

Julien Boudon

La place réservée à l'histoire du droit et au droit comparé par la doctrine juridique française en 1900

La date choisie n'est pas innocente : en 1900 fut organisé à Paris un Congrès international de droit comparé, en même temps que l'Exposition universelle. 1900 est une date ronde, une date commode qui marquerait une rupture dans la méthode juridique des professeurs de droit. Pour le dire d'un mot, on serait passé d'une méthode exégétique, qualifiée encore de « dogmatique », à une méthode d'observation, prenant appui sur l'histoire du droit, le droit comparé (et la sociologie). On dit aussi que l'École scientifique aurait succédé à l'École exégétique, laquelle aurait rassemblé Toullier, Proudhon, Delvincourt, Duranton (nés avant la Révolution française), mais aussi Troplong, Aubry, Rau, Demolombe (nés entre la Révolution et la fin de l'Empire). La césure est trop nette pour être honnête (si vous me permettez cette euphonie) : depuis une vingtaine d'année, la doctrine tend à démontrer que les choses ne furent pas aussi tranchées, que la querelle des méthodes n'a pas toujours opposé deux camps irréductibles, surtout que les deux méthodes ont coexisté. Saleilles le disait déjà en 1890 et évoquait notamment l'enseignement romaniste de Paul Gide¹. L'article pionnier est ici celui de Philippe Rémy, « Éloge de l'Exégèse »²; il a été suivi d'un immense renouvellement de l'histoire de la pensée juridique³.

Cependant, cette date de 1900 reste précieuse car elle met en relief le débat très vif qui secoue les Facultés de droit au sujet de la méthode à utiliser dans les matières juridiques. Sous l'influence de la science allemande, sous le coup des disciplines nouvelles telles la sociologie et la psychologie, la doctrine juridique française est amenée à interroger ses fondements épistémologiques et elle est conduite à se renouveler. Des facteurs politiques et institutionnels ont aussi joué : la défaite contre la Prusse en 1870 a été vécue comme un coup de tonnerre, l'installation de la République a bouleversé les cadres de pensée, mais elle a également modifié le recrutement des professeurs de droit ou le contenu des enseignements (sectionnement du concours d'agrégation en 1896). L'introduction d'un cours d'histoire du droit en 1881 et d'un autre de droit constitutionnel en 1889 ne sont pas neutres, non seulement quant au fond, mais aussi quant à la méthode : il y a une manière de faire de l'histoire du droit ou du droit constitutionnel, bien différente de celle qui prévalait jusqu'alors en droit romain ou en droit civil. Saleilles souligne combien la méthode et le fond sont liés dans un article de 1890, alors que l'histoire du droit et le droit constitutionnel ont été introduits : « Ce ne sont pas seulement des enseignements nouveaux qui viennent de forcer l'entrée des programmes de la licence ; c'est un esprit nouveau qui semble vouloir les rajeunir. L'enseignement du droit romain, du droit civil et des branches qui s'y rattachent, passe pour s'en tenir uniquement aux procédés de la méthode déductive : c'est la méthode d'observation, et par conséquent la plus pure

¹ *Revue internationale de l'enseignement*, 1890, 2, p. 494-495.

² *Droits*, n° 1, 1985, p. 115-123.

³ V. ainsi N. Hakim, « De l'esprit et de la méthode des civilistes de la seconde moitié du XIX^e siècle. L'exemplarité de Bufnoir », *Droits*, n° 47, 2008, p. 45-75.

méthode historique, qui va faire son apparition dans nos amphithéâtres avec l'introduction des nouveaux cours de licence »⁴.

C'est donc après 1870 assurément, après 1875 et même après 1877-1878 que la question de la méthode se pose avec une particulière acuité dans les Facultés de droit. Elle ne naît pas en 1900 ! Cela fait vingt ans que les professeurs de droit s'interrogent gravement sur leur discipline, sur son caractère « scientifique », sur ses ressorts épistémologiques. Bufnoir est exemplaire, ainsi que l'a montré Nader Hakim : en 1891, il livre déjà le programme qui sera poursuivi par son gendre, Raymond Saleilles, et ses amis – « esprit critique et méthode d'observation »⁵. L'histoire du droit et le droit comparé sont ainsi privilégiés depuis la deuxième moitié du XIX^e siècle. On en a une preuve sur le plan institutionnel et pédagogique : on constate dès le Second Empire mais surtout avec la République que les revues, les colloques et les cours se multiplient tant en histoire du droit qu'en droit comparé. Commençons par présenter les indices de ce goût pour l'histoire du droit et le droit comparé. Nous verrons ensuite que ces matières nouvelles ont surtout servi à contester la méthode juridique traditionnelle qui était alors en vigueur dans les Facultés de droit.

1. Les indices d'une faveur pour l'histoire du droit et le droit comparé

Indéniablement, l'histoire du droit et le droit comparé sont à la mode dans la seconde moitié du XIX^e siècle – et encore dans les premières décennies du XX^e siècle, le « moment 1900 » servant ici de repère.

1) Du côté de l'histoire du droit, la *Revue historique de droit français et étranger* est fondée en 1855 par Édouard Laboulaye, Eugène de Rozière, Rodolphe Dareste et Charles Ginoulhiac ; elle devient *Nouvelle revue historique de droit français et étranger* en 1877, avant de retrouver son premier titre en 1921. La Société d'histoire du droit, créée en 1913, est l'œuvre de professeurs parisiens : Chénon, Fournier, Glotz, Génestal, Champeaux et Jobbé-Duval (qui en devient le premier président). Elle traduit parfaitement le sectionnement du concours d'agrégation.

Sur le plan pédagogique, le décret du 28 décembre 1880 a consacré un cours annuel d'histoire du droit en première année de licence, de sorte que la plupart des agrégés des années 1880 et 1890 feront leurs premières armes en histoire du droit : ainsi Duguit à Caen, Saleilles à Dijon, Hauriou à Toulouse, etc. À partir de 1890, et en raison de l'introduction d'un cours de droit constitutionnel, l'histoire du droit est réduite à un semestre : Appleton, professeur à Lyon, parlait en 1891 de « mutilation »⁶, avant que le cours annuel ne soit rétabli par le décret du 1^{er} août 1905, lequel redéfinissait le droit romain dans une perspective historique et le rendait optionnel, pour la partie théorique, en deuxième année. En conséquence du décret de 1880, la chaire d'histoire du droit (« droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières »), créée en 1859, fut donnée à Charles Lefebvre comme professeur suppléant en 1881, puis comme titulaire en 1884 à la place de Chambellan. Une nouvelle chaire d'histoire du droit est ouverte en

⁴ *Revue internationale de l'enseignement*, 1890, 2, p. 492.

⁵ Article cité p. 68-69.

⁶ Cité par J.-L. Halpérin, « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 2001, p. 22, note 52.

1891 : elle est confiée à Esmein, avant que celui-ci n'occupe une chaire d'histoire du droit public français en 1898 (il est remplacé par Chénon dans la chaire d'histoire générale du droit français et par Fournier en 1914 dans celle d'histoire du droit public). Cuq prend aussi en charge une chaire d'histoire du droit public en 1898.

Les historiens du droit, tout comme en Italie à la même époque⁷ enseignent peu le droit positif, à l'exception de Charles Lefebvre (agrégé en 1873), d'Esmein et aussi d'Appleton qui fut agrégé également en 1875 et prodigua un cours de droit constitutionnel comparé à Lyon. Charles Lefebvre (1847-1922) est un modèle : agrégé en 1873, il enseigne d'abord le droit romain à Douai pendant quatre ans, puis le droit civil à Paris en 1877-1878 (pour remplacer Glasson), puis le droit constitutionnel à la place de Colmet-Daage (1878-1880), avant de prendre l'enseignement et la chaire d'histoire du droit. Brissaud, à Toulouse, occupera la chaire d'histoire générale du droit français en 1889, mais n'hésitera pas à donner un cours de législation civile comparée.

S'agissant des travaux scientifiques (ouvrages et articles), on note qu'ils se multiplient mais qu'ils deviennent rapidement réservés à des spécialistes, à ces professeurs de droit qui ont passé le concours d'agrégation en histoire du droit ou qui occupent des chaires d'histoire du droit après le sectionnement (Chénon, Fournier, Champeaux, Génestal, Jobbé-Duval, Olivier-Martin, Declareuil, Cuq, Girard, Collinet, Lévy-Bruhl, Meynial). Une figure se détache, celle d'Adhémar Esmein qui publiera des travaux tant d'histoire du droit que de droit positif : non seulement en droit constitutionnel, mais aussi en droit civil (après la fondation de la *Revue trimestrielle de droit civil* en 1905). Sur ce chemin, Esmein avait été précédé par Charles Lefebvre : spécialiste d'histoire du droit privé et spécialement du droit de la famille, il a profité de son cours de droit constitutionnel en 1878-1880 pour commettre en 1882 un ouvrage *Les lois constitutionnelles de 1875*. On peut également distinguer Planiol (1853-1931), agrégé en 1880, nommé à Grenoble pour une année, puis à Rennes (1881-1887) et enfin à Paris où il est titularisé dans une chaire de droit civil en 1896 : à la fin des années 1880 et au début des années 1890, Planiol a écrit des ouvrages d'histoire du droit – *L'Assise au comte Geoffroi. Études sur les successions féodales en Bretagne* (1888), *Les appropriations par bannies dans l'ancienne province de Bretagne* (1890), *L'Esprit de la coutume de Bretagne* (1891) et *La très ancienne coutume de Bretagne* (1896). Cet intérêt pour la coutume et les institutions bretonnes s'explique sans doute par une naissance à Nantes. Dans le même sens, Saleilles a écrit en histoire du droit au début de sa carrière (d'où les articles de Fournier et Meynial dans les *Mélanges Saleilles*) : *De la possession des meubles en droit romain* (1883), « Le domaine public à Rome et son application en matière artistique » (*Revue historique du droit*, 1889), « Étude sur l'histoire des sociétés en commandite » (*Annales de droit commercial*, 1895 et 1897). De son côté, Appleton se garda de ne rien publier en droit constitutionnel et se voua exclusivement au droit romain. (Larnaude, spécialiste de droit public, publia en 1888 la cinquième édition de l'ouvrage de Bonnier, *Traité théorique et pratique des preuves en droit civil et en droit criminel*.)

2) Les succès sont tout aussi spectaculaires du côté du droit comparé. La Société de législation comparée est fondée par Laboulaye, encore lui, en 1869 (celui-ci était professeur de législation comparée au Collège de France depuis 1849) et elle est rapidement peuplée et dirigée par de professeurs de droit dans les années 1880 : Paul Gide la préside en 1880, Duverger en 1881-1882, Bufnoir, un des membres fondateurs, en

⁷ J.-L. Halpérin, art. cité, p. 21-22.

1889-1890, alors qu'il en avait été vice-président en 1883-1886⁸. Maurice Dufourmantelle en sera également président en 1925-1926. Le Comité de législation étrangère est institué au ministère de la Justice en 1876 pour traduire les codes et lois étrangers (ainsi le BGB allemand). Le Congrès international de droit comparé en 1900, piloté par Saleilles et Lambert, a rassemblé la crème des professeurs de droit français. Des Instituts de droit comparé sont créés après la Grande guerre, le premier à Lyon par Lambert en 1920, le second à Paris en 1931 par Lévy-Ullmann qui le dirigera jusqu'en 1941 (il avait présidé la Société de législation comparée en 1929-1930).

Les cours de droit comparé apparaissent en France dans les années 1880⁹. Thaller a été ici précurseur : à Lyon, il assure le cours municipal de législation commerciale comparée de 1878 à 1892 ; surtout, il assure un des premiers enseignements de droit commercial comparé à la Faculté de droit lyonnaise entre 1891 et 1893¹⁰. Lambert est chargé du cours de droit civil comparé en 1901 à Lyon (outre sa chaire d'histoire du droit occupée jusqu'en 1921). Saleilles et Lambert ont occupé des chaires de législation comparée pour l'un (à Paris en 1909) et de droit comparé pour l'autre (à Lyon, en 1921). Peu après son arrivée à Paris, en 1895, Saleilles prodigue un cours de législation pénale comparée ; puis un cours de droit civil comparé à partir de 1901. Lerebours-Pigeonnière est chargé d'un cours de législation comparée à Rennes en 1902 ; Léon Julliot de la Morandière (1885-1969) enseigne le droit comparé à Paris à partir de 1924 – il participe au projet franco-italien de Code civil.

Les travaux en droit comparé prennent leur essor de manière concomitante. Quatre noms sont ici à retenir, ceux de Thaller, de Saleilles, de Lambert et de Lévy-Ullmann, sans oublier Esmein. Thaller rédige en 1887 *Des faillites en droit comparé, avec une étude sur le règlement des faillites en droit international* : il s'inspire du sujet du concours de thèses en droit de l'Académie des sciences morales et politiques de 1883 (*Des réformes qui pourraient être introduites dans la législation des faillites en France, d'après l'examen comparé des législations étrangères*). Peu de temps après, Saleilles se livre à de nombreuses études comparatives, notamment avec l'Allemagne (Bufnoir, son beau-père, avait pris une part essentielle à la traduction du BGB) : *Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand* (1890), *De la déclaration de volonté. Contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand* (1901), *Introduction à l'étude du droit civil allemand* (1904), *La possession des meubles. Étude de droit allemand et de droit français* (1907). On ajoutera les articles programmatiques sur la méthode du droit comparé, ainsi « Droit civil et droit comparé » (*Revue internationale de l'enseignement*, 1911).

Son collègue Lambert a partagé lui aussi très tôt ce goût pour le droit comparé : titularisé dans une chaire d'histoire du droit à Lyon en 1900, il livre dès 1903 des *Études de droit commun législatif. La fonction du droit civil comparé*. C'est surtout après la guerre qu'il se déchaîne, avec la création de l'Institut de droit comparé (éditeur de nombreuses thèses dans la Bibliothèque de l'Institut de droit comparé) et sa titularisation sur une chaire de droit comparé¹¹, activité débridée qui lui vaudra des Mélanges monumentaux en 1938 : *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, 3 vol.

De son côté, Lévy-Ullmann écrit en droit comparé plutôt après la Première guerre

⁸ Voir M. Milet, *Paris, capitale juridique, op. cit.*, p. 145.

⁹ Voir J.-L. Halpérin, « Henri Lévy-Ullmann », *Le renouveau de la doctrine française, op. cit.*, p. 103.

¹⁰ Voir F. Garnier, « Edmond-Eugène Thaller », *Le renouveau de la doctrine française, op. cit.*, p. 172.

¹¹ Voir J.-L. Halpérin, *Dictionnaire historique des juristes français*, Paris, PUF, 2007, p. 458.

mondiale, d'après J.-L. Halpérin¹². On relève cependant que Lévy-Ullmann adhère à la Société de législation comparée sans doute dès sa thèse, qu'il donne des traductions à l'*Annuaire de législation comparée* en 1896, qu'il participe à la traduction du BGB avec Saleilles, qu'il écrit un article à la RDP en 1903 sur « La question politique des trusts », surtout qu'il fonde l'année d'après, en 1904, avec Lerebours-Pigonnière, la Bibliothèque internationale de droit privé et criminel, une collection de traduction de manuels étrangers, le pendant de la Bibliothèque internationale de droit public fondée par Jèze et Boucard (Giard et Brière). Mais c'est en 1928 que paraît l'ouvrage le plus connu de Lévy-Ullmann : *Le système juridique de l'Angleterre* (1928).

Quant à Esmein, ses *Éléments de droit constitutionnel* regorgent de références aux droits étrangers : on a souligné l'intérêt pour la Constitution anglaise, mais il faudrait y ajouter aussi les dominions, la Belgique et surtout les États-Unis. Sa réflexion sur le droit comparé figure dans « Le droit comparé et l'enseignement du droit » (RHD, 1900). Notons au passage que les *Éléments de droit constitutionnel* deviennent *Éléments de droit constitutionnel français et étranger* dès la deuxième édition de 1899 : l'expression « français et étranger » ornait déjà le titre de la *Revue historique de droit* en 1855 et celui de la *Revue du droit public* en 1894.

Bref, comme le dit Esmein au Congrès de 1900, le droit comparé « doit figurer au premier rang, avec l'histoire du droit, parmi les méthodes qui font du droit une véritable science »¹³.

2. L'histoire du droit et le droit comparé au service de la méthode d'observation

La nouvelle méthode d'observation doit se battre sur trois fronts : elle récuse le droit naturel ; elle critique la méthode exégétique ; mais elle doit aussi se garder, en utilisant les ressources de la sociologie, de confondre la science juridique et les sciences sociales dont la sociologie et la psychologie font partie. L'idéal est en effet de bâtir une véritable *science* : les progrès de la physique, de la chimie, de la biologie exigent que les autres disciplines se mettent à niveau – qu'elles apparaissent comme offrant les mêmes garanties d'objectivité que les sciences physiques et naturelles. D'où cet esprit scientifique, cette volonté d'ériger le droit en science.

Le premier ennemi est le droit naturel tel qu'il s'est épanoui aux XVII^e et XVIII^e siècles. Le jusnaturalisme est chargé de tous les péchés du monde : il est abstrait, il est subjectif, il procède par *a priori*. Saleilles évoque en 1904 « un droit naturel construit sous forme de déductions tirées de la nature de l'homme envisagé à l'état individuel. On concevait l'homme sous sa forme abstraite, comme une entité représentée par certains caractères spécifiques. De ces notions primordiales, découlait un droit également abstrait, et plus ou moins immuable, destiné à la mise en œuvre de ces éléments de la nature humaine »¹⁴. Saleilles dans le premier numéro de la *Revue trimestrielle de droit civil* parle de « la chimère d'un droit naturel, fondé sur la raison », « cette sorte d'utopie, ce rêve d'un idéal »¹⁵, « le dogmatisme philosophique issu des théories du XVIII^e siècle »¹⁶. Or c'est du

¹² *Le renouveau de la doctrine française*, *op. cit.*, p. 105.

¹³ *Procès-verbaux des séances et documents*, Paris, LGDJ, t. I, 1905, p. 448.

¹⁴ Art. cité, p. 108.

¹⁵ Art. cité, p. 80.

¹⁶ Art. cité, p. 85.

jusnaturalisme que découle la codification du XIX^e siècle et ensuite la méthode exégétique : en effet, la codification est la fille des Lumières et des Révolutions américaine et surtout française. Napoléon a entraîné ici une notable part de l'Europe continentale et même l'Allemagne s'y est mise puisque le BGB a été préparé en 1896 et mis en œuvre en 1900. Malgré les critiques de Savigny et de l'école historique du droit, voilà que la codification l'a emporté partout. Or la codification est le fruit du droit naturel, ainsi que le prouve le discours préliminaire de Portalis au Code civil de 1804. Ce qui est vrai du jusnaturalisme est vrai aussi de l'exégèse des Codes : les juristes, et notamment les professeurs de droit, se sont contentés de gloser, comme au Moyen âge, les dispositions du Code civil. Ce faisant, ils ont versé eux aussi dans l'abstraction, dans la subjectivité ou le subjectivisme et dans la déduction. Par révérence pour le texte sacré, la doctrine ne joue aucun rôle critique et elle se réfugie dans un conformisme gênant.

Revenons sur ces quelques mots : abstraction, subjectivisme, induction, tout cela étant résumé par le mot « dogmatisme », au sens théologique du terme, au sens de vérité révélée qu'il est impossible de remettre en cause. La méthode dogmatique, dit Saleilles, consiste à admettre « certains principes directeurs, susceptibles de servir de base à un raisonnement déductif, que l'on dût poursuivre en pure logique abstraite »¹⁷. De son côté, Deslandres soutient que la méthode dogmatique repose sur « la foi en des vérités premières, immuables, abstraites, qui doivent servir de base à l'organisation des sociétés »¹⁸. Autrement dit, le Code est l'alpha et l'oméga : le commentateur n'a qu'une chose à faire – exposer les principes du Code, les relier entre eux, rappeler l'intention des Pères fondateurs. Cette méthode apparaît étouffante à la fin du XIX^e siècle : on en a dit les raisons, les raisons scientifiques, les raisons politiques, les raisons institutionnelles.

Le mot « étouffant » est choisi car les Saleilles, les Deslandres, les Gény, les Thaller, les Pic, les Lambert, les Josserand, etc. prennent le parti de la *Vie*. Il y a un élan vital très intéressant à noter chez eux : la méthode dogmatique est desséchante, elle est figée, elle n'épouse pas le mouvement de la vie, l'évolution des mœurs et de la société. On en resterait à un droit civil ranci, celui du début du siècle, tandis que la méthode d'observation, elle, veut traduire fidèlement les oscillations sociales. D'où le choix de la méthode d'observation : comme son nom l'indique, elle ne part pas de principes éthérés, éternels, immuables, et ne raisonne par déduction, mais par induction. Il s'agit d'observer les *faits* tels qu'ils se présentent à nous : c'est pourquoi la jurisprudence est préférée à la discussion stérile de la loi, c'est pourquoi le droit comparé, l'histoire du droit, l'économie politique, la sociologie se substituent à l'exposé plat des principes du Code. La méthode d'observation est objective : elle ne part pas de préférences de tel ou tel commentateur, elle part des faits, c'est-à-dire, autre grand leitmotiv, de la *réalité*. Comme le dit Saleilles en 1902, « Le sens de la réalité, c'est-à-dire la pure méthode d'observation »¹⁹ Si la base du raisonnement tient aux faits, à la réalité sociale, alors il ne convient plus de déduire des conséquences d'un principe posé *a priori*, de raisonner par syllogismes, mais de remonter aux principes par voie d'induction. Saleilles le soulignait dans le premier numéro de la *Revue trimestrielle de droit civil* en 1902 : « Il faut renverser les facteurs : observer les faits et les plier à la raison, à la justice et à l'idéal, et non partir de la raison, de la justice, de l'idéal

¹⁷ *Revue politique et parlementaire*, 1903, p. 102.

¹⁸ *Revue du droit public*, 1901, p. 396.

¹⁹ Art. cité, p. 324.

pour en faire sortir les faits qui devraient être »²⁰.

La méthode d'observation est confortée par l'introduction de nouvelles matières dans les Facultés de droit entre 1880 et 1890 : l'histoire du droit, le droit comparé, l'économie politique, le droit constitutionnel, dont Esmein dit qu'il n'a pas besoin d'un enseignement comparatiste spécifique tant il utilise incessamment les leçons du droit comparé.

Toute la question est de savoir si on repousse définitivement la méthode exégétique ou si on tente une synthèse entre les deux méthodes. Le camp des novateurs se scinde ici. D'un côté Esmein ou Thaller prônent la conciliation entre les deux méthodes. Esmein le dit nettement au Congrès de 1900 : « L'étude des principes et de la nature des institutions, c'est l'étude même du droit, en tant qu'il constitue une science. [...] Mais comment peut-on dégager les principes et préciser la nature des institutions ? Il y a pour cela deux méthodes. L'une est la méthode dogmatique et abstraite – elle est vieille comme le droit lui-même et toujours légitime. Elle consiste à chercher patiemment la pensée du législateur quand il s'agit d'une loi écrite, à interpréter, s'il se peut, l'esprit des populations, quand il s'agit d'une coutume, et surtout à rapprocher et à combiner les solutions précises fournies par le droit positif. [...] L'autre méthode est nouvelle et c'est une méthode d'observation. Elle emploie deux instruments de précision : l'histoire du droit, appliquée d'ailleurs au présent comme au passé, et le droit comparé. L'histoire du droit, en montrant comment les institutions qui durent longtemps voient successivement et à plusieurs reprises changer leur âme, c'est-à-dire l'idée vivante dont elles sont la traduction, en dégage sûrement les principes ; elle excelle également à préciser la nature juridique des institutions en en suivant les lentes modifications. Mais pour cela le droit comparé fournit une méthode plus exacte et plus puissante encore, soit qu'il montre dans plusieurs législations l'application parallèle des mêmes idées fondamentales, soit qu'il fasse surgir les oppositions et mette face à face les contraires »²¹. En 1890, Saleilles parle de « l'alliance des deux méthodes, expérimentale et déductive »²². Mais cette souplesse n'est plus de mise par la suite. Les positions se raidissent et les chemins divergent. Le Congrès de 1900 le montre : la méthode exégétique est rejetée avec emphase, tandis que seule doit régner la méthode d'observation.

La stricte méthode d'observation, encore appelée méthode historique, voire méthode sociologique, l'emporte donc. L'histoire, le droit comparé, la psychologie, la sociologie, tous ces termes sont un peu confondus. Ils sont employés de façon laudative, avant qu'un revirement ne se produise. En effet, les juristes se rendent compte qu'ils risquent de fragiliser leur propre discipline, leur propre *science*, s'ils avouent benoîtement que le droit se résume à la sociologie. En 1890, Saleilles déclare encore : « le droit et l'histoire sont les deux éléments de la sociologie »²³.

Le combat est livré contre la sociologie et la psychologie : alors qu'un Duguit était un apôtre de la méthode des sciences sociales naissantes, notamment de la sociologie (celle de Durkheim, qu'il avait connu à Bordeaux et apprécié), la plupart des professeurs de droit sont hostiles à la sociologie ou plutôt soucieux de la cantonner à son objet propre, distinct de celui du droit. Esmein l'indiquait nettement dans l'introduction des *Éléments* : « Le droit constitutionnel, quelque portée qu'on lui donne, est distinct d'une autre science

²⁰ Art. cité, p. 95.

²¹ *Procès-verbaux des séances et documents*, op. cit., t. I., p. 450.

²² *Revue internationale de l'enseignement*, 1890, 1, p. 494 ; voir aussi p. 507-508.

²³ *Revue internationale de l'enseignement*, 1890, 2, p. 498.

que notre temps a vu naître, et qui porte en partie sur les mêmes objets, mais envisagés à un point de vue différent : je veux dire la *sociologie*. La *sociologie*, qui est une science naturelle, a pour but de découvrir et de dégager les lois naturelles d'après lesquelles se forment, s'organisent, se développent et se décomposent les sociétés humaines. Elle comprend nécessairement la formation des États et des Gouvernements, non dans leurs incidents historiques, mais dans leur évolution organique ; et bien que jeune encore, elle a déjà donné des résultats importants. Le *droit constitutionnel*, qui est une science juridique, a un tout autre but. Il prend un État et un Gouvernement arrivés à une forme déterminée, qu'a fixée la coutume ou la législation : il en dégage l'esprit et les principes fondamentaux, dont il tire les conséquences ; il en construit ainsi le système logique et juridique. Mais si le droit constitutionnel ainsi entendu n'est pas la sociologie, l'histoire du droit constitutionnel chez un peuple et surtout l'histoire comparée du droit constitutionnel chez les peuples divers, sont incontestablement l'un des moyens les plus sûrs de la sociologie, l'un de ceux qui lui permettent le plus efficacement de dégager les lois naturelles d'après lesquelles évoluent les États et les Gouvernements »²⁴. C'est aussi le cas de Saleilles ou de Lambert. La science juridique est bien distincte de la science sociale, dont fait partie la sociologie : le droit comparé, lorsqu'il se contente d'être spéculatif, relève de la sociologie du droit, tandis que le droit comparé de la science juridique est plus ambitieux – l'observation et le rapprochement ne sont que les premiers stades de l'effort, mais il convient ensuite de construire pour l'avenir un fonds commun législatif. Saleilles note ainsi que la science du droit comparé, purement spéculative, « n'est qu'une sorte de dépendance de la sociologie »²⁵.

3. Le sort divergent réservé à l'histoire du droit et au droit comparé

1) Encore en 1900, Esmein vantait les mérites du droit comparé et le plaçait au pinacle, y compris par rapport à l'histoire du droit, lui un historien du droit patenté. On se rappelle qu'au Congrès de 1900, il affirmait que l'histoire du droit et le droit comparé étaient les deux mamelles de la méthode d'observation, mais il ajoutait aussitôt : « Mais pour cela le droit comparé fournit une méthode plus exacte et plus puissante encore, soit qu'il montre dans plusieurs législations l'application parallèle des mêmes idées fondamentales, soit qu'il fasse surgir les oppositions et mette face à face les contraires »²⁶. Pourtant, c'est le chemin inverse qui est emprunté en 1902, dans le premier numéro de la *Revue trimestrielle de droit civil* et qui conduit ensuite, en 1905, la rédaction de la *Revue historique du droit français et étranger* à affirmer qu'elle abandonnera le droit comparé à la Société de législation comparée et qu'elle se contentera de l'histoire du droit. Cela est très cohérent avec la fondation de la Société d'histoire du droit en 1913. Notre hypothèse est qu'Esmein a mesuré lors du Congrès de 1900 que sa conception du droit comparé n'avait rien à voir avec celle des jeunes turcs tels que Saleilles, Josserand, Pic et surtout Lambert. De son côté, Lambert est un partisan résolu du droit comparé : il le place au sommet de la nouvelle méthode, déconsidérant dans le même temps la sociologie, la psychologie, l'économie politique ou encore l'histoire (avant même l'ouvrage de 1903). En effet, il écrit dès 1901 : « Ce que l'histoire et l'économie politique n'ont pu faire, l'enseignement du

²⁴ Art. cité, p. 31-32.

²⁵ « Droit civil et droit comparé », art. cité, p. 25.

²⁶ *Procès-verbaux des séances et documents, op. cit.*, t. I., p. 450.

droit civil comparé, j'en suis persuadé, le fera »²⁷. C'est d'ailleurs pour cela que celui-ci accusera Esmein en 1903 de verser dans le nationalisme. C'est là une question capitale, qui nous ramène à la conception qu'on se faisait du droit comparé au début du XX^e siècle en France.

2) Lambert et Saleilles sont proches en 1900 lors du Congrès international de droit comparé : c'est Saleilles qui a sollicité Lambert pour présenter l'important rapport de la première section ; Lambert ne cesse de parler de Saleilles avec admiration. Pourtant, leurs chemins vont diverger.

Une première fêlure apparaît dès 1900. Dans le sillage de Bufnoir, son beau-père, Saleilles utilise tant les ressources de l'histoire du droit que celles du droit comparé. Les deux disciplines convergent dans la méthode d'observation : l'une compare dans le temps, l'autre compare dans l'espace. En outre, Saleilles croit possible un rapprochement des systèmes juridiques dans quelques branches du droit seulement, notamment en matière commerciale, tandis que Lambert assigne cet objectif à toutes les branches du droit, cependant qu'il le limite dans l'espace à un groupe de pays suffisamment homogène (ainsi les pays anglo-saxons sont-ils exclus). Lambert relève leur désaccord en 1903²⁸.

La rupture est consommée quelques années plus tard. En 1910, face à ses étudiants de doctorat, Saleilles soutient que le droit comparé revêt trois acceptions. En premier lieu, le droit comparé ne fait que rapprocher les institutions juridiques des différents peuples : « prise à ce point de vue, la science du droit comparé n'est qu'une sorte de dépendance de la sociologie »²⁹, « une dépendance des sciences historiques »³⁰. En second lieu, le droit comparé se veut objectif : il regroupe les institutions, trie parmi elles et indique la meilleure, c'est l'école de Lambert, mais le droit comparé tend ici à devenir autonome et même coupé des droits nationaux, à l'instar du droit international privé³¹. En troisième lieu, Saleilles défend une conception nationale du droit comparé, qui le rapproche d'Esmein : il reproche à Lambert d'oublier d'indiquer le meilleur moyen pour implanter une institution étrangère dans tel pays³². Trois citations mettent en évidence la pensée de Saleilles : « La science du droit comparé, prise au sens objectif et impersonnel que je vous ai décrit, ne suffit pas à enseigner les voies de pénétration ; elle n'indique pas comment, et d'après quelles lois, l'assimilation pourra se faire pour chaque pays conformément à ses mœurs et à son tempérament, sans troubler l'économie de son droit national »³³. « Il y a donc une science nationale du droit comparé, qui consiste à étudier le droit comparé en fonction du droit national, c'est-à-dire en vue des emprunts que la doctrine peut lui faire pour aider à la construction du droit national »³⁴. « C'est donc à la doctrine d'étudier les conceptions nouvelles que lui présente le droit étranger, pour voir dans quelle mesure elle peut les concilier avec ses traditions nationales. Et alors, dans cette conception nouvelle, il n'est plus nécessaire, comme dans une science purement objective du droit comparé, de

²⁷ Art. cité, p. 741.

²⁸ Art. cité, p. 910.

²⁹ *Revue internationale de l'enseignement*, 1911, 1, p. 25.

³⁰ *Ibid*, p. 27.

³¹ *Ibid*, p. 27-29.

³² *Ibid*, p. 29-31.

³³ *Ibid*, p. 30.

³⁴ *Ibid*, p. 30.

parcourir tout le cycle des législations étrangères, pour les étudier par groupes homogènes »³⁵. C'est une critique frontale de Lambert : celui-ci a versé dans le cosmopolitisme le plus échevelé, tandis que Saleilles en revient aux leçons d'Esmein.

³⁵ *Ibid*, p. 31.