son existence, comme « l'atmosphère est pour la vie organique, la condition nécessaire de son développement ». Pour Gérando, la destination de l'être humain est de vivre en société et cela vient de sa « propre nature » et de ses « nombreux

¹⁰⁴⁹ « Si l'œuvre juridique de Gérando se fonde si bien dans la littérature de son temps, l'auteur demeure malgré tout singulier. Trois éléments convergent en ce sens. Le premier est son absence de formation juridique proprement dite [...] Le deuxième est sa place de marginal-central au sein de facultés de droit. On connaît en effet les difficultés qu'il a rencontrées face à l'hostilité des professeurs de droit parisiens qui l'accueillent très mal lorsqu'il est nommé dans le cadre de la réforme de 1819 (à laquelle il n'est sans doute pas étranger). Le troisième [...] est qu'il s'agit d'un homme de terrain, d'un praticien de haut vol de l'administration active, notamment au sein du Ministère de l'Intérieur et du Conseil d'État », Nader Hakim, « Les "Institutes du droit administratif" : Gérando et l'empire du droit civil », *Joseph-Marie de Gérando (1772-1842). Connaître et réformer la société*, Rennes, Presses universitaires de Rennes (Carnot), 2014, p. 2-3.

¹⁰⁵⁰ Pour Gérando, l'institution familiale est « le premier fondement de l'organisation sociale », *ibid.*, p. 72.

¹⁰⁵¹ « De-là, les lois positives se divisent en deux grands systèmes : l'un, s'adressant à l'individu sous le premier de ces deux aspects, fixe l'état des personnes, fonde la constitution des familles, assigne les titres à la propriété, règle la manière d'en jouir et le mode de sa transmission, préside à tous les genres de transactions, détermine les formes sous lesquelles seront exercés et garantis les droits qu'il a reconnus ou institués, prévient ensuite et punit par des dispositions répressives les atteintes qui menaceraient la vie, l'honneur, la liberté de chacun. A ce premier système de lois appartient ce qu'on appelle le Droit privé. L'autre, ayant essentiellement en vue le corps entier de la société, fonde les institutions sur lesquelles elle repose; assigne à l'individu, comme citoyen, la place qu'il y doit occuper et la part qu'il doit y prendre ; gouverne ces familles nouvelles et ces associations graduées, qui forment une communauté d'intérêts plus ou moins étendue et qui viennent s'allier, se confondre dans la grande famille nationale ; détermine comment seront gérés ces intérêts collectifs, qui ne peuvent être exercés qu'en commun; les embrasse tous dans sa sollicitude ; et, se divisant ensuite, d'après leurs espèces variées, non-seulement procure à chacun sa garantie, mais s'efforce de lui obtenir la plus grande satisfaction possible, en n'exigeant de l'intérêt individuel que les sacrifices absolument indispensables, ou plutôt (comme l'intérêt collectif n'est que la réunion du même intérêt auquel chacun participe) en n'exigeant de chacun, sur une branche de ses intérêts personnels, que les sacrifices indispensables à une autre branche plus importante encore, celle qu'il trouve dans l'association générale. C'est le Droit public et administratif », Joseph-Marie de Gérando, « Discours d'ouverture... », *op. cit.*, p. 67-68.

besoins qui sollicitent l'échange des secours et la communauté des efforts »¹⁰⁵². De ce fait, l'intérêt global l'emporte sur les intérêts individuels seuls. Toutefois, « *l'homo juridicus* » est le même que celui des philosophes jurisconsultes et jusnaturalistes du premier XIX^e siècle, accordant une importance primordiale à la liberté individuelle, cette « liberté auguste » reçue du « Créateur ». En effet, si le positivisme et l'exégèse semblerait devoir *a priori* exclure Dieu, en pratique il n'en est rien. C'est même le contraire qui se produit puisque cette « figure tutélaire domine tout le champ de la science du droit », amenant avocats, magistrats, professeurs et étudiants en droit à partager un spiritualisme chrétien qui vari néanmoins légèrement d'un auteur à l'autre¹⁰⁵³.

*L'homme, entrant dans cet état de société auquel il est appelé par la Providence, entre en même temps sous l'emprise d'une législation universelle, qui n'est autre que l'ensemble des devoirs généraux et réciproques des hommes les uns envers les autres, que la condition même de l'humanité ; législation non écrite, mais que l'auteur de toutes choses a gravée dans nos âmes, empreinte dans notre nature ; que promulguent la conscience et la raison ; législation aussi ancienne que le monde, commune à tous les peuples, invariable, impérissable, uniforme et qui, sous le nom de droit naturel, sert de fondement à l'édifice entier de la législation*¹⁰⁵⁴.

¹⁰⁵² Joseph-Marie de Gérando, « Discours d'ouverture... », *op. cit.*, p. 69.

¹⁰⁵³ Jérôme Ferrand, « La science du droit... », *op. cit.*, p. 42-43. V. par exemple, *Ibid.* : « Dans le long compte-rendu qu'il livre pour la revue Wolowski du *Cours de droit français suivant l'ordre du code* de Duranton, Jamet, avocat à la cour royale, écrit : "La loi est d'origine céleste. Dieu est le grand justicier de l'univers. La religion fut la première législatrice des hommes. [...] Que si aujourd'hui elle ne dicte plus, comme autrefois, les codes, elle les pénètre encore assez profondément pour que quiconque la méconnaîtrait ignorât un de leurs éléments essentiels. Un impie ne saurait être un grand jurisconsulte. [...] M. Duranton est complètement exempt de ce défaut. Au début de son livre, il fait sa profession de foi [...] La présence réelle de l'inspiration religieuse se reconnaît d'ailleurs à la constante moralité de son œuvre". En écho lui reviennent les mots de Marcadé qui fait de Dieu le point d'Archimède de toute science : "Vouloir comprendre un art ou une science en laissant Dieu de côté, c'est vouloir résoudre un problème dont on a enlevé la principale donnée ; c'est vouloir s'expliquer le fonctionnement d'une machine en ne tenant pas compte du rouage le plus important". Cette commune adhésion des jurisconsultes au credo judéo-chrétien conduit à promouvoir une certaine conception de l'homme, de son histoire et de l'intervention humaine dans le cours de celle-ci, laquelle n'est pas sans conséquence sur la conception du droit et l'usage que l'on peut espérer en faire pour que triomphent les valeurs spiritualistes auxquelles chacun est alors attaché ».

¹⁰⁵⁴ Gérando « Discours d'ouverture du *Cours de droit public et administratif* », *Thémis ou Bibliothèque du jurisconsulte ; par une réunion de magistrats, de professeurs et d'avocats*, tome 1, 1819, p. 66. Cité par Nader Hakim, « Les "Institutes du droit administratif"... », *op. cit.*, p. 5.

Ainsi le droit relève selon le baron, d'un « ordre naturel » ou d'une « nature des choses ». Bien que ce genre de déclarations de principe soient présentes dans tous les ouvrages juridiques de l'époque, Gérando partage les idées du droit naturel moderne, dont l'inspiration principale provient largement du droit romain réinterprété par chaque génération de juristes. Il s'appuie sur des « bases intellectuelles qu'il estime les plus solides et les plus éprouvées », qui font office selon lui de « morale » ou « bréviaire et de code génétique fondamental ». Il en arrive à la conclusion qu'au fondement du droit administratif se trouvent les principes d'équité et d'utilité commune et non au seul intérêt individuel. Ainsi, il confère au droit public et, plus particulièrement au droit de l'Administration, par l'intermédiaire du droit naturel une forme juridique pleine et entière¹⁰⁵⁵.

Cependant, Gérando adopte néanmoins une approche du droit individualiste. En effet l'objet de la législation civile est de « conserver à l'individu le libre exercice de ses facultés et la possession paisible des fruits qu'il en recueille ». Respectant « la liberté intérieure de la conscience », le droit n'est là pour arrêter l'individu que s'il trouble l'ordre public, le protégeant à l'inverse « s'il ne le trouble pas, honorant en lui la sanction des mœurs. »¹⁰⁵⁶. Son – discret – jusnaturalisme¹⁰⁵⁷ l'amène cependant à considérer que la liberté individuelle n'est possible qu'aux citoyens « vertueux » et dans la mesure où ils obéissent et respectent les Lois ; ce qui signifie, *a contrario*, que tous les individus ne sont pas forcément vertueux et que la nature humaine est défaillante. Gérando attribue, sans originalité, cette fragilité à la « passion »¹⁰⁵⁸. Il ajoute que la « majesté des lois » commandent « la vénération des peuples et l'amour des citoyens vertueux » et font du respect pour les lois l'élément essentiel de la « vraie liberté »¹⁰⁵⁹. L'objectif même de l'éducation publique est donc de « procurer à l'État les sujets les plus vertueux et les meilleurs

¹⁰⁵⁵ Nader Hakim, « Les "Institutes du droit administratif"... », *op. cit.*, p. 5-12. V. *Ibid.*, p. 12 : « Ses Institutes sont ainsi une sorte d'application fidèle du canevas ou du guide conceptuel qu'est le Code Napoléon. Après avoir posé les principes généraux de la discipline dans des prolégomènes, Gérando extrait 7022 articles qui synthétisent à ses yeux la matière de la législation administrative. Comparé aux 2281 articles du Code civil, cet ensemble de normes positives doit constituer à la fois une somme cognitive et un *vade mecum* de l'administration active. En classifiant et en ordonnant le réel, il entend faciliter la réflexion et l'action de ceux qui sont en charge de la chose publique ».

¹⁰⁵⁶ Joseph-Marie de Gérando, « Discours d'ouverture... », *op. cit.*, p. 69 et 82.

¹⁰⁵⁷ V. par exemple, à propos de la société : elle « doit reconnaître pour auteur et pour législateur suprême, l'auteur même de toutes choses », *ibid.*, p. 70.

¹⁰⁵⁸ Comme nous l'avons vu précédemment, il s'agit là d'une critique qui semble manifester la peur des révolutionnaires et républicains qui inquiètent le gouvernement et, plus généralement les notables. V. *supra*, p. 57, 107, 151, 189, 257 et s.

¹⁰⁵⁹ Joseph-Marie de Gérando, « Discours d'ouverture... », *op. cit.*, p. 70 et 176.

citoyens »¹⁰⁶⁰. Sans être hostile à tout individualisme, il place comme condition d'exercice de cette liberté le respect de la loi et, comme finalité, l'intérêt de l'État. Gérando arrive ici, à l'instar de Demolombe, à garantir la pérennité de l'individualisme premier du Code, dont la dimension libérale est limitée par le souci d'assurer l'obéissance et la docilité envers l'ordre social contemporain.

Le respect de l'autorité du droit et de son caractère coercitif ou disciplinaire est d'autant plus nécessaire que les premiers besoins de l'être humain relèvent d'abord de sa sécurité¹⁰⁶¹. Le propos pourrait presque rappeler le langage de Thomas Hobbes. L'ordre et la paix priment, tandis que le droit est censé assurer secondairement l'aisance, l'abondance et une existence la plus douce possible. Le choix de cette hiérarchisation n'est pas sans lien avec le souci de l'élite sociale contemporaine de garantir la paix dans un climat dont les tensions sont croissantes avec les masses laborieuses. Gérando – à l'instar de Bourjon – place alors le concept « d'ordre public » au cœur de son raisonnement. Il est censé assurer une « protection »¹⁰⁶² dont le but est d'obtenir la plus grande satisfaction « avec le moindre sacrifice possible pour chacun d'eux en particulier »¹⁰⁶³. La loi peut même se montrer coercitive, en contraignant l'individu pour son bien, là où parfois « le désespoir peut égarer un malheureux jusqu'à le conduire à sa propre destruction »¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁶⁰ Joseph-Marie de Gérando, « Discours d'ouverture... », *op. cit.*, p. 72 ; à rapprocher de Portalis : « c'est par la petite patrie, qui est la famille, que l'on s'attache à la grande. Ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils qui font les bons citoyens », Pierre-Antoine Fenet, *Recueil...*, *op. cit.*, tome I, p. 522.

¹⁰⁶¹ « La première sollicitude de la société, sera d'assurer la vie de ses membres », Joseph-Marie de Gérando, « Discours d'ouverture... », *op. cit.*, p. 175.

¹⁰⁶² L'objet de l'ordre public est de veiller à ce qu'aucun individu ne soit menacé dans sa personne ou sa propriété. Il détermine ainsi les « trois grandes classes de devoirs pour l'administration publique [...] 1°. L'ordre public, en tant qu'il embrasse les moyens d'écartier les dangers matériels qui menaceraient la vie des citoyens, 2°. L'ordre public, en tant qu'il embrasse les moyens de les faire jouir de la plus grande abondance possible ; 3°. L'ordre public, en tant qu'il embrasse les moyens de procurer la sûreté et de prévenir les troubles et les désordres, tristes effets des passions humaines », *ibid.*, p. 176.

¹⁰⁶³ « Nous comprenons ici sous la dénomination d'ordre public, la protection que la société doit à l'ensemble des intérêts individuels qui viennent se placer sous son égide, de manière que tous obtiennent la plus grande satisfaction possible, avec le moindre sacrifice possible pour chacun d'eux en particulier », *ibid.*, p. 175.

¹⁰⁶⁴ « [L'administration publique] doit, en conséquence, surveiller, le vagabondage, le réprimer [et] essayer de rendre à la moralité par le travail, celui que l'oisiveté allait conduire au crime. [...] Pendant qu'elle protège ainsi la vie des citoyens contre le crime, elle doit protéger à la fois leur vie et leurs propriétés contre un genre d'accidents qui peut menacer à la fois l'une et l'autre [...] la surveillance administrative s'efforcera de le retenir sur le bord de l'abîme ; un accident peut l'exposer au même péril ; de-là les mesures qui ont pour objet de porter des secours aux noyés et aux asphyxiés », Joseph-Marie de Gérando, « Discours d'ouverture... », *op. cit.*, p. 185.

Un autre élément sur lequel Gérando s'accorde avec les deux premières générations d'interprètes, c'est sur le rôle du père de famille : ses deux fonctions sont d'assurer le « bon ordre » et la discipline dans la cellule familiale et de gérer le « patrimoine »¹⁰⁶⁵. *In fine*, si Gérando se montre plus favorable à ce qui est présenté comme l'intérêt de la société, l'individualisme demeure, de même que les institutions clefs du Code, censées assurer la docilité des masses.

Avec un profil similaire à Gérando, nous trouvons aussi l'avocat, professeur et conseiller d'État Louis-Antoine Macarel (1790-1851)¹⁰⁶⁶. Soucieux, comme le baron, de décrire le fonctionnement de l'Administration, Macarel souhaite faire connaître le droit produit par elle ainsi que par le Conseil d'État. Le deuxième membre de la triade fondatrice du droit administratif français, a alors publié en 1819 et 1820, un article dans lequel il déplore le caractère obscur, incomplet et indigeste des lois administratives, ainsi que leur caractère variable et changeant. Sa démarche oscille entre explication et légitimation, tandis qu'il se concentre davantage ses travaux sur la jurisprudence administrative¹⁰⁶⁷ et non, comme Gérando, sur les lois et règlements administratifs ; dont l'objectif était de rassembler les textes écrits afin d'en faciliter la connaissance. À ce titre, il se montre, selon Maurice Hauriou, plus créateur et fait preuve de plus d'initiative. Selon Macarel, la jurisprudence est censée apporter plus d'ordre et de clarté dans la compréhension des lois administratives, dont certaines se révèlent contradictoires et imprécises. De plus, la jurisprudence apparaît comme « le seul guide » en cas de silence de la Loi. Il est ainsi

¹⁰⁶⁵ « Le père de famille, en même temps qu'il gère le patrimoine commun, maintient aussi le bon ordre dans l'intérieur de sa maison ; il soigne la santé de ses enfants ; il guide et encourage leur travail ; il maintient la subordination et la discipline », *Ibid.*, p. 176.

¹⁰⁶⁶ Louis Antoine Macarel, *Éléments de droit...*, *op. cit.*, p. 257. Sa connaissance du droit administratif, qui est à la fois théorique et pratique, conduit Sirey à lui céder ses travaux en 1821, afin de poursuivre son étude de la jurisprudence administrative de son côté : « Les arrêts du conseil d'État et ceux du tribunal des conflits se trouvent, accompagnés d'ailleurs des arrêts de la cour des comptes, dans un recueil intitulé Recueil des arrêts du conseil d'État fondé en 1821 par M. Macarel [...] Les arrêts antérieurs à 1821 se trouvent en partie dans un recueil de quatre volumes in 4° publiés en 1818 par Sirey », Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif...*, *op. cit.*, p. 49. V. aussi, Pierre-Nicolas Barenot, *Entre théorie et pratique...*, *op. cit.*, p. 156.

¹⁰⁶⁷ « Macarel fait référence à trois catégories de juridiction dans ses *Éléments de jurisprudence* en 1818, prouvant que justice et administration ne sont pas clairement distinguées : la juridiction administrative, la juridiction gracieuse et la juridiction contentieuse. La juridiction administrative inclut toutes les matières de l'ordre public (les règlements, la police, les actes des préfets, la répartition de l'impôt), dans lesquelles l'administration agit seule par voie d'autorité et où elle a pleine science et pleins pouvoirs. La juridiction gracieuse constitue une pure faveur du souverain, tout ce qui émane de son libre arbitre, de sa volonté spontanée. Enfin, la juridiction contentieuse naît de la juridiction administrative et de la juridiction gracieuse lorsque les actes portent atteinte à la propriété des citoyens ou aux droits acquis », Anne Jacquemet-Gauché, « Macarel... », *op. cit.*, p. 84. V. aussi, *ibid.*, p. 87.

le premier à promouvoir la jurisprudence administrative et à lui donner une visibilité qui est censée lui permettre de jouer un rôle fondamental dans le droit administratif, au même titre que la loi ou le règlement ; en effet, Macarel ne tente pas pour autant de faire de la jurisprudence, l'unique source du droit administratif. À l'instar de Sirey, il cherche simplement « à faire sortir le Conseil d'État de l'ombre »¹⁰⁶⁸.

S'il paraît difficile de dresser un « système juridique » propre à Macarel, c'est parce qu'il n'opte pas pour une conception ou une vue d'ensemble du droit administratif, comme c'est le cas à la fin du siècle chez certains juristes, comme Hauriou ou Duguit. Ses travaux prennent néanmoins une dimension fréquemment et largement idéologique¹⁰⁶⁹. S'il écrit avoir été influencé par des penseurs libéraux comme Blackstone, Constant, Locke, Montesquieu ou encore Say¹⁰⁷⁰, ses écrits sont néanmoins fortement teintés d'une « "vision" du droit administratif, indéniablement étatiste, autoritaire »¹⁰⁷¹. Développant une vision corporatiste de l'État et de la puissance publique, le droit est censé révéler un rapport de domination des individus envers l'Administration ; rapport qui se justifie par la référence à l'intérêt « public », qui néanmoins « dissimule régulièrement la protection d'un intérêt administratif direct »¹⁰⁷². Son « libéralisme » est alors, contrairement aux libéraux plus tardifs comme Tocqueville, un « libéralisme étatique » et se rapproche donc de celui de la seconde génération. La volonté de Macarel est de séparer la juridiction administrative et la fonction purement administrative du Conseil d'État, dans un souci de garantie d'impartialité et de considérations « morales ». La séparation est néanmoins subtile : il ne faut pas séparer la justice administrative et l'administration, mais le juge

¹⁰⁶⁸ Alice Minet, « Le droit administratif, "droit essentiellement jurisprudentiel"..., *op. cit.*, p. 103-108 et 119 ; Simon Gilbert, « Macarel et la doctrine publiciste..., *op. cit.*, p. 68.

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*, p. 74.

¹⁰⁷⁰ Louis Antoine Macarel, *Éléments de droit...*, *op. cit.*, p. xv-xvj et 84-85 : « les droits absolus que l'homme tient de la nature. Ils peuvent se réduire à ceux-ci : 1. Sureté des personnes et des propriétés ; 2. Liberté de l'industrie, des opinions et des consciences. »

¹⁰⁷¹ À l'instar du troisième membre de la triade qui écrit : « ceux qui aiment le plus la liberté sérieuse et développée sont ceux qui aiment le plus aussi un pouvoir régulier et fort ». *Questions de droit administratif*, Paris, A. Guyot et Scribe, Alex-Gobelet, 4e édition, 1837, préface, p. 16. Cité par Simon Gilbert, « Macarel et la doctrine publiciste... », *op. cit.* p. 75-76.

¹⁰⁷² *Ibid.* Par conséquent, le droit administratif se révèle en vérité foncièrement « illibéral » dans ses conclusions, ce qui conduit Tocqueville à écrire dans une lettre adressée à son neveu : « si tu te détermènes pour le droit administratif, fais, du moins, bien attention à ceci : il n'y a pas d'étude qui soit plus propre à rétrécir et à fausser l'esprit que celle de ce qu'on appelle le droit administratif. Tous les auteurs qui ont écrit sur cette matière, même les plus célèbres, ont été ou sont encore des esprits peu élevés », *ibid.*, p. 78.

administratif de l'administrateur¹⁰⁷³.

Sans grande originalité là non plus, Macarel considère que le droit trouve son origine dans la « loi naturelle »¹⁰⁷⁴. Son penchant jusnaturaliste lui permet de fixer les devoirs pesant sur les individus, tout en assurant des « droits absolus » correspondant à ceux du Code : la sûreté, la liberté individuelle et la propriété¹⁰⁷⁵. Si l'individu est doté d'une pleine et totale liberté à l'état primitif, étant même maître absolu de sa personne et de ses possessions, il est amené à devoir composer un « corps moral », car exposé aux méfaits d'autrui. Le respect à l'ordre se justifie au nom de la conservation des droits absolus, entendu comme la liberté et les biens individuels¹⁰⁷⁶. L'objectif est de faire primer l'autorité, mais en étant gage d'une certaine liberté individuelle et égalité juridique des administrés ou citoyens. Là encore, la similitude avec les interprètes civilistes du Code est indéniable.

Le premier effet des sociétés civiles est que la réunion des hommes en corps politique donne à chacun des droits sur l'appui de tous [...] La liberté naturelle de l'homme n'a point été anéantie par cette association [...] Mais si la liberté naturelle n'est point anéantie, elle est du moins restreinte car il faut que l'homme renonce à cet empire souverain qu'il avait sur sa personne et ses actions, en un mot, à sa complète indépendance. Nulle société ne peut se concevoir, en effet, sans qu'il y ait, d'un côté, droit de commander [et] de l'autre, devoir d'obéir sans cela le but de la société ne pourrait être atteint¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷³ Anne Jacquemet-Gauché, « Macarel... », *op. cit.*, p. 93-99.

¹⁰⁷⁴ Louis Antoine Macarel, *Éléments de droit...*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁰⁷⁵ « Les droits absolus que l'homme tient de la nature se réduisent à trois points principaux : sûreté, liberté, propriété. Le droit de sûreté personnelle de l'homme consiste dans la jouissance de sa vie, de son corps, de son honneur. Le droit de liberté individuelle comprend la liberté de la personne et des actions, celle de la pensée et de sa manifestation, celle de la conscience et du culte. Le droit de propriété est la faculté de jouir paisiblement des biens que l'on possède, sans pouvoir être contraint de les céder contre son gré. Ces droits, qui dérivent de la nature même de l'homme, pour n'être point écrits dans les codes particuliers des nations, n'en existent pas moins leur sanction a été gravée dans nos cœurs, en caractères ineffaçables, par l'auteur de toutes choses ; ils ont un fondement plus solide que celui des institutions humaines », *ibid.*, p. 4.

¹⁰⁷⁶ *Ibid.*, p. 7 et 40

¹⁰⁷⁷ *Ibid.*, p. 8.

Enfin, c'est aussi naturellement que l'humanité est passée d'une société « naturelle » à une société « civile », plus adaptée à la survie et au développement de l'individu. Le passage vers ce degré civilisationnel, assure à l'homme de ne plus vivre seul en ayant une famille, d'autant plus que « la femme et les enfants ont eu besoin de [sa] protection ». L'homme est naturellement associé à son rôle naturel de chef, la « nature » même justifiant ainsi la puissance paternelle du *bon père de famille*. Toutefois, la loi ne s'intéresse pas tant à chaque individualité, mais « prend les hommes en masse », entendus comme « un corps entier de la société ». L'approche mécaniciste de la société et son organisation autour du chef de famille se retrouve défendue par Macarel, dans une dimension plus marquée que ces prédécesseurs interprètes. Une « bonne société », précise-t-il, est celle qui exerce ses pouvoirs au nom de « l'intérêt du peuple »¹⁰⁷⁸ et veille à ne pas sacrifier « le bien public »¹⁰⁷⁹. La société doit permettre à chacun d'exercer ses droits, en cherchant à « procurer à tous en général et à chacun en particulier, la plus grande masse de bonheur possible, avec le plus petit nombre de sacrifices ». Sans définir cet équilibre, ni même par ce qu'il entend par « intérêt du peuple » et « bien public », Macarel arrive avec ces mots à sous-entendre un intérêt croissant pour les questions sociales, sans pour autant contredire la philosophie politique du Code. Cependant, il y a une limite, la même que celle classiquement retrouvée dans le discours de la doctrine : « que cet exercice ne porte point atteinte aux droits d'autrui ; car c'est là l'éternelle limite de nos droits sociaux. » ; limite qui sonne comme la permanence d'un certain individualisme favorable aux détenteurs de l'ordre social contemporain¹⁰⁸⁰.

Si l'œuvre de la triade publiciste se montre si farouche dans sa défense de l'intérêt collectif et du droit administratif, c'est parce qu'il s'inscrit dans un contexte difficile. Le Conseil d'État et plus généralement l'Administration avec son schéma idéaltype individuel du fonctionnaire, sont attaqués car jugés trop proche et au service du pouvoir. Dans les dernières années de l'Empire et sous la Restauration, le Conseil d'État est jugé trop puissant car cumulant des administratives, législatives et contentieuses. Cependant, même si une ordonnance du 29 juin 1814 vise à affaiblir ses prérogatives, ni la Charte de 1814 ni aucune loi ne le mentionnent, ne reconnaissant pas la dualité de juridiction – et prohibant même les juridictions d'exceptions – ce qui remet en cause

¹⁰⁷⁸ Louis Antoine Macarel, *Éléments de droit...*, *op. cit.*, p. 5, 15 et 29.

¹⁰⁷⁹ « En général, l'imperfection des sociétés civiles ne vient que de ce qu'elles ont été commencées avant de connaître les véritables intérêts des hommes et les justes limites des sacrifices que le bien public exige d'eux » *ibid.*, p. 16.

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*, p. 22-23.

sa légitimité. Ses détracteurs sont aussi nombreux, autant chez les libéraux que les royalistes, y voyant là une juridiction symbolisant le « despotisme honni de l'usurpateur ». Les ultras lui reprochent une trop grande politisation – en vérité il s'agit d'une œuvre impériale, donc foncièrement jugée avec la même sévérité que toute œuvre post 1789 – et les libéraux d'être une institution manquant de garanties censées respecter les libertés individuelles. Contrairement au Code, qui pourtant a lui aussi ses détracteurs, les autres masses de granites de l'Empire paraissent alors plus difficiles à défendre. Toutefois, la conclusion est la même et partout pour la doctrine – qu'elle soit privatiste ou publiciste –, l'objectif étant de défendre l'ordre social entériné par le régime impérial. Pour cette raison, la doctrine cherche – avec succès au lendemain du Printemps des Peuples – à accommoder la juridiction administrative, en poussant à sa réforme¹⁰⁸¹.

La société civile n'a pas pu subsister sans lois plus que sans gouvernement. Les lois naturelles donnaient bien à chacun la règle de conduite qu'il avait à tenir, pour contribuer au maintien et au bien-être de la société, en suivant la distinction des actions justes et injustes dont sa conscience lui donnait une connaissance assez parfaite. Mais la perversité du cœur humain ne tarda pas à se manifester ; il fallut donc enchaîner les volontés particulières par des règles que chacun fût obligé de respecter. Le premier soin, comme le premier besoin, fut, ainsi que je l'ai expliqué, nous proposons de mettre la sûreté de tous, sous l'égide de la puissance publique¹⁰⁸².

La vision défailante de la nature humaine présente chez les publicistes, se retrouve également chez d'autres rédacteurs de la *Thémis*, comme Toussaint-Ange Cotelle (1795-1879), le notaire Massé¹⁰⁸³ ou encore l'avocat de Mayence Gabriel Dufour¹⁰⁸⁴. Pour Cotelle, elle est la cause

¹⁰⁸¹ Ce n'est pas un hasard, si Macarel par exemple, devient membre du Conseil d'État sous la Monarchie de Juillet par un décret du 20 août 1830, à la suite de l'épuration que l'institution connaît le même jour. V. Anne Jacquemet-Gauché, « Macarel... », *op. cit.*, p. 86-87 ; Anne Jacquemet-Gauché, « Macarel... », *op. cit.*, p. 99.

¹⁰⁸² Toussaint-Ange Cotelle, « De l'établissement des lois civiles et de leur objet », *Thémis, ou bibliothèque du jurisconsulte*, Tome 1, Paris, Baudoïn frère, imprimeurs-libraires, 1819, p. 461-462.

¹⁰⁸³ « De tout temps, les corporations, comme les individus, ont cherché à étendre leurs droits et à empiéter sur ceux d'autrui. C'est une maladie des sociétés, contre laquelle il n'y a de remède possible que dans de bonnes lois, qui, en fixant pour chacun la limite de ce qu'il peut faire, selon son état ou sa condition, lui garantissent la jouissance de ses droits particuliers », A. J. Massé, « Manuel du Notaire, ou Instruction par demandes et réponses, sur les contrats, donations, testaments, etc., avec des modèles d'actes, terminés par la perception raisonnée des droits d'enregistrement ; par A. Goux, notaire, à Agen ; quatrième édition », *La Thémis, ou bibliothèque du jurisconsulte*, Tome 1, Paris, Baudoïn frère, imprimeurs-libraires, 1819, p. 387.

¹⁰⁸⁴ « Rapprochement des principes de diverses législations relativement à cette question : Est-il des cas où l'Ivresse puisse être considérée comme un motif d'excuse ? », *La Thémis, ou bibliothèque du jurisconsulte*, Tome 1, Paris, Baudoïn

des Lois¹⁰⁸⁵. Il attribue comme « premier devoir » du droit, celui d'assurer la sécurité, d'autant plus que l'être humain n'est pas par nature forcément rationnelle. Quand il est « subjugué » par ses sentiments et que « sa raison ne reprend son empire », il ne fait plus preuve de moralité et donc n'a plus la même liberté¹⁰⁸⁶. La défaillance naturelle de l'humanité se perçoit singulièrement à propos de la question de l'ivresse, dont il partage l'approche volontariste de Blackstone¹⁰⁸⁷.

Pour l'avocat conservateur, mais opposé à la monarchie, Armand Jacques Lherbette (1791-1864), « tout droit, dans l'état de société, est conventionnel ». L'être humain étant à l'origine du droit, cela suppose « nécessairement l'égalité de tous »¹⁰⁸⁸. Cependant, bien qu'appréhendant l'humanité d'abord dans l'isolement de l'individu – ce qui est paradoxal au regard de son discours¹⁰⁸⁹ – il admet néanmoins la nécessité de la société et des devoirs et droits que ce nouvel

frère, imprimeurs-libraires, 1819, p. 101 et s. ; Sur l'analyse prétorienne de l'avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation, Gabriel Dufour, V. Alice Minet, « Le droit administratif, "droit essentiellement jurisprudentiel" ..., *op. cit.*, p. 114.

¹⁰⁸⁵ V. aussi du même juriconsulte : « chaque peuple a fait de ses lois civiles, un lien le plus resserré qu'il a pu, pour l'utilité de la cité ; et non un lien de communication entre tous les hommes ; c'est pourquoi il y a tant de diversité dans les systèmes des législateurs et surtout tant d'éloignement de la plus grande partie de leurs conceptions, d'avec les vues simples de la loi naturelle. Les lois civiles se sont proposées, d'abord, l'ordre et le maintien de la cité ; ensuite, de contenir les actions des hommes, en réprimant la licence et le crime ; enfin, de maintenir les citoyens dans la paix entre eux », Toussaint-Ange Cotelle, « De l'établissement des lois civiles et de leur objet », *Thémis, ou bibliothèque du juriconsulte*, Tome 1, Paris, Baudoin frère, imprimeurs-libraires, 1819, p. 463.

¹⁰⁸⁶ « La conservation de soi-même est, sinon le premier de tous les devoirs, du moins le premier de tous les sentiments : il est beau, sans doute, de préférer mourir que de commettre une action déshonnête, mais cette noble abnégation de soi-même n'appartient qu'aux âmes privilégiées [...] et ce n'est pas pour les âmes privilégiées qu'est fait un Code pénal », Dufour, « Rapprochement des principes de diverses législations relativement à cette question : Est-il des cas où l'ivresse puisse être considérée comme un motif d'excuse ? », *La Thémis, ou bibliothèque du juriconsulte*, Tome 1, Paris, Baudoin frère, imprimeurs-libraires, 1819, p. 102.

¹⁰⁸⁷ Pour Dufour, c'est à tort que la « législation française ne range, dans aucun cas, l'ivresse parmi les moyens d'excuse ». En agissant ainsi, elle lui paraît « trop rigoureuse ». Comparant avec le droit romain, alors moins sévère sur la question, il rappelle l'article 64 du Code pénal : la présence d'une contrainte physique ou morale est censée mettre à l'abri de toute condamnation. C'est pour cette raison qu'il estime que l'ivresse occasionnelle et relevant d'un accident, sont des faits qui doivent « être vus "ni comme un crime, ni un délit, ni même une contravention" » ; d'où la distinction qu'il fait entre l'ivresse volontaire et involontaire. Dufour, « Rapprochement des principes de diverses législations relativement à cette question : Est-il des cas où l'ivresse puisse être considérée comme un motif d'excuse ? », *La Thémis, ou bibliothèque du juriconsulte*, Tome 1, Paris, Baudoin frère, imprimeurs-libraires, 1819, p. 104-109.

¹⁰⁸⁸ Augustin-Charles Renouard, « Introduction à l'Étude philosophique du Droit... », *op. cit.*, p. 214-217.

¹⁰⁸⁹ « Je crois avoir fidèlement analysé la doctrine de M. Lherbette ; mais, ou je me trompe fort, ou c'est lui-même qui va nous fournir des armes pour la combattre. Si l'on démontrait que l'état d'isolement, ou, pour parler comme l'auteur, de non-société, n'a jamais pu exister ; que l'état de société, au contraire est inhérent à la nature de l'homme : il serait, ce me semble évident que "la société a existé par elle-même, qu'elle n'a point été formée à dessein et que, dès-lors, elle n'a pas été créée par des conventions ; qu'elle est, au contraire, antérieure à tout pacte et nécessaire

état impose¹⁰⁹⁰. En d'autres termes, comme Cotelle comme Lherbette et les autres cités avant, si le discours change, utilisant des terminologies démontrant la prise de conscience des questionnements sociaux, il ne s'agit pas pour autant de révolutionner la société. Il faut respecter les devoirs qu'impose le droit, au nom d'un intérêt social, qui en vérité correspond à l'intérêt des notables à tendance de plus en plus bourgeois.

En somme, si la revue *La Thémis* a longtemps été présentée comme une transposition française de l'École historique allemande¹⁰⁹¹, Julien Bonnacase rappelle – à juste titre – que les deux écoles divergent dans leur « essence même » : « Jourdan et ses collaborateurs n'ont pas [...] accepté la doctrine de l'École historique ; ils se sont contentés d'avoir comme elle le goût des études historiques et de leur appliquer la même méthode scientifique. À cela se borne leur parenté avec l'École de Hugo et Savigny »¹⁰⁹². Ainsi, parce que les penseurs allemands admirent l'Ancien Régime, ces derniers se montrent sceptiques, voire hostiles à l'égard de l'ordre social post-révolutionnaire et donc de sa prétendue nouvelle représentation de l'individu. L'influence de Savigny se perçoit moins alors dans sa critique du Code civil sur le fond, que sur la forme. L'ambition des auteurs français est de rénover la compréhension du Code, en s'inspirant plus spécifiquement du droit romain et en revenant aux sources authentiques, afin d'en finir avec la glose des exégètes¹⁰⁹³. Souvent jeunes juristes contestataires, ils ne reprennent pas non plus l'idée d'un quelconque « génie populaire ». L'étude historique du droit romain est censée servir à faire du Code civil, non point l'œuvre du seul Napoléon, mais le résultat d'une longue tradition. *In*

même à l'état primitif ; si l'état de société peut n'être pas conventionnel, on ne sera plus admis à conclure que le droit est conventionnel par cela seul qu'il suppose. Eh bien, la non-société l'état est posée par l'auteur lui-même comme une pure hypothèse et il consacre un paragraphe à établir que la société est l'état naturel de l'homme. Cependant, il fonde son système sur la nécessité d'une convention pour passer de la non-société à la société. C'est là une antinomie qui nous paraît encore plus difficile à concilier », Augustin-Charles Renouard, « Introduction à l'Étude philosophique du Droit... », *op. cit.*, p. 217.

¹⁰⁹⁰ « M. Lherbette distingue dans la morale deux parties qu'il appelle de sentiment et de raisonnement ; il fait consister la morale de raisonnement dans les conséquences de l'axiome : l'homme est l'égal de l'homme ; et il déclare ne pouvoir s'occuper que de cette dernière partie, qu'il regarde comme étant seule la source du droit. Considérant l'homme, d'abord hors de toute société et ensuite en société, il le voit, dans le premier état, comme isolé complètement de ses semblables, ne leur devant rien [...] mais avec l'état de société, naissent les rapports, les droits et les devoirs. Il n'y a donc, suivant M. Lherbette, que l'état de société qui établisse un droit parmi les hommes », Augustin-Charles Renouard, « Introduction à l'Étude philosophique du Droit... », *op. cit.*, p. 216.

¹⁰⁹¹ Julien Bonnacase, *La Thémis...*, *op. cit.*, p. V.

¹⁰⁹² *Ibid.*, p. VI.

¹⁰⁹³ Sur Cujas & Gustave Hugo, V. Jacques Berriat-Saint-Prix, « Notice sur les nouveaux Codes... », *op. cit.*, p. 93.

fine, pour les auteurs de la *Thémis*, il s'agit simplement de commenter autrement le Code¹⁰⁹⁴. Face à la croissance des attaques vigoureuses de penseurs socialistes ou protocommunistes et l'instabilité politique régnante tout au long du siècle, la doctrine française en vient en réaction à se raidir. Consacrant et défendant plus encore le droit de propriété dans son caractère absolu, elle révèle toute l'ampleur de son rôle de défenseur de l'ordre social bourgeois et plus généralement de la société contemporaine. Il serait cependant sans doute faux de prétendre que la doctrine n'a pas conscience, ni prise en compte comme nouvel acteur social, les autres branches socialement moins favorisées. La société qui se tourne vers un libéralisme économique accru a conscience de la transformation de la société, au point que ces transformations l'inquiète. D'où sa réaction conservatrice, censée agir comme une poussée d'Archimède. Toutefois, la crise économique complique cette tâche de pacification. La situation agricole catastrophique des années 1845-1846 est aggravée par un accroissement démographique et la montée du chômage avec sa migration importante vers Paris. À cela s'ajoute une crise du système électoral, le cens étant jugé trop élevé puisqu'excluant les éléments les plus pauvres de la population. Même les éléments de la petite bourgeoisie ne peuvent y participer. Or, face à un roi vieillissant et un ministre impopulaire, celle-ci s'indigne de la spéculation des hauts milieux d'affaire. Dans un contexte de crises et de faillites, s'ajoute bientôt des scandales financiers concernant les pairs de France qu'on dénonce pour corruptions électorales. Parallèlement à la montée en puissance des idées socialistes, révolutionnaires, républicaines ou anarchiques, s'ajoute cette critique contre l'immoralité de hauts fonctionnaires et magistrats. Elle conduit à ce que les hauts notables perdent beaucoup en prestige. En réaction et, afin de contourner l'interdiction de rassemblement, des diners sont organisés en plein air, réunissant les opposants politiques. Ils deviennent rapidement des événements politiques où se réunissent les radicaux républicains et, plus généralement, tous ceux opposés au régime de la Monarchie de Juillet. Face à la misère sociale et aux troubles sociaux croissants, l'idéologie libérale montre alors de nouveau ses faiblesses, l'État ayant été amené à intervenir en important du blé étranger. Le soutien des juristes pour cette intervention montre bien son caractère inévitable, l'objectif majeur étant d'éviter tout débordement¹⁰⁹⁵. Finalement et, comme le résume Tristan Pouthier, « la question de la

¹⁰⁹⁴ Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 1 - Au temps de l'Exégèse », *op. cit.*, p. 63-64 et « L'histoire du droit... », *op. cit.*, p. 16 ; Philippe Rémy, « La "Thémis" et le droit naturel », *Revue d'histoire des Facultés de droit*, n°4, 1987, p. 145 ; Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 99.

¹⁰⁹⁵ Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 3... », *op. cit.*, p. 115-116 ; Arlette Michel, Colette Becker, Patrick Berthier, Mariane Bury, Dominique Millet, *littérature française...*, *op. cit.*, p. 18-19, 87-88 et 219-220.

méthodologie juridique sous la monarchie constitutionnelle a été souvent abordée [...] comme un cas particulier de l'affrontement qui oppose deux écoles doctrinales à l'échelle de l'Europe : d'une part une "école historique" fondée [...] par Savigny ; d'autre part une hétérogène "école philosophique" représentée par Bentham¹⁰⁹⁶ en Angleterre et par Hugo en Allemagne. Cette approche n'a rien d'inexact : de fait, les juristes français qui en appellent à une rénovation de la science du droit se réfèrent à ces deux écoles »¹⁰⁹⁷.

¹⁰⁹⁶ Sur Jérémy Bentham. V. *Infra*, p. 298 et s.

¹⁰⁹⁷ Tristan Pouthier, *Au fondement des droits...*, *op. cit.*, p. 190.

Chapitre second. De la victoire du césarisme bonapartiste à l'empire libéral de 1860

Mardi 22 février 1848, Paris s'éveille dans la brume. Le ciel est gris, chargé de nuages menaçants, un temps d'hier. « On ne fait pas une révolution en hiver », aurait dit Louis Philippe¹⁰⁹⁸.

Le 22 février 1848, une foule parisienne fête la démission du chef de gouvernement François Guizot, poussée par les grandes manifestations hostiles à l'interdiction des banquets républicains¹⁰⁹⁹. Des coups de feu partent : c'est la « promenade des cadavres ». Elle annonce la Révolution de 1848¹¹⁰⁰. En quelques semaines, l'Europe s'embrase, se couvrant de barricades. Les revendications démocratiques et sociales se font entendre sur presque tous les continents – notamment en raison du réseau international des colonies – conférant à cette révolution un caractère mondial¹¹⁰¹. En France, la Révolution de février 1848 renverse définitivement la monarchie de Juillet et met en place une nouvelle république, riche de promesses, mêlant notables bourgeois, ouvriers et paysans. C'est une union sans précédent depuis la Révolution de 1789. A priori, l'ensemble de la société française se retrouve rassemblée face aux ultras et plus généralement, les forces royalistes¹¹⁰². Toutefois, comme en 1789, avec cette fin du régime

¹⁰⁹⁸ Marie-Hélène Baylae, *La peur du peuple...*, op. cit., p. 49.

¹⁰⁹⁹ « La campagne des banquets s'inscrivait dans un contexte européen de développement du libéralisme et du nationalisme parmi les couches moyennes urbaines éclairées, de maturation des idées socialistes et d'une crise économique qui sévissait partout. La révolution parisienne de février eut un effet déclencheur. Très vite, les royaumes et principautés italiens s'opposèrent à la tutelle autrichienne. En Autriche même, vaste empire multinational, une révolution emporta la capitale le 13 mars. Vienne fut le deuxième pôle de flambée révolutionnaire. À Berlin, les journées des 16-18 mars firent céder le roi Frédéric-Guillaume IV, qui promit une Constitution libérale à la militaire Prusse. S'exprima même une revendication unitaire dans l'espace allemand : à partir du 31 mars, plusieurs représentants libéraux et démocrates organisèrent un « pré-Parlement » à Francfort pour préparer un Parlement national qui serait élu au suffrage universel. Le mouvement toucha la Grande-Pologne, ébranla en fait l'Europe entière. Si les formes, motivations et issues s'avèrent fort variables, partout la trace de la référence parisienne est sensible : ainsi de la diffusion des barricades, depuis le centre français jusque dans les rues milanaises ou berlinoises », Quentin Deluermoz, *Histoire mondiale...*, op. cit., p. 480-481.

¹¹⁰⁰ V. Sur les inquiétudes des banquets par Guizot et l'immobilisme grandissant du régime et sur le déroulement dans les détails des émeutes, pillages des boutiques et des barricades, avec l'intervention décisive de la garde nationale contre les forces militaires mobilisées, V. Marie-Hélène Baylae, *La peur du peuple...*, op. cit., p. 17 et 50-61.

¹¹⁰¹ « Mais l'action, avec ce jeu d'influences croisées, ne se déroule pas seulement à l'ouest de la péninsule eurasiatique. [...] On les retrouve, selon une imbrication un peu plus lâche, dans les espaces coloniaux [...] ce qui explique que l'on puisse parler d'une date mondiale », Quentin Deluermoz, *Histoire mondiale...*, op. cit., p. 482.

¹¹⁰² Quentin Deluermoz, *Histoire mondiale...*, op. cit., p. 480-483 ; Michel Mourre, *Dictionnaire Encyclopédique...*, op. cit., v° Révolution de 1848-1849, p. 4710 et s.

monarchique, c'est avant tout les intérêts premiers de la bourgeoisie qui sont sauvegardés.

Dans le reste de l'Europe, le Printemps des Peuples renvoie l'image d'un cuisant échec : les réformes se font rares et les mouvements nationalistes libéraux sont soumis à une forte répression, notamment au sein l'empire d'Autriche. Le symbole du courant réactionnaire depuis le Congrès de Vienne de 1814 exerce une forte répression pour maintenir l'unité. Dans les territoires allemands, l'unité est un échec aussi, le roi de Prusse Frédéric-Guillaume IV ayant préféré la pérennité des régimes absolutistes, plutôt qu'une nation unie, mais libérale et démocratique. Quant à la « sphère géographique » italienne – les mots sont de Metternich –, elle reste morcelée entre les mains de différents souverains, dont le pape. Une lutte féroce a lieu entre les éléments libéraux et nationalistes patriotes, principalement dirigés par Garibaldi face à l'Autriche, puis la papauté. À ce bilan très mitigé, la France de la IIe République, guidée par le nouveau « parti de l'Ordre », alors conservateur, triomphe aux élections de 1849. Une expédition française est envoyée à Rome pour restaurer Pie IX, obligeant Garibaldi à abandonner la ville aux français et à l'autorité pontificale. C'est la fin des dernières forces révolutionnaires¹¹⁰³. Toutefois, même si les résultats ne sont pas ceux escomptés, ce serait une erreur que de considérer que les événements de 1848 ne se résument qu'à ces derniers. Le Printemps des Peuples a conduit à diffuser à l'échelle mondiale des idées plus radicales. Les questionnements sociaux sont devenus inévitables désormais ; il n'est plus possible de les éviter derrière un solide pavois moraliste et conservateur, comme durant la Restauration et sous Louis-Philippe.

À la suite du Printemps des Peuples, l'accaparement du pouvoir politique, comme social, par une élite à tendance bourgeoise orléaniste, conduit à mettre un coup d'arrêt aux prétentions révolutionnaires ou socialistes. Dans ce début de la seconde moitié du XIX^e siècle s'enracine définitivement le nouvel ordre social bourgeois, écartant – *a priori*, définitivement – les ambitions ultras et royalistes. D'où le discours anthropologique et politique conservateur de la seconde génération des interprètes du Code ; plus marqué encore chez certains de ces membres, comme Troplong, qui se montrent on-ne-peut plus favorables au retour de l'empire (**section première**). Cependant, le Second Empire opère aussi à partir de 1860, avec le traité Cobden-Chevalier notamment, un tournant plus libéral qui se perçoit également chez les juristes (**section seconde**).

¹¹⁰³ Michel Mourre, *Dictionnaire Encyclopédique...*, *op. cit.*, v^o Révolution de 1848-1849, p. 4711-4714.

Section première. La victoire du conservatisme autoritaire aux lendemains du printemps des
peuples

*Aidez-moi tous à asseoir sur cette terre bouleversée par tant de révolutions un gouvernement stable, qui ait pour bases la religion, la justice, la probité, l'amour des classes souffrantes*¹¹⁰⁴.

Dans un premier temps, l'élite sociale orléaniste perçoit moins sévèrement la révolution de 1848 que celle de 1789, ce qui la tranquillise. Il en est de même pour le clergé qui n'est, cette fois-ci, pas malmené. Finalement, une certaine sensibilité passéiste de leur part l'emporte, malgré la violence de certains événements, ce qui donne la voie au peuple pour la première fois depuis 1793. Cependant, après l'abdication du « roi bourgeois », le président de la II République Louis-Napoléon fait face à une vive opposition dynastique, qui croit encore possible de sauver la monarchie. Les forces républicaines sont alors déterminées à ne pas « se laisser voler la victoire comme en 1830 », pour reprendre les mots de Marie-Hélène Baylae. Les orléanistes voient néanmoins, tout en restant à l'écart, s'affronter les deux autres forces sociales du pays, sans avoir à intervenir, aboutissant le 24 février 1848 à la formation sous l'acclamation des émeutiers, la proposition de Ledru-Rollin et du chantre de la « Grande Révolution » Lamartine, d'un gouvernement provisoire. Or, celui-ci comprend une part importante de députés républicains. La question sociale, qui n'a eu de cesse de croître dans les discours politiques opte pour une voie plus populaire et moins traditionaliste. Les sociétés républicaines se multiplient et donnent naissance à des clubs qui, de 73 à Paris le 17 mars 1848, passent à 300 trois mois plus tard. De nouvelles libertés individuelles sont mises en application : c'est par exemple la fin de l'esclavage dans les colonies françaises et l'État se dote de moyens de lutter contre le chômage par l'intermédiaire d'Ateliers nationaux. De prime abord, « la révolution de février semblait faite entièrement en dehors de la bourgeoisie » observe Tocqueville¹¹⁰⁵. Il précise même « et contre elle », ce qui toutefois nous semble être une erreur du jugement.

¹¹⁰⁴ Louis Napoléon Bonaparte, cité par Henri Martin, *Histoire de France, depuis 1789 jusqu'à nos jours*, Paris, Tome 6, 2^e éd., Jouvot et Compagnie éditeurs, 1883, p. 98.

¹¹⁰⁵ Philippe Chassaing, *La Grande-Bretagne et le monde de 1815 à nos jours*, Paris, Armand Colin, 2009, p. 39 ; Max Tancel, *Restaurations...*, *op. cit.*, p. 192 ; Michel Mourre, *Dictionnaire Encyclopédique...*, *op. cit.*, v^o Révolutions de 1848/1849, p. 4711 et s. ; Marie-Hélène Baylae, *La peur du peuple...*, *op. cit.*, p. 63-71.

Cette observation de la part du futur ministre des Affaires étrangères est à nuancer car moins que dressée contre la bourgeoisie où même, en dehors d'elle, la République de 1848 s'oppose surtout au modèle monarchique et à la forme traditionaliste du pouvoir. Elle ne s'attaque que peu à cette élite sociale qui commence alors à se démarquer plus ou moins clairement des autres élites royalistes ou traditionalistes. Le compromis trouvé lors de la Restauration n'est plus, ayant perdu même de son intérêt. La branche conservatrice de certaines élites sociales que l'on peut définir dans son idéal-type comme orléaniste, reste en place ; et c'est même elle qui, rapidement, prend le dessus au point même de retarder les espoirs républicains pour deux décennies encore. En effet, avec le Second Empire débute le sixième régime depuis l'entrée dans le XIXe siècle, qui opte dès le départ pour un retour à « l'ordre » avec une idéologie qui ne manque pas de rester conservatrice et autoritariste (I.). Dans ce contexte, les juristes font preuves d'un soutien indéfectible envers le pouvoir politique. Si, comme nous l'avons précédemment observé, la seconde génération – alors encore en place – reste assez passéiste et neutre, en pratique certains adoptent un discours idéologique pleinement assumé en faveur de la forme impériale, ce qui nous permet de les distinguer de leurs confrères (II.).

§1- La chute de la IIe République et le retour de l'autoritarisme avec le Second Empire

Rapidement, à peine la République formée, républicains modérés et socialistes s'affrontent. La victoire des modérés est toutefois acquise en raison du soutien des masses paysannes, majoritaire dans cette France rurale¹¹⁰⁶. Car, si l'ensemble du monde ouvrier est socialiste, la paysannerie apprécie davantage ses acquis récents post 1789, notamment fonciers. Or, la crise économique qui perdure conduit à une montée du chômage, surtout dans le monde ouvrier, accentué par la dissolution des Ateliers nationaux jugés trop coûteux. Cela provoque l'insurrection ouvrière de juin 1848. Pour la briser, le gouvernement a recours à l'armée. Les « journées de Juin » prennent le caractère de luttes entre la bourgeoisie soutenue par la paysannerie, contre le prolétariat. La « peur des communistes » a permis de réunir la garde mobile nationale et les banlieues, hostiles aux réformes socialistes. Ralliée au gouvernement provisoire qui se « refuse à franchir le Rubicon », l'Assemblée constituante se partage entre des candidats républicains conservateurs, libéraux ou socialistes. Si le degré de victoire des modérés est difficile à interpréter en raison de l'étiquetage et des programmes flous, une chose est sûre : les républicains socialistes sont les grands vaincus (80 sièges sur 880) face aux républicains conservateurs et les royalistes qui forment un bloc plus ou moins uni et égal en raison de la crainte commune des socialistes. Finalement, sous cette très jeune IIe République, le « parti de l'Ordre » se présente comme le parti majoritaire. Avec Louis Napoléon à sa tête, il est composé de catholiques, monarchistes et républicains modérés. Les élections du 23 avril 1848 lui donnent plus d'un quart des sièges de l'Assemblée, soit 200 députés. Lors des élections de mai 1849, ils sont 450, soit plus de la moitié des parlementaires à eux seuls¹¹⁰⁷.

¹¹⁰⁶ Le peuple des campagnes constitue l'essentiel de la société rurale, quand bien même 21% des propriétaires ne résident pas sur place et que 10% résident à la campagne sans cultiver la terre. Les paysans, qui représentent 50% de la population active, ne disposent alors que de 40% des revenus disponibles. De même, la grande propriété nobiliaire n'a pas disparu, restant néanmoins inégalement répartie, offrant une influence diffuse sur l'ensemble du territoire, ce qui contribue à garder une certaine mainmise du monde rural, en faveur du camp, traditionaliste, conservateur, voire modéré. V. André Encrevé, « La France du Second Empire », *op. cit.*, p. 56-61.

¹¹⁰⁷ Michel Mourre, *Dictionnaire Encyclopédique...*, *op. cit.*, v° Révolutions de 1848/1849, p. 4712-4714 ; Daniel Haléry, *La fin des notables*, Paris, Bernard Grasset, 1930, p. 135-136 ; Marie-Hélène Baylae, *La peur du peuple...*, *op. cit.*, p. 136-143.

La nouvelle république de 1848, dont fait partie Thiers – ancien premier ministre de Louis-Philippe – est gouvernée par de grands notables, bourgeois et nobles, auxquels s’ajoutent les catholiques. Thiers se fait d’abord connaître par son soutien aux catholiques contre l’Université qu’il considère trop socialiste ; et aussi en raison de son soutien pour une réforme des électeurs. Pour être inscrit sur les listes, il faut désormais vivre trois ans dans le même canton, ce qui exclut les ouvriers, artisans ou manœuvriers qui accomplissent des travaux saisonniers. Toutefois, cela permet à la plus petite bourgeoisie de participer ; le loyer devient ainsi une forme de cens indirect. À titre d’exemple, Paris voit 57% de ses électeurs radiés. Louis Napoléon, durant cette offensive, feint de pas s’en intéresser. En vérité, il prépare déjà son futur coup d’État¹¹⁰⁸.

Dans ce même moment, Auguste Comte et Émile Littré, son disciple, adoptent pour devise de leur régime politique idéal rationnel « Ordre et Progrès », tandis que se développe un anticléricalisme positiviste parmi les bourgeois libéraux. Ils adhèrent aux valeurs défendues par Comte et Littré, pour qui la science est amenée à répondre à l’avenir à toutes les interrogations de l’humanité. Il s’agit des débuts du scientisme ; les âges théologiques et métaphysiques sont présumés se diriger vers « l’âge positif », par l’intermédiaire des sciences expérimentales. Toutefois, rapidement, cet état d’esprit foncièrement favorable à « l’ordre » est bouleversé quand la chambre en vient à refuser la nouvelle élection du président Louis Napoléon. Parallèlement, les royalistes s’aperçoivent qu’ils ne peuvent plus l’emporter, les Bourbons et Orléans étant mis au banc de touche en raison de l’écrasement politique opéré par le monopolistique parti de l’Ordre. L’Assemblée devient un « foyer de complots », selon les mots du président de la République, qui décide alors de mettre son plan à exécution¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁸ Marie-Hélène Baylae, *La peur du peuple...*, *op. cit.*, p. 272-277.

¹¹⁰⁹ V. Daniel Haléry, *La fin des notables*, Paris, Bernard Grasset, 1930, p. 78 ; Marie-Hélène Baylae, *La peur du peuple...*, *op. cit.*, p. 272-287 et 338 ; Max Tancel, *Restaurations, Révolutions, Nationalités, 1815-1870*, Paris, Masson, 3^e éd., Collection Histoire Contemporaine Générale, 1981, p. 192 ; Philippe Nemo, « Chapitre 10. Démocrates et libéraux en France au XIX^e siècle. Constant, Bastiat, Prévost-Paradol », *Histoire des idées politiques aux Temps modernes et contemporains*. Paris, PUF, 2013, p. 591-697 ; Pierre Albertini, *La France au XIX^e siècle...*, *op. cit.*, p. 87 ; Auguste Comte, *Système de politique positive*, extraits des tomes II et III publiés entre 1851 et 1854, collection « Les classiques des sciences sociales », Québec, édition électronique de Jean-Marie Tremblay, 14 février 2002, p. 12 et s.

Les troubles politiques et le coup d'État de la nuit du 1^{er} au 2 décembre 1851 dans une réception se déroulant à l'Élysée en l'honneur d'Austerlitz, sonnent le glas de cette courte république. L'idéal de fraternité et la solidarité devront dès lors attendre encore un peu, tandis que [...] Napoléon III semble plus favorable au libéralisme, comme l'atteste le traité économique franco-anglais de 1860, Cobden-Chevalier, « points d'orgue » d'une application d'un programme économique libéral, d'inspiration saint-simonienne¹¹¹⁰.

À peine proclamée, la IIe République s'effondre. Le 2 décembre 1851, c'est la victoire du césarisme « démocratique » et bonapartiste du futur Napoléon III¹¹¹¹. C'est sous les applaudissements du plébiscite du 22 décembre, qu'est soutenu le coup d'État de l'ancien premier président de la République française. De nombreuses libertés publiques se retrouvent aussitôt suspendues. Le nouveau régime utilise l'arsenal répressif des régimes précédents, mais avec plus de vigueur encore : on déporte en Algérie ou à Cayenne par simple décision administrative tous les individus suspects d'appartenir à des sociétés secrètes ou qui menaceraient l'ordre public. À la suite de l'attentat d'Orsini et de la loi de sureté générale de 1858, toute personne faisant l'objet d'une condamnation politique peut être déporté ou exilé, sans procès. Dès 1851, un décret impose une autorisation administrative pour l'ouverture d'un café ou d'un cabaret et le préfet peut les fermer à tout moment pour motif de « sureté publique ». La liberté de la presse disparaît de nouveau. Tout directeur de journal doit désormais obtenir une autorisation préalable, en versant une caution importante et un droit de timbre par tirage. Des

¹¹¹⁰ Philippe Chassaing, *La Grande-Bretagne et le monde...*, *op. cit.*, p. 39.

¹¹¹¹ « Napoléon III est un personnage un peu énigmatique : il aime le pouvoir pour le pouvoir, ne s'embarrasse guère de principes [...] et se méfie des gens d'esprit. [...] Dans le même temps, il s'intéresse au mouvement du progrès technique et économique, souhaite venir en aide aux malheureux (ancien *carbonaro*, il a écrit un traité de l'extinction du paupérisme), prend des avis dans toutes les familles de pensée. D'où une pratique composite où entrent, en proportions variables, la volonté de complaire au catholicisme [...], l'effort de ralliement des notables orléanistes, le souci saint-simonien de l'organisation et du développement industriels. Sa propre famille joue un rôle un peu confus. L'impératrice Eugénie (une belle Espagnole, épousée en 1853, qui lui donne le prince impérial de 1856) pèse en faveur du conservatisme », Pierre Albertini, *La France au XIXe siècle...*, *op. cit.*, p. 54 ; V. aussi sur le césarisme démocratique de Napoléon III, Philippe Chassaing, *La Grande-Bretagne et le monde...*, *op. cit.*, p. 54 : « l'appel au peuple du 2 décembre 1851 contenait les grandes lignes des aspirations du prince-président en la matière : délégation du pouvoir exécutif à un chef responsable nommé pour dix ans, élection du corps législatif au suffrage universel, création d'une seconde assemblée « formée de toutes les illustrations du pays, pouvoir pondérateur, gardien du pacte fondamental et des libertés publiques ». Le plébiscite du 22 décembre 1851, avalisant le coup d'État, donna au prince le pouvoir nécessaire pour établir une constitution ». Nous sommes ici au cœur du système bonapartiste, ce « césarisme démocratique » dans lequel le chef et le peuple dialoguent par-dessus tous les pouvoirs intermédiaires, mais aussi dans lequel le peuple a pour liberté première celle de faire confiance à son chef. »

amendes et « avertissements », fixés par les préfets ou le ministère de l'Intérieur peuvent aussi conduire à la disparition définitive d'un journal. En 14 mois, 91 journaux de province disparaissent¹¹¹².

Cette révolution faussement « populaire » dans ses résultats, est à l'origine d'une société à la fois libérale, mais aussi empreint d'éléments de l'ancienne France. Les mêmes notables qui dirigeaient le pays avant 1848, conservent l'essentiel de leurs pouvoirs, qu'ils soient politique, économique et plus généralement social. Ils sont, surtout à Paris, au sommet de la société et de la vie mondaine, profitant du nouveau luxe parisien en plein essor en formant un petit monde, très homogamique, qui tente de protéger ses intérêts¹¹¹³. Dans un premier temps, s'il semble logique que les aristocrates légitimistes « boudent », pour reprendre la terminologie de Marie-Hélène Baylae, ce nouveau régime. Il en est alors de même de la grande bourgeoisie orléaniste : c'est-à-dire boutiquiers, professions libérales et fonctionnaires. Sans doute est-ce là une preuve supplémentaire de l'absence de sentiment d'unité d'une pseudo-classe bourgeoise, qui ne s'identifie toujours pas comme telle¹¹¹⁴. Il faut attendre alors de nouvelles familles, enrichies par des investissements récents ou nouvellement remarquées dans la scène politique – Persigny, Schneider, Morny, etc. – qui, en s'intégrant dans l'ancienne classe dirigeante traditionnelle, forment ensemble les « deux cents familles ». De plus, Louis Napoléon se dit rapidement soucieux du milieu des affaires dont le marasme économique est à déplorer, tout comme le chômage et la santé des classes ouvrières. À la suite d'une intense propagande, l'empereur arrive à incarner le retour à la prospérité¹¹¹⁵. En se réunissant, cette nouvelle élite économique et gouvernementale arrive à garantir, parfois malgré elle, la réussite du régime bonapartiste. Après avoir affronté les forces révolutionnaires, leur objectif est de protéger ce nouveau régime impérial, dans le but d'assurer leur survie politique et la pérennité du libéralisme sur le plan économique¹¹¹⁶. Ainsi,

¹¹¹² Pierre Albertini, *La France au XIXe siècle...*, op. cit., p. 55 ; Marie-Hélène Baylae, *La peur du peuple...*, op. cit., p. 363.

¹¹¹³ Selon les mots de Daniel Haléry, *La fin des notables*, Paris, Bernard Grasset, 1930, p. 70 : « La Révolution populaire, en 1848, a soudain abattu devant eux, disons même sur eux, une société libérale, généreuse, ou beaucoup de l'ancienne France et le meilleur peut être, était gardé. »

¹¹¹⁴ V. sur les différentes classifications sociales et plus particulièrement la vision marxiste des classes sociales, Pitrim Sorokin, « Qu'est-ce qu'une classe... », op. cit., p. 57 et 68-73.

¹¹¹⁵ Marie-Hélène Baylae, *La peur du peuple...*, op. cit., p. 356-358.

¹¹¹⁶ « C'est ce tout petit monde (quelques milliers de familles) qui, à Paris, profite du luxe établi sur « le boulevard », hante les bals pendant la saison, le Théâtre Français, les Italiens et l'Opéra, se promène à pied aux Tuileries et en voiture sur les Champs-Élysées (4000 voitures par jour en 1842), pousse jusqu'au champ de course de Longchamp (le Jockey Club est créé en 1834), voire jusqu'au littoral normand où est lancée, dès la Restauration, la mode de la

lorsque les notables sont en accord avec les agents du pouvoir bonapartiste, préfets et sous-préfets, il en résulte naturellement un renforcement du pouvoir des notables locaux ; tandis qu'en parallèle, un certain enrichissement de la société paysanne contribue à faire accepter le régime plus facilement par le reste de la population. En effet, le Second Empire connaît une augmentation du nombre de petits propriétaires et du niveau des revenus des ruraux ; bien que cela s'explique aussi en partie par les exodes ruraux, prémices de l'entrée dans l'ère industrielle¹¹¹⁷.

La bourgeoisie orléaniste forment le plus gros des troupes politiques de la société impériale. Elle se définit plus encore que durant la première moitié du siècle, par son mode de vie : le bourgeois idéaltype est « celui qui a un piano dans son salon »¹¹¹⁸. S'il possède un capital important, plus que ce dernier, c'est son mode de vie ostentatoire qui prime. Il passe par des vêtements ou du mobilier, comme en témoigne la toilette féminine, les bibliothèques et salons, qui sont concomitants à un nombre d'innovations qui permettent de les distinguer des anciens notables qui dominaient jusque-là : grandes banques, grands magasins, grandes usines, etc¹¹¹⁹. À titre d'exemple, durant le Second Empire, le plus grand groupe socio-politique du Conseil d'État est orléaniste, tandis qu'il ne comporte qu'à peine cinq conseillers républicains et trois légitimistes. Si pour beaucoup de ces orléanistes, la monarchie de Juillet avait été une époque de progrès social et politique, ayant remplacé les cadres légitimistes dans l'Administration, nombre d'entre eux s'adaptèrent plus vite encore au nouvel empire. Le régime, en conservant l'élite déjà en place à l'instar des membres siégeant au Conseil d'État, s'assure au passage du soutien de la plupart d'entre eux. Le phénomène est d'autant plus vrai que l'union paraît essentielle face aux socialistes et républicains plus radicaux, perçus comme potentiellement plus hostiles « au règne de la bourgeoisie »¹¹²⁰.

villégiature à l'anglaise (à Dieppe ou à Trouville). L'univers des notables est cependant divisé verticalement (il y a de grands et de petits notables) et horizontalement (en fonction des appartenances politiques). La pyramide des notables est assez bien manifestée par le système électoral : en 1840, 56 000 éligibles, 250 000 électeurs, 2 800 000 électeurs municipaux », Pierre Albertini, *La France au XIXe siècle...*, *op. cit.*, p. 44.

¹¹¹⁷ Ainsi, la population rurale voit son habitat s'améliorer : vitres aux fenêtres, abandon des toits en chaume, achats de meubles, etc. V. André Encrevé, « La France du Second Empire », *op. cit.*, p. 58-60.

¹¹¹⁸ Jean-Pierre Chaline, « Les bourgeois de Rouen, une élite urbaine au XIX^e siècle », *Histoire de l'éducation*, Paris, Presses de la fnsp, n°18, 1982, p. 137.

¹¹¹⁹ André Encrevé, « La France du Second Empire », *op. cit.*, p. 51-52. V. Par exemple à ce sujet : Émile Zola, *Au bonheur des Dames*, Paris, Georges Charpentier éditeur, 1883.

¹¹²⁰ Vincent Wright, « Chapitre III. Les sentiments politiques des conseillers d'Etat », *Le Conseil d'État sous le Second Empire*. sous la direction de Wright Vincent. Paris, Presses de Sciences Po, « Académique », 1972, p. 69-80 ; André

La seconde moitié du XIX^e siècle est marquée par l'effondrement du romantisme révolutionnaire, peu à peu remplacé par un courant dit réalisme, ou encore naturaliste¹¹²¹, notamment dans le domaine de l'art¹¹²². Il s'agit là d'un glissement vers un certain pragmatisme du monde ouvrier, illustrant une prise de conscience globale des changements induits par l'entrée dans la révolution industrielle, exacerbés par les incapacités et le manque de volonté du monde politique. La masse ouvrière, laborieuse, est désabusée par la politique répressive menée contre elle et permettant à Louis Napoléon d'être le garant de « l'ordre contre l'anarchie et le pillage ». Dans le domaine littéraire, qui n'est cependant pas le seul domaine où le réalisme s'exprime, Victor Hugo est sans doute l'auteur le plus célèbre, bien que Zola soit le premier à en utiliser le terme. Les « derniers feux du romantique » d'Hugo se perçoivent dans ses œuvres tels que *Les châtiments* (1853), *Contemplations* (1856), *La Légende des siècles* (1859) ou encore avec les *Misérables* (1862). L'activité et le message politique des artistes de la fin du XIX siècle est alors indissociable de leurs travaux – à l'instar des juristes, mais qui défendent en général une vision opposée – tant ces derniers ont le souci de vouloir transmettre un message à caractère idéologique¹¹²³.

En 1866, Paris compte presque 500.000 ouvriers sur près de deux millions habitants, dans un contexte où que le droit de grèves est « reconnu » deux ans plus tôt, après la Ière Internationale de Londres et avec la loi du 25 mai 1864. Il s'agit d'une population qui n'a donc de cesse de croître et dont la situation sociale devient de plus en plus perceptible, même par les juristes qui ont feint jusque-là de ne pas les voir. Utilisant la loi de 1868 sur la liberté de réunion, une active propagande se diffuse sur les thèmes de l'expropriation par exemple, particulièrement à l'égard

Encrevé, « La France du Second Empire », *op. cit.*, p. 50-51.

¹¹²¹ « Ce courant réaliste est également porté par des auteurs moins importants, comme les frères Goncourt, H. Murger ou Champfleury. Tandis que Zola, qui publie *Thérèse Raquin* en 1867, y expose son choix pour le naturalisme. La poésie connaît aussi un vrai renouvellement, avec en particulier Baudelaire, les Parnassiens (Banville, Heredia, Leconte de Lisle), Verlaine, Mallarmé et Lautréamont. Dans le domaine artistique, le naturalisme est particulièrement illustré par Courbet qui, dès 1850 avec son *Enterrement à Ornans*, s'oppose frontalement aux normes classiques, puisqu'une toile aussi vaste (7 × 3,5 m) devrait « normalement » être réservée à un sujet noble, alors qu'il y décrit un enterrement de village et que les personnages y sont représentés dans leur réalité (ce que le public traduit par leur « laideur ») », *ibid.*, p. 69-70.

¹¹²² « Aussi bien en littérature que dans les beaux-arts, c'est de l'école réaliste que vient le renouvellement. Cette tentative pour donner de la réalité une description objective est très nette chez Gustave Flaubert, en particulier dans *Madame Bovary* (1857), qui choque la bourgeoisie et vaut à l'auteur un procès pour outrage aux bonnes mœurs (il est acquitté) », André Encrevé, « La France du Second Empire », *op. cit.*, p. 69.

¹¹²³ André Encrevé, « La France du Second Empire », *op. cit.*, p. 68-70 ; Marie-Hélène Baylae, *La peur du peuple...*, *op. cit.*, p. 343.

des compagnies financières, des services publics, banques, chemins de fer et mines, lieux où se développe l'essentiel des petits et moyens fonctionnaires. Elles constituent par ailleurs la majeure partie des 165.000 serviteurs de l'État en 1870, auxquels il faut ajouter les professions libérales – pharmaciens, médecins de campagne, notaires, etc. Or, ces populations disposent d'un réel prestige, d'autant plus croissant qu'ils font de plus en plus concurrence aux premiers notables propriétaires, héritage de la vie nobiliaire royaliste qui perdent leur image d'idéaltype de réussite sociale. Toutefois, avec le paupérisme grandissant et la croissance qui décélère à la suite du Printemps des Peuples, la question sociale n'a fait qu'augmenter en intensité. Elle devient inévitable dans le discours politique, comme juridique. Les théoriciens du christianisme social révèlent notamment les difficultés et mauvaises habitudes : délinquance, prostitution, consommation d'alcool, recours à de nombreux emprunts, qui sont devenues une nécessité pour atténuer les effets d'une forte fatigue physique et morale¹¹²⁴. L'objectif de cette élite sociale, majoritairement orléaniste et bourgeoise, est donc d'assurer la permanence d'un pouvoir fort et autoritaire, afin d'assurer la sauvegarde de la propriété et des intérêts privés acquis depuis 1789. En effet, ces derniers sont jugés menacés par les socialistes, révolutionnaires ou républicains. Secondairement, l'objectif est aussi de favoriser l'essor des affaires. Quand bien même il n'y a pas une conscience de classe durant le Second Empire, les disparités sociales demeurent très fortes et ne cessent de croître, favorisant une distinction sociale. Selon Haussmann (1809-1891), la population parisienne compte en 1862, près de 70% de « pauvre »¹¹²⁵, tandis qu'à Bordeaux, 76% des personnes décédées en 1873 ne laissent aucun héritage.¹¹²⁶ Parallèlement, c'est une victoire pour l'élite sociale de 1848 : grande bourgeoisie, hauts fonctionnaires, d'hommes d'affaire de Paris ou de Province, petite bourgeoisie boutiquière ou intellectuelle ont la faveur impériale et voient leur condition constamment s'améliorer¹¹²⁷.

¹¹²⁴ Quentin Deluermoz, *Histoire mondiale...*, op. cit., p. 482-483 ; Pierre Albertini, *La France au XIXe siècle...*, op. cit., p. 81 ; Michel Mourre, *Dictionnaire Encyclopédique...*, op. cit., v° Commune de Paris, p. 1287-1288.

¹¹²⁵ « On estime toutefois que la limite entre le peuple et la bourgeoisie se marque par un revenu familial de 4 000 F en province et de 5 000 F à Paris. En dehors de la classe dirigeante parisienne, on distingue trois catégories : la "bonne bourgeoisie", riche (négociants, industriels, membres des professions libérales, hauts fonctionnaires), peut-être de l'ordre de 25 000 familles présentes dans la vie politique locale, mais à l'écart des joutes politiques nationales ; la "moyenne bourgeoisie" : petits patrons, médecins, notaires et avocats, qui se distinguent du peuple par leur genre de vie (illustré par Flaubert dans *Madame Bovary*) ; enfin, la "petite bourgeoisie", faite d'artisans aisés, de boutiquiers, de petits fonctionnaires, qu'on hésite à séparer du peuple, mais qui n'en tiennent pas moins, en certains lieux tout au moins, une place particulière dans la ville », Pierre Albertini, *La France au XIXe siècle...*, op. cit., p. 51-52.

¹¹²⁶ *Ibid.*, p. 47.

¹¹²⁷ La monarchie ne se révèle pas d'ailleurs de cet échec, quand bien même la noblesse rurale résiste tant bien que mal, fournissant toujours un nombre important de maires ruraux et conseillers généraux, détenant ainsi une parcelle

*Ces bourgeois se caractérisent par leur sens du travail, leur sérieux, leur probité, leur prudence, leur respect de l'argent aussi. Et donc leur hostilité à tout ce qui peut menacer leurs affaires : la guerre – synonyme d'impôts élevés et de risques pour la vie économique –, le socialisme ou le simple désordre. Au fond, ils aspirent au calme, pour être en mesure de se consacrer à leur vocation terrestre : agir dans le monde pour l'améliorer tout en s'enrichissant*¹¹²⁸.

En somme, au lendemain du Printemps des Peuples, les forces ultras ou royalistes sont écartées du pouvoir, au bénéfice des forces orléanistes. La paysannerie et le monde ouvrier apparaissent désormais pleinement divisés et, si la question sociale a pris de l'importance, cela n'empêche aucunement l'ordre social institué par le Code d'être révolu. Au contraire, les juristes qui acceptent pleinement le changement de régime le présentent comme un compromis idéal entre la recherche d'un ordre conservateur inspiré de ce qui se faisait sous la monarchie et celui du progrès qu'exige avec force les populations plus défavorisées.

du pouvoir politique, social et économique, au moins sur le plan local. V. Pierre Albertini, *La France au XIXe siècle...*, *op. cit.*, p. 82.

¹¹²⁸ André Encrevé, « La France du Second Empire », *op. cit.*, p. 51-52.

§2- Le soutien des juristes au nouveau régime

Sous le Second Empire, le discours de la majeure partie de la doctrine réitère son rôle de porte-parole de l'élite sociale en place. Son adhésion au retour à la paix et tranquillité sociale, avec le souci de sauvegarder certains des acquis révolutionnaires est la preuve d'un conservatisme bien imprégnée chez cette seconde génération qui, finalement, ne change pas foncièrement son discours. Toutefois, si l'essentiel des membres de l'exégèse se disent apolitiques ou s'intéressant surtout à la pratique – ce qui reflète indirectement leur conservatisme – certains font même preuves d'un peu plus de vaillance dans leurs écrits, notamment une fois le Second Empire instauré. C'est notamment le cas de Raymond-Théodore Troplong (1795-1869). Alors président de la Cour d'Appel de Paris, il a participé à la rédaction de la Constitution impériale et ne cache aucunement son soutien envers le régime impérial, dans un contexte où la lente reprise économique contribue à valoriser l'image du régime et de son dirigeant¹¹²⁹ :

Maintenant que voilà le pouvoir mis en pièces par la plus effroyable anarchie, demandons-nous comment il se fait qu'après de telles défaites et de si grandes humiliations, le principe d'autorité se soit si promptement restauré dans les mains de Louis-Napoléon [...]. Ceci est sérieux et demande à être expliqué. La grande révolution de 1789 a commencé par d'admirables réformes [...] et a abouti à de grands excès. Les réformes, œuvre du progrès des mœurs et de la raison, sont le patrimoine inégalable de la France ; mais les excès, ouvrage des passions anarchiques, sont restés odieux à la génération actuelle comme ils l'avaient été aux contemporains, qui infligèrent le nom de Terreur à ces folies sanguinaires. La France ne veut donc rien qui l'inquiète sur le sort des réformes conquises ; mais elle ne veut rien, non plus, qui l'effraye par le retour de principes détestés. Elle tient essentiellement aux intérêts légitimes nés de la révolution de 1789 ; mais elle condamne autant qu'elle redoute les idées révolutionnaires qui prétendent aller au-delà. Tel est évidemment le sentiment général du pays : ni retour à l'ancien régime, ni retour au jeu funeste des révolutions¹¹³⁰.

¹¹²⁹ Marie-Hélène Baylae, *La peur du peuple...*, op. cit., p. 359 et 368.

¹¹³⁰ Raymond-Théodore Troplong, *Du principe d'autorité depuis 1789*, Paris, chez les marchands de nouveautés, 1853, p. 17-18.

Pour Troplong, le concept de « pouvoir » est indissociable à celui d'autorité. Il doit être accepté, voire « vénéré et obéi ». Il s'agit d'une nécessité pour toute société « policée et libre ». Il ne peut donc y avoir de libertés, individuelles comme collectives, sans respect du pouvoir. C'est dans « l'intérêt même des peuples, de leur dignité et de leur liberté », que le « pouvoir se montre [...] dans des conditions personnelles qui commandent la confiance ; il faut que les princes dans qui le pouvoir se personnifie, sachent se rendre populaires pour être forts ». Se plaçant dans la droite lignée des membres de la seconde génération, notamment Demolombe, le principe d'ordre prend le pas sur l'individualisme juridique. Le manque de confiance du peuple envers la famille Bourbon rend Troplong – tout comme le reste de la doctrine – critique vis-à-vis de la monarchie. Selon lui, cette dernière manque d'autorité en raison des antinomies qui parcourent son idéologie bancale, remplies de paradoxes et de contradictions¹¹³¹. Toutefois, cela ne l'empêche pas d'être reconnaissant à l'égard d'acquis hérités de la monarchie de Juillet, tout comme de l'Ancien Régime. Après tout, la doctrine reste profondément attachée à un héritage traditionaliste datant du Code. Les deux périodes ont en effet aidé à la formation de la société présente, ayant permis aux principes bourgeois de se développer sereinement, avant l'instauration du nouveau régime impérial¹¹³².

Troplong est alors plus critique envers les « excès » de 1789-1799. Il félicite par exemple la monarchie parlementaire de Louis-Philippe de ne pas s'être inspiré de la « monarchie démocratique, si follement instituée par la constitution de 1791 ». Au-delà des « grands excès » de la Terreur qu'il qualifie « d'anarchie [aux] formes extravagantes », l'esprit révolutionnaire est selon lui une « lèpre de la civilisation ». À l'inverse, il accorde beaucoup de crédit à l'Empire qui a su rester attaché aux principes de 1789, tout en rejetant « le fiel et l'absinthe des idées révolutionnaires » afin d'en garder que les « grandes et saintes vérités acquises à l'humanité par un immense progrès de la civilisation ». L'Empire a ainsi « donné une salutaire direction à la révolution égarée et à la nation éperdue » par « l'anarchie » et « écrasé » par le jacobinisme, sources du « chaos le plus affreux » ; tout en ayant eu pour lui l'avantage d'avoir « fait briller l'ordre le

¹¹³¹ Raymond-Théodore Troplong, *Du principe d'autorité...*, *op. cit.*, p. 7 et 14-16.

¹¹³² « On ne nous surprendra jamais à parler avec irrévérence de la maison de Bourbon. Elle se lie, dans notre histoire-à des siècles demandeur ; nous ne saurions oublier ce que le pays lui doit pour la brillante culture des lettres, pour l'agrandissement du territoire pour la création du pouvoir central et la puissante formation de la bourgeoisie », *ibid.*, p. 7-8.

plus admirable » en se plaçant au-devant de tout triomphe¹¹³³ ; difficile de faire plus élogieux.

Le grand avantage du modèle impérial selon Troplong, c'est qu'il porte en lui l'autorité nécessaire pour calmer le « volcan incendiaire » des mouvements populaires qui font habituellement « trembler » les monarchies, comme ce fut le cas en 1792, 1830 et 1848. Il considère que l'Empire n'a rien à redouter des mouvements contestataires et populaire¹¹³⁴. Par conséquent, le souffle révolutionnaire de 1848 n'est plus une crainte pour ce défenseur de l'ordre social en place. Ni monarchiste, ni pleinement révolutionnaire, pour Troplong, seul l'empire peut réussir à concilier les deux régimes ; sans adopter une idéologie aux valeurs contradictoires, tout en affirmant avec force, son autorité¹¹³⁵. L'originalité idéologique de Troplong tiens alors surtout au fait qu'il associe l'empire à l'idée démocratique. En effet, si la France est une démocratie, ses mœurs l'empêchant d'être autre chose qu'impériale. Ce régime permet d'éviter les « instabilités orageuses des démocraties antiques » car, « loin d'être incompatible avec le principe d'autorité, elle le salue dans l'Empire et l'élève à une hauteur et à une dignité pareille aux grandeurs des plus illustres monarchies anciennes »¹¹³⁶.

Adhémar Esmein (1848-1913) se montre tout aussi – voire plus – critique envers la monarchie française que Troplong, offrant là une lecture de l'histoire évolutive, empreint d'une théodicée qui n'a pas quitté le discours de la majeure partie de la doctrine jusqu'à la fin du siècle. Toutefois, il lui reconnaît d'avoir « vaincue la féodalité » médiévale. Elle paraît à ses yeux maintenant dépassée, « devenant même encombrante sur le plan économique »¹¹³⁷. À l'inverse de

¹¹³³ Raymond-Théodore Troplong, *Du principe d'autorité...*, *op. cit.*, p. 13-25.

¹¹³⁴ Au contraire, il « pénètre hardiment dans les couches les plus faciles à s'agiter au souffle révolutionnaire ». V. *Ibid.*, p. 24.

¹¹³⁵ « Lorsque, après une restauration inattendue et seize années, d'un gouvernement difficile et combattu, la maison de Bourbon eut aperçu dans la marche de l'opinion la preuve éclatante que la liberté de la presse et des élections compromettait les bases de son pouvoir, sa main a-t-elle été assez forte pour ressaisir la plénitude de l'autorité royale et pourvoir à son salut ? [...] La révolution est donc sur les pas de la maison de Bourbon, Il semble qu'une inexorable fatalité condamne la France à subir une secousse violente chaque fois que la maison de Bourbon essaye d'enchaîner le désordre et l'anarchie. Au -contraire, la dynastie-impériale peut regarder en face l'esprit révolutionnaire. Deux fois elle lui a dit : "Tu n'iras pas plus loin, » et deux fois les flots courroucés se sont arrêtés sans leur débordement" », *ibid.*, p. 8.

¹¹³⁶ Adhémar Esmein, *Éléments de droit...*, *op. cit.*, p. 25.

¹¹³⁷ *Ibid.*, p. 1 ; V. aussi, *Ibid.*, p. 57 : « l'abolition du régime féodal devait être une des premières tâches qui s'imposaient à la Révolution. Depuis des siècles il avait perdu sa raison d'être et ne rendait plus aucun service réel. Mais les débris en subsistaient encombrants, gênants et malfaisants. Les populations des campagnes surtout réclamaient l'abolition des droits féodaux ; toutes en souffraient ; mais ceux-là Surtout, parmi les paysans, qui avaient

Troplong, il est beaucoup moins critique à l'égard de l'œuvre révolutionnaire, dont l'Assemblée constituante « posa, sur nombre de points, les fondements du nouveau droit civil ». Esmein n'est cependant pas hostile à l'idée même de monarchie. En effet, la monarchie constitutionnelle anglaise l'inspire beaucoup, considérant même que l'Angleterre du XVIII^e siècle possède une « admirable magistrature [...] fort à la mode »¹¹³⁸. Cette admiration vient autant de l'étiquette autoritaire de ce régime, que son libéralisme affiché. En effet, pour le futur représentant de la pensée libérale au sein de la doctrine publiciste française de 1900, il est nécessaire de limiter la souveraineté, l'État ayant d'abord pour rôle de se préoccuper des libertés de l'individu ; entendues comme la capacité de pouvoir librement développer ses propres facultés. Reprenant le discours de Sieyès du 2 thermidor de l'an III, mais en l'interprétant d'une façon plus libérale, il considère que le meilleur moyen d'assurer le développement individuel est de permettre à chacun de se diriger spontanément, à sa guise. Il s'agit là, dans une forme peu subtile, de défendre la non-intervention de l'État aux affaires personnelles et individuelles, c'est-à-dire aux questions sociales. En effet, en cherchant à laisser libre l'individu, il est question de pas intervenir face aux problématiques sociales et de favoriser le *statu quo* social en place¹¹³⁹.

déjà acquis la terre [...] ou qui étaient avides de l'acquérir, demandaient l'affranchissement de la propriété ».

¹¹³⁸ Adhémar Esmein, *Éléments de droit...*, *op. cit.*, p. 94 et 217-218.

¹¹³⁹ « Une première renaissance de la pensée de Sieyès a lieu en 1851, à une période où l'on s'interroge sur la possibilité de réviser la Constitution de 1848. Édouard Laboulaye parlera, à son propos, "d'esprit ingénieux" et citera la fameuse brochure *Qu'est-ce que le Tiers-état ?* comme la parfaite illustration du principe selon lequel la nation a le droit de modifier sa constitution. Un jeune docteur en droit, Edmond de Beauverger, publie, dans la *Revue de législation et de jurisprudence* d'avril 1851, une étude sur Sieyès qui ressemble fort à un panégyrique. Dans une de ses *Causeries du lundi*, publiée une semaine après le coup d'État du 2 décembre 1851, Sainte-Beuve dresse un portrait d'une grande pénétration psychologique sur l'abbé. Travaillant à partir des papiers privés de Sieyès, détenus alors par Hippolyte Fortoul, il met en évidence ses échecs autant que ses succès. Pour le grand critique, Sieyès "a complètement erré en croyant que la raison pouvait s'enseigner en masse aux hommes et devenir la loi des sociétés à venir" [...]. Si Sainte-Beuve doute que Sieyès ait pu être un Newton en politique, il reconnaît par contre qu'il y a du Descartes en lui, en ce qu'il a fait table rase du passé, en défendant la conception d'une société mettant fin aux privilèges, fondée sur l'égalité civile. Il s'agit là de la "conquête de 89, à laquelle Sieyès a pour jamais attaché son nom" et qui est appelée à durer. Alors que les publicistes libéraux du Second Empire – Charles de Rémusat, Prévost-Paradol, Victor de Broglie – obsédés par l'échec de la monarchie constitutionnelle en 1848, n'ont guère étudié la pensée politique de Sieyès, ce sont les professeurs de droit public de la III^e République – Adhémar Esmein, Léon Duguit, Raymond Carré de Malberg... – qui vont consacrer la figure du penseur politique, aux côtés d'un Rousseau [...] et le désigner comme un maître des constitutions », Alain Laquièze, « La réception de Sieyès par la doctrine publiciste française du XIX^e et XX^e siècles », *Figures de Sieyès*, sous la dir. de Jean Salem, Vincent Denis et Pierre-Yves Quiviger, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2008, p. 83-84.

Cette troisième voie, ni royaliste ultra, ni républicaine révolutionnaire, est globalement soutenue par la doctrine en raison de son attachement à un individualisme à tendance de plus en plus libéral. L'œuvre de Toullier par exemple, *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, est complétée à sa mort par Jean-Baptiste Duvergier, un avocat « libéral » du Second Empire. De même, Valette, suivant Demante ou Duranton – qu'il admirait – adopte des idées libérales en participant activement à la vie politique de la II^e république tout en s'associant à l'étiquette de républicain modéré. Sur le plan du droit civil, dans sa proclamation du 14 janvier 1852, Louis-Napoléon Bonaparte fait ostensiblement l'éloge du Code civil, qui redevient le « Code Napoléon », afin de « rendre hommage à la vérité historique ». Troplong, esprit particulièrement imaginaire parmi les commentateurs du Code, montre bien dans son œuvre, pourtant critiquée pour ses écrits abusivement longs et romanesques, comment, de la monarchie de Juillet au Second Empire, le Code civil a été encensé, bien que réinterprété dans le sens d'un « prudent libéralisme ». Ainsi, bien qu'il ait été considéré comme « la plus belle conquête des temps moderne », il subit discrètement nombre de modifications, comme la loi du 31 mai 1854 sur l'abolition de la mort civile ou encore la loi du 24 juillet 1867, sur les sociétés anonymes, de même que celle du 2 août 1868, qui abroge l'article 1781 et met fin à la consécration inégalitaire entre le maître et l'ouvrier. Toutefois, le Code a beau être légèrement modifié dans la forme, sur le plan théorique, il reste dans l'imaginaire l'œuvre de 1804. Il est l'œuvre d'une doctrine soucieuse de sauvegarder l'ordre social contemporain, tout en ayant su s'adapter aux demandes et aux situations politiques et sociales¹¹⁴⁰.

*La stabilité est l'un des caractères de la loi, c'est la garantie de son impartialité, c'est le fondement de la confiance et de la sécurité du citoyen*¹¹⁴¹.

Fil d'un baron de l'Empire de 1804, Hector Frédéric Théodore Sérurier, dit Charles Sérurier (1818-1883), occupe sous le Second Empire la fonction de chef du Bureau des affaires criminelles au ministère de la Justice¹¹⁴². Il fait alors partie de ces éléments de la doctrine farouchement défenseur de la doctrine française et de sa prétendue exégèse sèche. D'autant que

¹¹⁴⁰ Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 1 - Au temps de l'Exégèse », *op. cit.*, p. 40-57.

¹¹⁴¹ Charles Sérurier, *Précis historique...*, *op. cit.*, p. 28.

¹¹⁴² Pierre-Nicolas Barenot, « Charles Sérurier, Précis historique sur les codes français, accompagné de notes bibliographiques françaises et étrangères sur la généralité des codes et suivi d'une dissertation sur la codification », *RTDC*, 2013, p. 225.

s'il reconnaît les « bons soins » professés par le gouvernement royal sous la Restauration, c'est sous l'angle de sa capacité à s'être montré conservateur et à protéger les acquis institutionnalisés par le Code¹¹⁴³. Toullier, Proudhon ou Demante ont son respect ou son admiration¹¹⁴⁴, en raison de leurs capacités à s'être montré « logique » et « reflétant » une « vérité ». Il tente de démontrer « l'influence majeure de la science juridique française [...] à l'étranger » et entend défendre la codification et ce qu'il nomme « l'École pratique française », face aux critiques de l'École historique et en particulier de Savigny ; à l'instar de l'arrêtiériste Ledru-Rollin, qui publie la même année que le *Précis historique* de Sérurier, une thèse intitulée *De l'influence de l'École française sur le droit au dix-neuvième siècle*, dont l'objectif est de défendre un modèle juridique français¹¹⁴⁵. L'influence de la codification se perçoit même en Angleterre¹¹⁴⁶. À ce titre, il cite Bentham et indique les quatre qualités désirables selon ce dernier présente dans un Code ; qualités qui font sans surprise référence à « l'utilité générale » pour le plus grand nombre¹¹⁴⁷. Il reproche néanmoins au penseur anglais son quatrième critère : sa « justifiabilité » – entendu comme le commentaire raisonné contenant la justification de la loi – qui n'est pas tant une condition du code, mais plutôt le rôle même de la doctrine¹¹⁴⁸.

¹¹⁴³ « L'un des premiers soins du gouvernement royal de la restauration fut de tranquilliser le pays sur la conservation de ses lois. L'art. 68 de la charte de 1814, octroyée par Louis XVIII, est rédigé en ces termes : “Le Code civil et les lois actuellement existantes qui ne sont pas contraires à la présente charte, restent en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé” », Charles Sérurier, *Précis historique...*, *op. cit.*, p. 33.

¹¹⁴⁴ « On sait que l'œuvre de Toullier se termine à l'art. 1581, dernier du titre du contrat de mariage. Cet ouvrage est très-estimé ; on y remarque souvent la force de logique et de style qui a fait la gloire du savant professeur de la faculté de Rennes », *ibid.*, p. 48 ; Proudhon né à Chasnans [...] le 1er février 1758, est mort à Dijon, le 20 novembre 1838, doyen de la faculté de droit. Tous ses ouvrages [...] jouissent d'une juste célébrité », *ibid.*, p. 49 ; « Demante. – [...] Son style est un modèle de concision et ses principes sont marqués du sceau de la logique et de la vérité. Nous le recommandons particulièrement à la méditation des jeunes légistes », *ibid.*, p. 46.

¹¹⁴⁵ Pierre-Nicolas Barenot, « Charles Sérurier... », *op. cit.*, p. 225.

¹¹⁴⁶ « L'histoire de la codification en Angleterre, pays dont la législation est si obscure qu'elle a inspiré à un jurisconsulte anglais justement célèbre, Jérémie Bentham, ces maximes désolantes d'arbitraire et d'incertitude : 1° Dans la plupart des cas qui ont été sérieusement débattus, sous la loi commune, le juge aurait pu, sans reproche à sa probité et à son jugement, prononcer une décision directement contraire à celle qu'il a rendue ; et 2° : Il n'y a aucune cause qu'on doive abandonner comme désespérée », Charles Sérurier, *Précis historique...*, *op. cit.*, p. 123

¹¹⁴⁷ « Bentham indique seulement quatre qualités désirables dans un Code. Il faut 1° qu'il soit fondé sur l'utilité générale, qu'il consacre le plus grand bien du plus grand nombre ; 2° qu'il embrasse toutes les obligations légales auxquelles le citoyen doit être soumis, qu'il soit complet ou remarquable par son intégralité ; 3° qu'il réunisse les plus grandes conditions de cognoscibilité, c'est-à-dire qu'il soit mis à la portée de tout le monde ; et 4° que chaque loi soit accompagnée d'un commentaire raisonné contenant la justification de la loi, sa justifiabilité », *ibid.*, p. 138.

¹¹⁴⁸ « 4° que chaque loi soit accompagnée d'un commentaire raisonné contenant la justification de la loi, sa justifiabilité. Ces qualités présentent, comme on le voit, les caractères généraux d'un bon système de codification, caractères qu'on pourrait appeler extrinsèques par opposition à ceux qui doivent présider à la composition même d'un Code. Toutefois la nécessité des trois premières qualités seulement nous semble incontestable ; la dernière nous

En somme, la doctrine dominante de la seconde génération, qu'elle soit professorale ou non – comme c'est le cas de Troplong – semble tout à fait s'accommoder du régime impérial. Ce compromis offre aux yeux des juristes français une sécurité politique et l'assurance de la permanence de l'ordre social institutionnalisé par le Code. Ainsi, la doctrine reste conservatrice et suit une lente mais continuelle marche vers un libéralisme toujours teinté d'autoritarisme. Rares sont ceux alors adoptant une interprétation pleinement libérale, comme c'est le cas d'Accolas.

paraît plus difficile à admettre, parce que s'il est vrai que toute loi doit être fondée en raison et qu'il est du devoir du législateur de faire connaître ses motifs, nous devons craindre qu'un commentaire raisonné, analysant chaque disposition, ne soit mis à la place de la loi. Ne serait-ce pas d'ailleurs faire enseigner la doctrine par le législateur ? », Charles Sérurier, *Précis historique...*, *op. cit.*, p. 138.

Section seconde. Le libéralisme mitigé de la doctrine française au lendemain du Printemps des Peuples

Si les théoriciens français du libéralisme ne se sont guère, en général, intéressés au Code civil, certains s'inquiètent de ces aspects plus « populaires » et regrettent ses limites contre la liberté individuelle, notamment du père de famille, mais pas seulement. Déjà certaines critiques littéraires, comme celles de Balzac, se faisait entendre avant le Printemps des Peuples. Est demandé en parallèle, une « meilleure » adaptation des lois au nom d'une transformation sociale et économique. En 1836, le juriste, italien, genevois puis français, Rossi faisait déjà partie des rares éléments qui justement s'y intéressait. Il estime que le « corps social » était limité par le Code civil sur le plan industriel. La fortune mobilière et le développement du crédit étaient largement sous-estimés. Il est vrai que le Code n'avait pas du tout été orienté en faveur d'une industrialisation avancée et si tous reconnaissaient que le Code était une nécessité, ayant contribué au développement économique depuis 1804, les libéraux, économistes comme juristes, l'estiment désormais trop rigoureux¹¹⁴⁹.

Cependant, si le libéralisme sur le plan économique n'intéresse que très peu la doctrine, il n'en est pas de même pour son versant politique. Dès la chute du Premier Empire, une partie importante de la doctrine française, dont Jean-Baptiste Duvergier (1792-1877), perçoivent le modèle anglais, modèle libéral par excellence, de manière positive¹¹⁵⁰. Parallèlement, la doctrine française sous le Second Empire, notamment avec l'exemple de Adhémar Esmein, se désintéresse du versant économique du libéralisme – qui s'avère plutôt critique contre le Code – et défend surtout en réalité un libéralisme politique (**I**). Émile Accolas fait alors figure d'exception ici, ayant un discours libéral bien plus prononcé et se montrant même très critique à l'égard du Code (**II**).

¹¹⁴⁹ Alexis de Tocqueville, dans son ouvrage *De la démocratie en Amérique*, met par exemple en avant le modèle américain, où le père de famille dispose d'une faculté de tester illimité. V. Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 87-88 ; Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 1... », *op. cit.*, p. 67-68.

¹¹⁵⁰ V. à titre d'exemples : Claude-Henri de Saint-Simon, Léon Halévy, Olinde Rodrigues, Jean-Baptiste Duvergier Étienne-Marin Bailly, *Opinions littéraires...*, *op. cit.*, p. 73-76 et 135 ; Charles Bonaventure Marie Toullier, *Le droit civil...*, *op. cit.*, p. 214-226 ; Adhémar Esmein, *Éléments de droit...*, *op. cit.*, p. 27-32 ; Léon Duguit, *Les transformations générales...*, *op. cit.*, p. 141.

§1- Le libéralisme de la doctrine : entre critiques libérales et soutien au libéralisme politique

Avec l'avènement de la monarchie de Juillet, le libéralisme politique remportait une première victoire ; bien que sous le gouvernement Guizot, les critiques libérales, sur le plan économique, se sont fait de plus en plus nombreuses : l'exigence d'une plus grande liberté d'entreprendre et l'absence de limites législatives dans le monde des affaires sont les deux principaux reproches adressés au Code sur le plan économique¹¹⁵¹. Dans ce contexte, la doctrine publiciste détermine l'objectif de l'État comme étant celui de concilier les droits individuels ou la liberté individuelle avec l'ordre. Pour cela, il est nécessaire que cette société respecte une morale sociale spécifique : les droits individuels vont ainsi de pair avec un devoir individuel et sont même inséparables l'un de l'autre¹¹⁵². La Révolution de 1848 précipite cependant le libéralisme spiritualiste dans un contexte qui lui paraît, *a priori*, foncièrement hostile : c'est le retour de la pensée scientiste et matérialiste qui avait été écarté par Cousin ; tandis que le soulèvement de juin et le glas aux libertés sonné par le coup d'État de décembre 1851, semblent définitivement détruire la croyance au régime constitutionnel. C'est la fin annoncée de la solidarité qu'établissaient les juristes spiritualistes entre le droit naturel et le mouvement de l'histoire réelle ; mettant pour un temps fin au principe d'une moralité idéale que doit viser la nature humaine, justifiée par une théodicée stoïcienne¹¹⁵³.

La notion de progrès, qui n'est que le pendant d'une demande d'intérêts pour les questions sociales jusque-là écartées délibérément, conduit à de vives disputes au sein de l'Europe au lendemain du Printemps des Peuples. Selon les mots de Tristan Pouthier : « philosophes et publicistes oscillent entre rejet désabusé et adhésion fanatique », ce qui oblige les spiritualistes à reformuler leur théorie. Au lendemain de 1848, la conception immuable de la nature humaine tend à être rejetée ; tandis que le libéralisme et plus généralement le modèle anglais par l'intermédiaire du courant évolutionniste de Spencer, prend de l'importance parmi les juristes¹¹⁵⁴.

¹¹⁵¹ V. à titre d'exemple, Raymond-Théodore Troplong, *Des privilèges et hypothèses*, Paris, Tome 1, 3^e éd., Charles Hingray Libraire-éditeur, 1838.

¹¹⁵² Tristan Pouthier, *Au fondement des droits...*, *op. cit.*, p. 287-297.

¹¹⁵³ *Ibid.*, p. 300 et s.

¹¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 391. Sur les libéraux du Second Empire, participant à l'avènement de la Troisième République, V. Antoine Schwartz, « La pensée politique des libéraux du Second Empire a-t-elle « inspiré » les lois constitutionnelles de 1875 ? », *La République et son droit (1870- 1930)*, Besançon, 2008, p. 59 et s.

Adhémar Esmein illustre cette tendance. À l'instar de Montesquieu qu'il apprécie beaucoup¹¹⁵⁵, ou même des partisans de la monarchie constitutionnelle française de 1814-1848¹¹⁵⁶, il voit le régime libéral anglais comme un modèle. Selon lui, les Français n'apprécient pas « à leur juste valeur » les institutions, règles et les travaux anglais : « pendant des siècles la Constitution anglaise, orientée de bonne heure vers la liberté, suivit son développement sans attirer sérieusement l'attention du reste de l'Europe »¹¹⁵⁷. À ce titre, l'influence de Jeremy Bentham (1748-1832) – ou celle plutôt dites de Dumont-Bentham¹¹⁵⁸ – dépasse le seul cadre anglais, tant ses écrits impactent de manière certaine les réformes de son temps¹¹⁵⁹, même en France¹¹⁶⁰ ; nombreux n'hésitant pas à le citer, jusqu'à la fin du siècle même¹¹⁶¹.

¹¹⁵⁵ « Un homme de génie, Montesquieu, le véritable père de l'histoire du droit et de la sociologie ; et, non seulement par sa vue pénétrante, mais aussi par la force même de l'évidence, une idée se dégagea et se fit communément accepter : c'est que la Constitution anglaise fournissait une solution des plus heureuses du problème politique [...] que la sagesse commandait aux pays d'Occident de l'imiter, autant que le permettait leur caractère national », Adhémar Esmein, *Éléments de droit...*, *op. cit.*, p. 28.

¹¹⁵⁶ « La monarchie constitutionnelle de 1814 à 1848 s'efforce d'imiter le gouvernement parlementaire anglais, alors connu dans sa réalité », *ibid.*, p. 31.

¹¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 27.

¹¹⁵⁸ Si l'œuvre de Bentham à sa mort est « colossale », sa pensée a été dans de nombreux cas réécrite par la plume de son éditeur, au point qu'on attribue aujourd'hui son nom à celui de l'auteur. V. Anne Brunon-Ernst, « Délimiter la branche civile du droit : Bentham et la quête impossible », *Bentham juriste, l'utilitarisme juridique en question*, sous la dir. De Malik Bozzo-Rey et Guillaume Tusseau, Paris, economica, 2011, p. 179.

¹¹⁵⁹ Guillaume Tusseau, *Jeremy Bentham...*, *op. cit.*, p. 25.

¹¹⁶⁰ L'influence de ce théoricien britannique est croissante au fil du XIX^e siècle auprès de la communauté des juristes, comme peut nous le prouver l'exemple de Hyacinthe Blondeau (1784-1854). V. sur ce point, Nader Hakim, « Un essai de conceptualisation des fonctions de la doctrine et des juristes : l'Introduction à l'étude du droit de Hyacinthe Blondeau », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2008, p. 635-638.

¹¹⁶¹ V. à titre d'exemples : « Bentham, en indiquant un but à la législation, en disant que ce but c'est *l'utile* en général, a substitué au système métaphysique des *romanistes* un système plus positif », Claude-Henri de Saint-Simon, Léon Halévy, Olinde Rodrigues, Jean-Baptiste Duvergier Étienne-Marin Bailly, *Opinions littéraires...*, *op. cit.*, p. 201 ; « l'histoire de la codification en Angleterre, pays dont la législation est si obscure qu'elle a inspiré à un jurisconsulte anglais justement célèbre, Jérémie Bentham », Charles Sérurier, *Précis historique...*, *op. cit.*, p. 123 ; « Comment peut-il y avoir sécurité, si on sait que demain une inégalité qui se produira fortuitement sera immédiatement effacée. C'est ce que Bentham avait déjà remarqué, mais il faisait d'ailleurs observer que le temps pouvait amener une certaine conciliation entre ces principes opposés », René Demogue, *Les notions fondamentales...*, *op. cit.*, p. 140 ; « Ce que l'on est convenu d'appeler le système classique est issu en droite ligne de l'école philosophique et de la théorie du Contrat social de Rousseau. Ses représentants les plus illustres ont été Beccaria en Italie, Bentham en Angleterre », Raymond Saleilles, *L'individualisation...*, *op. cit.*, p. 52 ; La condamnation de cette méthode tient tout entière dans cette phrase de Bentham : « Comment voulez-vous qu'on raisonne avec ces fanatiques armés d'un droit naturel que chacun applique à sa façon ? Que répondre à des gens qui ont des hallucinations du juste, sinon qu'ils se trompent », Henri Capitant, *Introduction...*, *op. cit.*, p. 32 ; Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, *op. cit.*, p. LIV-LV.

Le juriconsulte réformateur anglais entretient en effet une relation complexe avec les idéaux de la Révolution, à l'instar de la doctrine française du XIX^e siècle. Bien que figurant comme un réformateur ou progressiste, il se dissocie de l'œuvre radicale révolutionnaire sur son versant universaliste et son optimisme anthropologique qu'il juge idéaliste. À la place du concept de contrat social¹¹⁶² et de ses prétendus droits métaphysiques, il souhaite dresser un « projet alternatif complet ». Le droit est déterminé selon la notion d'utilité, qu'il entend comme le seul but juste et désirable de l'action humaine ; qui n'est pas sans rappeler la voie utilisée par la doctrine française jusque-là. Son individualisme¹¹⁶³ l'amène à définir le droit comme la reconnaissance sociale du pouvoir de l'individu. Toute règle juridique est ramenée sans cesse à lui et sa sensibilité ; sensibilité entendue dans un sens large, soit sa capacité à éprouver plaisirs ou douleurs¹¹⁶⁴. Là est peut-être la limite entre la pensée de Bentham et celle des juristes français : ses derniers se sont évertués à vouloir résumer l'individu sous le prisme d'un stoïcisme et d'un rationalisme, contraire à la vision benthamienne. Aussi pour ce dernier, peine et plaisir sont les deux « maîtres souverains » de la nature humaine, fixant autant le Bien et le Mal, que les causes et effets et déterminant ainsi toute action humaine¹¹⁶⁵. Or, cette approche s'accorde avec la vision anthropologique des juristes français : l'utilitarisme de Bentham, le conduit à percevoir l'être humain comme fondamentalement égoïste en raison de sa sensibilité, ses ressentis, ses besoins et ses envies. Bentham prétend que l'être humain préfère toujours son bonheur à celui de tous les autres, ce qui l'amène, *de facto*, à faire passer l'intérêt individuel avant le bien ou

¹¹⁶² Jérémy Bentham (1748-1832) défend l'« inexistence », voire « inefficacité » du concept de contrat social. En effet, pour le juriconsulte britannique, les individus obéissent par peur et par nécessité plus que par obligation morale ou allégeance. Sa philosophie utilitariste l'amène à considérer que seul le temps habitue les peuples et nations à accepter légalement leurs dirigeants. Ainsi, les droits de l'Homme et le contrat social ne sont rien de plus que des « fables » ou « chimères » – « progénitures » fictives dit-il – qui n'ont que pour but de satisfaire des objectifs et projets politiques déterminés. V. Guillaume Tusseau, *Jeremy Bentham...*, *op. cit.*, p. 55-66 et, plus particulièrement, sur la question de la théorie de la fiction, *ibid.*, p. 27 et s. ; Jacques Bouveresse, « Jeremy Bentham et la Révolution française », *Bentham juriste, l'utilitarisme juridique en question*, sous la dir. De Malik Bozzo-Rey et Guillaume Tusseau, Paris, economica, 2011, p. 15.

¹¹⁶³ « Le point de départ de la théorie benthamienne est profondément individualiste : les principes prônant que l'intérêt général n'est rien de plus que la somme des intérêts privés et que chacun est le meilleur juge de son propre intérêt fournissent un fondement adapté à une organisation libérale de la société politique », Manuel Escamilla, « Le droit pénal benthamien à la lumière des théories modernes de la punition », *Bentham juriste, l'utilitarisme juridique en question*, sous la dir. De Malik Bozzo-Rey et Guillaume Tusseau, Paris, economica, 2011, p. 205-206.

¹¹⁶⁴ Jacques Bouveresse, « Jeremy Bentham et la Révolution française », *Bentham juriste, l'utilitarisme juridique en question*, sous la dir. De Malik Bozzo-Rey et Guillaume Tusseau, Paris, economica, 2011, p. 9-17.

¹¹⁶⁵ Gilles Trimaille, « Jeremy Bentham et la langue des juristes », *L'Écriture des juristes, XVI^e-XVIII^e siècle*, études réunies par Laurence Giavarini, éditions Classiques Garnier, études et essais sur la Renaissance, Paris, 2010, p. 153 ; Manuel Escamilla, « Le droit pénal benthamien... », *op. cit.*, p. 205-206.

bonheur commun. Or, la doctrine française admet tout à fait cette faille de la nature humaine sans l'admettre et l'écrire explicitement ; son objectif est cependant d'annihiler ce penchant, là où Bentham préfère l'accepter pleinement. L'utilitarisme est alors censé garantir la « sécurité des espérances » individuelles et protéger les bouleversements politiques tout en sauvegardant la propriété privée¹¹⁶⁶, en visant à garantir le bonheur du plus grand nombre. L'utilité ici s'entend comme la capacité à produire des bénéfices, avantages ou du plaisir à l'individu. L'individualisme benthamien se manifeste donc par la priorité des intérêts particuliers qui ne se mélangent pas et ne se ressemblent pas, au « bonheur » commun ; conclusion en réalité partagée par la doctrine française, peu soucieuse d'une approche collectiviste du droit.

L'objectif est d'offrir au souverain le *jus summi imperii* : un pouvoir suprême sans limite, mais dans le but de sauvegarder des intérêts individuels. Le « sacrifice » des droits « politiques » ne doit pas gêner en théorie le nouvel idéaltype individuel, puisqu'en échange, il reçoit une sécurité matérielle¹¹⁶⁷ et l'assurance de son bonheur. Bentham montre ici toute sa méfiance à l'égard de la nature humaine et la vision optimiste et confiante des révolutionnaires, méfiance qui justifie le besoin de contrôler et surveiller ; ce qui se perçoit pleinement dans sa création de la prison « panoptique »¹¹⁶⁸. Cette méfiance, elle paraît être la même chez la doctrine, qui cherche à favoriser la docilité et l'obéissance face aux troubles sociaux. Ainsi, aussi critique que soit Bentham à l'égard de la nature humaine, il n'opte pas pour une vision totalement pessimiste. La

¹¹⁶⁶ « L'irruption de la protection de la propriété privée au premier plan des missions du droit constitutionnel a de quoi surprendre. En fait, il faut la comprendre dans le contexte plus large de la sécurité des espérances. [...] Bentham redéfinit dès les années 1770 la sécurité des espérances comme le principe même du gouvernement utilitariste. Ce principe entend assurer à chaque individu des conditions stables pour le calcul de son intérêt présent et futur. Ce que produit le droit, ce n'est pas la liberté mais la sécurité, c'est-à-dire la stabilité des circonstances dans lesquelles un individu peut faire un choix rationnel – confirme à l'utilité – et donc libre. La protection de la propriété privée fait donc partie des espérances légitimes qu'un gouvernement doit avoir les moyens d'assurer. La seule exception, note Bentham, est l'impôt : les impôts sont légitimes, même s'ils représentent une atteinte à la propriété », Emmanuelle de Champs, « Bentham et le droit constitutionnel : morale et législation », *Bentham juriste, l'utilitarisme juridique en question*, sous la dir. De Malik Bozzo-Rey et Guillaume Tusseau, Paris, economica, 2011, p. 172.

¹¹⁶⁷ « Aux yeux de Bentham, le droit ne peut jamais qu'assurer la sécurité, c'est-à-dire une certaine stabilité des espérances des individus et du contexte normatif dans lequel celles-ci sont établies et non la liberté. La liberté ne peut en effet exister qu'en l'absence de droit positif, c'est-à-dire dans l'état de nature », Guillaume Tusseau, *Jeremy Bentham...*, *op. cit.*, p. 57.

¹¹⁶⁸ Jacques Bouveresse, « Jeremy Bentham... », *op. cit.*, p. 17-21 ; Guillaume Tusseau, *Jeremy Bentham...*, *op. cit.*, p. 23. Sur le panoptique, plus en détails et plus particulièrement sur sa mission de « surveillance » V. Pierre Delvolvé, « Bentham et le droit de la commande publique : quelle est la nature juridique du contrat de gestion d'un panoptique ? », *Bentham juriste, l'utilitarisme juridique en question*, sous la dir. De Malik Bozzo-Rey et Guillaume Tusseau, Paris, economica, 2011, p. 267 et s.

sympathie existe, même si elle n'est jamais désintéressée. Elle est le lien qui permet de relier l'intérêt privé à l'intérêt public et l'utilité individuel à l'utilité collective. Afin d'éviter l'anarchie, l'égoïsme individuel pousse l'individu à ce que Bentham appelle « l'affection sociale » ; on est ici très proche de la vision des premiers théoriciens libéraux, mais aussi de ce que l'on a déjà vu dans le discours de la doctrine française et qui peut nous sembler trouver son aboutissement chez les solidaristes de la fin du siècle¹¹⁶⁹.

Esmein considère que l'Angleterre est à l'origine d'éléments communs à toutes « les nations libres de l'Occident », qui présentent « dans leurs institutions politiques, à la fois un air de famille et des traits individuels »¹¹⁷⁰. Par conséquent, l'Angleterre est naturellement un « modèle », amenant à ce que son « action éducatrice [n'ait] point, depuis lors, cessé de se faire sentir ». Le libéralisme que défend Esmein, lui fait considérer l'être humain comme un animal naturellement sociable, doué d'un sentiment d'une responsabilité morale suffisante, lui permettant de « diriger librement ses actes »¹¹⁷¹.

Par leur force propre, avec le réveil de l'esprit public et les aspirations vers la liberté politique, les principes du parlementarisme anglais rentrèrent en faveur et bientôt en vigueur dans notre pays. Les divers actes, qui caractérisent ce qu'on appela l'Empire libéral, consistèrent à les réintroduire peu à peu dans la Constitution : ils triomphaient presque complètement dans la Constitution du 21 mai 1870 [...] C'est par les États-Unis d'Amérique et par la France que les principes du droit constitutionnel anglais sont sortis de leur pays natal. [...] Les peuples d'Amérique ont presque exclusivement imité les États-Unis. En Europe, c'est surtout l'influence des idées françaises qui s'est fait sentir. Souvent les nations étrangères, au lieu d'emprunter directement à l'Angleterre ses principes ou ses institutions, les ont adoptés sous leur forme française¹¹⁷².

¹¹⁶⁹ Emmanuelle de Champs, « Bentham... », *op. cit.*, p. 170-171. Sur le solidarisme, nous nous y pencherons plus tard, V. *Infra*, p. 223-346.

¹¹⁷⁰ « Le fond commun, ainsi réparti par le destin et l'action des hommes [...] comprend, pour une grande partie, des institutions et des principes fournis par le droit de l'Angleterre, qui, dépouillés de leurs traits trop strictement nationaux, sont entrés dans le même courant », Adhémar Esmein, *Éléments de droit...*, *op. cit.*, p. 22-23.

¹¹⁷¹ *Ibid.*, p. 23 et 367.

¹¹⁷² *Ibid.*, p. 32.

Toutefois, les sociétés, phénomènes « naturelles et nécessaires », sont imparfaites¹¹⁷³ et donc faillibles ; mais elles ont pour objet de développer les facultés individuelles. L'intérêt individualiste justifie l'existence d'une « société politique ». L'individualisme d'Esmein le conduit à considérer comme « premier intérêt » de la société et « premier droit de l'individu », de développer les facultés propres de chacun de ses membres. Le meilleur moyen pour que l'individu développe au mieux ses propres facultés est de le laisser « se diriger lui-même spontanément [...] à sa guise, à ses risques et périls ». Il y a une limite, semblable et déjà vu chez ses prédécesseurs : il ne doit pas entamer le droit d'autrui¹¹⁷⁴. La société doit donc assurer sa liberté, c'est sa raison d'être. Ainsi, les droits individuels, contrairement aux droits politiques qui n'appartiennent qu'aux citoyens, sont « accordés à tous les membres de la Nation, sans distinction aucune d'âge, de sexe ou de capacité »¹¹⁷⁵. Esmein consacre deux types de libertés individuelles : d'abord les libertés matérielles, comme le fait d'aller et venir librement, ou tout ce qui se rapporte à la question de la sûreté – les arrestations, emprisonnements et peines arbitraires – mais aussi la propriété individuelle, la liberté de commerce, de travail et d'industrie ; ces derniers éléments d'ailleurs, sont assez nouveaux dans le discours de la doctrine. Ensuite, il y a les « libertés individuelles liées aux intérêts moraux de l'individu », dont font partie la liberté de conscience et de culte, la liberté de la presse, etc¹¹⁷⁶. L'objet de ces droits individuels est de limiter ceux de l'État afin qu'il n'impose aucun service « positif » aux citoyens. La liberté prime et non l'obligation d'une quelconque interdépendance ou liaison pour un potentiel bien commun¹¹⁷⁷ : « l'État doit s'abstenir de certaines immixtions, pour laisser libre l'activité individuelle »¹¹⁷⁸. Du discours de la doctrine du temps de Demolombe ou Gérando, est gardé l'attachement à un individualisme et au respect de l'ordre public, mais s'ajoute désormais un intérêt plus marqué à l'égard de libertés individuelles, alors plus étendues.

¹¹⁷³ « Sans doute les sociétés humaines et politiques sont des formations naturelles et des organismes nécessaires qui évoluent en vertu de lois partiellement fatales. Dans la mesure où existe cette fatalité et où l'intelligence humaine peut en reconnaître le processus et la direction, la liberté et la volonté des hommes doivent s'y plier », Adhémar Esmein, *Éléments de droit...*, *op. cit.*, p. 367.

¹¹⁷⁴ *Ibid.*, p. 367.

¹¹⁷⁵ V. aussi, « les droits individuels appartiennent, en principe, à tous les individus qui composent la nation », *ibid.*, p. 375.

¹¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 370-373.

¹¹⁷⁷ Sur le Bien commun, V. *supra*, p. 187-188.

¹¹⁷⁸ Adhémar Esmein, *Éléments de droit...*, *op. cit.*, p. 373.

*L'État est la personnification juridique d'une Nation c'est le sujet et le support de l'autorité publique. Ce qui constitue en droit une Nation, c'est l'existence, dans cette société d'hommes, d'une autorité supérieure aux volontés individuelles. Cette autorité, qui naturellement ne reconnaît point de puissance supérieure ou concurrente [...], s'appelle la souveraineté*¹¹⁷⁹.

Selon Esmein, suivant le but originel de la société, la mission première de l'État est d'assurer la liberté des individus¹¹⁸⁰. Citant Sieyès¹¹⁸¹, le constitutionnaliste considère que « la société politique, manquerait sa mission essentielle », si elle ne respectait pas les « diverses libertés qui constituent les droits individuels ». Dans les démocraties modernes, les droits individuels prennent une valeur « particulière »¹¹⁸². S'il reconnaît l'intérêt du concept de contrat social, qui se révèle fort utile pour le développement des droits individuels¹¹⁸³, Esmein cherche cependant une autre justification pour défendre les droits individuels. Il la trouve « dans l'individu, parce que lui seul est un être réel, libre et responsable »¹¹⁸⁴. En accordant une certaine confiance à l'être humain, IL n'opte pas cependant pour un plein *optimisme* anthropologique. La société n'est pas vue – et c'est là sa principale originalité – comme une « machine » dont les individus sont des rouages à manipuler, mais plutôt des acteurs autonomes qu'il faut néanmoins discipliner, afin de garantir la liberté. En d'autres termes, si le vocabulaire change encore, la finalité du discours, elle, reste toujours et encore la même.

¹¹⁷⁹ « la fin de tout établissement public est la liberté individuelle », Adhémar Esmein, *Éléments de droit...*, *op. cit.*, p. 1.

¹¹⁸⁰ « L'État, sujet et titulaire de la souveraineté, n'étant qu'une personne morale, une fiction juridique, il faut que la souveraineté soit exercée en son nom par des personnes physiques », *ibid.*, p. 3.

¹¹⁸¹ Discours du 2 thermidor au III (Réimpression de l'ancien Moniteur, t. XXV, p. 295), cité par *ibid.*, p. 368.

¹¹⁸² *Ibid.*, p. 368.

¹¹⁸³ À son propos, *ibid.*, p. 365-366 : « La théorie des droits individuels devait sortir pourtant de l'idée du droit naturel [...]. Cela se rattacha aux hypothèses de l'état de nature et du contrat social. L'indépendance absolue de l'individu, réglée seulement dans sa responsabilité morale par le droit naturel, apparaissait comme l'état premier antérieur à toute société civile, comme le point de départ nécessaire. En renonçant à cette absolue liberté pour créer, par un contrat unanime, l'État et la souveraineté publique, les hommes devaient être considérés comme n'ayant abdiqué que la portion de leur indépendance native absolument incompatible avec la notion de l'État ; ils n'avaient consenti que les sacrifices rigoureusement indispensables. [...] Telle est la théorie très ingénieuse et très bien construite que présentaient Locke, Wolff, Blackstone, Rousseau lui-même et enfin Sieyès, pour ne citer que ceux qui lui ont donné l'expression la plus saisissante. »

¹¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 367.

Le soutien envers plus de libéralisme ne fait ainsi que croître sous le second régime impérial, notamment à la suite de l'appui de Napoléon III à la maison de Savoie, privilégiée pour l'unité italienne à la papauté. En réaction, l'empereur s'attire le courroux des conservateurs catholiques qui, jusque-là et depuis le Coup d'État avaient pourtant formé un soutien actif¹¹⁸⁵. Les catholiques étant de plus en plus sous le contrôle de Rome, Pie IX et sa « politique absolutiste », Napoléon III est amené à se détourner des milieux conservateurs chrétiens et se tourne plutôt vers les libéraux¹¹⁸⁶. Si le libéralisme gagne en influence, concrètement, sur le plan économique, l'industrie, comme l'agriculture, connaît une difficulté croissante, après la période d'accalmie lors du changement de régime¹¹⁸⁷. Dans le monde de l'industrie, la seconde partie du XIXe siècle est nettement moins favorable que la première, avec une croissance de 1,34 % par an, de 1860 à 1899, tandis qu'elle est de 1,85 % de 1820 à 1913. Le traité Cobden-Chevalier de libre-échange du 23 janvier 1860, symbole du tournant libéral du régime, n'a absolument pas les effets escomptés. La concurrence est rude pour l'artisanat industriel national qui, même dans le domaine du luxe, fait face à des procédés mécaniques d'Angleterre et de Saxe¹¹⁸⁸, dont l'industrialisation est bien plus avancée¹¹⁸⁹. L'influence saint-simonienne l'emporte néanmoins : seul le gouvernement économique compte. D'où les investissements lancés par Napoléon III en faveur de l'entreprise individuelle, avec, par exemple, la participation publique à des banques privées ou encore le soutien systématique de l'État aux compagnies ferroviaires et la loi de 1867 sur les sociétés anonymes. Elle contribue, quoique tardivement comparé aux voisins allemands et anglais, à la modernisation des structures industrielles¹¹⁹⁰. Le meilleur gage des affaires, reste

¹¹⁸⁵ L'Église, dans sa grande majorité, avait soutenu le nouveau pouvoir qui l'associe aux célébrations de sa victoire et multiplia les gestes de bonne volonté à son égard. V. Marie-Hélène Baylae, *La peur du peuple...*, *op. cit.*, p. 367.

¹¹⁸⁶ Michel Mourre, *Dictionnaire Encyclopédique...*, *op. cit.*, v° Révolutions, p. 4714-4715 ; Pierre Albertini, *La France au XIXe siècle...*, *op. cit.*, p. 57-58 et 81-82 ; Daniel Haléry, *La fin des notables*, Paris, Bernard Grasset, 1930, p. 78.

¹¹⁸⁷ « De 1815 à 1860 environ – selon les auteurs la césure se place entre 1860 et 1865 –, la croissance est assez rapide : 1,5 % par an entre 1820 et 1860, contre seulement 0,92 % durant la période 1860-1899 », André Encrevé, « La France du Second Empire », *op. cit.*, p. 32.

¹¹⁸⁸ Depuis les années 1830, les territoires allemands se sont lancés vers la voie d'un « protectionnisme éducateur », théorisé par Friedrich List, dont le but est à termes de fournir une économie capable de rivaliser plus tard dans un marché libéral, aux anglais et français. À la veille de l'unification, force et d'admettre que le décollage économique est au rendez-vous, la puissance économique allemande rivalise, voire dépasse, la capacité industrielle française. V. Johann Chapoutot, *Histoire de l'Allemagne...*, *op. cit.*, p. 27-51. Sur le protectionnisme éducateur plus précisément, V. Friedrich List, *Système national d'économie politique*, trad Richelot, Paris, Capelle Libraire-éditeur, 2^e édition, 1857.

¹¹⁸⁹ Pierre Albertini, *La France au XIXe siècle...*, *op. cit.*, p. 79-83 ; André Encrevé, « La France du Second Empire », *op. cit.*, p. 33-34.

¹¹⁹⁰ Cette croissance connaît d'ailleurs une légère décélération à partir de 1860, passant de 1,47 de 1852 à 1859, à 1,36, de 1860 à 1869. V. André Encrevé, « La France du Second Empire », *op. cit.*, p. 38-42.

cependant la présence d'un État fort, qui inspire confiance aux marchés et monde des affaires¹¹⁹¹.

Dans ce contexte, le monde ouvrier offre un groupe social plutôt divisé, entre un artisanat orienté vers le monde paysan et des ouvriers d'usines de productions mécanisées plus urbains. Toutefois, les artisans se montrent globalement plus réactionnaires¹¹⁹². Un fait néanmoins semble les réunir : le détachement vis-à-vis du libéralisme politique. Lors des élections de 1848-1849, la défense des libertés n'ayant servi essentiellement que dans le but de refuser toute démocratie sociale, une certaine désillusion marque les esprits des moins fortunés. La disparité économique croissante, jugée à l'origine du déséquilibre social, est notamment décrite par William Morris¹¹⁹³ qui, quoi qu'évoquant la société industrielle anglaise, fait un constat tout à fait transposable au cas français, en tant que critique socialiste-marxiste de la société de son temps :

Il y a ceux, tout d'abord – ils ne sont pas rares –, qui ne travaillent pas du tout et non pas l'intention de le faire. Il y a ceux, ensuite – ils sont très nombreux –, qui travaillent assez dur, mais qui réclament et obtiennent beaucoup d'allègements et de vacances. Enfin, il y a ceux qui travaillent si dur qu'on peut dire qu'ils ne font que ça. C'est logiquement qu'on les appelle « la classe laborieuse », pour les distinguer de la classe moyenne et des riches ou de l'aristocratie. Il est évident que cette inégalité pèse lourdement sur les membres de la classe laborieuse et finit par anéantir leurs espoirs de repos, les vouant, sur ce point particulier, à un sort pire que celui des bêtes de somme. [...] Tout d'abord, nous savons tous que les riches, qui n'effectuent aucun travail et ne produisent donc rien, consomment énormément. Ils doivent donc de toute évidence

¹¹⁹¹ André Encrevé, « La France du Second Empire », *op. cit.*, p. 36.

¹¹⁹² « Les ouvriers offrent un groupe social aux limites floues (du côté de l'artisanat comme du côté de la paysannerie, en raison aussi des changements fréquents d'activité qui émaillent toute vie professionnelle) et aux activités contrastées. D'un côté, il y a l'ouvrier traditionnel, qu'il soit typographe, horloger, mécanicien, ou ébéniste, que l'on appelle alors à Paris le "sublime", mobile, fort en gueule, conscient de sa qualification, très politisé et adepte du repos hebdomadaire de la "saint-lundi" ; de l'autre, le journalier, homme de peine sans qualification qui ne vend que sa force musculaire ; sans oublier l'ouvrier du coton, travaillant en usine, ni les dentellières ou les brodeuses rurales, travaillant à domicile et que menace la concurrence des productions mécanisées », Pierre Albertini, *La France au XIXe siècle...*, *op. cit.*, p. 81.

¹¹⁹³ William Morris, né en 1834 près de Londres, dans une famille aisée, « constate la décadence de l'artisanat et de l'art de son époque et fonde sa propre entreprise de décoration et d'arts appliqués qui obtient un succès notable ». Il découvre vers les années 1880 le socialisme, dans sa version marxiste et participe à différentes organisations radicales qui sont parfois proches de l'anarchisme. Comme chez Charles Fourier, c'est la différence entre travail et plaisir qu'il faut, selon lui, abolir. V. William Morris, *La civilisation et le travail* (1884-1886), traduit par Dominique Bellec, Préface d'Anselm Jappe, Edition le passager clandestin, 2013, p. 7-14.

être entretenus par ceux qui travaillent – exactement comme des pauvres – et ne sont pas en ce sens autre chose qu'un fardeau pour la communauté. Beaucoup l'ont compris ces derniers temps¹¹⁹⁴.

Si l'industrialisation est plus tardive et moins importante que les pays voisins, le tournant libéral est cependant bien plus efficace concernant le domaine de la presse. En 1863, le *Petit Journal*, de l'homme d'affaire bordelais Millaud popularise le journal en cherchant un électorat de masse et ne visant plus simplement à être lue par une élite, principalement bourgeoise. Il s'agit du début de la « petite presse », physiquement plus petite, ne parlant pas politique et donc, étant exemptée de la taxe de timbres mais qui, grâce à la publicité, enregistre de gros profits. Il faut toutefois attendre la III^e République pour voir son régime juridique changer en faveur d'une certaine « liberté de la presse ». La loi du 29 juillet 1881 supprime l'autorisation préalable, le cautionnement, la censure. La baisse des prix à l'unité, la publicité et la massification des quotidiens permet d'atteindre près de dix millions d'exemplaires journaliers, à la veille de la Grande Guerre¹¹⁹⁵.

En somme, sur le plan juridique, cette influence croissante des idées libérales se traduit par des évolutions interprétatives des dispositions premières du Code de 1804. Si « l'histoire du droit est une histoire de migration des formules et des concepts »¹¹⁹⁶, la chose semble particulièrement vraie s'agissant de la question de « l'autonomie de la volonté ». Le volontarisme de l'idéologie première du Code est ainsi à nuancer comme l'a prouvé l'historiographie depuis. En vérité, l'idée n'a eu de cesse de croître sous l'influence d'une doctrine foncièrement individualiste et de plus en plus marquée – parfois malgré elle – par les idées libérales. Il a fallu en réalité attendre la fin du XIX^e siècle pour pouvoir affirmer que l'autonomie de la volonté est devenu, avec la propriété privée et le droit de la famille, l'un des piliers du Code civil¹¹⁹⁷. Il en est de même

¹¹⁹⁴ William Morris, *La civilisation...*, *op. cit.*, p. 33.

¹¹⁹⁵ Michel Mourre, *Dictionnaire Encyclopédique...*, *op. cit.*, v^o Presse, p. 4493-4494.

¹¹⁹⁶ Michael Stolleis, *L'œil de la Loi, histoire d'une métaphore*, Summulae, mille et une nuits, fayard, 2006, p. 19.

¹¹⁹⁷ Il paraît difficile de prétendre que le légicentrisme soit une preuve que le Code se tourne vers la volonté des individus, sous le prétexte que la loi est illusoirement fondée sur la volonté libre de tous. D'autant plus que Portalis lui-même était hostile à cette notion originelle issue de la philosophie de Kant. Le Code n'apparaît donc pas en 1804, comme une exaltation du principe de liberté individuelle. V. Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 124-125, Alfons Bürge, « Le Code civil et son évolution... », *op. cit.*, p. 1 et s. ; André-Jean Arnaud, *Essai d'Analyse...*, *op. cit.*, p. 149-150 ; Xavier Martin, « L'insensibilité Des Rédacteurs Du Code Civil à L'altruisme », *op. cit.*, p. 611.

pour le contractualisme. Bien qu'originellement issue des travaux des Lumières, cette idée ne prend de l'importance qu'avec la mission civilisatrice qu'elle acquiert sous l'impulsion de la doctrine. Guère promu au départ par les libéraux et républicains Idéologiques, le contrat ne devient que peu à peu la forme la plus achevée du lien social¹¹⁹⁸. Aussi, en 1865-1866, le professeur de droit administratif Anselme Batbie (1828-1887) inaugure un cours d'économie politique à la Faculté de droit de Paris en faisant certes l'éloge d'un Code novateur sur le plan politique et social, mais qu'il juge « trop réglementaire ». Ses critiques sont même plus nombreuses que celles Rossi, à l'égard des « restrictions qui enchaînent inutilement la volonté des parties ». Il propose la libéralisation des sociétés et du prêt à intérêt ou encore, la disparition de la lésion et la suppression du régime dotal. Au même moment et, tandis que les juristes et économistes libéraux réunis dans la Société d'économie politique préférèrent militer pour des réformes limitées et pour une réinterprétation des dispositions du Code civil, Accolas est contraint à la prison ou à l'exil, en raison de son républicanisme plus actif. Ses convictions l'écartent du monde des facultés. Cet hétérodoxe en est même contraint de vivre à l'aide de leçons privées¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁸ Jean-François Niort, *Homo Civilis...*, *op. cit.*, p. 95-97 ; Philippe Jestaz, *Autour du droit civil...*, *op. cit.*, p. 90-91. Sur la mission « civilisatrice » du contrat, V. Alain Supiot, *Homo Juridicus...*, *op. cit.*, p. 137-147.

¹¹⁹⁹ Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 1... », *op. cit.*, p. 67-70 et, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 88-89.

§2- Émile Accolas : une exception libérale parmi la doctrine

Malgré une légère tendance en faveur de plus de libéralisme, rares sont les juristes à véritablement et pleinement adopter les idées libérales. Émile Accolas (1826-1891)¹²⁰⁰ fait figure d'exception¹²⁰¹, autant parmi les juristes conservateurs que républicains, en raison de son opposition farouche au Code Napoléon et pour son profond attachement au libéralisme¹²⁰².

Considérant que la Révolution de 1789 représente le modèle à suivre, avec l'objectif de rendre l'individu véritablement libre, Accolas va jusqu'à dire que l'essence de la Révolution est hostile à la codification Code de son temps. Il souhaite le « retour à la tradition de la grande Révolution », avec l'objectif de permettre d'affirmer la liberté, tout en assurant à la science de véritablement s'exprimer¹²⁰³. Soucieux de rénover une science juridique qui s'enlise dans une interprétation exégétique qu'il arbore, Accolas préfère au droit romain le modèle de la Grèce antique et à celui de l'Ancien Régime, la Révolution française. Il présente les cités grecques comme le modèle d'un système libéral¹²⁰⁴.

¹²⁰⁰ Sur Accolas : si en 1870, c'est bien une nouvelle République qui s'installe, son républicanisme libéral n'a toujours pas l'ascendant. Il fait là encore, partie d'une minorité politique. V. Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 1... », *op. cit.*, p. 69-70.

¹²⁰¹ « L'historiographie reconnaît en Émile Accolas (1826-1891) une figure singulière, atypique de la science juridique du XIXe siècle. Cette caractérisation pointe tantôt l'excentricité du personnage, tantôt son talent intellectuel. Il s'agit dans tous les cas, de souligner l'écart qui sépare toute son œuvre de la production juridique de son temps. Accolas défend [...] sous le Second Empire, la refonte de la codification napoléonienne ainsi que l'abolition du monopole universitaire. [...] L'ambition centrale de son entreprise [...] : la refondation de la politique sur des bases scientifiques », Frédéric Audren, « Émile Accolas libertarien de la République », *La République et son droit (1870-1930)*, Besançon, 2008, p. 239.

¹²⁰² « Accolas ne mâche pas ces mots vis-à-vis du Code civil, un "assemblage de textes disparates", un "mélange de liberté et d'autocratie", "l'œuvre d'un vulgaire capitaine, vraie nature de bandit corse". Il ne cesse de dénoncer "l'esprit de réaction" du Code civil, qui porte la marque du coup d'État du 18 brumaire [...] et trahit les idéaux égalitaires du projet Cambacérès de 1793. Sa hargne ne s'adresse pas seulement aux rédacteurs du Code, elle se tourne également contre la tradition juridique héritée du droit romain et contre "l'esprit légiste" des civilistes de son temps », Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 1... », *op. cit.*, p. 69-70. L'aigreur qui l'oppose au Code vient en bonne partie de son aversion à l'égard du personnage Bonaparte et de son esprit autocratique : « l'histoire politique de la France commence au 5 mai 1789 ; elle finit au 18 brumaire. Durant onze ans, on vit un peuple façonné par les siècles à la servitude faire irruption dans la Liberté, renouveler tous ses principes et inaugurer l'ère du Droit. [...] Quelles étapes en arrière ! Hélas ! l'ombre n'a fait que grandir depuis la date ineffacée de Brumaire ! Cette décadence est-elle fatale et la France a-t-elle accompli son rôle dans l'Histoire ? », Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, *op. cit.*, p. I.

¹²⁰³ « Le jour où la France reprendra la tradition de la grande Révolution et rentrera en possession d'elle-même, elle remettra tous ses Codes au creuset ; ce jour-là, la liberté pénétrera dans tous les rapports juridiques et ouvrira la carrière à la science. », *ibid.*, p. XXI. V. Frédéric Audren, « Émile Accolas libertarien... », *op. cit.*, p. 239-240.

¹²⁰⁴ « Résumons en quelques mots les phases principales de l'histoire du Droit politique. La plus libre cité de

Toutefois, il combat les idées dominantes du Code, à l'aide, paradoxalement, d'une étude en partie exégétique dans son *Manuel de droit civil à l'usage des étudiants* (1869)¹²⁰⁵. L'objet de cet ouvrage, selon ses propres mots, est de « ramener le droit à ses vraies sources, qui sont le XVIII^e siècle et la Révolution française ». Il confère à son livre un rôle capital, celui-ci étant « destiné à faire époque dans l'histoire de la science sociale ». Pour autant, cette approche correspond au reproche qu'il adresse à « l'enseignement officiel du droit » ; bien que celui-ci aurait contribué à « arrêter le progrès scientifique », en ne faisant qu'interpréter grammaticalement les textes et le commentant uniquement parce qu'il est « Code », sans analyser sa philosophie ou sa finalité¹²⁰⁶.

Pour Accolas, le Code est en total désaccord avec l'idéal libéral et démocratique ou, plus globalement ce qu'il appelle une « science politique républicaine »¹²⁰⁷. Il accuse par exemple le texte de 1804 de se montrer particulièrement injuste à l'égard des femmes mariées, des enfants naturels hors mariages¹²⁰⁸ et des enfants « indisciplinés » qu'il traite comme des malfaiteurs ; défendant plutôt l'émancipation de la femme et s'attaquant à l'excessivité de la puissance paternelle ou encore, le sort des enfants adultérins, réduit à l'état de « parias »¹²⁰⁹. Aussi, il considère le mariage, comme l'union d'un homme et d'une femme, provoqué et sanctifié par l'amour, ce qui par conséquent ne doit pas faire primer l'intérêt patrimonial, contrairement au Code, mais le sentiment affectif. De fait, il se montre tout à fait favorable à une égalité dans le mariage, car « d'après la nature, l'homme et la femme sont égaux, quoique dissemblables ; [...]. L'ordre vrai, l'harmonie ne procède dans toute société que de la liberté et non de la contrainte ». Il en vient à considérer la « puissance maritale [comme] une des plus regrettables traditions du

l'antiquité, la cité athénienne, s'est fondée, comme, toutes les autres, sur la base de l'esclavage et n'a pu arriver jusqu'au premier principe du Droit politique. Où la libre Athènes a échoué, la despotique Rome ne devait pas réussir. [...] L'esprit moderne invente la monarchie de droit divin. Cette ingénieuse fiction, la seule, en effet, qui fût appropriée au but, persuade aux peuples qu'ils sont le patrimoine d'une famille. Le XVIII^e siècle et la Révolution française rendent enfin possible la science du Droit politique », Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, *op. cit.*, p. XVII.

¹²⁰⁵ Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 1... », *op. cit.*, p. 69-70 et, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 88-89.

¹²⁰⁶ Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, *op. cit.*, p. XCVII, LXIX et 2.

¹²⁰⁷ « Il puise dans la philosophie antique (principalement Aristote) et dans celle du XVIII^e siècle (Rousseau et Condorcet) son inspiration pour construire, publicain après publication, une "science politique républicaine" », Frédéric Audren, « Émile Accolas libertarien... », *op. cit.*, p. 242.

¹²⁰⁸ « La législation relative à l'enfant, né hors mariage, constitue une des énormités du Code Napoléon ; elle sollicite particulièrement la révision de la démocratie », Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, *op. cit.*, p. LXXXI. V. aussi *Ibid.*, p. 327-328 et 336.

¹²⁰⁹ Jean-Louis Halpérin, *Le Code civil...*, *op. cit.*, p. 88-89 ; Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 1... », *op. cit.*, p. 69-70.

vieux droit civil autoritaire et monarchique »¹²¹⁰.

Accolas reproche aux rédacteurs de s'être trop inspirés du droit romain et de l'ancien droit¹²¹¹. À la place, il fonde toute sa conception républicaine autour de la notion de liberté individuelle et plus particulièrement, autour de « l'autonomie de l'individu ». Il s'agit de l'objet du droit, que de garantir les droits individuels¹²¹². Naturellement, il en vient à défendre l'autonomie de la volonté en matière contractuelle, dénonçant l'inégalité des contractants dans les relations de travail, dans un contexte d'entrée de la France dans l'ère industrielle¹²¹³. Ainsi, dans le domaine du droit politique, l'objectif est de laisser l'individu se gouverner lui-même le plus possible et imposer à lui un gouvernement le moins coercitif possible ; il s'agit là d'une vision diamétralement opposée à celle défendue par la doctrine dominante¹²¹⁴.

Pour Accolas, le mouvement juridique français s'est « enrayée » du fait du coup d'État de brumaire. Kant, Fichte, Hegel ou encore Bentham, ont ouvert le droit vers un horizon scientifique, en raison de leurs travaux en matière de philosophie du droit. La philosophie étant « à la fois le premier et le dernier terme de chaque science », il en est amené à venter le modèle anglais et germanique. À l'inverse, la France universitaire n'a aucun travail d'égal importance selon lui, le monopole universitaire « paralysant » l'essor du droit¹²¹⁵. Kant, va par conséquent inspirer Accolas¹²¹⁶, étant l'archétype du philosophe des Lumières, à qui l'on attribue l'inspiration philosophique de la théorie juridique de l'autonomie de la volonté¹²¹⁷. Alliant le concept de

¹²¹⁰ Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, *op. cit.*, p. LXXXI et 222.

¹²¹¹ *Ibid.*, p. 221.

¹²¹² « Le progrès de la constitution politique consiste à ce qu'elle se rapproche de plus en plus de son principe et, en tous rapports juridiques, ce principe, nous le répétons, est le droit de l'individu. [...] En conséquence, le seul État logiquement et légitimement constitué est celui où l'individu étant gouverné le moins possible, se gouverne le plus possible par lui-même. En même temps, le seul État qui satisfasse à cette définition est l'État républicain fédératif », *ibid.*, p. XVI.

¹²¹³ Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 1... », *op. cit.*, p. 69-70.

¹²¹⁴ Frédéric Audren, « Émile Accolas libertarien... », *op. cit.*, p. 250.

¹²¹⁵ Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, *op. cit.*, p. LIV- LXVIX.

¹²¹⁶ Frédéric Audren, « Émile Accolas libertarien... », *op. cit.*, p. 248.

¹²¹⁷ Le philosophe de Königsberg entendait fonder le droit sur la morale, plus précisément sur la morale de la bourgeoisie réformée, la morale « libérale », au sens politique du terme. Or, cette morale s'appuie sur la liberté et la volonté. L'individu y est décrit comme un être libre, qui doit néanmoins aller au-delà de son égoïsme « naturel » qui tend à vouloir en faire un être asocial. L'objectif du droit est donc d'assurer le libre arbitre. Kant se montre favorable à une réforme du droit positif, qui viserait à assurer le plus complètement possible la liberté des individus, au nom d'un plus grand respect de ce qu'il qualifie être le droit naturel, d'où une plus grande soumission du droit, à la

personne – sujet de droit – et de conscience, cette dernière permet de rendre responsable juridiquement l'individu ; parce que l'individu est conscient, il est libre et donc, responsable. L'individu n'appartient qu'à lui-même, il est autonome dans sa conscience. La Révolution française avait d'ailleurs déjà opté pour cette « résurrection » du genre humain, lui ayant permis de s'élever vers un « nouvel idéal », en le rapprochant au plus près de la « nature des choses » selon lui. À cet état naturel, il existe des êtres, formant un tout, un ensemble, un ordre du monde. Ils sont reliés entre eux et cet ensemble, détermine et commande leur nature. Le lien qui les unies, c'est la Loi. Ainsi définie, la Loi comprend toutes les lois, juridiques ou morales. Il y en a deux sortes de lois dit-il en précisant néanmoins que « les unes et les autres ont pour base la nature humaine ; pour organe, la raison ; pour sanction, la conscience ». La morale « considère l'homme, soit dans ses rapports avec lui-même, soit dans ses rapports avec les autres hommes ». Sa devise est « sois libre ; respecte la liberté des autres ; aime les autres ». C'est alors la Raison qui conduit à déduire que la morale s'exprime par la liberté. Par conséquent, il paraît logique que la « formule du droit », qui a pour base la nature humaine, soit « respecte la liberté des autres ». Ainsi, pour Accolas, la limite juridique de la propriété se fixe toutes les fois où ce droit empiète sur le droit d'un autre : « le droit est donc fondé tout entier sur la liberté » et désigne même, la partie de la morale qui repose sur la liberté¹²¹⁸. Son individualisme va jusqu'à s'opposer à tout « excès d'égalité » et au « droit de la cité », c'est-à-dire aux droits sociaux, qui « corrompent » l'idée d'autonomie de l'individu¹²¹⁹.

Pour Accolas, l'idéal de la science politique et de la civilisation et l'élimination de toutes les tutelles et le « dégagement le plus complet possible de l'autonomie de la personne humaine ».
*La nature morale de l'homme, c'est l'aptitude à se posséder soi-même. Toute philosophie doit se fonder sur la volonté autonome de l'individu ; cette autonomie est le principe même de la moralité*¹²²⁰.

morale. V. Denis Touret, *Introduction à la sociologie...*, *op. cit.*, p. 158-162.

¹²¹⁸ Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, *op. cit.*, p. LIV, 494 et 569-571. Sur la définition qu'Accolas donne de la science politique ou « science sociale », V. Frédéric Audren, « Émile Accolas libertarien... », *op. cit.*, p. 243.

¹²¹⁹ « Les hommes sont déclarés libres et égaux ; Toute fonction publique est déclarée n'être qu'un mandat. Malheureusement le dogme de l'antiquité n'est pas détruit ; le droit de la cité, le droit social reparaît çà et là dans les institutions et dans les lois et corrompt l'idée de l'autonomie de l'individu. Erreur fatale qu'augmente encore la nécessité de s'unifier et de se centraliser pour vaincre ! L'homme du 18 brumaire s'empare de cette erreur ; il construit sur elle son monstrueux despotisme », Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, *op. cit.*, p. XVIII.

¹²²⁰ Frédéric Audren, « Émile Accolas libertarien... », *op. cit.*, p. 248.

Suivant la tradition des sciences sociales morales et politiques défendues par Condorcet, Sièyes, puis par les Idéologues, Accolas partage également une vision « républicaine et encyclopédique [qui] survit discrètement dans les milieux juridiques grâce aux efforts de quelques personnalités telles que Joseph Rey [...] ou, dans une certaine mesure, Hyacinthe Blondeau ». Il en résulte un lien étroit, dès les années 1860, avec le mouvement matérialiste scientifique, caractérisé par son anticléricalisme militant et son républicanisme radical. Multipliant en parallèle les « incursions dans le domaine de l'anthropologie », cette anthropologie matérialise a pour objectif de « reconstituer la politique sur des bases scientifiques », dans le but de favoriser l'émancipation de l'être humain¹²²¹.

Accolas accepte cependant l'idée que la liberté comporte des limites¹²²². Afin de lutter contre l'égoïsme naturel des individus qui tend à rendre l'individu asocial, il peut y avoir du droit, hors des individus conscients¹²²³. En effet, l'État, les communes ou les sociétés commerciales, qui « ne sont autre chose que les individus associés », sont des « êtres de pure création juridique [de] la loi, organe de la collectivité des citoyens », disposant d'une personnalité juridique. De telles créations scientifiques ne correspondent cependant qu'à des besoins individuels. Si l'individu est au fondement de l'édifice juridique et social¹²²⁴, il existe d'autres formes de personnalités juridiques. Cependant, celles-ci n'existent que dans l'unique but de satisfaire l'individu en tant qu'unité¹²²⁵. À cette fin, l'individualisme a une contrainte : il ne peut y avoir d'individualité, que s'il y a collectivité. Il reconnaît qu'un « homme qui serait tout seul sur la terre ne pourrait proprement avoir ou acquérir comme sien, aucun objet extérieur ». L'individu vit en société et ce n'est que parce qu'il vit dans cette société que l'idée du droit est possible. Le droit personnel reconnaît, *de facto*, l'existence d'un droit égal à autrui. Par conséquent, comme il l'écrit lui-même : « l'individualité du droit engendre ainsi directement la solidarité du droit ». Toutefois, cette limite

¹²²¹ Frédéric Audren, « Émile Accolas libertarien... », *op. cit.*, p. 244-245.

¹²²² « La question de l'interdiction intéresse au plus haut degré la liberté individuelle ; d'une part, il n'est pas douteux que la société n'ait le droit d'intervenir dans l'intérêt collectif, en cas d'affaiblissement ou de dérangement des facultés mentales de l'individu ; mais d'autre part, il n'importe pas peu qu'elle n'intervienne qu'à bon escient et que sous couleur de protéger le droit individuel, elle ne lui fasse pas subir la plus grave atteinte », Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, *op. cit.*, p. 496.

¹²²³ « La science juridique, c'est-à-dire la science qui s'occupe des droits sanctionnés par la coercition sociale, par faction, reconnaît d'autres personnes que l'Individu conscient », *ibid.*, p. 16.

¹²²⁴ *Ibid.*, p. XVIII, 16 et 544.

¹²²⁵ « Nous sommes d'avis qu'il devrait toujours être loisible aux individus de se grouper pour former des personnes juridiques sous la seule condition d'avertir les tiers », *ibid.*, p. 16.

n'existe que pour garantir l'effectivité de l'individualisme libéral, puisqu'il existerait une « dette de la société », la société se devant de maintenir pour tout individu majeur l'intégralité de ses droits. L'individu doit, en effet, disposer du droit au libre exercice de ses facultés et celui de se « mouvoir dans la plénitude de sa liberté, sous les risques et sous les périls de sa responsabilité ». Accolas adopte ici une vision volontariste et émancipatrice de l'individu qui, en l'absence de capacité à appréhender sa responsabilité individuelle, conduit à des sanctions. Ainsi, le droit de propriété n'est par exemple légitime que s'il est fondé sur l'effort du travail, qui doit l'amener à une réelle liberté : « la liberté de l'effort, c'est-à-dire du travail, est donc la première condition d'un système rationnel de la propriété ». De même, autre limite « morale » qu'Accolas fait peser au propriétaire : il ne peut, « sans excéder son droit », ne pas accomplir son « devoir ». Du point de vue moral, le propriétaire est « tenu non-seulement de tirer de sa chose toute l'utilité qu'elle comporte, mais encore d'accroître indéfiniment cette utilité. À plus forte raison, le propriétaire manque-t-il à son devoir, lorsqu'il détériore sa chose ou qu'il la détruit »¹²²⁶ ; cette vision n'est alors pas sans rappeler la notion de liberté-fonction des solidaristes¹²²⁷.

*L'homme, étant libre, a bien le droit d'engager même sa liberté ; il ne fait pas autre chose à chaque instant dans la vie sociale ; mais il n'a le droit de l'engager qu'à la condition de ne jamais l'aliéner et d'être toujours à même de la reprendre ; le problème politique tout entier consiste précisément dans la conciliation de ces deux termes. De même, le propriétaire a certainement le droit de modifier, comme il l'entend, la propriété entre ses mains. [...] Le démembrement perpétuel n'est rationnel qu'à la condition de ne pas porter atteinte à la liberté*¹²²⁸.

Dans le cas où les facultés mentales d'un individu l'empêchent d'être pleinement conscient, s'appliquent alors des limites juridiques, légales. Rappelant l'article 489 du Code civil¹²²⁹, Accolas propose de le simplifier par l'idée de « dérangement des facultés mentales ». Précisant qu'il s'agit

¹²²⁶ Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, *op. cit.*, p. IV, 19, 494, 569-571 et 682. V. sur la « refonte de la codification napoléonienne » par Accolas et sa vision du droit de propriété, seul moyen d'assurer et sanctuariser l'autonomie et la liberté individuelle, V. Frédéric Audren, « Émile Accolas libertarien... », *op. cit.*, p. 250.

¹²²⁷ Nous y reviendrons plus en détail plus tard. V. *Infra*, p. 336-341.

¹²²⁸ Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, *op. cit.*, p. 708.

¹²²⁹ « Le majeur qui est dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur, doit être interdit, même lorsque cet état présente des intervalles lucides », Article 489, *Code civil des français*, éd. Originale et seule officielle, Paris, imprimerie de la République, 1804, p. 120.

de la plus grave des exceptions faites à la liberté – renvoyer l'individu au stade de mineur – Accolas dénonce l'absence dans la législation de la prise en compte des « intervalles lucides », c'est-à-dire des moments où l'individu redevient conscient. S'inspirant de Demolombe, qui admet la validité du mariage, de la reconnaissance d'un enfant naturel et du testament lors de ces intervalles, Accolas considère que la folie « passagère » ne doit pas causer la suppression de la liberté totale de l'individu¹²³⁰.

De ce fait, *l'individu idéal*, au sens où l'entend Accolas, a le goût de l'effort. Il est individualiste, rationaliste, volontaire et autonome. Il s'agit d'un être relativement isolé dans sa définition, c'est-à-dire qu'il doit tendre vers le plus d'indépendance possible, puisque toute dépendance pourrait amener ces semblables à user de leurs libertés contre la sienne. Son hostilité à une puissance paternelle forte et son soutien à l'égalité dans le mariage – par exemple sur la question du divorce pour infidélité¹²³¹ – ne sont alors que des arguments en faveur d'une plus grande autonomie des hommes et femmes, vis-à-vis de la société. Même le principe d'égalité n'est là que pour servir l'indépendance de l'individu ou, c'est-à-dire, sa liberté. Toutefois, cet individualisme comporte de nombreuses limites, qu'Accolas reconnaît : par exemple qu'un individu isolé ne pourrait s'épanouir correctement. En raison de toutes ces caractéristiques, Accolas nous semble avoir comme idéal, une vision assez proche de *l'homo œconomicus* du XX^e siècle¹²³² : il souhaite maximiser son utilité par sa nature travailleuse et il le fait dans une perspective de garantie de sa satisfaction personnelle en assurant le bien-être de la société. Toutefois, sa vision n'est pas fondamentalement contraire à celle des autres membres de doctrine ; et n'est que le témoin de l'influence croissante qu'exerce le libéralisme sur la pensée juridique de la doctrine française.

¹²³⁰ Émile Accolas, *Manuel de droit civil...*, *op. cit.*, p. 495-515.

¹²³¹ *Ibid.*, p. XCIII-XCIV.

¹²³² L'homo Économicus est « un personnage de fiction, calé sur le modèle de Robinson Crusoé » et présenté comme l'idéaltype de l'individu libéral. Son comportement est régi par l'économie dans une optique d'efficacité. Bien que l'appellation d'homo Économicus concerne en réalité l'École néoclassique libérale et non celle d'Adam Smith ou de David Ricardo, nous l'empruntons ici pour symboliser cet individu individualiste, rationaliste, dont la satisfaction dépend des ressources dont il dispose. Comme pour Accolas, c'est un individu rationnel, indépendant et dont le bien-être personnel permet d'assurer théoriquement le bien-être de l'ensemble de la société. Cf. Daniel Cohen, « homo œconomicus, animal triste », *Alternatives Économiques*, n° 318, 2012/11, p. 78.

En somme, c'est le contexte économique et social particulier de la France, qui explique le succès très relatif qu'ont pu avoir Savigny, comme Bentham, bien qu'ils aient quand même transmis une part de leur pensée respective ; l'un à travers une analyse historique du droit, l'autre avec un penchant plus libéral, qui ne manifeste par la volonté de garder une égalité civile et des garanties constitutionnelles des droits individuels. Rossi le résume ainsi : on ne peut « satisfaire aux besoins des hommes du XIX^e siècle en réparant de vieilles machines du Moyen Âge »¹²³³. Une fois encore, les paradoxes qui peuvent en résulter ne dérange pas la doctrine dominante et même, au contraire, elle s'en accommode parfaitement. Ainsi, dans les années 1870-1880, la cause du Code est gagnée. Il a façonné les mœurs de la société française, même si elle est amenée à évoluer. La situation est toutefois difficile pour le pouvoir en 1869. Tandis que le Code s'impose définitivement, les questions ouvrières et sociales continuent inlassablement de germer contre lui. Face aux concessions faites à la bourgeoisie orléaniste avec l'entreprise de libéralisation de l'économie, tandis que le régime semble prendre la route vers une monarchie impériale parlementaire¹²³⁴, le nombre de grèves ne cesse d'augmenter¹²³⁵. Le phénomène est d'autant plus aggravé, à la suite de l'Internationale de 1868, dont les partisans ont rompu avec l'opposition parlementaire républicaine. Il s'agit d'un des effets du réalisme et pragmatisme du monde ouvrier, alors désenchanté par les politiques. La force vive révolutionnaire se prépare d'ailleurs à une lutte active contre l'empire. En plus du développement de la propagande socialiste révolutionnaire, qui rêve de pouvoir prendre le pouvoir par la force – phénomène qui explique tout particulièrement les événements de 1871 – les bonapartistes autoritaires, encore influents, souhaitent aussi à leur tour interrompre l'évolution libérale du régime. La droite autoritaire a la volonté de reprendre la main sur la direction du régime. Toutefois, les événements qui suivent la dépêche d'Ems, ne conduisent pas aux effets escomptés : lorsque Napoléon III se laisse entraîner vers la guerre, la déclarant officiellement le 19 juillet dans des conditions diplomatiques

¹²³³ Cité par Tristan Pouthier, *Au fondement des droits...*, *op. cit.*, p. 191.

¹²³⁴ André Encrevé, « La fin de l'Empire (1869-1870) », *Le Second Empire*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2004, p. 120.

¹²³⁵ La signature du traité de commerce avec la Grande-Bretagne de Cobden-Chevalier – suivi d'autres traités similaires avec la plupart des pays d'Europe – qui met un terme au protectionnisme traditionnel des années 1850, a certes offert une balance commerciale excédentaire durant toute la période, la forte spécialisation des exportations – vins et eaux de vies représentent 53 % des exportations agricoles et un quart des exportations industrielles relèvent de la soie – montre les limites du développement de la modernisation de l'économie française. De fait, le Second empire ne connaît pas une « croissance économique particulièrement brillante » : de 1852 à 1869, le PIB augmente de 2,36%, contre 2,74% sous la monarchie de Juillet, quand bien même cette croissance rattrape la stagnation – notamment sur la production industrielle – des années 1846-1851. V. André Encrevé, « La France du Second Empire », *op. cit.*, p. 33-39.

désastreuses – la Prusse reçoit rapidement l'appui de quatre États d'Allemagne du Sud, alors que la France avait espéré leur neutralité – l'infériorité de l'armée française apparaît : les Allemands opposent 460 000 fantassins face à environ à peine 280 000 hommes pour le camp français. Dès l'annonce des premières défaites, le gouvernement libéral d'Ollivier est renversé. Or, la droite au départ satisfaite, apprend le 4 septembre la capitulation à Sedan, par l'empereur. Parallèlement, le Corps législatif est envahi par la foule parisienne qui proclame la République, place de l'Hôtel de Ville¹²³⁶.

¹²³⁶ André Encrevé, « La fin de l'Empire (1869-1870) », *op. cit.*, p. 115-123.

Titre second. Le conflit politique et doctrinal sous la III^e République : l'opposition entre le solidarisme, le libéralisme et le conservatisme

Dernière révolution française du XIX^e siècle, la Commune expérimente pour la première fois un gouvernement insurrectionnel majoritairement dirigé par les inquiétudes des ouvriers et des prolétariens. Loin d'être un évènement accidentel, elle trouve ses origines immédiates dans les déceptions répétées de l'intérêt porté à la question sociale. Cette déception est exacerbée avec la défaite contre la Prusse de 1870. Aux aspirations premières, socialistes et ouvrières, se mêlèrent la colère patriotique des Parisiens qui n'acceptaient pas la défaite. Ils l'imputent à la trahison des politiques, militaires et plus globalement, aux élites sociales bourgeoises plus soucieuses de retrouver la paix et la tranquillité que de gagner la guerre.

L'opposition entre l'Assemblée nationale et les Parisiens, armés par la garde nationale, conduit à ce qu'un Comité central constitue le 15 mars 1870 une Fédération républicaine. Voulant éviter que le gouvernement ne se retrouve, comme en 1848, prisonnier dans la capitale, Paris est évacuée et abandonnée aux insurgés. La Commune adopte le drapeau rouge, le calendrier révolutionnaire, laïcise les écoles religieuses en affirmant la séparation de l'Église et de l'État, affirme aussi la gratuité de la justice et l'élection des juges ou des hauts fonctionnaires, de même qu'elle supprime toute distinction entre enfants légitimes et enfants naturels, comme entre femmes mariées et concubines. Dans le domaine économique et social, les ateliers abandonnés sont réquisitionnés afin de remettre au goût du jour le système des Ateliers nationaux. Pour les provinciaux toutefois, en dehors de Lyon, surnommée le « bastion rouge », la Commune évoque surtout les mauvais souvenirs de la dictature parisienne de la Terreur. Par conséquent, les mouvements communalistes en Province sont rapidement étouffés. Durant la « semaine sanglante », c'est l'échec le plus complet cette fois à Paris. Les ultimes combats ont lieu au Père-Lachaise le 28 mai, quand tombe rue Ramponneau, vers 14 heures, la dernière barricade. En réaction, les conseils de guerre qui siégèrent en août 1871, prononcent quelques condamnations à mort, des mises en travaux forcés, mais surtout des déportations, emprisonnements ou bannissements. La répression fut telle, qu'elle mit fin pour longtemps au mouvement révolutionnaire français. La Commune, tout comme le Printemps des Peuples, avait cependant réactualisé la question sociale. Le paupérisme et les inspirations premières socialistes prirent une part croissante dans le débat politique, notamment à l'Assemblée avec les premières victoires des

républicains radicaux en 1872, mais aussi juridique¹²³⁷.

Parallèlement à l'avènement de la jeune III^e République, qui prend un tournant modéré, se perçoit un nouveau mouvement doctrinal, plus soucieux de cette question « sociale ». L'objectif de cette troisième génération est d'instaurer un climat plus favorable à la paix, dans le souci d'assurer la pérennité du Code civil et de son modèle social. L'objectif de la doctrine est de trouver un compromis favorable au questionnement à la fois méthodologique - « l'École scientifique » - mais aussi idéologique. Ainsi, la III^e République et plus généralement la Belle Époque, marquent le départ d'une nouvelle réflexion de la part de la doctrine autour de la question « sociale ». Il y a toutefois encore une confusion entre socialisme, sociologie et socialisation dans le langage, car la majorité des juristes se montrent encore méfiants envers une potentielle « socialisation du droit ». La République, en quête d'une nouvelle philosophie, pense avoir néanmoins trouvé la solution dans l'idéologie solidariste popularisée par Léon Bourgeois (1851-1925)¹²³⁸. Elle concilie apparemment l'inconciliable : les aspirations collectivistes et « socialistes » des républicains révolutionnaires, avec le caractère individualiste, conservateur et disciplinaire du droit, originaire de l'esprit originel du Code. L'objectif est de faire de l'État le garant et le moteur du progrès, sous fond quasiment constant de tensions entre holisme et individualisme¹²³⁹, tout en assurant une tendance coercitive naturellement attachée au droit. Ainsi, l'idéologie du Code est toujours d'actualité, bien que le discours de la doctrine puisse prendre deux formes : tout d'abord, une partie de la doctrine tend à vouloir pleinement adapter le droit à la réalité sociale. Longuement délaissée par les juristes et les gouvernements successifs

¹²³⁷ Michel Mourre, *Dictionnaire Encyclopédique...*, *op. cit.*, v^o Commune de Paris, p. 1287-1290 ; Daniel Haléry, *La fin des notables*, Paris, Bernard Grasset, 1930, p. 129-133.

¹²³⁸ Nader Hakim, Fabrice Melleray, *Le renouveau de la doctrine française...*, *op. cit.*, p. 3 ; Nader Hakim, « Socialisation du droit et romantisme juridique... », *op. cit.* 139-140 ; Nader Hakim, *Du chaudron magique à la science juridique : Édouard Lambert ou le désir politique du droit*, Tiré à part, Dalloz, Imprimerie Maury S.A.S, 1200 Milau, 2013, p. 1-3.

¹²³⁹ Nader Hakim, Fabrice Melleray, *Le renouveau de la doctrine française...*, *op. cit.*, p. 3 ; Laetitia Guerlain, *Droit et société au XIX^e siècle. Les leplaysiens et les sources du droit (1881-1914)*, Thèse dirigée par M. Bernard Gallinato Contino, professeur à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV, Université Montesquieu - Bordeaux IV école doctorale de droit (e.d. 41), soutenue le 9 décembre 2011, p. 25-27 ; Jean-Marie Mayeur, *Les débuts de la III^e République, 1871-1898*, Paris, Seuil, 1973, p. 9 ; V. aussi, Nader Hakim, « Socialisation du droit et romantisme juridique : autour d'une controverse entre Julien Bonnecase et Paul Cuche », dans *De la terre à l'usine : des hommes et du droit. Mélanges offerts à Gérard Aubin*, sous la direction de Bernard Gallinato-Contino et Nader Hakim, Presses Universitaires de Bordeaux, 2014, p. 139 : « le droit, transformé dans son contenu et son esprit général, devient ainsi un facteur de justice sociale et de renouvellement de l'organisation d'une société qui ne peut plus être composée d'individus isolés face à un simple État gendarme ».

jusqu'à, les professeurs parisiens, puis certains provinciaux aussi comme Léon Duguit (1859-1928) ou encore Henri Capitant (1865-1937), partagent l'idéologie solidariste. Son objet est de garantir la pérennité de l'ordre social, tout en acceptant de réadapter le discours autour d'un nouveau concept : la solidarité (**chapitre premier**). De l'autre, se retrouve une partie non négligeable de la doctrine, qui réfute la théorie solidariste, sinon toute théorie politique républicaine et parisienne ; il s'agit souvent là d'un combat éminemment idéologique, contre la République. Soit, il est alors question d'une opposition partielle, en raison de la permanence d'un individualisme juridique, teintée par l'acceptation de certains présupposés sociaux – c'est le cas de Raymond Saleilles (1855-1912) ou encore de René Demogue (1872-1938)¹²⁴⁰ par exemple – soit il s'agit d'une opposition totale et radicale, certains membres de la doctrine étant soucieux de défendre l'ordre social du Code de 1804, presque envers et contre tout. Cette franche conservatrice de la doctrine tente malgré tout de répondre aux nouvelles questions qui se posent alors, mais en réfutant la nécessité de changements. Une chose est sûre, ils souhaitent éviter toute véritable révolution sociale et ne souhaitent aucunement adopter une voie « socialisante ». Toutefois, au sein des membres de ce discours jusnaturaliste et conservateur, se retrouve paradoxalement Léon Duguit, en raison de sa nature ambivalente de professeur provincial ; et surtout, de la distinction entre la forme que prend le discours et sa finalité idéologique (**chapitre second**).

¹²⁴⁰ Né le 17 octobre 1872 à Reims, il devient docteur en 1898, avec une thèse sur la réparation civile des délits, avant d'être agrégé à la faculté de Lille. Il enseigne ensuite à la faculté de Paris, en 1914, jusqu'à son décès prématuré, le 4 mars 1938 à Épernay, après avoir mené une existence « austère et studieuse entièrement consacrée à ses activités éditoriale et universitaire », Christophe Jasmin, *Dictionnaire historique...*, *op. cit.*, v° Demogue, p. 323-324. C'est alors un « homme calme et austère, voire autoritaire dans sa vie privée, même si ses neveux parlent avec tendresse de « l'oncle René », Christophe Jamin, « Demogue et son temps. Réflexions introductives sur son nihilisme juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 56, 2006/1, p. 5.

Chapitre premier. L'avènement de la III^e République : un moment politique et doctrinal avec le solidarisme

Dans le dernier quart du XIX^e siècle, le Code est perçu comme vieillissant, face à « l'essoufflement » de la méthode exégétique¹²⁴¹. Le droit civil subit de manière croissante la concurrence de nouvelles disciplines scientifiques comme le droit constitutionnel, tandis qu'aux nouvelles sciences sociales et économiques considérées comme filles de 1848, s'ajoute la science politique avec la création par Émile Boutmy en 1871 de l'École libre des sciences politiques. La popularisation des critiques de Comte, comme de Le Play, illustrent cet intérêt croissant pour les préoccupations sociales¹²⁴². Vécues comme de véritables assauts doctrinaux par les juristes, ces

¹²⁴¹ Sur l'existence d'une méthode exégétique : « si "l'école de l'exégèse" dépeinte par Bonnetas s'est avérée introuvable, il ne paraît pas exagéré de parler pour les juristes du XIX^e siècle d'une école du code. Sans nier la multiplicité des auteurs, leur individualité, la complexité de leur personnalité parfois, il ne paraît pas douteux en effet que ceux-ci aient porté principalement leur attention sur les solutions consacrées par le Code civil – qu'il fallait bien dans un premier temps apprendre à connaître et rendre praticable – et qu'ils aient ainsi vécu dans un culte certain de la loi écrite », Nader Hakim, Fabrice Melleray, *Le renouveau de la doctrine française...*, op. cit., p. 77 ; V. aussi, Laetitia Guerlain, *Droit et société au XIX^e siècle...*, op. cit., p. 28.

¹²⁴² « Au niveau des sources réelles tout d'abord, les juristes s'interrogent sur les origines du droit, qui doivent, pour certains, être recherchées dans la société. Aussi les tenants d'un droit naturel rénové, "à contenu variable" s'opposent-ils aux partisans de la méthode sociologique ou expérimentale. Or, pour connaître ces "forces créatrices du droit", les juristes font appel aux ressources d'autres disciplines, telles que l'économie, la statistique, l'histoire, la sociologie ou l'anthropologie. La sociologie, notamment organiciste, s'insurge en particulier contre la vision de la société limitée à un agrégat d'individus. La théorie des sources, dans un premier temps, a donc pour seul objectif de légitimer le regard dirigé vers les sources matérielles du droit, c'est-à-dire, en somme, vers les sciences sociales. Invoquer ces dernières, c'est encore faire du droit, tant le désir est grand d'inclure les faits dans le discours normatif, le sein dans le sollen. Cependant, un tel raisonnement comportait le risque de sacrifier la sécurité juridique à l'empire de la contingence. Aussi, dans un second temps, la doctrine, comprenant la nécessité de doter le droit "d'armatures fermes", renouvelle-t-elle ses méthodes de travail. Comme l'ont parfaitement mis en exergue Philippe Jestaz, Christophe Jamin, l'enjeu fondamental des années 1880-1914 consiste à parvenir à faire pénétrer la vie dans le droit, sans pour autant sacrifier la sécurité juridique », Laetitia Guerlain, *Droit et société au XIX^e siècle...*, op. cit., p. 29 ; V. aussi, Christophe Jamin, « François Gény d'un siècle à l'autre », *François Gény, mythe et réalités*, 1899-1999, sous la dir. de Claude Thomasset, Jacques Vanderlinden, Philippe Jestaz, Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique, Cowansville, Y. Blais, Paris, Dalloz, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 11 ; Frédéric Audren, *Les juristes...*, op. cit., p. 237 et s. ; V. enfin, Frédéric Audren, « Les professeurs de droit, la République et le nouvel esprit juridique. Introduction », Mil neuf cent. *Revue d'histoire intellectuelle*, n° 29, 2011/1, p. 15-16 : « le combat mené par les facultés de Droit ne vise pas seulement à faire reconnaître le caractère scientifique de leur démarche ; il prétend aussi défendre leur primauté dans le champ émergent des sciences sociales. "Le droit est la science sociale par excellence" : cette sentence fréquemment invoquée depuis les années 1830 devient, autour de 1900, un slogan de politique scientifique, une arme dans un contexte de forte concurrence académique [...] À ce moment, on ne saurait par exemple ignorer le rôle des juristes dans le lancement de la Revue internationale de sociologie (1893) ou l'importance des professeurs de droit dans l'animation et la direction des institutions de l'École de Frédéric Le Play ».

disciplines effritent l'image monopolistique des civilistes, qui se présentaient autrefois comme les incontournables experts du phénomène social¹²⁴³. Les principes du Code paraissent désormais inaptes à réguler les rapports sociaux. L'industrialisation et l'accroissement du paupérisme urbain font peser sur la jeune République un souffle contestataire. Aussi, s'ajoute une nouvelle figure dans ce contexte conflictuel : la science allemande, victorieuse de la guerre de 1870¹²⁴⁴. Or, même si la France paraît toujours en « retard »¹²⁴⁵, que ce soit en matière de capacités productives, recherche industrielle, armement lourd ou législation sociale, avec l'influence croissante d'un socialisme cherchant à placer très haut l'idéal de paix et de solidarité entre les peuples, s'ajoute un véritable esprit de compétition revancharde aucunement admiratif contre la science allemande. La plupart des Français, en dehors d'une petite élite d'esthètes, ont en effet une image très négative de l'Allemagne : belliqueuse, politiquement archaïque et surarmée ; phénomène qui ne fait que s'accroître après la Grande Guerre¹²⁴⁶. Par réaction autant que par conviction, la doctrine française essaye alors d'adapter la science juridique, « qui ne peut être hors du

¹²⁴³ « Le vieillissement de la codification, la concurrence des nouvelles disciplines juridiques, des sciences sociales et politiques comme de la science allemande, les modifications qui affectent la doctrine elle-même, devenue essentiellement professorale, rendent alors cette rénovation indispensable. Ces auteurs souhaitent ainsi indubitablement recouvrer une autorité synonyme d'influence, de prestige et de crédit », Nader Hakim, « Le miroir de l'autorité : l'instrumentalisation de l'autorité dans la doctrine contemporaine », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2007, p. 460. V. aussi sur le passage entre la « doctrine des auteurs » et la « doctrine », Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 113-117 ; Philippe Jestaz, *Autour du droit civil...*, *op. cit.*, p. 93.

¹²⁴⁴ Les conséquences de la défaite de Sedan impactent en effet tant l'institution de l'Université que ses membres et donc, la doctrine. Nombre de ses futures prises de positions sont dès lors prises, directement en raison du « miroir allemand », qui marque les esprits d'une bonne partie des élites intellectuelles françaises. V. Nader Hakim, Fabrice Melleray, *Le renouveau de la doctrine française...*, *op. cit.*, p. 4 ; Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 132.

¹²⁴⁵ La « lenteur » de la Révolution industrielle en France, parallèle au libéralisme mitigé que connaît le pays autant dans le domaine économique que politique, se perçoit notamment par le rôle qu'a l'Administration et l'État, en France. L'Administration française a une responsabilité vis-à-vis de la population, plus importante que dans les pays voisins. C'est à elle de « briser les routines » ou, en cas d'échéances techniques, de compenser les faiblesses de l'industrie. En plein développement économique, l'économie devient un accélérateur de « l'histoire individuelle ». Ainsi, l'originalité en France tiens au fait que le progrès économique, tout en étant bien réel, a néanmoins eu besoin de l'État – notamment en périodes de crises, à l'origine des crises sociales qui secouent le pays à de nombreuses reprises – et fait de ce dernier une force d'impulsion, tout en lui permettant de garder un rôle fondamental dans l'organisation des rapports sociaux et politiques. V. Pierre Legendre, *Trésor historique...*, *op. cit.*, p. 58-59.

¹²⁴⁶ Ce phénomène explique l'envolée lyrique de Jouhaux sur la tombe de Jaurès, le 4 août 1914 : « Empereurs d'Allemagne et d'Autriche-Hongrie, hobereaux de Prusse et grands seigneurs autrichiens, qui par haine de la démocratie, avez voulu la guerre, nous prenons l'engagement de sonner le glas de votre règne. Nous serons les soldats de la liberté pour conquérir aux opprimés un régime de liberté, pour créer l'harmonie entre les peuples par la libre entente entre les nations », Jouhaux, cité par Pierre Albertini, *La France au XIXe siècle...*, *op. cit.*, p. 151.

temps »¹²⁴⁷, face aux mutations sociales ayant entraîné des répercussions négatives sur la *figure* même du juriste, dont l'image paraît controversée¹²⁴⁸. Même parmi la doctrine, qui regroupe en théorie les experts d'une œuvre ayant acquis désormais sa légitimité politique – le Code civil n'est non plus l'œuvre de Napoléon, mais d'une nation « qui se l'est approprié » – les civilistes ne paraissent plus désormais les seuls experts du phénomène social. La doctrine cherche donc, comme depuis 1804, à adapter la science juridique, tout en préservant le rôle spécifique du juriste¹²⁴⁹.

Avec Léon Bourgeois, le concept de « solidarité » gagne une influence nouvelle qui lui permet d'influer sur le pouvoir en place. Alfred Fouillée¹²⁵⁰ ou encore Célestin Bouglé¹²⁵¹ considèrent qu'elle est devenue *la* philosophie du nouveau régime¹²⁵². Pour Bourgeois, en cette fin de siècle, si « rien n'est changé [...] le débat continue dans les mêmes termes entre la science économique et les écoles socialistes ; l'individualisme et le collectivisme s'opposent toujours l'un à l'autre »¹²⁵³ (**section première**). Dans ce contexte, Léon Duguit (1859-1928) apparaît comme un des théoriciens phare avec Léon Bourgeois de la doctrine solidariste. Son expertise juridique complète alors les travaux premiers et principalement politiques de Bourgeois. Ainsi Duguit, bien qu'il ne soit pas le seul adopter le discours solidariste, nous paraît être un idéal-type sur la question (**section seconde**).

¹²⁴⁷ Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 113

¹²⁴⁸ « Incontestablement, la figure du juriste demeure, sous la IIIe République, controversée. Cette mise en cause n'est guère originale puisqu'elle décline bien souvent, d'une manière plus ou moins polémique, le thème fort ancien de la critique des "légistes" et leur rôle dans la construction de l'État monarchique, réorchestré tout au long du XIXe siècle par l'historiographie romantique et la théorie sociale (Guizot, Comte, Michelet, etc.). Pourtant, on ne manque pas d'être frappé par le caractère paradoxal de cette mise en cause sous un régime qui prétend créditer justement l'idée de droit d'une force nouvelle et apparaît à certains comme une "République des avocats" ou encore un âge d'or pour la pensée juridique française », Frédéric Audren, « Les professeurs de droit... », *op. cit.*, p. 7-8.

¹²⁴⁹ Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 113 ; Donzelot, *L'invention du social*, 1984, Point Seuil, 1994, p. 69 ; Frédéric Audren, *Les juristes...*, *op. cit.* ; Nader Hakim, Fabrice Melleray, *Le renouveau de la doctrine française...*, *op. cit.*, p. 3-5 ; Nader Hakim, « Le miroir de l'autorité... », *op. cit.*, p. 460 ; Laetitia Guerlain, *Droit et société au XIXe siècle...*, *op. cit.*, p. 28.

¹²⁵⁰ Alfred Fouillée, *La Science sociale contemporaine*, Paris, Librairie Hachette et Compagnie, 2^e édition, 1885, p. 58-59.

¹²⁵¹ Célestin Charles Alfred Bouglé (1870-1901), philosophe et sociologue français proche d'Émile Durkheim, dirige l'École normale supérieure à partir de 1935. Il défend la sociologie comme science positive dans la lignée d'Auguste Comte, tout en s'efforçant de concevoir une sociologie ayant pour fondement une morale laïque et libérale. V. Olivier Amiel, « Le solidarisme... », *op. cit.*, p. 149 et s.

¹²⁵² *Ibid.*, p. 149-160.

¹²⁵³ Léon Bourgeois, *Solidarité*, Paris, Librairie Armand Colin, 5^e édition, 1906, p. 9.

Section première. Le solidarisme comme solution juridico-politique face à la question sociale

Ayant vengé Iéna avec Sedan, Helmuth von Moltke (1800-1891) et l'état-major allemand impose à la France un lourd tribut tout en occupant le nord-est du territoire. L'empire est vaincu et il ne reste plus guère que Gambetta et Thiers pour incarner, avec quelques hommes réunis à Bordeaux, un fœtus républicain bien chétif. Les élections 1871 opposent alors les mêmes les républicains radicaux ou, « rouges », éternels révolutionnaires, face aux familles patrimoniales, possesseurs de grandes terres, qui se divisaient auparavant encore entre noblesse et bourgeoisie ; cette dernière dominant désormais l'échiquier social. Face au discrédit de la cause révolutionnaire que provoque la Commune, la nouvelle Assemblée est gagnée par les conservateurs et traditionalistes. Elle comptabilise aussi plus de cent royalistes qui, maîtres des campagnes, avaient servi pour beaucoup en tant qu'officiers dans les milices de Gambetta¹²⁵⁴. Toutefois, bien que majoritaires, les monarchistes font confiance, comme une large partie de la population, à Adolphe Thiers (1797-1877), alors chef du pouvoir exécutif. Toutefois, ce dernier favorise, dès les premières victoires politiques des radicaux les républicains. Si ce choix politique condamne son poste à la tête de l'État, ce geste permet à la République de s'installer définitivement (I.). Or, dans un contexte politique difficile, la situation scientifique pour les juristes français n'est pas meilleure : l'Université française est en partie jugée responsable de 1870. Une véritable « demande républicaine » se fait alors ressentir parmi les juristes, d'abord parisiens. Même chez les professeurs de droit les plus conservateurs, il est admis que les conditions sociales changent et que des besoins nouveaux naissent. Le droit est alors « mis en demeure de s'ajuster aux évolutions de la société », ce qui bouleverse son approche traditionnelle du monde social et de l'espace juridique. À cet instant, les juristes sont en quête de faits, de réalisme et d'objectivité¹²⁵⁵. Voilà pourquoi la doctrine civiliste s'engage dans une lutte contre le légicentrisme¹²⁵⁶, afin de

¹²⁵⁴ Daniel Haléry, *La fin des notables*, Paris, Bernard Grasset, 1930, p. 10-13.

¹²⁵⁵ Frédéric Audren, « Les professeurs de droit... », *op. cit.*, p. 11-13.

¹²⁵⁶ « Le XVIIIe siècle et les Lumières avaient glorifié la Loi, assurant l'égalité de tous devant le droit grâce à sa nature générale, abstraite et impersonnelle. C'est la fin de l'Ancien Régime. La codification napoléonienne ne fait que consacrer et, de manière triomphale, ce système qui se veut rationnel. Toutefois, à la fin du XIXe siècle, cette image s'effrite. Le code est même considéré comme un « obstacle au progrès social » selon Saleilles (« Méthode historique et question sociale », *Atti del congresso interzionale di scienze storiche* (Roma 1903), extrait vol. IX, Rome, 1904, p. 14). Il ne paraît plus en phase avec son temps. L'omnipotence de la loi va alors avoir tendance paradoxalement à s'atténuer « sous l'effet d'une massification des opinions, qu'accompagnait nécessairement leur dépersonnalisation et, en quelque sorte, leur collectivisation. Elle va tomber sous les coups d'une contestation qui marquera vraiment l'entrée dans le XXe siècle et l'invention du concept français de la doctrine », V. Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La*

reconsidérer la coutume et les usages. Son but est de renouer avec la pratique juridique, dans un siècle où la jurisprudence n'a eu de cesse de croître et prendre de l'importance¹²⁵⁷ (II).

doctrine..., *op. cit.*, p. 131-154.

¹²⁵⁷ Florent Garnier, *Introduction historique...*, *op. cit.*, p. 14.

S1- Du compromis du « pacte de Bordeaux » à la victoire des radicaux et la fidélité des professeurs parisiens envers la IIIe République

Tous se hâtèrent vers Bordeaux et là se rencontrèrent, étonnés [...] contents de se retrouver en nombre [...] Les orléanistes libéraux, esprits toujours prudents, voire un peu réticents [et des] légitimistes réfléchis [qui] étaient là pour calmer les « ultras », pour les avertir des hommes et des temps. [...] Le hasard d'une élection hâtive presque désespérée, les avait jetés dans une ville hostile, ardemment républicaine¹²⁵⁸.

Les élections de 1871 sonnent comme une victoire pour Thiers. L'ancien premier ministre de Louis Philippe, soutien de la bourgeoisie en tant que chef de l'opposition libérale sous le Second Empire, avait notamment annoncé à l'époque les dangers d'une guerre contre la Prusse. En raison de sa solide expérience gouvernementale, il devint naturellement, sous le consentement autant des orléanistes que des républicains les moins modérés, le chef du pouvoir exécutif. Tandis que les légitimistes, qu'il méprisait, se montrèrent au départ plus sceptiques, ces derniers finirent par accepter son compromis d'une république conservatrice. En effet, les années 1870 ont beau être celles de l'avènement de la III^e République¹²⁵⁹, elles n'en restent pas moins imprégnées de grands espoirs d'une restauration monarchique ; les monarchistes sont même dans un premier temps majoritaires à l'Assemblée. Depuis le pacte dit de Bordeaux¹²⁶⁰, Thiers a toutefois réussi à

¹²⁵⁸ Daniel Haléry, *La fin...*, op. cit., p. 12-13.

¹²⁵⁹ Selon que l'on considère comme point de départ les trois discours fondateurs de 1870, dont celui de Léon Gambetta ou la promulgation des trois lois constitutionnelles des 24 et 25 février et du 16 juillet 1875 ou encore le renouvellement par tiers du Sénat aux élections du 9 janvier 1879 ; à cette dernière la majorité conservatrice disparut définitivement, comme elle l'eut fait dans la chambre basse en 1875. V. *Ibid.*, p. 9-10 ; Aude Dontenwille-Gerbaud, « Les discours, acte de fondation de la République : l'interaction orateurs/publics populaires. Eugène Spuller, Charles Floquet et Louis Blanc à Troyes en 1879 », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, 33 | 2006, consulté le 05 avril 2018 et les Lois du 24 février 1875 relative à l'organisation du Sénat ; Loi du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics et du 16 juillet 1875 sur les rapports des pouvoirs publics.

¹²⁶⁰ Élu « chef du pouvoir exécutif de la République française », Thiers arrive à « convaincre l'Assemblée de réserver le choix du futur système constitutionnel (monarchie ou République) jusqu'à ce que le pays soit totalement libéré et réorganisé. Le discours prononcé à ce sujet, connu sous le nom de pacte de Bordeaux (10 mars 1871), permet de rassurer provisoirement la majorité monarchiste. La violente répression de la Commune de Paris vaut à Thiers un prestige exceptionnel auprès des conservateurs, de la bourgeoisie et du monde paysan, de même que sa gestion financière efficace de la libération du territoire. Sachant tirer parti de ce crédit, il obtient de l'Assemblée nationale, le 31 août 1871, le titre de président de la République ». V. Romy Sutra, « La loi à la main ». *Militantisme juridique et défense religieuse au temps de l'affirmation de la République : L'action du comité de juristes des congrégations (1880-1905)*, Nouvelle édition [en ligne], Université Toulouse Capitole : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2021, p. 28 et s.

ce que la question de la forme du gouvernement de la France soit mise en suspens. L'Assemblée le laissa faire, ne le sachant certes pas monarchiste, mais le pensant plus hostile encore au radicalisme populaire. Il ne pourrait, selon les représentants monarchistes, se diriger vers un quelconque « rêve autoritaire inspiré de la Révolution ». Pour autant, c'est bien vers cette voie-là que Thiers se tourne après s'être écarté des idées libérales dès les premières victoires des radicaux en 1872¹²⁶¹.

Finalemment, en 1872, suffisamment assuré de ses positions, il écarte toute idée de retour à une monarchie, en agitant le spectre de nouveaux troubles. Se sentant dupés, les monarchistes, toujours majoritaires à l'Assemblée, organisent sa chute (lois du 13 mars et du 24 mai 1873) et le contraignent à démissionner. L'élection, à la quasi-unanimité, du général Mac Mahon, monarchiste légitimiste, inaugure "l'ordre moral". Cette politique conservatrice s'appuyant sur la majorité, les notables et l'Église a pour but de préparer la restauration monarchique. ¹²⁶².

Le maréchal Mac Mahon, monarchiste légitimiste convaincu, serviteur de l'État sous la monarchie de Juillet, sous la Deuxième République et enfin, sous le Second Empire – il était à la tête des troupes à Sébastopol et à Sedan –, qui devint président de la République, propulsé par le duc Albert de Broglie. Broglie est un monarchiste orléaniste, catholique libéral, profondément religieux et responsable de l'élection du maréchal ; même si Mac Mahon est d'abord réticent, attendant la démission de Thiers avant d'accepter. Le gouvernement à Berlin, inquiet de l'influence de Gambetta et des radicaux, qui faisait pression jusque-là, préfère Thiers, jugé plus qualifié pour maîtriser les dérives révolutionnaires du proclamateur de la République¹²⁶³. Si l'objectif de Mac Mahon est de placer le comte de Chambord sur le trône, le chef des royalistes refuse d'entrer dans Paris – « pas encore » dit-il – attendant ce qui est jugé par les contemporains

¹²⁶¹ La première victoire des républicains non modérés, contre les monarchistes et conservateurs libéraux, est le fruit d'une active propagande menée par Gambetta. Elle inquiète alors les catholiques, légitimistes et plus globalement les conservateurs et réactionnaires de l'Assemblée. Cette inquiétude des milieux traditionalistes ou catholiques se perçoit dans le discours de la doctrine juridique. Nombre de juristes catholiques sont alors proches de la mouvance monarchiste, faisant souvent d'eux des « militants conservateurs ». Si leur sensibilité politique est « plus ou moins souple », au moins est-il possible de trouver comme point commun une « l'opposition assumée aux formules politiques prônant un changement volontaire et radical de la société ». Daniel Haléry, *La fin...*, *op. cit.*, p. 15-55 et 129-151 et Romy Sutra, « La loi à la main ». *Militantisme juridique...*, *op. cit.*, p. 33-58.

¹²⁶² *Ibid.*, p. 28.

¹²⁶³ Daniel Haléry, *La fin...*, *op. cit.*, p. 170-275.

comme un « miracle ». L'enfant d'émigrés, lecteur de Chateaubriand, romantique et paradoxalement révolutionnaire, mais aussi profondément traditionaliste, pose des exigences jugées excessives pour les gouvernements de Thiers, comme de Mac Mahon¹²⁶⁴.

*Les obstacles s'accumulent : la compétition des prétendants au trône est acharnée alors même que la République demeure le régime légal, ce que confirme encore la "loi du septennat" du 20 mars 1873. En 1875, l'adoption de trois lois constitutionnelles confortant le régime républicain, marque le reflux des conservateurs. De plus, les élections législatives des 20 février et 5 mars 1877 donnent aux républicains la majorité à la Chambre*¹²⁶⁵.

Sous les mains du maréchal, cette République conservatrice continue néanmoins d'exister jusqu'en 1879. Le 9 janvier plus exactement, à la suite du renouvellement par tiers du Sénat dont presque tous les nouveaux sénateurs sont désormais républicains. En disparaissant de la haute assemblée, la majorité traditionaliste et conservatrice suivit le mouvement de la chambre basse et annonce l'installation difficile, mais définitive, de cette III^e République sous un versant plus « radical ». Mac Mahon est remplacé par Jules Grévy et des ministres républicains radicaux, comme Jules Ferry¹²⁶⁶, annonçant un changement profond autant sur le plan politique que social.

La jeune III^e République cherche alors à transformer les facultés de droit et la magistrature et à s'affirmer dans le monde juridique, afin de faire pérenniser cette « ère » révolutionnaire entreprise après 1789¹²⁶⁷. À ce titre, les professeurs parisiens se présentent rapidement comme les

¹²⁶⁴ À cela s'ajoute une intense rivalité entre orléanistes et légitimistes qui ne cesse de croître. Elle se perçoit notamment dans les salons qui rouvrent en 1871, qui ne sont pas sans rappeler ceux de 1814-1830 ou ceux des Lumières ; la bourgeoisie parisienne, profondément orléaniste et opposée aux Bourbons, offusque tant les légitimistes « purs » que chacun des camps disposent de « ses » salons : la duchesse d'Avary pour ces derniers et la comtesse Duchatel pour les orléanistes, que fréquentait d'ailleurs Thiers. Finalement, ces distorsions rendent impossibles toute union profonde entre les monarchistes. V. Christian Larroumet, « Le Code civil... », *op. cit.*, p. 228 ; Daniel Haléry, *La fin...*, *op. cit.*, p. 22-29 et 93-100.

¹²⁶⁵ Romy Sutra, « *La loi à la main* ». *Militantisme juridique...*, *op. cit.*, p. 28.

¹²⁶⁶ Daniel Haléry, *La fin...*, *op. cit.*, p. 9-10.

¹²⁶⁷ « S'il existe un moment "mil neuf cent" dans le monde des juristes, il concerne au plus haut point celui des enseignants. Certes, la justice et le monde des avocats ont été secoués par l'affaire Dreyfus, mais leur pratique n'a pas été sensiblement modifiée sur le court terme : la magistrature a été épurée en 1883 et s'en tient à un rôle technique. La période 1880-1914 est, au contraire, un moment de changements importants pour les facultés de Droit dans la République. Le monde des enseignants en droit est soumis à des demandes externes qui vont le conduire, *volens nolens*, à des adaptations et à des interrogations importantes à l'aube du XX^e siècle. Dans une république soumise à la souveraineté nationale, le législateur devrait suffire à lui seul dans ce travail d'adaptation du droit. Le

défenseurs plus ou moins officiels des intérêts des ministres républicains. La doctrine parisienne se montre en effet rapidement opposée à toute forme contestataire à l'égard de cette jeune république, aux jambes encore fragiles ; c'est notamment perceptible avec la question du syndicalisme des fonctionnaires¹²⁶⁸. Cela est d'autant plus visible que cette « jeune » République est décrite comme celle « des avocats et des médecins » ; pour finalement dire qu'il s'agit là d'une victoire sociologique groupe bien défini, celui des notables bourgeois. Ici, le rôle des juristes est déterminant et la présence de ces derniers dans la vie politique de la III^e République en est une preuve irréfutable. En effet, en 1880 par exemple, près de la moitié des députés sont issus des Facultés de droit et ils sont encore 40% en 1906. Sur cette masse de juristes, la majorité sont alors attachés à la « Gauche républicaine » gouvernementale, sinon à « l'Union républicaine » de Gambetta, pour respectivement 153 et 169 d'entre eux. En face, les groupes de droite sont réduits à moins de 100 députés, avec un partage équitable entre bonapartistes et royalistes. En somme, les juristes affichent une appartenance politique assez homogène en 1881. Il en est de même sur le plan « professionnel », puisque c'est pas loin de 149 députés qui sont avocats, avec deux d'entre eux professeurs des Facultés de droit ; pour 18 députés qui exerçaient la profession de notaire et 17 de fonctionnaires dans les grands corps. Ces juristes forment donc un véritable poids politique, d'autant qu'il ne s'arrête pas à la seule Chambre des Députés mais aussi au Sénat – et, notamment, les postes de Présidents des deux Assemblées – mais également le pouvoir exécutif, avec de nombreux Présidents de la République originaire du monde du droit¹²⁶⁹. Il est donc pertinent de pouvoir dire que les juristes sont ici des acteurs déterminants dans l'élaboration de la législation, mais aussi plus globalement, dans la mise en forme de l'ordre social souhaité par le monde politique.

Parallèlement, la France des années 1880-1914 est le théâtre d'une intense réflexion sur l'État républicain, sa justification, sa légitimation et son encadrement par le droit. L'objectif est de tenter de valider l'intervention de l'État et l'extension de son pouvoir dans la société, tout en maintenant une certaine autorité, qui doit prendre en compte la révolution industrielle. Face à

volontarisme législatif a néanmoins besoin de la doctrine et de l'enseignement pour acquérir profondeur, mise en ordre et systématisme », Frédéric Audren, Patrice Rolland, « Enseigner le droit dans la République. Ouverture », *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, n° 29, 2011/1, p. 3.

¹²⁶⁸ Guillaume Sacriste, *La République des constitutionnalistes...*, *op. cit.*, p. 427-430. Nous y reviendrons plus en détails, V. *Infra*, p. 371 et s.

¹²⁶⁹ Yves-Henri Gaudemet, *Les juristes et la vie politique de la III^e République*, préface de Georges Burdeau, Paris, PUF, 1970, p. 5-30.

la demande sociale croissante, l'intérêt et la fonction sociale du droit de propriété s'en retrouvent modifiés, du moins dans le choix des mots utilisés. Ferdinand Larnaude (1853-1942), professeur parisien à l'origine de la chaire de droit public général de la capitale, est « sans doute l'un des professeurs républicains qui insiste le plus, soit dans son cours, soit dans ses interventions publiques, sur les spécificités du régime de l'État et de la fonction publique par rapport au secteur privé ». À ce titre, il se fait l'ardent défenseur d'une véritable centralisation républicaine qui n'est pas au goût des professeurs provinciaux. Aussi, selon ces juristes parisiens, l'État poursuit une mission spécifique dans la société en défendant les intérêts de la collectivité. C'est d'ailleurs ce qui justifie que les fonctionnaires bénéficient d'un régime nécessairement dérogatoire aux règles en vigueur dans le secteur privé¹²⁷⁰. Eux qui incarnent l'idéaltype individuel et professionnel depuis l'Empire de 1804¹²⁷¹, se doivent de montrer l'exemple. S'ils ont eu droit jusqu'à présent à une série d'avantages dans leur condition de travail – notamment la sécurité d'un poste – malgré la faiblesse parfois de leur paye, la doctrine parisienne met en avant la série d'obligations inhérentes à la poursuite de leur mission d'intérêt général. Il s'agit là d'assurer à la République un maintien de l'ordre et d'éviter de fragiliser un régime qui a si difficilement réussi à s'imposer face à la monarchie.

En somme, c'est au départ dans l'incertitude que la III^e République s'affirme. Le pays est fragilisé à la suite de l'effondrement du Second Empire. Le conflit politique, entre monarchistes et républicains, est aussi concomitant à une crise dans le monde scientifique et juridique. Le soutien des juristes de la capitale se montre alors décisif pour le pouvoir politique ; même si des voix plus conservatrices, voire traditionnalistes, s'opposent soit aux valeurs défendues par le régime, soit à sa forme même.

¹²⁷⁰ V. par exemple, le développement de la responsabilité du fait des accidents du travail et les assurances sociales, ou encore plus généralement de la législation industrielle, comme prélude du droit du travail. V. Frédéric Audren, Patrice Rolland, « Enseigner le droit dans la République... », *op. cit.*, p. 4.

¹²⁷¹ V. *Supra*, p. 126-133.

§2- La demande « républicaine » des juristes et l'École dite « scientifique »

[C'est] sans doute là que réside une partie essentielle de l'explication, du large mouvement de rénovation méthodologique menée par les tenants de « l'École dite scientifique ». L'ambition de cette rénovation méthodologique, est de restaurer l'autorité de « la doctrine juridique »¹²⁷².

La « rénovation » méthodologique de l'École dite scientifique, en quête d'objectivité, n'est pas cependant aussi révolutionnaire qu'il puisse paraître. Ses partisans restent attachés à une certaine fiction, à l'instar de l'exégèse¹²⁷³ : le désir de justice. Considéré comme le « moteur fondamental » de cette méthode, ce concept de justice n'annihile pas la liberté interprétative des juristes, leur permettant de conserver un certain subjectivisme. Pour nombre de ces juristes, c'est en garantissant la liberté et en défendant le développement de nouvelles disciplines, que l'étude du droit peut atteindre un caractère plus scientifique. Cependant, les universitaires ne font là que promouvoir une « Science » sous l'influence du modèle allemand plus fantasmé que réel, aboutissant à un scientisme¹²⁷⁴ qui n'a rien à envier aux pratiques exégétiques du début du siècle¹²⁷⁵.

Sur le plan idéologique, le concept de solidarité est présenté par les contemporains comme une idée phare de ce nouveau régime républicain. Pour autant, il ne date pas de la III^e république. Apparut en opposition avec la notion de charité chrétienne, tout comme de l'utopie libérale

¹²⁷² Nader Hakim, « Le miroir de l'autorité... », *op. cit.*, p. 459-464.

¹²⁷³ Dans les faits, « une fiction en remplace une autre. Si l'exégèse en tant que conception veut toujours rattacher l'interprétation au texte interprété, la méthode nouvelle, dite parfois objective, couvre son interprétation de la volonté d'un législateur que seul l'interprète fait parler. Sans doute est-il possible de dire que la méthode la plus récente tient davantage compte de la réalité sociale, cependant la technique demeure similaire », Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 116.

¹²⁷⁴ Sur le scientisme : doctrine attestant que la science représente l'absolu de la connaissance et que seule une élite peut la maîtriser. Elle se développe principalement durant le XVIII^e et XIX^e siècles, parallèlement aux sciences déterministes et mécanistes, ce qui conduit de plus en plus d'intellectuels à penser que les sciences sociales sont capables d'atteindre le même degré de certitude, que les mathématiques, la physique, la chimie ou la biologie. V. Jean-Jacques Raynal, *Histoire des grands courants de la pensée politique*, Paris, Hachette, Collection Les fondamentaux, 1999, p. 33 ; Philippe Nemo, « Chapitre 4. Saint-Simon et le saint-simonisme », *Histoire des idées politiques aux Temps modernes et contemporains*, Paris, PUF, « Quadrige », 2013, p. 855 ; V. sinon à titre d'exemple, Ernest Renan, *L'avenir de la Science : pensées de 1848*, Paris, Calmann-Lévy, 1890 ; Arlette Michel, Colette Becker, Patrick Berthier, Mariane Bury, Dominique Millet, *littérature française...*, *op. cit.*, p. 232-234.

¹²⁷⁵ Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 120 ; Frédéric Audren, « Les professeurs de droit... », *op. cit.*, p. 14-15.

d'une « société entièrement régulée par le marché », le concept de solidarité est apparu dans le discours intellectuel dès les années 1840. La solidarité est conçue comme un substitut à la charité chrétienne, celle-ci ayant prouvé être un allié – malgré elle – du libéralisme, en faisant la promotion d'une assistance privée et individuelle. Dans un contexte de primitifs balbutiements de l'industrialisation, les premiers graves problèmes sociaux de 1830, marqués par des famines et des révoltes paysannes, forcent l'Assemblée Nationale à prendre des mesures d'urgence. Inspirés des idées saint-simoniennes et fouriéristes, le concept de « solidarité » se répand ainsi dans le milieu des « réformateurs modernes », les futurs « socialistes ou gauche républicaine ». Car, si le point de départ communément admis de ce « solidarisme » est la publication par Léon Bourgeois, *Solidarité*, en 1896, pour certains, ce mérite peut déjà être attribué à Alfred Fouillé, avec son ouvrage *La Science sociale contemporaine*, publié onze ans plus tôt. L'idée de solidarité comme solution sociale se popularise ensuite sous la plume des romanciers et auteurs littéraires tels que Georges Sand, Lamartine, Victor Hugo ou encore Flaubert, prenant la forme d'un « socialisme diffus ». Elle intègre ensuite le domaine scientifique, lorsqu'en 1880, un jeune agrégé de philosophie, Henri Marion, soutient à la Sorbonne une thèse intitulée *De la solidarité morale*, tandis que de 1895 et 1910, paraît au moins dix ouvrages dont l'intitulé reprend les termes « solidariste » ou « solidarisme ». De 1848 à 1896, il ne s'agit cependant que d'un socialisme encore vague, imprégné d'un amour du peuple et de romantisme, cherchant le partage et l'amélioration du sort des plus pauvres¹²⁷⁶.

Voulant à la fois repenser le lien social et le rôle de l'État, Bourgeois, Fouillée, Bouglé et d'autres, considèrent la solidarité comme la solution à tous les maux dont souffre la France : l'anomie sociale, comme le dénuement des prolétaires. Rejetant à la fois l'individualisme libéral et le collectivisme socialiste, les solidaristes défendent un ordre républicain dans laquelle la « coopération sociale neutralise les effets néfastes de la compétition économique ». La critique d'un individualisme libéral permet néanmoins la sauvegarde de l'individualisme plus

¹²⁷⁶ V. Daniel Béland, « État-providence, libéralisme et lien social. L'expérience française : du solidarisme au "retour" de la solidarité », *Cahiers de recherche sociologique*, n° 31, 1998, p. 145-164 ; Marie-Claude Blais, *La solidarité, Histoire d'une idée*, Editions Gallimard, Bibliothèque des idées, 2007, p. 19 et 49 ; Olivier Amiel, « Le solidarisme, une doctrine juridique et politique française de Léon Bourgeois à la Ve République », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, vol. 11, no. 1, 2009, p. 149-160 ; Louis Moreau de Bellaing, *Le solidarisme et ses commentaires actuels*, CURAPP, 1992, p. 85 ; Maxime Leroy, *Histoire des idées sociales en France*, Paris, Gallimard, 1974, p. 37 ; Emmanuel Hombre, « Le solidarisme. De la théorie scientifique au programme de gouvernement », *Revue d'éthique et de théologie morale*, n° 260, 2010/3, p. 81-107.

conservateur, voire réactionnaire, défendu depuis l'origine du Code. En devenant « sociale », la République arrive ainsi à renforcer sa légitimité tout en terminant la Révolution, le rêve de tout le XIX^e siècle¹²⁷⁷.

Pour Célestin Bouglé, « certains bienfaits du libéralisme, en confrontant la rareté hors des sociétés occidentales et l'abondance dans ces sociétés », ne donne pas à la majorité de la population les moyens de développer pleinement ses facultés ou de jouir entièrement de ses droits¹²⁷⁸. L'opposition entre le solidarisme et le « laisser-faire, laissez-passer » du libéralisme se perçoit par conséquent surtout dans le domaine économique, avec son quasi-contrat et son idée de dette sociale, liant tous les individus. L'expansion industrielle du XIX^e siècle « a profondément modifié la structure de la société française, avec le contraste de la misère et de l'opulence qu'elle a, sinon engendré, du moins aggravé [et qui] a soulevé une crise de conscience ». D'où le développement de mouvements intellectuels critiques, à l'exemple du mouvement solidariste, mais dont il est loin d'avoir le monopole sur la question, notamment face aux actions violentes et revendicatives du mouvement ouvrier¹²⁷⁹.

Le solidarisme offre aux juristes la traduction au niveau technique, de la critique philosophico-politique de l'individualisme libéral et de l'exégèse en même temps¹²⁸⁰. La solidarité est pensée comme un principe normatif capable de créer des obligations politiques et de renforcer la cohésion sociale, en confiant à l'État les problèmes socio-économiques. Elle devient le principe général de l'action politique, marquant la science autant que les institutions et justifiant la vie en société. Chaque individu est censé tirer profit de l'œuvre commune, ce qui l'oblige à participer aux charges collectives. Le but est de changer les habitudes des populations, principalement ouvrières – alcoolisme et prostitution notamment¹²⁸¹ –, afin de les inciter à l'épargne et à un comportement docile, autant dans un souci de bien-être économique que sanitaire, qu'en faveur

¹²⁷⁷ Daniel Béland, « État-providence, libéralisme et lien social... », *op. cit.*, p. 145-164.

¹²⁷⁸ Louis Moreau de Bellaing, *Le solidarisme...*, *op. cit.*, p. 89.

¹²⁷⁹ Max Tancel, *Restaurations, Révolutions, Nationalités, 1815-1870*, Paris, Masson, 3^e édition, Collection Histoire Contemporaine Générale, 1981, p. 192.

¹²⁸⁰ Laetitia Guerlain, *Droit et société au XIXe siècle...*, *op. cit.*, p. 28-29.

¹²⁸¹ Su le Droit et la prostitution, V. Amélie Maugère, « Droit et prostitution sous la Troisième République : la lente progression de l'argumentation morale dans l'arène parlementaire », *La République et son droit (1870-1930)*, Besançon, 2008, p. 409-429.

d'une pacification des mœurs, puisqu'ils ont désormais quelque chose à perdre¹²⁸². Le solidarisme confère par conséquent un caractère juridique à une obligation morale, permettant la création d'une série d'institutions et de services publics, dont l'objectif est de lutter contre les risques sociaux liés au paupérisme croissant : enfance abandonnée, maladie, invalidité, accidents du travail, etc. À ces intérêts privés s'ajoutent un intérêt public : l'objectif est de rendre la société plus solidaire et plus altruiste, mais aussi plus dociles envers l'ordre politique et social, puisqu'il « existerait entre tous les membres de l'espèce humaine ou entre tous les membres d'une société donnée, une relation étroite de dépendance réciproque »¹²⁸³. Quand bien même le discours ou les terminologies changent, le résultat à l'égard de l'ordre social reste le même que pour les générations d'interprètes précédentes : sauvegarder l'ordre postrévolutionnaire.

Le solidarisme se manifeste à cette période principalement dans trois domaines : la libre éducation, la prestation d'un minimum de moyens au nom de l'existence de tout à chacun et l'assurance contre les risques de la vie. Dans un contexte de précarité grandissante, d'instabilités et d'incertitudes, même les théoriciens libéraux sont amenés à considérer la sécurité comme une exigence légitime, afin d'assurer la liberté des individus. Il est de l'intérêt du libéralisme que d'accepter cette idée de prévoyance, que les politiques publiques doivent ériger comme une vertu. Toutefois, celle-ci ne doit faire appel qu'à la responsabilité individuelle, ce qui ne la rend pas encore obligatoire. Le gouvernement mène en parallèle une politique de lutte contre la paupérisation, en favorisant le développement des banques, assurances et mutuelles, dans la droite continuité de ce qu'avait commencé à entreprendre le Second Empire. Par conséquent, les acteurs privés et ceux capables d'investir, se retrouvent tout à fait dans ce programme politique, ayant un rôle important à jouer. Progressivement, l'assurance se présente comme une alternative

¹²⁸² La famille ouvrière fait désormais l'objet de l'attention des pouvoirs publics, car plus prompt à provoquer une instabilité politique. Toutefois, les familles bourgeoises ou de notables n'en restent pas moins aussi un lieu où s'inscrit un « réseau de plaisirs-pouvoirs articulés », qui conduit même paradoxalement, en raison de son « barrage trop rigoureux » en apparence, à un bourgeonnement pervers dû à une longue pathologie de l'instinct sexuel. Or, depuis le XVIII^e siècle, les individus, vus comme des outils et faisant partie d'une machinerie sociale dont ils ne sont qu'un rouage, conduisent à ce que l'État fasse passer comme « intérêt public » tout ce qui relève de la sexualité de sa population, en raison de l'importance de la natalité, fécondité, effet du célibat ou des naissances illégitimes, etc., sur la puissance même de l'État. De fait, entre l'État et l'individu, le sexe est devenu un enjeu public. V. Michel Foucault, *Histoire de la sexualité...*, *op. cit.*, p. 33-37 et 63-64.

¹²⁸³ V. Nader Hakim, Fabrice Melleray, *Le renouveau de la doctrine française...*, *op. cit.*, p. 3 ; Denis Alland, Stéphane Rials, *Dictionnaire...*, *op. cit.*, p. 1427 ; Dmitri Georges Lavroff, *Histoire des idées politiques...*, *op. cit.*, p. 63 ; Daniel Béland, « État-providence, libéralisme et lien social... », *op. cit.*, p. 145-160.

porteuse d'espoir pour les plus démunis, à la condition que ces derniers se montrent responsables et surtout, volontaires¹²⁸⁴.

En somme, si depuis les premières générations d'interprètes, il est admis dès le départ que la liberté individuelle comporte des limites à ne pas dépasser, les solidaristes arrivent à théoriser un compromis entre individualisme et collectivisme. Sur le plan de l'individualiste juridique, le solidarisme défend l'idée d'une responsabilité qui lie les individus d'un même corps social, tout en admettant qu'il n'y ait pas de limite à cette liberté, même si celle-ci exige une certaine contrepartie ; ce qui revient, en pratique, au même. Le néologisme *solidarisme* se présente comme une politique conciliatrice entre la liberté et l'égalité grâce au respect de la dette de solidarité qui incombe à tous les êtres d'une même société¹²⁸⁵. Léon Bourgeois, reprenant les propos d'Auguste Comte, écrit « nous naissons chargés d'obligations de toute sorte envers la société », ce à quoi il ajoute ensuite, « ce que Renan dit des hommes de génie : “Chacun d'eux est un capital accumulé de plusieurs générations”, est [alors] vrai non pas seulement des hommes de génie, mais de tous les hommes »¹²⁸⁶. Dans ce cadre, à la fois d'égalité et de libertés individuelles, le solidarisme impose une dette sociale entre tous les membres d'une même société, par le biais d'un « contrat d'association »¹²⁸⁷. L'obligation qui pèse sur l'individu n'est plus seulement morale, mais aussi juridique et résulte d'un principe d'égalité qui pèse sur tous. Voilà pourquoi selon Léon Bourgeois, la solidarité trouve en elle-même ses propres lois¹²⁸⁸.

¹²⁸⁴ Claire Guy, « bourgeois Léon - (1851-1925) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 26 février 2018 ; Francois Ewald, *Histoire de l'État providence...*, *op. cit.*, p. 36.

¹²⁸⁵ Dmitri Georges Lavroff, *Histoire des idées politiques depuis le xixe siècle*, Paris, Dalloz, Mémentos, 9^{ème} édition, juillet 2007, p. 63 ; Olivier Amiel, « Le solidarisme... », *op. cit.*, p. 149-160.

¹²⁸⁶ Léon Bourgeois, *Solidarité*, *op. cit.*, p. 117.

¹²⁸⁷ Au préalable, le contrat d'association qui lie les membres d'une même société est avant tout moral avant d'être social. Cependant, « dans les rapports réciproques nés du contrat d'association, c'est le Droit qui commande, un droit qui [...] prend sa source dans la morale ». Puisque l'individu ne peut vivre sans la société, explique Léon Bourgeois, il est débiteur d'elle, d'où la dette qui pèse sur lui, malgré la relative liberté à laquelle il a droit. Cette dette se manifeste alors dans la législation sociale, comme celle du droit du travail. V. Louis Moreau de Bellaing, *Le solidarisme...*, *op. cit.*, p. 86-94

¹²⁸⁸ Léon Bourgeois, *Solidarité*, *op. cit.*, p. 153-154.

Section seconde. Léon Duguit : un représentant idéal-type de la doctrine solidariste

Léon Duguit (1859-1928), est « presque le seul à fournir “une doctrine ferme et cohérente, sur les données de la vie sociale et juridique, susceptible d’une véritable élaboration scientifique” ». Il fait du concept de solidarité un principe « supérieur » à la base de l’édifice social¹²⁸⁹. Professeur à Bordeaux¹²⁹⁰, influencé par Comte et Durkheim – côtoyant ce dernier, qui l’influence déjà avant d’avoir une véritable incidence dans le monde des sciences sociales – il incarne l’objectivisme juridique, dénonçant le caractère métaphysique des catégories juridiques traditionnelles. Son but est de remettre le droit sur des bases « réalistes », plaçant le fondement et la limite du pouvoir dans « l’état de conscience du groupe », qui devient la source du droit. Il est à l’origine de l’école dite « du service public », développant sa pensée du droit administratif autour de la notion du service public, qui fait de l’État, l’organe devant veiller à leur « fonctionnement régulier ». L’œuvre de Duguit tend aussi à éliminer les dogmes traditionnels de la souveraineté, de la personnalité de l’État et de la suprématie irrésistible de ses lois écrites. À ce titre, il participe au mouvement contestataire du légicentrisme¹²⁹¹.

*Robinson dans son île, n’a pas de droits ; il ne peut donc avoir de droits que quand il vit en société et parce qu’il vit en société*¹²⁹².

Duguit part du présupposé que l’être humain n’est pas « naturellement » libre. Sans société, la liberté individuelle n’existe pas étant donné qu’il n’y a personne à qui l’opposer. Voilà pourquoi le premier acte de la conscience humaine est la formation du collectif. Considérant qu’une volonté individuelle déterminée par un but collectif reste une volonté individuelle, il en conclut que la conscience collective n’est pas *uniquement* le synonyme d’une affirmation de la

¹²⁸⁹ Nader Hakim, « Duguit et les privatistes », *Autour de Léon Duguit*, Colloque commémoratif du 150ème anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit. Bordeaux, 29-30 mai 2009, sous la direction de Fabrice Melleray, Bruylant, 2011, p. 90.

¹²⁹⁰ Sur l’aspiration bordelaise de Duguit, V. Jean-Michel Blanquer, Marc Milet, *L’invention de l’État – Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*, Paris, Odile Jacob, 2015, p. 56 et s.

¹²⁹¹ Frédéric Audren, « Les professeurs de droit... », *op. cit.*, p. 29 ; Florent Garnier, *Introduction historique...*, *op. cit.*, p. 6-7. V. aussi, sur Duguit et Durkheim, Jean-Michel Blanquer, Marc Milet, *L’invention de l’État...*, *op. cit.*, p. 61 et, à propos du service public, comme « pierre angulaire », *ibid.*, p. 225 et s.

¹²⁹² Léon Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1912, p. 18.

conscience individuelle¹²⁹³. Duguit appelle cela la « discipline » ou « solidarité sociale ». Faire peser des devoirs sur les individus ne porte pas préjudice à leur individualité et d'être des acteurs différents ; d'où l'interdépendance qu'il préconise, qui ne peut être que bénéfique entre individus aux capacités et personnalités distinctes¹²⁹⁴. Il ne paraît guère surprenant que Durkheim, qui utilise de façon similaire bien que non synonyme les notions « d'égoïsme » et « d'individualisme », soit le théoricien du concept de division du travail¹²⁹⁵. L'interdépendance prônée par Duguit paraît ainsi être une transcription de cette division, offrant à la pensée juridique une garantie de l'existence du principe de liberté. La solidarité, source du droit, devient ainsi une des composantes nécessaires à la sauvegarde de la liberté individuelle. L'être humain doit se soumettre au principe de la solidarité sociale, parce qu'il ne *peut vivre sans*¹²⁹⁶.

La doctrine de la lutte des classes est une doctrine abominable [...]. Si la classe bourgeoise n'a point le droit de posséder à titre exclusif les instruments de production, la classe ouvrière, la collectivité ne l'ont point davantage, [...] ni les classes, ni la société, ni les individus eux-mêmes n'ont comme tels aucun droit. Je dis : ni les individus. [...] Voilà pourquoi, brouillé avec les socialistes, je crains maintenant de me brouiller avec les juristes orthodoxes [...], nourris de romanisme, enclins à voir dans le Digeste, dans Pothier et dans le Code Napoléon le dernier mot de la sagesse humaine [...]. Je me propose de soutenir que si la société n'a pas de droits, que si les diverses classes sociales n'en ont pas, l'individu n'en a pas davantage. J'estime que la notion de droit subjectif, c'est-à-dire la notion d'un pouvoir appartenant à une personne d'imposer à une autre sa propre personnalité, est une notion d'ordre métaphysique, qui ne doit

¹²⁹³ Pour le juriste bordelais, « l'individu pense et agit », quand bien même ses actes individuels aient une « essence collective », Léon Duguit, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Albert Fontemoing Editeur, 1901, p. 7-8.

¹²⁹⁴ « la volonté individuelle déterminée par un but collectif reste individuelle. [...] Le droit ne protège pas plus la volonté collective qu'il ne protège en réalité la volonté individuelle ; mais il protège et garantit le but collectif que poursuit une volonté individuelle », Léon Duguit, *Les transformations...*, *op. cit.*, p. 74.

¹²⁹⁵ En effet, le « mouvement solidariste emprunte une partie de son substrat à l'œuvre d'Emile Durkheim et à sa thèse de doctorat de 1893 sur la division du travail. Il n'y précise, notamment que la solidarité par la division du travail se développe dans les sociétés modernes à l'inverse de la « solidarité par similitudes » qui elle, tend à régresser en contrepartie. Cette solidarité provient de « la décomposition du travail en une série de mouvements aussi simplifiés qu'il est possible de le faire ». Cette division sociale du travail rappelle alors largement ce que Duguit nomme quant à lui, « interdépendance sociale ». V. Fabrice Melleray, « Léon Duguit et Georges Scelle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 21, 2000, p. 64 ; V. aussi Stéphane Pinon, « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, volume 67, no. 2, 2011, p. 75 et Nader Hakim, Fabrice Melleray, *Le renouveau de la doctrine française... op. cit.*, p. 216-217.

¹²⁹⁶ Léon Duguit, *Le pragmatisme juridique...*, *op. cit.*, p. 141 ; Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1911, Tome 1, p. 14.

*pas avoir sa place dans l'organisation positive des sociétés modernes. [...] Aujourd'hui son règne est fini*¹²⁹⁷.

Le doyen bordelais, à l'instar des autres théoriciens du solidarisme, est aussi critique à l'égard de la théorie individualiste que collectiviste. Prenant plutôt le parti d'une société « nouvelle »¹²⁹⁸, mais d'inspiration admet-il « socialiste »¹²⁹⁹, il se vise à concilier les deux concepts ; conciliation qui passe par une tendance holistique – avant l'heure¹³⁰⁰ – du phénomène social¹³⁰¹. En effet, l'individu est « soumis » à une règle de conduite qui s'impose à lui, car il fait partie « d'un groupe social et même de l'humanité tout entière »¹³⁰² : « l'homme est un animal social, il y a longtemps qu'on l'a dit ; l'individu dès lors est d'autant plus homme qu'il est plus socialisé, je veux dire qu'il fait partie de plus de groupes sociaux »¹³⁰³. Duguit adopte une vision sur la nature humaine matérialiste, sensiblement proche de celle de l'idéologie du Code, l'individu est le rouage d'une vaste machine sociale¹³⁰⁴. Il considère cependant que ni la société, ni l'individu

¹²⁹⁷ Léon Duguit, *le droit social, le droit individuel...*, *op. cit.*, p. 3-4.

¹²⁹⁸ « En un mot je pense qu'est en train de s'élaborer une société nouvelle, de laquelle seront exclues à la fois la notion d'un droit appartenant à la collectivité de commander à l'individu et la notion d'un droit appartenant à l'individu d'imposer sa personnalité à la collectivité et aux autres individus » ; V. aussi *Ibid.*, p. 47 : « Tous les membres de la société doivent être vraiment associés à la puissance politique [...] et nous marchons [...] vers une forme organique du suffrage universel, assurant la prépondérance à une véritable majorité, formée par la participation consciente et réglée de toutes les partis. La domination de classe doit finir ; nous repoussons celle de la classe prolétarienne comme celle de la classe bourgeoise », Léon Duguit, *le droit social, le droit individuel...*, *op. cit.*, p. 5.

¹²⁹⁹ « Aujourd'hui s'élabore un système juridique fondé sur une conception essentiellement socialiste. Il est bien entendu que j'emploie ce mot parce que je n'en ai pas d'autre, qu'il m'implique dans ma pensée aucune adhésion à un parti socialiste quelconque, qu'il marque seulement l'opposition entre un système juridique fondé sur l'idée du droit subjectif de l'individu et celui fondé sur l'idée d'une règle sociale s'imposant à l'individu », Léon Duguit, *Les transformations...*, *op. cit.*, p. 8-9.

¹³⁰⁰ Le mot « holisme » a d'abord été employé en philosophie des sciences pour désigner des doctrines qui font de l'organisme une totalité non analysable, à partir des années 1920. V. sur les origines du terme holisme : Bernard Valade, « 3 – De l'explication dans les sciences sociales : holisme et individualisme », Jean-Michel Berthelot éd., *Épistémologie des sciences sociales*, Paris, PUF, « Quadrige », 2012, p. 358.

¹³⁰¹ « L'opposition holisme/individualisme fait partie d'un ensemble de couples antithétiques qui n'intéressent pas seulement les sciences sociales. Toutes les disciplines sont concernées par la tension entre objectivité et subjectivité », *ibid.*, p. 357 ; Raymond Boudon, « Chapitre 2. Individualisme et holisme dans les sciences sociales », *Sur l'individualisme. Théories et méthodes*. Paris, Presses de Sciences Po, « Références », 1991, p. 45.

¹³⁰² Léon Duguit, *le droit social, le droit individuel...*, *op. cit.*, p. 6.

¹³⁰³ *Ibid.*, p. 122.

¹³⁰⁴ « Or, aujourd'hui nous avons la conscience très nette que l'individu n'est qu'un rouage de la vaste machine qu'est le corps social, que chacun de nous n'a de raison d'être dans le monde que par la besogne qu'il accomplit dans l'œuvre sociale. Ainsi le système individualiste est en contradiction flagrante avec cet état de la conscience moderne », Léon Duguit, *Les transformations...*, *op. cit.*, p. 157.

n'ont de droits à opposer l'un contre l'autre. À la place, « tous les individus sont obligés, parce qu'ils sont des êtres sociaux » et donc sont soumis à ce qu'il appelle « la règle sociale »¹³⁰⁵ ; là est la nuance de la « tendance » holistique du solidarisme de Duguit. Ce faisant, tout en conservant une partie de la philosophie du Code, il en change la *raison d'être* : c'est la justification qui le distingue des exégètes et non son rapport au droit de propriété, ni la fonction disciplinaire et coercitive du droit¹³⁰⁶. L'origine des « sociétés modernes », loin d'être en réalité individualiste, se trouve dans le concept de « fonction sociale »¹³⁰⁷ explique-t-il, concept qu'il a repris à Auguste Comte¹³⁰⁸.

*En préférant à l'idée de « liberté-droit » celle de « liberté-devoir », de liberté fonction sociale, en insistant sur la solidarité, Duguit a par ailleurs donné une substance théorique à la notion de citoyenneté [...]. Il réclamait une implication de chacun dans la vie collective, dans les associations et autres groupes professionnels*¹³⁰⁹.

¹³⁰⁵ Léon Duguit, *le droit social, le droit individuel...*, *op. cit.*, p. 6.

¹³⁰⁶ « Dans les sociétés modernes, où la conscience nette et profonde de l'interdépendance sociale est devenue dominante, de même que la liberté est le devoir pour l'individu d'employer son activité physique, intellectuelle et morale au développement de cette interdépendance, de même la propriété est pour tout détenteur d'une richesse le devoir l'obligation d'ordre objectif, d'employer la richesse qu'il détient à maintenir et accroître l'interdépendance sociale. Tout individu a l'obligation d'accomplir dans la société une certaine fonction en raison directe de la place qu'il occupe. Or, le détenteur de la richesse [...], peut accomplir une certaine besogne que lui seul peut accomplir. Seul il peut augmenter la richesse générale en faisant valoir le capital qu'il détient. Il est donc obligé socialement d'accomplir cette besogne et il ne sera protégé socialement que s'il l'accomplit et dans la mesure où il l'accomplit », Léon Duguit, *Les transformations...*, *op. cit.*, p. 158-159.

¹³⁰⁷ « Mais en même temps s'élabore sur d'autres bases un nouveau système dans toutes les sociétés [...] parvenues au même degré de culture et de civilisation [...] ; un système juridique qui, lentement, sous la pression des faits, vient remplacer l'ancien système ; et cela en dehors de l'intervention du législateur, malgré son silence [voire] parfois son intervention en sens contraire. Il repose sur une conception exclusivement réaliste [...] : c'est la notion de fonction sociale. L'homme n'a pas de droits ; la collectivité n'en a pas davantage [...] Mais tout individu a dans la société une certaine fonction à remplir, une certaine besogne à exécuter. Et cela est précisément le fondement de la règle de droit qui s'impose à tous, grands et petits, gouvernants et gouvernés. Cela est aussi proprement une conception d'ordre réaliste et socialiste, qui transforme profondément toutes les conceptions juridiques antérieures », *ibid.*, p. 19-20.

¹³⁰⁸ « Cette idée, c'est encore Auguste Comte qui l'a mise, le premier au XIXe siècle, particulièrement en relief. Il écrivait en effet en 1850 dans le *Système de politique positive* : « Dans tout état normal de l'humanité, chaque citoyen quelconque constitue réellement un fonctionnaire public, dont les attributions plus ou moins définies déterminent à la fois les obligations et les prétentions. Ce principe universel doit certainement s'étendre jusqu'à la propriété, où le positivisme voit surtout une indispensable fonction sociale, destinée à former et à administrer les capitaux dans lesquels chaque génération prépare les travaux de la suivante. Sagement conçue, cette appréciation normale anoblit sa possession, sans restreindre sa juste liberté et la faisant mieux respecter », Léon Duguit, *Les transformations...*, *op. cit.*, p. 159-160.

¹³⁰⁹ Stéphane Pinon, « Le positivisme sociologique... », *op. cit.*, p. 83.

Dans un contexte d'intenses réflexions sur l'État républicain, Duguit se penche sur la forme qu'il doit prendre¹³¹⁰. Hostile à la vision allemande de sa toute-puissance et, plus généralement, à sa notion de « puissance publique »¹³¹¹, il attribue néanmoins au droit de propriété, pilier de l'idéologie du Code, une « fonction sociale » toute particulière¹³¹². Il pèse sur le « propriétaire capitaliste », selon ses mots, une « fonction sociale déterminée » : « son droit subjectif de propriété, je le nie ; son devoir social, je l'affirme ». Devant cesser d'être un droit subjectif, la propriété doit devenir une fonction sociale, conduisant le propriétaire « ayant le profit de la richesse qu'il détient » à devoir « supporter le risque du dommage occasionné par cette richesse ». Il justifie ainsi l'existence d'une « classe capitaliste » par sa « mission » ; alors qu'il se dit hostile au discours de la lutte des classes, les propriétaires et notables du XIX^e siècle sont, selon lui, voués à disparaître comme ont pu disparaître en 1789 la noblesse et le clergé. Duguit se montre très critique à l'égard de la « propriété-droit subjectif », qui adopte une « conception d'ordre purement métaphysique en contradiction radicale avec le positivisme moderne ». Il est hostile à l'idée de propriété-droit, qui permettait au propriétaire d'user, jouir ou disposer de sa chose et donc, peut aussi lui permettre de ne pas en user, jouir ou disposer ; ce qui peut amener à ce que des terres cultivables soient sans cultures ou encore, qu'il y ait des emplacements urbains sans constructions et donc, sans capitaux mobiliers. Les possibles manquements préjudiciables pour la société et pour l'individu opérés par ce dernier en toute liberté, conduisent Duguit à considérer que le droit de propriété ne doit plus être absolu¹³¹³. L'artifice opéré par la seconde génération d'interprètes

¹³¹⁰ « L'État, dont la raison d'être est d'établir la justice entre les hommes, a donc le droit et, par conséquent, le devoir d'intervenir pour établir l'équilibre. L'égoïsme humain ne pouvant être vaincu que par l'autorité, il imposera [...], la règle de justice et assurera ainsi à chacun sa part légitime dans le travail et dans les produits », Léon Bourgeois, *Solidarité*, *op. cit.*, p. 22-23.

¹³¹¹ Si Duguit considère que la « puissance publique n'existe pas », qu'elle n'est qu'une « forme scolastique vide », il reconnaît que ce concept a répondu autrement à un besoin, « a rendu des services », bien qu'il soit devenu selon lui, désormais, inutile et dangereux : « Pénétrés de la vieille conception régaliennne, nos juristes, il n'y a pas longtemps encore, affirmaient comme un dogme intangible l'irresponsabilité de l'État puissance publique. Dans leur pensée l'État est une personne d'essence supraterrrestre ; il peut se tromper ; il peut commettre des fautes, mais il est irresponsable. La puissance publique ne peut être soumise à la grande loi de la responsabilité ; elle est au-dessus de cette loi qui n'est point faite pour elle ». V. Léon Duguit, *le droit social, le droit individuel...*, *op. cit.*, p. 22 et 85.

¹³¹² « Je ne dis pas que la propriété individuelle disparaisse ; je dis seulement qu'elle cesse d'être un droit individuel pour devenir une fonction sociale », *ibid.*, p. 20-21.

¹³¹³ « La propriété est une institution juridique qui s'est formée pour répondre à un besoin économique, comme d'ailleurs toutes les institutions juridiques et qui évolue nécessairement avec les besoins économiques eux-mêmes. Or, dans nos sociétés modernes le besoin économique auquel était venue répondre la propriété institution juridique se transforme profondément, par conséquent la propriété [...] doit elle-même se transformer. L'évolution se fait encore ici dans le sens socialiste. Elle est encore déterminée par une interdépendance des différents éléments sociaux de plus en plus étroite. Par là même, la propriété se socialise [...] Cela ne signifie pas qu'elle devienne collective au

ne doit plus être possible. En effet, la théorie solidariste s'attaque à la vision originelle du Code du droit de propriété, entendu comme un droit « individuel, exclusif et absolu ». Sans pour autant se montrer favorable à une vision coutumière multiple, démembrée et caractérisée par la superposition de maîtrises concurrences, il s'agit de mettre un terme à l'idéologie « propriétaire » adoptée par l'idéologie du Code et qui a d'ailleurs contribué aux troubles sociaux de la première moitié du siècle¹³¹⁴.

Nous avons là un exemple de l'adaptation de la pensée juridique face aux conflits sociaux élaborés par l'idéologie première du Code ; bien que dans les faits, malgré cette nouvelle définition du droit de propriété, l'esprit du Code conserve son attaché à ce droit. La *juridicisation* du solidarisme impose, notamment au droit de propriété, d'avoir une « nécessité sociale ». D'où le fait que les situations « d'intérêt social », quoique privées, doivent être protégées¹³¹⁵, sauvegardant ainsi ce droit fondamental de l'ordre social contemporain. Si dans une conception individualiste, l'individu ne peut être forcé en matière de travail, d'enseignement, de prévoyance, etc., dans tous les pays « civilisés » précise Duguit, il y a maintenant des « lois qui restreignent dans l'intérêt même de l'individu son activité ; d'autres qui imposent l'obligation de l'enseignement, l'obligation de la prévoyance »¹³¹⁶. Ces lois trouvent leur légitimité dans le fait qu'elles imposent « la force d'un phénomène naturel » qui pour Duguit « nécessairement s'accomplira ». La transformation de la conception de la liberté qu'il prône est alors « naturelle » et se matérialise par son « activité physique, intellectuelle et morale », dans le but de « coopérer le mieux possible à la solidarité sociale ». Le droit ne doit plus protéger le « prétendu droit subjectif du propriétaire, mais doit garantir que le « détenteur de richesses » accomplisse sa fonction

sens des doctrines collectivistes ; mais cela signifie deux choses : d'abord que la propriété individuelle cesse d'être un droit de l'individu pour devenir une fonction sociale et en second lieu que les cas d'affectation de richesse à des collectivités, qui doivent être juridiquement protégés, deviennent de plus en plus nombreux », Léon Duguit, *le droit social, le droit individuel...*, *op. cit.*, p. 148-149.

¹³¹⁴ Caroline Gau-Cabée, *Droits d'usage...*, *op. cit.*, p. 23 et s.

¹³¹⁵ Léon Duguit, *Le pragmatisme juridique...*, *op. cit.*, p. 172.

¹³¹⁶ V. aussi à ce propos : Léon Duguit, *Les transformations...*, *op. cit.*, p. 49-50 : « le législateur a certainement le devoir et le pouvoir d'imposer à tous un minimum d'enseignement. Lorsqu'en France, le parti républicain vota la loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire, le parti catholique prétendit que c'était une atteinte à la liberté du père de famille. [Mais] que chacun acquière le minimum d'enseignement qui lui est indispensable pour être une valeur sociale, pour accomplir une tâche dans l'atelier social. Enfin c'est encore des mêmes idées que s'inspirent les lois de prévoyance obligatoire et particulièrement la loi du 5 avril 1910 qui a établi en France les retraites ouvrières et paysannes obligatoires ».

sociale. Habilement, Duguit arrive ici à défendre la cause sociale, qui trouve ses origines dans les prétendus excès de l'industrialisation, tout en sauvegardant le rôle particulier propriétaire et plus généralement, celle de l'élite sociale qui s'est forgée lentement mais sûrement, durant tout le XIX^e siècle. Elle doit simplement changer, au moins en théorie, son rôle et sa fonction. Puisque certains travaux obligatoires sont par nature dangereux, ils doivent être régis par le législateur afin d'en réduire les risques. Par conséquent, la liberté entendue dans une approche individualiste, subjectiviste ou libérale s'en trouve réduite. Ainsi, la diminution des risques par le législateur ne prétend aucunement empêcher l'individu de faire ce qu'il veut cependant, mais tend surtout à « protéger la valeur sociale qu'est la vie humaine »¹³¹⁷ ; c'est notamment le cas avec la législation sur la durée maximum de la journée de travail¹³¹⁸. Loin de vouloir limiter la liberté individuelle, l'objectif de cette législation est avant tout d'assurer la sécurité des travailleurs dans les usines, mines ou manufactures, dont les conditions avec l'avènement de l'ère industrielle étaient difficiles. Ainsi, l'idée de « liberté-fonction », rend possible toute imposition d'obligations positives à l'individu. Il s'agit d'un sacrifice à consentir, qui a par ailleurs comme conséquence de maintenir l'ordre social¹³¹⁹.

Un autre juriste participe à cette transcription juridique du solidarisme : Henri Capitant (1865-1937)¹³²⁰. Selon Capitant, l'être humain est fait pour vivre en société et ne peut rester isolé. Il a besoin des autres, faisant de la solidarité une obligation¹³²¹. Dans la même veine de la

¹³¹⁷ Léon Duguit, *Les transformations...*, *op. cit.*, p. 36-37, 43, 49-50 et 160.

¹³¹⁸ « Une loi ancienne du 9 septembre 1848 limite la durée du travail quotidien à 12 heures dans les usines et manufactures. Et aux termes de la loi Millerand du 30 mars 1900, la durée du travail ne peut excéder 10 heures dans les établissements qui emploient dans les mêmes locaux des hommes adultes, des mineurs et des femmes. Enfin, une loi spéciale du 29 juin 1905 fixe à 8 heures la durée maximum du travail dans les mines », *ibid.*, p. 46 ; V. aussi à ce propos et sur le travail des enfants : Jean-Louis Halpérin, « Chapitre 4... », *op. cit.*, p. 163.

¹³¹⁹ Léon Duguit, *Les transformations...*, *op. cit.*, p. 48.

¹³²⁰ Henri-Lucien Capitant, né à Grenoble le 15 septembre 1865, achève ses études de droit à la Faculté de Paris, en 1889, avec deux thèses portant sur le droit de famille. Après plusieurs affectations, il devient en 1902, professeur de la chaire de droit civil à Grenoble. Acteur politique aussi, il siège au conseil municipal de la ville à partir de 1896 et, devient en 1904, adjoint au maire. Son intérêt pour le droit comparé le conduit à suppléer Raymond Saleilles dans son cours de législation comparée et d'être désigné, secrétaire général de la Commission française d'études de l'union législative entre les nations alliées et amies. V. David Deroussin, *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, sous la direction de Nader Hakim et de Fabrice Melleray, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2009, p. 15-16 ; Jean-Louis Halpérin, *le Dictionnaire historique...*, *op. cit.*, v^o Capitant.

¹³²¹ « Quand il vient au monde, il a besoin de l'appui et de la protection de ses parents et, plus tard, même quand il est arrivé à l'âge adulte, il ne peut satisfaire ses besoins, se développer physiquement et intellectuellement que par un échange incessant de services avec ses semblables La loi est une règle générale et abstraite, c'est-à-dire qu'elle est faite, non pour une espèce particulière ; mais pour tous les cas où le rapport qu'elle régleme se reproduira [...] En effet,

comparaison avec Robinson Crusoé que fait Duguit, le juriste grenoblois considère que « l'homme isolé n'existe pas », il n'est qu'une « hypothèse », ce qui fait de l'état de nature qu'un concept fictif¹³²². Il définit alors le droit comme étant « l'ensemble des règles obligatoires qui régissent les relations [...] complexes des hommes vivant en société », tout en précisant qu'il ne s'occupe pas non plus de l'ensemble des relations entre individus¹³²³, conservant ainsi un semblant d'individualisme.

Aussi, si Capitant distingue le droit de la morale, il constate, à l'instar des interprétations faites depuis le début du siècle, que le Code frappe parfois de nullité une convention contraire aux bonnes mœurs et qu'ainsi, une grande partie des règles garanties par la loi ont un caractère « morale » malgré elles ; quand bien même les règles juridiques ne sont pas fondées sur la morale, mais sur une raison d'utilité sociale sanctionnable, à savoir : l'intérêt général. Le critère de l'intérêt général permet néanmoins désormais à la loi de ne pas forcément être morale, tandis que la distinction se perçoit de plus en plus¹³²⁴. S'il n'y a pas confusion entre droit et morale, le

elle est toujours accompagnée d'une sanction qui en assure le respect et l'observation. Il n'y a pas de loi sans sanction, puisque la loi est la règle nécessaire, indispensable, qui préside aux rapports de droit », Henri Capitant, *Introduction à l'étude du Droit civil...*, *op. cit.*, p. 23-24.

¹³²² « La vie en société [...] condition naturelle de l'homme [...] suppose une organisation, une réglementation des rapports. Cet ordre est réalisé par le Droit. Le Droit apparaît partout où il y a un groupement d'êtres humains ; il n'y a pas de société possible sans Droit », *ibid.*, p. 24.

¹³²³ « Le Droit ne s'occupe pas de toutes les relations qui s'établissent entre les hommes. Tout d'abord il y a des relations qui doivent être exclusivement réglées par la morale, sans qu'il soit utile de leur attacher une sanction extérieure. Il en est ainsi, par exemple, de l'amitié. De plus il y a d'autres rapports que le Droit ne réglemente pas, parce qu'ils ne méritent pas de l'être. Tels sont les rapports de politesse, les usages du monde, etc. », *ibid.*, p. 25.

¹³²⁴ « [La Morale] comprend l'ensemble des préceptes qui, aux diverses époques de la vie d'un peuple, sont considérés par la très grande majorité des hommes comme des règles de conduite obligatoires, que chacun doit, par conséquent, respecter sous peine d'encourir la réprobation générale. Elle est formée par ce fonds d'idées communes sur le bien et le juste qui se retrouve dans les consciences individuelles et forment, peut-on dire, la conscience d'un peuple, à un moment donné de son évolution. Voici donc le trait commun qui rapproche ces deux régulateurs de la vie sociale : les préceptes qu'ils édictent ont un caractère obligatoire, l'homme est obligé de s'y conformer. Mais le mode de sanction qui s'attache aux uns et aux autres diffère. Les prescriptions de la Morale ne s'adressent qu'à la conscience de l'individu ; celui qui les viole ne s'expose à aucune répression matérielle, il encourt seulement le blâme de ses concitoyens. Au contraire, la violation du Droit est réprimée par l'intervention des pouvoirs publics. Du reste, le Droit prête sa force de contrainte aux préceptes fondamentaux de la Morale et les inscrits dans ses lois. Ainsi les crimes et les délits punis par le Code pénal sont presque tous des actes que la Morale réprouve. De même, le Code civil frappe de nullité toute convention qui serait contraire aux bonnes mœurs. En dehors de là, chacun de ces deux facteurs sociaux garde son domaine propre. Il y a beaucoup de règles de conduite, imposées par la Morale, qu'il n'est pas nécessaire de faire entrer dans le cadre des prescriptions juridiques. D'autre part, une grande partie des règles consacrées par nos lois ont un caractère amoral, en ce sens qu'elles sont fondées non pas sur la Morale, mais sur des raisons d'utilité sociale, d'intérêt général », *ibid.*, p. 26.

droit peut être immoral ou amoral, selon la situation. Finalement, contrairement aux interprétations précédentes, la morale ne sert plus à justifier le droit, offrant à ce dernier une plus grande marge de manœuvre dans ses agissements.

La doctrine se convertit à l'indissolubilité des bonnes mœurs et de la morale au moment même où s'imposait la séparation de l'Église et de l'État : les mots commencèrent alors à être pris pour la chose. Au temps des « lois morales de la République » et de la belle époque des juristes catholiques, les bonnes mœurs durent s'identifier à une morale teintée d'hygiénisme social : la doctrine n'hésita plus à s'abreuver à la morale chrétienne pour dépasser la vision exégétique du droit qui prédominait jusque-là. Elle identifia les bonnes mœurs aux valeurs qu'elles portaient alors : « les bonnes mœurs, c'est la morale » écrivent Colin et Capitant. Le glissement s'observe jusque dans le vocabulaire : la cause « immorale » fut plus volontiers évoquée que la cause « contraire aux bonnes mœurs ». Quelques auteurs résistèrent à ce mouvement. Demogue fut l'un d'eux : selon lui, les bonnes mœurs « ne se déterminent pas d'après un idéal religieux ou philosophique, mais d'après les faits et opinion commune »¹³²⁵.

Le droit selon Capitant poursuit un double but : « protéger le développement de l'activité de chaque individu, dans la mesure où les actes de l'initiative individuelle sont compatibles avec les intérêts du groupe lui-même » et, « assurer la satisfaction des besoins communs à tous les membres composant la société ». L'intérêt de la société prime donc sur les seuls intérêts individuels, sans pour autant que cela fasse de Capitant un collectiviste. Pour atteindre son double objectif, il faut cependant déterminer ce qui appartient à chaque individu – ce qui fait persister l'individualisme juridique – dans le but de s'en servir de contrepoids à tout excès collectiviste¹³²⁶. Les règles du droit positif sont à ce titre, « établies pour les rapports des hommes »¹³²⁷, ce qui permet à l'État d'augmenter sensiblement ses prérogatives, en allant au-delà de ses fonctions régaliennes et de la morale seule. Apparaît à cette période les premières formes

¹³²⁵ Dimitri Houtchieff, « Pour un retour aux bonnes mœurs... », *op. cit.*, p. 762, citant Armand Colin et Henri Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, Paris, 1930, p. 62-63, avant d'ajouter en note de bas de page : « Capitant est plus nuancé lorsqu'il tient seul la plume, il assimile alors les bonnes mœurs à une "morale publique" de la société (*Introduction à l'étude du droit civil, notions générales*, 1928, p. 22) ».

¹³²⁶ Le droit « détermine quels sont les droits qui appartiennent, soit à chaque individu vis-à-vis des autres, droits individuels, droits de famille, droits du patrimoine, soit aux divers groupements de personnes qui forment le corps social. Ce sont les droits subjectifs », Henri Capitant, *Introduction à l'étude du Droit civil...*, *op. cit.*, p. 25.

¹³²⁷ *Ibid.*, p. 24.

d'un État providence ou interventionniste, avec l'exemple symbolique de la Loi du 9 avril 1898 sur l'accident de travail, qui institue un dédommagement pour les ouvriers victimes d'accident du fait des machines¹³²⁸. En d'autres termes, le droit peut imposer des règles, des obligations, même hors du cadre moral ou individuel, dans un but qui le dépasse : l'intérêt général. Il n'y a néanmoins aucune définition claire et définitive de cet intérêt général, qui reste soumis aux besoins constant dont les juristes – principalement les magistrats – se font les témoins.

Au même titre que la doctrine solidariste qui passe du constat de la solidarité sociale aux devoirs et à l'obligation consciente, Pic ne manque jamais d'assortir ses analyses de jugements critiques et de propositions. Pour lui, le juriste, comme tout citoyen, a même le devoir de choisir entre les options politiques en présence. Il écrit ainsi qu'entre les doctrines que sont le libéralisme, l'interventionnisme et le socialisme, « chacun de nous doit choisir, pour en faire, en quelque sorte sa règle de vie »¹³²⁹.

Comme autre personnalité solidariste, mais privatiste cette fois, il nous est possible de citer Paul Pic (1862-1944). Consacrant l'essentiel de son activité à la réalisation de son engagement politique solidariste¹³³⁰, il fait partie avec Louis Josserand (1868-1941) de ces professeurs actifs au sein d'une toute naissante « éducation populaire pour adulte », qui se développe durant ce « moment » 1900. Il s'agit alors d'une « action éducative qui prétend toucher principalement les milieux populaires et qui entend agir sur l'individu [...] hors de l'école », dans le but de transformer la société¹³³¹. À ce titre, elle illustre parfaitement cette volonté de ne plus mettre de côté la question sociale, pourtant longtemps délaissée par les juristes. L'éducation passe en vérité par un combat politique, l'objectif étant d'éduquer la population à l'esprit républicain et démocratique ; dans un contexte où justement la République est au départ fragile. Paul Pic utilise même dans le contenu de certains de ces cours différentes disciplines scientifiques censées

¹³²⁸ Denis Alland, Stéphane Rials, *Dictionnaire...*, *op. cit.*, p. 1427.

¹³²⁹ Paul Pic, cité par Nader Hakim, « La science de la question sociale de Paul Pic ou les malheurs de l'hétérodoxie dans les facultés de droit », *Le renouveau de la doctrine française...*, *op. cit.*, p. 142.

¹³³⁰ *Ibid.*, p. 124 et s. ; V. notamment, p. 127 : « Son adhésion pleine et entière à la République radicale et au solidarisme résume bien ses idées et donne tout son sens à son engagement [...] associant une certaine forme modérée d'anticléricalisme à un réformisme social lié à sa profonde confiance dans le processus parlementaire et démocratique ».

¹³³¹ Carole Christen, Caroline Fayolle, « Écoles du peuple, Écoles des pauvres ? », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, n° 55, 2017, p. 22

aider la science juridique, comme la sociologie¹³³². Paul Pic appartient à cette génération qui, au tournant du siècle, « conscients de l'évolution de la société industrielle et soucieux de renouvellements méthodologiques, remirent en question l'individualisme, le subjectivisme et le moralisme des codes forgés sous le Ier Empire »¹³³³. Cela ne signifie pas pour autant qu'il est opposé à la liberté individuelle ; son objectif est plutôt de faire en sorte que les institutions modernes puissent réellement garantir cet individualisme¹³³⁴. Ainsi, dans son *Traité*, il explique que les réformes sociales doivent viser à atténuer les inégalités, mais dans la mesure où « cette atténuation se concilie avec le maintien de l'ordre social actuel et le respect de la propriété privée » par exemple ; en aucun cas, le message solidariste doit être révolutionnaire donc, mais bien attaché à une certaine approche conservatrice¹³³⁵.

En somme, tandis que la III^e République s'affirme et s'enracine dans le paysage politique, un discours plus social prend le pas sur le discours individualiste des premiers interprètes de la doctrine juridique. Le vocabulaire change, de même que la méthodologie tend à évoluer en prenant compte de nouvelles disciplines. Le paupérisme croissant et ses effets ont à plusieurs reprises faillit mettre un terme à l'ordre social contemporain institutionnalisé par l'Empire et son Code, ce qui a amené les juristes à *devoir* réagir. Au pied du mur, mais toujours soucieux de soutenir l'ordre présent, ils ont donc développé un discours qui tente avant tout la conciliation. En effet, le propriétaire, du fait de son titre, peut être jugé plus responsable et voir une mission sociale pesée sur lui, mais il conserve sa place prédominante dans la société contemporaine. Aussi, si le vocabulaire change et si la doctrine parle de nécessité, d'interdépendance sociale, de solidarité, etc., c'est pour accroître le sentiment d'appartenance à une même société. Le développement des assurances, la volonté de rendre plus sains et moraux les individus, vise à définir l'objectif à venir : rendre les individus – surtout ceux plus potentiellement perturbateurs et à risques – plus dociles, car plus dépendants les uns les autres et bénéficiant d'une amélioration de leurs conditions de vie. Plus que d'un simple achat de la paix sociale, le solidarisme apparaît

¹³³² Jérôme Henning, « Enseigner le droit à l'Université populaire lyonnaise, entre activité doctrinale et engagement politique (1899-1903) », *Les Études Sociales*, n° 173, 2021/1, p. 66 et s.

¹³³³ Denis Bayon, Ludovic Frobert, « Lois ouvrières et réformisme social dans l'œuvre de Paul Pic (1862-1944) », *Le Mouvement Social*, n° 201, 2002/4, p. 53.

¹³³⁴ « Une caisse de prêts financée par un impôt solidarité permet de construire des logements pour les plus pauvres. Bien que reposant sur les plus fortunés, il n'a aucun mal à démontrer que de telles mesures se révèlent in fine conformes à l'intérêt général et sont les conditions d'un juste exercice de la liberté individuelle », *ibid.*, p. 60.

¹³³⁵ Paul Pic, cité par *ibid.*, p. 61.

donc comme soucieux de préserver l'ordre social contemporain et l'individualisme, tout en acceptant certains faits mis en avant par les doctrines plus collectivistes et contestataires.

Chapitre second. La permanence du discours individualiste et conservateur de la doctrine juridique de la fin du XIX^e siècle

Malgré la demande sociale et politique de changements juridiques, dans un contexte républicain difficile avant 1880, l'ensemble des jurisconsultes ne choisissent pas pour autant forcément la voie du solidarisme. Les partisans d'un droit individualiste restent nombreux. L'administrateur du Collège de France de 1873-1883 et prédécesseur d'Ernest Renan (1823-1892), Édouard Lefebvre de Laboulaye (1811-1883), fait par exemple partie de ces juristes républicains qui, avant Herbert Spencer même (1820-1903), s'insurgent contre l'idée qu'on fasse de l'État une « idole à qui on sacrifie les forces vives de la société ». C'est aussi l'idée présente chez Étienne Vacherot (1809-1897) pour qui « le droit social n'a d'autre objet que le respect et le développement du droit individuel ». Quant à Charles Beudant (1829-1895), ce juriste libéral écrit dans son ouvrage *Introduction au Code civil* (1896), que « l'État est fait pour l'individu et non l'individu pour l'État¹³³⁶.

Durant ce « moment 1900 », le catholicisme de certains professeurs reste déterminant sur leur vision du droit ; c'est notamment le cas de Raymond Saleilles (1855-1912) ou encore de Maurice Hauriou (1856-1929). Ces jurisconsultes plus conservateurs dénoncent le « danger socialiste », qu'implique la promotion d'un droit qui tend vers une certaine forme collectiviste, comme le défendent les solidaristes ; quand bien même ces derniers ne chercheraient qu'un entre-deux. Le parlementarisme, le socialisme et l'anticléricalisme croissant de la III^e République, représentent à leurs yeux, la voie de l'excès des passions humaines. Défenseurs d'une conception subjective du droit, ils pointent du doigt cette recherche d'objectivisme qu'ils jugent vaine¹³³⁷. Pourtant, ils ne nient pas les nouvelles problématiques qui se posent en ce dernier quart de siècle à l'encontre du droit privé. Toutefois, au lieu de les accepter et de les incorporer directement au droit en optant pour un discours idéologique réformiste – quand bien même il ne semble surtout n'être que de façade – ils cherchent avant tout à justifier la permanence de l'individualisme du Code et de son ordre social devenu désormais pleinement bourgeois, de même que son caractère coercitif et disciplinaire.

¹³³⁶ Marcel Waline, *L'individualisme...*, *op. cit.*, p. 44-45.

¹³³⁷ Frédéric Audren, Patrice Rolland, « Enseigner le droit dans la République... », *op. cit.*, p. 6.

À ce titre, deux voies semblent se dessiner : soit, en admettant – à l’instar des solidaristes – que les changements reconnus en cette fin de siècle doivent modifier le discours des juristes afin de sauvegarder l’ordre social « bourgeois » du Code (**section première**). Soit il est question de se conforter au discours conservateur, individualiste et jusnaturaliste des premiers interprètes du Code. Il s’agit de la vision adoptée par Maurice Hauriou notamment. Membre représentatif de cette partie de la doctrine, il est aujourd’hui considéré comme un « classique »¹³³⁸ et nous a semblé être un archétype d’autant plus intéressant de cette partie de la doctrine, qu’il se démarque aussi par son opposition aux théories solidaristes de Léon Duguit¹³³⁹ (**section seconde**).

¹³³⁸ Norbert Foulquier, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », *Jus Politicum*, n° 2, mars 2009, p. 1 : « Maurice Hauriou, professeur à la Faculté de droit de Toulouse est aujourd’hui considéré comme un « classique » par les juristes français du XX^e siècle. Sa renommée est telle qu’il est même fréquemment présenté comme un précurseur de la Constitution gaullienne du 4 octobre 1958 ».

¹³³⁹ Sur les échanges et confrontations entre Duguit et Hauriou, V. Jean-Michel Blanquer, Marc Milet, *L’invention de l’État...*, *op. cit.*, p. 103, 173 et 222.

Section première. La permanence d'un discours conservateur et individualiste au sein de la doctrine française de la troisième génération

La réalité sociale est têtue et impose son épaisseur, sa factualité, son objectivité à l'esprit scientifique. D'une formule saisissante Raymond Saleilles résume la philosophie nouvelle : « Le droit est une science des faits, une science du dehors ». Défendant les facultés de droit d'accusations qu'il juge aussi injustes que mal fondées, le redouté professeur Claude Bufnoir tranche, dans le même sens, avec sévérité : « Le droit ne vit pas d'abstraction ; il vit au milieu des faits qui ne se plient pas toujours aux prescriptions légales et qui savent s'y soustraire quand elles prétendent leur faire violence. Aucun juriste ne l'ignore et c'est bien à tort qu'opposant l'esprit juridique à l'esprit politique, on a prétendu que le premier ne se nourrissait que de raisonnements abstraits » [...] Le droit, une science des faits : cette affirmation, lieu commun des professeurs « fin de siècle », est dirigée contre l'approche classique du droit qui conçoit le système juridique comme un cadre complet et cohérent et cherche à déduire les normes applicables de concepts juridiques plus abstraits¹³⁴⁰.

Face aux critiques à l'encontre du discours doctrinal des précédentes générations et, plus généralement, à l'encontre de l'Université, la doctrine tente de réagir. Toutefois, son objectif idéologique ne change pas de ses prédécesseurs ; sauvegarder l'ordre social en place. Non révolutionnaire, une partie de la doctrine a néanmoins accepté certaines conclusions solidaristes, prenant conscience de cette « question sociale », longtemps oubliée – plus ou moins délibérément – par les générations précédentes. Toutefois, foncièrement attachée à des valeurs chrétiennes ou généralement à l'ordre social en place, elle adopte un nouveau discours anthropologique et méthodologique, dans le but d'un autre compromis entre le compromis solidariste et celui de l'ancienne interprétation (I.). Dans un contexte d'opposition entre les intérêts collectifs et individuels, ce second compromis a pour objectif de permettre de justifier la sauvegarde de l'ordre social en place, tout en changeant sa direction apparente : si le droit a pour mission de guider les individualités vers leur propre bonheur, cette fois il va s'agir d'accentuer plus encore les bénéfices accordés par cette soumission volontaire, mais respectueuse de l'individualisme originel de l'idéologie du Code (II).

¹³⁴⁰ Frédéric Audren, « Les professeurs de droit... », *op. cit.*, p. 13.

§1- La recherche d'un compromis entre l'influence chrétienne et le solidarisme

Agrégé en 1884, Raymond Saleilles a développé des liens amicaux avec Esmein, Duguit¹³⁴¹ ou encore Capitant¹³⁴². Ces amitiés ne sont pas sans lien avec sa pensée ; il est possible d'y percevoir des effets. Il présente le droit comme la « discipline sociale [à] la base de l'ordre social », qui incarne le lien entre la science juridique et l'individu¹³⁴³. Toutefois, s'il fait partie, *a priori*, de la classe des privatistes, il reste néanmoins un personnage à l'esprit très éclectique, ayant porté par exemple une grande attention au droit pénitentiaire, administratif ou encore constitutionnel¹³⁴⁴. Son intérêt pour le droit public¹³⁴⁵ avec sa critique du « mythe » légicentriste et sa « relecture de la distribution des "pouvoirs" au sein de l'appareil étatique », le rapproche d'ailleurs des conceptions objectivistes de Duguit¹³⁴⁶.

¹³⁴¹ V. Vanessa Codaccioni, *Justice d'exception. L'État face aux crimes politiques et terroristes*, Paris, Éditions du CNRS, 2015, p. 316 ; Vanessa Codaccioni, « Les juristes, le droit », *Cahiers Jaurès*, n° 222, 2016/4, p. 95-100. Sur les liens entre Saleilles et Duguit, V. Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 132 : « Ce qu'il faut désormais – et les juristes jouent ici un rôle de premier plan –, c'est se tenir au plus près de la réalité sociale, afin de créer de nouvelles catégories juridiques susceptibles de restaurer une harmonie sociale défaite. Dans cet esprit, il s'agit de fonder le lien social moins sur les principes d'autonomie et de responsabilité individuelles que sur l'idée réputée plus factuelle et concrète de solidarité. C'est en ce sens que se prononce Duguit, quand il tente d'asseoir une théorie de l'État sur l'idée de solidarité sociale » [de même que] Saleilles, lorsqu'il invente la théorie du risque professionnel, notion qu'il entend substituer à celle de faute comme fondement de la responsabilité civile ».

¹³⁴² Henri Capitant, à propos de l'ouvrage de Saleilles, *Étude sur la théorie générale de l'obligation* écrit dans la préface de la 3^{ème} édition : « Sous son titre trop modeste, c'est un des plus beaux essais de droit comparé qui aient été publiés ; il demeure un modèle pour les jurisconsultes qui explorent ce nouveau domaine de la science juridique. La méthode de l'auteur, qui concevait le droit comparé comme devant servir à rajeunir et à enrichir le droit national [...]. C'est une œuvre essentiellement scientifique, qui vaut par l'excellence de la méthode, la sûreté de l'érudition, la force et la finesse de la dialectique et par le souci constant d'adapter la règle de droit aux faits. C'est un chef-d'œuvre auquel il a paru préférable de ne pas toucher », *ibid.*, p. VII-VIII.

¹³⁴³ *Ibid.*, p. 70.

¹³⁴⁴ « L'individu a-t-il besoin ou non d'éducation correctionnelle ? [...] On peut presque dire que tout est là. Reste à savoir comment ce problème, les magistrats deviendront capables de le résoudre. Peut-être leur faudra-t-il une éducation psychologique, tout autant que juridique. Mais pourrait-il en être autrement dans une matière qui touche aux réalités de la vie, dans un domaine où il s'agit de manière des hommes et de régler des destinées et non plus de combiner des syllogismes ? Est-ce que les magistrats, par profession, ne font pas tous les jours de la psychologie ? », *ibid.*, p. 210. Denis Salas, « Une relecture de l'individualisation... », *op. cit.*, p. 1.

¹³⁴⁵ « Saleilles un publiciste, ou plutôt un privatiste qui considère le droit privé comme la plus haute expression du droit public », *Ibid.*, p. 20.

¹³⁴⁶ Nicolas Haupaïs, « La "crise" de la pensée révolutionnaire... », *op. cit.*, p. 4.

Hostile aux théories rousseauistes, notamment de ses présumées anthropologiques, il souhaite rénover les méthodes d'interprétations juridiques¹³⁴⁷. L'individualisme abstrait des jusnaturalistes et de Rousseau lui semble désuet, à l'instar de Duguit. Pour aller au-delà, il s'appuie sur les sciences sociales en plein développement à la fin du XIX^e siècle. Son objectif est d'aller « au-delà du code civil, mais par le code civil » et pour ce faire, il souhaite utiliser l'histoire, la sociologie, l'économie et la philosophie afin que « l'interprète de la loi prenne en compte l'ensemble des données de la vie sociale »¹³⁴⁸. Saleilles fait ainsi partie des juristes qui désirent « à partir des années 1880, adapter leurs méthodes aux mutations sociales »¹³⁴⁹. Saleilles, dans son *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, en 1901, écrit vouloir ni faire dans l'exégèse, ni dans la critique d'un nouveau projet de Code, mais simplement à rechercher des « éléments d'observation » qui lui paraissent « indispensables » au travers du droit comparé¹³⁵⁰. La révolution méthodologique qu'il préconise doit néanmoins permettre d'aboutir à fixer les obligations qui pèsent sur l'individu, cachant mal, *in fine*, le dessein conservateur et disciplinaire du droit à l'égard des masses pouvant troubler l'ordre social. Saleilles, tout comme le fait Duguit et plus généralement la doctrine solidariste, cherche donc à concilier « droits de l'homme » et « nécessités sociales », en faveur d'un « libéralisme social ». Si les « nécessités sociales » entendent réunir libertés politiques et individuelles, tout en distinguant l'État de la société civile, cette dernière a une « dynamique propre », comme chez Duguit. Son « libéralisme »¹³⁵¹ est imprégné d'une

¹³⁴⁷ Raymond Saleilles, *Étude sur la théorie générale...*, *op. cit.*, p. 4 et 10.

¹³⁴⁸ Florent Garnier, *Introduction historique...*, *op. cit.*, p. 4 ; cette volonté d'évolution et de progrès est alors une idée courante en cette fin de siècle, notamment avec le développement du scientisme. « Il suffit de penser à Darwin, à l'évolutionnisme de Fouillée et surtout de celui de Bergson », Nicolas Mathey, « Le Code civil... », *op. cit.*, p. 212.

¹³⁴⁹ « La société française se transforme d'une façon certaine entre les deux termes de notre étude, tant d'un point de vue politique et social qu'économique. Ces changements interfèrent assurément avec la science juridique qui ne peut être hors du temps. Par réaction aussi bien que par conviction, les juristes désirent, notamment à partir des années 1880, adapter leurs méthodes aux mutations sociales », Nader Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste...*, *op. cit.*, p. 113.

¹³⁵⁰ Raymond Saleilles, *Étude sur la théorie générale...*, *op. cit.*, p. IX.

¹³⁵¹ « Du point de vue républicain, tel qu'il l'a lui-même déterminé, Saleilles apparaît à tout point de vue comme un républicain douteux. Son libéralisme prend le contrepied d'une bonne partie de la doctrine constitutionnelle républicaine. Son catholicisme le place en situation de méfiance et même de protestation vis-à-vis des mesures de laïcisation et d'expulsion des congrégations. [...] La question très concrète de la liberté des catholiques dans une République laïque, voire anticléricale, a conduit Saleilles à valoriser un modèle de République libérale qui sera dans l'ensemble sanctionné et garanti par le XX^e siècle. [...] Le regard de Saleilles sur la République est celui d'un vaincu qui a accepté la République des républicains. Il a indéniablement été marqué par les atteintes à leurs droits subis par les catholiques et les violences à l'égard des congrégations », Patrice Rolland, « De quelle façon Saleilles est-il républicain ? », *Raymond Saleilles et au-delà*, sous la dir. de Frédéric Audren, Christian Chêne, Nicolas Mathey et Arnaud Vergne, Paris, Dalloz, 2013, p. 12-13. Sur la question des congrégations, V. Romy Sutra, « *La loi à la main* ».

nécessaire solidarité sociale, soucieuse du respect des croyances religieuses autant que de la paupérisation dû à l'industrialisation de la société. Plus réformistes que révolutionnaires¹³⁵², les deux juristes ont aussi comme autre point commun de se considérer « progressistes » tout en affichant clairement une certaine réticence face à ce qu'ils nomment « le danger révolutionnaire ». Leur objectif est alors de sauvegarder l'économie de marché, tout en y introduisant des préoccupations sociales¹³⁵³.

Saleilles se distingue du schéma classique, étant plus enclin à considérer le droit sous un aspect plus collectif, quand bien même il resterait très attaché à l'individualisme juridique¹³⁵⁴. Pour lui, il est « nécessaire si l'on veut introduire un peu d'ordre » de fixer des règles de façon à « discipliner les libertés individuelles », puisque « l'ordre social n'est possible qu'à condition de formuler quelques grandes lignes générales sous lesquelles doivent plier les individualités »¹³⁵⁵. Sa volonté est certes de faire preuve de modernité, mais il reste paradoxalement attaché à une démarche « classique » et démocratique, relevant alors d'une pensée libérale atténuée par des préoccupations sociales¹³⁵⁶. Il se rapproche de René Demogue (1872-1938)¹³⁵⁷, qui défend aussi

Militantisme juridique..., *op. cit.* V. aussi, sur l'appartenance au groupe des catholiques libéraux socialement engagés, Marco Sabbioneti, « À la recherche du pacte laïque : la contribution d'un juriste catholique et républicain », *Raymond Saleilles et au-delà*, sous la dir. de Frédéric Audren, Christian Chêne, Nicolas Mathey et Arnaud Vergne, Paris, Dalloz, 2013, p. 65 et s.

¹³⁵² « Saleilles est [...] un homme de combat ancré dans les luttes de son temps, qui guerroyait contre la République républicaine. De prime abord, « homme de combat » est une expression qui s'accorde mal avec Raymond Saleilles. Toute son œuvre prône au contraire la conciliation, à commencer par celle de la religion catholique et de la société [...], quitte à ce que cette conciliation passe par l'acceptation de la forme républicaine de l'État » [...]. Raymond Saleilles revendiquait en outre pleinement cette ligne de conduite : lui-même se définissait comme faisant partie des "juste milieu". Mais pour élaborer ses positions conciliatrices, il devait souvent tordre des concepts à bien des égards antinomiques, allant le cas échéant jusqu'à les dénaturer », Guillaume Sacriste, « Raymond Saleilles, homme de combat "juste milieu" », *Raymond Saleilles et au-delà*, sous la dir. de Frédéric Audren, Christian Chêne, Nicolas Mathey et Arnaud Vergne, Paris, Dalloz, 2013, p. 25.

¹³⁵³ Nicolas Haupais, « La "crise" de la pensée révolutionnaire... », *op. cit.*, p. 2, 18-21.

¹³⁵⁴ Denis Salas, « Une relecture de l'individualisation de la peine », *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*. Toulouse, ERES, « Criminologie et sciences de l'homme », 2001, p. 206 : « le "moment Saleilles" marque un dépassement des conceptions légalistes et scientistes au profit d'un troisième modèle, celui d'une personne libre et envers qui nous sommes redevables d'une sanction individualisée. Sa conception de la peine comme un équilibre entre l'individuel et le collectif [...] met en garde contre les fausses solutions venant de la loi ou de la science. En mettant au centre de sa pensée la responsabilité de l'individu et la volonté du peuple, à travers le jury, il rappelle à quel point le droit pénal participe autant de notre expérience démocratique que d'un humanisme juridique ».

¹³⁵⁵ Raymond Saleilles, *Étude sur la théorie générale...*, *op. cit.*, p. 70.

¹³⁵⁶ Nicolas Haupais, « La "crise" de la pensée révolutionnaire... », *op. cit.*, p. 1-3.

¹³⁵⁷ « Demogue fait en effet partie de ces juristes qui, à la charnière des années 1900, ont pris au sérieux la question sociale, ce qui l'a conduit à proposer une conception originale de l'interaction du droit au sein de la société, à la fois

une conception individualiste du droit, ce dernier étant pour lui un fait social imposé par la contrainte, dont l'objet est de servir les intérêts de l'humanité, qu'il entend comme la recherche du bonheur des individus¹³⁵⁸ ; démarche foncièrement individualiste et qui se rapproche du discours des générations précédentes. Ce catholique pratiquant – à l'instar de Saleilles – et ami de Capitant, fait aussi siennes les idées rénovatrices de Gény, critiquant les exégètes du Code civil auxquels il reproche « leurs abus de déductions logiques ». Pour Demogue, c'est la quête de la justice qui devient un idéal nécessaire et qui légitime l'activité des juristes, même si elle reste vaine étant inaccessible à l'esprit humain¹³⁵⁹. Le champenois issu d'une famille aisée proche du milieu des notables, considère le droit *idéal* comme une fusion entre le droit naturel et la morale, dont l'objet est de garantir en premier lieu la sécurité¹³⁶⁰. N'étant ni intemporel, ni universel¹³⁶¹, les

réceptacle du social et orienté vers le social, sans que ces affirmations ne soient que des mots creux », David Hiez, « Présentation », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 56, 2006/1, p. 1.

¹³⁵⁸ Nicolas Haupais, « La "crise" de la pensée révolutionnaire... », *op. cit.*, p. 5.

¹³⁵⁹ Il en est de même des nombreuses notions juridiques, qui ne font qu'illustrer la souplesse nécessaire du Droit pour une meilleure applicabilité *in concreto*, comme la sécurité juridique, la solidarité, la liberté, l'égalité, l'intérêt ou même l'ordre public. Toujours en conflits, c'est la recherche d'équilibre, dans cette situation instable, qui conduit Demogue à refuser de dissimuler les « conflits et les contradictions qui sont au cœur du droit ». Il fait preuve d'un « réalisme intégrale plus ou moins abstraite afin de ne pas trahir sa complexité », le rapprochant du réaliste et sceptique américain Oliver Holmes. Tout comme ce dernier, il cherche avant tout à s'inspirer de la jurisprudence afin de montrer le caractère mouvant, instable et souvent novateur du droit, dont la permanence n'est qu'apparente selon lui. Son ami Henri Capitant – auquel il adresse une biographie – le présente comme un « réaliste », parfois même jugé par quelques-uns, comme « trop, car le principe disparaît parfois sous l'abondance de faits ». V. Philippe Jestaz, Christophe Jamin, *La doctrine...*, *op. cit.*, p. 152.

¹³⁶⁰ « Le droit a donc presque toujours pour lui une certaine ancienneté quand on le reconnaît tel. [...] Souvent avec le temps, les oppositions qu'il rencontrait s'émoussent, sans compter les courtisans qui se multiplient [...] Les idées que nous défendons ici se trouvent d'ailleurs pouvoir s'abriter de la haute autorité d'Ihering », René Demogue, *Les notions fondamentales...*, *op. cit.*, p. 8 ; V. aussi : « Le droit doit donner la sécurité, c'est là un point important et c'est pour cela que le droit apparaît comme une discipline conservatrice », *ibid.*, p. 259.

¹³⁶¹ Dans une définition classique, Demogue distingue le droit « supérieur, idéal », entendu comme la « Loi supérieure aux lois », de la morale. La morale n'est qu'un « chapitre » de cette Loi supérieure : « le droit est la partie de la morale qui paraît présenter une importance telle que les forces sociales, organisées ou non, doivent se proposer pour but d'en assurer l'application ». La morale n'a ainsi pas la force exécutoire et contraignante du droit : « on n'a jamais songé à imposer par la force, du moins en thèse générale, d'être bon, aimable, de n'être pas paresseux, de n'être pas menteur, etc. ». La morale devient en partie exécutoire, en raison de son objet : donner à la société, un certain ordre. Par-là, Demogue révèle le caractère conservateur qu'il confère au droit. V. *Ibid.*, p. 13-14. Ainsi, « si le droit idéal n'est qu'une fraction de la morale, il n'y a rien d'étonnant à ce que, dans des domaines si rapprochés qu'ils font plus que se toucher, puisqu'ils se pénètrent partiellement, il y ait des théories communes, notamment celle-ci ; dans la morale comme dans le droit idéal, il y a quelque chose de subordonné aux temps, aux lieux, aux circonstances, quelque chose de changeant », *ibid.*, p. 25 ; Demogue fait ainsi partie des jusnaturalistes de la troisième génération : V. *Ibid.*, p. 49 : « L'humanité cherchera toujours autre chose que ce qu'elle a ; les institutions, un moment accepté, se démoderont, les hommes s'éloigneront des institutions même les meilleures en apparence. L'abus en fera sentir les mauvais côtés, on songera moins aux bons ».

changements importants dans la population conduisent à ce que les règles antérieures ne puissent plus fonctionner. D'autant plus que certains peuples, décrit-il, ont un « besoin de changement souvent irraisonné », ce qui pose un problème : apparaît une opposition entre le besoin de sécurité, « qui donne à toute l'armature sociale et spécialement [...] juridique toute sa force, sa rigidité » et le besoin de changements ou de « souplesse ». Demogue se montre néanmoins plutôt favorable à une interprétation conservatrice, considérant que le Législateur doit veiller à ce qu'il n'ait pas une « saturation du désir de changement », présente selon lui chez tout peuple. Il défend plutôt l'idée qu'il faille sauvegarder une ossature intemporelle au droit. Aussi, Demogue reste indiscutablement marqué par une double influence, à la fois du catholicisme social et du solidarisme, ce qui le conduit, à l'instar de Saleilles, à relier à la science juridique civiliste à de nombreuses autres nombreuses sciences sociales, en premier chef la psychologie¹³⁶².

Le « moment Saleilles » marque un dépassement des conceptions légalistes et scientistes au profit d'un troisième modèle, celui d'une personne libre et envers qui nous sommes redevables d'une sanction individualisée. Sa conception de la peine comme un équilibre entre l'individuel et le collectif [...] met en garde contre les fausses solutions venant de la loi ou de la science. En mettant au centre de sa pensée la responsabilité de l'individu et la volonté du peuple, à travers le jury, il rappelle à quel point le droit pénal participe autant de notre expérience démocratique que d'un humanisme juridique¹³⁶³.

Saleilles n'hésite pas à qualifier l'œuvre de 1804 de « Code de la bourgeoisie », bien qu'il s'agisse selon lui d'un fait inconscient et nullement péjoratif, de la part des rédacteurs ; il semble s'agir là d'une évolution clef, manifestant la lente mais continue évolution sociale qu'a connue la France, sous couvert dudit Code. Toutefois, considérant la Loi comme un moyen du développement du droit, il souhaite que l'œuvre clef de 1804 devienne désormais un « instrument d'évolution et non d'immobilisation », en faveur de plus de « démocratie politique »¹³⁶⁴. Pour cela, il se doit d'aller au-delà de ses premières règles économiques et sociales,

¹³⁶² René Demogue, *Les notions fondamentales...*, *op. cit.*, p. 45, 90 et 109.

¹³⁶³ Denis Salas, « Une relecture de l'individualisation... », *op. cit.*, p. 206.

¹³⁶⁴ « La matière des obligations est dominée, pour la plus grande partie, par le principe de la liberté des conventions : ici donc, il n'y a pas de conceptions juridiques que l'on puisse déclarer définitives ; ici, tout est incessamment en progrès, ou, tout au moins, en voie d'innovations », Raymond Saleilles, *Étude sur la théorie générale...*, *op. cit.*, p. IX ; V. aussi, Jean-Louis Halpérin, *Dictionnaire historique...*, *op. cit.*, v° Saleilles, p. 694-696.

maintenant dépassées¹³⁶⁵. La codification a néanmoins eu des vertus indéniables : elle est gage de sécurité juridique, mais aussi de progrès social¹³⁶⁶. Le droit étant aussi le produit de l'histoire et l'expression de la civilisation et des rapports sociaux, Saleilles considère que son objectif est de favoriser le progrès social¹³⁶⁷ ; progrès social qui se devine soucieux aussi du sort de la bourgeoisie donc.

*Je m'estimerais heureux d'avoir ainsi fourni de nouveaux éléments d'interprétation, pour certaines matières de notre Code civil, que, sinon pour le texte, du moins pour la conception doctrinale, tout le monde s'accorde à vouloir rajeunir*¹³⁶⁸.

Saleilles part du même constat que les solidaristes : les dispositions du Code civil sont devenues inadéquates par rapport aux évolutions sociologiques provoquées par la révolution industrielle ; d'où sa tentative de concilier le libéralisme politique aux préoccupations sociales¹³⁶⁹. À ce titre, l'opposition des solidaristes vis-à-vis du libéralisme est certes réelle, mais doit quand même être nuancée, quand bien même la doctrine solidariste se présente au départ comme un compromis entre le socialisme et l'individualisme libéral¹³⁷⁰. À l'inverse des mouvements contestataires ouvriers protocommunistes, Saleilles reste attaché à une conception individualiste du droit et de l'ordre social¹³⁷¹. Les droits accordés aux individus ne doivent être que l'expression de leurs rapports sociaux considérés individuellement¹³⁷². Il n'en adopte pas pour autant le

¹³⁶⁵ Alpa Guido, « Le Code civil et l'Italie », *op. cit.*, p. 585-586.

¹³⁶⁶ « Le besoin juridique le plus urgent de notre époque est celui de la certitude juridique », Raymond Saleilles, cité par Nicolas Mathey, « Le Code civil et le développement du droit vus par Raymond Saleilles », 1804-2004, *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, sous la direction d'Yves Lequette et Laurent Leveneur, Dalloz, 2004, p. 215.

¹³⁶⁷ Nicolas Haupais, « La "crise" de la pensée révolutionnaire... », *op. cit.*, p. 9.

¹³⁶⁸ Raymond Saleilles, *Étude sur la théorie générale...*, *op. cit.*, p. X.

¹³⁶⁹ « La crise identifiée correspond à l'accroissement des préoccupations sociales au détriment des questions institutionnelles. En ce sens, la crise de la science politique est provoquée par une crise du libéralisme politique au profit du socialisme ; elle est liée, selon Saleilles, à la conviction que la liberté formelle (politique) n'intéresse plus les peuples et que seul l'accroissement des conditions sociales provoque un intérêt public. La crise révélée est donc une crise d'impact social [...] et non une crise "scientifique" proprement dite. Mais, la résolution de la crise passe par une refondation de la science juridique. La pensée publiciste de Saleilles renvoie ainsi à des considérations déjà évoquées à propos du pouvoir d'interprétation du juge : introduire la question sociale dans un système politique libéral », Nicolas Haupais, « La "crise" de la pensée révolutionnaire... », *op. cit.*, p. 16.

¹³⁷⁰ *Ibid.*, p. 3 et 24.

¹³⁷¹ V. « C'est alors que nous en reviendrions à nous demander si nos conceptions individualistes suffisent à la réglementation de ces grands corps organisés que nous présentons aujourd'hui certaines sociétés industrielles », Raymond Saleilles, *Étude sur la théorie générale...*, *op. cit.*, p. 445 et s.

¹³⁷² *Ibid.*, p. 201.

discours anthropologique des libéraux, qu'il considère comme antiscientifique »¹³⁷³ : l'individu n'est pas *par nature*, purement rationnel¹³⁷⁴.

Cette conception individualiste du droit, Saleilles la partage avec Demogue¹³⁷⁵, dont la critique du solidarisme porte principalement sur l'étatisme croissant que favorise l'idéologie solidariste adoptée par les pouvoirs publics¹³⁷⁶. Son relativisme le conduit à nuancer même la nécessité de l'État¹³⁷⁷, tandis qu'il reproche – et là apparaît une grande différence entre les deux hommes – au solidarisme son œuvre de conciliation. À la place, il considère que le monde moral, comme physique, n'est que dissemblances, variations ou « approximations » et que le monde social ne peut alors s'équilibrer qu'en acceptant les aspirations déséquilibrées et constantes de l'esprit humain¹³⁷⁸. N'étant pas favorable à l'idée que tous les individus sont égaux, Demogue

¹³⁷³ « Rien n'est plus antiscientifique, que de détacher ainsi le fait humain de la série de causes qui l'ont provoqué. Faire de la responsabilité uniquement un fait d'appréciation de la liberté, c'est séparer artificiellement l'acte humain de tout ce qui est inhérent à sa production ; c'est envisager d'une façon abstraite comme un fait de volonté pure. C'est vouloir mettre, d'un côté, tous les motifs, toutes les impulsions initiales, tout ce qui a préparé le fait et tout ce qui l'explique », Raymond Saleilles, *L'individualisation...*, *op. cit.*, p. 89.

¹³⁷⁴ « L'homme ne peut rien sur la direction de ses instincts ou de ses facultés morales. Le crime est chez lui le produit fatal, soit de son tempérament pathologique, théorie de Lombroso, soit de son milieu social et des conditions économiques qui dominant son existence, théorie de Ferri », *Ibid.*, p. 108 ; « Si l'individu a surtout conscience de ses besoins instinctifs, les collectivités n'ont guère conscience que de leurs besoins rationnels. L'un sent et les autres raisonnent ; C'est le groupement des besoins individuels qui impose aux collectivités leurs résolutions ; elles sont fatales. [...] C'est que les hommes une fois réunis font masse de leurs instincts, mais ils ne se communiquent que des raisons ; et, par-là se manifeste à la fois la grandeur et le danger de tout fragment d'humanité. C'est l'instinct qui agit, mais c'est l'idée de justice qui le couvre ; c'est l'intérêt qui conduit tout », *ibid.*, p. 30-31.

¹³⁷⁵ Ces applications si variées de la coopération dans les dépenses à subir, les pertes à supporter tendent aujourd'hui à se développer considérablement, bien que le Code civil, très individualiste, y soit resté à peu près étranger », René Demogue, *Les notions fondamentales...*, *op. cit.*, p. 164.

¹³⁷⁶ « L'égalité que l'on veut atteindre par le solidarisme n'est au fond qu'une certaine mise en commun des pertes subies. Cette théorie est le germe de l'étatisme ; car il est certain qu'une dépense susceptible de servir à un grand nombre de personnes sera aisément supportée, si tout le monde doit en payer une faible part au moyen de l'impôt que l'État emploiera à la fin indiquée. L'avantage qui résulte d'une route, d'un chemin de fer, d'une nouvelle institution d'état sera presque gratuit si chacun est obligé de payer seulement quelques centimes d'impôt de plus. Cette idée est aussi à la base de toutes les assurances mutuelles ou même à prime fixe : Une assurance n'est qu'une dissémination des pertes éprouvées par quelques-uns, entre des milliers d'assurés. Il est à peine besoin de dire qu'elle est le fondement de toutes les mutualités », *ibid.*, p. 161.

¹³⁷⁷ « On dira que l'État s'inspire d'une utilité objective. [...] Mais reste à savoir si ce n'est pas une illusion. L'État pendant des siècles a cru qu'il était de son devoir de maintenir l'esclavage, il a cru pendant non moins de temps qu'il était de l'utilité primordiale de maintenir l'unité de religion. On a cru la torture indispensable pour découvrir la vérité. On relève facilement les erreurs du passé. Plus tard ne relèvera-t-on pas les nôtres », *ibid.*, p. 47.

¹³⁷⁸ Demogue n'hésite pas d'ailleurs à ce propos à se manifester un attachement à la libre initiative privée et à « l'égoïsme » naturel de l'individu, faisant ainsi confiance aux intérêts particuliers à réaliser l'intérêt général. V. Jérémie Boulaire et David Hiez, « Le social chez René Demogue », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol.

considère que l'inégalité peut-être même parfois utile. Le monde est ainsi gouvernable *que* par l'intermédiaire de théories suffisamment souples, afin d'être adaptées aux diversités et « imperfections » sociales comme individuelles ; difficile de ne pas y voir malgré tout un certain penchant libéral¹³⁷⁹. Ce que souhaite Demogue, c'est sauvegarder les différences et inégalités en place, qu'il juge naturelles.

Toutefois, si Demogue réfute toute idéologie socialiste ou solidariste, son relativisme ne l'empêche pas de concevoir d'une façon particulière la solidarité¹³⁸⁰ : « au lieu de la faire reposer sur cette théorie de fausse apparence précise du quasi-contrat, [...] on peut dire simplement que tout homme doit presque toujours avoir droit à un minimum d'existence ». Sa conception de la solidarité est néanmoins opposée à une partie de la population, puisqu'il élimine les délinquants et les « paresseux »¹³⁸¹. Il « imagine » des règles différentes de responsabilité, selon la condition sociale de la personne, afin de s'adapter au « degré véritable de développement [de ses] facultés véritables ». L'inégalité des mesures de solidarité est donc censée être adaptée aux subjectivités individuelles. Les intérêts généraux, c'est-à-dire, ceux communs à tous, sont extrêmement rares dans les « sociétés actuelles » précise-t-il. En pratique, cette solidarité variable semble alors paradoxalement profiter à la tranche population la moins problématique socialement : celle qui travaille, mais ne fait pas acte de délinquance.

L'originalité de la conception de solidarité sociale de Demogue se perçoit aussi quand il évoque « l'intérêt général ». Si l'intérêt général « n'est pas seulement celui des générations actuelles, mais aussi celui des générations futures », elle n'est pas ainsi liée uniquement aux êtres vivants mais aussi ceux qui vivront – dans un contexte où la définition de Nation de Renan est sensiblement la même¹³⁸². Il considère par conséquent que « l'intérêt général [...] oblige à tenir

56, 2006/1, p. 27.

¹³⁷⁹ René Demogue, *Les notions fondamentales...*, *op. cit.*, p. 24, 168 et 199-210.

¹³⁸⁰ À ce titre, il ne prononce aucune « profession de foi » envers l'idéologie libérale, se montrant favorable à la réglementation des rapports sociaux. V. Jérémie Boulaire et David Hiez, « Le social... », *op. cit.*, p. 27.

¹³⁸¹ « Sauf les délinquants, les paresseux, tout individu doit être sûr d'obtenir de la société certains avantages », René Demogue, *Les notions fondamentales...*, *op. cit.*, p. 168.

¹³⁸² Ernest Renan, *Qu'est-ce qu'une Nation ?*, discours prononcé le 11 mars 1882 à la Sorbonne, mille et une nuits, 1997, p. 31 : « L'homme, Messieurs, ne s'improvise pas. La nation, comme l'individu, est l'aboutissant d'un long passé d'efforts, de sacrifices et de dévouements. Le culte des ancêtres est de tous le plus légitime ; les ancêtres nous ont faits ce que nous sommes. Un passé héroïque, des grands hommes, de la gloire (j'entends de la véritable), voilà le capital social sur lequel on assied une idée nationale. Avoir des gloires communes dans le passé, une volonté commune dans

compte de la solidarité avec l'avenir »¹³⁸³.

Quant à Saleilles il se distingue des solidaristes en raison de son attachement à un individualisme assez singulier. Il s'intéresse à l'individu par l'intermédiaire du droit pénal et du criminel par exemple¹³⁸⁴. Le droit pénal peut être ici entendu comme pour Bentham, un autre aspect du droit civil¹³⁸⁵ ; l'un cherche à définir l'individu idéal, l'autre condamne les comportements jugés éloignés. L'idée de la responsabilité de l'individu de ses actes¹³⁸⁶ le conduit à considérer que l'individu est moins coupable si sa « force de résistance » est corrompue ou pervertie. Sa liberté s'atténue au fur et à mesure qu'il commet ses crimes. Paradoxalement, plus le criminel sévit, moins il est responsable car moins libre, étant plus attaché à des éléments externes comme l'habitude ou la nécessité¹³⁸⁷. Par conséquent, quand les barrières de l'hésitation s'estompent, l'être humain est moins responsable¹³⁸⁸. Ainsi, si l'individu est déterminé partiellement par des causes qui le dépassent, il n'est véritablement libre que lorsqu'il est doté

le présent ; avoir fait de grandes choses ensemble, vouloir en faire encore, voilà les conditions essentielles pour être un peuple ».

¹³⁸³ René Demogue, *Les notions fondamentales...*, *op. cit.*, p. 129 et 170-171.

¹³⁸⁴ Il a 43 ans quand il publie, *L'individualisation de la peine*, en 1855, étudiant ainsi la criminalité dans une « perspective résolument interdisciplinaire ». Cet ouvrage, « contient des passages de pure philosophie notamment sur le libre arbitre, emprunte le langage sociologique ». Or, 1898, est un « moment historique », qui se place à une époque, où le « paysage intellectuel est dominé par la naissance des sciences sociales », Denis Salas, « Une relecture de l'individualisation... », *op. cit.*, p. 197.

¹³⁸⁵ Tout comme chez Bentham déjà, il est difficile de dissocier droit civil et pénal, les deux étant les deux faces d'une même pièce : « c'est ce que Dumont explique dans sa préface : « au fond, le code civil n'est que le code pénal sous un autre aspect », Anne Brunon-Ernst, « Délimiter... », *op. cit.*, p. 180.

¹³⁸⁶ « Il ne venait à l'idée de personne que cet effacement de la personnalité humaine dût aboutir à l'exclusion de l'idée de responsabilité. Personne ne doutait que l'homme fut responsable », Raymond Saleilles, *L'individualisation...*, *op. cit.*, p. 37.

¹³⁸⁷ « Le but final est d'éviter la saisie et la ruine. Pour cela on a voulu voler ; il faudrait expliquer par suite de quel instinct on a pu se résoudre au vol. Puis, en outre, pour voler, il a fallu tuer. [...] et cet instinct, [...] expliquerait le meurtre. [...] Or, cette complexité d'instincts, il est bien certain que le but final, est d'éviter une saisie en trouvant de quoi payer ses dettes. Pour qu'il en fut autrement, il faudrait arriver à un motif qui fut révélateur d'un instinct ne laissant pas de prise au doute. Par exemple, au cas de vol, chez le voleur de profession ; ici le but est de voler pour voler, c'est un métier. Le but est de gagner sa vie au détriment des autres. Il est parfaitement évident que le prétendu motif n'a de valeur que comme symptôme et comme révélation du défaut de probité et de l'instinct anti-social de l'agent. Or, ce qui importe au point de vue pénal, c'est cet instinct, c'est cet état de criminalité latente. [...] Le but poursuivi n'est à prendre en considération que comme manifestation d'un état d'âme criminel », *ibid.*, p. 219-220.

¹³⁸⁸ « Si la liberté est la force de résistance, il en résulterait que plus on est perverti, plus on est corrompu, moins on est libre et moins on serait coupable. Si on apprécie le degré de liberté par la force de résistance au mal, c'est presque toujours lors du premier crime, pour le condamné primaire, que cette force se laisse percevoir, que les hésitations et que la lutte peuvent en quelque sorte se constater et se démontrer », Raymond Saleilles, *L'individualisation...*, *op. cit.*, p. 81.

d'une « pleine maîtrise de lui-même »¹³⁸⁹. La liberté est une « force de résistance » que possède l'individu et qui bénéficie donc avant tout aux non criminels endurcis. La liberté, qui demeure la marque volontariste de l'individu, est donc d'abord une qualité bourgeoise¹³⁹⁰. Quand Saleilles évoque la misère par exemple¹³⁹¹, statut qui contraint l'individu à des « obligations sociales » considérées comme désobligeantes, il écrit que l'origine de ces « déchets de l'humanité [...] et de notre civilisation » est due à un facteur supérieur à la volonté individuelle, qui s'impose aux individus, aux miséreux, en les forçant à être criminels : le « criminel se présente comme un récipient de criminalité », celle-ci étant une « laideur morale, une antinomie et une rupture d'équilibre » qui fait souffrir moralement la société entière, comme l'individu lui-même¹³⁹².

*Pour comprendre et apprécier [un] crime, il faut donc en reconstruire l'ensemble et le replacer dans son milieu psychologique. Il faut envisager l'acte de volonté dans sa totalité et voir quelle place le crime s'y est faite, quelle place il y occupe. Le but est la dominante de l'acte. [...] Cependant, l'indication du but ne suffit pas, à elle seule à révéler la nature de l'agent*¹³⁹³.

Saleilles admet que les tempéraments individuels, l'hérédité, le milieu social peuvent influencer l'individu et le pousser à devenir criminel ; mais il demeure hostile sur le plan juridique à analyser ces éléments, comme le fait l'école sociologique, comme étant les seules causes du comportement humain¹³⁹⁴, ce qui pourrait conduire à une conclusion déterministe. La

¹³⁸⁹ « Cette autonomie de l'individualité humaine, c'est ce que l'on doit entendre par idée de liberté : la liberté est la loi de ce qui échappe au domaine de la nature physique, comme la causalité est la loi de ce qui rentre dans le monde des phénomènes naturels. Elle est donc la personnalité elle-même dans la mesure où elle est capable de se dégager de l'organisme qui lui sert d'instrument pour vivre sa propre vie et agir sur ses propres impulsions, sur le fond de sa nature, sur les forces latentes qui sont en elle la réserve du bien et qui s'opposent au mal. La liberté n'est plus forcément un acte. C'est un état, l'état de l'homme en pleine maîtrise de lui-même ; un état qui accepte et qui explique tout le déterminisme intérieur, pourvu que ce déterminisme psychologique se rattache, au bout de la chaîne, à une cause vitale qui soit en nous [...] et qui soit nous », Raymond Saleilles, *L'individualisation...*, *op. cit.*, p. 162.

¹³⁹⁰ V. « La liberté, si elle existe, n'est donc plus que la force de résistance finale qui est en nous, le fond de réaction qui est capable de s'opposer aux influences extérieures ; et cette force de résistance, tout en étant provoquée, suscitée, par ce qui est du dehors peut n'être pas forcément conditionnée et déterminée, comme l'est par exemple l'ébranlement final de la volonté par l'impulsion qui est devenue prépondérante », *ibid.*, p. 164-165.

¹³⁹¹ La misère morale, comme matérielle, sont » souvent associées [et] souvent issues l'une de l'autre », *ibid.*, p. 281.

¹³⁹² *Ibid.*, p. 148.

¹³⁹³ *Ibid.*, p. 219.

¹³⁹⁴ V. Raymond Saleilles, *Étude sur la théorie générale...*, *op. cit.*, p. 225-226 : « la pression du besoin ne suffit pas à créer le voleur ; il faut que cette pression soit de nature, à substituer, au moins momentanément, un sentiment d'improbabilité au sentiment d'honnêteté, qui, jusque-là pour l'agent faisait le fond de sa nature [...] Le but final [...], détermine

recherche du but et du résultat juridique permet de « classer les criminels », sans pour autant devoir « établir des classifications idéales sur le papier » mais concrètement fausses¹³⁹⁵. Les règles de droit sont liées aux faits juridiques et certains, ont pour objet « la personnalité humaine dans ses éléments essentiels : la vie, la santé, la liberté, l'honneur ». Si ces règles assurent l'ordre social, elles reposent « forcément sur cette présomption que toute règle faite pour une série de cas similaires s'adapte absolument à chacun de ces cas pris en particulier »¹³⁹⁶. Saleilles propose « une individualisation de la peine faite d'après le tempérament de l'agent et ses chances de retour au bien ». Si la responsabilité est au fondement de la peine, l'individualisation de celle-ci est devenue le « critérium de son application : telle est la formule du droit pénal moderne »¹³⁹⁷.

En somme, pour cette partie conservatrice de la doctrine, le souci est de mêler leurs croyances chrétiennes – dans un contexte plutôt défavorable – et leur approche individualiste du droit, tout en acceptant certains des présupposés solidaristes. Il est question d'établir un entre-deux, qui se perçoit même en matière de droit pénal pour Saleilles. Ce dernier défend par ailleurs l'idée d'un parti conservateur, soutenant néanmoins l'initiative privée et la liberté individuelle en général ; mais devant s'opposer au « laissez-faire » d'un libéralisme radical, dans un but de garanti des réformes sociales nécessaires. Cette idée d'un parti libéral conservateur et social est présente dans certaines branches de la grande bourgeoisie libérale catholique du pays¹³⁹⁸. Ainsi, dans une société qui devient désormais pleinement bourgeoise, ces juristes catholiques, mais aussi libéraux, ne cherchent pas à bouleverser l'ordre en place ; ordre social lentement taillé sur mesure pour eux en partie, au fur et à mesure des régimes passés. Il s'agit donc de sauvegarder l'équilibre en place. Pour cela, il s'avère important de changer le discours global sur le droit et notamment sur sa prétendue nouvelle finalité, soucieuse des questionnement sociaux dont l'importance n'a fait que croître.

l'instinct criminel et cet instinct à son tour détermine le crime. Or, le plus souvent, c'est l'inverse. C'est l'instinct pervers qui détermine le but à réaliser et qui l'inspire ; et c'est le but qui devient l'occasion immédiate du crime ».

¹³⁹⁵ « À ce point de vue, les classifications doivent être dressées en vue de l'application d'un résultat juridique. Il s'agira de classer les criminels en vue de l'application des moyens que nous avons à notre disposition. [...] Nous ne pouvons qu'établir des classifications idéales sur le papier », Raymond Saleilles, *L'individualisation...*, *op. cit.*, p. 253.

¹³⁹⁶ « L'ordre social ne vit que de présomptions juridiques, donc de fictions » *ibid.*, p. 70.

¹³⁹⁷ Raymond Saleilles, *L'individualisation...*, *op. cit.*, p. 43, 167 et 365.

¹³⁹⁸ Guillaume Sacriste, « Raymond Saleilles... », *op. cit.*, p. 33 et s.

S2- La finalité du droit : sauvegarder l'ordre social individualiste

*Le criminel endurci, le criminel d'habitude, croyez-vous lorsqu'il va voler et même assassiner, que l'idée du mal moral lui vienne à l'esprit ? La force de résistance implique l'idée de résistance. Or, cette idée [...] s'atténue avec l'habitude, elle se perd avec la corruption croissante. Plus l'homme est perverti et endurci au mal, moins nous apercevons de liberté dans chacun de ses actes pris en particulier ; donc moins il est libre et moins il serait coupable*¹³⁹⁹.

Sailleilles souhaite aller au-delà de la seule responsabilité pour faute¹⁴⁰⁰. Comme solution, il propose, de manière conjointe avec Louis Josserand, la notion de « risque social ». Face à la conception « subjective » de la responsabilité de l'article 1382 du Code, il oppose celle dite « objective », censée tenir compte des progrès du machinisme et du nombre croissant d'accidents¹⁴⁰¹. Ainsi, quand l'individu est hors de sa liberté, lorsqu'il est dans un schéma déterministe, par exemple la criminalité par habitude, l'idée de responsabilité n'a plus à être. Pour condamner, il faut se baser sur le risque social : « on a risqué de devenir un être dangereux pour la collectivité, donc on est responsable de ce qui va suivre »¹⁴⁰². Sailleilles rappelle alors que cette approche est déjà présente pour les délits commis en état d'ivresse¹⁴⁰³ ou encore toutes les malversations commises hors d'un état de conscience libre¹⁴⁰⁴, ce qui permet de rendre

¹³⁹⁹ Raymond Sailleilles, *Étude sur la théorie générale...*, *op. cit.*, p. 82.

¹⁴⁰⁰ « Le droit pénal primitif [...] était un droit pénal exclusif de l'idée de faute. L'idée de responsabilité au sens moderne du mot lui restait étrangère. Cela correspondait à un état de mœurs absolument conforme à celui des peuplades primitives, état de mœurs qui se retrouve chez nous après les invasions germaniques », *ibid.*, p. 33 ; Sur l'origine chrétienne de la responsabilité pour faute, V. *Ibid.*, p. 35.

¹⁴⁰¹ « Une lecture nouvelle de l'article 1384 al. 1 du Code civil a permis de fonder la responsabilité sur la propriété de la chose qui est à l'origine du dommage et non plus sur la présomption de faute. Leur réflexion a trouvé un écho auprès du législateur avec la loi du 9 avril 1898 relative aux accidents du travail. La jurisprudence a consacré cette conception objective avec l'arrêt Jand'heur en 1930 », Florent Garnier, *Introduction historique...*, *op. cit.*, p. 6.

¹⁴⁰² *Ibid.*, p. 84.

¹⁴⁰³ « C'est la thèse admise par l'école classique en ce qui touche les délits commis en état d'ivresse. [...] Le crime ainsi accompli se rattache à la responsabilité de la première faute, celle qui a consisté à trop boire et il devient un délit d'imprudence », Raymond Sailleilles, *Étude sur la théorie générale...*, *op. cit.*, p. 85.

¹⁴⁰⁴ « Celui qui s'est frisé de ses vices et de ses passions, de façon à perdre jusqu'à la conscience et à la liberté de ses actes [...] agit à l'aveugle et [...] n'est responsable que de son ivresse. [...] Il n'y a que le moyen âge qui ait dramatisé cette forme contractuelle de la liberté et de la responsabilité. On se donnait à Dieu ou au diable [...] et lorsqu'on s'était voué à celui-ci on n'avait plus à se plaindre lors de l'échéance finale. Mais à qui fera-t-on croire que la légende de Faust se retrouve au début de la vie de tout criminel ? [...] La grande responsable ici, ce sera la misère ; ce sera peut-être la société elle-même, avec les dures conditions de la vie économique qu'elle fait aux misérables, avec l'éducation tronquée qu'elle leur donne, sans bases religieuses [...] ; ce sera le milieu initial, avec ses promiscuités et

responsable un propriétaire, étant responsable des risques sociaux provoqués par son bien, comme sa machine dans le cadre d'une usine.

De même, si l'être humain n'est pas que *raison*, il est aussi sentiments. Si dans l'idéaltype de la doctrine du XIX^e siècle, l'individu doit être rigoureusement rationnel, c'est parce que ce comportement doit le *sauver* d'un mauvais comportement. Or, pour Saleilles, si les actes issus de la liberté individuelle forment « l'ensemble du caractère et de la nature intérieure » et donc, son tempérament¹⁴⁰⁵, il n'omet pas sa part instinctive. Il y a des faits « spontanés », issus de « notre être intime [...] sans que nous ayons eu conscience notre liberté d'agir autrement ». Dans ce cas-là, la liberté de choix n'existe plus : « n'est-ce pas le cas de tous les passionnés, de toutes ces natures ardentes et chaudes, dont on dit qu'elles ont du cœur, alors que le plus souvent elles n'ont que de la passion ? [...] Il y a des natures toutes de spontanéité, de passion impulsive, ou de conviction latente en toutes choses, pour qui ces incertitudes n'existent pas »¹⁴⁰⁶. Or, c'est la liberté – et la conscience qui en résulte – qui rend l'individu responsable de ses actes, pas le fait qu'il soit uniquement rationnel, à l'inverse des discours précédents. La nature humaine se détermine aux yeux de Saleilles, avec une relative complexité, où s'affrontent sa destinée : une « grâce divine » assurant son libre arbitre¹⁴⁰⁷. Saleilles reconnaît toutefois que ce sont surtout les « éléments rationnels » de la nature humaine qui importent, plus que les « éléments instinctifs » et plus concrets.

La liberté considérée comme une capacité de l'individu a son contre-coup sur la responsabilité des actes qu'il produit, puisqu'ils sont le résultat de son individualité morale et psychologique. Or, socialement parlant, c'est par ses actes que l'individu nuit à la société : la société n'a pas de prise sur ce qu'il est, car elle doit respecter sa liberté ; elle ne conquiert de droit sur lui que

sa dépravation ambiante », Raymond Saleilles, *Étude sur la théorie générale...*, *op. cit.*, p. 85.

¹⁴⁰⁵ V. « La liberté, si elle existe, recule de plusieurs degrés : c'est toujours aux sentiments impulsifs qu'il faut en revenir, à ce qui est en nous à l'état de forces motrices. C'est sur nos sentiments et sur la sensation même des idées, que l'effort s'exerce pour les combattre ou les développer », *ibid.*, p. 159. V. aussi : « Les faits humains sont [...] déterminés par l'ensemble du caractère et de la nature intérieure. On n'entrevoit pas, pour chacun des actes qui se présentent, l'intervention d'une puissance neutre et indifférente qui vienne choisir librement entre deux partis à prendre. L'acte que produira l'homme, c'est celui qui dérive de son caractère, celui qu'engendrera en quelque sorte son tempérament », *ibid.*, p. 36.

¹⁴⁰⁶ *Ibid.*, p. 65.

¹⁴⁰⁷ Raymond Saleilles, *L'individualisation...*, *op. cit.*, p. 363-367.

*par ce qu'il fait*¹⁴⁰⁸.

Le droit se fonde sur ce qui est idéal et fictif : « la vie juridique d'une société, en même temps qu'elle doit correspondre à la réalité sociologique [...] doit constituer l'adaptation de l'individualité idéale, qui en dirige l'impulsion et le progrès, aux exigences des lois naturelles qui en règlent le fonctionnement ». Saleilles renvoie pour cela au concept de justice, plus important considère-t-il aux peuples que leurs besoins primaires et matériels, étant au fondement de toute vie en société¹⁴⁰⁹. À l'instar de Duguit, Saleilles considère aussi que dans l'esprit du Code civil, l'objet du droit – plus encore pénal – est d'éduquer l'individu¹⁴¹⁰, dans le but de le conduire vers cet idéal. Il faut alors réprimer les mauvais comportements humains, entendus comme ceux qui nuisent à la collectivité. Le droit est en mesure de contraindre l'individu et donc, de limiter sa liberté. Il faut lui permettre de retrouver le *bon* chemin. Le criminel repent est « une âme à refaire ». Il s'agit là d'une approche plus optimiste que le discours des premières générations, voyant dans le criminel quelque chose de foncièrement hostile et néfaste pour la société, qu'il fallait éviter ou condamner à tout prix.

Saleilles reste malgré tout rattaché à l'idée de la responsabilité individuelle, qui justifie la peine comme sanction¹⁴¹¹ : « il faut [...] que la peine soit l'affirmation de la responsabilité, parce qu'il n'y a que l'idée de responsabilité qui puisse relever et sauver. [...] En tout cas, un être qui, étant responsable de ses actes, peut se relever par la volonté, qui tient en lui et de lui, son reclassement moral et social, comme il en a tenu sa déchéance »¹⁴¹².

¹⁴⁰⁸ Raymond Saleilles, *Étude sur la théorie générale...*, *op. cit.*, p. 169.

¹⁴⁰⁹ Raymond Saleilles, *L'individualisation...*, *op. cit.*, p. 149-150.

¹⁴¹⁰ « Défions-nous de toute fausse sentimentalité. La peine doit être sévère, au besoin même très sévère [...] Mais ce n'est pas assez. Le plus ou moins de sévérité du régime ne suffit pas à orienter la peine dans le sens de l'éducation correctionnelle et de la réforme morale du condamné », *ibid.*, p. 244.

¹⁴¹¹ « Nous voulons que la peine reste l'affirmation de l'idée de responsabilité. Sans elle, le criminel n'est plus qu'un être méprisable, mis hors la loi, quelque chose d'anormal et parfois même de monstrueux dans la nature. Avec elle, la dignité lui reste, ou du moins il peut la reconquérir ; parce qu'il se sent libre et, ayant été libre pour le mal, il peut [l'être] pour le bien », Raymond Saleilles, *L'individualisation...*, *op. cit.*, p. 249.

¹⁴¹² *Ibid.*, p. 249.

Pour Demogüe, la mission du droit est moins d'*éduquer* que de protéger. Face à ce qu'il juge comme « l'instabilité naturelle du monde », qu'il soit physique, moral ou social, il considère que c'est le « besoin de sécurité » qui gouverne. Il est le « plus grand des *desiderata* de la vie juridique et sociale ». Le fait d'assurer la sécurité aux individus est ainsi le but premier du droit, rappelant là un peu le discours hobbesien. D'autant plus qu'il a conscience que le développement du machinisme a changé les relations entre les groupes sociaux, provoquant un écart grandissant entre patrons et ouvriers ou classe ouvrière et possédants. Les rapports sociaux sont donc par conséquent voués à un conflit social¹⁴¹³. Il justifie ainsi que « beaucoup de juristes ont fait reposer le droit sur l'idée d'ordre, qui est bien la génératrice la plus directe de la sécurité »¹⁴¹⁴ ; même s'il nuance l'idée même « d'ordre ». D'où le fait que le droit peut justifier « l'abolition de l'esclavage comme tous les meurtres légaux », voire « toutes les spoliations légales », indifféremment selon les envies de ceux en mesure de l'invoquer. Ici, Demogüe suit l'analyse de l'auteur du *Léviathan*¹⁴¹⁵, considérant, en suivant Ihering également, que « le droit est la politique de la force, c'est-à-dire d'une organisation puissante, presbytère et instruite par l'expérience »¹⁴¹⁶. De même, adepte des idées de Stuart Mill dont il partage l'individualisme autoritariste¹⁴¹⁷, il ajoute :

¹⁴¹³ Bien qu'il soit dans la nature des choses que la société, « qui n'est pas une anarchie, [mais] encore moins un ordre établi » voit croître ce phénomène conflictuel entre les « forces sociales ». Il évoque alors fréquemment le rapport de force entre les ouvriers et patrons, manifestation à ses yeux des rapports sociaux de son temps : l'intérêt individuel, familial ou des syndicats en concurrence. V. Jérémie Boulaire et David Hiez, « Le social... », *op. cit.*, p. 24 et s.

¹⁴¹⁴ René Demogüe, *Les notions fondamentales...*, *op. cit.*, p. 63.

¹⁴¹⁵ « Et nous n'arrivons pas à des constatations éloignées de celles de Hobbes dans le *Léviathan*, à cette différence que nous n'exigeons pas ces constatations en théorie que nous approuvons », *ibid.*, p. 13-14.

¹⁴¹⁶ *Ibid.*, p. 14.

¹⁴¹⁷ Sur l'opinion de Demogüe de Stuart Mill : ce dernier n'a rien exagéré en disant que « rien n'aurait de valeur pour nous, sinon pendant un instant aussitôt passé, si nous pouvions être dépouillés d'un bien un instant après l'avoir possédé, par quelqu'un de momentanément plus fort que nous ». La sécurité n'est-elle pas à la base du respect de toutes les théories, de tous les principes, quand même elle est à la base du besoin de foi religieuse ? », René Demogüe, *Les notions fondamentales...*, *op. cit.*, p. 63 ; « Et Stuart Mill se rendait en particulier très bien compte du lien qui unit cette idée avec celle de droits absolus, illimités, avec cette sorte de zone franche reconnue à chacun, qui est le fondement de l'individualisme et en particulier de la Déclaration des droits de l'homme, quand il ajoutait : "La sécurité, nécessité la plus indispensable après celle de la nourriture, ne peut exister que si le mécanisme chargé de la produire fonctionne avec activité et continuité..." », *ibid.*, p. 64.

En droit public, la raison d'être de la liberté n'est-elle pas, en grande partie, une sécurité à donner aux individus dans l'accomplissement des actes qu'ils veulent faire. Les législateurs de 1789, férus de cette idée, ont été amenés logiquement par elle à la Déclaration des droits de l'homme. [...] C'est au fond la base de la plus solide de l'idée démocratique, une des chances que l'on ait d'être bien gouverné, est de participer soi-même au gouvernement. Au point de vue social, c'est la base la plus solide de la théorie libérale en politique : donner à chacun une certaine zone d'action où il peut librement se mouvoir, sans être gêné ni par une prohibition, ni par une responsabilité [...] Toute philosophie qui prend pour base "l'inviolabilité de la personne humaine" ne peut avoir de meilleur fondement que la sécurité qu'elle donne à chacun¹⁴¹⁸.

Approuvant sur certains points le nihilisme nietzschéen¹⁴¹⁹, Demogue ne considère pas pour autant « qu'il ne puisse y avoir objectivement un sens de la vie »¹⁴²⁰. L'individu ne peut atteindre le bonheur – finalité du droit¹⁴²¹ – par la satisfaction de ses besoins matériels. Pour être heureux, l'individu doit voir ses idées et ses convictions « ardentes », satisfaites. À la satisfaction des besoins matériels et physiques, il fait primer une satisfaction d'ordre psychologique et idéologique¹⁴²². L'esprit humain est, selon lui, « avide de direction, souvent de tranquillité » et

¹⁴¹⁸ René Demogue, *Les notions fondamentales...*, *op. cit.*, p. 67.

¹⁴¹⁹ Notamment sur la question de la volonté de puissance ; V. à propos de Nietzsche selon Demogue, *ibid.*, p. 45-46 : « le droit doit avoir une base dans l'intérêt général, être profitable à tous [...], car autrement, il resterait inacceptable et inacceptable, formule imposée, qui fait que même l'homme tel que le veut Nietzsche, doit s'attendre à rencontrer un adversaire aussi redoutable, peut-être plus que lui-même. [...] On a toujours eu l'espérance d'un système sans contradiction, c'est pour cela que l'opinion moderne a été si profondément troublé des brillants développements de Nietzsche sur la volonté de puissance de ces attaques contre la morale courante : la morale des esclaves, comme il dit, qui enlève à l'homme « son plus noble amour de soi et la force de se protéger soi-même. On a reconnu que cette théorie, tout en étant éminemment dangereuse comme risquant d'être mal appliquée, était cependant celle qui dominait les actes hauts de la politique et qu'elle obligeait à faire vivre ensemble des morales contradictoires ». Sur le nihilisme de Demogue, V. Christophe Jamin, « Demogue et son temps... », *op. cit.*, p. 5-21.

¹⁴²⁰ « Nous ne voulons point douter, bien que ce soit un postulat, qu'il ne puisse y avoir objectivement un sens de la vie », René Demogue, *Les notions fondamentales...*, *op. cit.*, p. 34.

¹⁴²¹ « Le droit étant fait pour l'humanité, il répondra d'autant mieux à son but que cette notion du bonheur de l'humanité étant précisée, on proposera davantage des solutions en harmonie avec la psychologie, soit de l'homme à toute époque, soit de l'homme à une époque, dans un pays, dans une région, dans un rang social, une fonction, une profession donnée, qu'on se préoccupera davantage des faits, même de l'opinion que chacun se fera à tort ou à raison de son bonheur », *ibid.*, p. 45.

¹⁴²² « L'homme n'est pas seulement heureux quand il a du pain à manger. La satisfaction de ses idées peut lui être aussi chère que celle de ses besoins matériels. [...] L'homme aux convictions ardentes qui nuira ses intérêts pécuniaires [attachera] plus d'importance aux satisfactions de [son] esprit qu'aux commodités de la vie », *ibid.*, p. 36.

« se soumet facilement ». Il obéit bénévolement au droit, voyant dans le progrès le remplacement de la force au « profit de l'adoucissement de la vie social »¹⁴²³. Ainsi, si les aspirations, envies, etc., sont subjectives, pas le souhait de paix et tranquillité¹⁴²⁴. Demogue en arrive à une conclusion sensiblement équivalente à celle de ces prédécesseurs : le droit peut – voire *doit* – compter sur la docilité de la société¹⁴²⁵. Si le discours change donc, la finalité même de ce discours fait la promotion fois encore du caractère coercitif du droit et de la docilité de ceux qui y sont soumis.

*Les théories simplistes : le monde marchant vers le progrès, susceptible de perfectionnement indéfini, la solidarité, la fraternité se dégageant de plus en plus, nous paraissent exagérées tout autant que les théories duellistiques (si je peux forger ce néologisme) qui voient partout une lutte entre deux principes opposés : individualisme et socialisme, autorité et liberté, progrès et réaction, État et individu*¹⁴²⁶.

Le conflit entre intérêt privé et collectif étant fluctuant selon les individus et les situations, le choix entre ces deux intérêts n'est, selon Demogue, que le « résultat d'une sorte d'hypnotisation sur un but déterminé, résultant de l'éducation, de la prédication sous toutes ses formes par les journaux, l'exemple, l'autorité gouvernementale, etc., en un mot une foi »¹⁴²⁷. Dans une analyse pseudo-darwiniste sociologique¹⁴²⁸ avec une tendance conservatrice qu'il emprunte à Ernest Renan¹⁴²⁹, Demogue met en avant la fluidité ou l'imprécision de la notion de « devoir social » et

¹⁴²³ René Demogue, *Les notions fondamentales...*, *op. cit.*, p. 17.

¹⁴²⁴ Il ajoute ainsi, comme loi naturelle de l'humanité, celle de la paresse. Renvoyant à des travaux sur « le principe du moindre effort comme base de la science sociale », il considère même qu'elle est à la base de l'ordre économique. C'est même cette « loi » que l'on retrouve au travers de la législation ouvrière sur « les accidents du travail, les chômages, les retraites ouvrières » qui sont, selon Demogue, « pour des ouvriers paresseux des encouragements à l'imprudence, à la négligence ou à un repos pris sitôt que possible », *ibid.*, p. 86 et 112.

¹⁴²⁵ *Ibid.*, p. 17.

¹⁴²⁶ *Ibid.*, p. 193.

¹⁴²⁷ *Ibid.*, p. 61.

¹⁴²⁸ Sur la différence entre le darwinisme et le darwinisme sociologique ou spencérisme, V. Daniel Becquemont, « Une régression épistémologique : le "darwinisme social" », *Espaces Temps*, no 84-86. L'opération épistémologique. Réfléchir les sciences sociales, sous la direction de Christian Delacroix, 2004, p. 91-94.

¹⁴²⁹ « Comme le disait fort bien Renan " À côté du *fieri*, il faut donc conserver *l'esse* ; à côté du mouvement, le moteur ; au centre de la roue, le moyeu immobile", il faut de même diriger l'amélioration des mœurs ou du droit vers un but fixe. [...] Ce problème [...] a toujours hanté l'humanité, qu'elle le veuille ou non », René Demogue, *Les notions fondamentales...*, *op. cit.*, p. 27 ; V. aussi, « Si la nature, comme disait Renan, agit à notre égard comme un potentat d'Orient ayant des mameluks qu'ils emploient pour des fins mystérieuses évitant lui-même de se montrer jamais à eux, nous ne pourrions-nous résoudre à ce rôle qu'après en avoir apprécié la valeur. D'ailleurs ce prétendu ordre de la nature, auquel on prétend nous soumettre est-il facile à connaître ? Comme le dit M. Bouglé, l'objectivité complète

la solidarité que sous-entend la théorie solidariste¹⁴³⁰. Ainsi, le droit est amené à se préoccuper d'intérêts opposés, voire inconciliables, car les individus sont tous respectables, mais différents. Le juriste est alors obligé de les catégoriser afin de les hiérarchiser¹⁴³¹, chose inenvisageable s'il y avait une égalité stricte¹⁴³². Il est nécessaire toutefois « de mettre un idéal au-dessus des faits ». Il se justifie car le droit positif tire « toute sa force de sa conformité au droit naturel » et, opposé à l'École historique, mais aussi sociologique, il se montre favorable à un droit naturel qui commande la conscience et l'activité humaine, tout en respectant les singularités des volontés individualistes¹⁴³³. L'objet du droit est donc de faire respecter la diversité des vies humaines, quand bien même la société puisse-t-elle être amenée à tuer fréquemment, en raison de « l'insalubrité forcée de ses industries » ou encore par « les accidents plus nombreux » auxquels les individus font face : guerre, industrialisation, etc¹⁴³⁴. Demogue considère par conséquent comme étant « naturel » que la société aide ceux qui souffrent le plus, ce concept étant le dénominateur commun réunissant tous les individus. Car, si « l'égalité des hommes au point de vue de l'intelligence ou des mérites, [celle-ci] n'existe pas », de même que s'ils souffrent de manière

ne donne aucun principe de choix ; trop de voies s'ouvrent devant nous. Les faits parlent plusieurs langages. Le sentiment, notre sensibilité éprouvée par quelques brèves expériences, voilà donc ici ce qui nous détermine le plus souvent », René Demogue, *Les notions fondamentales...*, op. cit., p. 32-33.

¹⁴³⁰ « Que prouve en effet ce fait que la solidarité par exemple existe dans la nature qui nous dit que l'homme doit nécessairement se conformer, lui, d'une espèce unique, à un ordre qui domine des êtres inférieurs. N'a-t-il pas plutôt des raisons de s'en écarter, quand en vertu de cette solidarité "la nature sacrifie des espèces entières pour que d'autres trouvent les conditions essentielles de leur vie" », *ibid.*, p. 32, citant Ernest Renan, *Dialogues philosophiques*, p. 103.

¹⁴³¹ « Le droit a à se préoccuper et c'est là la plus grande partie de son rôle, de la protection des intérêts. [Cependant] les intérêts étant souvent opposés, inconciliables, bien que tous respectables. Le droit est alors obligé de les classer de dire quelle importance il donnera à celui qui est certain en face d'un autre qui est incertain, à un intérêt personnel, ou à celui d'un groupe en face d'un intérêt dit général, c'est à-dire visant un grand nombre de personnes », *ibid.*, p. 202.

¹⁴³² « Le droit ne peut être satisfaisant que s'il répond non seulement aux besoins réels, à l'avantage objectif de chacun, mais encore s'il répond à ce qu'il croit ses goûts. [...] Certains gens aiment être battus. [...] Les sages auront beau dire que c'est absurde et qu'il faut avoir d'autres goûts, c'est un fait et, [...] il n'y a rien que j'estime autant qu'un fait, d'autant que celui-ci est d'importance. Cependant n'y a-t-il pas des cas où il faut faire le bien des gens malgré eux : lorsqu'un peuple a des goûts qui le porte à sa perte, ne faut-il pas les contrecarrer ? Le droit idéal que l'on proposera aux législateurs et aux juges de faire triompher sera donc forcément imparfait : car ou bien on imposera à tout le monde une conception que l'on croira bonne, ce sera celle de la majorité ou de la minorité, peu importante [...] il y aura toujours des sentiments, des goûts de froissés », *ibid.*, p. 47.

¹⁴³³ V. « Malgré l'école historique, malgré l'importance de l'école sociologique qui à sa suite a cru tout limiter à l'étude des lois de l'évolution, nous croyons à la nécessité d'un idéal, car il y a dans l'activité humaine quoique chose de conscient, de voulu, qu'il faut diriger », *ibid.*, p. 22.

¹⁴³⁴ « La société est tiraillée par des besoins opposés et divers, tenant aux besoins de sécurité et de changement, à l'économie de l'effort. Elle admet qu'il faut respecter la vie humaine [mais] elle tue plus fréquemment (aussi on l'oublie trop) par l'insalubrité forcée de ses industries, par les accidents plus nombreux de sa vie toujours plus active », *ibid.*, p. 195.

inégale des mêmes choses, tous, souffrent. Il s'agit d'un constat qui lui permet de dire que cette égalité est légitime car la société a pour objectif d' « offrir des avantages spéciaux à ceux qui souffrent le plus : aux malades »¹⁴³⁵. De cet aveu il nous est possible de voir que Demogue n'est pas totalement hostile à l'égard du solidarisme non plus, quand bien même il ne fait pas partie des théoriciens solidaristes.

En définitive, Demogue n'a jamais vraiment réussi à imposer ses idées et il n'est plus guère lu ni exploité à la doctrine française à l'époque actuelle, en dépit de l'influence qu'il a exercé ailleurs (aux États-Unis, Cardozo, Frank ou Pound furent ainsi redevables à sa méthode). Il faut peut-être y voir l'expression de la marginalisation de l'œuvre d'un juriste qui, même s'il appartenait à une élite des professeurs parisiens, heurtait profondément la doctrine universitaire au moment où celle-ci se structurait aux fins d'ordonner le social par le biais de constructions abstraites. En ce sens, Demogue constitue peut-être le meilleur témoin du refus délibéré de la génération des juristes français du premier tiers du XX^e siècle de procéder à la révolution réaliste à laquelle il la conviait¹⁴³⁶.

En somme, les membres de cette troisième génération acceptent certes quelques présupposés de la théorie solidariste, mais restent attachés à l'individualisme juridique. Leur perception de la nature humaine varie néanmoins. Saleilles faisant par exemple preuve d'un véritable optimisme à l'égard du criminel. Toutefois, tous reconnaissent d'une manière ou d'une autre l'inégalité qui règne entre les individus et donc, développent l'idée qu'il faille faire un choix. Ils se montrent plus soucieux des préoccupations sociales de leurs temps, mais arrivent malgré cela à théoriser un certain compromis, l'objectif étant de préserver, plus ou moins directement, l'ordre social contemporain bourgeois. S'il faut éduquer le criminel, aider l'individu à être responsable ou s'il faut assurer sa sécurité, c'est avant tout dans la perspective de garantir la permanence de la société et de continuer à définir l'idéal-type individuel comme étant celui du bourgeois docile envers le pouvoir. Ils se montrent ainsi aussi ouverts dans le discours, que foncièrement gardien des conclusions idéologiques de leurs prédécesseurs.

¹⁴³⁵ Denis Touret, *Introduction à la sociologie...*, op. cit., p. 136.

¹⁴³⁶ Christophe Jasmin, *Dictionnaire historique...*, op. cit., v^o Demogue.

Section seconde. Le discours conservateur de la doctrine provinciale

L'expérience de l'État social est vivement critiquée à la fin du XIX^e siècle par nombre de juristes, qui font prévaloir en presque toute occasion la volonté ou « raison d'État », avec des conclusions politiques plus réactionnaires ; comme lors de la répression légale de la Commune ou encore l'affaire Dreyfus. Les magistrats, comme la doctrine – surtout parisienne – apparaissent comme des agents ou bras armé d'un pouvoir politique jugé aussi liberticide que souvent contraire aux idéaux socialistes prônés par les radicaux. Les juges et jurisconsultes sont dénoncés par leurs opposants comme étant des « juristes d'État », agissant au nom d'une classe sociale réduite et d'un gouvernement hostile aux intérêts des masses. Le phénomène paraît d'autant plus vrai, qu'on se refuse à vouloir réviser ou même supprimer le Code civil ; sans doute en raison de son prestige et de son importance capitale en matière de stabilité et garanties sociales. Il est jugé préférable de conserver l'ordre en place plutôt que le faire évoluer avec les risques inhérents à tous changements sociaux. Les adaptations ne se font qu'au niveau de détails et non dans une révision globale, quand bien même le Code puisse paraître essoufflé, dépassé, face au *Bürgerliches Gesetzbuch*, devenu le symbole de la modernité juridique¹⁴³⁷.

Parallèlement, l'évolution de la bureaucratie étatique, dont l'influence est particulièrement croissante avec la Révolution industrielle, conduit à l'avènement d'un fonctionnariat massif, conférant à l'accès au sein de l'Administration un enjeu aussi important sur le plan professionnel que social. Le phénomène est d'ailleurs visible non seulement en France, où elle prend une dimension sans pareille, mais aussi de manière moins marquée chez les voisins anglais et allemands. La France est devenue « le pays de cocagne des fonctionnaires », bien que le propos puisse être nuancé, notamment sur le plan démographique. En réalité, la France possède un fonctionnaire pour 261 habitants en 1839, un pour 165 en 1870 et un pour 85 en 1914 ; à titre de comparaison, aux États-Unis, les chiffres sont de 1 pour 128 en 1870 et un pour 54 en 1914. Toutefois, sur le plan symbolique et dans l'imaginaire collectif, il est question d'un véritable « esprit fonctionnaire ». La France reste en effet un pays où les fonctionnaires bénéficient d'un véritable prestige social, servant à canaliser les aspirations familiales et professionnelles ;

¹⁴³⁷ Frédéric Audren, « Les professeurs de droit... », *op. cit.*, p. 8-11 et « Enseigner le droit dans la République... », *op. cit.*, p. 4.

phénomène d'autant plus favorisé avec la généralisation du système des concours après 1850¹⁴³⁸.

C'est pourquoi l'importance à accorder au statut des fonctionnaires, véritables idéaux-types professionnels de ce siècle, est aussi important. Ce conflit conduit même à diviser la doctrine, entre les défenseurs parisiens du régime politique et la doctrine provinciale. Cette dernière prend le parti de s'opposer au régime républicain, qui tente de limiter les acquis et avantages des fonctionnaires. Il en est de même pour une partie de la branche catholique parmi les juristes, comme l'a déjà démontré Romy Sutra, qui fait preuve d'un véritable militantisme chrétien, hostile à l'affirmation de la jeune République. Or, de ces conflits résulte une opposition idéologique qui n'en est pas moins paradoxale. Le régime républicain, alors défendu par la doctrine parisienne, fait face à une doctrine provinciale qui prend une apparence révolutionnaire, mais qui est en réalité plutôt réactionnaire car s'affichant comme foncièrement conservateur¹⁴³⁹ (I.). Or, au sein de cette doctrine conservatrice, nous pouvons y retrouver les juristes catholiques, soucieux de préserver les intérêts de l'Église. Ce phénomène est particulièrement visible à travers l'exemple la stratégie de défense mise en place par les jurisconsultes catholiques contre la laïcisation progressive de la société, que favorise la III^e République. Ce faisant, la doctrine provinciale cherche à conserver l'idéologie première qui entoure le Code, usant notamment du droit naturel souvent ; même si, pas exclusivement. Pour cela, cette partie de la doctrine use d'un langage habituellement utilisé par la République, sinon par les générations d'interprètes précédents, ce qui ne manque pas de troubler les anticléricaux¹⁴⁴⁰ (II.).

¹⁴³⁸ Pierre Legendre, *Trésor historique...*, *op. cit.*, p. 454-466.

¹⁴³⁹ En effet, nous pouvons voir ici qu'en invoquant la liberté, soit du fonctionnaire, soit du croyant ou même, plus généralement, de l'individu, ces juristes contestèrent utilisent l'argumentaire censé normalement être celui de la République. Sur le paradoxe des conservateurs catholiques, V. Romy Sutra, « *la loi à la main* ». *Militantisme juridique...*, *op. cit.*, p. 58 : « Invoquant, telle une véritable litanie, la liberté sous toutes ses formes, les hommes du Comité Mackau seront confrontés au même dilemme qui anime alors les catholiques français : l'acceptation ou le rejet des libertés modernes et de la forme républicaine. En filigrane de la question centrale, celle de la mobilisation effective du droit et des outils de défense par des juristes catholiques, c'est donc aussi la question du paradoxe de leur engagement qui sera abordée. Comment ces légistes qui, *a priori*, rejettent les valeurs de la République et son ordre juridique, seront-ils amenés à user de ce même droit pour la défense de leurs idéaux ? Faire usage de ce droit, qui semble être l'arme de l'adversaire, n'était-ce pas finalement une forme d'adhésion au système que pourtant ils combattaient ? C'est ici toute la question du paradoxe du maniement du droit républicain par des juristes catholiques monarchistes ».

¹⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 325.

S1- Le conflit entre la doctrine provinciale et la doctrine parisienne à propos de l'État républicain

Dans un contexte de « fronde provinciale »¹⁴⁴¹ et, tandis que les défenseurs parisiens de l'État républicain se montrent hostiles à la cause des fonctionnaires, en réaction, la doctrine provinciale va œuvrer pour un « reclassement » politique, social et intellectuel, avec un discours antinomique à celui des légistes parisiens. La doctrine parisienne, malgré son soutien au régime républicain, voit dans ces revendications collectives une menace réelle pour le régime politique qu'ils s'efforcent de vouloir consolider et justifier. Ils se font les défenseurs de l'ordre politique et social en place, en s'opposant à tout potentiel mouvement critique et révolutionnaire. À l'inverse, la doctrine provinciale, en remettant en cause l'État républicain, en vient paradoxalement à adopter une sorte de discours révolutionnaire sur la forme, bien qu'il soit conservateur sur le plan idéologique. À ce titre, la jeune doctrine constitutionnelle provinciale joue un rôle essentiel. Le débat sur le syndicalisme des fonctionnaires illustre parfaitement cette étrange dualité idéologique. Alors que les professeurs provinciaux cherchent à se structurer et à s'imposer dans un champ scientifique qui les met à l'écart, l'espace public voit se populariser un débat autour du syndicalisme. Face aux professeurs parisiens qui se font les « pourfendeurs » des syndicats de fonctionnaires, les professeurs provinciaux au contraire, se font connaître comme étant plus nuancés sur la forme de l'État républicain, contestant les justifications juridiques de l'État républicain en place¹⁴⁴².

¹⁴⁴¹ Qui se manifeste, par exemple, avec l'invitation en octobre 1904 de l'ensemble des professeurs des facultés de droit à la participation pour une réunion privée dans le but de mettre en place une association des professeurs. La diversité géographique des participants fait ressortir notamment l'absence de professeurs parisiens, qui se souhaitent pas user d'une quelconque action collection dont l'objet est de « restaurer l'influence légitime des professeurs de droit ». Si cette fronde prend une tournure politique, malgré la diversité idéologique de ses membres, conservateurs, catholiques sociaux, radicaux socialistes, les professeurs provinciaux visent ici néanmoins tous, à ce qu'ils jugent être un phénomène de « centralisation excessive et remettent en cause directement la « domination parisienne », Jean-Michel Blanquer, Marc Milet, *L'invention de l'État...*, *op. cit.*, p. 152 et s.

¹⁴⁴² Guillaume Sacriste, *La République des constitutionnalistes...*, *op. cit.*, p. 425-426 et 474. Sur le droit constitutionnel de la III^e République comme élément de « légitimation du nouveau régime ». Ainsi, l'enseignement même du droit constitutionnel apparaît comme un « vecteur important de diffusion de la culture républicaine » V. Guillaume Sacriste, « Le droit constitutionnel de la République naissante : collusions entre sphère politique et doctrine au nom du nouveau régime », *La République et son droit (1870- 1930)*, Besançon, 2008, p. 383 et s.

Mais derrière ce rigoureux régime administratif énergiquement promu par les légistes de l'État républicain se cachait une vigoureuse défense du principe du suffrage universel, de la philosophie des Lumières, de l'État légal et de la fonction organisatrice de l'État dans la société, autant d'éléments que la très grande majorité des professeurs de droit public de province – qu'ils appartiennent aux tendances « autoritaristes » ou « démocrates » – étaient alors prêts à brader, avec le régime parlementaire en place, au nom de la recherche immédiate d'une paix sociale trop brutalement troublée par les revendications collectives des ouvriers et des fonctionnaires¹⁴⁴³.

La critique du système en place se retrouve paradoxalement chez le défenseur de l'idéologie solidariste, mais originaire de la province bordelaise, Léon Duguit. Il a la « conviction » que le mouvement syndicaliste « pourra donner [lieu] à la société politique et économique de demain ». Voulant affranchir le droit de sa création purement étatique et, *de facto*, parisienne, il en fait la simple sanction de situations objectives issues de la solidarité. Duguit défend un « autre arrangement social » : la décentralisation et le « fédéralisme syndicaliste ». Les syndicats, sous la direction de l'État, prennent alors la direction « de la besogne sociale »¹⁴⁴⁴. Cette autonomie créatrice, éloignée du législateur et de la souveraineté étatique – car ces derniers seraient limités par la « situation objective » du droit – offre une « ressource juridico-scientifique » aux porte-paroles du syndicalisme des fonctionnaires. Le but est d'affaiblir l'État centralisé et l'omnipotence du législateur, qui trouve son essence dans le rousseauisme et, plus généralement, dans la philosophie des Lumières¹⁴⁴⁵.

Le syndicalisme que défend Duguit comporte une limite : il est important que les syndicats soient soumis à l'ordre public. Le doyen bordelais est farouchement opposé à un syndicalisme révolutionnaire. Plus globalement hostile à tout projet véritablement révolutionnaire dans un sens radical¹⁴⁴⁶, il est adepte du changement par la voie de la réforme¹⁴⁴⁷. Il désavoue entièrement et brutalement les représentants des associations de fonctionnaires, si

¹⁴⁴³ Guillaume Sacriste, *La République des constitutionnalistes...*, *op. cit.*, p. 477.

¹⁴⁴⁴ Léon Duguit, *le droit social, le droit individuel...*, *op. cit.*, p. 103-104. Sur Duguit et le syndicalisme, V. Jean-Michel Blanquer, Marc Milet, *L'invention de l'État...*, *op. cit.*, p. 164-173 et 189-191.

¹⁴⁴⁵ Guillaume Sacriste, *La République des constitutionnalistes...*, *op. cit.*, p. 432.

¹⁴⁴⁶ « Je repousse énergiquement aussi la grève générale », Léon Duguit, *le droit social, le droit individuel...*, *op. cit.*, p. 107.

¹⁴⁴⁷ « Je répudie énergiquement les doctrines du syndicalisme révolutionnaire », *ibid.*, p. 106.

elles apparaissent comme source de troubles révolutionnaires. Très critique contre le principe de la grève générale et la théorie de la lutte des classes, il est par conséquent opposé à tout mouvement gréviste dans la fonction publique¹⁴⁴⁸ et favorable à un changement préservant assurément la stabilité sociale, comme politique¹⁴⁴⁹. En cela, il fait preuve d'un paradoxal penchant conservateur, symptomatique du mouvement doctrinal provincial, malgré les apparences que peuvent lui donner sa défense du solidarisme¹⁴⁵⁰. Duguit montre ainsi en quoi l'idéologie solidariste peut concilier les désirs des parties opposées de cette fin de siècle : le mouvement ouvrier, avec le syndicalisme, autant que ceux de l'élite sociale et économique du XIX^e siècle. D'autant que l'objet du syndicalisme dans la forme qu'il préconise est d'organiser la « masse amorphe d'individus », dont l'individualisme est mis à l'écart et cela, dans la perspective de former une société constituée de « groupes forts et cohérents »¹⁴⁵¹.

Selon Duguit, l'avantage de l'association et du syndicalisme est de permettre d'éviter tout autant les révolutions que « l'omnipotence de l'État » ; ce qui n'est pas sans intérêt pour les défenseurs d'un libéralisme économique. Il s'agit d'un compromis qui permet de prévenir « l'erreur de nos pères » qui, en proclamant la liberté et le principe de la souveraineté populaire, « se sont exposés à une tyrannie plus redoutable que celle du roi »¹⁴⁵². Sans doute conscient de ne pas pouvoir unifier et centraliser deux mondes opposés, Duguit voit néanmoins dans le solidarisme et, plus particulièrement dans le syndicalisme, la nouvelle clef pour interpréter le

¹⁴⁴⁸ Guillaume Sacriste, *La République des constitutionnalistes...*, *op. cit.*, p. 433 et 455.

¹⁴⁴⁹ « Le mouvement syndicaliste n'est point en réalité la guerre entreprise par le prolétariat pour écraser la bourgeoisie, pour conquérir les instruments et la direction de la production. Ce n'est pas, [...] la classe ouvrière prenant conscience d'elle-même pour concentrer en elle le pouvoir et la fortune et anéantir la classe bourgeoise. C'est un mouvement beaucoup plus large, beaucoup plus fécond, je dirai beaucoup plus humain. Il n'est pas un moyen de guerre et de division sociales ; je crois qu'il est au contraire un moyen puissant de pacification et d'union. Il n'est pas une transformation de la seule classe ouvrière ; il s'étend à toutes les classes sociales et tend à les coordonner en un faisceau harmonique », Léon Duguit, *le droit social, le droit individuel...*, *op. cit.*, p. 119.

¹⁴⁵⁰ « Enfin je repousse aussi l'idée beaucoup trop étroite que les syndicalistes révolutionnaires se forment du mouvement syndicaliste », *ibid.*, p. 109.

¹⁴⁵¹ « Le syndicalisme, c'est l'organisation de cette masse amorphe d'individus ; c'est la constitution dans la société de groupes forts et cohérents, à structure juridique précisée et composée d'hommes déjà unis par la communauté de besoin sociale et d'intérêt professionnel », *ibid.*, p. 121.

¹⁴⁵² Duguit ajoute : « la formation de syndicats, permet d'encadrer les individus de toutes les classes sociales, afin de les relier par des conventions collectives établissant des relations d'ordre juridique qui lutteront ainsi contre l'omnipotence du gouvernement, ou de la majorité, qui détient dans les faits le monopole de la force », *ibid.*, p. 125-126.

Code, le droit de propriété et la famille¹⁴⁵³ ; c'est donc sans surprise que le professeur bordelais s'attaque aux théories parisiennes, en s'efforçant de montrer l'évolution sociale inhérente du phénomène syndical et en s'attaquant au « dogme » de la souveraineté nationale, théorisée par Esmein. Le discours de ce dernier sur la souveraineté nationale, dans ses *Éléments de droit constitutionnel* (1896), est en effet jugé comme au fondement du modèle théorique de l'État républicain. Il est alors vivement critiqué autant par Duguit¹⁴⁵⁴ que par Hauriou, autre professeur de province¹⁴⁵⁵.

Du reste, la position qu'adopte [...] Léon Duguit est loin d'être isolée parmi les professeurs de droit public de province [...]. La plupart d'entre eux, mobilisant plus que jamais le nouveau rôle professoral, procède à une analyse similaire de la conjoncture, selon laquelle les tensions sociales qui se manifestaient autour des mobilisations syndicales devaient trouver leur résolution dans une modification des lois constitutionnelles. On ne s'étonnera donc pas outre mesure de ce que l'un de ces professeurs les plus enclins à défendre l'idée de l'instauration d'un sénat

¹⁴⁵³ « Comme la famille se désagrège de plus en plus, comme la commune a cessé d'être un groupe social cohérent, l'homme du XX^e siècle ne pourra trouver cette vie sociale intensifiée que dans les syndicats professionnels. Ce grand mouvement d'intégration qu'est le syndicalisme s'étend à toutes les classes. Il n'est qu'à son aurore. Il remplira tout notre siècle ; il en sera certainement la marque caractéristique. Son action pacificatrice est certaine et aussi la protection efficace qu'il assurera aux individus contre l'arbitraire des gouvernants », Léon Duguit, *le droit social, le droit individuel...*, *op. cit.*, p. 122.

¹⁴⁵⁴ Guillaume Sacriste, *La République des constitutionnalistes...*, *op. cit.*, p. 447 et 496.

¹⁴⁵⁵ « Selon le doyen de Toulouse, Adhémar Esmein est un adepte plus ou moins tacite de la seconde conception, il "est convaincu de la nécessité d'une nation organisée". Mais, précise Maurice Hauriou, quand il raisonne sur la souveraineté nationale, "il fait immédiatement volte-face, d'une façon tout inconsciente d'ailleurs et il n'a plus que la conception inorganique de la souveraineté du peuple et d'un corps amorphe comme l'assemblée du peuple". S'il voit dans la nation un corps organique et corporatif, suivant en cela la théorie révolutionnaire, il confond la nation et "le peuple des individus actuellement vivants mis en mouvement sans aucune organisation" », *ibid.*, p. 499. V. aussi Norbert Foulquier, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », *Jus Politicum*, n° 2, mars 2009, p. 11-12 : « Comme bien des juristes français de son époque, Hauriou ne concevait d'Etat qu'Etat-nation. Pour autant, il n'adhérait pas du tout aux thèses d'Adhémar Esmein qui plaçait la source du pouvoir au sein de la Nation. Selon Hauriou, le gouvernement détenait en propre le pouvoir, en dehors de toute idée de délégation nationale. Le pouvoir existait parce que la vie d'un groupe humain appelait, *de facto*, ou plus profondément en vertu de la volonté divine, un pouvoir de commandement chargé de garantir le minimum d'ordre social nécessaire à la vie en communauté [...] Le professeur de Toulouse offrait une définition particulière de la souveraineté : il s'agissait d'une puissance d'action, autonome dans son principe. Elle n'était pas synonyme de prépotence, de pouvoir illimité ou inconditionné. Cela ne pouvait d'ailleurs advenir dès lors que selon le doyen toulousain, la souveraineté de l'État coexistait avec la souveraineté nationale et la souveraineté individuelle des citoyens que transcrivait la "Constitution sociale", comprise comme ensemble des normes, de droit positif ou de nature sociologique, structurant la société civile et garantissant l'autonomie privée. [...] L'autolimitation de l'État était, selon notre auteur, objective au sens où elle s'imposait à l'État du fait de sa nature même ».

professionnel soit également l'un de ceux qui avait participé avec le plus de ferveur, aux côtés de Raymond Saleilles, à la redéfinition du rôle professoral, à savoir Maurice Deslandres, le professeur de droit constitutionnel de la faculté de droit de Dijon¹⁴⁵⁶.

À la suite de l'échec de sa candidature au Conseil d'État, le doyen toulousain Maurice Hauriou (1856-1929) se dirige ouvertement contre la domination parisienne¹⁴⁵⁷. Les portes de la capitale lui étant définitivement fermées, il devient une « sorte de paria au sein des réseaux dominants de la doctrine scientifique parisienne, inféodés [...] à la direction de l'enseignement supérieur du ministère de l'Instruction publique ». C'est dans ce contexte, qu'Hauriou reconnaît la responsabilité civile pour faute d'un agent. Il reste trop protégé, notamment sous la couverture de la Cour de Cassation¹⁴⁵⁸. Toutefois, s'il s'attaque autant à l'idéaltype professionnel mis en vigueur depuis la Révolution et surtout l'Empire, puis les régimes suivants, c'est parce qu'il souhaite éviter toute nouvelle révolution et changements sociaux. En effet, Hauriou « fut sensible aux désordres causés par la chute du Second Empire, la Commune, les attentats anarchistes, la montée du communisme, l'instabilité ministérielle, les tensions internationales puis la Grande Guerre et le bolchevisme, ensemble d'événements capables de renverser l'ordre établi »¹⁴⁵⁹.

Le succès de son *Précis*¹⁴⁶⁰ fait de lui l'un des principaux professeurs de droit administratif français. Il n'hésite pas à « franchir le Rubicon » que Duguit n'avait pas osé traverser, prenant le parti sans retenue du mouvement syndical des fonctionnaires. Son choix est d'autant plus marquant qu'il peut sembler paradoxal puisqu'au même moment, « le Tigre » s'attaquait aux socialistes et leur combat en faveur du syndicalisme¹⁴⁶¹. Pour autant, Hauriou est loin d'être

¹⁴⁵⁶ Guillaume Sacriste, *La République des constitutionnalistes...*, *op. cit.*, p. 451.

¹⁴⁵⁷ « De son vivant, Maurice Hauriou fut un révolutionnaire conceptuel et se vécut comme tel. Il n'aurait pas choisi le mot "révolutionnaire" pour se qualifier, lui qui était à la recherche de la paix sociale. Il se présentait, en effet, ouvertement comme un conservateur libéral », Norbert Foulquier, « Maurice Hauriou... », *op. cit.*, p. 1.

¹⁴⁵⁸ « Toutes ces théories admises gravement sont regrettables, elles révèlent cette idée que les affaires de l'État ne peuvent pas être menées aussi sérieusement que celles d'une entreprise privée. Il faudrait que l'esprit public changeât à cet égard. [...] Ce qui est fâcheux, c'est de voir la cour de cassation, qui devrait être gardienne des droits individuels, s'y rallier après avoir autrefois résisté. (Cass. 19 nov. 1883.) », Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif...*, *op. cit.*, p. 70.

¹⁴⁵⁹ Norbert Foulquier, « Maurice Hauriou... », *op. cit.*, p. 2.

¹⁴⁶⁰ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif*, Paris, Larose & Forcel éditeurs, 1892.

¹⁴⁶¹ Guillaume Sacriste, *La République des constitutionnalistes...*, *op. cit.*, p. 435-438.

socialiste. En vérité, le Toulousain fait pleinement partie de cette doctrine individualiste et hostile à toute approche collectiviste¹⁴⁶², qu'elle soit socialiste ou communiste¹⁴⁶³ ; bien que cela ne l'empêche pas d'être foncièrement « démocrate »¹⁴⁶⁴, en admettant toute l'importance du service public¹⁴⁶⁵, même si de manière moins excessive que pour Duguit¹⁴⁶⁶.

Nous avons vu que, lorsque l'État substitue son action à celle des plus forts, il y a pour les gouverner qui constituent la grande masse des individus, un avantage marqué ; au régime de force brutale et de lutte succède un régime de paix organisée. [...] Le socialisme cherche dans son aspiration générale à augmenter la solidarité entre les hommes, le collectivisme emploie comme moyen spécial d'augmenter cette solidarité, le développement des services d'État. Remarquons que la lutte entre les forts et les faibles existe partout dans la société, non seulement en matière de gouvernement politique, mais en matière économique [...] La question du collectivisme est posée justement en matière économique ; il s'agit de savoir si l'État ne pourrait pas supprimer la lutte, ou tout au moins en atténuer les effets les plus durs, en assumant la direction économique comme il a assumé la direction politique¹⁴⁶⁷.

¹⁴⁶² « Les théories de l'école du droit de la nature et des gens sont aujourd'hui tombées dans le discret [...] Les progrès de la méthode historique ont fait pénétrer dans tous les esprits la conviction que les institutions sociales ont une origine naturelle. Cependant, il ne faut pas exagérer le déficit de ces théories. Si leur individualisme est outrancier, du moins ont-elles le mérite de s'attacher fortement au primat de l'individualisme et de ne pas sacrifier à la chimère dangereuse du droit de supériorité des collectivités », Maurice Hauriou, *Aux sources du droit...*, *op. cit.*, p. 26. V. aussi, « L'individu est au premier plan, la société au second, car elle n'est qu'un moyen de bonheur au service de l'individu », extrait d'un article du *Correspondant* du 25 septembre 1918, cité par Marcel Waline, *L'individualisme...*, *op. cit.*, p. 47.

¹⁴⁶³ « Cette solution individualiste nous débarrasse également des socialismes et des communismes », *ibid.*, p. 70.

¹⁴⁶⁴ « Si le Droit naturel est un corps de droit comprenant un certain ordre social, quel est cet ordre ? [...] Il n'y a qu'à interroger l'histoire pour voir en quels moments cette croyance a exercé une action sur les esprits et, par conséquent, à quel ensemble d'idées et à quel ordre social elle est liée. Or, il apparaît tout de suite que l'ensemble d'idées dont fait partie appartient aux grandes périodes démocratiques », Maurice Hauriou, *Aux sources du droit...*, *op. cit.*, p. 68.

¹⁴⁶⁵ « C'est vers le service public que tout converge en administration et en droit administratif, parce qu'il est la raison d'être de l'existence même des personnes administratives. Sa notion se confond avec celle de l'utilité publique, car l'utilité publique, c'est l'intérêt général, en tant qu'il y est donné satisfaction par un service public », Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif...*, *op. cit.*, p. 150 ; V. aussi sur la méfiance du doyen Toulousain à l'égard de la jurisprudence sur les établissements publics et le possible avènement d'un État collectiviste, Pierre Legendre, *L'administration...*, *op. cit.*, p. 128-130.

¹⁴⁶⁶ Claude Didry, « Léon Duguit, ou le service public en action », *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, n° 52-3, 2005/3, p. 88-97.

¹⁴⁶⁷ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif...*, *op. cit.*, p. 25.

Si à l'instar de Duguit, Hauriou est opposé au collectivisme et à la lutte des classes¹⁴⁶⁸, c'est avant tout pour protéger le droit de propriété, qu'il associe au « progrès social » et qui constitue à ce titre un droit à sauvegarder en priorité. Il privilégie l'indépendance individuelle et la liberté individuelle à tout droit collectif. Sans protection et laissée à la merci du collectivisme, la propriété privée serait amenée selon le doyen toulousain à disparaître et à retomber sous une forme « primitive »¹⁴⁶⁹. Là encore, Hauriou se fait le défenseur du droit de propriété telle que pensée originellement dans l'idéologie du Code¹⁴⁷⁰. Ainsi, malgré les « valse constitutionnelles » que la France endure depuis 1789, la paix sociale et politique à laquelle aspire Hauriou est teintée par un libéralisme tempéré par ce conservatisme politique et social qu'il synthétise par son expression « d'individualisme faillible » ; sorte d'individualisme mais pas pleinement libéral mais qui révèle néanmoins un manque ou une faille, comme si un individualisme disciplinaire seul ne pourrait être la finalité de l'individualisme en soi. Ainsi, selon Hauriou, la liberté individuelle est un fait naturel qui doit être préservé par l'ordre social, ce qui aboutit à une pensée accordée autour de deux concepts clefs : la liberté et l'ordre. Pour y arriver, il propose une théorie politique de l'État¹⁴⁷¹ – plus que juridique d'ailleurs, même si pour lui, « le politique n'était jamais loin du droit car tous deux avaient à voir avec la Justice » – et en cela, il semble suivre Adhémar Esmein¹⁴⁷².

¹⁴⁶⁸ Sur Duguit, V. *supra*, p. 334-346.

¹⁴⁶⁹ Hauriou associe la propriété collective aux sociétés ou « temps primitifs » : « lorsque la Constituante la proclame un droit sacré, elle est dans le vrai au point de vue de l'évolution historique. La propriété collective est une institution des temps primitifs ; le progrès social est lié à l'extension de la propriété individuelle. Cela n'a rien de surprenant ; le progrès social est dans le développement de l'autonomie de l'individu ; or la propriété individuelle est la condition même de cette autonomie. Le désir de la propriété est le stimulant puissant de l'activité individuelle ; la propriété acquise est la garantie de l'indépendance individuelle. Les réformes sociales devront toujours tenir compte de cette vérité d'expérience, sous peine d'être un retour en arrière ; elles devront d'une façon ou de l'autre s'accommoder de la propriété individuelle. [...] Une conséquence intéressante, c'est que toute question de propriété est de la compétence exclusive des tribunaux judiciaires, même quand elle se soulève à l'occasion d'un litige soumis à un tribunal administratif », Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif...*, *op. cit.*, p. 138.

¹⁴⁷⁰ Sur l'exclusivisme du droit de propriété dans le Code civil et son opposition à toute forme multiple de possession, V. Caroline Gau-Cabée, *Droits d'usage...*, *op. cit.*, p. 352 et 496.

¹⁴⁷¹ « Au cours de sa carrière, c'est d'abord comme administrativiste, intéressé par les sciences sociales, que Maurice Hauriou aborda la question de l'Etat. [...] Son essai *La Science sociale traditionnelle* avait été l'une de ses tentatives non seulement de ne pas laisser au courant scientifique le monopole de la nouvelle science qu'était alors la sociologie », Norbert Foulquier, « Maurice Hauriou... », *op. cit.*, p. 4.

¹⁴⁷² « La ressemblance entre les deux œuvres s'arrête là car si le professeur parisien fut le légiste de la République radicale d'avant-guerre, le professeur Toulousain entendait refondre la République à l'image de l'État de justice, construit sur le modèle de la royauté de l'Ancien régime. Opposé au légicentrisme et à la souveraineté parlementaire qui lui paraissaient caractériser la III^e République, hostile à la souveraineté nationale comprise comme délégation d'un pouvoir détenu par le peuple, méfiant envers le suffrage universel égalitaire, Hauriou n'en admettait pas moins

Selon Hauriou l'État est une « arme à double tranchant ». Personnification de l'intérêt général, il n'a pas pour mission de supprimer cette lutte entre les forts et les faibles, puisque qu'elle trouve son origine dans les lois de la nature. Il est vain, voire préjudiciable, de vouloir l'effacer¹⁴⁷³. Si sous l'Ancien Régime, « l'État moderne » a réussi à « dépouiller » une classe de la société – « barons féodaux et noblesse » – de ses prérogatives au profit d'une autre¹⁴⁷⁴, cette conquête s'est achevée que par une révolution violente, qu'Hauriou ne souhaite aucunement pour les actuels possesseurs et détenteurs de capitaux¹⁴⁷⁵. En d'autres termes, il se refuse à défendre une nouvelle lutte sociale contre la bourgeoisie et préfère l'ordre présent.

la IIIe République. Celle-ci avait le mérite d'apporter la stabilité institutionnelle après la valse des constitutions depuis 1789 », Norbert Foulquier, « Maurice Hauriou... », *op. cit.*, p. 3.

¹⁴⁷³ Avec la naissance et le développement des sciences humaines durant la seconde moitié du XIX^e siècle, de constantes références à la notion d'évolution et parfois de sélection naturelle apparaissent ; notamment ici de la part d'Hauriou. Cette dernière est d'ailleurs encore aujourd'hui appelée « malencontreusement et accidentellement » darwinisme social. L'ingénieur anglais Herbert Spencer, un contemporain de l'auteur de *Origine des Espèces*, est alors à l'origine d'une philosophie avec des implications économiques et sociales que Darwin avait pourtant réprouvé en son temps : l'ultralibéralisme. Or, le spencérisme s'étend durant le XIX^e siècle dans toute l'Europe avec l'idée d'être un complément de la théorie de Darwin, surtout dans les pays anglo-saxons et dans une moindre mesure en France et dans l'empire tsariste. Ce « darwinisme social » prétend alors rétablir dans les sociétés humaines cette sélection naturelle que la civilisation a peu à peu amené à faire disparaître, devenant non pas une théorie sociobiologique, mais une doctrine politique. En Droit, l'influence du sociologue et philosophe anglais se perçoit plutôt dans la retenue du thème de compétition et de la lutte pour la vie, dans l'optique de défendre un État à tendance libéral. V. Daniel Becquemont, « Une régression épistémologique... », *op. cit.*, p. 91-93 ; Alain Supiot, *La solidarité, enquête sur un principe juridique*, Odile Jacob, Paris 2015, p. 70 ; Pablo Servigne et Gauthier Chapelle, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Paris, édition LLL, 2017, p. 64.

¹⁴⁷⁴ Hauriou a tendance à idéaliser le classicisme du XVII^e siècle, y piochant ses idées tout en les remodelant pour les faire concilier avec l'État industriel de la fin du XIX^e. V. Norbert Foulquier, « Maurice Hauriou... », *op. cit.*, p. 3.

¹⁴⁷⁵ « L'État est une personnification de l'intérêt général, la question est justement de savoir si l'intérêt général n'exige pas l'intervention dans les matières économiques. Mais il y a contre le collectivisme des objections de détail singulièrement graves : 1° Il est sans doute très généreux de vouloir supprimer partout la lutte des forts et des faibles, mais au point de vue naturel cette lutte semble malheureusement être la condition de la vie. Il faut craindre, en voulant trop perfectionner la société : de la tuer. D'une façon plus précise, on ne voit pas encore comment serait remplacé, dans une organisation collectiviste, le stimulant actuel de la production qui est l'intérêt individuel aiguë par la perspective de la propriété privée [...] 2° Le régime de l'État est une arme à double tranchant ; son établissement améliore la situation de certains individus, mais empire en même temps la situation de certains autres. Dépouiller une classe de la société de ses prérogatives, cela ne va pas sans quelque difficulté ; et la difficulté augmente à mesure que la classe est plus nombreuse. Il a fallu longtemps à l'État moderne, au sortir de la féodalité, pour dépouiller les barons féodaux et la noblesse qui leur avait succédé, de leurs privilèges politiques. La conquête s'est achevée dans une révolution violente. Il faudrait plus longtemps encore, selon toute apparence, pour dépouiller la classe autrement nombreuse des possesseurs du sol ou des détenteurs de capitaux et les secousses seraient encore bien plus grandes », Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif...*, *op. cit.*, p. 26.

Preuve supplémentaire de son conservatisme, Hauriou différencie la recherche de la stabilité sociale à l'immobilisme¹⁴⁷⁶ – manière de défendre son conservatisme – et juge possible cette stabilité que si elle s'inscrit dans un lent mouvement social¹⁴⁷⁷. Voulant éviter un retour des « temps troublés » révolutionnaires¹⁴⁷⁸, il ne souhaite pas une évolution sociale qui pourrait porter préjudice à ce qu'il associe à l'actuelle « démocratie bourgeoise ». Il se justifie ce choix par la définition qu'il donne du droit. Le droit vise à « réaliser à la fois de l'ordre social et de la justice ». Il définit « l'ordre social » comme « l'entreprise de stabilisation de l'état social par une structure équilibrée ». Si l'ordre social et la justice sont alors deux notions « intimement liées », elles ne sont pas synonymes. L'ordre social fait référence à une réalité institutionnelle, tandis que la justice fait référence au Juste et à un idéal. Un ordre social peut être injuste et, à ce moment-là, des révolutions sociales éclatent pour faire sombrer l'ordre établi et en faire émerger un nouveau. Un pareil décalage s'est vu en 1789 avec la « destruction violente de l'ancien régime féodal et aristocratique » ayant enfanté un nouveau régime « étatique, démocratique et égalitaire ». La Révolution a, au nom de la justice, « sacrifié tout un ordre social ». Les idées de cette « justice » se retrouvent dès les premiers mois de la Révolution dans les livres, libellés, cénacles et chansons, aboutissant notamment à la fameuse nuit du 4 août. Or, dans le discours d'Hauriou se remarque un terme rarement utilisé par la doctrine du XIX^e siècle, mais qui montre bien l'évolution sociale de la société française : « l'embourgeoisement » postrévolutionnaire. Né de la Révolution de 1789, l'ordre social contemporain a permis d'établir un nouvel ordre social imprégné de justice. Le conflit renaît cependant quand la « démocratie bourgeoise [...] ne satisfaisait plus le peuple, du moins les couches populaires qui ne sont pas encore embourgeoisées [tandis que] leurs revendications socialistes ou communistes sonnent assez haut, toujours au nom de la justice ». Les « Idées révolutionnaires » de 1789, exportées par « les armées de la République et de l'Empire » partout en Europe, ont ébranlé l'ordre social « féodal et aristocratique », que ce soit en 1789, en 1830 ou en 1860 et ce, malgré « l'effort de réaction de la Sainte Alliance », à la suite du Congrès de Vienne de 1814¹⁴⁷⁹. Cependant, la société post révolutionnaire embourgeoisée

¹⁴⁷⁶ « Ce que les hommes appellent stabilité, ce n'est pas l'immobilité absolue, c'est le mouvement lent et uniforme qui laisse subsister une certaine forme générale des choses à laquelle ils sont habitués », Maurice Hauriou, *Aux sources du droit...*, *op. cit.*, p. 77.

¹⁴⁷⁷ « La stabilité sociale résulte du mouvement lent et uniforme des transformations d'un système social ordonné », *ibid.*, p. 77.

¹⁴⁷⁸ « Ce qu'ils appellent "temps troublés" et considèrent comme le contraire de la stabilité et de l'ordre, ce sont les périodes où l'évolution sociale s'accélère ou se précipite en révolution », *ibid.*, p. 78.

¹⁴⁷⁹ Maurice Hauriou, *Aux sources du droit...*, *op. cit.*, p. 44-66.

résume actuellement selon Hauriou de manière satisfaisante les idéaux de liberté, d'égalité et de fraternité, offrant un ordre social idéal, ce qui ne justifie pas un changement social par voie révolutionnaire¹⁴⁸⁰.

Pour le doyen toulousain, les droits publics doivent s'entendre comme ceux reconnus à l'individu vis-à-vis de l'État¹⁴⁸¹. À ce titre, il ne cache pas sa vision d'abord individualiste, d'autant plus qu'il précise que l'individualisme n'est pas contraire à la formation de groupes sociaux. Il l'associe aux libertés collectives, de réunions ou d'associations, en raison de son aspect libéral. Il importe de prime abord dans un ordre individualiste, de défendre et de favoriser la liberté laissée à l'entreprise individualiste sur le plan économique¹⁴⁸² ; on reconnaît là aisément l'influence de l'industrialisation et de ses effets sur la société, qui semble expliquer la tendance de plus en plus libérale de l'individualiste de la doctrine. Dans cette « conception dynamique de la vie sociale », l'individualisme représente l'action, le mouvement, alors équilibré par l'État ou les droits conférés aux groupes. Or, le rôle de l'État est avant tout de « protéger la société individualiste [et] lui assurer la paix et l'ordre »¹⁴⁸³.

¹⁴⁸⁰ « Il est intéressant de constater qu'il y a concordance aussi avec la célèbre formule : liberté, égalité, fraternité, en qui se trouve pour ainsi dire résumé tout notre état social. Sous le vocable de liberté, il faut comprendre à la fois les droits politiques, qui sont si l'on veut des libertés politiques et les libertés individuelles ; sous le vocable de fraternité, il faut comprendre les droits aux services de l'État, car l'idée de fraternité, qui en morale se rapproche de l'idée de charité, sur le terrain du droit, se ramène simplement à celle de service rendu à l'individu par la collectivité. Reste le mot d'égalité, sous lequel se cache une idée dont nous n'avons pas parlé encore, mais qui se combine merveilleusement avec les deux autres et qui est peut-être le facteur historique le plus efficace de leur réalisation ; cette idée c'est que : "Tous les hommes sont égaux devant la loi." (Art. 1er et art. 6, Déclaration des droits de l'homme) », Maurice Hauriou, *Aux sources du droit...*, *op. cit.*, p. 54.

¹⁴⁸¹ « Les droits publics sont les droits reconnus à l'individu vis-à-vis de l'État et garantis par l'ensemble de la Constitution. Leur nombre et leur qualité varient avec l'état social », *ibid.*, p. 53.

¹⁴⁸² « Tout le monde sait que le régime individualiste n'a point la prétention de supprimer les groupes sociaux [...]. Il admet les droits de la famille, ceux de l'État et même ceux des organismes professionnels. Si la liste révolutionnaire des droits de l'homme ne contenait ni la liberté d'association ni celle de fondation, elle a été complétée depuis [...] De plus, la législation individualiste consacre nombre d'obligations des individus motivées, soit par l'existence de la famille, soit par celle de l'État. La seule chose qui importe à l'ordre individualiste, c'est que l'entreprise individualiste pour la production économique demeure au premier plan et que les entreprises des groupes sociaux soient reléguées à l'arrière-plan, même celles de l'État », *ibid.*, p. 59.

¹⁴⁸³ « Dans une conception dynamique de la vie sociale, cela signifie que la poussée individualiste représente l'action et celle des groupes la réaction destinée à équilibrer l'action. Le régime d'État a organisé cet équilibre sur la base d'une séparation entre l'économique et le politique. À l'individu, l'entreprise économique, la production des richesses et la propriété [...] À l'État l'entreprise politique et l'exploitation du pouvoir sur les hommes. C'est donc par le pouvoir politique et par les moyens juridiques que le pouvoir engendre, que l'État va pouvoir réagir sur l'entreprise individualiste. [...] Cela posé, nous nous bornons à rappeler que l'État ainsi dompté et domestiqué, ainsi dressé au service de la société privée, aura à remplir trois fonctions essentielles : 1° Protéger la société individualiste

En plus de permettre de préserver la propriété privée, l'individualisme que défend Hauriou présente un caractère légèrement libéral. Il est un représentant type est de cette doctrine faussement révolutionnaire en raison de son caractère conservateur, qui profite de l'animosité contre le modèle allemand pour justifier leur conformisme, mais qui défend aussi le libéralisme, que l'on peut imputer à l'industrialisation¹⁴⁸⁴. Sa farouche opposition à tout collectivisme permet à Hauriou de présenter l'individu comme étant foncièrement libre, « en ce sens qu'il a conscience d'une loi morale qui s'impose à lui du dehors comme procédant de l'ordre du divin des choses et qu'il a la faculté d'obéir volontairement à [celle-ci] ». C'est d'ailleurs à « Dieu » que l'être humain doit ce primat de liberté individuelle, état qui est alors à l'origine de la « justice, fondement premier du droit »¹⁴⁸⁵. Les convictions religieuses d'Hauriou sont essentielles pour correctement appréhender sa réflexion. Il fait preuve, à l'instar du jusnaturalisme qui dirigeait la première génération d'interprètes du Code¹⁴⁸⁶, d'une véritable théodicée¹⁴⁸⁷ :

Bien que comme toute idée et dessein divin, il renfermât une part de mystère inaccessible à l'homme – ce qui condamnait selon lui les prétentions scientistes –, le concept d'équilibre par le mouvement permettait de saisir la complexité de la société et du droit, d'en exprimer les évolutions nécessaires tout en en valorisant le statu quo global (la pérennité d'une élite sociale et politique, la répartition des richesses, les principes fondamentaux de la propriété, de la famille et de l'État) et en légitimant le libéralisme politique, traduction laïque de la responsabilité morale des individus. C'est ce même souci de la mesure, de l'équilibre grâce aux balancements, qui le conduisait à considérer que l'État laïque était une solution plus stable et moins oppressante qu'un État religieux. C'est pourquoi selon lui, tout honnête homme ne pouvait être qu'un conservateur libéral¹⁴⁸⁸.

par son gouvernement, lui assurer la paix et l'ordre [...] 2° La contrôler et lui rendre des services par son administration. 3° Réprimer les écarts de l'individualisme par une organisation répressive et aussi par une œuvre éducatrice », Maurice Hauriou, *Aux sources du droit...*, *op. cit.*, p. 60.

¹⁴⁸⁴ « Contre le nationalisme juridique, nous affirmons notre croyance en un droit humain universel ; contre le brigandage juridique, nous affirmons que l'idéal de la justice est distinct des réalisations de la force ; contre le collectivisme juridique, nous affirmons la liberté individuelle », *ibid.*, p. 19.

¹⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 23. Sur Hauriou et ses propos d'ordre métaphysique ou d'influence religieuse, faisant référence à la « tradition sacrée », qui reconnaît néanmoins « naturellement » que l'individualisme et la liberté ont besoin de correctifs, d'où son concept « d'individualisme faillible » V. Marcel Waline, *L'individualisme...*, *op. cit.*, p. 47.

¹⁴⁸⁶ Norbert Foulquier, « Maurice Hauriou... », *op. cit.*, p. 5.

¹⁴⁸⁷ Sur le jusnaturalisme et la théodicée de la première génération, V. *Supra*, p. 180-194.

¹⁴⁸⁸ Norbert Foulquier, « Maurice Hauriou... », *op. cit.*, p. 6-7.

L'attachement d'Hauriou au libéralisme ne l'empêche pas de percevoir l'État comme une « magnifique expérience », car justement il apparaît comme le cadre « idéal » de la liberté individuelle ; le seul cadre où celle-ci peut s'exprimer¹⁴⁸⁹. La liberté est d'ailleurs ce qui conduit Hauriou à juger comme insuffisant les éléments classiquement donnés pour définir l'État : un peuple, un territoire et un souverain. Il le décrit à la place selon le but vers lequel la puissance publique doit tendre, c'est-à-dire la liberté. Concept au cœur du « progrès étatique », il donne à la définition de l'État plus qu'une définition matérielle – ou fonctionnelle, si on se réfère au solidarisme – mais aussi à une idée morale qui correspond à sa perfection souhaitée¹⁴⁹⁰.

En somme, entité fictive qui incarne « l'intérêt général », l'État, à l'instar des individus, est soumis aux « lois naturelles ». À ce titre, l'État est une institution qui s'agrège à la société civile qui en prend les rênes mais sans la dominer. Si les lois naturelles conduisent l'être humain à un certain asservissement, elles ne l'empêchent pas pour autant d'être partiellement maître de lui-même et de sa vie grâce à l'acte moral ; influence visible du dogme chrétien chez le juriste toulousain. Sur ce point, l'État, comme l'individu, est une entité sensible soumise à un idéal du droit¹⁴⁹¹. En opposition aux lois naturelles « fatales », le droit se fonde sur un consentement libre, une « liberté absolue » appartenant à tous les individus¹⁴⁹². Si la loi naturelle dérive de la loi morale, la « justice sociale » qui en découle n'est qu'une « modalité du bien moral déterminé occasionnellement par l'existence des relations sociales ». Or, pour Hauriou, il ne faut pas chercher l'origine ou le fondement de cette loi morale dans la conscience de l'individu, ni dans celle de la société ; ce sont les erreurs de Jean-Jacques Rousseau avec sa « croyance optimiste en la bonté native de l'homme », du subjectivisme de Kant ou encore celle du collectiviste de Karl Marx introduit en France par Durkheim. Afin d'éviter les excès d'un individualisme effréné – à entendre individualisme libéral – de même d'un « collectivisme sans bornes », le doyen toulousain

¹⁴⁸⁹ « C'est pourquoi le droit constitutionnel de l'État moderne ne pouvait être que libéral », Norbert Foulquier, « Maurice Hauriou... », *op. cit.*, p. 7-8.

¹⁴⁹⁰ « C'est pourquoi si Hauriou envisageait que "les destinées d'une nation" que l'État devait accomplir pussent être autres que "pacifiques et démocratiques", il semble qu'à ses yeux, un État digne de ce nom ne pouvait être animé que par l'idéal de liberté poursuivi par une nation qui, d'ailleurs, se définissait comme une communauté consciente d'elle-même et animée du désir de liberté », Maurice Hauriou, *Aux sources du droit...*, *op. cit.*, p. 8.

¹⁴⁹¹ « La personnalité de l'État est à la fois morale et juridique, elle s'est créée à l'image de la personnalité humaine », *ibid.*, p. 6.

¹⁴⁹² *Ibid.*, p. 3-6.

détermine l'origine de la loi morale hors de la société, comme de l'individu¹⁴⁹³. Elle se trouvait dans un ensemble plus grand que l'espèce humaine, à savoir Dieu¹⁴⁹⁴.

¹⁴⁹³ « La loi naturelle dérive de la loi morale, la justice sociale n'est qu'une modalité du bien moral déterminé occasionnellement par l'existence des relations sociales ; cette parenté ne saurait être contestée. [...] pour ce qui est de la loi morale, nous avons que nous ne devons en chercher le fondement ni dans la conscience de l'individu, ni dans la société, sous peine de tomber dans les pires erreurs. Si la loi morale est considérée comme gravée dans le cœur de chacun des hommes, c'est l'erreur de Jean-Jacques Rousseau, c'est la croyance optimiste en la bonté native de l'homme, c'est le subjectivisme de Kant [...] Si la loi morale est considérée comme ayant son fondement dans la société, alors c'est l'erreur collectiviste du dix-neuvième siècle, celle de Karl Marx [...] introduite en France par [...] Durkheim ; la loi morale devient une production sociale, ce sont les mœurs qui font la morale et ce sont les sciences sociales, avant tout les relations économiques, qui font les mœurs ; la société est toute bonne, le bien est dans l'augmentation de la solidarité sociale ; la société est source du bien comme elle est source du droit ; la société est tout, l'individu n'est rien, les droits individuels eux-mêmes ne se justifient que par leur utilité sociale. D'un individualisme effréné, nous sommes rejetés vers un collectivisme sans bornes. Si nous voulons échapper à ces deux erreurs, revenir à cette vérité d'expérience vulgaire, que tout n'est pas bon dans la société comme tout n'est pas bon dans l'individu [...] il nous faut situer la loi morale hors de la société et hors de l'individu », Maurice Hauriou, *Aux sources du droit...*, *op. cit.*, p. 28.

¹⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 29-30.

§2- La permanence du droit naturel comme justificatif d'un discours individualiste et conservateur

Hauriou n'a pas le monopole d'un individualisme jusnaturaliste rattaché aux croyances religieuses. En effet, le droit naturel d'inspiration chrétien est loin d'avoir disparu chez une bonne partie de la doctrine, même de la troisième génération¹⁴⁹⁵. Saleilles aussi par exemple, a écrit un article de critique bibliographique dont l'objectif vise à réhabiliter le droit naturel condamné, selon lui, par l'école historique¹⁴⁹⁶. Ce dernier participe également à une étude dirigée par le Dr Rifaux consacrée aux *Conditions du retour au catholicisme*, en 1907¹⁴⁹⁷. Quant à François Gény (1861-1959), s'il semble prendre au premier abord le parti d'un droit naturel laïc, son projet peut s'interpréter aussi comme une « tentative de sauvetage d'un droit naturel chrétien au fondement finalement divin dans une société en voie de laïcisation »¹⁴⁹⁸. En réalité, seule la terminologie diffère entre Hauriou et Gény. Le jusnaturalisme individualiste du premier justifie la position hostile à l'égard du socialisme¹⁴⁹⁹ et à toute profonde approche réformatrice du droit¹⁵⁰⁰ : « ce caractère individualiste de l'espèce est admirablement mis en relief par la tradition sacrée ; par toutes les données de la révélation, l'espèce humaine est enfermée en des individus »¹⁵⁰¹. Le phénomène social n'en est pas moins naturel, même si c'est au service d'un individualisme qu'il nomme « pessimiste »¹⁵⁰². Hauriou considère l'espèce humaine au premier plan, en raison de la doctrine théologique et de la révélation « dans lesquelles les théologiens puisaient leurs

¹⁴⁹⁵ Même si le monde des intellectuels catholiques connaît une « crise » opposant des catholiques républicains et modérés, aux tenants d'une ligne plus conservatrice « proto-intransigeante », qui dénoncent l'esprit moderne et le scientisme notamment. V. Jean-Michel Blanquer, Marc Milet, *L'invention de l'État...*, *op. cit.*, p. 182 et s.

¹⁴⁹⁶ Guillaume Sacriste, *La République des constitutionnalistes...*, *op. cit.*, p. 480.

¹⁴⁹⁷ Sur la participation de juristes catholiques à des études portant sur la foi ou les conditions du catholicisme en France à cette période, V. Jean-Michel Blanquer, Marc Milet, *L'invention de l'État...*, *op. cit.*, p. 182 et s.

¹⁴⁹⁸ Nader Hakim, « Droit naturel et histoire chez François Gény », *Clio@Thémis, Revue électronique d'histoire du droit*, [En ligne], 9 | 2015, mis en ligne le 24 juin 2021, p. 13-14.

¹⁴⁹⁹ « En somme, dans l'école socialiste comme dans l'école officielle, l'état évolutionniste a porté un coup mortel à la doctrine du droit naturel », Maurice Hauriou, *Aux sources du droit...*, *op. cit.*, p. 20.

¹⁵⁰⁰ « Bientôt sonna l'heure de la laïcisation du droit naturel. Elle fut l'œuvre d'une école célèbre de jurisconsultes que l'ont appelé l'école du droit de la nature et des gens. [...] Et c'est dans cette œuvre de laïcisation que nos réformateurs laissèrent tomber l'idée capitale que le droit naturel était le droit de l'espèce humaine », *ibid.*, p. 21.

¹⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 22-23.

¹⁵⁰² « La société sera naturelle, puisqu'elle ne sera qu'une modification de l'espèce ; le pouvoir social sera naturel aussi, parce qu'il y a déjà du pouvoir dans l'espèce. [...] La donnée de l'espèce, en même temps qu'elle garantit l'universalité et la fixité des principes du droit, détermine leur orientation vers ce que nous avons appelé l'individualisme pessimiste. Une espèce est infiniment moins collectiviste qu'une société parce que ce n'est pas une collectivité organisée. Une espèce est au contraire fortement individualiste », *ibid.*, p. 21-22.

principes »¹⁵⁰³, tandis pour Gény raisonne légèrement différemment : le droit ne se rattachant pas tant aux règles morales religieuses, mais plutôt à une « morale commune à tous les honnêtes gens, de ce fond commun d'idées et de sentiments qui est le lot d'une époque et d'un peuple »¹⁵⁰⁴. Le doyen nancéien sépare dans une conception dualiste le droit positif et le droit naturel, donnant au second un rôle supérieur, quand bien même le texte législatif contraint le juriste au respect strict de sa lettre. Le droit naturel n'aurait alors son mot à dire, en théorie, que lorsque le texte est silencieux, bien qu'il soit nécessaire la qualification scientifique du droit. L'œuvre de Gény prend ainsi un caractère bien idéologique en tendant même à vouloir « protéger » le droit et plus spécifiquement, la méthode civiliste, des « idées républicaines nouvelles »¹⁵⁰⁵. Cette différence illustre d'ailleurs les désaccords qui peuvent régner entre les juristes catholiques ; « désunions », pour reprendre la terminologie de Sutra, qui se retrouve dans le cas de la mobilisation du droit contre la politique fiscale anticongréganiste¹⁵⁰⁶. Toutefois, cette différence argumentative ne change pas l'opposition des catholiques contre la République, qu'ils soient plutôt orléanistes ou de fervent légitimistes¹⁵⁰⁷.

¹⁵⁰³ « Par toutes les données de la révélation dans lesquelles les théologiens puisaient leurs principes, l'idée de l'espèce humaine était au premier plan. Le récit créationniste de la genèse en est plein [...] Observons que la révélation religieuse ne met pas au premier plan la société humaine, mais l'espèce humaine ; la société apparaît bien ça et là dans le récit sacré, mais à l'arrière-plan et comme si elle était une norme dérivée de l'espèce. Aujourd'hui, avertis que nous sommes par toutes les erreurs secondaires qui ont découlé de l'erreur initiale des réformateurs, nous comprenons l'importance capitale de cette position de la question. D'une part, tout ce qui sera relatif à l'espèce aura la même universalité », Maurice Hauriou, *Aux sources du droit...*, op. cit., p. 21-22. C'est d'ailleurs ce qui l'amène à considérer que le droit doit conserver son caractère universel et non national comme l'a mis en avant auparavant les théoriciens allemands.

¹⁵⁰⁴ Cité par George Ripert, *Droit naturel et positivisme juridique* (1918), Milau, Dalloz, Tiré à part, 2013, p. 35.

¹⁵⁰⁵ Nader Hakim, « Droit naturel... », op. cit., p. 4-7.

¹⁵⁰⁶ « Au-delà du désaveu du Comité parisien et de la désunion des congrégations, les réactions suscitées par la loi de 1895 mirent donc à jour les désaccords latents existant entre les juristes catholiques eux-mêmes. Leur conception du droit était différente : là où l'un prônait l'usage du droit positif, seul à même d'être audible du législateur et de la justice, l'autre prêchait pour un droit entendu plus largement (prenant en compte le droit naturel et le droit canonique, conformément à la doctrine traditionnelle des contre-révolutionnaires selon laquelle " le droit c'est la conformité à l'ordre divin" », Romy Sutra, « la loi à la main ». *Militantisme juridique...*, op. cit., p. 167. Cette mobilisation est un parfait exemple de la mobilisation parfois contraire, des juristes catholiques ; tandis que le pouvoir cherche à faire payer les congrégations religieuses d'un nouvel impôt, le droit d'accroissement, les critiques doctrinales révèlent les maladroites rédactionnelles, combinées aux insuffisances de moyens des décisions de la Cour de cassation et des lois invoquées, certains sont même prêts à ce « que les congrégations se sacrifient si cela peut permettre un renversement politique ». V. *Ibid.*, p. 99-127 et 169.

¹⁵⁰⁷ Sur l'Association lyonnaise des juristes catholiques, composée de légitimistes intransigeants, V. *Ibid.*, p. 319-320.

Gény prétend pouvoir « libérer le juriste du carcan des lois sans pour autant laisser la solution juridique à son arbitraire ». Pour cela, il place le juriste – qu’il soit avocat, notaire, juge ou interprète – dans une situation de *créateur* du droit, ayant pour but est de rechercher la « justice et l’utilité sociale ». Pour donner à cette recherche une dimension scientifique et objective, il utilise la notion « à la fois imprécise et féconde » de « nature de choses » ou « réalités objectives » – qui n’est pas sans rappeler les concepts de justice ou de lois naturelles et morales qu’utilisait Hauriou. Cependant, Gény n’entend pas « la nature des choses » comme les jusnaturalistes de l’école moderne. Dans son ouvrage *Méthode d’interprétation* (1899), il distingue cette « nature des choses » du simple phénomène d’observation de la nature en la reliant à un travail rationnel, aidé par la conscience et les phénomènes sociaux. La raison seule ne suffit pas pour lui, étant opposé au rationalisme de l’école moderne, qu’il juge comme le simple produit d’abstractions purement logiques et voyant dans la seule raison humaine le moyen d’édicter toutes les règles juridiques, alors universelles et immuables. À ce titre, il se montre aussi critique qu’Hauriou. Comme pour l’école historique allemande, qui cherchait à rendre objectif le droit par l’intermédiaire d’une observation des faits, Gény considère que la justice absolue, entendue selon l’école du droit naturel moderne, ne peut être scientifique étant foncièrement subjective et liée à la foi individuelle. Toutefois, il ajoute que chaque individu, par l’intermédiaire de sa conscience, peut quand même appréhender des règles de conduites « irréductibles ». Pour savoir quelles sont ces règles, il faut alors analyser la vie sociale et le comportement individuel mais d’un point de vue global. Par l’intermédiaire de ce triple carcan analytique – raison, aidé par la conscience et le phénomène social – il est possible de dégager des règles immuables, universelles et objectives, à ceci près que la diversité et variété des sociétés peuvent permettre une application, *in concreto*, de ces mêmes règles¹⁵⁰⁸. Selon Gény, la connaissance de la « nature des choses » passe donc par un examen attentif, par le juriste, des « sciences de la vie politique », entendu comme les organismes sociaux, politiques et moraux qui transmettent les valeurs de la société étudiée. Le doyen nancéien est amené par conséquent à exclure ou nier toute transcendance humaine. Or, s’il défend certes un individualisme juridique, celui-ci n’est aucunement libéral : l’être humain a un besoin inné de règles morales et, en l’espèce, l’ordre supérieur est ici édicté par Dieu, même s’il n’est pas expressément évoqué comme justification de l’ordre juridique¹⁵⁰⁹. Paradoxalement, s’il considère

¹⁵⁰⁸ Jean-Pascal Chazal, « Léon Duguit et François Gény, Controverse sur la rénovation de la science juridique », *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, Volume 65, 2010/2, p. 90-95.

¹⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 96-97.

que l'école du droit moderne est subjective en défendant l'idée que l'ordre supérieur est édicté par Dieu, il place sa croyance, foncièrement subjective, comme supérieure à la raison. Il place alors une foi individuelle comme support d'un ordre supérieur, alors qu'il porte à l'école historique ou l'école du droit moderne cette critique. Néanmoins, la faille du raisonnement n'en révèle pas moins son but : dans la continuité – sans s'y confondre – du courant contre-révolutionnaire, il défend un mouvement politique et intellectuel condamnant l'universalisme et le rationalisme, deux piliers de l'ordre philosophique de 1789¹⁵¹⁰. Pourtant, tous les juristes catholiques ne suivent pas cette voie.

Pendant plusieurs siècles les Allemands se sont posés en champions du droit naturel, ils l'ont cultivé, prôné, accaparé. En réalité, ils étaient ses pires ennemis. Ils viennent de jeter le masque et de le renier ouvertement. [...] C'est une histoire qu'il importe d'écrire, parce que, nous, les Alliés, qui nous battons pour la justice et la liberté, il faut que nous sachions que c'est le drapeau du droit naturel immortel que nous relevons et que c'est ce droit que nous travaillons à faire rentrer dans ses voies. [...] Les postulats essentiels du droit naturel [...] sont les suivants : il existe un idéal de justice universel et immuable ; grâce à cet idéal, le droit ne s'identifie pas avec la force, il utilise celle-ci pour ses sanctions. [...] L'idéal de la justice est à base de liberté, c'est-à-dire à base d'individualisme pessimiste. L'individu est au premier plan, la société au second, car elle n'est qu'un moyen de bonheur au service de l'individu. Mais elle est un moyen nécessaire, car l'individu est faillible, son action a besoin d'être contrebalancée par la réaction de l'autorité sociale, dans l'intérêt de sa propre liberté et surtout dans l'intérêt de la justice¹⁵¹¹.

Selon Hauriou, la nouvelle Allemagne de 1870 est apparentée au « foyer de la doctrine du collectivisme marxiste ». Il l'a dépeint comme une « organisation collective » dont le nationalisme est belliciste et indiqué qu'il ne faille pas en adopter le discours et conserver par conséquent, l'approche individualiste du droit qui offre des garanties en matière de libertés individuelles¹⁵¹².

¹⁵¹⁰ Sur ce point, il se rapproche du mouvement orléanisme, de tendance libérale, qui prône à la fois la liberté et l'autorité comme valeur nécessaire au maintien de l'ordre social. Il suit ainsi le mouvement dont se réclame le baron Armand de Mackau ; notable et juriste catholique, ayant fait des études de droit et devenant auditeur au Conseil d'État, devenant fonctionnaire et homme politique, devenu l'un des chefs de la droite monarchiste orléaniste. V. Romy Sutra, « la loi à la main ». *Militantisme juridique...*, op. cit., p. 33 et s.

¹⁵¹¹ Maurice Hauriou, *Aux sources du droit...*, op. cit., p. 13-14.

¹⁵¹² *Ibid.*, p. 17.

dont le collectivisme pangermanique de ses docteurs est à l'origine du réveil de la nature sauvage de son peuple qui en a perdu toute trace de civilité¹⁵¹³. Aussi, il est l'un des rares membres de la doctrine du XIX^e siècle à afficher clairement une vision anthropologique pessimiste. Son individualisme pessimiste est cependant relié à ses croyances religieuses : « de là, le thème de l'individualisme pessimiste : l'homme n'est pas ce qu'il aurait pu être, il se sent déchu ». Difficile de ne pas y voir une manifestation du péché originel, d'autant qu'Hauriou définit l'état de justice comme celui « où se trouvait Adam dans l'Eden avant d'avoir désobéi à la loi imposée par Dieu »¹⁵¹⁴. L'être humain est par nature déterminé par un sentiment d'intérêt personnel – on retrouve ici l'égoïsme de la pensée libérale – mais aussi son appétit pour la propriété, son ambition et sa passion pour le jeu ou la spéculation¹⁵¹⁵. Le doyen toulousain ne nous présente ici pas tant l'individu de manière intemporel, mais plutôt celui de son siècle : le notable ou bourgeois orléaniste type, riche propriétaire, ambitieux, dans un contexte où les jeux spéculatifs sont de plus en plus présents dans la société de la Belle Époque. Aussi, selon lui, l'être humain a tendance à abuser des avantages que peuvent lui conférer « l'organisation individualiste de la société » et provoque, en agissant abusivement, à des désordres sociaux¹⁵¹⁶. Difficile une fois encore de ne pas voir une vision globalisée de ce qui s'est vu durant le XIX^e siècle, avec l'augmentation des troubles sociaux en raison du paupérisme et de l'industrialisation croissante¹⁵¹⁷.

¹⁵¹³ « Dans tout homme civilisé, il y a un sauvage qui peut se réveiller et dans tout sauvage il y a un être idéal qui peut se révéler. Il n'avait pas fallu plus de temps aux Pères Jésuites pour transformer les Indiens Guaranis en ces extraordinaires citoyens de l'État du Paraguay, qu'il n'en a fallu aux docteurs du pangermanisme pour ravalier les guerriers germaines au-dessous des Sioux et des Comanches », Maurice Hauriou, *Aux sources du droit...*, *op. cit.*, p. 41.

¹⁵¹⁴ Ce à quoi il ajoute : « S'il avait persévéré dans l'obéissance, l'espèce humaine serait fixée dans l'état de justice et nous n'en connaissons point d'autre », Maurice Hauriou, *Aux sources du droit...*, *op. cit.*, p. 23.

¹⁵¹⁵ « Des énergies des consciences individuelles, nous [retenons] le sentiment de l'intérêt personnel, l'appétit de la propriété, l'ambition du pouvoir, enfin la passion du jeu et de la spéculation. [...] L'homme est naturellement joueur. La passion du jeu balance celle de l'amour, elles deux constituent les plus forts ressorts de l'action », *ibid.*, p. 56 ; V. aussi, p. 58 : « ainsi, le ressort caché de l'organisation individualiste ce n'est pas l'intérêt individuel tout seul, c'est l'intérêt individuel associé à l'esprit de spéculation et, en ce sens, à la passion du jeu. Une société individualiste qui ne risque plus, n'a plus l'esprit d'entreprise est une société morte ».

¹⁵¹⁶ Sur le caractère insatiable de la nature humaine, V. *Ibid.*, p. 30 : « c'est un lieu commun pour les moralistes qu'il y a dans l'homme quelque chose de déréglé ou de mal équilibré ; il a des besoins illimités qu'il ne peut satisfaire, des ambitions insatiables qu'il ne peut assouvir, des aspirations idéales qu'il ne peut réaliser ; souvent, il ne voit pas le bien et il pêche par ignorance, mais souvent aussi il le voit et pêche par malice ».

¹⁵¹⁷ À ce titre, la vision du droit naturel dans la doctrine démocrate chrétienne adopte une vision anthropologique pessimiste que Joseph de Maistre et les contre-révolutionnaires du début du siècle adopté déjà. V. Jean-Louis Clément, « La théorie juridique de Maurice Hauriou : l'adhésion de la démocratie chrétienne 1919-1930 », *La République et son droit (1870- 1930)*, Besançon, 2008, p. 147 et s. ; notamment, *ibid.*, p. 156-157 : « La théorie juridique de Maurice Hauriou s'inscrit dans cette vision pessimiste de l'homme qui est aussi au cœur de la tradition comtienne orthodoxe ».

L'individualisme d'Hauriou n'est toutefois pas sans limites. Moins favorable à un individualisme à tendance libéral, qu'un individualisme soumis un ordre juridicosocial coercitif et disciplinaire, il admet de lui-même que le libéralisme économique et la doctrine juridique – par l'intermédiaire du principe de l'autonomie juridique individuelle – sont dans une période de déclin¹⁵¹⁸. Restant fidèle aux idées chrétiennes d'un sens de l'histoire, le doyen de Toulouse considère cependant que l'État bourgeois « n'est pas un moment passager, un stade dans le développement social et politique de l'humanité ; c'est l'état définitif, l'aboutissement dernier, l'idéal réalisé », à condition de correspondre avec son idéal de justice¹⁵¹⁹. Par opposition à l'ordre social, si la justice est de nature révolutionnaire, visant à « établir entre les hommes [...] le plus d'égalité possible en vue du Bien », il considère que l'ordre social recherche sa réalisation dans un but de stabilité. À ce titre, si la justice a des « fins plus individualistes », l'ordre a « des fins plus sociales »¹⁵²⁰. Or, étant foncièrement conservateur, soucieux de préserver l'ordre social présent, il est amené à admettre que l'individualisme libéral a besoin de correctifs : ces correctifs s'opposent à la liberté individuelle et sont la manifestation du besoin de réactions de la part d'un pouvoir social. Néanmoins, ce « pouvoir social » est lui aussi imparfait ou « faillible » ; tandis que ces deux pouvoirs, individuel et social, ont plus de chance de s'approcher du droit ou de la loi idéale s'ils se combinent¹⁵²¹.

¹⁵¹⁸ « Sans doute le domaine dans lequel joue l'autonomie juridique individuelle, très élargi pendant la période de libéralisme économique, commence à se rétrécir ; il y a à la théorie de l'abus des droits, la renaissance des institutions, la substitution de la théorie du risque à celle de la faute dans la matière des accidents du travail, etc. Mais ce sont là des fluctuations historiques [...] L'autonomie de la volonté individuelle et le principe de sa responsabilité subjective constitue l'armature du droit privé et du droit criminel, c'est-à-dire des quatre cinquièmes du Droit. Historiquement, ce principe juridique s'est organisé par un lent progrès lié à celui de la civilisation sédentaire ; il n'y a aucune raison pour qu'il disparaisse tant que durera cette civilisation », Maurice Hauriou, *Aux sources du droit...*, *op. cit.*, p. 74.

¹⁵¹⁹ Pour Hauriou, « la démocratie était certainement le régime le plus juste car elle permettait de "réaliser la justice égalitaire par l'amélioration du sort du plus grand nombre" », Norbert Foulquier, « Maurice Hauriou... », *op. cit.*, p. 15.

¹⁵²⁰ Maurice Hauriou, *Aux sources du droit...*, *op. cit.*, p. 47-48.

¹⁵²¹ « De là, le thème de l'individualisme pessimiste : l'homme n'est pas ce qu'il aurait pu être, il se sent déchu. Sa raison et sa volonté sont dérégées ; quelquefois, il pêche par ignorance, mais souvent aussi il voit le bien et commet le mal. Spécialement l'homme abuse, au détriment de son prochain, des privilèges que lui confère l'organisation individualiste de la société et il provoque ainsi des désordres sociaux. Ainsi, l'individualisme et la liberté ont besoin de correctifs [...] dans l'organisation sociale. À l'action de la liberté individuelle s'oppose, pour la contenir et la régler, la réaction du pouvoir social. Sans doute, ce pouvoir n'est pas plus infallible que la liberté humaine ; cependant, par cela même qu'il édicte des lois positives, il y a des chances pour qu'il ait le sens de la loi idéale. Ces chances seront augmentées si, par une combinaison ingénieuse, le pouvoir social peut être amené à collaborer avec la liberté individuelle elle-même pour la détermination des lois », *ibid.*, p. 24.

Il faut bien se résigner à cette constatation. L'ordre social établi est ce que qui nous sépare de la catastrophe ; en majorité, les hommes, dans les pays civilisés, préfèrent supporter une certaine dose d'injustice plutôt que de risquer la catastrophe. L'ordre social représente le minimum d'existence et la justice sociale est un luxe dont, dans une certaine mesure, on peut se passer. [...] Le plus souvent les réformes de justice ont contre elles à la fois les forces du pouvoir organisé et le conservatisme instinctif de la masse qui redoute le saut dans l'inconnu¹⁵²².

La limite de l'individualisme d'Hauriou se retrouve en matière de liberté de la presse par exemple¹⁵²³ : il est ainsi favorable à la suspension des garanties de droits individuels en cas d'instruction criminelle, d'état de siège – ce qui n'est pas sans rapport avec les événements de la Commune – ou encore, ce que le juriste toulousain associe à « certaines nécessités » gouvernementales¹⁵²⁴ comme la défense d'un parlementarisme dominé par l'exécutif, bien que corrigé par le pouvoir du peuple¹⁵²⁵. Toutefois, la Constitution se doit de préserver l'ordre et la liberté, en conciliant les principes d'autorité et celui de démocratie¹⁵²⁶.

Résumons-nous. Il y a une espèce humaine qui est fixée. Elle est caractérisée par l'anthropologie comme étant l'espèce homo sapiens, c'est-à-dire l'espèce de l'homme moral. Si l'homme est moral, c'est par adaptation à une loi morale fournie par le milieu, à laquelle l'homme est forcé de s'adapter. [...] L'espèce est fixée dans cet état d'adaptation imparfaite à la loi morale. Cela explique les contradictions des mœurs, mais en même temps la fixité de l'idéal moral et, par voie de conséquence, de l'idéal de la justice. Voilà donc ouverte une voie dans laquelle, par la méthode positive, on peut retrouver les bases du droit naturel. Ces bases sont présociales [car]

¹⁵²² Maurice Hauriou, *Aux sources du droit...*, *op. cit.*, p. 49.

¹⁵²³ « Par suite, en matière de libertés, il ne faut point confondre le régime de la permission administrative avec celui du droit. Ainsi, en matière de presse, avant les lois qui donnèrent la liberté, il y avait des journaux fondés, ils l'étaient par permission administrative. La suppression de la nécessité de demander l'autorisation administrative pour faire un acte est le signe que la liberté existe, peu importe qu'elle soit étroitement réglementée », *ibid.*, p. 55.

¹⁵²⁴ Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif...*, *op. cit.*, p. 75-76.

¹⁵²⁵ Norbert Foulquier, « Maurice Hauriou... », *op. cit.*, p. 23-26.

¹⁵²⁶ « Maurice Hauriou s'opposait à la souveraineté parlementaire, mais il était un fervent adepte du régime parlementaire car "l'histoire constitutionnelle [avait] prouvé] que la France n'a trouvé la paix politique que sous le régime parlementaire". Il ne pouvait s'agir d'un hasard. Hauriou y voyait même la confirmation de son analyse organiciste de l'État. Le régime parlementaire se révélait non seulement le régime le mieux adapté à la France, mais il apparaissait comme le seul compatible avec l'État moderne, parce que le plus apte à conférer l'élément moral au corpus étatique tout en poursuivant un but libéral », *ibid.*, p. 20

alors même que l'espèce serait sociale, elle serait toujours une espèce inorganisée avant d'être une société organisée. Ce sera donc un droit naturel à base d'individualisme, mais d'un individualisme corrigé par la notion de l'espèce et par le pessimisme qui résulte de l'adaptation imparfaite de l'espèce à la loi morale. [...] Il est clair que toutes les grandes questions, celle de la famille, celle de la propriété, celle du pouvoir, devront être posées et examinées par rapport à l'espèce avant de l'être par rapport à la société organisée ; la plupart des droits de l'homme auront sans doute leur racine dans les instincts de l'espèce, la plupart des pouvoirs sociaux aussi¹⁵²⁷.

En somme, la doctrine cherche à adapter son discours au nouveau contexte scientifique « menacé par les impasses de l'individualisme, impuissant à juguler les troubles sociaux »¹⁵²⁸. Paradoxalement, cette volonté d'adaptation n'empêche pas cependant de continuer à défendre l'atomisme individualiste à caractère disciplinaire ; le même que celui défendu par le Code et les premières générations d'interprètes. Dans ce contexte, les professeurs provinciaux font face à la doctrine parisienne, qui est d'abord soucieuse de défendre l'ordre social républicain radical. Il en est de même pour les juristes catholiques s'inscrivant dans la lutte que se mènent l'État et l'Église, chacun revendiquant la liberté comme justification de ses actions ou de ses revendications¹⁵²⁹. La

¹⁵²⁷ Maurice Hauriou, *Aux sources du droit...*, op. cit., p. 42.

¹⁵²⁸ Laetitia Guerlain, *Droit et société au XIXe siècle...*, op. cit., p. 28.

¹⁵²⁹ V. L'exemple du militantisme des juristes catholiques à propos de la législation anticongréganiste, Romy Sutra, « la loi à la main ». *Militantisme juridique...*, op. cit. p. 322-323 : « dans cette lutte entre l'État et l'Église, chacun revendiquait la liberté comme justification de ses actions ou de ses revendications. Au nom des droits de l'homme et pour protéger l'individu de la tentation d'aliéner sa liberté (par les vœux), les républicains écartaient les congrégations du droit commun. De leur côté, les catholiques, au nom de la liberté et de l'égalité normalement offertes à tous les citoyens, dénonçaient les diverses mesures prises contre les congréganistes et en appelaient aux valeurs républicaines. Les protestations contre les lois fiscales et le régime exceptionnel d'autorisation imposé aux congrégations se fondèrent constamment sur les libertés et sur les principes consacrés par la Déclaration de 1789. Ainsi, tandis que les opposants aux décrets de 1880 dénonçaient l'atteinte à la liberté individuelle et au droit de propriété, les adversaires des lois fiscales invoquaient, quant à eux, la violation manifeste de l'égalité devant l'impôt. De la même manière, dans la bouche des jurisconsultes, la loi de 1901 et ses dispositions complémentaires n'étaient qu'une succession d'atteintes aux droits et libertés : violation du droit de propriété à l'occasion des fermetures d'écoles et des opérations de liquidation ; liberté individuelle bafouée lors de la sommation de quitter les villages et de rejoindre les maisons-mères ; double atteinte, enfin, à la liberté de l'enseignement et à liberté de conscience, particulièrement mise en exergue par le doyen Duguit. De ce discours, qui en appelle aux respects des libertés nouvelles et des principes révolutionnaires posés à partir de 1789, émerge un second paradoxe. Le rejet des libertés, tel que conseillé et répété par les encycliques pontificales [...] La position des catholiques, de ce point de vue, fut très ambiguë. Alors qu'ils réclamaient la liberté de l'enseignement (contre le monopole de l'État), l'Église affirmait dans le même temps que cette liberté était dangereuse car susceptible de permettre la diffusion de l'erreur et l'enseignement de fausses doctrines. De la même manière, elle en appelait à la liberté de conscience tout en indiquant

tendance réformiste apparente des professeurs provinciaux conduit alors paradoxalement à un discours contestataire, bien qu'il soit conservateur dans ses conclusions. Ainsi, à l'image des premières générations d'interprètes, une partie des juristes de la fin du siècle continuent de vouloir défendre le Code tel qu'il est, comme son individualisme juridique, bien que plus influencé par le libéralisme ; influence de l'industrialisation et du développement du libéralisme en France. La tendance est néanmoins rapidement freinée par le souci de conserver l'ordre, qu'il soit social, juridique ou politique. *In fine*, même ceux adeptes de certains présupposés solidaristes se montrent conservateurs, l'individu étant toujours perçu isolément, comme au temps de la maturation du Code. Parallèlement l'influence jusnaturaliste demeure et l'individu est toujours attaché à la machine sociale qu'est la société.

par ailleurs que cette liberté ne pouvait être absolue sous peine de causer la ruine de l'Église ».

Conclusion

Un fait est devenu certain au fil des discours de la majorité de la doctrine juridique – privatiste, comme publiciste ensuite – du XIX^e siècle : l'être humain a toujours vécu en société. Il est incapable de vivre seul. Un tel constat en amène un autre : s'il ne peut vivre véritablement de manière isolée, si « Robinson » n'est qu'un mythe théorique pour montrer que le droit nécessite la pluralité d'individus, alors les théories du contrat social, de l'état de nature ou encore de « libertés primitives » sont rendues caduques. Au commencement, il n'y a plus un état d'individualités isolées, mais des sociétés rudimentaires¹⁵³⁰. Cette réflexion s'inscrit dans un contexte de progrès des sciences humaines comme l'anthropologie, la paléontologie, l'ethnographie, avec la découverte, sous couvert de colonialisme, de nombreuses sociétés jugées primitives¹⁵³¹. L'hypothèse qu'elle formerait ce qu'il y avait à l'origine, avant les sociétés civilisées occidentales, permet de voir la société de l'anthropologue comme la plus aboutie et celle à sauvegarder¹⁵³². Elles sont le symbole de la civilisation. Le juriste du XIX^e siècle agit dans cet état d'esprit, combattant non pas tant un modèle extérieur, mais d'abord un adversaire interne : il faut défendre « l'ordre social établi [...] qui nous sépare de la catastrophe »¹⁵³³, face aux crises sociales et révolutionnaires qui menacent la France depuis les XVIII^e et XIX^e siècles.

Selon Jean Rivero (1910-2001)¹⁵³⁴, le droit, après être sorti « du chaudron des sorcelleries primitives » des premières formes de sociétés humaines, a dû traverser des révolutions. Qu'elles aient été politiques, sociales ou économiques, les différentes crises révolutionnaires du XVIII^e et XIX^e siècle ont provoqué le déclin de l'ancien ordre de la société en faveur d'un nouveau modèle d'organisation sociale à l'individualisme juridique singulier. Pour autant, le droit n'a pas complètement perdu de son mystère et de ses formules quasi ésotériques. Au contraire, il est resté

¹⁵³⁰ Marcel Waline, *L'individualisme...*, *op. cit.*, p. 105.

¹⁵³¹ Frédéric Audren, Laetitia Guerlain, « Introduction... », *op. cit.*, p. 4.

¹⁵³² Selon Philippe Descola, l'ethnologie n'a véritablement à progresser que lorsqu'elle abandonna cette question des « origines » où s'enfermait un « évolutionnisme épris [et] arbitrairement isolé par l'explication génétique ». V. Philippe Descola, « 16. Pourquoi les Indiens d'Amazonie n'ont-ils pas domestiqué le pécari ? Généalogie des objets et anthropologie de l'objectivation », *De la préhistoire aux missiles balistiques. L'intelligence sociale des techniques*, Paris, La Découverte, « Recherches », 1994, p. 329.

¹⁵³³ Maurice Hauriou, *Aux sources du droit...*, *op. cit.*, p. 49.

¹⁵³⁴ Jean Rivero, « La culture juridique. Discours prononcé à la rentrée de l'Université (nov. 1948) », *Annales de l'Université de Poitiers*, 2^e série, n°3, 1948, p. 1 et s.

un langage, une « littérature particulière », malgré le développement des théories positivistes et le combat plus ou moins sincère mené contre le droit naturel et son caractère métaphysique. En pratique, le jusnaturalisme de la doctrine du XIX^e siècle demeure et les valeurs attribuées à la morale continuent d'influencer les juristes. La mémoire et la subjectivité, si elles peuvent nuire à la scientificité du discours, contribuent néanmoins à donner un rôle de témoins d'une époque aux juristes, des changements et des « profondeurs du social »¹⁵³⁵. Même si l'histoire est censée enseigner que « chaque moment est singulier », les juristes – nous compris – n'ont jamais pu ou su, ne « glaner » continuellement « qu'une forêt de mots », sans cesse réinterprétés¹⁵³⁶. Ce sont ces interprétations qui permettent de montrer, à l'image d'une couche géologique enfouie, qu'elle est la possible situation de l'état d'esprit à l'époque. Comme la réinterprétation des termes prend des formes différentes, cela permet à l'historien du droit de se faire géologue d'une époque. Le phénomène est particulièrement visible avec le Code civil, tant celui-ci aurait laissé son empreinte, en tant que masse de granit ; mais surtout d'une manière plus subsidiaire, la doctrine du XIX^e siècle qui s'est cachée derrière ce monument.

Là où se perçoit le mieux l'état d'esprit des juristes, c'est dans les valeurs qu'ils attribuent naturellement au Code civil. Jugements de valeurs devenant objectifs du seul fait qu'ils soient appréciés chez un « certain nombre »¹⁵³⁷, les commentaires, comme le disait Carbonnier, ont instinctivement révélé par leurs nombreuses d'annotations historiques ce que la doctrine voulait faire du Code¹⁵³⁸. Œuvre historique, dès 1804, il est davantage qu'une simple « écriture » juridique, mais c'est une action « éminemment politique ». Son but – fixé par Napoléon même si dont on peut discuter les « droits d'auteur »¹⁵³⁹ – est d'unir « psychologiquement » le pays sous une domination verticale nouvelle¹⁵⁴⁰. La notion d'ordre public devient centrale, déterminant le

¹⁵³⁵ « S'empilant, s'accumulant et se stratifiant, la littérature juridique permet aux "nains" que nous sommes de nous jucher sur les "épaules de géants", selon la formule de Bernard de Chartres reprise par Michel Villey, pour aller puiser mots et idées, règles et solutions », Nader Hakim, *Du chaudron magique à la science juridique...*, *op. cit.*, p. 2.

¹⁵³⁶ *Ibid.*, p. 3.

¹⁵³⁷ Philippe Jestaz, *Droit naturel et positivisme juridique* (1918), Milau, Dalloz, Tiré à part, 2013, p. 11.

¹⁵³⁸ Jean Carbonnier, « Le Code civil... », *op. cit.*, p. 1045.

¹⁵³⁹ « Historique, il l'était déjà en 1804, aux yeux de ses contemporains [...]. C'était un général victorieux (Justinien en était un également [...]). On pourra discuter sans fin des droits d'auteur de Bonaparte. [...] Le Code Napoléon doit être historiquement jugé comme une action, plutôt comme écriture. Reconnaissons-y une action impériale. De politique antérieure d'abord ; et là il n'y a pas à s'y tromper : il s'insère dans l'action de l'an VIII, dans cette reconstruction générale de l'État qui suivit la période molle, sinon déliquescence, du Directoire », *ibid.*, p. 1047.

¹⁵⁴⁰ « Remplacer par un monument unique la mosaïque de coutumes et de droit romain qui morcelait le pays, ce n'était pas une opération de technique pure [...] à des fins de commodité, pour une meilleure circulation des

cadre protecteur dans lequel l'individu est censé être libre. L'interprétation de la majorité de la doctrine civiliste, à laquelle se rajoute plus tard la doctrine publiciste, est d'avoir essayé de concilier individualisme et autoritarisme. Ainsi, si habituellement, l'individualisme va de pair avec le libéralisme, dans le cadre français, c'est la volonté d'assurer la paix sociale qui l'emporte. Si Arnaud, peut-être avec excès toutefois nous semble-t-il, l'a désigné comme « bourgeoise » dès 1804, il nous semble véridique par contre que l'idéologie du Code cherche bien, avant tout, à profiter d'abord à une partie de la population, malgré – et non sans paradoxe – son message au départ universaliste¹⁵⁴¹. À ce titre, le Code civil est d'abord un code de « l'ordre », bien qu'issu d'un courant de libéralisation individuelle¹⁵⁴². C'est une arme de répression au service du pouvoir impérial – plus que des bourgeois –, d'où l'idéaltype individuel qu'il fixe : le fonctionnaire ou le militaire, entendu comme « notable », tend à servir néanmoins par la suite les intérêts de la branche orléaniste de la société, jusqu'à devenir pleinement bourgeois à la fin du siècle. En effet, ce changement coïncide parfaitement avec le discours de la majorité de la doctrine juridique française. Malgré une prise en compte croissante de la « question sociale », cette dernière vise toujours à vouloir défendre un certain idéal social *d'inspiration* – sans pour autant l'être toujours totalement au départ – bourgeois.

La permanence de ce discours socialement conservateur nous permet de distinguer le concept d'ordre social et celui d'ordre politique. Ce dernier est plus restrictif que celui d'ordre social. En effet, tandis que ce dernier renvoie à l'organisation de la société sur le plan sociologique et culturel, en plus de ses aspects juridiques, l'ordre politique fait plutôt référence à l'organisation institutionnelle ou politique et ses conséquences. En d'autres termes, l'ordre social renvoie à la notion de contrôle social et les contraintes ou « influences intériorisées » qui dirigent les actions individuelles, mais qui dépassent le seul cadre politique. Car, si le contexte historique et politique

personnes, des biens et des contrats. L'objectif se situait beaucoup plus haut, dans la sphère des symboles : par l'unité du droit civil, il fallait souder psychologiquement l'unité des Français », Jean Carbonnier, « Le Code civil... », *op. cit.*, p. 1050.

¹⁵⁴¹ « Ce qui est condamnable, en fin de compte, ce n'est pas tant la notion d'*ordre public* en elle-même, que l'utilisation qu'en fait le législateur de l'an XII ; car rien n'est pis qu'un système bâtard, et l'introduction de ce concept dans un contexte individualiste se justifie mal méthodologiquement. On dira qu'il s'agit d'un « contrepoids » indispensable à l'expression de la liberté totale individuelle dans le groupe. Mais, alors, il n'est pas permis, sous couvert de protection du groupe tout entier, de faire servir l'ordre public à la sauvegarde d'une conception individualiste - bourgeoise - des rapports sociaux : c'est faire dévier l'ordre public de son véritable sens, l'intérêt de tous, au profit de quelques-uns », André-Jean Arnaud, *Essai d'Analyse...*, *op. cit.*, p. 49.

¹⁵⁴² *Ibid.*, p. 55.

- notamment institutionnel ou encore la nature du régime - influencent la nature de l'ordre social, cette influence n'est pas suffisamment déterminante pour être le témoin privilégié de la transformation de la société française. Car, s'il y a bien un changement d'ordre social après la Révolution, mettant fin à la société d'ordres, ce changement ne peut être traduisible uniquement par la nature du régime et l'ordre politique, pour preuve la permanence d'un discours conservateur sur le plan social de la part des juristes, tandis que les régimes se succèdent et prennent des natures très différentes, parfois totalement opposées. Ainsi, le discours de la majorité de la doctrine est resté durant tout ce siècle conservateur, sur le plan social, quand bien même les juristes se sont montrés tantôt les défenseurs d'un ordre politique réactionnaire, tantôt réformateur, sur le plan strictement « politique ». C'est d'ailleurs cette constante, qui explique cette formule attribuée au Code civil de 1804, de « Constitution civile de la France »¹⁵⁴³. Il est en effet le texte juridique, ayant permis, notamment à la doctrine juridique, de faire triompher l'individualisme dans un contexte de développement de la l'industrialisation et où la question sociale devient de plus en plus préoccupante. C'est ce qui a permis par ailleurs, à faire de lui le monument à la base de l'organisation de la société française et avec, de son idéal-type individuel ; même si cet idéal-type dépasse les seules contraintes et limites posées par ce texte, comme avec l'exemple de l'idéal-type professionnel avec le fonctionariat¹⁵⁴⁴.

Le Code est jugé comme une œuvre « imprégnée d'idéalisme » selon Ripert¹⁵⁴⁵. Ce dernier, rappelant les propos de Bonnecase, renvoie au phénomène de « renaissance » du droit naturel à la fin du siècle, qui offre une règle de conduite flottante et vague, rendant ainsi difficile la détermination des préceptes de la vie sociale. Si le droit naturel détermine alors une direction à suivre, cette direction est souvent subjective ; l'orientation fixée pour l'individu « désirable », qui agit comme une traduction des « besoins du présent », dépend de chaque interprète¹⁵⁴⁶. Néanmoins, malgré la difficile définition de ce droit naturel, généralement d'inspiration catholique, nombre de juristes l'étant, ce désirable fut éminemment conservateur : l'objectif a constamment été de sauvegarder l'ordre social entériné par le Code, comme s'il fallait toujours le protéger face à un retour à l'Ancien Régime ou d'une nouvelle Terreur ; ce qui en soi n'est pas

¹⁵⁴³ V. *Supra*, p. 11.

¹⁵⁴⁴ Sur la notion de contrôle social, à associer à celui d'ordre social, V. André-Jean Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, Paris, 2^e ed., LGDJ, 1993, v° Contrôle social, p. 112-113.

¹⁵⁴⁵ George Ripert, *Droit naturel et positivisme juridique* (1918), Milau, Dalloz, Tiré à part, 2013, p. 2.

¹⁵⁴⁶ Philippe Jestaz, *Droit naturel... op. cit.*, p. 11.

tout à fait faux jusqu'en 1879, la menace planant toujours sur le plan politique et institutionnel¹⁵⁴⁷. Le droit civil, mais aussi le droit public ensuite, s'inscrit dans cette période favorable à la pérennité¹⁵⁴⁸, pour ne pas dire de la conservation, d'une organisation sociale d'inspiration bourgeoise, mais malgré tout marquée par l'influence et le retour de la noblesse sous l'Empire et la Restauration.

En parallèle, un fait apparaît comme commun à toutes les sociétés soumises aux « rythmes de la civilisation industrielle » : la croissance exponentielle des prérogatives de l'État. Si le phénomène n'est pas exclusivement français, la France reste un des pays dont l'ancienneté étatique n'a qu'un rival : l'Angleterre¹⁵⁴⁹. Or, à l'inverse de cette dernière, ; la France n'opte jamais pour une voie d'un État minimal, mais plutôt au contraire, d'un État plus « responsable » bien qu'influencée par les idées libérales qui l'amènent lentement, mais sûrement, vers l'industrialisation. Paradoxalement cette responsabilité confère à l'État un rôle de garant d'une certaine protection à l'égard des acteurs économiques favorables au libéralisme, comme la population fragilisée par les crises sociales que connaît le XIX^e siècle. Ainsi, tandis que le « boia constrictor de la bureaucratie » selon la formule Bismarck conduit peu à peu vers un régime dans lequel règne le « despotisme » de l'Administration, l'individu finit par être « absorbé » par l'État ; tout particulièrement en France, qui encaisse le développement de cet appareil administratif théoriquement garant de la démocratie et constitué par ailleurs, des idéaux-types professionnels de l'ordre social contemporain¹⁵⁵⁰. Aussi, autre particularité française par rapport aux États plus industrialisés qui l'entourent : sa population est plus susceptible de réclamer l'intervention étatique en cas de crises. Le double besoin de libertés, mais aussi de sécurité, qui incombe à l'Administration lui ont imposé un encadrement de la vie économique, tout en garantissant, *au*

¹⁵⁴⁷ Lorsque la III^e République est finalement assurée et le retour de la forme monarchique rendu impossible. Sur le choix de cette date, V. *Supra*, p. 327 et s.

¹⁵⁴⁸ « Gardons-nous de parler de *perpétuité* : rien n'est perpétuel dans l'univers du droit. Ce que nous voulons dire, c'est qu'au sein de cet océan agité qu'est le système juridique, le Code civil a un rôle qui n'appartient qu'à lui : il est symbole non de mouvement, mais d'immobilité ; il réalise en lui un arrêt du temps, une stase magique. Comparons-le à ces grandes œuvres littéraires, l'*Odyssée* par exemple. [...] Le Code civil a acquis ce statut sans pareil de livre canonique, de livre intemporel », Jean Carbonnier, « Le Code civil... », *op. cit.*, p. 1051.

¹⁵⁴⁹ V. À propos de l'origine de l'État français au XVI^e siècle, Simone Gotayd-Fabre, *L'État figure moderne de la politique*, Paris, Armand Colin, 1999, p. 15-17 ; Sur le libéralisme et l'industrialisation en Angleterre et notamment sa « confiance en un État minimal », Julien Vincent, « *Industrialisation et libéralisme au XIX^e siècle : nouvelles approches de l'histoire économique britannique* », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, 37 | 2008, p. 102-104 et 109-110.

¹⁵⁵⁰ Sur l'engagement politique de l'Administration, V. Pierre Legendre, *Trésor historique...*, *op. cit.*, p. 355 et s.

mieux, l'initiative individuelle. Or, cette tendance ou ce désir se retrouve dans le discours de la doctrine ; elle se fait ici l'écho d'un besoin réel. L'État n'est alors là en théorie que pour « payer les pots cassés », mais c'est ce qui justifie son intrusion dans les questions sociales à la fin du XIX^e siècle. Cela lui permet d'avoir une Administration forte, notamment visible à travers la création d'un ministère du travail et de la prévoyance sociale en 1906¹⁵⁵¹. Cette tendance ne fait que s'accroître au cours du siècle suivant, amenant à nuancer le discours libéral. En effet, l'État français s'est vu investi d'une mission bien plus importante que celle préconisée par ce discours, offrant au concept d'État providence un contenu le distinguant très nettement du libéralisme du type anglo-saxon ; sans pour autant se tourner vers la voie d'une totale socialisation¹⁵⁵².

La nouvelle forme que devait prendre l'ordre social français, si elle était d'inspiration bourgeoise, amenait avec elle, *de facto*, l'idée qu'il fallait que l'individu soit docile et accepte la situation présente. Selon Gustave Le Bon, dans son ouvrage *La Révolution française et la psychologie des Révolutions* (1913), l'Étatisme devient, dans ce contexte politique fragile, le véritable régime politique. Sa forme – république, monarchie, empire – n'est alors qu'une simple « étiquette ». Il fait référence à « d'impuissantes ombres ». Il ajoute également que son objet est de protéger l'individu, de lui éviter la « catastrophe » de l'anarchie¹⁵⁵³. Le discours de la majorité de la doctrine juridique française révèle particulièrement cette peur continuelle, sans pour autant abandonner l'idée d'un droit individualiste, qui de plus devient de plus en plus respectueux des libertés individuelles.

¹⁵⁵¹ Pierre Legendre, *Trésor historique...*, *op. cit.*, p. 68-69 et 74-75.

¹⁵⁵² « La mythologie contemporaine investit l'État d'une capacité illimitée de satisfaire les désirs individuels. [...] C'est l'État pour le bonheur de tous, Providence magnanime, assurant le partage social, garantissant contre les risques de la nature, imposant aux masses la véritable esthétique ou dirigeant la morale publique par la propagande, etc. Cette puissance suprême, dont l'image diffuse s'accompagne d'une gamme fort variée de croyances, n'est que la version française du *Welfare State*, l'État des services sociaux. [...] Il paraît peu contestable qu'en France, nation égalitaire, rebelle au libéralisme du type anglo-saxon, la socialisation par l'État soit conforme à une ligne générale d'évolution et ne puisse choquer les habitudes », *ibid.*, p. 343.

¹⁵⁵³ Sur le droit et l'anarchie, V. Claire Vachet, *Le droit saisi par l'anarchisme. Étude du discours des militants libertaires (1870-1926)*, sous la direction du Professeur Nader Hakim, Université de Bordeaux, soutenue le 11 décembre 2020.

En somme et pour finir cette étude, nous dirons que nous avons essayé de démontrer en quoi le discours dominant de la doctrine juridique française du XIX^e siècle était soucieux de protéger et d'assurer la survie d'un mode d'organisation sociale précis. Héritée d'un compromis entre la Révolution et l'Ancien Régime, sa chrysalide que fut le XIX^e siècle conduit toutefois la société française à subir de nouvelles transformations à la veille de la Grande guerre, qui sonnèrent le glas définitif de la société des notables. En effet, si à la fin de la Belle Époque, le sommet de la hiérarchie des revenus est dominé par des revenus de patrimoine extrêmement concentrés, le groupe social des notables perd définitivement de sa « superbe »¹⁵⁵⁴, même si restant encore la « moelle » du droit¹⁵⁵⁵. Cela ne cache pas toutefois d'annoncer son déclin prochain et d'offrir un riche prestige social à son seul héritier : la bourgeoisie.

¹⁵⁵⁴ « En France, la part des 1 % des revenus les plus élevés (le « centile supérieur » de la distribution) est ainsi passée de plus de 20 % du revenu total des ménages en 1900-1910 à environ 7-8 % en 2000. Surtout, le nombre de personnes disposant de revenus de patrimoine suffisamment importants pour pouvoir se permettre d'en vivre a fortement diminué. [...] Les 1 % des successions les plus importantes représentaient au début du XXe siècle plus de 50 % du patrimoine total, contre moins de 20 % aujourd'hui. Le niveau proprement astronomique atteint par les grosses successions à la veille de la Première Guerre mondiale permet d'ailleurs de prendre la mesure du monde extrêmement inégalitaire dans lequel vivaient les théoriciens socialistes de la fin du XIXe siècle et du début du XXe siècle », Thomas Piketty, « III. Les inégalités économiques sur longue période », *Les mutations de la société française. Les grandes questions économiques et sociales II*. Paris, La Découverte, « Repères », 2013, p. 58 et s. Sur l'effondrement des rentiers du centile supérieur au cours des années 1914-1945, V. les graphiques présentés par Piketty.

¹⁵⁵⁵ Philippe Rémy, « Le rôle de l'Exégèse... », *op. cit.*, p. 105.

Bibliographie

I. Usuels :

Académie française :

- ♦ *Dictionnaire de l'Académie Française*, 5^e éd, Tome 1 de A à K, Paris, Chez J.J Smits et Compagnie, An II (1799).
- ♦ *Dictionnaire de l'Académie française*, Tome 1 A à K, Paris, Chez Paul Dupont et Compagnie, 1835.

ALLAND, Denis, RIALS, Stéphane, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy PUF, 2003.

ARNAUD, André-Jean, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, Paris, 2^e ed., LGDJ, 1993.

BOISTE, Pierre-Claude-Victor, *Dictionnaire universel de la langue française avec le latin et les étymologies*, Tome 1, 7^e éd., Bruxelles, Chez Frechet libraire-éditeur, 1828.

LAVEAUX, Jean-Charles, *Nouveau Dictionnaire de la langue française*, Tome 1 de A à K, Paris, Chez Déterville et Lefèvre, 1820.

LITTRE, Paul-Emile, *Dictionnaire de la langue française*, Versailles, ed. Encyclopædia Britannica France Ltd, 1994.

MOURRE, Michel, *Dictionnaire Encyclopédique d'Histoire*, Editions Universitaires, Paris 1978 pour le texte original, Nouvelle édition Bordas, 1996.

II. Sources :

ACCOLAS, Émile :

- ♦ *Réponse à A. M. Thiers, La question italienne et la question religieuse*, Paris, Étienne Sausset Libraire, 1865.
- ♦ *Manuel de droit civil. Commentaire philosophique et critique du Code Napoléon contenant l'exposé complet des systèmes juridiques*, 2^{ème} éd., Paris, 1874, tome 1.

ARISTOTE, *Les politiques*, trad et présentation par Pierre Pellegrin, Paris, GF Flammarion, 2^{ème} édition, 1993.

BERRIAT-SAINT-PRIX, Jacques, « Notice sur les nouveaux Codes promulgués ou préparés dans divers États de l'Europe », *La Thémis, ou bibliothèque du jurisconsulte*, Tome 1, Paris, Baudoin frère, imprimeurs-libraires, 1819.

BLANCHEMAIN, Prosper, *Œuvres Complètes de P. Ronsard*, Volume 6, Paris, Librairie A. Franck, 1866.

BLONDEAU, Hyacinthe, *Discours prononcé à la séance de rentrée du 7 novembre 1840*, Paris, Cosson imprimeur, 1840.

BONNECASE, Julien :

- ♦ *La Thémis (1819-1831), son fondateur, Athanase Jourdan*, Paris, 2^e ed., Librairie Recueil Sirey, 1914.
- ♦ *Science du droit et Romantisme, Le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle*, Paris, Recueil Sirey, 1928.

BOURGEOIS, Léon, *Solidarité*, Paris, Librairie Armand Colin, 5^e édition, 1906.

BOURJON, François, *Droit commun de la France et la coutume de Paris réduits en principes tirés des Lois, ordonnances, de arrêts, des jurisconsultes et des auteurs mis dans l'ordre d'un commentaire complet et méthodique sur cette coutume contenant dans cet ordre les usages du Chatelet sur les liquidations, les comptes, les partages, les substitutions, les dimes et toutes autres matières*, Tome 1, Paris, Grangé & Cellot, Imprimeurs-Libraires, 1747.

CAPITANT, Henri, *Introduction à l'étude du Droit civil. Notions générales*, Paris, 1898.

COMTE, Auguste, *Système de politique positive*, extraits des tomes II et III publiés entre 1851 et 1854, collection « Les classiques des sciences sociales », Québec, édition électronique de Jean-Marie Tremblay, 14 février 2002.

COTELLE, Toussaint-Ange, « De l'établissement des lois civiles et de leur objet », *Thémis, ou bibliothèque du jurisconsulte*, Tome 1, Paris, Baudoin frère, imprimeurs-libraires, 1819.

DALLOZ, Désiré, *jurisprudence générale du royaume, en matière civile, commerciale, criminelle et administrative*, 1827, Paris, Bureau de la jurisprudence générale ou journal des audiences.

DE CHAMFORT, Sébastien-Roch Nicolas, *Maximes, Pensées, Caractères et Anecdotes*, édition Ginguené, Maison d'édition T. Baylis, Imprimeur, Paris, 1796.

DE CHATEAUBRIAND, François-René, *Mémoires d'outre-tombe* (1839), texte établi *post-mortem* par Edmond Biré, Paris, Garnier, T. 4, 1910.

DE GERANDO, Joseph-Marie, « Discours d'ouverture du Cours de droit public et administratif ; par M. de Gérando, conseiller d'État, membre de l'Institut etc. », *La Thémis, ou bibliothèque du jurisconsulte*, Tome 1, Paris, Baudoin frère, imprimeurs-libraires, 1819.

DE LAS CASES, Emmanuel, *Mémorial de Sainte-Hélène*, Paris, T. 1, Magen et Comon Libraires-éditeurs, 1822.

DELVINCOURT, Claude-Étienne :

- ♦ *Institues de droit civil français, conformément aux dispositions du Code Napoléon*, Paris, Tome 1, Gueffier imprimeur, 1808.
- ♦ *Cours de Code Napoléon*, Paris, Tome 1, Gueffier imprimeur-libraire, 1813.

DE MAISTRE, Joseph, *lettres et opuscules inédits*, Tome 1, 2^{ème} éd, Paris, A. Vatou libraire-éditeur, 1853.

DE MALEVILLE, Jacques, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, Paris, Tome 1, 1805.

DEMANTE, Antoine Marie :

- ♦ *Cours analytique de Code civil*, Tome 1, Paris, *Traité des personnes*, E. Plon et C^{ie}, Imprimeurs-éditeurs, 1881.
- ♦ *Cours analytique de Code civil*, Tome 2, Paris, *Traité des personnes et des biens*, E. Plon et Compagnie, 1881.

DEMOLOMBE, Charles :

- ♦ *Cours du Code Napoléon*, Tome 1, 2^e éd, Paris, *Traité du mariage et de la séparation de corps*, Auguste Durant et Hachette et Compagnie, 1860.
- ♦ *Cours du Code Napoléon*, Tome 1, 3^e éd, Paris, *Traité de la publication des effets et de l'application des Lois en général*, Hachette, 1865.
- ♦ *Cours du Code Napoléon*, Tome 1, 5^e éd, Paris, *Traité des servitudes ou services fonciers*, Hachette et Compagnie, 1872.

DEMOGUE, René, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique, pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, Arthur Rousseau, 1911.

DE SAINT-SIMON, Claude-Henri, HALEVY, Léon, RODRIGUES, Olinde, DUVERGIER, Jean-Baptiste, BAILLY Étienne-Marin, *Opinions littéraires, philosophiques et industrielles*, Paris, imprimerie de Lachevardière fils, Galerie de Bossange père libraire, 1825.

DUGUIT, Léon :

- ♦ *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris, Albert Fontemoing, 1901.
- ♦ *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'État*, Paris, Félix Alcan, 1908.
- ♦ *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Félix Alcan, 1911.
- ♦ *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, Librairie Félix Alcan, 1912.
- ♦ *Le pragmatisme juridique : conférence faite à l'université de Coïmbre le 3 décembre 1923*, Coïmbra, 1924.

DURANTON, Alexandre, *Cours de droit français suivant le Code civil*, Paris, imprimerie de Rignoux, Tome 1, 2^e édition, Alex-Gobelet Libraire, 1828.

DUVERGIER, Jean-Baptiste, DE SAINT-SIMON, Claude-Henri, RODRIGUES, Olinde, BAILLY Étienne-Marin, *Opinions littéraires, philosophiques et industrielles*, Paris, imprimerie de Lachevardière fils, Galerie de Bossange père libraire, 1925.

ESMEIN, Adhémar :

- ♦ *Éléments de droit constitutionnel*, Paris, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 1896.
- ♦ *L'originalité du Code civil*, Paris, Arthur Rousseau éditeur, 1904.
- ♦ *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814*, Paris, Recueil Sirey, 1911.

FENET, Pierre-Antoine, *Recueil des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vol., Paris, 1827.

FLAUBERT, Gustave, *L'Éducation sentimentale, histoire d'un jeune homme*, Nouvelle édition, Paris, G. Charpentier et Compagnie éditeurs, 1888.

FOUILLEE, Alfred, *La Science sociale contemporaine*, Paris, Librairie Hachette et Compagnie, 2^e édition, 1885.

GONCOURT, Edmond, GONCOURT, Jules, « La Révolution dans les mœurs » (1854), *Cahiers Edmond et Jules de Goncourt*, Les Goncourt moralistes, n°15, 2008.

GUIZOT, François, *Du gouvernement de la France depuis la Restauration et du ministère actuel*, Paris, 4^e éd. 1821.

GUY, Victory, « Traité des Nullités de Droit, en matière civile ; par J. B. Perrin, avocat. – 1 vol. in-8. Paris, chez Bavoux, libraire, rue Git-le-Cœur, n°4 », *La Thémis, ou bibliothèque du jurisconsulte*, Tome 1, Paris, Baudoin frère, imprimeurs-libraires, 1819.

HAURIU, Maurice :

- ♦ *Précis de droit administratif, contenant le droit public et le droit administratif*, Paris, Larose & Forcel éditeurs, 1892.
- ♦ *Aux sources du droit, le pouvoir, l'ordre et la liberté* (1933), Paris, Centre de Philosophie politique et juridique, 1986.

HOBBS, Thomas :

- ♦ *Le Léviathan* (1651), trad. et notes F. Tricaud, Paris, Sirey, 1971.
- ♦ *De la nature humaine*, trad. du baron d'Holbach, Londres, 1772.

HUGO, Victor, *Les misérables*, texte annoté par Guy Rosa, Édition du groupe « Livres électroniques libres et gratuits » 1862.

JAURES, Jean, *Histoire socialiste de la Révolution française*, Paris, rééd. Éd. Sociales, 6 vol, 1904.

JOURDAN, Athanase :

- ♦ « Introduction à la Jurisprudence administrative », *La Thémis, ou bibliothèque du jurisconsulte*, Tome 1, Paris, Baudoin frère, imprimeurs-libraires, 1819.
- ♦ « Jurisprudence du Code civil », *La Thémis, ou bibliothèque du jurisconsulte*, Tome 1, Paris, Baudoin frère, imprimeurs-libraires, 1819.

KANT, Emmanuel, *Métaphysique des mœurs*, première partie Doctrine du droit (1795), préface par M. Villey, introduction et traduction par A. Philonenko, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1971.

LIST, Friedrich, *Système national d'économie politique*, trad Richelot, Paris, Capelle Libraire-éditeur, 2^e édition, 1857.

LOCKE, John, *Du gouvernement civil* (1724), Bruxelles, nouvelle édition revue et corrigée, 1754.

MACAREL, Louis Antoine, *Éléments de droit politique*, Paris, Nève, libraire de la Cour de Cassation, Palais de justice, 1833.

MARTIN, Henri, *Histoire de France, depuis 1789 jusqu'à nos jours*, Paris, Tome 6, 2^e éd., Jouvot et Compagnie éditeurs, 1883.

MASSE, A. J., « Manuel du Notaire, ou Instruction par demandes et réponses, sur les contrats, donations, testaments, etc., avec des modèles d'actes, terminés par la perception raisonnée des droits d'enregistrement ; par A. Goux, notaire, à Agen ; quatrième édition », *La Thémis, ou bibliothèque du jurisconsulte*, Tome 1, Paris, Baudoin frère, imprimeurs-libraires, 1819.

MORRIS, William, *La civilisation et le travail* (1884-1886), traduit par Dominique Bellec, Préface d'Anselm Jappe, Edition le passager clandestin, 2013.

PARETO, Vilfredo, *Traité de sociologie générale*, Librairie Payot, Paris, 1917.

PORTALIS, Jean-Étienne-Marie, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil* (1801), Préface de Michel Massenet, Bordeaux, Édition numérique, Collection « Les classiques des sciences sociales », 2004.

PROUDHON, Jean-Baptiste-Victor :

- ♦ *Cours de législation et de jurisprudence françaises*, Partie 1, sur l'état des personnes, Besançon, tome 1, Chez Tissot imprimeur-libraire, 1798.
- ♦ *Traité du domaine public ou de la distinction des biens considérés principalement par le rapport au domaine public*, Tome 1, Dijon, Victor Lagier libraire-éditeur, 1833.
- ♦ *Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code civil*, considérablement augmentée par M. Valette, Tome 2, Dijon, Victor Lagier libraire-éditeur, 3^e édition, 1845.

RENAN, Ernest :

- ♦ *Qu'est-ce qu'une Nation ?*, discours prononcé le 11 mars 1882 à la Sorbonne, mille et une nuits, 1997.
- ♦ *L'avenir de la Science : pensées de 1848*, Paris, Calmann-Lévy, 1890.

RENOUARD, Augustin-Charles, « Introduction à l'Étude philosophique du Droit, précédée d'un Discours sur les causes de la stagnation de la Science du Droit en France ; par A. J. Lherbette, docteur en droit ; 1 volume in-8. Paris, chez P. Warée oncle, Leloire et Delaunay. Prix, 4 francs », *La Thémis, ou bibliothèque du jurisconsulte*, Tome 1, Paris, Baudoin frère, imprimeurs-libraires, 1819.

RICARDO, David, *Des principes de l'économie politique et de l'impôt*, Paris, traduction par F.S. Constancio, avec des notes et critiques de Jean-Baptiste Say, J.P Aillaud Libraire, 1819.

RIPERT, George, *Droit naturel et positivisme juridique* (1918), Milau, Dalloz, Tiré à part, 2013.

ROUSSEAU, Jean-Jacques :

- ♦ *Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes* (1755), Paris, librairie de la bibliothèque nationale, 1894.
- ♦ *Du contrat social* (1762), Paris, 1992.

SALEILLES, Raymond :

- ♦ *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, 3^e éd, Paris, Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1914.
- ♦ *L'individualisation de la peine, étude de criminalité sociale* (1899), préface de G. Tarde, 3^e édition, librairie Félix Alcan, Paris, 1927.

SALLIER-CHAUMONT DE LAROCHE, Guy-Marie, *Annales françaises. Depuis le commencement du règne de Louis XVI jusqu'aux états généraux, 1774 à 1789*, Leriche, Paris, 1813.

SAVIGNY, Friedrich Carl, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit* (1828), trad. d'Alfred Dufour, Presses Universitaires de France, « Léviathan », 2006.

SERUZIER, Charles, *Précis historique sur les codes français*, Paris, Videcoq, 1844.

SIEYES, Emmanuel Joseph, *Qu'est-ce que le Tiers état ?* (1789), Paris, Éditions du Boucher, coll. G. Collet, 2002.

SIREY, Jean-Baptiste, *Recueil général des lois et des arrêts, en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, Tome XVI, IIe Partie, Paris, imprimerie de Renaudiere, 1816.

SMITH, Adam :

- ♦ *Théorie des Sentiments moraux* (1759), traduction de Biziou, Gauthier, Pradeau, PUF, 1999.
- ♦ *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations* (1776), Livre IV, ch. 2, d'après réédition, éd. Flammarion, 1991, tome II.

TOULLIER, Charles Bonaventure Marie, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, Paris, 4^e éd., Tome 1, Warée libraire, 1824.

TROPLONG, Raymond-Théodore :

- ♦ *Des privilèges et hypothèques*, tome 1, Paris, Charles Hingray, 1838.
- ♦ *Du principe d'autorité depuis 1789*, 3^e édition, Paris, Les marchands de nouveautés, 1855.

VALETTE, Auguste :

- ♦ *Explication sommaire du livre premier du Code Napoléon et des lois accessoires*, Paris, Marescq Ainé Libraire-éditeur, 1859.
- ♦ *Cours de Code civil*, Tome 1, Paris, Librairie Germer Baillière, 1872.

WARNKOENIG, Léopold Auguste, *Thémis, ou bibliothèque du jurisconsulte*, Tome 1, Paris, Baudoin frère, imprimeurs-libraires, 1819.

III. Ouvrages et articles

AFFAYA, Rim, *Départ, objets et culture matérielle*, juin 2016.

ALLINNE, Jean-Pierre, « L'anthropologie juridique au milieu du gué : Crise idéologique ou crise épistémologique ? », *Clio@Thémis, Revue électronique d'histoire du droit*, n°9, 2015.

AMIEL, Olivier, « Le solidarisme, une doctrine juridique et politique française de Léon Bourgeois à la Ve République », *Parlement[s], Revue d'histoire politique*, vol. 11, no. 1, 2009.

ANDRIEUX, Jean-Paul, « Frédéric Audren, Jean-Louis Halpérin, *La culture juridique française, Entre mythes et réalités XIX^e-XX^e siècle*, Paris, CNRS éditions, 2013.

ANGENOT, Marc, *l'Histoire des idées : problématiques, objets, concepts, méthodes, enjeux, débats*, Liège, Presses universitaires de Liège, coll. « Situations », 2014.

ARNAUD, André-Jean, *Essai d'Analyse structural du Code civil français, la règle du jeu dans la paix bourgeoise*, préface de Michel Villey et postface de Georges Mounin, Paris, bibliothèque de philosophie du droit, LGDJ, 1973.

ASSIER-ANDRIEU, Louis, « Difficulté et nécessité de l'anthropologie du droit », *Clio@Thémis, Revue électronique d'histoire du droit*, n°15, 2019.

AUDREN, Frédéric :

- ♦ *Les juristes et les mondes de la science sociale en France. Deux moments de la rencontre entre droit et science sociale au tournant du XIX^e siècle et au tournant du XX^e siècle*, Université de Bourgogne, Thèse présentée et soutenue publiquement le 2 décembre 2005.
- ♦ « Émile Accolas libertarien de la République », *La République et son droit (1870- 1930)*, Besançon, 2008.
- ♦ « Les professeurs de droit, la République et le nouvel esprit juridique. Introduction », Mil neuf cent. *Revue d'histoire intellectuelle*, n° 29, 2011/1.
- ♦ « Le "moment 1900" dans l'histoire de la science juridique française », *Le « moment » 1900, critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Université Panthéon-Assas, 2015.

AUDREN, Frédéric, GUERLAIN, Laetitia, « Introduction. Un nouvel agenda pour l'anthropologie du droit ? », *Clio@Thémis, Revue électronique d'histoire du droit*, n°15, 2019.

AUDREN, Frédéric, HALPERIN, Jean-Louis, *La culture juridique française, Entre mythes et réalités XIX^e XX^e siècles*, CNRS éditions, Paris, 2013.

AUDREN, Frédéric, ROLLAND, Patrice, « Enseigner le droit dans la République. Ouverture », *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, n° 29, 2011/1.

AVRIL, Pierre, GICQUEL, Jean, *lexique de droit constitutionnel*, Que sais-je, PUF, 3^e édition, 2012.

BALLE, Francis, « Libéralisme », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 14 avril 2020.

BARENOT, Pierre-Nicolas :

- ♦ « Charles Sérurier, Précis historique sur les codes français, accompagné de notes bibliographiques françaises et étrangères sur la généralité des codes et suivi d'une dissertation sur la codification », *RTDC*, 2013.
- ♦ *Entre théorie et pratique : les recueils de jurisprudence, miroirs de la pensée juridique française (1789-1914)*, thèse présentée pour obtenir le grade de docteur, sous la direction du Professeur Nader Hakim, soutenue le 7 novembre 2014.

BARRAUD, Boris, *La recherche juridique – Sciences et pensées du droit*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2018.

BAYLAE, Marie-Hélène, *La peur du peuple, Histoire de la IIe République 1848-1852*, Paris, Perrin, 2022.

BAYON, Denis, FROBERT, Ludovic, « Lois ouvrières et réformisme social dans l'œuvre de Paul Pic (1862-1944) », *Le Mouvement Social*, n° 201, 2002/4.

BECQUEMONT, Daniel, « Une régression épistémologique : le "darwinisme social". », *Espaces Temps*, no 84-86. L'opération épistémologique. Réfléchir les sciences sociales, sous la direction de Christian Delacroix, 2004.

BELAND, Daniel, « État-providence, libéralisme et lien social. L'expérience française : du solidarisme au "retour" de la solidarité », *Cahiers de recherche sociologique*, n° 31, 1998.

BELLON, André, « Non, la Révolution française n'est pas une « révolution bourgeoise » ! », *Mediapart*, éd. du 18 avril 2020.

BENSIMON, Fabrice, *Histoire des îles Britanniques*, Paris, PUF, « Quadrige », 2013.

BERGER, Emmanuel, DELIVRE, Émilie, « La "bonne police" en France et dans le Royaume de Wurtemberg (XVIII^e-XIX^e siècles). Étude d'une appropriation populaire de la loi et de l'ordre public », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, 50 | 2015.

BERGERON, Louis, « Problèmes de la France napoléonienne », *Revue d'Histoire moderne et contemporaine*, 1970.

BERNS-LION, Nicole, « Les juridictions du travail », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n° 920-921, 1981/15-16.

BERTAUD, Jean-Paul, *Napoléon et les français*, Paris, Armand Colin, 2014.

BLAIS, Marie-Claude, *La solidarité, Histoire d'une idée*, Editions Gallimard, Bibliothèque des idées, 2007.

BOUCHERON, Patrick, *Histoire mondiale de la France*, SEUIL, janvier 2017.

BOUDON, Jacques-Olivier :

- ♦ « Napoléon et l'Université », *Commentaire*, n°117, 2007/1.
- ♦ *Citoyenneté, République et Démocratie en France. 1789-1899*, Armand Colin, « U », 2014.
- ♦ *L'Empire des polices*, Paris, Vuibert, 2017.

BOUDON, Raymond, « Chapitre 2. Individualisme et holisme dans les sciences sociales », *Sur l'individualisme. Théories et méthodes*. Paris, Presses de Sciences Po, « Références », 1991.

BOUDON, Julien, « Les projets de code civil “ de Cambacérés ” et le thème de l’imitation de la nature (1793-1804) », *Droits*, n° 39, 2004/1.

BOUDOT, Michel, « Les civilistes français face à l’œuvre de Savigny », *Annuaire de l’Institut Michel Villey*, vol. 1, 2009.

BOULAIRE, Jérémie, HIEZ, David, « Le social chez René Demogue », *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, vol. 56, 2006/1.

BOUVERESSE, Jacques, « Jeremy Bentham et la Révolution française », *Bentham juriste, l’utilitarisme juridique en question*, sous la dir. De Malik Bozzo-Rey et Guillaume Tusseau, Paris, economica, 2011.

BRANCOURT, Jean-Pierre, « Les Bourbons et la noblesse », *Le miracle capétien*, Paris, Éditions Perrin, « Passé simple », 1987.

BRUN, Jean, « Chapitre VII. Les atomistes », *Les présocratiques*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2019.

BRUNEL, Françoise, « Aux origines d’un parti de l’ordre : les propositions de constitution en l’an III », *Mouvements populaires et Conscience sociale, XVIe-XIXe siècles*, Actes du Colloque de Paris (mai 1984), Paris, université Paris 7, 1985.

BRUNON-ERNST, Anne, « Délimiter la branche civile du droit : Bentham et la quête impossible », *Bentham juriste, l’utilitarisme juridique en question*, sous la dir. De Malik Bozzo-Rey et Guillaume Tusseau, Paris, economica, 2011.

BÜRGE, Alfons :

- ♦ « La personne morale : la pensée juridique française du XIX^e siècle », *Personne, société, nature*, sous la dir. de Bruno Schmidlin, Université de Fribourg, éd. Universitaires Fribourg Suisse, 1996.
- ♦ « Le Code civil et son évolution vers un droit imprégné d’individualisme libéral », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2000.

CABANIS, André, *La presse sous le Consulat et l'Empire (1799-1814)*, préface de Jacques Godechot, Paris, Bibliothèque d'Histoire Révolutionnaire 3^e série n°16, Société des études Robespierriennes, 1975.

CAHEN, Fabrice, *Le nombre des hommes, la mesure de la population et ses enjeux (xvi-xxie siècle)*, Paris, Classique Garnier, Bibliothèque des sciences sociales, n° 11, 2006.

CAMPAGNOLO, Gilles, « Introduction de la partie I. La figure goethéenne de Faust et l'esprit du capitalisme conquérant – sur le dernier acte du Second Faust de Goethe », *Critique de l'économie politique classique. Marx, Menger et l'École historique allemande*, Paris, Éd. Matériologiques, 2014.

CANCELLIERI, Fabio, *La représentation de Paris dans la littérature du XIX^e siècle : entre mythe et réalité*, docplayer [en ligne], Esch-sur-Alzette, 2013.

CARBONNIER, Jean, « Le Code civil des français dans la mémoire collective », 1804-2004, *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, sous la direction d'Yves Lequette et Laurent Leveneur, Dalloz, 2004.

CAZALS, Géraldine, « Une renaissance. Doctrines littérature et pensée juridique du XVI^e siècle en France », *Clio@Thémis, Revue électronique d'histoire du droit*, n°14, 2018.

CHALINE, Jean-Pierre, « Les bourgeois de Rouen, une élite urbaine au XIX^e siècle », *Histoire de l'éducation*, Paris, Presses de la fnsp, n°18, 1982

CHAPOUTOT, Johann, *Histoire de l'Allemagne (1806 à nos jours)*, Paris, « Que sais-je ? », PUF, 2014.

CHAZAL, Jean-Pascal, « Léon Duguit et François Gény, Controverse sur la rénovation de la science juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Volume 65, 2010/2.

CHASSAIGNE, Philippe, *La Grande-Bretagne et le monde de 1815 à nos jours*, Paris, Armand Colin, 2009.

CHAUSSINAND-NOGARET, Guy, *Histoire des élites en France du XVI^e au XX^e siècle*, 1991.

CHAZAL, Jean-Pascal, « Léon Duguit et François Génys, Controverse sur la rénovation de la science juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Volume 65, 2010/2.

CHRISTEN, Carole, FAYOLLE, Caroline , « Écoles du peuple, Écoles des pauvres ? », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, n° 55, 2017.

CLAVAL, Paul, « Chapitre 8 - La genèse de l'État moderne : contrat social et philosophies du progrès », *Les espaces de la politique*, sous la direction de Claval Paul. Paris, Armand Colin, « U », 2010.

CLEMENT, Jean-Louis, « La théorie juridique de Maurice Hauriou : l'adhésion de la démocratie chrétienne 1919-1930 », *La République et son droit (1870- 1930)*, Besançon, 2008.

CLERE, Jean-Jacques, *Dictionnaire historique des juristes français XII^e-XX^e siècle*, sous la direction de Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halpérin, Jacques Krynen, PUF, Quadrige, 2e édition, 2015.

CODACCIONI, Vanessa :

- ♦ *Justice d'exception. L'État face aux crimes politiques et terroristes*, Paris, Éditions du CNRS, 2015.
- ♦ « Les juristes, le droit », *Cahiers Jaurès*, n° 222, 2016/4.

COHEN, Daniel, « homo economicus, animal triste », *Alternatives Économiques*, n° 318, 2012/11.

COENEN-HUTHER, Jacques, « Le type idéal comme instrument de la recherche sociologique », *Revue française de sociologie*, 2003/3 (Vol. 44)

COENRAETS, Philippe, « La Cour d'arbitrage et l'interprétation des normes », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n°1366, 1992/21.

CONAC, Gérard, « La convention thermidorienne épisode réactionnaire ou transition novatrice ? », *La Constitution de l'an III. Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel*, Paris, PUF, « Politique d'aujourd'hui », 1999.

CONSISTER, André, « La place de l'armée dans la Révolution française », *Revue du Nord*, tome 75, n°299, Janvier-mars 1993.

COQUARD, Olivier, « Chapitre I - De la dictature à l'Empire », *Lumières et révolutions. 1715-1815*, Paris, PUF, 2014.

CORNU, Gérard, CAPITANT, Henri, *Vocabulaire juridique*, PUF, 11^e édition « Quadrige », 2016.

CREPIN, Annie, « L'armée de 1789 à 1798 : de la régénération à la réforme, de la révolution à la recréation », *Inflexions*, n° 25, 2014/1.

CUMYN, Michelle, SAMSON, Mélanie, « La méthodologie juridique en quête d'identité », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, volume 71, 2013/2.

DE BELLAING, Louis Moreau, *Le solidarisme et ses commentaires actuels*, CURAPP, 1992.

DE BROGLIE, Gabriel, « Chapitre III - Le duel fratricide », *L'Orléanisme. La ressource libérale de la France*, Paris, Perrin, « Hors collection », 1981.

DE CHAMPS, Emmanuelle, « Bentham et le droit constitutionnel : morale et législation », *Bentham juriste, l'utilitarisme juridique en question*, sous la dir. De Malik Bozzo-Rey et Guillaume Tusseau, Paris, economica, 2011.

DELUERMOZ, Quentin, *Histoire mondiale de la France*, SEUIL, janvier 2017.

DE MALAFOSSE, Jehan, « DOMAT JEAN - (1625-1696) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 11 avril 2020.

DE PASQUALE, Pasquino, « Constitution et pouvoir constituant : le double corps du peuple », *Figures de Sieyès*, dir. Jean Salem et Vincent Denis, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2008.

DEROUSSIN, David, *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, sous la direction de Nader Hakim et de Fabrice Melleray, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2009.

DESCOLA, Philippe, « 16. Pourquoi les Indiens d'Amazonie n'ont-ils pas domestiqué le pécari ? Généalogie des objets et anthropologie de l'objectivation », *De la préhistoire aux missiles balistiques. L'intelligence sociale des techniques*, Paris, La Découverte, « Recherches », 1994.

DESRAYAUD, Alain, « La formation des juristes du Consulat et de l'Empire », *Napoleonica. La Revue*, n° 16, 2013/1.

DIDRY, Claude, « Léon Duguit, ou le service public en action », *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, n° 52-3, 2005/3.

DOCKES, Pierre, « Hobbes et l'économie », *Astériorion* [En ligne], 5 | 2007, mis en ligne le 13 avril 2007, consulté le 14 septembre 2021.

DOIRON, Normand, « Le parfait gentilhomme. L'idéal du moi au début du XVII^e siècle », *Dix-septième siècle*, n° 277, 2017/4.

DONTENWILLE-GERBAUD, Aude, « Les discours, acte de fondation de la République : l'interaction orateurs/publics populaires. Eugène Spuller, Charles Floquet et Louis Blanc à Troyes en 1879 », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, 33 | 2006, consulté le 05 avril 2018.

DROZ, Jacques, *Le romantisme allemand et l'État*, Paris, 1966.

DUBOUCHET, Paul :

- ♦ *La pensée juridique avant et après le Code civil*, L'hermès, 3^{ème} éd, 1994.
- ♦ *Philosophie et doctrine du droit chez Kant, Fichte et Hegel*, Paris, Œuvres Philosophique, Harmattan, 2005.

DUBY, Georges, *Histoire de la France, de 1348 à 1852*, Larousse, Paris, 1971.

DU COLOMBIER, Pierre, PEYRE, Henri , « CLASSICISME », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 19 août 2020.

DUFOUR, Alfred, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Léviathan, PUF, 1^{er} éd, octobre 1991.

DURELLE-MARC, Yann-Arzel, « Le stoïcisme de Firmin Laferrière (1798-1861) », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n° 41, 2015/1.

EDELSTEIN, Dan, « Terreur et droit naturel », *La République et son droit (1870- 1930)*, Besançon, 2008.

ENCREVE, André, *Le Second Empire*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2004.

EWALD, Francois, *Histoire de l'État providence*, LGF le livre de poche, 1^{er} janvier 1996.

FERRAND, Jérôme :

- ♦ « La science du droit à l'épreuve du spiritualisme éclectique dans le premier XIX^e siècle. Enquête sur les soubassements de la culture juridique contemporaine », *Clio@Thémis, Revue électronique d'histoire du droit*, n°9, 2015.
- ♦ « Promulguer la loi sous la Révolution », *Clio@Thémis, Revue électronique d'histoire du droit*, n°6, 2013.
- ♦ « Tout change parce que rien ne change. Introduire au droit du xix^e siècle à nos jours », *Des traités aux manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire*, Paris, LGDJ Lextenso, 2014.

FLAHAULT, François, « Pour une conception renouvelée du bien commun », *Études*, Tome 418, 2013/6.

FOUCAULT, Michel :

- ♦ *L'ordre du discours, Leçon inaugurale au Collège de France prononcée le 2 décembre 1970*, NRF Gallimard, 1971.
- ♦ *Naissance de la biopolitique, cours au collège de France*, Paris, Gallimard Seuil, 1978-1979.

FOULQUIER, Norbert, « Maurice Hauriou, constitutionnaliste (1856-1929) », *Jus Politicum*, n° 2, mars 2009.

FRAGNIERE, Augustin, « La liberté des Modernes à l'épreuve de la finitude », *Natures Sciences Sociétés*, vol 20, 2012/2.

FURET, François, « L'idée française de la révolution », n° 96, *Le Débat*, 1997/4.

GARAPON, Antoine, « Michel Foucault, visionnaire du droit contemporain », *Raisons politiques*, n°52, 2013/4.

GAINOT, Bernard, « 2. De la Grande Nation à l'Empire. Allégeances et résistances », *Histoire militaire de la France. I. Des Mérovingiens au Second Empire*, sous la direction d'Hervé Drévilion, Paris, Perrin, « Hors collection », 2018.

GARNIER, Florent, *Introduction historique au droit, Leçon 10 : Sources et autorités du droit aux XIX^e et XX^e siècles : doctrine, jurisprudence et coutume*, UNJF.

GAU-CABEE, Caroline :

- ♦ *Droits d'usage et Code civil*, préface de Jacques Poumarède, Paris, L.G.D.J, 2006.
- ♦ « La jurisprudence et les silences du code civil. Lecture d'une carence originelle », *Droits*, n° 47, 2008/1.

GAUDEMET, Yves-Henri, *Les juristes et la vie politique de la IIIe République*, préface de Georges Burdeau, Paris, PUF, 1970.

GAUTHIER, Florence, « Critique du concept de "révolution bourgeoise" », *Raison présente*, n°123, Politique, nouveaux enjeux, 3e trimestre 1997.

GAUTHIER, Florence, IKNI, Guy-Robert, *La Guerre du blé au XVIII^e siècle : la critique populaire contre le libéralisme économique au XVIII^e siècle*, Montreuil, Ed. De la Passion, 1988.

GAUTIER, Pierre-Yves, « Sous le Code civil des Français : Rome (l'origine du droit des contrats) », 1804-2004, *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, sous la direction d'Yves Lequette et Laurent Leveneur, Dalloz, 2004.

GILBERT, Simon, « Macarel et la doctrine publiciste de son temps », *Revue d'histoire des Facultés de droit, de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, n° 34, 2014.

GIROUX, Matthieu, « Crime et Châtiment de Dostoïevski : aux origines du Surhomme », *Philitt revue de philosophie et de littérature*, 6 février 2014.

GODECHOT, Jacques, *Un jury pour la Révolution*, Paris, Robert Laffont, 1974.

GOMEZ-MULLER, Alfredo, « Les communautariens et la critique de l'individualisme libéral, Alasdair MacIntyre, Charles Taylor, Michael Walzer », *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique*. Paris, La Découverte, « Hors collection Sciences Humaines », 2001.

GOURDON, Vincent, « Mobilisation familiale autour des orphelins », *Lorsque l'enfant grandit entre dépendance et autonomie*, sous la dir. de Jean-Pierre Bardet, Jean-Noël Luc, Isabelle Robin Romero et Catherine Rollet, Presses de l'Université de Paris Sorbonne, 2003.

GOTAYD-FABRE, Simone, *L'État figure moderne de la politique*, Paris, Armand Colin, 1999.

GRAZIANO, Manlio, *L'Italie. Un État sans nation ? Géopolitique d'une identité nationale incertaine*. ERES, « Bibliothèque géopolitique », 2007.

GRIMALDI, Michel, « L'exportation du code civil », *Pouvoirs*, n° 107, 2003/4.

GROS, Frédéric, LORENZINI, Daniele, REVEL, Ariane, « Introduction », *Raisons politiques*, n° 52, 2013/4.

GRUFFAT, Sabine, « L'atomisme dans les Fables de La Fontaine : un principe polyvalent et "bricolé" », *Le Fablier. Revue des Amis de Jean de La Fontaine*, n°17, 2006.

GUENIFFEY, Patrice, « Chapitre 16 - Le tournant espagnol », *Histoires de la Révolution et de l'Empire*, Paris, Perrin, « Tempus », 2013.

GUERLAIN, Laetitia, *Droit et société au XIX^e siècle. Les leplaysiens et les sources du droit (1881-1914)*, Thèse dirigée par M. Bernard Gallinato Contino, professeur à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV, Université Montesquieu, soutenue le 9 décembre 2011.

GUIDO, Alpa, « Le Code civil et l'Italie », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 57, n°3, 2005.

GUY, Claire, « bourgeois Léon - (1851-1925) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 26 février 2018.

GUY, Saupin, « Chapitre 2. L'économie d'Ancien Régime », *La France à l'époque moderne*, Paris, Armand Colin, « U », 2016.

HAKIM, Nader :

- ♦ *L'autorité de la doctrine civiliste française au XIX^e siècle*, préface Michel Vidal, LGDJ, 2002.
- ♦ « La contribution de l'université à l'élaboration de la doctrine civiliste au XIX^e siècle », *Les facultés de Droit inspiratrices du Droit*, Toulouse, Les travaux de l'IFR Mutation des Normes Juridiques, n°3, 2005.
- ♦ « Le miroir de l'autorité : l'instrumentalisation de l'autorité dans la doctrine contemporaine », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2007.
- ♦ « Un essai de conceptualisation des fonctions de la doctrine et des juristes : l'Introduction à l'étude du droit de Hyacinthe Blondeau », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2008.
- ♦ « De l'esprit et de la méthode des civilistes de la seconde moitié du XIX^e siècle. L'exemplarité de Claude Bufnoir », *Droits*, n° 47, 2008/1.
- ♦ « Duguit et les privatistes », *Autour de Léon Duguit*, Colloque commémoratif du 150^{ème} anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit. Bordeaux, 2009, dir. de Fabrice Melleray, Bruylant, 2011.
- ♦ *Du chaudron magique à la science juridique : Édouard Lambert ou le désir politique du droit*, Tiré à part, Dalloz, Imprimerie Maury S.A.S, 1200 Milau, 2013.

- ♦ « Les "Institutes du droit administratif" : Gérando et l'empire du droit civil », *Joseph-Marie de Gérando (1772-1842). Connaître et réformer la société*, Rennes, Presses universitaires de Rennes (Carnot), 2014.
- ♦ « Socialisation du droit et romantisme juridique : autour d'une controverse entre Julien Bonnecase et Paul Cuche », dans *De la terre à l'usine : des hommes et du droit. Mélanges offerts à Gérard Aubin*, dir. de Bernard Gallinato-Contino et Nader Hakim, Presses Universitaires de Bordeaux, 2014.
- ♦ « "L'histoire n'enseigne rien". Quelques remarques sur l'utilité de l'histoire du droit », *Mélanges offerts à Jean-Marc Trigeaud*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2018.
- ♦ « Continuité ou rupture dans l'histoire de la pensée juridique ? Exégèse, transtextualité et positivisme légaliste du Cours de Code Napoléon de Charles Demolombe », *Liber amicorum, mélanges réunis en hommage au professeur Jean-Louis Thireau*, textes rassemblés par Anne Dobigny-Reverso, Xavier Prevost et Nicolas Warembourg, *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, n° hors-série, 2019.
- ♦ « Droit naturel et histoire chez François Géný », *Clio@Thémis, Revue électronique d'histoire du droit*, [En ligne], n°9, 2021.

HAKIM, Nader, MELLERAY, Fabrice, *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2009.

HAKIM, Nader, MONTI, Annamaria, « Histoire de la pensée juridique et analyse bibliométrique : l'exemple de la circulation des idées entre la France et l'Italie à la Belle Époque », *Clio@Thémis, Thémis, Revue électronique d'histoire du droit*, n°14, 2018.

HALERY, Daniel, *La fin des notables*, Paris, Bernard Grasset, 1930.

HALPERIN, Jean-Louis :

- ♦ *L'impossible Code civil*, Paris, 1992.
- ♦ *Le Code civil*, Paris, édition Dalloz, coll. Connaissance du droit, droit privé, 1996.
- ♦ « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, n°4, 2001/1.
- ♦ *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, « Quadrige », 2012 :
- ♦ *Dictionnaire historique des juristes français XII^e-XX^e siècle*, sous la direction de Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halpérin, Jacques Krynen, PUF, Quadrige, 2e édition, 2015.
- ♦ *Histoire de l'État des juristes, Allemagne, XIX^e-XX^e siècles*, Classiques Garnier, coll Histoire du droit n° 2, 2015.
- ♦ « Pourquoi parler d'une histoire contextuelle du droit ? », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 30 | 2017.

HENNING, Jérôme, « Enseigner le droit à l'Université populaire lyonnaise, entre activité doctrinale et engagement politique (1899-1903) », *Les Études Sociales*, n° 173, 2021/1.

HENRY, Louis, BLAYO, Yves, « La population de la France de 1740 à 1860 », *Population*, 30^e année, n°1, 1975.

HIEZ, David « Présentation », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 56, 2006/1.

HILAIRE, Jean, *Les origines du code civil*, Académie des sciences et lettres de Montpellier, à l'Académie de Législation de Barcelone, conférence n°3889, séance du 15.10.2004.

HOBBSAWM, Éric, « Faire une “révolution bourgeoise” », *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, n° 53-4 bis, 2006/5.

HOMBRE, Emmanuel, « Le solidarisme. De la théorie scientifique au programme de gouvernement », *Revue d'éthique et de théologie morale*, n° 260, 2010/3.

HOUTCHIEFF, Dimitri, Pour un retour aux bonnes mœurs contractuelles, *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, Octobre-décembre 2021.

HUMBERT, Michel, « Portalis et Justinien, ou les épaules d'Énée », 1804-2004, *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, sous la direction d'Yves Lequette et Laurent Leveneur, Dalloz, 2004.

JACQUEMET-GAUCHE, Anne, « Macarel et la juridiction administrative », *Revue d'histoire des Facultés de droit, de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, n° 34, 2014.

JAMIN, Christophe :

- ♦ *François Génys, mythe et réalités, 1899-1999*, sous la dir. de Claude Thomasset, Jacques Vanderlinden, Philippe Jestaz, Dalloz, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- ♦ « Demogue et son temps. Réflexions introductives sur son nihilisme juridique », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 56, 2006/1.

JARDIN, André, *Histoire du libéralisme politique. De la crise de l'absolutisme à la Constitution de 1875*, Hachette Education, « Hors collection », 1985.

JESTAZ, Philippe, *Droit naturel et positivisme juridique* (1918), Milau, Dalloz, Tiré à part, 2013.

JESTAZ, Philippe, JAMIN, Christophe, *La doctrine*, Paris, Dalloz, Méthodes du droit, 2004.

JUGNET, Louis, *Doctrines philosophiques et systèmes politiques*, Bordeaux, 2013, 1980.

JULIEN, Marie-Pierre, ROSSELIN, Céline, « Introduction », *La culture matérielle*. Paris, La Découverte, « Repères », 2005.

JUNG, Carl Gustav, *Correspondance 1950-1954*, Paris, Albin Michel, 1992.

JUNOT, Yves, *Les bourgeois de Valenciennes : Anatomie d'une élite dans la ville (1500-1630)*, Presses Univ. Septentrion, 2009.

KALBERG, Stephen, « 3. Le niveau de l'analyse : l'idéaltype », *La sociologie historique comparative de Max Weber*, Paris, La Découverte, « Recherches », 2002.

KAPLAN, Michel, BOUCHERON, Patrick, *Histoire médiévale : XI^e-XV^e siècle*, Editions Bréal, 1994.

KNIBIEHLER, Yvonne, « Une révolution "nécessaire" : Thiers, Mignet et l'école fataliste », *Romantisme*, n°28-29. Mille huit cent trente, 1980.

LAQUIEZE, Alain, « La réception de Sieyès par la doctrine publiciste française du XIX^e et du XX^e siècles », *Figures de Sieyès*, dir. Jean Salem et Vincent Denis, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2008.

LAPATNIOVA, Aléna, « Administrer la religion en URSS », *Cahiers du monde russe* [En ligne], 47/4 | 2006, mis en ligne le 01 janvier 2007, consulté le 14 janvier 2022.

LARROUMET, Christian, « Le Code civil, instrument de propagande politique », 1804-2004, *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, sous la direction d'Yves Lequette et Laurent Leveneur, Dalloz, 2004.

LASSERRE-KIESOW, Valérie, « L'esprit scientifique du code civil », *Droits*, vol. 41, no. 1, 2005.

LAUTH, Reinhard, RADRIZZANI, Ives, « Le véritable enjeu des "discours à la nation allemande" de Fichte », *Revue De Théologie Et De Philosophie*, vol. 123, no. 3, 1991.

LAVROFF, Dmitri Georges, *Histoire des idées politiques depuis le XIXe siècle*, Paris, Dalloz, Mémentos, 9ème édition, juillet 2007.

LEBRUN, François, « La famille en France à la fin de l'ancien régime », *L'enfant, la famille et la Révolution française*, Marie-Françoise Levy éd., Paris, Plon (programme ReLIRE), « Hors collection », 1989.

LECOMTE, Catherine, *Dictionnaire historique des juristes français XII^e-XX^e siècle*, sous la direction de Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halpérin, Jacques Krynen, PUF, Quadrige, 2e éd, 2015.

LEFEBVRE Henri, « Changements dans les attitudes morales de la bourgeoisie », *cahiers internationaux*, vol. 31, 1961.

LEFEBVRE-TEILLARD, Anne, « Les facteurs d'unification dans l'ancien droit », 1804-2004, *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, sous la direction d'Yves Lequette et Laurent Leveneur, Dalloz, 2004.

LEGENDRE, Pierre :

- ♦ *L'administration du XVIII^e siècle à nos jours*, Paris, Thémis, PUF, 1969.
- ♦ *Trésor historique de l'Etat en France*, Paris, Fayard, 1992.

LEMOINE, Yves, MIGNARD, Jean-Pierre, *Le Défi d'Antigone, Promenade parmi des figures du droit naturel*, Paris, éd. Michel de Maule, 2012.

LEROY, Maxime, *Histoire des idées sociales en France*, Paris, Gallimard, 1974.

LEVY, Jean-Philippe, « La révolution française et le droit civil », 1804-2004, *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, sous la direction d'Yves Lequette et Laurent Leveneur, Dalloz, 2004.

LIPSON, Leslie, *Les grands thèmes de la pensée politique*, Paris, 1977.

LOCHAK, Danièle, *Les droits de l'homme*, La Découverte, « Repères », 2018.

LOMBART, Alexis, « De la crise de la nature à la première modernité juridique : Dieu, l'homme et la substance chez Guillaume Benoît (1455-1516) », *Clio@Themis* [En ligne], 20 | 2021, mis en ligne le 15 juin 2021, consulté le 21 février 2022.

MAGNON, Xavier, « En quoi le positivisme-normativisme est-il diabolique ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, Dalloz, 2009.

MALAURIE, Philippe, « Le code Napoléon et le romantisme », n° 41, *Droits* 2005/1.

MANENT, Pierre, *Histoire intellectuelle du libéralisme*, Domont, Librairie Arthème Fayard/Pluriel, 2021.

MANNORI, Luca, « De la "décadence" au "Risorgimento". Discours national et nouveau temps de l'histoire dans l'Italie des XVIII^e et XIX^e siècles », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n°48, 2018/2.

MARTIN, Jean-Clément, « La Révolution française et la fabrique des héros », *Inflexions*, n° 16, 2011/1.

MARTIN, Matthias, « Vers un genre juridique commun à l'animal, l'embryon et le cadavre », *Revue générale du droit* (www.revuegeneraledudroit.eu), Études et réflexions n°15, 2015.

MARTIN, Xavier :

- ♦ « L'insensibilité Des Rédacteurs Du Code Civil à L'altruisme », *Revue Historique De Droit Français Et Étranger* (1922-), vol. 60, no. 4, JSTOR, 1982.
- ♦ *Mythologie du Code Napoléon, Aux soubassements de la France moderne*, Bouère, Dominique Martin Morin, 2003.
- ♦ « Sur l'archétype humain du Code civil naissant », *Histoire de la justice*, n° 19, 2009/1.
- ♦ « Le code napoléon : questions sur la genèse d'un mythe », *Clio@Thémis, Revue électronique d'histoire du droit* n°9, 2015.

MARTINAGE-BARANGER, Renée :

- ♦ *Bourjon et le code civil*, Société d'histoire du droit, collection d'histoire institutionnelle et sociale, éditions Klincksieck, 1971.
- ♦ *Dictionnaire historique des juristes français XII^e-XX^e siècle*, sous la direction de Patrick Arabeyre, Jean-Louis Halpérin, Jacques Krynen, PUF, Quadrige, 2e édition, 2015.

MATHEY, Nicolas, « Le Code civil et le développement du droit vus par Raymond Saleilles », 1804-2004, *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, sous la direction d'Yves Lequette et Laurent Leveneur, Dalloz, 2004.

MAUGERE, Amélie, « Droit et prostitution sous la Troisième République : la lente progression de l'argumentation morale dans l'arène parlementaire », *La République et son droit (1870- 1930)*, Besançon, 2008.

MAYEUR, Jean-Marie, *Les débuts de la IIIe République, 1871-1898*, Paris, Seuil, 1973.

MAZEAUD, Pierre, « Le code civil et la conscience collective française », *Pouvoirs*, n° 110, 2004/3.

MELLERAY, Fabrice, « Léon Duguit et Georges Scelle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 21, 2000.

MICHEL, Arlette, BECKER, Colette, BERTHIER, Patrick, BURY, Mariane, MILLET, Dominique, *littérature française du XIXe siècle*, Paris, PUF, 1993.

MINET, Alice, « Le droit administratif, “droit essentiellement jurisprudentiel” : l’intuition pionnière de Macarel ? », *Revue d'histoire des Facultés de droit, de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, n° 34, 2014.

MOSES, John Anthony, « La théorie de la guerre juste dans l’Empire allemand (1871-1918) : un phénomène protestant », « *La guerre du droit* » 1914-1918, sous la direction de Jacques Julliard, Mil neuf cent, *revue d'histoire intellectuelle*, Paris, Société d’Études Soréliennes, n°23, 2005/1.

NAY, Olivier, « Chapitre 1. L’invention de la raison politique dans le monde antique. Naissance de la philosophie et quête du bon gouvernement », *Histoire des idées politiques. La pensée politique occidentale de l’Antiquité à nos jours*, Paris, Armand Colin, « U », 2016.

NEMO, Philippe, « Chapitre 10. Démocrates et libéraux en France au XIX^e siècle. Constant, Bastiat, Prévost-Paradol », *Histoire des idées politiques aux Temps modernes et contemporains*, Paris, PUF, « Quadrige », 2013.

NIORT, Jean-François :

- ♦ « Droit, idéologie et politique dans le code civil français de 1804 », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Volume 29, 1992/2.
- ♦ *Homo Civilis, Contribution à l'histoire du Code civil français*, Tome 1, Préface de Jean-Louis Halpérin et postface de Jean Carbonnier, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, Coll. d’Histoire des Institutions et des Idées Politiques (dirigée par Michel Ganzin), 2004.

NORMAN, Larry, « Qu’est-ce que le classicisme ? Étude comparée des vocabulaires critiques nationaux », n° 96, *Littératures classiques*, 2018/2.

PACTEAU, Bernard, *Jean Baptiste Sirey (1762-1845, un père de l’étude et de l’édition du contentieux moderne*, Paris, Dalloz, 2014.

PERFETTI, Amalia, « études sur l’atomisme (XVI^e-XVII^e siècles). Introduction », *Revue d'histoire des sciences*, tome 55, n° 2, 2002.

PESSIN, Alain, *Le mythe du peuple et la société française au XIX^e siècle*, sous la direction d'Alain Pessin, Paris, PUF, « Sociologie d'aujourd'hui », 1992.

PETITEAU, Natalie, *Élites et mobilités, la noblesse d'Empire au XIX^e siècle*, Paris, La Boutique de l'Histoire, 1997.

PIKETTY, Thomas, *Les mutations de la société française. Les grandes questions économiques et sociales II*. Paris, La Découverte, « Repères », 2013.

PINON, Stéphane, « Le positivisme sociologique : l'itinéraire de Léon Duguit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, volume 67, no. 2, 2011.

POIRRIER, Philippe, « L'histoire contemporaine », *Les historiens français à l'œuvre, 1995-2010*, Paris, PUF, « Hors collection », 2010.

POUGHON, Jean-Michel, *Le Code civil*, Paris, « Que sais-je ? », PUF, 1992.

POUTHIER, Tristan, *Au fondement des droits. Droit naturel et droits individuels en France au XIX^e siècle*, Paris, Classiques Garnier, 2019.

PREVOST, Xavier, *Les piliers du droit civil, Famille, propriété, contrat*, Sous la direction de Nicolas Laurent-Bonne, Nicolas Pose et Victor Simon, mare&martin, 2014.

RAYNAL, Jean-Jacques, *Histoire des grands courants de la pensée politique*, Paris, Hachette, Collection Les fondamentaux, 1999.

REGAD-PELAGRU, Mathilde, *Un égalitarisme radical enté sur une philosophie matérialiste : La théorie juridique de Joseph Rey (1779-1855)*, Thèse dirigée par Jérôme Ferrand, Université de Grenoble Alpes, soutenue le 28 juin 2022.

REMY, Philippe :

- ♦ « Le rôle de l'Exégèse dans l'enseignement du Droit au XIXe siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, SHFD/ Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985.
- ♦ « La "Thémis" et le droit naturel », *Revue d'histoire des Facultés de droit*, n°4, 1987.

REY, Jean-Philippe, *Histoire du Consulat et du Premier Empire*, Paris, Perrin, « Synthèses Historiques », 2016.

RIVERO, Jean, « La culture juridique. Discours prononcé à la rentrée de l'Université (nov. 1948) », *Annales de l'Université de Poitiers*, 2^e série, n°3, 1948.

ROBAYE, René, *Une histoire du droit civil*, Academia, Collection Pédasup, 1993.

ROLLAND, Patrice, « De quelle façon Saleilles est-il républicain ? », *Raymond Saleilles et au-delà*, sous la dir. de Frédéric Audren, Christian Chêne, Nicolas Mathey et Arnaud Vergne, Paris, Dalloz, 2013.

ROCCUCCI, Adriano, « Le tournant de la politique religieuse de Staline », *Cahiers du monde russe* [En ligne], 50/4 | 2009, mis en ligne le 14 janvier 2013, consulté le 14 janvier 2022.

ROULAND, Norbert, *Anthropologie juridique*, Paris, collection « Les classiques des sciences sociales », 1988.

ROZA, Stéphanie, « Utopie, démocratie totale et souveraineté populaire. Du Code de la Nature de Morelly à la Conjuraison des Égoux (1755-1797) », *Tumultes*, n° 49, 2017/2.

SABBIONETI, Marco, « À la recherche du pacte laïque : la contribution d'un juriste catholique et républicain », *Raymond Saleilles et au-delà*, sous la dir. de Frédéric Audren, Christian Chêne, Nicolas Mathey et Arnaud Vergne, Paris, Dalloz, 2013.

SACRISTE, Guillaume :

- ♦ « Le droit constitutionnel de la République naissante : collusions entre sphère politique et doctrine au nom du nouveau régime », *La République et son droit (1870- 1930)*, Besançon, 2008.
- ♦ *La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Presses de Sciences Po, « Académique », 2011.
- ♦ « Raymond Saleilles, homme de combat "juste milieu" », *Raymond Saleilles et au-delà*, sous la dir. de Frédéric Audren, Christian Chêne, Nicolas Mathey et Arnaud Vergne, Paris, Dalloz, 2013.

SAFATIAN, Saman, « La rédaction du Code civil », *Napoleonica. La Revue*, n°16, 2013/1.

SAGNAC, Philippe, « Les ventes de biens nationaux d'après des recueils de documents et des travaux récents », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, tome 7, n°10, 1905.

SALAS, Denis, « Une relecture de l'individualisation de la peine », *L'individualisation de la peine. De Saleilles à aujourd'hui*. Toulouse, ERES, « Criminologie et sciences de l'homme », 2001.

SCHIAVONE, Aldo, *Ius. L'invention du droit en Occident*, Belin, 2008.

SCHWARTZ, Antoine, « La pensée politique des libéraux du Second Empire a-t-elle « inspiré » les lois constitutionnelles de 1875 ? », *La République et son droit (1870- 1930)*, Besançon, 2008

SERE, Bénédicte, « Aristote et le bien commun au moyen âge : une histoire, une historiographie », *Revue Française d'Histoire des Idées Politiques*, n°32, 2010/2.

SERVIGNE, Pablo, CHAPELLE, Gauthier, *L'entraide, l'autre loi de la jungle*, Paris, édition LLL, 2017.

SOROKIN, Pitrim, « Qu'est-ce qu'une classe sociale ? », *Cahiers internationaux de sociologie*, Paris, PUF, vol. 2, 1947.

SUGUIMOTO HERCULANO, Rafael, *Le pouvoir du droit : la doctrine à l'ère du scientisme juridique, approches historiques comparées entre la France et le Brésil*, sous la direction des Professeurs Nader Hakim et José Reinlado de Lima Lopes, Bordeaux, Université de Bordeaux, soutenue le 10 décembre 2020.

SUPIOT, Alain :

- ♦ *Homo Juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit*, Paris, éditions du Seuil, 2005.
- ♦ *La solidarité, enquête sur un principe juridique*, Odile Jacob, Paris 2015.

SUTRA, Romy, « *la loi à la main* ». *Militantisme juridique et défense religieuse au temps de l'affirmation de la République*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2021.

TACEL, Max, *Restaurations, Révolutions, Nationalités, 1815-1870*, Paris, Masson, 3^e éd, Collection Histoire Contemporaine Générale, 1981.

TERRE, François, « L'ordre public entre deux siècles », *Archives de philosophie du droit*, Tome 58, 2015/1.

TESTU, François Xavier, *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de Denis Alland et Stéphane Rials, Paris, Lamy PUF, 1^{er} édition « Quadrige », 2003.

THERENTY, Marie-Ève, « Avant-propos », *Romantisme*, n° 136, 2007/2.

THIREAU, Jean-Louis :

- ♦ « Droit national et histoire nationale : les recherches érudites des fondateurs du droit français », n° 38, *Droits*, 2003/2.
- ♦ « Les arrêtés de Guillaume de Lamoignon : une œuvre de codification du droit français ? », *Droits*, n° 39, 2004/1.
- ♦ « Fondements romains et fondements coutumiers du code civil », *Droits*, n° 42, 2005/2.

THORAL, Marie-Cécile, « Naissance d'une classe sociale : les fonctionnaires de bureau, du Consulat à la Monarchie de Juillet. Le cas de l'Isère. », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, n°1, 32 | 2006.

TICCA, Anna Claudia, TRAVERSO, Véronique, « Interprétation, traduction orale et formes de médiation dans les situations sociales Introduction », *Langage et société*, n°153, 2015/3.

TOUCHARD, Jean, « Chapitre VII. Victoires de l'absolutisme », *Histoire des idées politiques. Tome 1. Des origines au XVIII^e siècle*, Paris, PUF, « Quadrige », 2012.

TRICAUD, François, « Hobbes et Locke : convergences et divergences », *XVII-XVIII. Bulletin de la société d'études anglo-américaines des XVII^e et XVIII^e siècles*, n°25, 1987.

TRIMAILLE, Gilles, « Jeremy Bentham et la langue des juristes », *L'Écriture des juristes, XVI^e-XVIII^e siècle*, études réunies par Laurence Giavarini, éd. Classiques Garnier, études et essais sur la Renaissance, Paris, 2010.

TULARD, Jean :

- ♦ *La France de la Révolution et de l'Empire*, Paris, PUF, 2^e édition, Quadrige manuels, 2017.
- ♦ « La guérilla et la contre-guérilla », *Napoléon, chef de guerre*, Paris, Tallandier, 2012.

TUSSEAU, Guillaume, *Jeremy Bentham, La guerre des mots*, Paris, coll. Les sens du droit, Dalloz, 2011.

TZITZIS, Stamatios, *Droit et valeur humaine*, Paris, Buenos Books International, 2010.

VACHET, Claire, *Le droit saisi par l'anarchisme. Étude du discours des militants libertaires (1870-1926)*, sous la direction du Professeur Nader Hakim, Université de Bordeaux, soutenue le 11 décembre 2020.

VALADE, Bernard, « 3 - De l'explication dans les sciences sociales : holisme et individualisme », Jean-Michel Berthelot éd., *Épistémologie des sciences sociales*, Paris, PUF, « Quadrige », 2012.

VAN DER HALLEN, Thomas, « Corruption et régénération du politique chez Robespierre », *Anabases* [En ligne], 6 | 2007, mis en ligne le 01 janvier 2012.

VIALLETON, Jean-Yves, « Les bienséances : concept intraduisible ou notion apocryphe ? », n° 96, *Littératures classiques*, 2018/2.

VINCENT, Julien, « *Industrialisation et libéralisme au XIX^e siècle : nouvelles approches de l'histoire économique britannique* », *Revue d'histoire du XIX^e siècle*, 37 | 2008.

WALINE, Marcel, *L'individualisme et le droit*, Mayenne, 2^e ed., Domat Montchrestien, 1949.

WARD, Lester Franck , « Rapport de la sociologie à l'anthropologie », *Socio-anthropologie* [En ligne], 1 | 1997, mis en ligne le 15 janvier 2003.

WINIGER, Bénédicte, « La personne individuelle, porteuse de devoirs et de pouvoirs dans la conception jusnaturaliste », *Personne, société, nature*, sous la dir. de Bruno Schmidlin, Université de Fribourg, éd. Universitaires Fribourg Suisse, 1996.

WRIGHT, Vincent, « Chapitre III. Les sentiments politiques des conseillers d'Etat », *Le Conseil d'État sous le Second Empire*, sous la direction de Wright Vincent. Paris, Presses de Sciences Po, « Académique », 1972.

YOUNG, Chung Ye, « Malaise dans la morale bourgeoise : *les parents pauvres* de Balzac », *Revue d'histoire littéraire de la France*, Vol. 116, 2016/3.

Table des matières

Introduction	9
Première partie. L'idéologie éclectique du Code de 1804 à l'origine du nouvel ordre social contemporain	32
Titre premier. L'idéologie du Code civil : entre Ancien Régime et Révolution	34
Chapitre premier. Le compromis idéologique du Code : entre traditionalisme et libéralisme	36
Section première. L'héritage de l'Ancien Régime : un traditionalisme soucieux de préserver un ordre familial	38
§1- La tentative d'un droit commun coutumier aux XVI et XVII ^{ème} siècles comme justification de l'héritage moderniste du Code	39
§2- Les bouleversements de l'institution familiale au XVIII ^e siècle comme prémices de l'organisation traditionnelle du Code	47
Section seconde. L'héritage révolutionnaire : un libéralisme « à la française » en faveur d'une nouvelle élite sociale d'inspiration bourgeoise	53
§1- Le développement d'une nouvelle bourgeoisie sous la Révolution	54
§2- L'ordre social sous la gouvernance d'une puissante autorité publique	62
Chapitre second. Le développement durant la période intermédiaire d'une vision mécaniciste et utilitariste de la société	70
Section première. La nature humaine de 1789 à 1804 : d'un optimisme anthropologique à un pragmatisme utilitariste	72
§1- L'optimisme anthropologique des révolutionnaires	73
§2- L'influence sensualiste et mécaniciste dans la pensée du Code	82
Section seconde. L'influence des projets d'unification du droit durant la période intermédiaire à l'égard du Code Napoléon	88
§1- L'influence déterminante de Cambacérès dans l'idéologie du Code	90
§2- L'entreprise du Code sous le Consulat	97
Titre second. L'ordre social contemporain et la première génération d'interprètes : un discours conservateur et individualiste	110
Chapitre premier. L'instauration définitive sous l'Empire du nouvel ordre social contemporain	112
Section première. L'avènement d'une nouvelle élite sociale docile à l'égard de l'ordre social et politique impérial	114

§1- La fin de la bourgeoisie de l'Ancien Régime et l'avènement d'une nouvelle élite sociale	116
§2- Le fonctionnariat : l'idéaltype professionnel de cette nouvelle élite sociale contemporaine	126
Section seconde. La famille et la propriété : les épines dorsales de la société impériale	134
§1- La famille comme institution disciplinaire, au service de l'intérêt public	136
§2- La propriété comme institution disciplinaire, au service de l'intérêt public	154
Chapitre second. La permanence d'une influence chrétienne dans le discours de la doctrine juridique impériale	170
Section première. Le rôle de la sauvegarde première génération d'interprètes dans la sauvegarde de l'idéologie du Code	173
§1- La fausse terminologie « d'École de l'Exégèse »	174
§2- L'utilisation du droit naturel pour justifier l'ordre social du Code	181
Section seconde. L'individualisme des premiers interprètes confirmant leur idéologie conservatrice	195
§1- La situation sociale et économique au lendemain de l'Empire, favorisant une division des élites sociales	196
§2- L'individualisme de la première génération et son libéralisme mitigé	202
Seconde partie. L'interprétation du nouvel ordre social contemporain par la doctrine du XIX^e siècle	209
Titre premier. L'adaptation du Code par la seconde génération d'interprètes face aux révolutions sociales et méthodologiques de la première moitié du XIX^e siècle	213
Chapitre premier. La perpétuation du discours individualiste et conservateur avec la seconde génération	216
Section première. La seconde génération : une doctrine conservatrice face aux bouleversements sociaux du XIX ^e siècle	218
§1- La doctrine parisienne comme soutien du pouvoir en place et de l'ordre social contemporain	220
§2- La doctrine provinciale de la seconde génération : l'exemple de Charles Demolombe	229
Section seconde. L'historicisme des juristes français en faveur d'un changement méthodologique mais non idéologique	236
§1- La naissance de l'École historique allemande et son hostilité envers le « modèle » français	238
§2- L'École historique française : un discours similaire avec la seconde génération	253
Chapitre second. De la victoire du césarisme bonapartiste à l'empire libéral de 1860	277
Section première. La victoire du conservatisme autoritaire aux lendemains du printemps des peuples	279
§1- La chute de la IIe République et le retour de l'autoritarisme avec le Second Empire	281
	436

§2- Le soutien des juristes au nouveau régime	289
Section seconde. Le libéralisme mitigé de la doctrine française au lendemain du Printemps des Peuples	296
§1- Le libéralisme de la doctrine : entre critiques libérales et soutien au libéralisme politique	297
§2- Émile Accolas : une exception libérale parmi la doctrine	308
Titre second. Le conflit politique et doctrinal sous la III^e République : l'opposition entre le solidarisme, le libéralisme et le conservatisme	317
Chapitre premier. L'avènement de la III^e République : un moment politique et doctrinal avec le solidarisme	320
Section première. Le solidarisme comme solution juridico-politique face à la question sociale	323
§1- Du compromis du « pacte de Bordeaux » à la victoire des radicaux et la fidélité des professeurs parisiens envers la III ^e République	325
§2- La demande « républicaine » des juristes et l'École dite « scientifique »	330
Section seconde. Léon Duguit : un représentant idéal-type de la doctrine solidariste	335
Chapitre second. La permanence du discours individualiste et conservateur de la doctrine juridique de la fin du XIX^e siècle	347
Section première. La permanence d'un discours conservateur et individualiste au sein de la doctrine française de la troisième génération	349
§1- La recherche d'un compromis entre l'influence chrétienne et le solidarisme	350
§2- La finalité du droit : sauvegarder l'ordre social individualiste	361
Section seconde. Le discours conservateur de la doctrine provinciale	369
§1- Le conflit entre la doctrine provinciale et la doctrine parisienne à propos de l'État républicain	371
§2- La permanence du droit naturel comme justificatif d'un discours individualiste et conservateur	384
Conclusion	393
Bibliographie	401
I. Usuels :	401
II. Sources :	402
III. Ouvrages et articles	410
Table des matières	435