

GRANDES FIGURES DU DROIT DE L'ÉPOQUE CONTEMPORAINE

*Actes du colloque en l'honneur
du doyen Christian Chêne*

Ouvrage édité par
Arnaud Vergne



Collana di Studi di Storia del diritto medievale e moderno

Collettanee

3



“Historia et ius”
Associazione culturale - Roma

Collana di Studi di Storia del diritto medievale e moderno

Collettanee

3



La Collana di Studi di storia del diritto medievale e moderno *Historia et Ius*, pubblicata in forma elettronica in open access, è nata per iniziativa della stessa redazione della omonima rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna. Essa si propone di costituire uno strumento di diffusione, su scala internazionale, dei risultati delle ricerche storico giuridiche e del confronto di idee e impostazioni metodologiche.

Ogni volume, così come gli articoli pubblicati nella rivista, è sottoposto a doppio referaggio cieco. La collana accoglie testi in lingua italiana, inglese, francese, spagnola e tedesca.

The Series of Studies in medieval and modern legal history *Historia et Ius*, published in electronic form in open access, was created on the initiative of the same editorial board of the homonymous history journal of the medieval and modern age. It aims to constitute an instrument of diffusion, on an international basis, of the results of historical legal research and of the comparison of ideas and methodological approaches.

Each volume, as well as the articles published in the journal, is subject to double blind peer-review.

The book series receives texts in Italian, English, French, Spanish and German languages.

DIREZIONE DELLA COLLANA: Paolo Alvazzi del Frate (Università Roma Tre) - Giovanni Rossi (Università di Verona) - Elio Tavilla (Università di Modena e Reggio Emilia)

CONSIGLIO SCIENTIFICO: Marco Cavina (Università di Bologna) - Eric Gojosso (Université de Poitiers) - Ulrike Müßig (Universität Passau) - Carlos Petit (Universidad de Huelva) - Laurent Pfister (Université Paris II) - Michael Rainer (Universität Salzburg) - Giuseppe Speciale (Università di Catania) - Arnaud Vergne (Université de Paris) - (†) Laurent Waelkens (Universiteit Leuven)

E-mail: info@historiaetius.eu

Indirizzo postale: Prof. Paolo Alvazzi del Frate
via Ostiense 161 - 00154 Roma

Immagine di copertina:

Georges Braque, *Maisons à l'Estaque*, 1908 (per gentile concessione del *Kunstmuseum Bern*)

ISBN: 978-88-946376-1-8 - luglio 2021

ISSN: 2704-5765

**GRANDES FIGURES DU DROIT
DE L'ÉPOQUE CONTEMPORAINE**

*Actes du colloque en l'honneur
du doyen Christian Chêne*

Ouvrage édité par
Arnaud Vergne



“Historia et ius”

Associazione culturale - Roma



*Colloque international organisé le jeudi 6 juin 2019,
à la Faculté de droit, d'économie et de gestion
de l'Université Paris Descartes,*

par l'Institut d'Histoire du Droit (EA 2515),

*sous la responsabilité
d'Arnaud Vergne,*

*avec le soutien de
la Commission de la recherche de
l'Université Paris Descartes*



Christian Chêne, mars 2021

Table des matières

PHILIPPE DIDIER,
Avant-propos 1

ARNAUD VERGNE,
Christian Chêne et les grandes figures du droit 3

PREMIÈRE PARTIE EXPLORATION DES FONDEMENTS DU DROIT

JOSÉ JAVIER DE LOS MOZOS TOUYA,
Otto Lenel et le développement d'une étude historique sur le droit romain 15

SOPHIE DÉMARE-LAFONT,
Georges Boyer, une figure de la faculté de droit de Toulouse 31

SOAZICK KERNEIS,
L'anthropologie du droit dans l'œuvre d'Alain Testart 41

DEUXIÈME PARTIE INNOVATIONS DE JURISTES FRANÇAIS CONTEMPORAINS

LAURENT PFSISTER,
Augustin-Charles Renouard (1794-1878), pionnier de la doctrine du droit d'auteur 53

JEAN-MARIE AUGUSTIN,
Théophile Ducrocq, pionnier du droit pénal international 83

TROISIÈME PARTIE APPORTS EUROPÉENS

FRANZ-STEFAN MEISSEL,
Joseph Unger : père fondateur de la science civiliste autrichienne 95

FRÉDÉRIC RIDEAU,
Notes sur le précédent en common law au regard de l'œuvre de William Searle Holdsworth 111

PAOLO ALVAZZI DEL FRATE,
Norberto Bobbio entre positivisme et histoire 137

Avant-propos

Philippe Didier

Professeur à l'Université de Paris

Doyen de la Faculté de droit, d'économie et de gestion

À une époque où l'université connaît de grands bouleversements, il est des traditions qui ne changent pas. Cet ouvrage en est une illustration. Il est la manifestation de l'hommage que la communauté universitaire porte à l'un de ses plus éminents membres.

En observant la qualité des auteurs des contributions qui suivent, les hautes responsabilités qu'ils occupent, la diversité de leurs origines et de leurs parcours, on ne peut s'empêcher de voir le signe de l'amitié que Christian Chêne a su faire naître là où il est passé. Ce bel ouvrage est pour partie une sorte de métonymie où le discours savant est d'abord un témoignage d'amitié.

Mais cet ouvrage est aussi un témoignage de reconnaissance. La reconnaissance des pairs, bien sûr. La qualité des contributions est le témoignage de l'exigence scientifique que Christian Chêne s'est toujours imposée à lui-même. Cette même exigence, les contributeurs se la sont imposée. Mais que le lecteur me permette d'y ajouter la reconnaissance de la Faculté de droit, d'économie et de gestion de l'Université de Paris. Christian en a été un membre présent et actif, même si elle s'appelait à l'époque la Faculté de droit de l'Université Paris Descartes. Il a pris en charge des missions importantes et qu'il soit tout particulièrement mentionné la direction de l'implantation que notre Faculté a à Abu Dhabi. L'Orient éternel n'est pas toujours facile à vivre au quotidien et la Faculté lui doit beaucoup pour avoir su porter le département, aider ses étudiants à s'y épanouir et accueillir les enseignants en mission.

Enfin l'éclectisme naturel de Christian m'a personnellement ouvert à une forme d'expression artistique peu répandue dans les Facultés de droit : l'art du tapis. Je dois à Christian d'avoir été sensibilisé à la nomenclature

des motifs canoniques que suivent les artisans tisseurs et qui, tout en cadrant leur travail, laisse une grande place à leur créativité. Parmi ces formes, une est particulièrement frappante. Le tapis est divisé en petits compartiments chacun illustrant un aperçu différent du paradis.

Si j'osais l'analogie, je dirais que cet ouvrage partage la même construction. Chaque contribution est une fenêtre sur l'amitié et la reconnaissance que nous portons à Christian.

Christian Chêne et les grandes figures du droit

Arnaud Vergne

Professeur à l'Université de Paris

Directeur de l'Institut d'Histoire du Droit (EA 2515)

Le jeudi 6 juin 2019, l'Institut d'Histoire du Droit de l'Université Paris Descartes organisait un colloque en l'honneur du doyen Christian Chêne. Le programme de cet événement, dont les actes font l'objet de cet ouvrage, avait été spécialement pensé pour rendre hommage à notre collègue qui, même s'il a accédé à l'éméritat, demeure toujours une cheville ouvrière des activités scientifiques du laboratoire dont il fut le directeur pendant dix ans.

Au cours de cette journée d'étude, des spécialistes de droit romain, d'histoire du droit et de droit privé se sont succédé pour présenter le fruit de certaines de leurs recherches. Non seulement ils avaient spontanément accepté de participer à cet événement pour témoigner leur amitié à Christian Chêne, mais leur proximité intellectuelle était telle que le sujet du colloque s'était dégagé très naturellement : une étude de grandes figures du droit de l'époque contemporaine.

Le choix de ce thème n'était pas le fruit du hasard : il résultait du constat communément partagé de l'intérêt de Christian Chêne pour l'histoire de la pensée juridique en général et ses auteurs en particulier.

Aussi, pour illustrer le lien qui unit Christian Chêne aux grandes figures du droit, convient-il de revenir sur la carrière de notre collègue (1), avant de présenter les grands axes de ce livre (2).

1. – Sans pouvoir être exhaustif, la carrière de Christian Chêne présente incontestablement trois spécificités qui éclairent les rapports professionnels entre les contributeurs de ce volume et celui en l'honneur duquel ils s'expriment dans ces pages.

En premier lieu, cette carrière a été rythmée par un enchaînement ininterrompu de responsabilités collectives.

Maître-assistant à l'Université de Montpellier I de 1978 à 1981,

Christian Chêne est entré dans le corps des professeurs des universités en 1980, à l'issue du concours d'agrégation des Facultés de droit, en histoire du droit et des institutions. Sa première affectation fut l'Université d'Angers, où il resta en poste jusqu'en 1983. Il rejoignit ensuite l'Université de Poitiers, où il assura en particulier les fonctions de directeur de l'Institut d'Histoire du Droit (EA 3320), puis celles de doyen de la Faculté de droit et sciences sociales de 1996 à 2001. À deux reprises (de 1986 à 1988, puis de 1998 à 2002), il exerça des missions d'expert auprès du Ministère de l'enseignement supérieur et de la recherche.

En 2003, Christian Chêne rejoignit l'Université Paris Descartes. Il y prit assez rapidement la direction de son Institut d'Histoire du Droit (EA 2515), fonction qu'il occupa pendant dix ans. C'est en particulier pendant ce mandat que furent entrepris les travaux qui donnèrent au laboratoire son allure actuelle, avec sa salle de documentation, ses bureaux et ses aménagements. Pendant cette même décennie, Christian Chêne dirigea également la mention de master d'histoire du droit de l'Université Paris Descartes, la conduisant vers sa physionomie définitive, avec ses deux spécialités (devenues aujourd'hui des parcours) : la première, inaugurée en 2005, axée sur la « culture juridique européenne » et permettant à des étudiants français de partir étudier pendant un an dans des universités partenaires situées en Europe ; la seconde, ouverte en 2011 en partenariat avec l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, traitant de l'« histoire de la pensée juridique moderne ». Enfin, en 2013, Christian Chêne fut envoyé en délégation à l'Université de Paris Sorbonne Abu Dhabi, pour y diriger les filières de droit et d'économie-gestion de cet établissement de droit émirien, dans lequel les cours sont dispensés, dans les disciplines juridiques et économiques, par des enseignants-chercheurs de la Faculté de droit de l'Université Paris Descartes.

Cette dernière activité collective conduit naturellement à évoquer la deuxième spécificité de la carrière de notre collègue : son rayonnement international.

En dehors des Émirats arabes unis déjà cités, Christian Chêne a été invité pendant sa vie professionnelle à donner des conférences dans d'autres pays du Proche-Orient, en particulier au Liban (à l'Université de Kaslik) et en Arabie-Saoudite (à l'Université de Riyad).

Outre-Atlantique, il a fait des conférences tant en Amérique du nord, au Canada (à l'Université de Montréal), qu'en Amérique du sud, en Argentine (à l'Université de La Plata) et au Brésil (à l'Université d'État de Rio de Janeiro).

En Extrême-Orient et en Océanie, il a exercé les fonctions de professeur invité au Japon (à l'Université de Sapporo) et en Australie (à l'Université d'Adélaïde).

Mais c'est surtout en Europe que Christian Chêne a patiemment tissé des liens. En Allemagne, il a effectué deux séjours de recherche au *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* de Francfort-sur-le-Main, en 1976 et en 1977. En Autriche, il a été invité à dispenser des cours à l'Université de Vienne pendant plusieurs années, avec le statut de *Gastprofessor*. En Pologne, outre les conférences qu'il a données à l'Université de Cracovie, il est membre du comité de rédaction de la revue *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*. En Hongrie, il est intervenu à l'Université de Pécs. En Espagne, il a été professeur invité à l'Université de Valladolid. En Italie, il a fait des conférences à différentes reprises à l'Université *Roma Tre* ; il a également été nommé dans le collège d'une école doctorale de droit à l'Université de Turin.

Enfin une troisième spécificité caractérise la carrière de Christian Chêne : une production scientifique qui, si elle n'est pas réductible à un seul thème, n'en demeure pas moins irriguée par l'histoire de la pensée juridique.

Un survol rapide de la bibliographie de notre collègue ne permet pas nécessairement de dégager directement cette thématique. Nombre de ses travaux en effet portent ou ont porté sur une grande variété de sujets. Ils ont aussi bien abordé l'histoire du droit privé – à travers l'adolescence ou la pratique testamentaire – que l'histoire économique, interrogeant tantôt les statuts du syndicat professionnel mixte du commerce catholique poitevin, tantôt les activités du consulat de Bassora, voire l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce*. Christian Chêne s'est également intéressé à la question de l'esclavage, à travers l'histoire de la dernière expédition du *Comte d'Estaing* en 1772 ou encore les propositions de l'abbé Grégoire, en 1822, pour lutter contre la traite négrière. Ses publications ont aussi porté sur des aspects du droit public, depuis le contenu et l'accueil de l'Édit de tolérance de novembre 1787 jusqu'à des observations sur la police rurale dans les communes du Rouergue ou, plus récemment, sur les enjeux de la réglementation d'une chaussée située sur une rivière en Aveyron.

Cependant une lecture plus attentive des publications de Christian Chêne révèle en filigrane une thématique récurrente, témoin d'une véritable inclination. Il s'agit de l'histoire de la pensée juridique sous ses différentes facettes. Celle-ci inclut en premier lieu l'histoire de l'enseignement du droit sous l'Ancien Régime, depuis sa thèse sur *L'enseignement du droit français en pays de droit écrit (1679-1793)*, parue chez Droz en 1982 et couronnée du

prix « Paul Viard » de l'Académie française un an plus tôt, jusqu'à ses travaux sur : les études de droit public et les libertés de l'Église gallicane ; la place des arrêts dans l'enseignement du droit en Languedoc ; le droit romain vu par les professeurs de droit français de Toulouse ; l'autonomie et les privilèges des universités ; la formation au droit des affaires ; la place des professionnels dans la formation des juristes aux XVII^e et XVIII^e siècles.

Ce goût pour l'histoire de la pensée juridique a aussi conduit Christian Chêne à s'intéresser aux productions des juristes, que ce soit à travers les outils qu'ils ont construits à cette fin, à l'instar des revues juridiques – en particulier la *Revue trimestrielle de droit civil* –, ou certaines de leurs œuvres, comme le *Code des femmes* d'Auguste-Charles Guichard (1823), la traduction en français des *Pandectes* de Pothier par Pierre-Antoine-Sulpice de Bréard-Neuville (1818), le *livre des orateurs* de Louis-Marie Delahaye de Cormenin (1836) ou encore la *Philosophie de l'histoire de France* de Charles-Guillaume Hello (1840).

Enfin, notre collègue s'est intéressé à un ensemble d'auteurs, dont il a su dépendre la vie, la production juridique ou la conception qu'ils se faisaient du droit. La liste est longue et inclut aussi bien des juristes très célèbres que d'autres moins connus. Il suffit de les citer par ordre chronologique des naissances pour illustrer cette variété : Jacques Buchereau (au XVI^e siècle) ; François Hotman (1524-1590) ; Raymond Martin (fin XVII^e-début XVIII^e siècles) ; Claude Serres (1695-1768) ; Robert-Joseph Pothier (1699-1772) ; Simon-Antoine-Delphin de Lamoignon (1725-1781) ; Jean-Edmond Serres (1737-1803) ; Nicolas-Eustache Pigeau (1750-1818) ; Nicolas Bellart (1761-1826) ; Charles-Guillaume Hello (1787-1850) ; Louis Wolowski (1810-1876) ; Raymond Saleilles (1855-1912) ; Jean Carbonnier (1908-2003) ; André Gouron (1931-2009).

Cet intérêt pour les juristes, leurs carrières, leurs œuvres, leurs méthodes et leurs apports a aussi conduit Christian Chêne à faire du cours d'histoire du droit des obligations du master 2 de « droit des obligations civiles et commerciales », dirigé par le professeur Dominique Legeais, un enseignement innovant, tourné vers l'étude des grands auteurs du droit privé qui ont marqué les deux derniers siècles.

2. – En conséquence, quand il s'est agi de dégager un thème fédérateur, propre à rendre hommage à Christian Chêne, l'idée d'une journée d'étude portant sur de « grandes figures du droit » s'est imposée d'elle-même. Ce livre en est le fruit.

Par « grandes figures », il faut bien évidemment entendre des individus célèbres et remarquables ¹, des auteurs ayant joué un rôle de premier plan dans un champ du savoir et reconnus pour ce qu'ils ont légué. Rapporté au droit, ces « grandes figures » ont imprégné les disciplines juridiques, ouvert de nouvelles pistes de recherche, innové par la création de nouvelles branches du droit, voire marqué un pays tout entier.

Huit personnalités majeures ont ainsi été retenues pour les illustrer, chacune témoignant des mutations du droit ou de sa connaissance, entre le début du XIX^e et les premières années XXI^e siècles.

Afin de présenter ces huit personnalités qui ont marqué leur époque, ce livre suivra un plan thématique.

Tout d'abord, l'accent sera mis sur l'exploration des fondements du droit, à travers trois auteurs majeurs : Otto Lenel (1849-1935) en droit romain, Georges Boyer (1896-1960) en assyriologie juridique et Alain Testart (1945-2013) en anthropologie juridique (première partie).

Puis seront présentés deux juristes qui ont été de véritables pionniers dans leurs domaines, témoignant des innovations françaises dans deux branches du droit : Augustin-Charles Renouard (1794-1878) en ce qui concerne les droits d'auteur et Théophile Ducrocq (1829-1913) en droit pénal international (deuxième partie).

Enfin sera envisagé l'apport de grands juristes européens à la science du droit avec Joseph Unger (1828-1913) dans l'Empire austro-hongrois, William Searle Holdsworth (1871-1944) en Angleterre et Norberto Bobbio (1909-2004) en Italie (troisième partie).

À travers l'évocation de ces grandes figures du droit, les contributeurs de ce livre entendent ainsi rendre hommage à leur collègue Christian Chêne et lui témoigner leur amitié.

¹ A. Rey (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Le Robert, 2016, t. I, p. 895, v^o « figure ».

Annexe. – Publications du doyen Christian Chêne

1. *Ouvrages*

- Avec F. Audren, N. Mathey et A. Vergne (dir.), *Raymond Saleilles et au-delà*, Paris, Dalloz, collection « Thèmes et commentaires. Actes », 2013, VIII+192 p.
- Avec B. Durand et A. Leca, *Introduction historique au droit*, Paris, Montchrestien, 2004, 536 p.
- *Histoire contemporaine*, éd. du CNED, 1998, 246 p. (multigraphié).
- *L'enseignement du Droit français en Pays de Droit écrit (1679-1793)*, Genève, Droz, 1982, 365 p.

2. *Articles*

- « La *Revue trimestrielle de droit civil* », in F. Audren, P.-N. Barenot, N. Hakim (dir.), *Les revues juridiques au XIX^e siècle*, Paris, éd. La Mémoire du droit, à paraître en 2021.
- « Et au milieu coulait une rivière... », *Des racines du Droit & des contentieux. Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Louis Mestre*, Aix-en-Provence et Toulouse, éd. L'Épitoque, 2020, t. II, p. 77-83.
- « *Ne sutor ultra crepidam !* La formation au droit des affaires dans la France d'Ancien Régime », *Rivista di storia del diritto italiano*, Anno 92, vol. 92, 2, 2019, p. 5-18.
- « Le dernier voyage du *Comte d'Estaing* », in M. Degoffe et B. Poujade (dir.), *Mélanges en l'honneur du doyen Jean-Pierre Machelon. Institutions et libertés*, Paris, LexisNexis, 2015, p. 207-214.
- « Lettres de Bassora... », in C. Lauranson-Rosaz et D. Deroussin (dir.), *Mélanges en l'honneur du professeur Nicole Dockès*, Paris, éd. La Mémoire du Droit, 2014, t. I, p. 177-190.
- « Des peines infamantes... pour lutter contre la traite négrière. Les propositions de l'abbé Grégoire (1822) », in J.-M. Carbasse et M. Ferret-Lesné (dir.), *Doctrines et pratiques pénales en Europe. Journées internationales de la Société d'histoire du droit, Montpellier 26-29 mai 2011*, Montpellier, 2012, p. 491-500.

- Avec F. Audren et A. Vergne, « Introduction. Raymond Saleilles et au-delà... », in F. Audren, C. Chêne, N. Mathey et A. Vergne (dir.), *Raymond Saleilles et au-delà*, Paris, Dalloz, collection « Thèmes et commentaires. Actes », 2013, p. 1-9.
- « Le *Code des femmes* par Auguste-Charles Guichard, 1823 », in V. Mannino (dir.), *Miscellanea sul fenomeno giuridico*, Roma, Jovene, 2012, p. 69-84.
- « Du *ius commune* au droit français », *Hommage à André Gouron. 24 septembre 2010*, in J.-M. Carbasse (dir.), suppl. à la *Revue d'Histoire des anciens pays de droit écrit*, 2011, p. 91-99.
- « En relisant François Hotman... », in B. Coppein, F. Stevens et L. Waelkens (dir.), *Modernisme, tradition et acculturation juridique. Actes des Journées internationales de la Société d'Histoire du Droit tenues à Louvain, 28 mai-1^{er} juin 2008*, « Iuris Scripta Historica », XXVII, Brussel, 2011, p. 97-106.
- « Renouveler l'enseignement du droit : la leçon de Louis Wolowski au Conservatoire royal des arts et métiers », *Droit et Cultures*, hors série, 2010, p. 171-178.
- « Instituts du droit François par M. Simon Antoine Delphin de Lamothe, professeur royal en droit français dans l'université de Bordeaux, 1775 », in E. Burgaud, Y. Delbrel et N. Hakim (dir.), *Histoire, théorie et pratique du droit. Études offertes à Michel Vidal*, Pessac, Presses universitaires de Bordeaux, 2010, p. 317-326.
- « Le droit polonais comme exemple ou l'expérience des Wolowski », in S. Grodziski, D. Malec, A. Karabowicz et M. Stus, *Vetera novis augere, studia i prace dedykowane Profesorowi Wacławowi Uruszcakowi*, Kraków, Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 2010, t. 1 p. 65-71.
- « Autonomie et privilèges : les universités d'Ancien Régime », *Revue d'Histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, 2009-2010, n° 29-30, p. 29-38.
- « Guerre et droit d'après la *Revue Trimestrielle de Droit Civil* (1914-1921) », in J. J. de los Mozos Touya et I. S. León-Borja (dir.), *El ejército, la paz y la guerra*, Universidad de Valladolid, 2009, p. 376-384.
- « Pothier, Robert Joseph », in S. N. Katz (dir.), *The Oxford International Encyclopedia of Legal History*, Oxford University Press, 2009, v° « Pothier ».
- « Pigeau et Bellart, la formation des praticiens du droit de la fin de l'Ancien Régime à la Restauration », in V. Bernaudeau, J.-P. Nandrin,

B. Rochet, X. Rousseaux et A. Tixhon (dir.), *Les praticiens du droit du Moyen Age à l'époque contemporaine. Approches prosopographiques (Belgique, Canada, France, Italie, Prusse)*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2008, p. 285-297.

– « Entre enseignement et doctrine : la publication en français des *Pandectae*... de Pothier par Pierre Antoine Sulpice de Bréard-Neuville », in J.-M. Augustin et V. Gazeau (dir.), *Coutumes, doctrine et droit savant*, LGDJ, Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales / Université de Poitiers, 24, 2007, p. 269-278.

– « Buchereau Jacques », « Martin Raymond », « Serres Claude », « Serres Jean-Edmond » et « Hello Charles-Guillaume », in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen, *Dictionnaire historique des juristes français (XII^e-XX^e siècle)*, Paris, Quadrige/PUF, 2007, p. 142, 541, 708-709, 402-403.

– « Charles-Guillaume Hello (1787-1850) ou la défense de la Charte », in W. Uruszczak, K. Baran et A. Karabowicz (dir.), *Studies presented to the International Commission for the History of Representative and Parliamentary Institutions*, v. 84, Sejm Publishing Office, Warsaw, 2007, p. 221-228.

– « Le Livre des orateurs ou l'art oratoire au service de la souveraineté du peuple », in F. Medina Osório et M. Juruena Villela Souto (dir.), *Direito Administrativo. Estudos em Homenagem a Diogo de Figueiredo Moreira Neto*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006, p. 293-307.

– « Jean Carbonnier et la querelle de la source ou de l'autorité ; permanence d'un vieux débat ? », *Revue Lamy droit civil*, n° 27, mai 2006, p. 71-75.

– « L'histoire du droit par la biographie selon Charles Guillaume Hello et sa *Philosophie de l'histoire de France* », in J. Poumarède (dir.), *Histoire de l'histoire du Droit. Actes des Journées internationales de la Société d'Histoire du Droit. Toulouse, 1-4 juin 2005*, Toulouse, Presses de l'Université de Toulouse 1 Sciences Sociales, « Études d'histoire du droit et des idées politiques », n° 10, 2006, pp. 133-143.

– « Les études de droit public sous l'Ancien Régime et les Libertés de l'Église gallicane », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 2004, n° 24, p. 35-52.

– Préface à la thèse de F. Rideau, *La formation du droit de la propriété littéraire en France et en Grande-Bretagne*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, coll. « Histoire du Droit », 2004, p. 11-14.

- « Enseignement du droit » et « Manuels, traités et autres livres (période moderne) », in D. Alland et S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 617-625 et 987-990.
- Avec Y. Brissaud, « Droit (XVII^e-XVIII^e siècles) », *Dictionnaire encyclopédique du livre*, Electre, 2002, t. 1, v^o « Droit (XVII^e-XVIII^e siècles) ».
- « Arrêtistes et enseignement languedocien sous l’Ancien Régime », in S. Dauchy et V. Demars-Sion (dir.), *Les recueils d’arrêts et dictionnaires de jurisprudence (XVI^e-XVIII^e siècles)*, Paris, éd. La Mémoire du Droit, 2005, p. 139-145.
- « Introduction historique. Le français, langue du droit français ! », in I. de Lamberterie et D. Breillat (dir.), *Le français langue du droit. Colloque international, Poitiers, 6 et 7 novembre 1997*, Paris, PUF, Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 36, 2000, p. 9-12.
- « Les professeurs de droit français toulousains et le droit romain », in J. Krynen (dir.), *Droit romain, ius civile et droit français*, Toulouse, Presses de l’Université des Sciences sociales de Toulouse, « Études d’histoire du droit et des idées politiques », n^o 3, 1999, p. 263-269.
- « Les statuts du syndicat professionnel mixte du commerce catholique poitevin », in J. Lafon, J.-L. Harouel, M.-B. Bruguière et J. Bouineau (dir.), *Hommage à Romuald Szramkiewicz*, Paris, Litec, 1998, p. 445-460.
- « Crises et système juridique du XIX^e siècle à nos jours », *Droit de la crise : crise du droit ? Les incidences de la crise économique sur l’évolution du système juridique. Cinquièmes Journées René Savatier. Poitiers, 5 et 6 octobre 1995*, Paris, PUF, Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 31, 1997, p. 17-36.
- « Le GATT, un déficit pédagogique ? », *L’audiovisuel et le GATT. Juriscope 93. Actes des 7^{èmes} journées d’actualité du Droit de l’audiovisuel. Poitiers 19-20 novembre 1993*, Paris, PUF, 1995, p. 5-11.
- « De l’enfance à l’âge adulte, quand et comment ? », *L’adolescence en droit français et en droit néerlandais. Actes du colloque organisé à Nimègue les 9, 10 et 11 mai 1994 par les Facultés de Nimègue et de Poitiers*, Paris, PUF, Publications de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, 26, 1995, p. 3-13.
- « Simon Antoine Delphin de Lamothe, portrait d’un professeur bordelais

du XVIII^e siècle », in G. Aubin (dir.), *Liber amicorum. Études offertes à Pierre Jaubert*, Bordeaux, Presses universitaires de Bordeaux, 1992, p. 133-141.

– « Communicatique et droit, de l'utilité d'un néologisme », *Le droit de la communicative, Actes du colloque conjoint des Facultés de droit de l'Université de Poitiers et de l'Université de Montréal*, Montréal et Paris, Thémis et Litec, 1992, p. 11-21.

– « Le contenu et l'accueil de l'« Édit de tolérance » de novembre 1787 », *Bulletin de la Société de l'Histoire du Protestantisme français*, Genève, Droz, vol. 134, 1988, p. 133-139.

– « Les facultés de droit françaises du XVII^e siècle à la Révolution. Éléments de bibliographie », *Annales d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1986, n° 3, p. 199-242.

– « L'arrestographie, science fort douteuse », *Recueil de mémoires et travaux publiés par la Société d'histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, Montpellier, 1985 (fasc. XIII), p. 179-187.

– « La place des professionnels dans la formation des juristes aux XVII^e et XVIII^e siècles », *Annales d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 1985, n° 2, p. 51-62.

– « Remarques sur la police rurale dans les coutumes du Rouergue », *Diritto comune et diritti locali nella storia dell'Europa, Atti del convegno di Varenna (12-15 giugno 1979)*, Milan, Giuffrè, 1980, p. 171-186.

– « Testaments, fortunes et religions : la pratique testamentaire à Ganges de la fin du XVI^e siècle au début du XVIII^e siècle », *Confluence des droits savants et des pratiques juridiques. Actes du colloque de Montpellier. Colloque tenu du 12 au 14 décembre 1977*, Milan, Giuffrè, 1979, p. 183-220.

PREMIÈRE PARTIE

EXPLORATION DES FONDEMENTS DU DROIT

Otto Lenel et le développement d'une étude historique sur le droit romain

José Javier de los Mozos Touya
Professeur à l'Université de Valladolid

J'ai été très honoré et très heureux de revenir à la Faculté de Droit de Malakoff à l'occasion de l'hommage à notre cher collègue et ami Christian Chêne. Quand j'ai reçu de M. Arnaud Vergne la proposition de parler sur un grand romaniste moderne, important pour l'étude historique du droit, j'ai aussitôt pensé à Lenel, peut-être par un réflexe du métier, rappelant le *dictum* de Gaius, d'après lequel dans toutes les choses *potissima pars principium est* (D.1, 2, 1).

Car Lenel se trouve justement au commencement de la romanistique moderne, et ses deux grands ouvrages, la reconstruction de l'édit du préteur et la restitution des fragments des juristes contenus dans le Digeste à leurs œuvres originelles, constituent toujours des instruments de recherche indispensables pour les romanistes. Je base ces lignes principalement sur le récit que Lenel lui-même fait de son parcours académique ¹ et sur les réflexions que lui a dédiées Okko Behrends ².

Lenel est né en 1849 et a suivi à l'université l'enseignement de l'école historique tardive, laquelle avait accompli une tâche qui ne relevait pas de

¹ « Otto Lenel », par lui-même, dans H. Planitz (éditeur), *Die Rechtswissenschaft der Gegenwart in Selbstdarstellungen*, Leipzig, 1924, vol. I, p. 132-150.

² O. Behrends, « Otto Lenel, 13.12.1849 – 7.2.1935. Positivismus im nationalen Rechtsstaat als Haltung und Methode. Zur Herausgabe seiner gesammelten Schriften », dans O. Behrends et F. D'Ippolito (éditeurs), *Otto Lenel. Gesammelte Schriften*, vol. 1, Napoli, 1990, p. xiii-xxxiii ; *id.*, « Das Werk Otto Lenels und die Kontinuität der romanistischen Fragestellungen. Zugleich ein Beitrag zur grundsätzlichen Überwindung der interpolationistischen Methode », dans A. Avenarius, R. Meyer-Pritz, C. Möller (éditeurs), *Okko Behrends Institut und Prinzip. Ausgewählte Aufsätze*, vol. I, Göttingen, 2004, p. 267-309 (auparavant, dans : *Index* 19 (1991), p. 169-213 ; *id.* « Otto Lenel (1849-1935) », dans R. Domingo, *Juristas universales*, Madrid-Barcelona, 2004, vol. 3, p. 574-577. Une étude importante que je n'ai pas pu consulter est celle d'Elmar Bund, « Otto Lenel », dans J. Vincke (éd.), *Freiburger Professoren des 19. und 20. Jahrhunderts*, Freiburg, 1957, p. 77-100.

la vraie histoire du droit. Laissant de côté les mérites de cette école quant à la formation d'un système de concepts utile pour le droit privé, elle n'avait même pas été fidèle à ses propres fondements théoriques, car elle avait négligé des pans entiers de la tradition juridique, fixant son objet dans le droit romain de Justinien, qu'elle n'avait pas étudié historiquement.

Pour bien situer le changement introduit par la génération de Lenel, il faut préciser la situation de l'étude sur le droit romain en Allemagne au commencement du dix-neuvième siècle. Dans une grande partie des États allemands, le droit romain était applicable directement à côté des sources locales, dans la tradition d'études de l'*Usus modernus Pandectarum*, enseignée dans les universités à côté des doctrines du droit naturel. Cette doctrine labourait le droit romain effectivement reçu dans les différents territoires avec une orientation pratique, sans prétentions théoriques, dans une continuité avec le *mos italicus*. Elle avait un poids très important dans une bonne partie de l'Allemagne. Cependant, le droit naturel avait introduit dans le cours du dix-huitième siècle l'idée de la codification, laquelle s'était réalisée en Prusse (1794) et en Autriche (1811). De plus, le code civil français restait en vigueur dans certains territoires de l'Ouest du pays après les guerres contre Napoléon et la Restauration.

À la fin du dix-huitième et au commencement du dix-neuvième siècle, l'Allemagne connaissait un impressionnant essor culturel. Jean Gaudemet rappelle le livre *De l'Allemagne*, de Mme de Staël, où elle désigne ce pays comme la « patrie de la pensée »³. Il y eut surtout un renouveau de l'intérêt pour l'histoire, pour les traditions et pour la culture nationale. C'est la grande entrée en scène de l'historicisme, qui aura une réception décisive dans le milieu des juristes.

Déjà Gustav Hugo, professeur de droit romain à Göttingen, comprenait le droit comme un produit de l'histoire. Il présentait le droit romain d'une façon historique, en traitant les institutions romaines dans le contexte de leur temps et en cherchant à suivre leur évolution jusqu'au présent. Concernant le droit privé, il attribuait un poids plus grand à la science qu'à la législation et il était opposé à la codification qui aurait eu l'effet de bloquer les transformations spontanées du droit. Il s'opposait aussi à l'*Usus modernus*⁴.

Mais c'est l'historicisme tout particulier de Savigny qui reprit ces idées

³ J. Gaudemet, « Les Écoles historiques du droit en France et en Allemagne », dans *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la science juridique*, 19 (1998), p. 87-124, p. 92.

⁴ S. Meder, *Rechtsgeschichte*, Köln-Weimar-Wien, 2008, p. 273 s.

et marqua le développement de la science du droit pour au moins deux générations. Par son conservatisme politique et par ses convictions sur la nature du droit qui naît de « la conscience du peuple », idée suggérée par l'ambiance culturelle du temps, mais aussi par son intérêt et son affection pour le droit romain qu'il considérait, en humaniste qu'il était, comme modèle de développement du droit, il rejetait les projets de codification⁵ et proposait comme tâche de la science du droit une étude historique, laquelle était seule capable de comprendre le droit dans son évolution, et permettait de conserver ce qui est toujours vivant dans la conscience du peuple et d'écarter ce qui répond à des besoins disparus. La nouvelle science du droit serait donc historique. En 1815, il fonda avec Eichhorn et Göschen une revue dont le nom porte le caractère de la nouvelle science du droit, c'est la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, où la science juridique apparaît comme étant qualifiée d'historique ; l'histoire donc devient la méthode du droit.

Pourtant, Savigny n'a pas été fidèle à ce plan. Il a travaillé en vrai historien sur l'histoire des juristes du *ius commune*, et son *Histoire du droit romain au Moyen Âge* a frayé le chemin de la recherche dans ce domaine et reste un ouvrage incontournable. Mais son étude sur le droit civil romain qui a été le centre de son activité de recherche et d'enseignement n'a pas été une activité historique ; c'était plutôt, dans l'expression de Zimmermann, une « *legal scholarship* » sur le droit justinien⁶. Savigny étudie les textes pour découvrir l'élément rationnel permanent qu'il y croit présent et construit systématiquement à partir de son étude des concepts généraux, qui permettent de comprendre logiquement l'ensemble dans son utilité pour les besoins du droit moderne. Il ne cherche pas à comprendre le droit romain historique, il fait de la science du droit tout court sur le droit romain. Cette étude sera recueillie dans deux grands ouvrages, le *Système de droit romain actuel*⁷ et *Le droit des obligations*⁸, qui marquent une nouvelle étape dans la science du droit. Son disciple Puchta accentue ce tournant systématique et une lignée de romanistes suivent la même orientation. Cet « avatar » du droit romain a reçu le nom de Pandectisme ;

⁵ La polémique de 1814 avec Thibaut reste un débat fondamental sur la formation du droit et sur le rôle de la science. Vid. pour tous S. Meder, *op. cit.*, p. 270-273, 281 s. et J. M. Rainer, *Das Römische Recht in Europa*, Wien, 2012, p. 283-295.

⁶ R. Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, Oxford, 2001, p. 12.

⁷ Publié dans les années 1840 et traduit aussitôt en français par Ch. Guenoux, 8 vol., 1840-1860.

⁸ *Obligationenrecht*, 1851-1853.

il domine la science du droit allemand vers la moitié du siècle.

Les mérites de l'école historique, inaugurée par Savigny, sont compensés par ses défauts. D'une part, la formation du droit ne dépend pas seulement de la science, ni le juriste savant, qui s'occupe d'un droit compilé au cours de l'Antiquité tardive, ne peut prétendre représenter l'*ethnos*. Et d'ailleurs il y a aussi le *demos*, qui après 1848 fera valoir ses droits. D'autre part, la décision d'étudier le droit de Justinien était arbitraire et contraire aux idées de partie. On a laissé de côté la doctrine de l'*Usus modernus*, qui faisait partie de la vie pratique, et la doctrine du droit naturel, d'où Savigny a pris nombre de concepts généraux, sans pourtant considérer ses développements intéressants et son aspiration générale à la justice ; et on a oublié le droit coutumier vivant. Et surtout, l'histoire a été oubliée.

L'histoire de Rome progressait depuis le commencement du siècle grâce au perfectionnement de la philologie. Il faut mentionner Niebuhr, qui ouvrit le chemin, comme dit Wieacker⁹, à des recherches sur la constitution romaine par une lignée de savants qui mène jusqu'au grand ouvrage de Mommsen, *Das römische Staatsrecht*. La découverte des institutions de Gaius à Vérone par Niebuhr en 1816 permettait l'accès à des domaines nouveaux du droit classique, notamment à la procédure civile, étudiée par Keller (1799-1860). Bluhme (1797-1874) découvrait les « masses » de la compilation du Digeste. Dirksen (1790-1868) s'occupait du droit archaïque romain et de l'histoire des juristes. Le droit byzantin était cultivé par les frères Heimbach (Karl Wilhelm, 1803-1865, et Gustav Ernst, 1810-1851), éditeurs des Basiliques, et par Zachariae von Lingenthal (1803-1873), qui étudia son évolution après Justinien. Finalement, Rudorff (1803-1873), élève et ami de Savigny, publiait une reconstruction de l'édit du préteur. L'étude historique du droit romain n'avait pas été complètement oubliée, bien que la plus grande partie des efforts des romanistes suivait la ligne marquée par Savigny.

Par ailleurs, vers la moitié du siècle, il y eut une conviction générale du besoin d'une codification. Mommsen se déclara en faveur d'une codification afin de créer un droit national et uniforme. En 1861, fut fondée la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, présentée comme continuation de la revue fondée par Savigny, mais qui exprimait l'opinion dominante d'après laquelle l'acquis de l'histoire du droit connue suffit pour procéder à légiférer. Même

⁹ F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967, p. 416 s.

Windscheid, élève de Savigny était favorable à la codification ; elle irait au-delà du droit romain et compléterait sa réception. Il pensait que Savigny s'était opposé, parce que de son temps il manquait une doctrine suffisante, laquelle s'était formée grâce à l'école historique ¹⁰. La revue mentionnée reconnaît la nécessité d'un travail interdisciplinaire entre les romanistes et les germanistes, qui s'étaient séparés très tôt ; il fallait tenir compte du composant non romain et étudier l'évolution depuis la réception ¹¹. Le nom même de la revue se réfère directement à l'histoire, non comme la revue de Savigny à une « science du droit historique ».

L'unification de l'Allemagne en 1871 signalait l'imminence de la codification et la fin du Pandectisme. C'est justement après que Lenel eut fini ses études et au moment où il prépara son travail d'habilitation, en 1874, que la première commission chargée de préparer un projet de code civil pour l'Allemagne fut nommée. La fonction pratique du droit romain touchait donc à sa fin.

Wieacker dit que justement à ce moment l'étude du droit romain s'est émancipée de la servitude de son application pratique et est devenue historique : « La pleine émancipation de l'histoire du droit fut seulement possible quand le Pandectisme tardif lui-même commença à abandonner les sources romaines avec la préparation de la codification civile. Ce n'est pas par hasard que les premières contributions fondamentales, qui ont transformé la romanistique en une vraie histoire juridique, apparaissent dans les années quatre-vingts, chacune d'elles était le point de départ de nouvelles méthodes ou champs de recherche : *Das Edictum perpetuum* de Lenel (1884), *Interpolationen in den Digesten* de Otto Gradenwitz (1887), et « *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Weltreichs* » (1891). À partir de ce moment se produisit un fort essor de l'histoire du droit romain et antique, non seulement en Allemagne et en Italie, l'ancienne patrie du droit romain et de sa science, mais aussi en France et aux Pays-Bas, où elle récupérait l'ancienne tradition humaniste » ¹².

C'est ainsi que la génération de Lenel s'est orientée décidément vers l'histoire. Zimmermann indique que la nouvelle étape de l'étude du droit romain a été initiée par Lenel ¹³. En tout cas il fraya le chemin de la

¹⁰ R. Zimmermann, *op. cit.*, p. 15 s.

¹¹ La revue aura une section romaniste et une section germaniste ; depuis 1880, elle continue comme *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*. En 1911, est fondée la section canoniste. R. Zimmermann, *op. cit.*, p. 20.

¹² F. Wieacker, *op. cit.*, p. 420. J. Gaudemet, *op. cit.*, p. 116 ss.

¹³ R. Zimmermann, *op. cit.*, p. 22.

romanistique moderne et eut une grande importance pour le succès de cette orientation.

Otto Lenel est né à Manheim. Son père était un important homme d'affaires juif, qui dans ses dernières années a présidé la Chambre de commerce de la ville. Ses frères ont continué avec succès la tradition commerciale dans le milieu de la haute bourgeoisie. Lenel, en tant que le plus jeune, a été libéré de la charge des affaires de la famille et a pu choisir une formation académique qui l'a porté à devenir un grand savant. Il était un homme d'une grande intelligence, critique, sobre, objectif, avec un vrai tempérament scientifique. Il n'y pensait pas quand il était étudiant. Son père, lui, le savait et a permis qu'il eût accès à une bonne formation et à l'université. Lenel profita donc de l'appartenance à ce milieu social dynamique, ouvert et cultivé, défini par les deux traits de « patrimoine et culture » (*Besitz und Bildung*). Il s'est identifié avec la nation et l'État allemand, né sur la base de cette classe sociale, et il s'est distingué pendant toute sa vie par son patriotisme.

Notre romaniste a étudié le droit à Heidelberg, puis à Leipzig, encore à Heidelberg et finalement à Berlin. De ses professeurs romanistes, seul Wächter, à Leipzig, l'a impressionné par sa capacité de mettre en rapport l'enseignement du droit romain et la vie sociale, c'est lui qui le gagna pour la discipline ; il apprécia aussi le cours de droit commercial de Goldschmidt à Heidelberg. À la fin de ses études, il partit volontaire à la Guerre de 1870. Après la guerre, en 1871, il rentra à Heidelberg où il passa l'examen de doctorat et les examens d'État, avec une période de pratique entre les deux, et où il élaborait son travail d'habilitation, qu'il défendit à Leipzig. Dans cette université, il resta comme *Privatdozent* jusqu'à ce qu'il reçût en 1882 l'appel de l'Université de Kiel pour devenir professeur ordinaire. Puis il fut professeur six mois à Marburg, d'où il partit pour Strasbourg. À Strasbourg, il resta jusqu'en 1907. Finalement, il fut professeur à Freiburg, jusqu'à sa retraite en 1923. Dans sa carrière académique, il a cultivé l'étude historique du droit romain, mais aussi le droit civil.

Le monde civil de Lenel entra en crise avec la Guerre de quatorze. Après la guerre, il prononça deux discours très critiques sur la nouvelle constitution de Weimar. Il critiquait le nouveau régime d'un point de vue très conservateur et signalait le danger des profondes divisions entre les partis politiques ; seule sa foi dans « *la force vitale indestructible d'un grand peuple* » lui donnait un certain espoir.

Les années suivantes ont été très difficiles pour les peuples européens,

comme on le sait, et Lenel a dû être témoin de la montée des nazis au pouvoir et des premières mesures contre les juifs, qu'il a dû subir dans sa famille, car sa fille a perdu à cause de cette origine son poste d'infirmière en chef à l'hôpital universitaire où elle travaillait. Wlassak raconte que, dans les dernières années, il a éprouvé une grande déception et amertume et a même désespéré de sa science ¹⁴.

Lenel a vécu dans une période qui a connu l'essor et la crise de l'État libéral. Les idées de son milieu social, qui ont conditionné, comme il est toujours inévitable, son attitude scientifique, ont été corrigées et complétées après. Mais le noyau de son œuvre tient toujours, comme nous allons voir.

Les deux grands ouvrages de Lenel, la reconstruction de l'édit perpétuel d'Hadrien et la Palingénésie, sont des ouvrages de pure histoire, éloignés des préoccupations du droit moderne. Mais naturellement, comme je l'ai indiqué, il projetait dans ses études de droit romain les idées et les espoirs de son temps. Par ailleurs, il considérait que le droit romain gardait un énorme intérêt pour la formation des juristes, comme modèle de développement du droit à partir de certaines conditions politiques. Behrends affirme qu'une clé pour comprendre l'œuvre de Lenel est donnée par ses convictions nationales-libérales, non déterminées par un parti pris politique, mais plutôt par une attitude personnelle et existentielle qui lui faisait penser le droit comme un système de règles établi par l'État, que la technique juridique met en rapport avec la vie d'un peuple ¹⁵.

Il est possible d'observer cette façon d'aborder le droit dans son travail d'habilitation sur les exceptions ¹⁶. Il indique d'abord que toutes les exceptions sont des remèdes prétoriens. Se pose alors le problème de l'origine des exceptions dans l'équité. Depuis le temps de Donellus, il est admis que les exceptions sont des moyens de défense de l'équité. Lenel signale que cette idée est correcte du point de vue historique, car c'est par des considérations d'équité qu'elles ont été introduites, mais, d'un point de vue dogmatique, elle est insoutenable. Il dit littéralement : « Aucun peuple, aucun État ne se donne un droit qui ne s'adapte pas à ses besoins ou, ce qui revient au même, qui ne soit pas équitable. D'autre part, tout droit est construit pour satisfaire aux besoins ordinaires et donne des règles qui par leur nature de règles ne s'adaptent toujours pas au caractère du cas concret et pour cela elles sont

¹⁴ O. Behrends, « Otto Lenel... », *cit.*, p. xvii ss.

¹⁵ *Ibid.*, p. xxi.

¹⁶ O. Lenel, *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen*, Heidelberg, 1876, maintenant dans *Gesammelte Schriften cit. I*, p. 56 ss.

envisagées comme des règles strictes. Tout droit est de cette façon en même temps équitable et strict, dans la mesure où il est d'accord avec les besoins de son temps. On commence à parler d'équité par opposition au droit et dans le sens d'un principe qui mérite une reconnaissance par l'État à côté ou en lieu du droit, quand le changement des intérêts modifie la conscience du droit, qui entre en contradiction avec le droit existant ; parce qu'alors normalement une réforme est demandée au nom de l'équité. En quelle direction ? À ce propos on ne peut rien dire de valable en général, sauf que les exigences de réforme, comme il est naturel, donnent une plus grande considération aux nouveaux intérêts »¹⁷.

Behrends a raison quand il dit que Lenel développa un idéal intemporel de droit normatif qui ne reconnaît pas la nécessité d'une évaluation de cas singuliers qui exigent l'utilisation de principes d'équité. En général, les idées philosophiques, la théorie, comme ensemble de schémas de pensée générale qui sont antérieurs au travail technique des juristes lui étaient étrangères. Il s'est fermé de cette façon à la compréhension profonde de l'opposition entre droit strict et règle d'équité¹⁸. Il appartenait à un temps qui prenait encore le droit romain comme modèle de l'ordre juridique. Il représentait, « comme Mommsen et aussi comme Windscheid, une dernière phase de l'école historique et concevait le droit, l'État et la nation comme guidés par le sentiment que c'étaient des réalités données historiquement et pour cela n'ayant pas besoin de justification ultérieure. Tel était le positivisme de Lenel »¹⁹. Il avait la conviction nationale-romantique qu'un grand peuple n'a pas besoin de théorie et se caractérise par une vie saine, libre de théorie²⁰. Ce qui rappelle le mot de Méphistophélès : « *Grau, teurer Freund, ist alle Theorie, und grün des Lebens goldner Baum* » (« Grise, mon ami, est toute théorie, et vert est l'arbre d'or de la vie »)²¹. Peut-être y a-t-il un rapport avec l'esprit faustique qui survole le siècle ?

Il est vrai néanmoins que sa recherche sur les exceptions est très intéressante et a contribué à faire comprendre correctement le rapport entre le droit civil ancien et le droit honoraire, comme constituant un ensemble normatif homogène sanctionné par l'autorité du magistrat, qui se reflète dans la règle du cas concret : c'est-à-dire dans la formule adressée au juge. Le droit romain ne connut pas une duplicité de règles comme le droit anglais,

¹⁷ *Ibid.*, p. 66.

¹⁸ O. Behrends, « Otto Lenel... », *cit.*, p. xxi.

¹⁹ O. Behrends, *ibid.*, p. xxx.

²⁰ O. Behrends, « Das Werk Otto Lenels... », *cit.*, p. 304.

²¹ Goethe, *Faust*, erster Teil, 1808. *Studierzimmer, Mephistopheles zum Schüler.*

où le *law* et l'*Equity* fonctionnent comme deux systèmes différents, avec des cours de justice séparées jusqu'à la seconde moitié du dix-neuvième siècle.

En 1878, Lenel publia ses premiers travaux sur l'édit, préparatoires à sa grande reconstruction. Ce fut l'action publicienne qui frappa son attention, à cause de son traitement peu satisfaisant. Il pensait que l'on pourrait tirer une connaissance plus complète des commentaires fragmentaires à l'édit, en étudiant systématiquement les connexions originaires de chaque texte. Ce fut un succès. Il reprochait à l'école historique de ne pas avoir entrepris ce travail avant. Mais celle-ci concevait le droit comme dérivé de principes universels et ne pouvait pas s'intéresser à une réalité aussi positive et dépendante de l'autorité du magistrat. Ce caractère positif de l'édit était en revanche une incitation pour notre auteur.

En 1879, l'Académie de Bavière annonça, sous l'indication de Brinz, un concours à un prix pour une recherche sur « la reconstruction des formules de l'édit perpétuel d'Hadrien dans leur teneur et leur contexte ».

Lenel savait bien que l'intérêt ne se trouvait pas tant dans la reconstruction problématique des formules que dans la recherche du contexte originaire de chacun des fragments faisant référence à l'édit. La tâche était possible, si elle s'étendait à la totalité de l'édit. Il s'agissait de la codification la plus importante depuis les XII Tables. Il y avait beaucoup de textes des commentaires d'Ulpien, de Paul et de Gaius, il restait quelque chose d'autres commentaires. Mais il y avait d'autres œuvres, comme les *digesta* de Salvius Julianus qui suivaient dans leur plus grande partie l'ordre de l'édit. C'était un matériau très riche pour reconstruire non seulement le système, mais aussi le texte de l'édit. La difficulté était d'entreprendre une analyse complète, ce que n'avaient pas fait les auteurs de reconstructions antérieures, comme celle de Rudorff de 1869, qui étaient restées à la surface. En outre, on pouvait faire des découvertes intéressantes là où les contextes et connexions originaires avaient été modifiés ou obscurcis par les compilateurs.

Lenel a examiné tous les textes conservés dans les œuvres des juristes faisant référence à l'édit et les a étudiés dans leurs rapports réciproques, de manière qu'il fût capable d'établir les relations originaires. De cette façon, il parvint à reconstruire dans ses aspects fondamentaux le système de l'édit. Il était conscient que la tâche ne pouvait pas s'achever complètement, mais le résultat était magnifique. Il avait réussi à élargir considérablement la connaissance du droit classique et avait fait progresser la critique des sources justinianéennes. Il avait repéré de nouvelles interpolations et confirmé d'anciens soupçons, qui maintenant pouvaient être documentés.

C'est à ce moment, d'après sa confession, dans le récit de sa vie académique publié en 1924, que Lenel a pensé que son travail avait une réelle valeur pour l'université. Naturellement, il obtint le prix, grâce au rapport de Brinz.

Quand il finit son travail sur les commentaires à l'édit perpétuel, il eut l'idée d'élargir le même genre d'analyse au reste des œuvres des juristes. Déjà les humanistes avaient envisagé l'idée de lire, dans leur contexte, les textes des juristes que Justinien avait figés dans le Digeste. Iacobus Labittus, sous le conseil de Cujas, avait élaboré des index avec les fragments de chaque livre ; peu après, Antonio Agustín avait ajouté des index semblables, incluant les textes des juristes qui se trouvent en dehors du *Corpus Iuris*. Mais ces travaux étaient mécaniques et acceptaient sans critique l'ordre des fragments établi par Justinien dans les œuvres des juristes. Des reconstructions semblables entreprises au dix-huitième siècle, comme la *Palingenesia librorum iuris veterum* de Hommel, n'avaient apporté aucun progrès²².

Lenel savait par son étude des commentaires à l'édit que les *inscripciones* des textes étaient souvent erronées. Pour découvrir ces erreurs il fallait analyser les textes et voir si le contenu coïncidait avec la place attribuée dans l'ordre générale de l'œuvre.

Dans son analyse approfondie des textes, il découvrit de nouvelles interpolations ou crut en avoir découvert. Aujourd'hui nous savons que beaucoup de ces soupçons n'étaient pas justifiés et, depuis des décennies, la romanistique est désabusée de la tâche d'enseigner du bon latin et du bon droit classique aux juristes de Justinien. En tout cas, il nota les possibles altérations et aussi celles établies à son époque. Il pensait qu'il faisait une petite contribution en même temps à l'étude critique des sources. Dans son récit de 1924, il observe qu'il ne pouvait pas soupçonner combien était petite cette contribution, en vue de l'énorme quantité d'interpolations repérées par la doctrine après la publication de la Palingénésie.

De tous façons, Lenel insistait à l'égard de la critique des sources sur le besoin d'une attitude scientifique, définie par l'objectivité et la méthode. Il avertissait contre la tentation de l'intuition subjective. Un article de 1925, où il blâme l'hypercriticisme de Beseler et Albertario, porte le titre ironique de « *Chasse aux interpolations* ». Il est intéressant de transcrire les observations initiales :

²² O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, Leipzig, 1889, *praefatio* I, avec les références des œuvres mentionnées.

« Personne ne pourra me soupçonner de partialité à l'égard de la recherche sur les interpolations. Mais avec toute ma considération de sa valeur pour notre discipline, je ne peux pas me soustraire à la perception des dangers que la méthode moderne, inévitablement, à ce que je pense, porte avec soi. Nous avons appris à soupçonner le sol sur lequel la vieille romanistique a bâti ses constructions, et voilà que la tentation s'insinue de renoncer à toute base pour nos propres nouvelles constructions, de ne plus adapter nos hypothèses aux sources discréditées, mais d'adapter ces sources à nos hypothèses. Le danger augmente par la circonstance que le bacille des interpolations, je dirais, est contagieux. Si un académicien de renommée a établi une présomption peut-être assez hardie, on trouve bientôt quelqu'un qui le suit et construit une nouvelle sur la première, et la fin de ce procès sera inévitablement que toute notre méthode de recherche sera discréditée. Pourquoi se casser la tête avec un problème quelconque, s'il suffit pour trouver la solution d'élaguer les sources de façon qu'elles s'adaptent à nos souhaits ? »²³

À la fin de 1889, a été publiée la « *Palingenesia iuris civilis* ». Un ouvrage également incontournable pour l'étude du droit romain. Par la suite, Lenel devint le plus renommé des romanistes de son temps. Beaucoup de jeunes académiciens visitaient Freiburg, attirés par sa réputation ; mais il n'a eu d'élèves, ainsi qu'il a manqué d'un maître qui l'aurait influencé²⁴. Pringsheim, qui a été professeur aussi à Freiburg, observe que Lenel avait un tempérament extrêmement critique et objectif qui le faisait apparaître comme peu communicatif et sévère, quoi qu'il fût un homme cordial, avec humeur et très humble. Curieusement, dans les dernières années de sa vie, il lia une grande amitié avec un jeune romaniste juif, qui fut obligé à quitter l'Allemagne en 1933, et fit carrière en Angleterre, David Daube. Vogenauer a dédié un intéressant article à cette amitié²⁵.

Michael Rainer exprime la conviction générale de la discipline, quand il affirme que « la reconstruction de l'édit perpétuel reste indépassée et significativement, malgré toutes les contributions de la recherche moderne, a pu être corrigée seulement dans des aspects marginaux, et la même chose peut-on dire de l'essai de donner un nouvel ordre aux livres des juristes

²³ O. Lenel, « Interpolationenjagd », ZSS 45 (1925), p. 17.

²⁴ R. Zimmermann, *op. cit.*, p. 23.

²⁵ S. Vogenauer, Lenel and Daube : « A Cross-Channel Friendship », dans *Judge and Jurists. Essays in Memory of Lord Rodger of Earlsferry*, éd. par A. Burrows, D. Johnston et R. Zimmermann, Oxford, 2013, p. 277 ss. ; la référence à Pringsheim est à la p. 283.

romains dans une Palingénésie »²⁶. Et Behrends affirme que l'importance de Lenel pour le droit privé et pour la procédure civile en droit romain est comparable à celle de Mommsen quant au droit public²⁷.

Lenel s'est occupé aussi du droit civil et il est intéressant de faire allusion à deux de ses recherches dans ce champ.

Avant la publication de la première édition de l'édit perpétuel, il avait publié un important travail de droit civil dans les *Jherings Jahrbücher* (1881). Le titre en français est : « *Intention des parties et conséquence juridique* » (*Parteiabsicht und Rechtserfolg*)²⁸.

Il s'attaque à un point de la *Willenserklärung* (déclaration de volonté) : les parties pensent en réalité à l'effet économique qu'elles prétendent obtenir avec l'acte juridique, non à sa conséquence juridique. Le droit, qui protège l'autonomie privée, fournit une réglementation qui assure le résultat économique des parties et, en principe, s'adapte aux fins économiques des parties. Lenel donne la définition suivante de l'acte juridique (*Rechtsgeschäft*) : l'« *acte juridique est toute déclaration de volonté juridiquement signifiante, dont la conséquence juridique est déterminée afin de servir aux intentions économiques des parties* »²⁹. C'est le droit objectif, non la déclaration des parties, qui détermine la conséquence juridique. Mais le droit objectif est orienté par la fin économique des parties et déclenche des effets juridiques parce que les parties ont déclaré qu'elles voulaient atteindre certaines fins économiques. En fait, les parties n'ont pas besoin d'être conscientes de toutes les conséquences juridiques de leurs déclarations et, souvent, elles ne le sont pas. Lenel indique que l'idée contraire se base sur la pensée très commode mais douteuse que la conséquence juridique est directement voulue par les parties, au lieu de réfléchir à la solution la meilleure. Le juriste s'épargne de cette façon la solution de la propre tâche. Il indique que les juristes classiques sont tombés dans cette tentation et encore plus les Byzantins avec leurs rémissions à l'*animus*, la *voluntas* et l'*id quod actum est*. Autant de civets après la chasse aux interpolations.

Lenel critiquait certains aspects du droit allemand, comme le contrat réel abstrait, comme une conséquence de la doctrine traditionnelle. Il avait en partie raison. Mais Behrends³⁰ indique que son point de vue dérive directement de son idée du droit, comme système normatif sanctionné par

²⁶ J. M. Rainer, *Das Römische Recht in Europa*, Wien, 2012, p. 330 s.

²⁷ O. Behrends, « Das Werk Otto Lenels... », *cit.*, p. 267.

²⁸ Maintenant dans *Gesammelte Schriften I cit.*, p. 356-456.

²⁹ *Ibid.*, p. 452.

³⁰ O. Behrends, « Otto Lenel... », *cit.*, p. xxvii.

l'État, qui ne permet pas de comprendre un monde juridique propre, entre le droit positif et les besoins et intentions des particuliers. Sur ce point, il n'eut pas de succès. D'une part, parce que l'interprétation de l'acte juridique perdrait son point de référence. De l'autre, parce que l'idée d'autonomie privée exige un rapport direct avec le droit, bien qu'il puisse être manifesté de façon imparfaite dans un cas concret. Les parties ne prétendent pas seulement des fins économiques, mais elles aspirent à un résultat juridique, à une efficacité et à un lien juridique. Helmut Coing indique que, dans cette mesure, la volonté des actes juridiques se justifie comme « volonté de conséquences juridiques » et que cette idée s'imposa en Allemagne ³¹.

Un autre sujet important du droit civil moderne abordé par Lenel a été sa critique de la théorie de la présupposition (*Voraussetzung*) de Windscheid. Il considérait que c'était une théorie très dangereuse pour la sécurité juridique. Lenel écrit un article critique dans l'*Archiv für die Zivilistische Praxis* en 1889 ³² ; Windscheid présenta une réplique dans le num. 78 (1892) et finalement Lenel répondit par une duplique dans le num. 79 (1892).

Windscheid avait fait sa thèse d'habilitation sur la nullité de l'acte juridique dans le code Napoléon (1840), un chapitre traitait de la cause des obligations. L'auteur critiquait l'art. 1131 qui déclarait la nullité d'une obligation sans cause. Pour lui, qui croyait, surtout dans sa jeunesse, que le droit romain était la raison écrite, cette règle du code civil était une terrible simplification, car elle valait pour les contrats typiques consensuels ou pour les promesses où la cause est précisée comme condition, mais elle n'était pas applicable à la stipulation sans cause, laquelle n'était pas nulle, mais dont les effets pouvaient être annulés par une action libératoire. Il pensait que le code n'avait pas bien compris la cause, mais il reconnaissait que la chose était difficile et qu'il fallait construire quelque chose de nouveau par dessus le droit romain, s'inspirant de lui.

C'est comme ça qu'il construisit son concept de « *présupposition* » (*Voraussetzung*). Elle se distingue de la condition et du motif non pertinent, parce qu'elle ne fait pas partie du contenu du contrat, mais elle est reconnaissable par les parties comme pertinente. Le manque de présupposition découvert après la conclusion du contrat permettrait d'opposer l'*exceptio doli* ou d'exercer la *condictio liberationis* pour annuler ses effets si la circonstance qui constitue la présupposition manque ou vient à manquer. Le problème est celui d'établir quand cette circonstance est

³¹ H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, II, München, 1989, p. 278.

³² « Die Lehre von der Voraussetzung (in Hinblick auf den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches », *AcP* 74 (1989), p. 213-239.

pertinente en droit. Windscheid indique qu'il faut accorder au juge un large pouvoir d'arbitre pour décider.

Windscheid publia dix ans après une monographie sur le même sujet, qu'il dédia à Savigny³³. Dans cette monographie, il reprend ses idées et indique que c'est une question de fait, celle de déterminer si dans une déclaration de volonté, la présupposition invoquée par la partie affectée est suffisamment reconnaissable. Il ajoute que sa théorie ne peut pas donner une règle par laquelle on pourrait résoudre tous les cas. Il précise néanmoins que toutes les intentions connues par l'autre partie ne peuvent être considérées comme des présuppositions, et qu'il s'agit en tout cas des premières intentions, antérieures à toute autre fin. Mais il ne précise pas ce que cela signifie.

Lenel a critiqué durement cette théorie. Il a relevé que la présupposition ne pouvait pas être distinguée des motifs non pertinents, d'un côté, ni des conditions juridiquement efficaces, de l'autre. Elle est contraire à la sécurité juridique. Il avait raison en cela. Windscheid n'avait pas délimité suffisamment le champ de la présupposition. Mais Lenel ajouta quelque chose qui était faux : il dit que la doctrine en question pouvait être, seulement, ou bien complètement correcte ou bien complètement erronée. Et pourtant Windscheid visait un problème réel et permanent du droit des contrats et, avec des précisions, son idée aurait pu être plausible.

Le résultat fut que la doctrine de la présupposition, qui avait été admise par la première commission de codification du code civil, ne fut pas reprise par la seconde. Dans la réplique de l'an 1892, l'année même de sa mort, Windscheid observait que le problème qui avait été expulsé par la porte revenait par la fenêtre. À la duplique de Lenel, il ne put pas répondre. Dans son bilan de 1924, Lenel reconnut que la doctrine de Windscheid revenait sous un nouveau vêtement comme « théorie de la base de l'acte juridique » (*Geschäftsgrundlage*). Paul Ernst Wilhelm Oertmann (1865-1938), civiliste et gendre de Windscheid, avait publié un ouvrage sur la « base de l'acte juridique »³⁴. Le temps nous permet de juger que Windscheid avait raison et qu'il aurait pu avoir du succès, s'il avait bien compris le problème de la cause³⁵.

³³ B. Windscheid, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, 1850, réimpr. Napoli, 1982.

³⁴ *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921, réimpr. Goldbach 1995.

³⁵ Cf. l'article très intéressant de Horst Ehmann, « Die Lehre vom Zweck als Entwicklung der Voraussetzungslehre », dans *Festschrift für Volker Beuthien zum 75. Geb.*, 2009, p. 1-36.

*

* *

Lenel a été un grand savant et a ouvert de nouveaux chemins aux romanistes. S'il a été limité dans sa conception du droit par les préjugés de son temps, ce qui arrive toujours, il a en même temps donné l'impulsion pour une étude historique du droit romain, qui, dans les générations suivantes, a pu se libérer peu à peu des vieilles servitudes du droit romain et saisir toujours mieux la réalité de cette grande œuvre du passé qui continue à nous éclairer sur notre vie et sur notre propre expérience du droit. Car le cercle herméneutique, dont parlent les philosophes, n'est pas un cercle fermé, mais une spirale, qui élargit à chaque tour l'horizon de nos connaissances.

Georges Boyer, une figure de la faculté de droit de Toulouse

Sophie Démare-Lafont

Professeur à l'Université Paris II – Panthéon-Assas

Directeur d'études à l'École Pratique des Hautes Études, PSL

« On ne peut être savant en restant l'homme d'une seule discipline, enfermé dans une seule époque ». C'est par ces mots que Paul Ourliac et Jehan de Malafosse rendaient hommage à Georges Boyer peu après sa mort ¹.

Orientaliste, romaniste, canoniste, historien du droit et de l'économie, Georges Boyer est en effet très représentatif de cette génération de professeurs capables de circuler entre les disciplines et les époques avec la tranquille assurance du voyageur qui sait qu'il peut aller loin parce qu'il transporte l'essentiel dans son bagage.

Il est impossible de rendre compte ici de toute la richesse de cette personnalité toulousaine à la fois illustre et réservée, qui incarne la tradition universitaire française de la première moitié du XX^e siècle. La vie même de Georges Boyer offre l'image d'une belle carrière dans le monde académique, alliant recherche scientifique, activités pédagogiques et engagement administratif, et c'est donc par là que commencera l'évocation de cette grande figure universitaire ². Mais Georges Boyer fut aussi, avec Édouard Cuq, l'un des fondateurs de l'assyriologie juridique française ³ et ses

¹ P. Ourliac et J. de Malafosse, *Manuel d'histoire du droit privé t. 2 Les biens*, 2^e éd., Paris, 1971, p. 9 : « Ce livre, comme le précédent, doit beaucoup au doyen Georges Boyer, aujourd'hui disparu. Mieux que toutes les professions de foi, son enseignement, son œuvre d'orientaliste, de romaniste et d'historien nous ont persuadé que l'on ne pouvait être un savant en restant l'homme d'une seule discipline, enfermé dans une seule époque ».

² Je remercie très chaleureusement les enfants de Georges Boyer, en particulier M. Jean Boyer, Avocat général honoraire à la Cour de cassation, qui a bien voulu me confier ses souvenirs et m'a donné accès à plusieurs documents qui m'ont aidée à préparer cette recherche.

³ Cf. S. Démare-Lafont, « De Vincent Scheil à Guillaume Cardascia : un siècle d'assyriologie juridique française », dans C. Lauranson-Rosaz† et D. Deroussin éd., *Mélanges en l'honneur du professeur Nicole Dockès*, Lyon, 2014, p. 191-206, spécial. p. 195-197.

travaux dans le domaine orientaliste ont ouvert la voie à d'autres spécialistes. C'est pourquoi, parmi les multiples facettes du savoir quasi-universel de cet humaniste, ce sont ses talents de juriste cunéiformiste qui seront développés dans un second temps.

C'est un plaisir d'offrir ces quelques lignes au professeur Christian Chêne, en hommage à sa grande culture juridique et historique, lui qui a toujours considéré le monde mésopotamien avec intérêt et curiosité.

1. *L'homme et sa carrière*

Né le 27 octobre 1896 à Toulouse, Georges Boyer grandit dans une famille aisée et catholique, et effectue son parcours scolaire chez les Assomptionnistes du collège Sainte Barbe. Engagé volontaire à 18 ans en 1914, il affronte l'horreur des tranchées, et subit les attaques au gaz de l'armée allemande. Démobilisé en 1919 comme lieutenant de réserve d'artillerie, il restera physiquement très affaibli et psychologiquement traumatisé par cette terrible expérience.

Il entame ses études de droit à la faculté de Toulouse en 1919, avec pour professeurs André Fliniaux et Joseph Declareuil, et suit en parallèle une licence d'histoire à la faculté des lettres avec Joseph Calmette. C'est peut-être sa foi, discrète mais profonde⁴, qui l'attire très tôt vers les langues et les civilisations du Proche-Orient ancien. Il s'inscrit donc au cours d'hébreu biblique de l'abbé Desnoyers à l'Institut catholique de Toulouse, au prix d'une modification du règlement de l'établissement, qui réservait en principe ce cours aux ecclésiastiques préparant leur grade en théologie.

Pensionnaire de la Fondation Thiers entre 1922 et 1925, il séjourne à Paris pour y parfaire sa formation d'historien du droit et d'orientaliste, et préparer le concours d'agrégation qu'il présente en 1926. Ces cinq années parisiennes sont particulièrement denses et riches en succès.

À la faculté de droit, il fréquente les grands maîtres de l'époque : Paul Collinet, qui l'initie à la critique des textes juridiques romains, Édouard Cuq, qui compare le droit romain et les droits orientaux, Edmond Meynial et François Olivier-Martin pour l'histoire du droit, et enfin Paul

⁴ C'est l'expression employée par Jean Nougayrol dans la nécrologie qu'il publie dans *Archiv für Orientforschung* 19, 1959-1960, p. 266.

Fournier, dont il devient l'assistant, et qui s'occupe de droit canonique. À l'École pratique des Hautes Études, il découvre la méthode historique par l'explication des textes auprès de Robert Génestal, qui occupe l'autre chaire d'histoire du droit canonique à Paris. Ces divers enseignements stimulent ses propres recherches et lui permettent d'achever sa thèse de doctorat en droit, dirigée par A. Fliniaux à Toulouse et intitulée *Recherches historiques sur la résolution des contrats en droit romain et dans l'ancien droit français*⁵. Cette ample étude retrace l'histoire de la théorie de la résolution des contrats en partant de ses origines romaines, puis dans les droits savants et la coutume du Moyen Âge, dans la jurisprudence des Parlements et la doctrine d'époque moderne, et enfin dans le droit français du XX^e siècle.

Ce premier travail scientifique témoigne de l'érudition de son auteur, mais résume aussi sa conception du rôle des historiens du droit, chargés d'analyser le cheminement des règles et des pratiques juridiques jusqu'à leur état actuel. Dans tous ses cours, Georges Boyer insistait sur la nécessité de connaître le passé du droit pour en mesurer les évolutions et les permanences. Le juriste est dans son époque quand il est capable de regarder en arrière.

Et le regard de Georges Boyer s'est porté très loin en arrière ! Une fois son doctorat en poche, il se lance dans l'apprentissage du cunéiforme à l'École pratique des Hautes Études et devient l'élève du P. Scheil, l'inventeur du code de Hammurabi⁶. Outre l'akkadien, il apprend aussi le syriaque et l'arabe.

Dans son rapport annuel sur ses enseignements de l'année 1924-1925, le P. Scheil indique que Georges Boyer suit les conférences du lundi sur les textes médicaux et celles du samedi sur le récit de la Création ; il propose par ailleurs des exercices de lecture directe sur des tablettes juridiques de l'École pratique et du British Museum tout spécialement à l'attention de Georges Boyer « dont la compétence en droit babylonien commence à s'affirmer »⁷. L'année suivante, Scheil utilise les séances du samedi pour

⁵ La thèse sera publiée sous le titre *Recherches historiques sur la résolution des contrats (Origines de l'article 1184 du code civil)* en 1924 à Paris.

⁶ Sur le P. Scheil, cf. D. Charpin, « Une figure de la Section : le P. Vincent Scheil (1858-1940) » dans *Conférence d'ouverture de Mme Sophie Démare-Lafont*, École Pratique des Hautes Études, Paris, 2002, p. 27-37, et la notice que j'ai rédigée dans P. Henriot éd., *L'École Pratique des Hautes Études. Invention, érudition, innovation de 1868 à nos jours*, Paris, 2018, p. 368.

⁷ Cf. le rapport du P. Scheil sur ses enseignements de l'année 1924-1925, *Annuaire de l'École Pratique des Hautes Études, Section des sciences historiques et philologiques*, Paris,

réviser sa traduction du code de Hammurabi, vingt-quatre ans après sa découverte, et précise que Georges Boyer prépare sa thèse sur un lot de tablettes contemporaines du code⁸. La thèse est achevée en 1927 – en deux ans – à la grande satisfaction de Scheil qui parle d'une « année fructueuse, à l'égal des meilleures »⁹. Et de fait, il y a de quoi se réjouir de ce travail qui consiste dans l'édition complète (en copie, transcription et traduction) de quarante-huit tablettes de la région de Larsa, dans le sud mésopotamien. Même si depuis, les textes ont été collationnés, ce qui a modifié leur lecture, cette publication reste toujours citée et représente une étape importante dans le développement de l'assyriologie juridique.

Deux thèses en cinq ans, c'est déjà un tour de force qui laisse rêveurs les doctorants d'aujourd'hui ! Mais ce n'est pas tout, puisqu'en 1926, Georges Boyer est reçu major du concours d'agrégation d'histoire du droit présidé par Paul Fournier. Le nouveau professeur est nommé à Lyon, où il reste pendant un an seulement. Dès 1927 en effet, il revient à Toulouse à la faveur du départ d'André Fliniaux, appelé à Paris. Il est titularisé en 1929 sur une chaire de droit romain, qu'il occupera jusqu'à la fin de sa carrière, malgré les sollicitations de la faculté de droit de Paris et même du Collège de France.

Pendant la deuxième guerre mondiale, il combat sur le front d'Alsace puis entre dans la Résistance, où il retrouve le linguiste Paul Dottin, qui deviendra Recteur de l'université de Toulouse, et André Hauriou, le fils de Maurice Hauriou, lui aussi professeur de droit à Toulouse, tous deux rencontrés à la Fondation Thiers. C'est aussi pendant la deuxième guerre qu'il fait la connaissance de l'un de ses futurs disciples, Émile Szlechter, un juge polonais qui avait fui le nazisme en 1939 et combattu les Allemands dans les Vosges en 1940 ; grièvement blessé, il avait été évacué à Toulouse où il avait rejoint la Résistance avec Georges Boyer et Jean Dauvillier.

Ardent patriote, Georges Boyer est fait Chevalier puis Officier de la Légion d'honneur et décoré de la croix de guerre 1914-1918 et de celle de 1939-1945. Présidant la commission universitaire d'épuration en 1944, il eut toujours à cœur d'imposer des solutions justes et modérées, conformes à ses qualités de droiture et de bonté, unanimement saluées par ses collègues.

Après la guerre, il continue ses recherches et son enseignement tout en

1925, p. 97-98.

⁸ Cf. le rapport du P. Scheil pour l'année 1925-1926, *Annuaire de l'École Pratique des Hautes Études, Section des sciences historiques et philologiques*, Paris, 1926, p. 86.

⁹ Cf. le rapport du P. Scheil pour l'année 1926-1927, *Annuaire de l'École Pratique des Hautes Études, Section des sciences historiques et philologiques*, Paris, 1927, p. 69-70.

menant une carrière administrative en tant que doyen : d'abord assesseur en 1944, il est élu au décanat en 1949 et occupe cette fonction jusqu'en 1954, date à laquelle il est contraint de démissionner pour des raisons de santé, les séquelles physiques de la Grande Guerre l'ayant fait vieillir prématurément. En tant que doyen, Georges Boyer a participé de manière très active au développement de l'histoire du droit par la création de nouveaux cours et le recrutement de nouveaux collègues. Sa longévité dans la fonction tient bien sûr à ses compétences, mais aussi à la considération sociale dont il jouissait, liée à un train de vie qui lui permettait de recevoir chez lui régulièrement les personnalités en vue du monde académique et politique. La vie de la faculté était – et reste peut-être encore – grandement déterminée par ces réseaux personnels venant au soutien des projets et des réalisations universitaires.

Très investi dans la vie de notre discipline, qu'il défendait en toutes occasions, Georges Boyer siégea dans trois jurys d'agrégation et présida le concours en 1953, il participa souvent aux sessions de la Société Fernand de Visscher, fut le secrétaire perpétuel de l'Académie de Législation de Toulouse et le Président de la Société d'Histoire du Droit et des Institutions des anciens Pays de droit écrit.

Il décède le 22 janvier 1960, à l'âge de 63 ans, laissant un grand vide à la faculté de Toulouse et dans le petit cercle des assyriologues.

2. *Le juriste assyriologue*

L'assyriologie en général, et l'assyriologie juridique en particulier, doivent beaucoup à Georges Boyer.

D'abord parce qu'il a formé plusieurs grands savants, à commencer par Jean Nougayrol, un autre Toulousain qui avait abandonné l'entreprise familiale pour étudier la philosophie puis l'akkadien et l'hébreu avec Georges Boyer, et qui partit sur son conseil faire un séjour à l'École biblique de Jérusalem. Il forma également Maurice Birot, spécialiste des textes de Mari, qui éprouvait beaucoup d'affection et de reconnaissance envers celui à qui, selon ses propres dires, il devait « à la fois son métier et son épouse »¹⁰. Il dirigea aussi la thèse d'Émile Szlechter sur le contrat de société en droit comparé antique¹¹.

¹⁰ Cf. la nécrologie de Maurice Birot par D. Charpin dans *Archiv für Orientforschung* 40-41, 1993-1994, p. 328.

¹¹ É. Szlechter, *Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et à Rome*, Paris 1947.

Bien que ces vocations qu'il avait su éveiller n'aient pas débouché sur la création d'une équipe de recherche, Georges Boyer reste un véritable pionnier de l'assyriologie juridique, et peut-être le vrai fondateur de la discipline dans les facultés de droit françaises parce qu'il est le premier à avoir combiné une compétence de juriste et une formation épigraphique et philologique.

Rompu à la méthode « pratique » apprise à l'École pratique des Hautes Études, qui repose sur les documents lus dans leur forme originale et commentés pendant les séminaires (appelés « conférences »), Georges Boyer a conservé dans son œuvre cet ancrage dans les sources, préalable indispensable à toute interprétation juridique.

L'accès direct au code de Hammurabi, sous le regard attentif de son propre inventeur – le P. Scheil – et le contact avec les tablettes rapportées d'Orient par son maître, expliquent l'intérêt presque militant de Georges Boyer pour les droits cunéiformes. Face au regard condescendant ou dédaigneux de ses collègues antiquisants¹² qui relevaient l'absence de concepts et de définitions, les lacunes et le manque de logique des recueils législatifs mésopotamiens, Georges Boyer plaidait avec une remarquable constance et une argumentation solide pour une analyse différente de la science juridique mésopotamienne. En utilisant cette expression « science juridique », il prétendait montrer non pas que Gaius et Ulpian avaient des prédécesseurs en Orient, mais qu'ils n'étaient pas les seuls détenteurs de l'art juridique. Plutôt que d'opposer la rationalité des Romains à l'incohérence des Babyloniens, Georges Boyer a montré qu'il y a bien une pensée juridique dans le monde mésopotamien, organisée de manière éminemment pragmatique autour d'un fait principal à partir duquel sont examinées les diverses circonstances accessoires¹³. Il y a là un trait typique de l'enseignement juridique mésopotamien, tout entier construit sur l'oralité et la mémorisation, à l'image de l'apprentissage de toutes les autres disciplines scientifiques (médecine, divination, astrologie etc.). De fait, ces mécanismes d'engendrement forment la base de tous les raisonnements savants, et permettent de restituer une pensée globale alors même que son exposé comporte des lacunes¹⁴.

¹² Cf. G. Boyer, « De la science juridique et de sa méthode dans l'ancienne Mésopotamie », *Semitica* 4, 1951-1952, p. 5-11, spécial. p. 6.

¹³ Cf. G. Boyer, *Science juridique* (op. cit. supra n. 12), p. 7-9.

¹⁴ Cf. S. Démare-Lafont, « L'apprentissage du droit en Mésopotamie : une méthode scientifique ? », dans *Orient/Occident – L'enseignement du droit*, Droit et Cultures Hors série 2010, p. 11-28.

C'est donc une gymnastique intellectuelle toute particulière qui préside aux raisonnements juridiques des anciens Orientaux, et l'un des grands mérites de Georges Boyer est d'en avoir révélé les rouages et les subtilités. Au-delà de la simple démarche académique, il y a là une leçon d'esprit critique et de tolérance qui souligne les écueils des réflexes culturels autocrates. En dépit des apparences, répétait Georges Boyer, les codes mésopotamiens sont des compositions cohérentes, et les actes de la pratique dénotent, par leurs formulaires standardisés, une technicité du droit qui en fait un outil performant de la vie quotidienne.

Promoteur infatigable de la cause cunéiforme, inlassable défenseur du haut degré de juridicité des sources mésopotamiennes, Georges Boyer s'est toujours attaché à « désenclaver » leur étude pour les arrimer aux autres droits antiques. Il n'était certes pas le premier dans cette voie, ouverte prudemment dès la fin du XIX^e siècle par Esmein lorsqu'il s'interrogeait en 1886 sur l'origine orientale de la *donatio propter nuptias* romaine¹⁵. La même année, Georges Vacher de Lapouge s'engageait plus radicalement dans cette voie, opposant le raffinement du droit babylonien du VI^e siècle avant n.è. à l'archaïsme du droit romain naissant de la même époque, et concluant que le parallèle était « écrasant pour la barbarie romaine »¹⁶. L'égyptologue Eugène Révillout affirmait de son côté que le droit quiritaire n'avait rien de typiquement romain sauf « une organisation familiale et sociale vraiment monstrueuse »¹⁷. Cet orientalisme qu'on pourrait appeler de combat préparait l'émergence, au début du XX^e siècle, du concept de droit universel antique (*antike Rechtsgeschichte*) forgé par l'autrichien Leopold Wenger¹⁸, qui postulait l'existence d'un droit sémitique premier et matriciel dont seraient dérivées toutes les institutions juridiques postérieures, y compris grecques et romaines.

Ces positions très audacieuses voire téméraires, compte tenu de l'état encore balbutiant de l'assyriologie au tournant du XX^e siècle, répondaient aux assertions tout aussi tranchées et abruptes des tenants d'une frontière infranchissable entre Orient et Occident, au premier rang desquels Ernest

¹⁵ A. Esmein, « Un traité de droit syro-romain du V^e siècle », dans *Mélanges d'histoire du droit et de critique – Droit romain*, Paris, 1886, p. 403-417, spécial. p. 411-412.

¹⁶ G. Vacher de Lapouge, « Le dossier de Bunanitun. Étude de droit babylonien », *RHD* 10, 1886, p. 113-138, spécial. p. 132.

¹⁷ E. Révillout, « Les obligations en droit égyptien comparé aux autres droits de l'antiquité », *Leçons professées à l'École du Louvre*, Paris, 1886, p. lxxix.

¹⁸ L. Wenger, « Römische und antike Rechtsgeschichte », *Akademische Antrittsvorlesung an der Universität Wien gehalten am 24 Oktober 1904*, Graz, 1905.

Renan, qui déclarait en 1862, au cours de sa leçon inaugurale au Collège de France : « Les peuples indo-européens sont les seuls qui aient (...) compris à la fois l'État et l'indépendance de l'individu »¹⁹.

Quand Georges Boyer commence sa formation à l'École pratique, dans les années 1920, le débat a perdu de sa virulence mais reste d'actualité. Plus il lit les tablettes et se familiarise avec leur contenu juridique, plus s'affermi son discours sur la place des droits cunéiformes dans la famille des droits antiques – au pluriel cette fois, et non au singulier. Cette conviction ne le quittera plus. Dans la préface de la thèse d'Émile Szlechter sur le contrat de société, Georges Boyer invoque encore les travaux de L. Wenger et ceux de L. Mitteis sur la survivance et l'influence des droits locaux sur les innovations juridiques du Bas-Empire²⁰, mais sans souscrire au dogmatisme exagéré de ces interprétations. Il prône au contraire un recours raisonnable et pertinent aux tablettes et aux papyri pour mieux éclairer ce qu'il appelle le « rapport de dérivation » qui unit les droits orientaux au monde gréco-romain²¹.

Pour ce faire, il a recours, classiquement, aux outils du droit comparé. L'objectif n'est pas seulement de chercher des influences mais de découvrir les principes qui gouvernent l'apparition et l'évolution d'institutions juridiques analogues ou identiques dans des milieux « entièrement indépendants les uns des autres »²². On le voit, il s'agit moins de rechercher une filiation que d'établir des sortes de paradigmes, les mêmes types de situations produisant les mêmes solutions juridiques. L'approche « verticale » ou généalogique qui a longtemps prévalu conduit souvent à une impasse, en l'absence de documents prouvant la transmission des pratiques juridiques orientales vers la culture romaine et, au-delà, vers la culture occidentale. Au contraire, une lecture « horizontale » et atemporelle des sources peut faire apparaître des invariants, des modèles partagés par des sociétés distantes géographiquement et chronologiquement.

Les professions de foi des partisans d'un Orientalisme total ont bien vieilli et sont aujourd'hui abandonnées, alors que la méthode préconisée par Georges Boyer, qui s'apparente à celle de la sociologie juridique lancée par

¹⁹ E. Renan, « De la part des peuples sémitiques dans l'histoire de la civilisation », *Œuvres complètes*, 1948, p. 324. Sur l'enseignement de Renan au Collège de France, cf. D. Charpin, « Renan, un sémitisant au berceau de l'assyriologie », dans H. Laurens éd., *Ernest Renan. La science, la religion, la République*, Paris, 2013, p. 77-99.

²⁰ Wenger, *Rechtsgeschichte* (*op. cit. supra*, n. 18) ; L. Mitteis, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des Römischen Kaiserreichs*, Leipzig, 1891.

²¹ G. Boyer, préface à Szlechter, *Contrat de société* (*op. cit. supra*, n. 11), p. iii.

²² *Ibid.* p. iv.

Henri Lévy-Bruhl ²³, perdue encore dans nos facultés.

3. Une analyse de la vente babylonienne

Restait à faire entrer le droit mésopotamien dans la lumière des jurisconsultes romains, ce qui impliquait de rapporter les concepts fabriqués par les inventeurs du *ius* aux réalités décrites dans les tablettes cunéiformes. Dans les années 20, le langage commun des juristes était (encore) le droit romain si bien que le procédé n'a pas semblé anachronique aux contemporains. D'ailleurs, tous les juristes orientalistes européens avaient été eux-mêmes formés au droit romain et en utilisaient constamment les notions pour analyser les sources babyloniennes.

C'est notamment autour de la vente et de sa nature juridique que se sont concentrées les discussions dans la première moitié du XX^e siècle ²⁴ et les recherches de Georges Boyer dans ce domaine sont venues clarifier et enrichir la question ²⁵. Depuis les travaux de Mariano San Nicolò ²⁶, il était généralement admis que la vente babylonienne était une opération au comptant, le paiement du prix suffisant à effectuer le transfert de la propriété. Dès lors, la clause du prix était indispensable, même si elle n'était souvent qu'une fiction lorsque l'acquéreur avait conclu une convention séparée de prêt pour étaler ses versements. Dépourvue d'élément contractuel, la vente n'aurait donc produit aucune obligation et les garanties accessoires données par le vendeur (fait personnel, éviction, vices cachés) auraient découlé de dispositions coutumières ou légales impératives et non de la convention elle-même.

Georges Boyer a réfuté cette théorie en mobilisant des sources attestant

²³ Sur cette autre grande figure du monde académique français, cf. E. Chevreau, F. Audren et R. Verdier éd., *Henri Lévy-Bruhl, Juriste sociologue*, Paris, 2018.

²⁴ M. San Nicolò, *Die Schlussklauseln der altbabylonischen Kauf- und Tauschverträge*, Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte 4, Munich, 1922 (2^e éd. 1974), et *Beiträge zur Rechtsgeschichte im Bereiche der keilschriftlichen Rechtsquellen*, Oslo, 1931, p. 193-230 ; P. Koschaker, *Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis, König von Babylon*, Leipzig, 1917, p. 138-139 ; H. Petschow, *Die Neubabylonische Kaufformulare*, Leipziger rechtswissenschaftliche Studien 118, Leipzig, 1939.

²⁵ G. Boyer, « Nature et formation de la vente dans l'ancien droit babylonien », *RIDA* II^e série 2, 1953, p. 45-85.

²⁶ San Nicolò, *Schlussklauseln* (*op. cit. supra*, n. 24).

l'existence de contrats exécutoires dans le domaine de la vente, l'obligation future de paiement étant fondée sur l'exécution de la prestation de l'autre partie, à savoir la livraison de la chose. Il a aussi constaté que certaines ventes foncières ne mentionnent qu'un paiement partiel, le reliquat devant être remis ultérieurement. Tous ces documents confirment que, loin d'être une construction théorique cohérente et unitaire, la vente avait un caractère empirique, les Babyloniens ayant forgé par touches successives les contours du contrat au gré de leurs besoins.

Contrairement à ses maîtres et à ses contemporains, qui évaluaient le degré de développement du droit mésopotamien par rapport à la matrice romaine, Georges Boyer a mis en avant l'assemblage inattendu et déconcertant de ces pratiques juridiques apparemment disparates, qu'aucun Gaius babylonien n'était jamais venu définir ou théoriser. Cette pensée concrète est bien constitutive d'une science juridique et reflète un système particulièrement élaboré et efficace que Georges Boyer n'a cessé de réhabiliter aux yeux de juristes trop dubitatifs.

Georges Boyer fut une figure tout à la fois classique et originale de l'université toulousaine : classique par son parcours et son versant académique, originale par son exploration de nouveaux territoires scientifiques venant enrichir la somme déjà fort impressionnante de ses savoirs.

Je ne doute pas qu'il viendra orner la galerie de portraits des grands universitaires auxquels le dédicataire de cette Journée d'études a consacré une partie importante de sa belle carrière.

L'anthropologie du droit dans l'œuvre d'Alain Testart

Soazick Kerneis

Professeur à l'Université Paris-Nanterre

Lorsqu'il est décédé précocement en 2013 à l'âge de 68 ans, Alain Testart a été salué comme un grand anthropologue, un esprit original, un agitateur d'idées ; la science venait de perdre un de ses plus brillants penseurs. Alain Testart tenait alors séminaire au Collège de France et avait reçu deux récompenses – le Prix Guizot de l'Académie française et le Prix Émile Girardeau de l'Académie des sciences morales et politiques – pour son ouvrage *Avant l'histoire*¹. Pourtant, l'accueil que le milieu académique lui avait réservé avait longtemps été mitigé. Son parcours était hétérodoxe : ancien élève de l'École des Mines, il était arrivé sur le tard aux sciences humaines et il conservait de sa formation scientifique une forme d'esprit particulière puisqu'il entendait appliquer aux sciences humaines les méthodes qu'il avait apprises comme ingénieur. C'est à force de travail et sur la base d'une œuvre immense qu'il a finalement réussi à convaincre ses collègues, essentiellement des anthropologues et des archéologues, mais aussi un large public de l'intérêt qu'il y avait à chercher la logique des croyances et à comprendre les principes qui déterminent l'évolution des sociétés.

Une des raisons pour lesquelles son parcours fut au départ difficile tient à sa volonté affichée de saisir l'évolution des formes sociales. À l'heure où le structuralisme dominait largement la pensée, Alain Testart revendiquait son adhésion à une forme d'évolutionnisme. Une controverse l'avait d'ailleurs opposé à Claude Lévi-Strauss relativement à la question du totémisme dans les sociétés dites primitives². Nous reviendrons d'abord sur les présupposés méthodologiques d'Alain Testart avant de présenter son terrain de recherche, son choix d'étudier les Aborigènes d'Australie parce qu'ils étaient parmi les plus « primitifs ». Pour Alain Testart, le terme primitif n'était pas péjoratif.

¹ A. Testart, *Avant l'histoire. L'évolution des sociétés, de Lascaux à Carnac*, Paris, Gallimard, 2012.

² A. Testart, « Réponse à C. Lévi-Strauss », *L'Homme*, 28, n° 108, 1988, tome 28. *Les Animaux : domestication et représentation*, p. 160-161. www.persee.fr/doc/hom_0439-4216_1988_num_28_108_369054.

Primitif ne signifiait pas simplicité car ce qu'il montre au contraire, c'est l'extrême complexité des règles qui contraignaient leur société. Cette première étape franchie, il a étendu ses investigations à travers le monde et le temps, pour repérer les phénomènes conditionnant les formes d'évolution. Car l'objet premier de la recherche d'Alain Testart était de divulguer les lois du social et, dans cette quête, le droit occupait une place décisive.

À Christian Chêne qui aime partir à la découverte d'autres cultures, nous offrons cette invitation au voyage de l'esprit, en compagnie d'une des grandes figures de l'anthropologie, en espérant que cette aventure intellectuelle au Temps du Rêve ait la saveur des Mille et Nuits qui l'ont tant enchanté.

1. *Le projet scientifique : les présupposés méthodologiques*

Dans un de ses ouvrages, *Des mythes et des croyances*, Alain Testart prend position :

« Il est difficile de parler en France de mythologie sans faire référence à l'œuvre de Lévi-Strauss. Aussi ne sera-t-il pas inutile de préciser notre position par rapport à ce que l'on appelle l'approche " structuraliste " des mythes.

Au niveau du contenu d'abord, les analyses proposées par Lévi-Strauss ne nous ont jamais paru convaincantes... Elle s'attache aux systèmes de représentations, à l'imaginaire d'une culture tel qu'il s'exprime dans un certain type de discours. Si le structuralisme parle de structures du mythe c'est toujours d'une structure interne au discours du mythe. " Son but est de montrer comment des catégories empiriques, telles celles du cru ou du cuit, etc – ainsi s'exprime Lévi-Strauss dans la première phrase des *Mythologiques* – peuvent servir d'outils conceptuels pour dégager des notions abstraites et les enchaîner en propositions ". Son but est de montrer comment est construit le discours mythique. Et seulement cela. Mais tout mythe témoigne d'une croyance, tout mythe a un caractère fondateur, et il est légitime de se demander : ce discours organisé, sur quel fondement est-il construit ? Comment est organisée la croyance qui le fonde et dont il n'est que l'expression ? Aussi cette structure de la croyance, qu'en toute généralité nous avons appelée la structure S, est-elle une structure externe au discours

du mythe, elle n'est en aucune façon une structure au sens structuraliste »³.

La critique concerne la méthode, dénonce l'arbitraire dans le choix des mythes retenus à l'intérieur d'une même culture, car le mythe ne peut être compris que référé à un ensemble de récits. En soi le mythe n'est qu'une unité qui opère par un jeu de miroirs avec d'autres unités si bien que le séparer de l'ensemble auquel il appartient conduit à en dénaturer le sens.

À rebours de la tendance dominante, Alain Testart plaide pour une pensée de l'évolution en anthropologie sociale et il entend réhabiliter les pères fondateurs de la discipline, Bachofen, Morgan, Tylor, Frazer. Dans un article paru en 1992 dans la *Revue française de sociologie*, il explique sa position⁴. L'utilisation politique de l'évolutionnisme comme une idéologie justifiant le colonialisme ne suffit pas à expliquer l'hostilité qu'il a suscitée. Les raisons profondes de sa condamnation sont ailleurs et tiennent au refus d'admettre que nous ayons pu passer par une sauvagerie primitive, une forme d'histoire qui conduirait à remettre en cause un certain nombre de valeurs traditionnelles.

Pour Alain Testart, il faut en finir avec les stigmates de l'évolutionnisme. Cela passe d'abord par la nécessité de réhabiliter le qualificatif de primitif. Il s'en explique en soulignant que les sociétés rencontrées par les ethnologues, en Australie, en Nouvelle-Guinée, dans toute l'Amérique (sauf dans la région nucléaire), dans de nombreuses régions d'Asie et d'Afrique, ont bien des points communs avec celles des premiers âges qu'étudient les préhistoriens. Et cela n'emporte aucun jugement de valeur car primitif ne signifie pas arriéré et c'est au contraire l'ingéniosité des sociétés premières qu'il faut révéler. Une fois ces prémices posées, il expose son projet scientifique qui consiste à retracer les grandes lignes d'évolution des sociétés :

« Pour pouvoir un jour penser l'évolution des sociétés, trois tâches s'imposent à nous. Concevoir les différents niveaux du social, leurs articulations et leurs discordances éventuelles – ce dont nous avons déjà parlé. Élaborer une typologie des formes sociales, car sans classification pas d'évolution. Trouver enfin les points d'ancrage avec les données de l'archéologie préhistorique car tout évolutionnisme sensé ne peut qu'être appuyé d'une façon ou d'une autre sur quelque connaissance directe du passé : sans préhistoire pas d'évolution sociale, de même que sans

³ A. Testart, *Des mythes et des croyances. Esquisse d'une théorie générale*, Paris, MSH, p. 11-13.

⁴ A. Testart, « La question de l'évolutionnisme dans l'anthropologie sociale », *Revue française de sociologie*, 33-2, 1992, p.155-187.

paléontologie pas de transformisme. Trois tâches immenses qui ne risquent pas d'être accomplies de si tôt. Mais peut-être, lorsqu'elles le seront, l'évolution des sociétés apparaîtra-t-elle comme une évidence »⁵.

Puisqu'il s'agissait de remonter aux formes premières, Alain Testart s'en va très tôt à la recherche des données les plus éloignées qui soient dans le temps, celles de la préhistoire. Il n'y a pas lieu de distinguer l'objet de l'anthropologue de celui de l'historien, car il faut brasser large et passer outre les domaines de connaissance pour élargir le champ de la documentation. Alain Testart affirme la vacuité des frontières qui enferment les disciplines et fait dialoguer les spécialités car le croisement des informations lui permet de révéler la structure des sociétés. Sa méthode est le comparatisme au sens où il faut « adresser le même type de question à des sociétés que tout sépare »⁶. Cela ne doit pas conduire à occulter les spécificités de chacune des aires étudiées, mais il faut parvenir à la « compréhension générale du social » pour dresser une typologie des sociétés.

Le droit tient une bonne part dans cette analyse. Renouant avec une option qui était celle des pionniers de l'anthropologie, Bachofen ou Sumner Maine notamment, Alain Testart affirme que l'anthropologie et le droit comparé (ou l'histoire du droit) ont « un intérêt congénital commun pour la théorie anthropologique, alors que ces deux disciplines semblent devoir aujourd'hui se boudier avec quelques conséquences désastreuses pour la réflexion anthropologique »⁷. La rigueur du raisonnement juridique séduit le mathématicien, et il incite les anthropologues à s'initier au vocabulaire du droit afin que leur discours gagne en précision⁸.

⁵ A. Testart, « La question de l'évolutionnisme », *ibid.*, p. 186-187.

⁶ A. Testart, *Principes de sociologie générale*. Séminaire. Manuscrit inédit. 4 vol. cité par L. Barry, V. Lécivain, Chr. Lemardelé et B. Moizo, « Alain Testart (1945-2013) », *L'Homme*, 212, 2014, p. 14 mis en ligne le 24 octobre 2016, consulté le 19 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/lhomme/23715> ; DOI : 10.4000/lhomme.23715.

⁷ Extrait d'une communication ayant pour sujet « Regards sur l'anthropologie du droit » (2003) retrouvée dans les archives d'Alain Testart, cité dans *L'Homme*, *ibid.*, p. 16-17.

⁸ Ce que remarquent notamment les auteurs de l'hommage à Alain Testart paru dans *L'homme*, *ibid.*, p. 17 : « Cet éclaircissement conceptuel du don a permis à Alain Testart de rendre compte de concepts nouveaux, comme l'échange non marchand, la propriété usufondée, la redistribution, la réciprocité, l'esclavage et d'autres formes de dépendance, mais aussi de notions liées à la monnaie, aux obligations sociales parentales et affinales, à l'économie politique du mariage ou au *wergeld* ».

2. *Le choix du terrain*

Puisqu'il s'agit de saisir le processus d'évolution, la recherche doit débiter avec une société véritablement première, aux antipodes des sociétés occidentales, une société sans État, voire sans dieu. Le choix d'Alain Testart correspond à son projet scientifique, à sa volonté de partir du tout début de la chaîne, et c'est avec les chasseurs-cueilleurs d'Australie qu'il amorce son enquête.

Terrain, il faut le mettre entre guillemets, car il n'étudie pas les Aborigènes comme un ethnographe mais davantage en *armchair anthropologist*. Alain était malade et ne pouvait affronter les rigueurs d'un terrain. Mais l'eût-il pu, il n'est pas sûr que ce soit le travail de l'ethnographe qu'il aurait entrepris. Ce qu'il voulait, c'était réfléchir sur les données déjà collectées. C'est finalement comme un historien qu'il a travaillé en développant son analyse à partir des sources déjà rassemblées.

Son ambition est de montrer l'intérêt qu'il y a à réfléchir sur les sociétés sans État, à intégrer les peuples sans écriture dans l'histoire non seulement pour obtenir une vue globale de l'évolution des sociétés, mais aussi parce que, et c'était comme son postulat de base, les sociétés « froides » ont tout autant à nous apprendre que les sociétés « chaudes ».

Là où l'évolutionnisme péchait trop souvent, c'est à penser les sociétés primitives autour du sans : sans foi, sans loi, sans technique et donc sans savoir. Alain Testart prend l'exemple d'un vêtement, une société ne se conçoit pas à partir de trous comme le serait un vêtement rapiécé. Ce n'est pas en pointant ses lacunes qu'il faut envisager une structure politique, mais bien plutôt en soulignant ses spécificités. Il faut saisir l'organisation générale de la communauté, et la restituer dans toute sa complexité. Dans cette démarche, il est très influencé par le travail qu'a mené Morgan notamment chez les Iroquois et qui a donné lieu à son volumineux *Systems of consanguinity and affinity* paru en 1871, un ouvrage dans lequel il opposa les systèmes de parenté de type classificatoire, caractéristiques des sociétés primitives d'Amérique et d'Océanie, aux systèmes de parenté qu'il appelait « descriptifs », et dont les meilleurs exemples sont les systèmes latin et arabe⁹.

L'intérêt de l'analyse est d'illustrer la déclinaison des concepts et surtout de révéler que les formes normatives font système. Alain Testart le démontre,

⁹ A. Testart, « La question de l'évolutionnisme », *op. cit.*, p. 160, 173 et 177.

notamment à travers ses travaux sur la parenté et sur le droit.

La parenté

Son œuvre majeure en la matière est *La Parenté australienne. Étude morphologique*¹⁰. L'étude est technique, Alain Testart appliquant une méthode scientifique au matériau ethnographique. Elle révèle toute la complexité du système de parenté des Aborigènes. La parenté est classificatoire au sens où elle est saturante, concerne tous les membres de la communauté qui sont répartis dans les deux moitiés qui organisent le groupe.

« Qu'est-ce donc que la parenté australienne ? C'est la classification qui fournit à la société ses cadres principaux. Les sociétés australiennes, en effet, se pensent en fonction de ces cadres et c'est en fonction des catégories de parenté qu'elles définissent leur économie, leur rituel, leur religion, leurs échanges, les actions possibles des hommes et des femmes. La parenté est la structuration fondamentale de la société et de son idéologie. Il est dans la vocation de cette parenté de tout classer. Elle classe donc le père, la mère, tout comme elle peut classer n'importe quel individu relié à ego par quelque connexion généalogique, tout comme elle peut classer les espèces animales selon les clans totémiques ou les classes matrimoniales »¹¹.

« Il n'y a pas de non-parenté, il y a seulement différentes manières d'être parent »¹². Même l'étranger, l'ethnographe se trouve pris dans le système de parenté, rangé dans un des cadres de parenté. La parenté est une représentation sociale, détachée des réalités biologiques, si bien que c'est moins la filiation qui importe que l'appartenance à un groupe de parenté. Elle est une grammaire qui ordonne le monde¹³. Être parent définit le rang dans la société, détermine une forme de statut qui fonde les droits et devoirs de chacun. Le juriste tend l'oreille ; la parenté tiendrait-elle lieu de loi fondamentale ? Le rang de parenté conditionne les règles de mariage. Alain Testart s'y arrête, explique la difficulté du système, montre le caractère relatif des normes en la matière car, sous réserve de celles qui prohibent l'inceste et qui ont un caractère absolu, il est toujours possible d'y déroger¹⁴.

¹⁰ A. Testart, *La Parenté australienne. Étude morphologique*, Paris, éd. du CNRS, 1996.

¹¹ Testart, *La Parenté*, *ibid.*, p. 12.

¹² A. Testart, « Le droit aborigène australien », *Droit et Cultures*, 27, 1994, p. 24.

¹³ Comme le rappellent Laurent Barry, Valérie Lécrivain, Christophe Lemardelé et Bernard Moizo dans leur article en hommage à Alain Testart : « la parenté australienne est une grammaire qui vise à mettre en ordre le monde, et comme toute grammaire, elle est relativement indifférente au vocabulaire et à la nature des termes – lignage, clans, sections, moitiés – dont elle use », *L'homme*, *ibid.*, p. 11.

¹⁴ Dans son introduction, D. Fassin, *Punir. Une passion contemporaine*, Paris, Seuil, 2017,

Le respect des règles de mariage fonde le prestige, mais les normes n'ont pas le caractère impératif qu'imaginerait le juriste moderne. Il s'agit davantage de recommandations, de règles incitatives qui, si elles sont bien suivies, permettront de contracter un mariage idéal. C'est finalement le concept même de norme qu'il faut revisiter et analyser par rapport notamment à la fonction promotionnelle du droit, telle qu'a pu l'envisager Norberto Bobbio.

Le droit

Le droit des Aborigènes est tout aussi bon à penser que celui d'une société étatique, ne serait-ce que parce qu'il amène à réfléchir à nouveau sur ce qu'est même le droit. Dans une étude parue dans la revue *Droit et cultures* en 1994, Alain Testart s'attelle à la difficile question de savoir si une société sans État peut avoir un droit. Encore faut-il s'entendre sur la définition même du droit :

« Le droit est ce qui est dit par une instance étatique, créé et maintenu par elle, sanctionné par l'État, mais en plus il est ce qui lie l'État lui-même, qui lie ses instances entre elles tout comme il lie ces instances aux particuliers... Le droit, c'est parmi l'ensemble des normes et des principes propres à une société, le sous-ensemble qui est lié au pouvoir politique et le met en jeu, formule dans laquelle il faut comprendre que ce lien est réciproque »¹⁵.

Mais alors qu'en est-il dans une société sans État ? Là encore, Alain Testart commence par la définition de l'État. Si l'on retient le critère du monopole de la violence, ou du moins de l'ampleur de la force détenue par l'État, la société non étatique est celle dans laquelle « il n'y a pas d'instance spécialisée disposant de la totalité ou de l'essentiel de la force coercitive », ce qui signifie que chaque groupe a accès à la violence.

« Si le droit est dans les sociétés étatiques un ensemble de règles et de principes liés à l'État, lequel n'est que la forme particulière que revêt le pouvoir politique dans ce type de société, dans les sociétés non-étatiques, le droit est un ensemble analogue également lié au pouvoir politique tel qu'il existe dans ces sociétés et qui n'est bien sûr pas de nature étatique »¹⁶.

revient sur un récit de Bronislaw Malinowski dont le propos se situe aux Îles Trobriand. Un jeune homme dont il se disait qu'il avait des rapports sexuels « incestueux » avec une cousine s'était tué en tombant du haut d'un cocotier. S'agissait-il d'un suicide ? Le châtement était-il inévitable ? Ou bien faut-il penser à un seuil de tolérance qui aurait été dépassé ?

¹⁵ A. Testart, « Le droit aborigène », *ibid*, p. 44.

¹⁶ A. Testart, « Le droit aborigène », *ibid*, p. 45.

Le critère déterminant du droit est la sanction, et la forme de la sanction découle de la forme du pouvoir politique. Dans une société étatique, l'État seul a le pouvoir de sanctionner. Dans une société sans État, le politique est à chercher du côté des groupes qui ont accès à la violence et ce sont donc ces groupes qui administrent la sanction. De ce point de vue, dans ce type de société, le système vindicatoire est une « des formes les plus typiques du droit non-étatique »¹⁷. L'affirmation est en contradiction avec l'opinion dominante qui tient la vengeance pour une forme de violence antinomique avec le droit, une loi sociologique et non juridique, et ne voit du droit que là où il y a monopole de la contrainte. Telle est encore la position de Hoebel par exemple retenant la définition des juristes pour qui « une norme sociale est juridique si sa négligence ou son infraction donne lieu à l'application réelle ou à la menace de la contrainte absolue par une unité sociale possédant le privilège reconnu socialement d'agir ainsi »¹⁸.

Finalement dans une société sans État, le pouvoir appartient à tous. Il y a bien des règles, et les plus fondamentales d'entre elles sont énoncées par le mythe qui s'enracine dans le Temps du Rêve et constitue une sorte de « *code pénal* »¹⁹. Celles-ci sont des règles absolues, que l'on pourrait comparer à des règles d'ordre public, et si elles ne sont pas respectées, il incombe à tous de sanctionner le coupable. Chacun dispose de sa propre violence pour des infractions aussi graves que la transgression de la prohibition de l'inceste ou le fait pour un non-initié de voir les objets sacrés. Alain Testart en conclut qu'il y a bien un droit dans une société sans État, et le critère qu'il retient est celui de la sanction mais là où dans une société à État, il y a un monopole de la sanction, dans une société sans État, le pouvoir de sanctionner appartient à tous. Ce qui ne signifie pas pour autant qu'il y aurait une violence anarchique. Car il existe bien des règles et c'est à les identifier que doit travailler l'anthropologue qui ce faisant contribue à la connaissance des lois du social.

¹⁷ A. Testart, « Le droit aborigène », *ibid*, p. 46.

¹⁸ A. Testart, « Le droit aborigène », *ibid*, p. 46-47, citant E. A. Hoebel, « Y a-t-il un droit chez les Comanches », *Droit et cultures* 15-16, 1988, p. 148.

¹⁹ A. Testart, « Le droit aborigène », *ibid*, p. 19-20 : « Cette mythologie fonctionne comme un code, en particulier un code pénal : les règles y sont énoncées en clair et en toute généralité ; les peines d'une autre façon, d'une façon propre à la mythologie, pleine de fantasmagories, de métaphores et d'inversions, d'une façon toujours propre à frapper les imaginations, pleine de merveilleux et d'horreur ».

3. *Les lois du social*

En la matière, la formation initiale d'Alain Testart donne toute son originalité à son analyse. C'est en ingénieur qu'il scrute son matériau, s'efforce de trouver les lois qui gouvernent le social, n'hésitant pas à franchir le Rubicon qui sépare d'ordinaire les sciences dures des sciences molles. Selon lui, à condition d'en rechercher les invariants, toutes les sciences sociales ont vocation à devenir des sciences « dures ».

« C'est pourquoi on doit procéder par ordre. D'abord, construire une classification [...]. Ce n'est qu'ensuite que l'on pourra tenter de penser une évolution, laquelle tentative ne pourra se faire qu'en utilisant les catégories de la classification précédemment élaborée, quitte à les remanier au besoin, à les critiquer, voire à les rejeter »²⁰.

Le premier maillon tenu, Alain pouvait envisager son grand projet. À chaque société, sa classification sociale : la parenté est la structure fondamentale des Aborigènes, mais qu'en est-il ailleurs ? Surtout, en quoi la découverte des structures fondamentales peut-elle expliquer la forme politique des communautés et leur évolution ?

« Sur quels faits, sur quels ensembles de faits – les principaux étant ethnographiques et archéologiques – fonder notre connaissance de l'évolution passée des sociétés ? »²¹

Revenons sur la parenté australienne et son caractère saturant. Tous sont parents, et chacun est rangé dans une des deux moitiés qui divisent la communauté. Le classement détermine le statut, les règles de mariage, les services dus, le partage du gibier. Alain Testart montre que dans ce type de société, il n'y a pas de place pour d'autres liens contractés à titre personnel. On pourrait dire que la parenté y est un statut et dresser un parallèle avec le concept moderne d'indisponibilité de l'état des personnes. Dire que ce type de société ne connaît pas de fidélité personnelle ne signifie pas qu'il n'y ait pas de dépendance, car les liens de parenté créent de la dépendance, ainsi lorsque le gendre doit des services à son beau-père ; mais ce qui caractérise ces sociétés est qu'on n'y fournit pas de biens matériels car on y paie de sa personne. Les sociétés de chasseurs-cueilleurs pratiquent une économie de services et, le chercheur doit s'y arrêter dans la mesure où ce modèle de société fut sans doute celui des chasseurs-cueilleurs de la préhistoire. Telle est du moins l'hypothèse qu'il défend.

²⁰ A. Testart, *Éléments de classification des sociétés*, Paris, Errance, 2005, p. 11, cité par les auteurs de l'hommage à Alain Testart, *L'homme, ibid.*, p. 16.

²¹ A. Testart, *Avant l'histoire, op. cit.*, p. 13.

On l'a compris, une des problématiques dont se saisit Alain Testart, après tant d'autres, est celle qui concerne la naissance de l'État. Il l'affronte par un biais original en s'intéressant à la question des morts d'accompagnement, ces personnes qui suivent le défunt jusque dans l'au-delà. Contrairement à ce qui a pu être affirmé, il ne s'agit pas de formes de sacrifice mais plutôt d'une forme extrême de fidélité personnelle qui ne connaît aucune limite. L'hypothèse défendue est qu'un modèle différent de société serait apparu dès lors que l'agriculture a introduit la richesse, et surtout que les possibilités de stocker des denrées ont permis l'accumulation de biens, favorisant ainsi la stratification sociale, le développement des inégalités socio-économiques. Sans doute les sociétés structurées sur la parenté connaissaient des formes d'inégalités, les relations de domination et de dépendance existaient par exemple chez les Inuits ou les Aborigènes, comme en témoignent le sort des femmes ou de ceux que les anthropologues qualifient de « *rubbish men* » parce qu'ils avaient été mis au ban de la société. Mais l'impossibilité de thésauriser des richesses constituait un frein au développement de relations de clientèle fondées sur la fidélité personnelle. « Tel est le merveilleux pouvoir de la richesse : elle permet d'échapper à l'horizon étroit de la parenté ». C'est finalement davantage sur des fidélités personnelles que sur la parenté que les premiers despotes se seraient appuyés²². Là encore, Alain Testart démontre combien une histoire globale ne peut faire l'économie des sociétés froides car leur histoire aussi doit être prise en compte pour comprendre les principes qui déterminent l'évolution des sociétés.

*

* *

L'œuvre d'Alain Testart a trouvé un écho important chez les archéologues, les préhistoriens et les anthropologues, elle n'a peut-être pas été assez exploitée par les historiens du droit. Elle est pourtant importante pour notre discipline, car elle montre à quel point il est important de raisonner sur un vaste champ incluant des données issues de sociétés sans écriture. Marcel Détiéne incitait à comparer l'incomparable. De fait si l'on veut penser le droit, la dépendance, la parenté, on ne peut pas faire l'économie de représentations différentes de celles que l'on a coutume de fréquenter ; la parenté n'a pas toujours été biologique, la séparation des hommes et des animaux n'a pas toujours été la norme et le droit n'est pas seulement le produit de l'État... Alain Testart plaidait pour l'ouverture de l'anthropologie au droit, l'inverse est aussi vrai et son œuvre doit faire date car il y a décidément mille et une façons de dire l'histoire du droit.

²² A. Testart, *La Servitude volontaire. 1 : Les morts d'accompagnement ; 2 : L'origine de l'État*, Paris, Errance, 2004.

DEUXIÈME PARTIE
*INNOVATIONS DE JURISTES
FRANÇAIS CONTEMPORAINS*

*Augustin-Charles Renouard (1794-1878),
pionnier de la doctrine du droit d'auteur*

Laurent Pfister
*Professeur à l'Université Paris II – Panthéon-Assas
Institut d'Histoire du droit*



Panthéon des illustrations françaises du XIX^e siècle, Paris, 1865

C'est sa qualité de membre de l'Académie des sciences morales et politiques qui valut à Augustin-Charles Renouard de voir son portrait publié dans le *Panthéon des illustrations françaises*, parmi ceux des « hommes les plus marquants » du XIX^e siècle ¹. Considéré de son vivant comme éminent, Renouard peut aussi être tenu pour une figure marquante du droit de l'époque contemporaine bien que sa notoriété soit assurément moindre que celle d'autres juristes du XIX^e siècle. Il peut être tenu comme telle notamment parce qu'en publiant en 1838 un *Traité des droits d'auteurs*, marqué par des courants de pensée novateurs de son époque, il est l'un, sinon le pionnier de la doctrine du droit d'auteur. Son *Traité* a fait date : les réflexions et la théorie que Renouard y développe ont exercé une influence non négligeable et durable en cette matière au point d'ailleurs que son *Traité*, bien qu'il n'ait

¹ V. Frond (dir.), *Panthéon des illustrations françaises au XIX^e siècle comprenant un portrait, une biographie et un autographe de chacun des hommes les plus marquants...*, Paris, 1865.

jamais été réédité, reste encore cité par la doctrine actuelle. En proposer ici l'étude est un hommage rendu à notre ami et collègue Christian Chêne, lui qui s'est intéressé à ces thématiques et avec lequel le plaisir nous a été donné d'en discuter bien souvent.

Né à Paris en 1794, Augustin-Charles Renouard grandit dans le monde de l'édition². Son père, Antoine-Augustin, bibliophile et collectionneur, est libraire, réputé pour ses publications érudites sur la typographie. L'un de ses fils, Jules, reprendra sa librairie. De son côté, Augustin-Charles, après des études de lettres, obtient une licence en droit en 1816 et embrasse la carrière d'avocat. Sous la Restauration, il prend le parti des libéraux. Il se rapproche du journal *Le Globe*, en devient actionnaire, y publie plusieurs articles et en défend les intérêts en justice³. Il est aussi un membre actif de la société *Aide-toi, le ciel t'aidera*, créée par Guizot pour soutenir les candidats libéraux aux élections de 1827.

Son opposition à la Restauration lui vaut diverses promotions au cours de la Monarchie de Juillet. Dès le mois d'août 1830, il est nommé conseiller d'État. En novembre 1831, soit à 37 ans, il devient également secrétaire du ministre de la justice. En 1837, il quitte le ministère et rejoint la Cour de cassation en qualité de conseiller, fonction qu'il occupera pendant plus de 30 ans. Un catalogue de ses rapports manuscrits, conservés à la bibliothèque de la Cour de cassation, a été établi et sera prochainement publié⁴.

En même temps qu'il poursuit sa carrière administrative puis judiciaire, Renouard, orléaniste libéral convaincu, s'engage en politique. Entre 1831 et 1842, il est élu député de la Somme à trois reprises. En 1846, il est nommé à la Chambre des pairs.

Bien qu'en 1851, il ait été chargé, au sein de la Haute cour, de la mise en

² Sur la vie de Renouard, voir la notice qui lui est consacrée dans A. Robert, E. Bourloton et G. Cougny. *Dictionnaire des parlementaires français*, Paris, 1891 ; G. Picot, « Notice historique sur la vie et les travaux de Charles Renouard (1794-1878, jurisconsulte, magistrat et homme politique) », *Compte-rendu des séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1902, t. 157, p. 49-92 ; J.-L. Halpérin, « Renouard », in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen, *Dictionnaire historique des juristes français. XI^e – XX^e siècle*, Paris, PUF, 2015.

³ Cf. J.-J. Goblot, *La jeune France libérale : « Le Globe » et son groupe littéraire, 1824-1830*, Paris, Plon, 1993.

⁴ Il a été établi par Mlle Emmanuelle Villerey, à l'occasion d'un mémoire sous notre direction : *Charles Renouard, conseiller rapporteur à la Cour de cassation*, Paris II, 2018. Que M. Galanopoulos, conservateur de la bibliothèque de la Cour de cassation soit ici remercié d'avoir attiré notre attention sur l'existence de ces manuscrits.

accusation de Louis-Napoléon Bonaparte, Renouard conserve sa fonction de conseiller à la Cour de cassation pendant tout le Second Empire. En 1861, il obtient enfin ce qu'il espérait depuis longtemps : son élection à l'Académie des sciences morales et politiques. Il finit sa carrière sous la III^e République comme procureur général à la Cour de cassation. Il devient sénateur en 1876 et s'éteint deux ans plus tard, à l'âge de 84 ans.

Avocat, magistrat, homme politique : alors qu'il a mené sa carrière hors de l'Université, Renouard a à son actif une abondante production scientifique. Ses articles et ouvrages témoignent de son attention aux transformations culturelles, économiques et sociales de son siècle. Il importe aussi de souligner que ses productions sont étroitement liées à son engagement social et politique et qu'il a mis ses diverses fonctions au service de ses centres d'intérêt. Le premier d'entre eux est l'enseignement. À partir des années 1810, il publie plusieurs études dans lesquelles il plaide pour une amélioration de l'instruction publique⁵. Après avoir milité en ce sens au sein de la *Société pour l'instruction élémentaire*, Renouard présente un rapport sur le projet de loi sur l'enseignement primaire devant la Chambre des députés en 1833. Membre de la *Société d'économie politique*, Renouard manifeste aussi un intérêt pour le droit commercial : ainsi, dans les années 1830, joue-t-il un rôle majeur dans la préparation du projet de loi sur les faillites et les banqueroutes et publie ensuite un volumineux traité sur ce thème⁶. Il prête aussi une attention grandissante au monde du travail. En qualité de député, il participe à l'élaboration de la loi relative au travail des enfants dans les manufactures, usines ou ateliers⁷. En 1854, il fait paraître une longue étude sur le « contrat de prestation de travail »⁸ et en 1860, un ouvrage sur *le droit industriel* qu'il tient pour une « branche de la législation générale » et dont il étudie les rapports avec le droit civil⁹.

⁵ *Projet de quelques améliorations dans l'éducation publique*, Paris, A.-A. Renouard, 1813, 28 p. ; *Considérations sur les lacunes de l'enseignement secondaire en France*, Paris, A.-A. Renouard, 1824, XX-124 p. ; une dissertation primée par l'Académie française et parue sous les initiales C.R. : « L'éducation doit-elle être libre ? », *Revue encyclopédique*, t. XL, octobre 1828, p. 15-35, et novembre 1828, p. 265-283.

⁶ *Traité des faillites et banqueroutes*, Paris, Guillaumin, 2 vol., 1842, réédité à trois reprises.

⁷ En mai 1840 puis en mars 1841, il présente deux *Rapports au nom de la commission chargée de l'examen du projet de loi relatif au travail des enfants dans les manufactures, usines ou ateliers* (Paris, 1840, 59 p. et 19 p.).

⁸ Publiée dans les *Compte-rendus des Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1854, t. 27, p. 161 et s., et p. 365 et s.

⁹ *Du droit industriel dans ses rapports avec les principes du droit civil sur les personnes et sur les choses*, Paris, Guillaumin et Cie, 1860. En tant que membre de l'Académie des sciences morales et politiques, il présente et publie plusieurs rapports sur le droit industriel. Par ex.

Son intérêt le porte enfin vers ce qu'on appelle aujourd'hui la propriété intellectuelle. Dès 1825, il fait paraître un *Traité des brevets d'invention*, le premier en ce domaine et réédité en 1844¹⁰. Au début des années 1830, il commence la rédaction d'un ouvrage sur le droit des auteurs dans le domaine de la littérature et des beaux-arts. Appelé aux affaires, il l'achève quelques années plus tard. C'est en 1838 puis en 1839 qu'il fait paraître le premier puis le second volume d'un traité qu'il choisit d'intituler à dessein : *Traité des droits d'auteurs dans la littérature et les beaux-arts*¹¹.

Afin de comprendre et mesurer l'apport du *Traité* de Renouard, il importe de rappeler l'état du droit en ce domaine dans les années 1830.

Les textes législatifs sont rares et laconiques. Ils consistent principalement en deux lois promulguées sous la Révolution française. La première des 13-19 janvier 1791 reconnaît, en son article 3, aux auteurs dramatiques le droit de consentir à la représentation de leurs œuvres. La seconde du 19 juillet 1793, composée de sept articles, consacre au profit des auteurs d'écrits, compositeurs, peintres et dessinateurs, « le droit exclusif de vendre, faire vendre et distribuer leurs ouvrages et d'en céder la propriété ». Bien que le législateur révolutionnaire tienne les œuvres de l'esprit pour une propriété, les deux lois limitent la durée des droits exclusifs patrimoniaux respectivement à cinq et dix ans après la mort de l'auteur : passé ce délai, les œuvres tombent dans le domaine public. À ces lois, s'ajoutent aussi cinq articles du code pénal de 1810 (art. 425-429) qui incriminent et sanctionnent la contrefaçon.

Au moment où Renouard écrit son traité, l'application de ces quelques textes législatifs a déjà donné lieu à un riche contentieux. Qui plus est, ces textes sont lacunaires et ne répondent pas, loin s'en faut, aux multiples questions que soulèvent les créations de l'esprit, les pratiques culturelles, les transformations techniques et économiques. Place est donc amplement laissée à l'interprétation des magistrats.

Pour compléter, modifier et améliorer les lois, des projets de réforme sont mis à l'étude. À la fin de l'année 1825 est nommée une commission

« De l'influence du taux des salaires », *Compte-rendus des Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1862, t. 61, p. 153 et s. ; « Chômage des dimanches et des jours fériés », *Compte-rendus des Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 1865, t. 74, p. 5 et s.

¹⁰ *Traité des brevets d'inventions, de perfectionnement et d'importation*, Paris, J. Renouard, 1825, rééd. 1844.

¹¹ Les deux volumes de son traité sont édités par son frère Jules.

de la propriété littéraire et artistique. La principale réforme qu'elle propose est de porter la durée des droits exclusifs sur toutes les œuvres à cinquante ans après la mort de l'auteur¹². Ce projet n'est pas suivi d'effet si bien que des écrivains revendiquent des réformes. En 1834, Balzac fait paraître dans la *Revue de Paris* un article dans lequel il dénonce les funestes effets des contrefaçons étrangères et qualifie la législation française de « barbare » parce qu'à l'encontre du droit commun de la propriété, elle limite la durée de la propriété littéraire¹³. L'article fait mouche. En octobre 1836, le gouvernement nomme deux commissions, composées entre autres de Hugo, Lamartine mais aussi de Renouard lui-même et de son frère Jules. La première commission a pour mission de trouver les moyens de lutter contre les contrefaçons venues de l'étranger. La seconde est chargée de préparer un projet de loi afin d'améliorer la situation des auteurs. La prolongation de la durée des droits pendant cinquante ans *post mortem auctoris*, voire à perpétuité donne alors lieu à de vifs débats sur la nature même du droit d'auteur : est-il ou non une propriété ?

C'est dans ce contexte que Renouard achève et publie son *Traité des droits d'auteurs*. Avant lui, seuls de rares ouvrages avaient été publiés sur la contrefaçon des œuvres littéraires et artistiques mais aussi des inventions, des dessins et modèles, des marques¹⁴. Renouard est le premier à consacrer un volumineux ouvrage exclusivement au droit d'auteur. D'autres suivront¹⁵. Ça n'est pas la seule raison pour laquelle il peut être tenu pour pionnier de la doctrine du droit d'auteur.

Pour lui, il ne fait pas de doute que les droits des auteurs forment « une

¹² Commission de la propriété littéraire, *Collection des procès-verbaux*, Paris, 1826, p. 329 et s. Projet de loi, art. 3 (droit exclusif d'impression), art. 9 (rétribution des ayant droits des auteurs dramatiques), art. 11 (droit de multiplier les exemplaires des œuvres du dessin), art. 13 (pour les œuvres de musique).

¹³ « Lettre adressée aux écrivains français du XIX^e siècle », *La revue de Paris*, 1834, t. 11, p. 62 et s.

¹⁴ Notamment Adrien Gastambide, *Traité théorique et pratique des contrefaçons en tous genres ou de la propriété en matière de littérature, théâtre, musique, peinture, dessin, gravure, dessins de manufactures, sculpture, sculptures industrielles, marques, noms, raison commerciale, enseignes...*, Paris, 1837 ; Étienne Blanc, *Traité de la contrefaçon et de sa poursuite en justice concernant : les brevets d'invention... la propriété littéraire...*, Paris, 1838.

¹⁵ En particulier et sans évoquer les ouvrages du XX^e siècle : E. Pouillet, *Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique*, Paris, 1879. D'autres ouvrages continuent de couvrir l'ensemble de la propriété intellectuelle : A. Nion, *Droits civils des auteurs, artistes et inventeurs*, Paris, 1846 ; M. Lesenne, *Le livre des nations ou traité philosophique, théorique et pratique des droits d'auteur et d'inventeur*, Paris, 1846 ; É. Calmels, *De la propriété et de la contrefaçon des œuvres de l'intelligence*, Paris, 1856.

partie de la science du droit » car elle « a reçu de l'usage un nom qui la désigne et lui appartient, ce qui prouve qu'elle forme une *spécialité nette et bien arrêtée*. Ce nom est celui de *propriété littéraire* »¹⁶. Le projet de Renouard n'est donc pas d'ériger le corpus des règles et les connaissances y afférentes en une discipline puisqu'à ses yeux, elle existe déjà¹⁷. Il convient de noter qu'il l'envisage non pas comme une discipline autonome mais comme une spécialité du droit civil¹⁸. Sur ce point, sa pensée évoluera car il présentera plus tard les droits des auteurs comme une composante du droit industriel¹⁹.

Il n'en demeure pas moins qu'en dépit de ses affirmations et de sa propre cartographie des disciplines juridiques, son *Traité des droits d'auteurs* contribue à consolider les contours et les fondements de cette « grave matière ». L'ambition qu'il dit poursuivre y est pour beaucoup. Renouard entend apporter une réponse aux défauts que sont, d'après lui, les lacunes des lois, les systèmes contradictoires qui les ont inspirées, et par voie de conséquence l'infinité de questions que soulève la pratique quotidienne²⁰. Sans se borner à la matière qu'il aborde, il critique aussi la « foule d'esprits dont l'ambition est de passer pour positifs », ceux qui font « office de casuistes » et se laissent aller à cette « paresseuse routine » de faire collection d'opinions et de décisions²¹. À l'opposé, Renouard est animé par une puissante ambition doctrinale, scientifique et théorique. Elle consiste à vouloir donner « *cohérence et unité systématique* » à la matière du droit d'auteur²².

¹⁶ *Traité des droits d'auteurs*, Introduction, p. 2, où Renouard qualifie aussi cette spécialité de « grave matière ».

¹⁷ Sur ce thème, F. Audren et S. Barbou des Places (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondations et recompositions des disciplines dans les facultés de droit*, Paris, LGDJ, coll. Contextes, 2018.

¹⁸ Il dit borner son ouvrage à « l'examen des droits civils » des auteurs (*Traité des droits d'auteurs*, t. 1, p. 3) et fait souvent référence au code civil pour interpréter et compléter la législation propre à la matière.

¹⁹ *Du droit industriel...*, *op. cit.*, p. 422 et s. Voir aussi p. 8-10 sur les « classifications des matières » juridiques. Avant lui, l'avocat Ambroise Rendu avait rangé la propriété intellectuelle (brevets et droit d'auteur) dans le droit industriel mais en ne proposant qu'une approche pratique : *Traité pratique de droit industriel*, Paris, 1855. L'approche de Renouard est plus riche. A ce sujet : M. Xifaras, *La propriété, étude de philosophie du droit*, Paris, PUF, 2004, p. 350 et s.

²⁰ *Traité des droits d'auteurs*, t. 1, Introduction, p. 3. Vingt ans plus tard, il fera le même constat : *Du droit industriel...* *op. cit.*, p. 430.

²¹ *Traité des droits d'auteurs*, t. 1, Introduction, p. 3, p. 441 et t. 2, n° 2, p. 2.

²² « cohérence et unité systématique » qui, selon lui, font trop défaut dans les livres de droit (*ibid.*, t. 2, n° 2, p. 3).

Son ambition, Renouard la réalise notamment dans la quatrième des cinq parties que comporte son *Traité*. Cette partie, la plus longue, intitulée platement : « pratique des droits d'auteurs »²³, consiste en réalité en une systématisation des lois et de la jurisprudence, construite sur des catégories, des principes et des solutions précises (I). Sa mise en ordre se veut productive et l'est effectivement en ce qu'elle propose des réflexions novatrices sur le fond du droit d'auteur, reçues ensuite tant en droit positif qu'en doctrine. Pour nourrir son propos, Renouard mobilise des outils particuliers : l'histoire et, de manière plus décisive, les législations étrangères. Ces outils signalent ses liens avec la revue *Thémis* d'Athanase Jourdan et avec Gaspard Foelix.

Renouard réalise aussi son ambition en proposant une « théorie philosophique du droit des auteurs »²⁴. Le choix des mots est ici décisif. Les expressions « droits d'auteurs » ou « droit d'auteur » apparaissent à la charnière des XVIII^e et XIX^e siècles et la paternité ne peut donc en être attribuée à Renouard²⁵. Pour autant, le fait qu'il choisisse la première pour intituler son *Traité* illustre son hostilité au nom d'usage de la matière : propriété littéraire²⁶. Sa théorie est en effet dirigée contre celle de la propriété littéraire et l'un des effets qui y est attaché : la prolongation des droits *post mortem auctoris*. Cette partie de son œuvre témoigne de la valeur qu'il accorde à la philosophie, ce qui traduit également sa fidélité à l'esprit de la *Thémis*. Il entend aussi que sa théorie influence la législation et les réformes en cours. C'est ce à quoi il s'engage et ses idées, reprises dans plusieurs circonstances jusqu'à nos jours par des acteurs de tout horizon, lui assureront sa postérité (II).

²³ *Ibid.*, t. 2, p. 2-444.

²⁴ *Ibid.*, t. 1, note, n.p.

²⁵ Comme l'ont fait certains : P. Recht, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété. Histoire et théorie*, Paris, LGDJ, 1969, p. 51, note 13, et d'autres après-lui. Avant la publication du traité de Renouard, l'expression « droits d'auteurs » est employée, le plus souvent pour désigner les revenus tirés des droits d'exploitation, par ex. dans des plaidoiries du début du XIX^e siècle. L'expression « droit d'auteur » apparaît, à notre connaissance, dans le rapport du député Hell présenté à l'Assemblée constituante le 29 septembre 1791, *sur la propriété des productions scientifiques ou littéraires* (Paris, 1791).

²⁶ *Traité des droits d'auteurs*, t. 1, p. 2-3 : « Je dirai par crainte de quelles erreurs j'évite de m'en servir, quelque commode que soit l'emploi des dénominations acceptées par l'usage ».

1. *Une systématisation productive du droit positif*

La systématisation du droit positif qu'entreprend Renouard repose sur des outils, une méthode et des objectifs explicitement pensés et formulés (A). Sa réalisation l'amène à dégager des principes généraux et des solutions précises en matière de droit d'auteur, appelés à prospérer, bien qu'elle comporte aussi certaines limites (B).

A. Outils et méthode de la systématisation

Renouard accorde une grande valeur à l'histoire du droit d'auteur et aux législations étrangères. Elles ne sont pas de simples ornements d'érudition mais participent à la systématisation du droit positif.

L'intérêt pour l'histoire du droit d'auteur qui est aussi celle du livre, lui vient peut-être de son père dont on a dit qu'il était bibliophile et collectionneur. Il lui vient surtout de la revue *Thémis*. La *Thémis* est, on le sait, une revue qui a été fondée en 1819 par Athanase Jourdan et qui a cessé de paraître en 1831. Elle se caractérise par la volonté de son fondateur et de ses contributeurs d'alimenter la science du droit par le recours à d'autres sciences, notamment l'histoire, et elle a été l'un des principaux vecteurs de diffusion en France de l'école historique de Savigny²⁷. La revue avait pour éditeur le père puis le frère de Renouard ; elle était proche des libéraux et du journal *Le Globe* dont on sait que Renouard était l'un des membres actifs et il a lui-même contribué à la *Thémis*. Il en partage les orientations. Dans une recension d'ouvrage qu'il y fait paraître, il écrit qu'« on ne saurait posséder la science du droit présent si l'on n'étudie pas (...) ses origines historiques pour connaître ce qu'il a été »²⁸. Dans les années 1830, il reste fidèle à cette exigence et consacre de longs développements à l'histoire du droit d'auteur dans son *Traité* en publiant parfois *in extenso* des documents anciens et toujours utiles aujourd'hui²⁹.

²⁷ Tout en s'en distinguant : P. Rémy, « "La Thémis" et le droit naturel », *Revue d'Histoire des Facultés de Droit*, 1987, spéc. 148-152. Plus généralement, J. Bonneau, *La Thémis (1819-1831). Son fondateur, Athanase Jourdan*, Paris, 1914, 2^e éd..

²⁸ Recension de l'*Essai sur la nature et l'origine des droits...* par J. A. Brückner, *Thémis ou bibliothèque du jurisconsulte*, 1821, t. 3, chez Renouard, libraire, p. 1.

²⁹ À l'histoire sont consacrées plus de deux cents pages de la première partie du *Traité*, t. 1, p. 5-225, dans lesquelles il revient successivement sur la situation antérieure à l'imprimerie, sur la censure, plus longuement sur le régime des privilèges royaux en librairie et enfin sur la réglementation des représentations théâtrales sous l'Ancien

Renouard a de l'histoire une conception déterministe. Relative au droit d'auteur, l'histoire « rend sensible l'une des lois fondamentales de la perfectibilité humaine qui veut que chaque idée *vraie* arrive, tôt ou tard, à régir les affaires ». Comparer les lois actuelles sur « les produits intellectuels » avec l'ancien droit permet ainsi d' « apprécier les progrès dont elles nous ont mis en possession ». Le déterminisme qui caractérise son approche aurait pu disqualifier les secours censés pouvoir être tirés de l'histoire puisqu'il conduit à rejeter le passé pour ne vanter que le présent. Renouard y apporte des nuances en considérant que la rupture des lois révolutionnaires avec l'Ancien Régime des privilèges royaux n'est pas absolue et que « beaucoup de dispositions et d'usages » de son époque « dont la logique toute seule ne rendrait pas raison s'expliquent par le passé »³⁰. Qui plus est, l'histoire est aussi pour lui une méthode pour « préparer les voies » aux principes qui structurent son système du droit d'auteur³¹.

Une autre particularité de sa méthode est la valeur qu'il accorde à « l'étude des législations comparées »³² et cette particularité mérite d'être soulignée à une époque où le droit comparé n'en est encore qu'à ses balbutiements. Certes, avant lui, d'autres avaient porté attention aux législations étrangères en matière de droit d'auteur. Dès le XVIII^e siècle, certains, comme Diderot et Linguet, pour revendiquer la reconnaissance légale de la propriété littéraire, avaient invoqué l'exemple anglais³³. En 1826, la commission de la propriété littéraire avait examiné la législation des Pays-Bas et de l'Angleterre³⁴ et la même année, l'avocat Théodore

Régime.

³⁰ *Traité des droits d'auteurs*, t. 1, p. 6 (c'est nous qui soulignons).

³¹ *Ibid.*, t. 1, p. 3.

³² *Ibid.*, t. 1, p. 7.

³³ D. Diderot, *Représentations et observations en forme de mémoire sur l'état ancien et actuel de la librairie*, connues sous le nom de *Lettre sur le commerce de la librairie*, repr. dans É. Laboulaye et G. Guiffrey, *La propriété littéraire au XVIII^e siècle. Recueil de pièces et de documents*, Paris, 1859, p. 77. Simon Linguet, Linguet, *Mémoire sur les propriétés et privilèges exclusifs de la librairie*, 1774, B.N., Ms. Fr. 22123, n° 50 (repris dans ses *Annales politiques, civiles, et littéraires du XVIII^e siècle*, tome III, Londres, 1777, p. 29). Sur ce point, voir la thèse, dirigée par Christian Chêne, de F. Rideau, *La formation du droit de propriété littéraire en France et en Grande-Bretagne : une convergence oubliée*, Aix-Marseille, 2004, p. 157 et s. Nous nous permettons aussi de renvoyer à notre article : « Particularismes nationaux et influences étrangères dans la construction du droit d'auteur français », in N. Binctin, Y. Mausen et L. Pfister, *La construction du droit d'auteur. Entre autarcie et dialogue*, Montpellier, P.U., coll. Actes de colloque, 2014, p. 49-98.

³⁴ Commission de la propriété littéraire, *Collection des procès-verbaux*, *op. cit.*, p. 335-342.

Regnault faisait paraître une traduction d'un traité de Richard Godson sur le *copyright* anglais³⁵. En 1836, Victor Foucher avait présenté un aperçu assez large de législations étrangères³⁶. L'année suivante, dans son *Traité des contrefaçons*, Gastambide faisait référence ici et là à certaines dispositions étrangères³⁷. Au regard de ses prédécesseurs, Renouard se distingue au moins de deux manières.

En premier lieu, il propose un panorama plus complet des législations étrangères³⁸. À l'exposé des législations anglaise et hollandaise, déjà bien connues, s'ajoute la présentation des règles applicables au Danemark, en Russie, dans le Royaume des Deux-Siciles et celui de Sardaigne ou encore aux États-Unis. Renouard manifeste aussi un intérêt tout particulier pour les règles applicables dans l'espace germanique. Il présente l'état du droit en Allemagne, expose et publie la législation des royaumes de Bavière et de Wurtemberg, les dispositions relatives à la propriété littéraire ajoutées au code civil français lors de sa transposition dans le duché de Bade, des résolutions de la Confédération germanique ou encore les dispositions relatives au contrat d'édition figurant dans le code civil général autrichien (ABGB). Sur plusieurs pages, il reproduit la législation du royaume de Prusse, d'abord les dispositions de l'*Allgemeines Landrecht* de 1794 (ALR) relatives au droit d'auteur, au contrat d'édition et à la contrefaçon, puis la loi du 11 juin 1837 qui les a remplacées et que le juriste français considère comme « la plus complète et la mieux rédigée de toutes celles qui existent ». Pour constituer ce corpus de législation comparée, le plus complet à l'époque, Renouard précise avoir utilisé plusieurs traductions publiées par d'autres comme celles de l'ALR prussien³⁹ et de l'ABGB autrichien⁴⁰ mais

³⁵ *De la propriété littéraire et du droit de copie en Angleterre*, trad. T. Regnault, Paris, 1826. Y est aussi reproduite la législation des Pays-Bas.

³⁶ « La propriété littéraire et la contrefaçon ». IV Droit international », *Revue étrangère de la législation et d'économie*, 1836, vol. 11, p. 361-381.

³⁷ *Traité théorique et pratique des contrefaçons...*, *op. cit.*, p. 12-14, p. 23-25 et p. 109 à propos des traductions où il fait référence aux lois russe, belge et anglaise ; p. 134 et 155 sur les formalités exigées de la loi belge. Quelques réflexions comparatives à partir de législations étrangères sont également proposées par Marie, « De la propriété intellectuelle. 2^e article : Législation comparée », *Revue de législation et de jurisprudence*, I, (oct 1834-mars 1835), p. 267-271.

³⁸ Qu'il intitule *Coup d'œil sur les législations étrangères en ce qui concerne les droits d'auteurs* (*Traité des droits d'auteurs*, t. 1, p. 226-299).

³⁹ *Ibid.*, t. 1, p. 264. La traduction a été publiée en 1801 par le bureau de législation étrangère du ministère de la justice sous le titre : *Code général pour les états prussiens*, Paris, an IX, 5 vol.

⁴⁰ *Traité des droits d'auteurs*, t. 1, p. 262, où il dit avoir utilisé la traduction de De Clercq,

aussi celles que Gaspard Foelix a fait paraître dans sa *Revue étrangère de législation et d'économie politique*.

En deuxième lieu, il faut souligner qu'influencée par un contexte intellectuel et politique particulier, « l'étude des législations comparées », loin de n'être qu'une collection de règles, est conçue par Renouard comme un outil au service d'objectifs précis. Sa démarche témoigne là aussi de sa fidélité à l'une des ambitions de la *Thémis*⁴¹. Elle témoigne davantage encore de l'influence des travaux de Gaspard Foelix. Renouard a été en contact avec le fondateur de la *Revue étrangère* et se montre élogieux à l'égard du « zèle persévérant » dont il a fait preuve « pour la connaissance des législations comparées »⁴². Il est assurément sensible à la méthode comparative développée par Foelix. Enfin, son intérêt pour les législations étrangères s'explique par les problèmes que posent les contrefaçons étrangères d'ouvrages français au moment où il écrit son *Traité*.

Dans ce contexte, la démarche comparative, selon Renouard, a notamment pour objectif de contribuer à « l'établissement d'un droit international » conventionnel⁴³. Ce vœu se réalisera peu à peu à partir du XIX^e siècle, d'abord par la signature de conventions bilatérales puis en 1886 par la signature de la *Convention internationale de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*⁴⁴. L'autre objectif de la démarche comparative, condition à la réalisation d'un droit international, est de

publiée en 1836 dans la collection dirigée de Victor Foucher : *Code civil général de l'empire d'Autriche*, coll. des lois civiles et criminelles des États modernes, publiée sous la direction de Victor Foucher, Paris, 1836.

⁴¹ *Thémis ou bibliothèque du jurisconsulte*, 1820, t. 1, p. 5 : « Comparaison des lois françaises avec (...) celles qui régissent aujourd'hui les différents peuples de l'Europe ». En 1821, dans l'une de ses contributions à la *Thémis*, Renouard lui-même estimait que les avantages de la législation française ne devaient pas conduire à « négliger ceux que nous présente l'étude des travaux de nos voisins » (*Thémis ou bibliothèque du jurisconsulte*, 1821, t. 3, p. 2).

⁴² *Traité des droits d'auteurs*, t. 1, p. 253, note 1. Sur Foelix, voir la notice de J.-L. Halpérin, *Dictionnaire historique des juristes français. XI^e – XX^e siècle*, Paris, PUF, 2015.

⁴³ *Traité des droits d'auteurs*, t. 1, p. 7 et 227 : « l'établissement d'un droit international, vœu de beaucoup d'esprits éclairés, ne peut se réaliser qu'après une comparaison attentive du droit privé de chacun des peuples qui consentiraient à entrer dans une noble alliance intellectuelle pour assurer aux productions de leur littérature la protection d'une garantie réciproque ».

⁴⁴ En 1860, Renouard se félicite des progrès réalisés dans ce sens avec la conclusion de plusieurs traités bilatéraux et le décret français du 28 mars 1852 interdisant en France la contrefaçon des ouvrages étrangers, sans condition de réciprocité (*Du droit industriel...*, *op. cit.*, p. 431).

favoriser « non sans doute l'unité des législations, mais au moins quelque homogénéité dans la reconnaissance des principes fondamentaux » au sein de chaque législation ⁴⁵. À un rapprochement entre les législations nationales, l'auteur du *Traité* entend lui-même apporter sa contribution en proposant d'emprunter à des droits étrangers des solutions pour améliorer le droit d'auteur français au moment où celui-ci fait l'objet de travaux législatifs ⁴⁶. Telle était l'ambition de la méthode comparative préconisée par Foelix ⁴⁷ : Renouard s'y emploie dans le cadre de sa systématisation.

Renouard crée un véritable système de droit d'auteur. Doctrinal, ce système n'est pas « second » au regard de la loi, comme peuvent l'être les systèmes que forgent les civilistes à la même époque ⁴⁸. En effet, à la différence du droit civil, systématisé même imparfaitement par le code de 1804, les textes législatifs en matière de droit d'auteur sont laconiques et lacunaires mais aussi dépourvus de systémativité ⁴⁹. Un espace est donc laissé à la créativité de l'interprète. La systématisation du droit positif proposée par Renouard s'applique aussi aux décisions judiciaires, ce que justifie leur nature de décision d'espèce et qui s'explique par leur abondance et parfois par leur divergence et n'étonne nullement venant d'un avocat et magistrat ⁵⁰.

La méthode de systématisation adoptée et explicitée par le spécialiste de droit d'auteur peut être considérée comme traditionnelle en ce qu'elle

⁴⁵ *Traité des droits d'auteurs*, t. 1, p. 7. Il ajoute « que la législation sur les droits d'auteurs est l'une des matières sur lesquelles il serait le plus utile que les lois des divers pays parvinssent à se rapprocher ».

⁴⁶ « Les travaux législatifs qui se préparent en France sur les droits des auteurs ont besoin d'être éclairés par les résultats de l'expérience universelle, et s'ils négligeaient de s'en aider, ils demeureraient fort imparfaits » (*ibid.*, t. 1, p. 226).

⁴⁷ « L'application de la méthode comparative » permet « de faire connaître ... les améliorations dont la législation nationale est susceptible, les déficiences qui la déparent, avec les moyens de faire disparaître celles-ci et d'accélérer celles-là » (J.-J.G. Foelix, « Du système et de l'objet du Journal », *Revue étrangère de législation et d'économie politique*, 1834, vol. 1, p. 2).

⁴⁸ Sur la systématisation du droit civil et son caractère « second », N. Hakim, *L'autorité de la doctrine civiliste au XIX^e siècle*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, vol. 381, p. 158-167.

⁴⁹ Pour preuve, on rappellera que l'article 7 de la loi de 1793, proposée *in extremis* lors du court débat parlementaire par le député Lecointe-Puyraveau, répète ce que dit l'article 2, à savoir que les héritiers jouiront de la propriété exclusive des ouvrages pendant dix ans après la mort de l'auteur (*Archives parlementaires*, 1^{re} série, t. LXIX, p. 187).

⁵⁰ Sur la systématisation de la jurisprudence par la doctrine civiliste au XIX^e siècle, N. Hakim, *op. cit.*, p. 203 et s.

est fidèle à des préceptes largement admis par divers courants doctrinaux au moins depuis le XVI^e siècle⁵¹. Cette méthode est divisive et axiomatique. Divisive car Renouard s'emploie à diviser la matière du droit d'auteur en genres, à classer règles et décisions en catégories juridiques⁵². Axiomatique parce que, conformément à son projet, il s'applique à dégager des « principes généraux » pour chaque catégorie juridique, « à ramener à un petit nombre de *règles fondamentales* la solution de cette multitude infinie de cas que la pratique journalière soulève ». « La généralité des principes de droit » présente cet intérêt de rendre ensuite plus « facile et sûre la solution pratique des difficultés » qui se présentent dans les faits⁵³. C'est dire que face à l'insuffisance des lois et l'incertitude de la jurisprudence, sa méthode ambitionne de proposer, à partir des principes mais aussi du droit comparé, « la meilleure solution pratique » à des questions spéciales⁵⁴, en somme d'influencer le droit positif.

Le fait est que sa mise en ordre l'amène à formuler des réflexions novatrices et fécondes sur la substance même du droit d'auteur.

B. *Apports substantiels et limites de la systématisation du droit d'auteur*

La classification de la matière que retient Renouard consiste à l'ordonner en quatre catégories qui sont autant de chapitres de la quatrième partie de son *Traité* : d'abord les droits et leur étendue, puis les objets des droits à savoir les œuvres protégées, ensuite les sujets des droits : auteurs, héritiers et cessionnaires, et enfin les actions⁵⁵. *Iura, res, persona, actio* : le plan est classique, conforme à la distinction entre droit substantiel et procédure. Il sera repris par d'autres mais connaîtra peu à peu des transformations au sein de la doctrine spécialiste.

Pour chaque catégorie du droit substantiel : droits, objets et sujets, Renouard commence par poser des « règles fondamentales ». Aucune d'elles n'est expressément posée par des textes législatifs ou formulée dans quelque attendu de principe d'un arrêt. Elles sont le fruit de son ambition théorique,

⁵¹ À ce sujet, J. Schröder, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933)*, München, Beck, 2020, 3^e éd., p. 80-88.

⁵² On ne peut « tirer parti des faits sans les classer » (*Traité des droits d'auteurs*, t. 1, p. 3).

⁵³ *Ibid.*, t. 1, Introduction, p. 3.

⁵⁴ *Ibid.*, t. 2, p. 2.

⁵⁵ C'est autour de ces quatre catégories que « seront rangées toutes les questions qui concernent la pratique de ces droits » (*ibid.*, t. 2, p. 2).

de son effort d'abstraction, de conceptualisation et de généralisation, déployé à partir de lois laconiques et de décisions d'espèce. Ces « règles fondamentales » et les solutions particulières auxquelles il les rattache, Renouard n'a pas eu le loisir de les mobiliser en sa qualité de conseiller rapporteur à la Cour de cassation⁵⁶. Il n'empêche que plusieurs d'entre elles ont ensuite été progressivement admises en droit positif et continuent d'être enseignées par la doctrine. Cependant, il ne faut pas négliger les limites aux apports du *Traité des droits d'auteurs*.

S'agissant des droits patrimoniaux reconnus par les lois, l'un des apports de Renouard réside dans la conception synthétique qu'il en propose, reprise ensuite par d'autres, consacrée au xx^e siècle par la loi⁵⁷ et devenue caractéristique du droit d'auteur français, par contraste avec l'approche plus analytique du *copyright*. Dans les années 1830, les lois révolutionnaires et le code pénal protègent une diversité de droits : vendre, faire vendre, distribuer, éditer, débiter, introduire sur le territoire national, représenter des ouvrages intellectuels. Selon Renouard,

« tous ces droits se ramènent à un droit unique, celui d'exploiter seul les produits vénaux que l'ouvrage est susceptible de procurer »⁵⁸.

C'est une « règle fondamentale » que l'auteur et ses ayant droits sont titulaires d'un « droit général d'exploiter » l'œuvre. Hostile à la qualification de propriété, Renouard désigne le plus souvent le droit d'exploitation par un terme emprunté à l'histoire : « privilège » mais succombe aussi à l'ambivalence en évoquant le « domaine privé ».

Le principe d'un droit général d'exploitation permet à Renouard non seulement de donner toute sa force aux droits prévus par la loi⁵⁹, mais plus encore de subsumer sous le domaine privé des usages des œuvres ignorés par la loi. Ainsi le droit de publier des abrégés d'ouvrages – pratique

⁵⁶ D'après les manuscrits de ses rapports conservés à la Cour de cassation, il n'a présenté qu'un rapport en matière de droit d'auteur, sur une question de cession (Cour de cassation, Boîtes MS 302/2, Enveloppe 347, n° 14904 : 22 février 1847).

⁵⁷ Celle du 11 mars 1957 en son article 21 puis par le code de la propriété intellectuelle, art. L. 122-1 : « Le droit d'exploitation appartenant à l'auteur comprend le droit de représentation et le droit de reproduction ».

⁵⁸ *Traité des droits d'auteurs*, t. 2, n° 3, p. 10. Voir aussi n° 17, p. 41 où « l'exploitation exclusive » des œuvres est présentée comme « l'un des éléments essentiels de la constitution générale du domaine privé ».

⁵⁹ Par ex. à propos du droit de représentation dont il rappelle en faisant un détour par l'histoire et le combat de Beaumarchais, qu'il s'agit d'un droit d'exploitation qui s'exerce sur tout le territoire, donc à tous les théâtres de France (*ibid.*, t. 2, n° 25, p. 62).

courante à l'époque mais non visée par la loi – est-il considéré comme un élément du privilège exclusif, opinion que l'auteur fonde de surcroît sur la jurisprudence anglaise ⁶⁰. De même, le droit général d'exploitation implique le droit exclusif de fabriquer l'ouvrage par tout procédé et sous toute forme et par conséquent d'obtenir la sanction de la seule fabrication d'ouvrages contrefaisants, même non publiés ⁶¹. Le droit d'exploitation embrasse aussi le droit exclusif de réaliser des arrangements musicaux. À l'appui de cette opinion, Renouard invoque la loi prussienne de 1837 qui qualifie de contrefaçon le fait de publier des extraits et arrangements de compositions musicales sans le consentement de l'auteur. « Ces sages dispositions » prussiennes, ajoute-t-il, « sont conformes aux *principes* de notre droit commun, applicables dans le silence de nos lois » ⁶².

Sa conception synthétique ne l'empêche pourtant pas d'exclure du domaine privé certaines utilisations des œuvres qui seront néanmoins reconnues par la jurisprudence comme des utilisations réservées. Ainsi, par respect de la lettre du code pénal qui, en son article 428, punit la représentation non autorisée des œuvres dramatiques dans les théâtres, Renouard considère que le droit d'exploitation ne protège pas les compositeurs de musique contre l'exécution de leurs œuvres lors de concerts publics ⁶³. Il faudra la constitution de la Sacem en 1851 et ses premiers succès judiciaires l'année suivante pour que le droit des auteurs soit reconnu dans cette hypothèse ⁶⁴. Un autre usage de l'œuvre échappe, selon Renouard, au privilège exclusif : la traduction. Comme c'est le cas en Angleterre, la traduction en France d'une œuvre dans une langue étrangère doit être libre notamment parce que « la transmutation de forme » que réalise le traducteur modifie l'œuvre originale et en conséquence, ne cause ni concurrence, ni tort à son auteur ⁶⁵.

⁶⁰ *Ibid.*, t. 2, n° 13-14, p. 29 et s.

⁶¹ *Ibid.*, t. 2, n° 20, p. 49, ce que la Cour de cassation a effectivement jugé : chambre criminelle, 2 juillet 1807, reproduit dans le *Traité*. Ou de la fabrication dans un petit format et à bas prix d'un ouvrage protégé (*ibid.*, t. 2, n° 18, p. 41).

⁶² *Ibid.*, t. 2, n° 28, p. 68.

⁶³ Tout au plus peuvent-ils obtenir réparation mais à condition de prouver un dommage patrimonial (*ibid.*, t. 2, n° 29, p. 71-72).

⁶⁴ Crim. 24 juin 1852, *D.* 1852. 1. 221 ; Crim. 16 décembre 1854, *D.* 1855. 1. 45.

⁶⁵ *Traité des droits d'auteur*, t. 2, n° 16, p. 36 et s. spéc. p. 39-40. Des arguments similaires sont avancés dans d'autres hypothèses, par exemple pour justifier la liberté de reproduire des œuvres des arts délinéatoires (peinture, dessin) par des arts plastiques (sculpture) ou vice versa, opinion que Renouard fonde sur le § 24 de la loi prussienne du 11 juin 1837 et sur une décision isolée de la cour d'appel de Paris du 14 décembre 1831 (*ibid.*, t. 2, n° 41, p. 86 et s., spéc. p. 88-90 et n° 42, p. 91).

La jurisprudence viendra contredire l'opinion de l'auteur du *Traité*⁶⁶.

Le fait est qu'il arrive à Renouard d'adopter un raisonnement qui rend incertaine la portée du droit d'exploitation. Pour déterminer si le droit porte ou non sur telle ou telle utilisation de l'œuvre, il prend en compte l'existence ou non d'un dommage économique, d'un manque à gagner, d'une concurrence commerciale induite⁶⁷. Ainsi raisonne-t-il en termes de responsabilité et met-il davantage l'accent sur la jouissance économique de l'œuvre que sur l'exclusivité même du droit.

Un autre apport majeur de Renouard est d'avoir mis en évidence des limites au droit d'auteur qui étaient absentes des textes législatifs de son époque mais qui sont aujourd'hui consacrées en tant qu'exceptions : le droit de citation, la copie privée et dans une moindre mesure la représentation dans le cercle de famille⁶⁸. Il importe de souligner qu'il met en évidence ces limites en partant d'une « règle fondamentale » :

« sur les ouvrages du domaine privé, aussi bien que sur ceux du domaine public, il existe, au profit de toute personne, un droit qui appartient essentiellement à tout le public : c'est le droit à la jouissance intellectuelle de l'ouvrage »⁶⁹.

Cette règle fondamentale est « corrélatrice » du droit général d'exploitation et témoigne d'une préoccupation majeure de Renouard : préserver un équilibre entre jouissance économique exclusive et libre jouissance intellectuelle.

De la jouissance intellectuelle qui appartient à toute personne, il déduit la liberté pour tous de citer les œuvres d'autrui. Encore faut-il ne pas en abuser. Selon l'auteur du *Traité*, la loi prussienne de 1837 contient à cet égard de sages dispositions. Elle écarte la qualification de contrefaçon pour « la citation littérale de passages isolés » d'une œuvre protégée et en laisse l'appréciation au juge, « arbitraire du juge » préférable à « l'arbitraire de la loi »⁷⁰. Une « autre application » du principe fondamental de libre

⁶⁶ Par ex. Trib. correctionnel Rouen, 23 juillet 1845, *D.* 1846. 2. 212.

⁶⁷ Par ex., *Traité des droits d'auteurs*, n° 6, p. 14 soulignant à propos de la contrefaçon qu'il est aisé de déterminer « si une concurrence a été indûment apportée à l'exploitation vénale d'un privilège légitimement établi ». Voir aussi n° 20, p. 51, n° 25, p. 64 et le cas des traductions cité *supra*.

⁶⁸ Code de la propriété intellectuelle, L. 122-5, 1°, 2°, 3° a).

⁶⁹ *Traité des droits d'auteurs.*, t. 2, n° 3, p. 10.

⁷⁰ Lorsque la loi, comme c'est le cas en Russie, fixe la quotité de textes qui peut être citée. Une seule décision française est citée à l'appui de son propos, un arrêt de la cour d'appel

jouissance intellectuelle réside dans la copie privée d'ouvrages protégés. Chacun, « pour son instruction ou pour son usage », pour « une jouissance purement personnelle » peut copier « tout ou partie d'un livre », faire « des études sur un dessin ou sur un tableau », fabriquer un ouvrage réservé sans être condamné pour contrefaçon. Renouard critique les quelques décisions rendues dans cette hypothèse car elles ont porté « trop loin la tolérance »⁷¹. Enfin, à partir de la même règle fondamentale, il ne parvient qu'à poser les jalons d'une autre exception, celle qui veut que l'on puisse représenter librement des ouvrages d'autrui dans un cercle « privé »⁷².

En ce qui concerne les objets du droit d'auteur, les lois révolutionnaires n'avaient posé ni définition générale, ni critère de protection, et ne faisaient qu'incidemment mention des « écrits en tout genre » ou des productions « de l'esprit ou du génie » qui appartiennent « aux beaux-arts »⁷³. Renouard a le mérite de formuler en termes généraux des conditions de protection.

Certes, il ignore l'exigence aujourd'hui essentielle d'originalité : elle ne sera introduite par la jurisprudence qu'après la publication de son *Traité*. S'il évoque l'originalité de l'œuvre, c'est seulement pour dire qu'elle relève du seul jugement du public, non de l'appréciation du juge⁷⁴. Cependant, Renouard dégage deux conditions de protection en généralisant et extrapolant les incises des textes législatifs. La première condition est positive et consiste dans l'existence d'un « travail quelconque de l'esprit »⁷⁵. La seconde sur laquelle il insiste davantage est une condition négative, désormais consacrée par la loi : celle d'indifférence au mérite et au genre des œuvres⁷⁶. Cette condition repose sur le principe qu'en droit d'auteur comme en toute autre matière, « la loi sera égale pour tous ». Par conséquent, « les écrits *de tout*

de Paris du 13 juillet 1830 qui a jugé les citations excessives, un arrêt dont Renouard a l'honnêteté de reconnaître qu'il a été rendu contre sa plaidoirie (*Ibid.*, t. 2, n° 10, p. 17-19).

⁷¹ *Ibid.*, t. 2, n° 19, p. 41-48.

⁷² *Ibid.*, t. 2, n° 25, spéc. p. 63. Il déduit le caractère « privé » de la loi de 1791 qui protège le droit des auteurs de consentir aux représentations de leurs œuvres sur tout « théâtre public ».

⁷³ Loi du 19 juillet 1793, art. 1^{er} et 7.

⁷⁴ « à quelles incertitudes, à quel désordre serait-on conduit, s'il fallait classer légalement les ouvrages d'esprit par leur utilité, leur moralité, leur style, leur nouveauté, leur originalité ? » (*ibid.*, t. 2, n° 47, p. 95).

⁷⁵ *Ibid.*, t. 2, n° 47, p. 96 et n° 80, p. 195.

⁷⁶ Code de la propriété intellectuelle, art. L. 112-1 : « Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les œuvres de l'esprit, quels qu'en soient le genre, la forme d'expression, le mérite ou la destination ».

genre, de toute qualité » doivent être « égaux devant la loi »⁷⁷. La condition générale d'indifférence permet au magistrat de rendre compte de l'extension jurisprudentielle de la protection à de nombreux ouvrages, par exemple aux compilations et abrégés, aux additions et commentaires, voire à un tableau synoptique du budget de l'État ! Elle lui permet aussi de justifier l'application, controversée à l'époque, du droit d'auteur aux productions des arts industriels, y compris celles « de la plus chétive importance »⁷⁸.

S'agissant enfin des sujets de droits, Renouard souligne la place majeure qu'occupe l'auteur. La qualité d'auteur est présumée revenir à « la personne sous le nom de laquelle [l'ouvrage] a été publié »⁷⁹. Telle est la règle qui sera consacrée par le législateur au xx^e siècle⁸⁰. Cela étant, Renouard considère que de la qualité d'auteur dérive « le droit au privilège » et non le privilège lui-même, celui-ci n'étant acquis à l'auteur que par la publication et non du seul fait de la création de l'œuvre comme le soutiendront d'autres après lui et comme le consacre la loi actuelle⁸¹. Cette opinion du magistrat s'explique par sa théorie, comme on le verra. Elle n'affaiblit pas pour autant la place qu'il reconnaît à l'auteur. Il la tient aussi pour majeure parce que c'est la vie de l'auteur qui décide de la durée du droit d'exploitation⁸².

Il ne va cependant pas jusqu'à concevoir l'existence du droit moral de l'auteur, droit inaliénable, attaché à sa personne et protégeant le lien qui l'unit à son œuvre. Renouard est pourtant loin de méconnaître l'intérêt moral de l'auteur, la nécessité de protéger sa « renommée »⁸³, le fait que « la personnalité d'un auteur » est engagée dans son œuvre⁸⁴. Ainsi, considère-t-il que « le plus sacré de tous les droits » est « celui d'être maître

⁷⁷ *Traité des droits d'auteurs*, t. 2, n° 47, p. 96. Voir aussi n° 59, p. 132 où Renouard évoque « la généralité du principe qui étend à tous les genres de productions de l'esprit la garantie assurée aux droits des auteurs ».

⁷⁸ *Ibid.*, t. 2, n°s 81, 82 et 83, p. 195 et s.

⁷⁹ *Ibid.*, t. 2, n° 106, p. 230.

⁸⁰ Par la loi de 1957 (art. 8) avant d'être inscrite dans le code de la propriété intellectuelle, L. 113-1 : « La qualité d'auteur appartient, sauf preuve contraire, à celui ou à ceux sous le nom de qui l'œuvre est divulguée ».

⁸¹ *Traité des droits d'auteurs*, t. 2, n° 85, p. 203 et n° 111, p. 233. Comp. n° 206, p. 351. À l'inverse, Pouillet estime que « la création est la cause efficiente de la propriété littéraire et artistique » (*Traité théorique et pratique, op. cit.*, p. 19). C'est la règle aujourd'hui consacrée à l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle.

⁸² *Traité des droits d'auteurs*, t. 2, n° 87, p. 204.

⁸³ Pour lui, « la prohibition de la contrefaçon » consiste entre autres à « empêcher le tort fait à la renommée ou à la responsabilité de l'auteur et se justifie par des considérations d'appréciation toute morale » (*ibid.*, t. 2, n° 21, p. 51).

⁸⁴ *Ibid.*, t. 2, n° 205, p. 350.

absolu de la première émission qui convertit sa pensée privée en une pensée publique »⁸⁵. Dans ce sens, il estime qu'un manuscrit inédit doit être insaisissable par les créanciers, du moins du vivant de l'auteur⁸⁶. À cette préfiguration du droit moral de divulgation, le magistrat ajoute celle du droit au respect de la paternité sous la forme du respect dû au nom⁸⁷. Qui plus est, il partage l'opinion de Pardessus selon laquelle l'éditeur, bien que cessionnaire du droit d'exploitation, ne peut ni supprimer le nom de l'auteur, ni altérer l'ouvrage, et ce, au nom de « l'intérêt de réputation de l'auteur »⁸⁸. Renouard pense même que les héritiers du créateur pourraient s'opposer à ce que l'éditeur attribue à tort audit créateur des modifications de son œuvre même après qu'elle est tombée dans le domaine public⁸⁹. Le paradoxe est que pour fonder pareille opinion, l'adversaire de la propriété littéraire qualifie le contrat de cession de démembrement de propriété, de constitution d'usufruit avec obligation du cessionnaire de conserver la substance de l'œuvre⁹⁰.

Il n'en reste pas moins que ces positions de Renouard sont dispersées et qu'il ne parvient pas à les réunir pour donner à l'intérêt moral de l'auteur la force d'un droit subjectif⁹¹. Il est vrai qu'au moment où il écrit son *Traité*, le droit moral est ignoré tant des législations française et étrangères que de la jurisprudence et que les décisions protégeant l'intérêt moral de l'auteur sont encore trop rares pour être systématisées.

D'autres passages du *Traité* comportent des apports mais aussi des limites, par exemple en ce qui concerne la distinction entre la propriété du support corporel de l'œuvre et les droits d'exploitation de l'œuvre⁹².

⁸⁵ Sa violation peut être sanctionnée sur le fondement de l'article 1382 du code civil (*ibid.*, t. 2, n° 26, p. 66).

⁸⁶ *Ibid.*, t. 2, n° 206, p. 351.

⁸⁷ *Ibid.*, t. 2, n° 57, p. 128-130.

⁸⁸ *Ibid.*, t. 2, n° 186, p. 327 et n° 189, p. 330. Pardessus, *Cours de droit commercial*, Paris, 1825, 3^{ème} éd., t. 2, n° 308-310, p. 308 et s. La même opinion est défendue par Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. De la vente*, Bruxelles, 1836, n° 206, p. 127-129.

⁸⁹ *Traité des droits d'auteurs*, t. 2, n° 193, p. 333-334.

⁹⁰ Qualification déjà proposée par Pardessus et que Renouard tient pour un principe incontestable.

⁹¹ Dans ce sens, S. Stroemholm, *Le droit moral de l'auteur en droit français, allemand et scandinave*, Stockholm, 1966, t. 1, p. 132-134, 156.

⁹² S'agissant des œuvres artistiques, Renouard se dit favorable à la stricte distinction entre le support corporel de l'œuvre et le droit d'exploitation, entre la vente du tableau, de la sculpture... et la cession du droit de la reproduire : la première n'entraîne en aucun cas la seconde et l'artiste peut aliéner l'un tout en se réservant l'autre. Face à l'incertitude de

D'une manière générale, bien qu'elle soit dépendante de l'état du droit au moment où il publie son ouvrage, la systématisation que propose Renouard est porteuse de principes et de solutions fécondes. Il la complète par une théorie, elle aussi appelée à exercer une influence durable.

2. Une influente théorie du droit d'auteur

Renouard propose une théorie du droit d'auteur, dirigée contre celle de la propriété littéraire et fondée sur un contrat social. Son but est de donner cohérence à la matière mais aussi de participer aux débats de son temps (A). Il s'efforce et parvient à lui assurer une influence sur la réforme alors en cours de la législation française. Elle sera ensuite adoptée par d'autres auteurs et invoquée par les législateurs jusqu'au début du XXI^e siècle (B).

A. Contrat social vs. propriété : la théorie du droit d'auteur

« Le besoin de rattacher le droit au reste des sciences philosophiques se fait vivement sentir parmi nous » écrivait Renouard en 1821 dans l'un de ses articles à la *Thémis*. À ce besoin, partagé par d'autres contributeurs de la revue, il reste fidèle puisqu'il fait paraître dans les années 1830 sa « théorie philosophique des droits des auteurs », d'abord dans la *Revue de législation et de jurisprudence*⁹³ puis sous une forme remaniée et enrichie dans son *Traité*⁹⁴. Il entend ainsi surtout prendre part aux débats que la nature du droit d'auteur et le régime qui en découle suscitent depuis le XVIII^e siècle et qui sont ravivés en cette première moitié du XIX^e siècle par les revendications et projets de réforme législative⁹⁵.

la jurisprudence sur cette question, il réclame d'ailleurs l'intervention d'une loi, laquelle n'aura lieu qu'en 1910 (*Traité des droits d'auteurs*, t. 2, n° 174-175, p. 300-308). En revanche, s'agissant des œuvres littéraires, Renouard estime que la propriété du manuscrit vaut présomption de titularité du droit d'exploitation (*ibid.*, n° 166, p. 288 et n° 167, p. 289 s.).

⁹³ « Théorie des droits des auteurs sur les productions de leur intelligence », *Revue de législation et de jurisprudence*, oct. 1836 - mars 1837, p. 241-274.

⁹⁴ La « théorie du droit des auteurs » est exposée dans la troisième partie de son *Traité* (t. 1, p. 433-475).

⁹⁵ Sur ces débats, nous nous permettons de renvoyer à notre article : « La propriété littéraire est-elle une propriété ? Controverses sur la nature du droit d'auteur au XIX^e siècle », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 2004, p. 103 et s., rééd. avec mise à jour à la

Si Renouard est favorable à l'idée que la propriété est de droit naturel, il consacre une grande partie de ses développements théoriques à contester la thèse assimilant le droit d'auteur à une propriété de droit naturel. Cette thèse, développée au XVIII^e siècle par l'avocat d'Héricourt, Diderot ou encore Linguet, est défendue en ce début du XIX^e siècle par beaucoup, de Balzac à Lamartine, en passant par Portalis fils, l'avocat Marie, l'académicien Auger... Renouard est hostile particulièrement à la conséquence que tous entendent tirer de la qualification de propriété, à savoir la prolongation du droit d'exploitation jusqu'à cinquante ans *post mortem auctoris*, voire à perpétuité. Partant du principe que la propriété est par essence perpétuelle, il reproche aussi ses incohérences à la législation qui tout en qualifiant les droits d'exploitation de propriété les a limités dans le temps⁹⁶. Les objections qu'il formule contre la propriété littéraire sont nombreuses. Certaines avaient été alléguées au siècle précédent mais se trouvent renouvelées. Elles sont de trois ordres.

En premier lieu, Renouard conteste l'idée même que les œuvres de l'esprit peuvent faire l'objet d'une appropriation. L'appropriation des œuvres intellectuelles lui semble impossible au nom d'un dogme de plus en plus répandu au sein de la doctrine : celui de l'objet corporel de la propriété. « Les seuls objets dont on dise l'homme *propriétaire* sont les objets matériels extérieurs à lui ». Par conséquent, si le support matériel des pensées (livre, tableau...) peut faire l'objet d'une propriété, les pensées, quant à elles, sont immatérielles, insaisissables, douées d'ubiquité si bien que plusieurs personnes peuvent en jouir pleinement et simultanément sans que l'une d'elles ne puisse s'en emparer exclusivement⁹⁷. L'appropriation des œuvres de l'esprit lui paraît aussi illégitime : constitutive d'un « monopole », elle porterait atteinte à la liberté du travail intellectuel et empêcherait la propagation de la pensée qui est « pour l'humanité le premier de tous les progrès »⁹⁸.

En deuxième lieu, Renouard conteste la propriété de l'œuvre publiée. Dès lors qu'une œuvre est rendue publique, l'auteur ne peut plus se la réserver. C'est ce qu'il affirme en adaptant un célèbre adage : « donner et retenir la pensée est une impossibilité ». Lorsque la pensée est divulguée, « le public la détient par un fait indestructible, la possède par une donation

Revue Internationale du Droit d'Auteur, 2005, p. 117-209.

⁹⁶ *Traité des droits d'auteurs*, t. 1, notamment p. 440-441, 472 et t. 2, p. 458.

⁹⁷ « Théorie des droits des auteurs », art. préc., p. 251-252, 254, 259, 262-263 ; *Traité des droits d'auteurs*, t. 1, p. 447-448 et 456.

⁹⁸ *Ibid.*, t. 1, p. 448.

irrévocable ». Chacun a donc la liberté naturelle de reproduire l'œuvre publiée ⁹⁹.

Enfin, en troisième lieu, Renouard critique l'excessive prolongation de la propriété littéraire après la mort de l'auteur. Il ne manque pas d'y opposer l'histoire et le droit comparé en affirmant que le système des droits temporaires est celui qui a jusqu'alors prévalu, chez tous les peuples et en France ¹⁰⁰. Sa critique est surtout dirigée contre les héritiers. Indéfiniment propriétaires, les héritiers jouiraient d'un bien sans fournir aucun travail. Qui plus est, ils pourraient par pur caprice interdire la diffusion d'une œuvre. Leur attribuer une propriété indéfinie, ce serait donc favoriser « l'oisiveté des enfants au détriment de la société tout entière » ; ce serait « fonder la noblesse » et instaurer « un majorat intellectuel » ¹⁰¹. L'expression fera florès. Plus généralement, Renouard, en adoptant une approche utilitariste, considère qu'une propriété indéfinie ou excessivement prolongée « ne conduit pas à des résultats utiles à l'humanité et au bien-être social » : elle rendrait les œuvres trop onéreuses, empêcherait toute concurrence et entraverait le progrès des lumières, la circulation des idées, au préjudice de l'humanité tout entière ¹⁰².

Contre la thèse de la propriété littéraire, l'ambition théorique de Renouard est de redonner cohérence à la législation de telle sorte que soit établi un équilibre entre deux droits : le droit des auteurs à profiter du produit de leurs œuvres, le droit de la société à en conserver l'usage ¹⁰³. À cette fin, il formule une théorie à forte dimension sociale, positiviste et fondée sur un contrat entre l'auteur et la société.

Les idées qui la composent ont des précédents. Ainsi, dans une plaidoirie de 1586, l'avocat Simon Marion, avançait-il déjà l'idée que le privilège de librairie repose sur « un contract » innomé par lequel l'auteur livre son œuvre et « en récompense le public lui donne ceste prérogative ». Renouard publie

⁹⁹ « Théorie des droits des auteurs », art. préc., p. 258-259 ; *Traité des droits d'auteurs*, t. 1, p. 453-454.

¹⁰⁰ *Ibid.*, t. 1, p. 439.

¹⁰¹ « Théorie des droits des auteurs », art. préc., p. 247 et p. 253. *Traité des droits d'auteurs*, t. 1, p. 449 et 469 et s. Dès 1826, dans un article paru dans *Le Globe* du 26 janvier, Renouard avait reproché au projet de la *Commission de la propriété littéraire* de fonder « une nouvelle noblesse » en proposant de prolonger à 50 ans *post mortem auctoris* la durée du droit d'exploitation.

¹⁰² *Traité des droits d'auteurs*, t. 1, notamment p. 467-468. Sur cette approche en termes d'utilité, voir aussi p. 443-444, ainsi que « Théorie des droits des auteurs », art. préc., p. 244-246.

¹⁰³ *Traité des droits d'auteurs*, t. 1, p. 434-437.

la plaidoirie dans la partie historique de son *Traité*, sans la commenter ¹⁰⁴, ni l'invoquer lorsqu'il expose sa théorie. Rien n'interdit cependant de penser qu'il a pu s'en inspirer pour développer sa propre théorie. Il n'est pas non plus sans ignorer les réflexions relatives à un contrat entre les auteurs et la société qu'ont formulées certains membres de la commission de 1826 ¹⁰⁵.

Son étude des droits étrangers fournit aussi à Renouard des idées et arguments. Ainsi, à la différence de certains de ses contemporains, partisans de la propriété littéraire, manifeste-t-il une sensibilité pour le droit anglais notamment parce qu'à ses yeux, l'expression *copyright*, droit de copie exprime mieux que l'expression propriété littéraire la nature du droit d'auteur ¹⁰⁶. Il s'aide surtout de la philosophie allemande, précisément de celle de Kant. Admiratif, il tient le philosophe de Königsberg pour « l'un de ces génies supérieurs dont les méditations appartiennent à l'humanité tout entière et dont les moindres travaux doivent être étudiés avec respect ». Il se trouve que Kant avait écrit en 1785 une dissertation sur le droit d'auteur, intitulée *de l'illégitimité de la reproduction des livres*. C'est Gaspard Foelix qui en communique la traduction à Renouard. Celui-ci la publie en partie dans son *Traité* et en reprend expressément certaines idées ¹⁰⁷.

L'apport de Renouard est d'avoir su utiliser, réunir et articuler l'ensemble de ces éléments, de les avoir enrichis par ses propres réflexions pour formuler une théorie complète et originale ¹⁰⁸.

Selon cette théorie, la société est conçue comme l'origine de toute production intellectuelle. Renouard part en effet du principe que les idées sont des *res communes*, des choses inappropriables, qu'elles forment un « domaine général », un « patrimoine commun du genre humain ».

¹⁰⁴ *Ibid.*, t. 1, p. 112-114.

¹⁰⁵ Commission de la propriété littéraire, *Collection des procès-verbaux*, *op. cit.*, spéc. p. 39 [les compte-rendus des discussions ont le défaut de ne pas indiquer toujours le nom des opinants] et les observations de Jules Mareschal, p. 127.

¹⁰⁶ *Traité des droits d'auteurs*, t. 1, p. 456. Parmi les adversaires intellectuels de Renouard, l'avocat Marie critique le droit anglais car il est opposé à la théorie jusnaturaliste de la propriété littéraire : Marie, « De la propriété intellectuelle. 2^e article : Législation comparée », *Revue de législation et de jurisprudence*, I, (oct. 1834-mars 1835), p. 267.

¹⁰⁷ *Traité des droits d'auteurs*, t. 1, p. 253-261. La dissertation de Kant a été publiée intégralement dans *Qu'est-ce qu'un livre ?*, Paris, 1995. Pour plus de détails sur l'adhésion de Renouard à la philosophie kantienne, A. Bürge, *Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert. Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, Frankfurt am Main, Klostermann, 1991, pp. 45-47 et p. 61.

¹⁰⁸ Sur cette théorie, voir aussi l'analyse approfondie qu'en propose M. Xifaras, *op. cit.*, p. 352 et s.

C'est dans ce patrimoine que tout auteur, aussi original soit-il, puise son inspiration : tout écrivain est « l'œuvre de son siècle et des siècles antérieurs » autant que de son propre génie. Il est l'héritier d'une civilisation à laquelle il est redevable des idées qui inspirent son travail. « En les rendant à la civilisation (...), il s'acquitte d'un devoir envers l'humanité » ¹⁰⁹.

Cela étant, tout auteur lorsqu'il produit une œuvre réalise un travail dont l'équité veut qu'il soit rémunéré. C'est là que Renouard s'inspire expressément de Kant. Comme le philosophe allemand, il refuse de réduire l'œuvre de l'esprit à une chose. Comme le philosophe allemand, il analyse l'œuvre comme une action, comme « l'usage que l'auteur fait de ses facultés pour mettre en circulation les conceptions de son esprit ». L'auteur n'est donc pas un propriétaire : c'est un travailleur. Son livre est « la prestation d'un service qu'il rend à la société ». À ce titre, l'auteur n'a pas un droit réel mais un droit personnel : celui d'exiger de la société une rémunération. C'est la publication et non la création de l'œuvre qui donne à l'auteur un « droit au privilège », « un titre de créance sur l'humanité » ¹¹⁰.

L'humanité, « public souverain », se libère de sa dette en concédant au créateur un droit exclusif d'exploiter son œuvre. Ce droit, Renouard le qualifie de « droit de copie », traduction de l'expression anglaise. Il le qualifie aussi volontiers de « privilège exclusif ». Sans méconnaître la charge péjorative du mot, il reprend le mot d'Ancien Régime pour souligner le fait que le droit d'exploitation n'est pas de droit naturel mais qu'il ne peut avoir qu'une origine légale. Seul le législateur peut restreindre la liberté naturelle qu'a la société de reproduire l'œuvre publiée ¹¹¹. Seul le législateur peut établir un équilibre entre le droit de l'auteur et celui du public. À cette fin, il lui appartient de limiter la durée *post mortem auctoris* du droit de copie à trente ans. Passé ce délai, l'œuvre revient à la société à laquelle elle doit en partie sa production ¹¹².

Aussi cohérente qu'elle puisse paraître, la théorie de Renouard appelle des réserves. Ainsi fait-elle l'économie d'une distinction pourtant déjà admise entre les idées qui restent communes à tous et la forme intellectuelle propre que leur donne l'auteur et qui constitue le seul objet de son droit ¹¹³.

¹⁰⁹ *Traité des droits d'auteurs*, t. 1, p. 436, 447 et 470-471.

¹¹⁰ *Ibid.*, t. 1, p. 457-463, 467. Dans son article, il ne fait nullement référence à Kant mais range déjà les auteurs parmi les travailleurs (« Théorie des droits des auteurs », art. préc., p. 261, 263-264).

¹¹¹ Art. préc., p. 241 et 258 ; *Traité des droits d'auteurs*, t. 1, p. 450 et 462.

¹¹² *Traité des droits d'auteurs.*, t. 1, p. 473-474.

¹¹³ Peut-être Renouard refuse-t-il de l'admettre, car elle constitue un argument permettant

Sa théorie se concilie aussi mal avec la protection des intérêts moraux de l'auteur que Renouard n'ignore pourtant pas.

Il n'empêche qu'en raison de son objectif : établir un équilibre entre droit des auteurs et droits du public, elle a exercé une influence non négligeable et ce, en premier lieu, du fait de l'engagement de son auteur.

B. Une durable influence

L'influence de la théorie de Renouard dépasse les frontières. Dès octobre 1839, une traduction anglaise en est publiée dans *The American Jurist* avec un commentaire élogieux puisque les arguments du juriste français sont considérés comme irréfutables¹¹⁴.

C'est surtout en France que ses arguments ont exercé une influence non négligeable. Dans les années 1820, il considérait que connaître les origines philosophiques de la législation permet de l'améliorer¹¹⁵. Dix ans plus tard, lorsqu'il écrit son *Traité*, il a manifestement l'ambition que sa théorie philosophique du droit d'auteur serve la réforme de la législation alors en cours d'examen. Dans ce but, il met à profit ses fonctions administratives et politiques, notamment son mandat de député. Il cherche en effet à peser sur les débats parlementaires, à défendre et faire triompher ses idées contre d'éminents partisans de la propriété littéraire, eux aussi parlementaires, tels que Lamartine ou le comte de Portalis.

Le 22 octobre 1836, alors qu'il est secrétaire général du ministère de la justice, Renouard est nommé par Guizot au sein de la commission chargée de préparer un projet de loi pour améliorer la condition des auteurs. Une majorité de ses membres se montre favorable à une propriété littéraire prolongée à 50 ans *post mortem auctoris*. Selon Renouard, c'est une durée « excessive » et surtout une solution incohérente car « elle décrète théoriquement un principe » : la propriété, mais, en la limitant dans le

de légitimer la propriété littéraire et artistique. À ce sujet, nous nous permettons de renvoyer à notre article : « L'œuvre de l'esprit : idées ? Forme ? Construction d'une *summa divisio* de la propriété littéraire et artistique », in A. Bensamoun, F. Labarthe et A. Tricoire (éd.), *L'œuvre de l'esprit en question(s). Un exercice de qualification*, Paris, Mare et Martin, 2015, p. 59 et s.

¹¹⁴ « Theory of the rights of authors », *The American Jurist*, octobre 1839, vol. 22, p. 39 et s.

¹¹⁵ Recension de l'*Essai sur la nature et l'origine des droits...* par J. A. Brückner, *Thémis ou bibliothèque du jurisconsulte*, 1821, t. 3, p. 3.

temps, « arrive à en appliquer un autre »¹¹⁶. Il s'en désolidarise publiquement. En effet, pour la combattre et avant même que le projet ne soit présenté, Renouard fait connaître une première version de sa théorie lors d'une lecture faite à l'Académie des sciences morales et politiques, le 7 janvier 1837. Il la fait paraître dans la *Revue de législation et de la jurisprudence* de Wolowski en mars 1837, au moment même où la commission remet son rapport¹¹⁷. L'année suivante, il hâte la parution du premier volume de son *traité* afin, écrit-il, de « mieux payer [son] tribut à la discussion »¹¹⁸.

Le fait est que ses idées sont reprises ou au moins partagées par un nombre croissant de politiciens. En 1839, Salvandy, nouveau ministre de l'instruction publique, modifie la proposition de la commission et présente à la Chambre des pairs un projet dans lequel la durée du droit d'exploitation est ramenée à trente ans. Devant les pairs, le ministre critique la théorie de la propriété et affirme, comme le soutient Renouard, qu'à partir du moment où l'œuvre a été publiée, « elle n'appartient plus à celui qui l'a conçue » mais au public. Salvandy martèle que « c'est le public qui fait le livre » et met en valeur « le droit de tous à jouir » des productions intellectuelles¹¹⁹. Les idées de Renouard percent aussi dans les interventions de plusieurs membres de la Chambre des pairs. Parmi eux, Victor Cousin et De Broglie empruntent à Renouard l'expression « majorat intellectuel » pour combattre la prolongation du droit d'exploitation à cinquante ans *post mortem auctoris*¹²⁰. Le second considère, comme l'auteur du *Traité*, que le droit d'exploitation est un « droit exceptionnel, conventionnel, qui a besoin d'une loi spéciale pour être limité comme tous les privilèges, car c'en est un véritable privilège créé au profit des auteurs »¹²¹. Le vicomte Siméon, membre de l'académie des sciences morales et politiques, partage cette opinion en affirmant que « le droit que l'on garantit aux auteurs n'est point un droit naturel mais un privilège résultant d'un octroi bénévole de la loi »¹²². D'autres parlementaires, tels que Girod de l'Ain, Gay-Lussac ou

¹¹⁶ *Traité des droits d'auteurs*, t. 2, p. 458.

¹¹⁷ P. de Ségur, « Rapport fait au nom de la commission rassemblée pour la rédaction d'un projet de loi sur la propriété d'arts, des sciences et de lettres », *Le moniteur universel*, 28 mars 1837, p. 697, 3^e col. et s. Renouard publie une première version de sa théorie dans le numéro d'octobre 1836 - mars 1837 de la *Revue de législation et de jurisprudence*, p. 241-274.

¹¹⁸ *Traité des droits d'auteurs*, t. 2, p. 446.

¹¹⁹ Chambre des pairs, séance du 5 janvier 1839, *Archives parlementaires*, t. 123, p. 73.

¹²⁰ Chambre des pairs, séance du 25 mai 1839, *Archives parlementaires*, t. 124, p. 652, et séance du 27 mai 1839, *ibid.*, p. 715.

¹²¹ Chambre des pairs, séance du 27 mai 1839, *Archives parlementaires*, t. 124, p. 715.

¹²² Chambre des pairs, séance du 20 mai 1839, *Archives parlementaires*, t. 124, p. 604.

encore La Place, reprennent certaines idées de Renouard ¹²³.

Adopté par la Chambre des pairs en mai 1839, le projet de loi n'est pas présenté à la Chambre des députés. En janvier 1841, le débat parlementaire est relancé. Trois jours après qu'Alfred de Vigny a réclamé une réforme, Lamartine présente à la Chambre des députés un nouveau projet de loi en faveur d'une propriété littéraire et artistique étendue à cinquante ans *post mortem auctoris*. Cette fois-ci, c'est Renouard lui-même, en qualité de député, qui porte le fer contre le projet. Le 22 mars, dans un long discours, il expose ses objections à la théorie de la propriété et à son excessive prolongation ; et, pour illustrer l'idée que tout auteur est l'œuvre de la civilisation, il n'hésite pas à proclamer devant l'intéressé :

« Sans la Bible et Homère, sans Racine et Chateaubriand, aurions-nous M. de Lamartine ? » ¹²⁴

Quelques jours plus tard, le 2 avril 1841, le projet est rejeté par les députés.

Cet échec est salué le jour-même par Pierre-Joseph Proudhon qui y voit « l'abolition de la propriété capitaliste » ¹²⁵. Mieux encore, vingt ans plus tard, en 1862, le penseur socialiste adopte peu ou prou la théorie du contrat de l'orléaniste libéral Renouard dans un ouvrage intitulé *Les majorats littéraires* ¹²⁶. D'autres auteurs plus classiques reprennent aussi à leur compte sa théorie ou souscrivent à tout le moins à certaines de ses idées : le juriste et économiste Wolowski ¹²⁷, les avocats Lesenne et Calmels dans leurs ouvrages sur la propriété intellectuelle ¹²⁸, le civiliste Demolombe ¹²⁹... En 1866, le législateur finit par prolonger la durée des droits d'auteur à cinquante ans *post mortem auctoris* mais abandonne la qualification de propriété. Dans les

¹²³ Chambre des pairs, séance des 25 et 27 mai 1839, *Archives parlementaires*, t. 124, p. 652, 716 et 717.

¹²⁴ Chambre des députés, séance du lundi 22 mars 1841, *Le Moniteur Universel*, 23 mars 1841, p. 714. Ses idées sont aussi défendues alors par d'autres députés tels que Berville ou Lestibouois (*ibid.*, p. 715 et 716).

¹²⁵ Dans un post-scriptum relatif à ce vote du 2 avril 1841, inséré à la fin de son *Deuxième mémoire sur la propriété* (dans *Ceuvres complètes*, Paris, 1938, t. 16, p. 153).

¹²⁶ Paru à Bruxelles en 1862 et réédité en 2002 aux Presses du réel.

¹²⁷ Wolowski reconnaît que « ce sont les idées de M. Renouard, que nous avons adoptées » (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1839, t. 10, p. 215).

¹²⁸ Lesenne, *Le livre des nations ou traité philosophique, théorique et pratique des droits d'auteur et d'inventeur*, Paris 1846, p. 25 et s. ; Calmels, *De la propriété et de la contrefaçon des œuvres de l'intelligence*, Paris, 1856, spéc. p. 35-37.

¹²⁹ *Cours de Code Napoléon*, Paris, 1852, t. 9, n° 537, p. 479.

débats à l'occasion de cette réforme affleurent aussi certains éléments de la théorie de Renouard. Dans les années qui suivent, c'est au tour de la Cour de cassation de rejeter la qualification de propriété et de retenir celle qu'il avait promue : « un privilège exclusif d'une exploitation temporaire »¹³⁰.

Il est remarquable qu'en dépit des transformations qu'a connues le droit d'auteur, l'influence de la théorie de Renouard a persisté au-delà du XIX^e siècle. Deux exemples peuvent en être donnés.

Le premier date de 1936. Cent ans après la parution de son *Traité*, la théorie de Renouard est l'un des fondements du projet de loi présenté par Jean Zay, ministre de l'éducation et des beaux-arts du Front Populaire. Si l'un des apports de ce projet est de consacrer le droit moral, la philosophie qui y préside emprunte aux idées du magistrat du XIX^e siècle. Citant Renouard, Zay critique la notion de propriété littéraire et artistique et affirme que le projet qu'il défend prend en considération l'auteur non pas « comme un propriétaire, mais bien comme un travailleur auquel la société reconnaît des modalités de rémunération exceptionnelles en raison de la qualité spéciale des créations issues de son labeur ». Et d'ajouter : « c'est sous le signe du travail, et non sous le signe de la propriété, que doit être construit le nouveau droit français ». Qui plus est, comme le préconisait Renouard, le projet de 1936 préserve « l'intérêt spirituel de la collectivité » en instaurant un domaine public payant et en introduisant des licences légales d'exploitation¹³¹. Combattu, ce projet a finalement été abandonné.

Le second exemple de l'influence de la théorie de Renouard date de 2005. Cette année-là est discutée en France la transposition de la directive européenne sur le *droit d'auteur dans la société de l'information*. La directive est vivement critiquée car elle est notamment jugée attentatoire à la libre circulation du savoir sur Internet, aux intérêts du public. Et pour la combattre, ses adversaires invoquent expressément Renouard. À l'Assemblée nationale, le député socialiste Patrick Bloche cite plusieurs passages de son *traité* de 1838 et conclut :

¹³⁰ Cass. Req. 25 juillet 1887, D. 1888. 1. 10. .

¹³¹ *Journal Officiel. Assemblée nationale. 1936, Annexes, n° 1164, p. 1706 s.* Ce projet a suscité beaucoup d'attention : C. Rojinsky, « Le projet Jean Zay de 1936, une page oubliée de l'histoire française du droit d'auteur », *Propriétés intellectuelles*, 2008, n° 27, p. 160 ; F. Reneaud », « Une tentative de suppression de la propriété littéraire et artistique : le projet de loi de Jean Zay sur le droit d'auteur et le contrat d'édition », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, 2008, p. 63. Voir surtout : J.-M. Bruguière, *Le droit d'auteur au temps du Front populaire. Le nouveau paradigme du « travailleur intellectuel »*, Paris, Dalloz, coll. Tiré à part, 2015.

« le droit d'auteur est un contrat social : la recherche permanente d'un équilibre entre les droits des créateurs et l'intérêt du public »¹³².

La révolution numérique n'a donc pas rendu obsolète la pensée du juriste du XIX^e siècle, indice que ce pionnier de la doctrine du droit d'auteur peut être tenu pour une figure marquante du droit de l'époque contemporaine.

¹³² *Journal officiel. Assemblée nationale*, 21 décembre 2005, 1^{ère} séance, p. 8606-8607.

Théophile Ducrocq, pionner du droit pénal international

Jean-Marie Augustin

Professeur émérite de l'Université de Poitiers

Théophile Ducrocq est né en 1829, à Lille où son père était capitaine, mais sa famille est d'origine niortaise. En 1855, il s'inscrit au barreau de Poitiers et, la même année, il épouse la fille d'Olivier Bourbeau, professeur à la Faculté de droit. Ayant passé avec succès le concours d'agrégation en 1858, il est nommé à Poitiers. Deux ans plus tard, à la mort du doyen Foucart, il occupe à sa suite la chaire de droit administratif¹.

Continueur des idées de Foucart au sein de l'école de Poitiers, Ducrocq rattache le plus possible les règles administratives à l'étude des libertés individuelles en les considérant comme des restrictions à ces libertés². En 1862, il publie la première édition de son *Cours de droit administratif* qu'il transforme ensuite en traité avec un nombre de volumes de plus en plus important. Il y écrit dans la préface : « Je ne commente pas, je généralise ; je ne discute pas, j'expose. Mais jaloux par-dessus tout d'éviter l'obscurité, je recours à l'analyse lorsque la synthèse devient inconciliable avec la clarté, et soigneux de ne pas donner comme définitivement acquises les solutions contestées, je signale les controverses »³.

Du 3 au 5 décembre 1866, Ducrocq assiste au procès d'Ernest Lamirande, ancien caissier de la Banque de France à Poitiers. Celui-ci, après avoir détourné 700 000 F au préjudice de la succursale s'est enfui aux États-Unis, puis au Canada, d'où il a été extradé vers la France en application du traité signé en 1843 avec le Royaume-Uni. Cependant, le traité franco-

¹ *Dictionnaire biographique de la Vienne*, Paris, E. Flammarion, s. d., p. 188-190 ; P. Gonod, « Ducrocq Théophile », in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin et J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XIX^e-XX^e siècle*, Paris, Quadrige/PUF, 2007, p. 267.

² M. Touzeil-Divina, *Éléments d'histoire de l'enseignement du droit public : la contribution du doyen Foucart (1799-1860)*, Paris, LGDJ-Université de Poitiers, coll. de la Faculté de droit et des sciences sociales, 2007.

³ Paris, Auguste Durand, p. II ; voir P. Lavigne, « Les manuels de droit administratif pour les étudiants des facultés de 1829 à 1922 », *Annales d'histoire des facultés de droit*, 1985, n° 2, p. 125-134.

britannique prévoit seulement trois motifs d'extradition : le meurtre, le faux en écriture et la banqueroute frauduleuse ⁴. En dressant chaque soir des bordereaux de situation mensongers qui ne correspondaient pas à la réalité de l'encaisse de la succursale, Lamirande est considéré comme ayant commis un faux en écriture de banque. Pour ce crime, il est condamné à dix ans de réclusion criminelle dans une maison centrale ⁵.

De poitevine à l'origine, cette affaire, en raison de l'extradition, a pris une dimension intercontinentale. De nombreux articles lui ont été consacrés, non seulement dans la *Gazette des tribunaux* qui est habituée à rapporter les chroniques judiciaires ⁶, mais aussi dans de nombreux journaux des deux côtés de l'Atlantique : à Paris, Londres, New-York et Montréal.

L'affaire constitue aussi un enjeu diplomatique entre la France et le Royaume-Uni ⁷. Le traité de 1843 a été dénoncé par le gouvernement français, le 5 décembre 1865, en vue de le renégocier et, jusqu'à la signature d'une nouvelle convention, il est prorogé de six mois en six mois ⁸. Le « cas Lamirande » figure donc parmi les causes célèbres et Ducrocq profite de la notoriété du procès d'assises pour écrire un article dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* ⁹. Par la suite, il reprend son article dans une brochure qu'il intitule *Théorie de l'extradition*, avec comme sous-titre *Affaire Lamirande* ¹⁰.

⁴ A. Billot, *Traité de l'extradition*, Paris, E. Plon et Cie, 1874, p. 50.

⁵ Archives départementales de la Vienne, 2 U 1670, 2039 et 2059 ; J. Roman, *L'Affaire Lamirande ou le caissier infidèle. Une chronique de l'année 1866*, Paris, Cahiers anecdotiques de la Banque de France, n° 1 ; J.-M. Augustin, « Une affaire de droit pénal international : l'extradition d'un caissier infidèle de la Banque de France », *Liber amicorum Janez Kranjc, Pravna fakulteta Univerza v Ljubljani*, Ljubljana, 2019, p. 47-56 ; J.-M. Augustin et L. Busseau, *La Rocambolesque affaire Lamirande (1866) Poitiers - New York - Montréal*, La Crèche, La Geste, 2020.

⁶ 5 mars, 25, 27, 29 août, 3, 5, 6, 7 décembre 1866 ; 1^{er} février 1867.

⁷ *Correspondence respecting the extradition of M. Lamirande from Canada*, Londres, Harrison and sons, 1867 ; *Correspondence with the governor-general of Canada respecting the extradition of M. Lamirande*, Londres, Harrison and sons, 1867 ; *Return respecting the extradition of Lamirande from Canada*, Ottawa, Hunter Rose and Company, 1868.

⁸ L.-A. Prévost-Paradol, « De l'extradition des accusés entre la France et l'Angleterre », *Revue des Deux Mondes*, t. 61, 1866, p. 1012-1028 ; G. Picot, « Le Traité d'extradition entre la France et l'Angleterre à propos d'une dernière décision de la Cour du banc de la Reine », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXVIII, 1866, p. 526-538 ; C. Duverdy, « Droit international – extradition », *Gazette des tribunaux*, 5 mars 1866.

⁹ « Examen doctrinal de la jurisprudence en matière d'extradition – affaire Lamirande », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXIX, 1866, p. 481-518 et t. XXX, 1867, p. 1-37.

¹⁰ Paris, Cotillon éditeur – Librairie du Conseil d'État, 1867.

À partir du procès, Ducrocq se propose d'examiner les fondements juridiques de l'extradition. Tout d'abord, il fait taire la polémique attisée par les journaux canadiens et londoniens qui évoquent un *kidnapping* de Lamirande par les autorités françaises, malgré une ordonnance d'*Habeas Corpus* décidée en sa faveur par un juge de Montréal. L'avocat du caissier déclare aussi au début du procès : « l'homme que je viens défendre a été volé à l'Angleterre », ce qui lui vaut un rappel à l'ordre de la part du président pour avoir utilisé ce terme. La réalité est différente. Lamirande a été remis de nuit à un policier français, en application d'un *warrant* d'extradition délivré par le gouverneur général du Canada avant même que l'*Habeas Corpus* n'ait été prononcé.

Deux questions principales sont ensuite résolues par deux arrêts incidents rendus à la première audience du procès :

La cour d'assises peut-elle sans excès de pouvoir examiner la validité de l'extradition d'un accusé ? Ce qui conduit à envisager les traités en la matière comme des actes de haute administration.

La cour a-t-elle le droit de ne juger l'accusé que pour les faits ayant donné lieu à l'extradition ?

1. *Les traités d'extradition sont des actes de haute administration*

Dans ses conclusions préalables à l'engagement du débat au fond, le défenseur de Lamirande demande à la cour de prononcer l'annulation de l'extradition dont son client a été l'objet à Montréal, au motif que celle-ci a été opérée par un acte de violence en violation du traité signé entre la France et le Royaume-Uni.

En examinant ces conclusions, Ducrocq estime tout d'abord qu'un accusé ne saurait puiser dans sa fuite à l'étranger aucun droit qu'il puisse opposer à la justice de son pays. Il n'y a plus de droit d'asile en matière criminelle¹¹. Si justement des conventions d'extradition sont signées entre les États, c'est pour empêcher les malfaiteurs d'échapper au châtement qu'ils méritent.

L'accusé peut-il au moins saisir la cour d'une exception fondée sur

¹¹ P. Timbal Duclaux de Saint-Martin, *Le droit d'asile*, Paris, librairie du Recueil Sirey, 1939.

l'illégalité ou l'irrégularité de l'acte qui l'a livré ? Faustin Hélie, dans son *Traité de l'instruction criminelle*, l'admet ¹² et le *Répertoire* Dalloz, au mot « Traité international », s'exprime dans le même sens ¹³. Deux arrêts de la Cour de cassation, en 1845, ont également reconnu ce droit aux extradés ¹⁴. Cependant l'arrêtiste qui commente la décision du 31 juillet dans le recueil Sirey, à propos d'un bandit corse réfugié en Sardaigne qui a été extradé puis remis en liberté, apporte cette précision : « L'extradition tient à l'exercice du droit de souveraineté ; les formalités à observer pour l'obtenir intéressent donc exclusivement le gouvernement de l'État qui la réclame et le gouvernement de l'État à qui elle est demandée. Dès l'instant que ceux-ci approuvent tout ce qui a été fait, l'extradition se trouve régularisée et l'accusé ne saurait être reçu à se plaindre de l'inobservation des formes qui ont été prescrites dans un tout autre intérêt que le sien ».

Trois arrêts postérieurs de la cour suprême de l'ordre judiciaire ont suivi cette opinion ¹⁵. Le dernier en date, du 23 décembre 1852, dispose que l'extradé « est non recevable à arguer de nullité » l'extradition dont il a été l'objet. La cour d'assises de la Vienne le confirme : « Attendu en droit que les traités d'extradition sont des actes intervenus entre deux puissances dans un intérêt général de morale et de sécurité sociales ; que les formes en sont réglées, non au profit des accusés qui ne peuvent par leur fuite à l'étranger se créer un privilège contre la justice de leur pays, mais au point de vue des nécessités internationales ou des convenances réciproques des gouvernements ».

D'après la jurisprudence, un extradé n'est donc pas fondé à critiquer l'illégalité prétendue de son extradition. En a-t-il la possibilité du point de vue des lois et des règlements ?

Les cours d'assises au même titre que les autres juridictions sont soumises à l'observation du principe de séparation des pouvoirs, mais de quelle nature sont les traités d'extradition ? À nouveau, la Cour de cassation a varié sur

¹² Paris, Charles Hingray, 1846, t. II, p. 799.

¹³ D. et A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique de législation de doctrine et de jurisprudence*, t. XLII, 1^{ère} partie, Paris, Au Bureau de la jurisprudence générale, 1861, p. 596, n° 328.

¹⁴ 9 mai 1845, Sirey, 1845, I, p. 396 – Dalloz, 1845, I, p. 223 – *Gazette du Palais*, 1847, I, p. 148 ; 31 juillet 1845, Sirey, 1845, I, p. 839 – Dalloz, 1845, I, p. 353, *Gazette du Palais*, 1847, I, p. 152.

¹⁵ 11 mars 1847, Sirey, 1847, I, p. 397 – Dalloz, 1847, I, p. 94 – *Gazette du Palais*, 1847, I, p. 397 ; 18 juillet 1851, Sirey, 1852, I, p. 157 – *Gazette du Palais*, 1853, I, p. 451 ; 23 décembre 1852, Sirey, 1853, I, p. 400, *Gazette du Palais*, 1853, I, p. 525.

ce point. Dans un arrêt de 1845, elle dit que ce sont des « lois spéciales »¹⁶, mais Alfred Trolley, professeur à la Faculté de droit de Caen, l'a contesté dans son *Traité de la hiérarchie administrative*. Pour lui, « les traités ne sont pas des actes législatifs ; ils sont l'œuvre du pouvoir exécutif seul, partant, ils sont, comme les règlements d'administration publique, des actes de haute administration et non pas des lois »¹⁷.

Dans des arrêts postérieurs, la Cour de cassation a donné aux traités d'extradition une qualification en harmonie avec cette opinion ; elle ne les appelle plus que des actes de haute administration¹⁸. Cela vaut également pour les actes qui interviennent en exécution des traités par rapport à chaque malfaiteur dont l'extradition a été demandée et consentie. Ils ont le même caractère et participent à la même nature, ils sont a fortiori des actes d'administration. Cela est conforme au principe de séparation des pouvoirs. De manière générale, il est interdit aux tribunaux judiciaires d'annuler les actes administratifs, d'en apprécier la légalité et de les interpréter. La jurisprudence du Conseil d'État, dit Gabriel Dufour, dans son *Traité général de droit administratif appliqué*, « a érigé cette interdiction en règle positive par des décisions si nombreuses et la Cour de cassation elle-même se montre si soumise à son emprise qu'il n'y a plus à la contester »¹⁹.

Cette interdiction a pour contrepartie le droit exclusif de l'autorité administrative ou gouvernementale d'apprécier elle-même l'interprétation suivant l'adage tiré de Justinien : *ejus est interpretari, cujus est condere* (il revient à celui qui édicte la règle de l'interpréter).

Ce pouvoir exclusif de l'administration d'apprécier et d'interpréter elle-même ses actes, interdit toute sorte d'immixtion de la part des tribunaux judiciaires. Au cours du procès de Lamirande devant la cour d'assises de la Vienne, pour contrer les conclusions de son défenseur, l'avocat général lui répond qu'il existe une ligne de démarcation nécessaire entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, entre les attributions de la diplomatie et celles de la justice. Dans un premier arrêt incident, la cour lui donne raison et ordonne la poursuite des débats.

¹⁶ 5 septembre 1845, Dalloz, 1845, I, p. 405 – Sirey, 1846, I, p. 156 – *Gazette du Palais*, 1847, I, p. 151.

¹⁷ Paris, G. Thorel, 1844, t. 1, p. 161.

¹⁸ 18 juillet 1851, Sirey, 1852, I, p. 157 – *Gazette du Palais*, 1853, I, p. 451 ; 23 décembre 1852, Sirey, 1853, I, p. 400, *Gazette du Palais*, 1853, I, p. 525 ; 4 mai 1865, Sirey, 1866, I, p. 36.

¹⁹ Paris, Cotillon, 2^e édition, 1854, t. I, p. 97.

La même interdiction existe à l'égard des tribunaux administratifs quand il s'agit de traités diplomatiques et de tous actes internationaux ou gouvernementaux. Il n'est même pas possible de discuter le sens, la portée, la légalité de ces actes de haute administration devant le Conseil d'État. La jurisprudence de la cour suprême de l'ordre administratif s'est invariablement prononcée à ce sujet. Sur toutes les questions qui se rattachent à l'exercice du pouvoir souverain ou qui tiennent aux relations internationales, elle a toujours décidé qu'elles ne sont pas de nature à être portées devant le Conseil d'État statuant au contentieux.

Cette règle consistant à fermer le recours au Conseil d'État est encore plus rigoureuse que celle qui enlève aux tribunaux judiciaires la discussion des mêmes actes. Avant l'arrêt Cadot du 13 décembre 1889, le Conseil d'État n'a pas de pouvoir propre, il n'est que l'auxiliaire de la justice retenue par le pouvoir exécutif. Il s'y ajoute, selon Ducrocq, un autre argument, celui de la raison d'État qui fait obstacle au recours contentieux toutes les fois qu'il s'agit d'actes internationaux ou qui se rattachent à l'exercice du pouvoir souverain.

2. L'application stricte du traité d'extradition

Dans l'affaire Lamirande, l'ex-caissier a commis un vol, un abus de confiance et un faux en écriture. Or, le traité de 1843 signé entre la France et le Royaume-Uni autorise l'extradition pour le faux et non pas pour les deux autres infractions. En conséquence, à Montréal, seul le faux avait été retenu et non pas les faits de vol et d'abus de confiance.

Au cours du procès devant la cour d'assises de la Vienne, les défenseurs de l'accusé déposent des conclusions pour demander que les trois chefs d'accusation soient soumis au jury. Cela peut paraître paradoxal, mais dans leurs plaidoiries, en contestant l'existence du faux en écriture, les avocats pouvaient espérer un verdict négatif à ce sujet de la part du jury. S'il y avait ensuite un verdict positif sur les faits de vol et d'abus de confiance, ce qui était probable, vu les circonstances, ces deux infractions n'entraient pas dans la liste des motifs prévus par le traité de 1843 pour autoriser l'extradition et, au bout du compte, le gouvernement français aurait été dans l'obligation de remettre Lamirande aux autorités britanniques.

Dans un deuxième arrêt incident, la cour repousse ces conclusions

et ordonne que les débats porteront uniquement sur les faits de faux en écriture. Ducrocq adhère pleinement à cette solution qui est conforme à la doctrine et à la jurisprudence. Faustin Hélie déclare : « La cour d'assises doit, quand elle est saisie par l'arrêt de renvoi de deux accusations dont une seule a donné lieu à l'extradition, ne poser au jury que les questions qui se rapportent au fait qui a donné lieu à la mesure »²⁰.

La règle est consacrée par la Cour de cassation. Un dernier arrêt prononcé avant la décision de la cour d'assises de la Vienne dispose, le 4 mai 1865, que le Français arrêté sur un territoire étranger et livré à son gouvernement pour être jugé à raison de crimes commis en France, doit répondre à la justice de tous les faits à raison desquels l'extradition a été accordée »²¹ et uniquement de ceux-là.

Comment se fait-il, se demande alors Ducrocq, que le principe de la séparation des pouvoirs qui précédemment défendait aux tribunaux d'interpréter les traités et de critiquer les actes d'extradition, ne s'oppose pas maintenant à l'obligation de les appliquer strictement ?

Une telle question dépasse le problème de l'extradition. Il y a, dit-il, une distinction fondamentale entre l'appréciation et l'interprétation des actes administratifs qui sont interdites à l'autorité judiciaire et leur application que les tribunaux peuvent et doivent faire. Foucart, dans ses *Éléments de droit public et administratif*, s'en explique de la manière suivante : « L'indépendance qui doit exister entre l'autorité judiciaire et l'autorité administrative n'exige pas seulement qu'elles ne puissent prononcer que sur les matières qui leurs sont réservées, mais encore que les actes émanés de l'un soient respectés par l'autre »²². Ainsi, les ordonnances royales, les décrets impériaux, les arrêtés des préfets et des maires sont obligatoires pour les tribunaux qui doivent en faire l'application en les prenant pour base de leur jugement. Trolley écrit aussi : « : Les tribunaux civils [et criminels] peuvent et doivent appliquer les traités, mais ils n'ont pas le droit de les interpréter »²³. « Voilà la véritable portée du principe de la séparation des pouvoirs », ajoute Ducrocq dans un commentaire.

L'extradé pourrait-il cependant accepter d'être jugé à raison des infractions dont il est accusé et qui n'ont pas fait l'objet de l'extradition ? Un arrêt de la cour d'assises du Pas-de-Calais, du 17 février 1843 l'a admis,

²⁰ *ouv. cité*, t. II, p. 420.

²¹ 4 mai 1865, Sirey, 1866, I, p. 36.

²² Paris, A. Marescq et E. Dujardin, 4^e édition, 1855, t. 1, p. 199-201.

²³ *ouv. cité*, t. 1, p. 160.

mais le garde des Sceaux a critiqué cette décision en rappelant la règle : « un accusé livré par un gouvernement étranger ne peut être mis en jugement que pour le fait qui a motivé son extradition. Le consentement donné par L. à sa mise en jugement pour abus de confiance et même la connexité de ce délit avec le fait principal ne saurait motiver une exception à cette règle »²⁴. Faustin Hélie a mentionné cette décision du garde des Sceaux et il l'approuve : « Il est certain, dit-il, que l'adhésion du prévenu ne peut modifier ni les règles de compétence, ni l'exécution d'une convention dans laquelle il n'a point été partie »²⁵.

Que s'est-il passé dans l'affaire Lamirande ? Au cours de la première audience, le président a demandé à l'accusé s'il consentait à être jugé sur les autres chefs d'accusation que le faux en écriture, c'est-à-dire le vol et l'abus de confiance. Sans trop savoir, celui-ci a accepté : « Je suis prêt à répondre sur tous les faits ». Aussitôt son avocat s'est levé pour protester : « Lamirande n'a pas à consentir ou à ne pas consentir sur les crimes relevés contre lui, mais il a intérêt à ce que le jury soit appelé à vider toute l'accusation », suivant les raisons déjà évoquées, le vol et l'abus de confiance n'étant pas prévus par le traité de 1843 pour autoriser l'extradition. À la suite de l'intervention de l'avocat général qui en a rappelé le principe, la cour d'assises ne s'est prononcée que sur le faux en écriture.

*

* *

En 1881, Théophile Ducrocq est élu doyen de la Faculté de droit de Poitiers, puis il est nommé en 1884, professeur à la Faculté de droit de Paris pour occuper la chaire de droit administratif qu'il conserve jusqu'à sa mise à la retraite en 1899. Il est décédé à Poitiers en 1913.

Certes Ducrocq est plus connu pour son *Traité de droit administratif* et il n'est pas non plus l'inventeur de la locution « Droit pénal international » qui apparaît en 1880 dans le titre d'un ouvrage de Pasquale Fiore, professeur à l'Université de Turin, traduit en français et consacré entièrement à l'extradition²⁶. La matière n'en est qu'à ses balbutiements et elle est étroitement liée à l'extradition. La contribution de Ducrocq dans ce

²⁴ Sirey, 1843, II, p. 228 ; *Journal du droit criminel*, 15^e année, p. 134.

²⁵ *ouv. cité*, t. 2, p. 720.

²⁶ En 1877, Pasquale Fiore publie la deuxième partie de son ouvrage *Effetti internazionali delle sentenze e degli atti*, Pise, T. Mistri e Cc - Rome, Turin, Florence, Ermanno Loescher, qui est consacrée à la matière pénale ; en 1880, cette deuxième partie est traduite, annotée et mise au courant du droit français par Charles Antoine, sous le titre *Traité de droit pénal international et de l'extradition*, Paris, G. Durand et Pedone-Lauriel.

domaine est d'avoir mis en lumière le principe de spécialité qui oblige l'État requérant à poursuivre ou condamner la personne à lui remise par l'État requis, uniquement pour des faits compris dans la décision d'extradition. Il a également relevé l'incompétence des juridictions françaises pour examiner la procédure d'extradition mise en œuvre dans l'État requis. Il s'est surtout exprimé du point de vue théorique sur la nature de l'extradition en se référant aux grands principes du droit public interne et international.

TROISIÈME PARTIE
APPORTS EUROPÉENS

*Joseph Unger : père fondateur de
la science civiliste autrichienne*

Franz-Stefan Meissel
Professeur à l'Université de Vienne

C'est avec un plaisir particulier que j'ai accepté l'invitation si gentille et honorable de parler dans le cadre de ce colloque et je remercie chaleureusement Arnaud Vergne et les autres organisateurs d'avoir pris cette initiative. Depuis 15 ans, il y a une collaboration très proche entre le doyen Christian Chêne et l'Université de Vienne, il a maintes fois accepté de venir à Vienne comme professeur invité et a enseigné avec une audience toujours très reconnaissante l'histoire de la doctrine civiliste en France depuis l'entrée en vigueur du code civil.

Cela nous a permis de nous entretenir souvent sur les développements parallèles en droit français et en droit autrichien dont on peut citer par exemple des phénomènes comme l'école exégétique du début du XIX^e siècle, l'influence de l'école historique du droit, la découverte du droit comparé à la fin du XIX^e siècle ou les similarités entre la pensée de Jean Carbonnier et de Walter Wilburg et son « système flexible du droit ».

Si on cherche dans l'histoire du droit autrichien un personnage clé pour la doctrine du droit civil, le nom de Joseph Unger s'impose pour plusieurs raisons. C'est le juriste le plus éminent de la deuxième moitié du XIX^e siècle dont les empreintes méthodologiques sont toujours reconnues aujourd'hui.

La biographie de Joseph Unger¹ nous emmène dans la période de

¹ Sur la biographie, cf. S. Frankfurter, *Joseph Unger – Das Elternhaus – die Jugendjahre*, Wien/Leipzig, Wilhelm Braumüller, 1917 ; B. M. Scherl, *Einleitung*, dans Bernhard Martin Scherl (dir.), *Joseph Unger: Aufsätze und kleinere Monografien I*, Hildesheim, Georg Olms, 2005, p. 7-85 ; M. Mathiaschitz, „Handeln auf eigene Gefahr“ - *Joseph Unger und seine Konzeption einer verschuldensunabhängigen Haftung „pro utilitate communi“*, Dissertation, Wien, Universität Wien, 2017, p. 4-99. En plus : F. Klein, *Joseph Unger †*, Juristische Blätter, 1913, p. 215-216 ; M. Wlassak, *Joseph Unger ein Nachruf*, Almanach der Kaiserlichen Akademie der Wissenschaften, Wien, K. K. Hof- und Staatsdr., 1913, p. 491-492 ; E. Strohal, *Joseph Unger †. Gedenkrede*, Jena, Gustav Fischer, 1914 ; E. Zweig, *Josef Unger*, in A. Bettelheim (dir.), *Biografisches Jahrbuch und deutscher Nekrolog, Bd 18*, Berlin, Druck und Verlag von Georg Reimer, 1917, p. 187-213 ; A. Bettelheim, *Ein Jugendbrief Josef Ungers*, in A. Bettelheim, *Biographenwege*, Berlin, Gebrüder Paetel, 1913,

l'empereur François-Joseph, une période pendant laquelle l'Empire austro-hongrois était une des grandes puissances de l'Europe avec une population d'environ 50 millions d'habitants, un empire multi-ethnique et pluri-national, en plein développement industriel et commercial qui finira avec la première guerre mondiale. Joseph Unger était sans doute le juriste le plus célèbre et aussi le plus admiré de cette fin de siècle Viennois.

Quand Unger mourut le 2 mai 1913, la presse fut pleine de nécrologies respectueuses. Même l'empereur François-Joseph exprima sa douleur lors du décès et sa gratitude pour l'œuvre du défunt. Dans les éloges sur Joseph Unger, on parla du « *praeceptor iurisprudentiae Austriacae* », du « maître de la science juridique autrichienne » (Émil Schrutka von Rechtenstamm)² et on le caractérisa comme le « prince souverain dans le royaume du droit » (Siegfried Ehrlich).

Unger n'était pas seulement un grand civiliste qui aida à introduire les idées de Savigny et ses disciples en Autriche, il était aussi un homme politique influent et assumait pendant plus de trente ans la fonction de président de la cour impériale – un intellectuel qui dans sa jeunesse avait été un militant révolutionnaire et qui plus tard était devenu un des piliers des réformes libérales de l'empire habsbourgeois et un proche collaborateur de l'empereur.

p. 192-197 = *Österreichische Rundschau*, Bd 25 Heft 4 (1913) 315 ff ; G. Segré, *Sull'opera scientifica di Giuseppe Unger*, *Rivista di diritto civile*, 1914, p. 585 ff = Segré, *Scritti giuridici I*, Cortona, Stab. tipografico Commerciale 1930, p. 129-192 ; G. Walker, *Zum 100. Geburtstag Josef Ungers*, Wien, Österreichische Staatsdruckerei, 1928 ; H. Sinzheimer, *Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft*², Frankfurt a. M., Klostermann, 1953, p. 83-95 ; H. Lentze, *Joseph Unger – Leben und Werk*, in W. M. Plöchl/I. Gampl (dir.) : *Im Dienste des Rechtes in Kirche und Staat. Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Arnold*. Wien, Herder, 1963, p. 219-232 ; W. Ogris, *Die Historische Schule der österreichischen Zivilistik*, in N. Grass/W. Ogris (dir.) : *Festschrift Hans Lentze*, Innsbruck/München : Universitätsverlag Wagner, 1969, p. 449-496 = in: W. Ogris, *Elemente europäischer Rechtskultur*, Wien, Böhlau (2003), 345-401 ; H. Hofmeister, *Zum 70. Todestag Josef Ungers am 2.5.1983*, in *Richterzeitung*, 1983, 119-120 ; B. Dölemeyer, *Josef Unger (1828- 1913)*, in M. Stolleis (dir.), *Juristen*, München, Beck, 1995, p. 628-629 ; J. Schröder, *Joseph Unger*, in G. Kleinheyder/J. Schröder, *Deutsche und europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*⁴, Heidelberg : C. F. Müller 1996, 431-434 ; W. Brauneder, *Joseph Unger*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte V*, Berlin, Erich Schmidt, 1998, p. 483-487 ; M. G. Losano, *Briefwechsel Jherings mit Unger und Glaser*, Ebelsbach, Aktiv Druck & Verlag, 1996, 43-56 ; G. Wesener, *Josef Unger*, in Rafael Domingo, *Juristas universales*, Madrid – Barcelona, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004, p. 382-385.

² Emil Schrutka von Rechtenstamm, *Joseph Unger als Lehrer der Österreichischen Rechtswissenschaft*, in *Neue Freie Presse*, Mai 3, 1913, p. 2.

1. *La biographie d'un juriste exceptionnel*

A. *Les aventures du jeune Unger*

Joseph Unger naquit en 1828 à Vienne. Son père Martin Unger était d'origine hongroise et avait fait fortune en Russie comme opticien. Il s'était marié avec Flora Porias, descendante d'une vieille famille juive de Bohême. En dépit des moyens financiers du couple, les parents de Unger ont eu beaucoup de peine à obtenir un permis de résidence à Vienne³. Le père fut forcé d'investir dans des projets industriels avec des partenaires locaux, mais cela ne fut pas couronné de succès. C'est seulement grâce à l'engagement personnel de la mère, qui avait été reçue deux fois par l'empereur, que la famille obtint un permis de résidence et put rester dans la capitale. Après les échecs des projets du père, c'est grâce à une école privée pour des élèves juifs gérée par Flora que la famille put s'établir de façon permanente⁴.

Le jeune Joseph fréquenta le lycée académique et s'avéra un jeune homme exceptionnellement doué avec une vive curiosité intellectuelle et un grand talent musical (il était un pianiste excellent)⁵. Après le Baccalauréat, Joseph Unger suivit des cours de philosophie à l'université avant de s'orienter vers des études de droit.

Le côté aventurier du jeune Unger se manifesta par son implication dans les événements révolutionnaires de mars 1848 : Joseph Unger fit partie des militants du mouvement révolutionnaire et occupa des fonctions importantes dans le comité des étudiants révolutionnaires. La phase révolutionnaire de Unger ne dura pourtant pas longtemps. Comme représentant d'une tendance modérée, il se retira de Vienne pendant une certaine période et continua ses études universitaires⁶.

Avec une dissertation sur le mariage dans une perspective historique

³ L'étude indispensable pour la jeunesse et le milieu culturel du jeune Unger : S. Frankfurter, *Joseph Unger – Das Elternhaus – Die Jugendjahre 1828-1875*, Wien und Leipzig, Braumüller, 1917.

⁴ M. Mathiaschitz, „*Handeln auf eigene Gefahr*“ - *Joseph Unger und seine Konzeption einer verschuldensunabhängigen Haftung „pro utilitate communi*“, Dissertation, Wien, Universität Wien, 2017, p. 4-11.

⁵ S. Frankfurter, *Joseph Unger – Das Elternhaus – Die Jugendjahre 1828-1875*, Wien und Leipzig, Braumüller, 1917, p. 49.

⁶ F.-S. Meissel, *Der Jurist als „politischer Professor*“, M. Ash, J. Ehmer (dir.), Universität – Politik - Gesellschaft, Göttingen, V&R unipress, 2015, p. 209-216, en particulier p. 211 et suivantes.

globale (« *Die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung. Ein Beitrag zur Philosophie der Geschichte* », Wien, 1850), Unger obtint de l'Université de Königsberg en 1850 le degré de docteur en philosophie. Ce livre était écrit dans un esprit hégélien sous l'influence des théories de Gans et son approche « globale » en histoire de droit. La tendance ouvertement anti-catholique de cette œuvre fut reprochée à Unger plus tard ⁷. Quant à Unger lui-même, il reconnut lui-même la faible qualité scientifique ⁸ et le caractère plutôt journalistique du livre ⁹.

Le jeune intellectuel qui se caractérisa plus tard comme « mangeur de livres » et « *bookish man* » ¹⁰ chercha d'abord à travailler comme bibliothécaire. Après un stage à la Hofbibliothek, il travailla pour la Bibliothèque de l'Université de Vienne. Cette période fut aussi marquée par deux autres circonstances personnelles : après la mort de son père, Flora Unger, sa mère, se remaria avec un haut fonctionnaire catholique de la Monnaie autrichienne qui devint un deuxième père pour Joseph. En même temps, Flora et Joseph se convertirent au catholicisme ¹¹, un pas qui a certainement facilité la carrière ultérieure de Joseph Unger.

B. *Une carrière académique exemplaire*

En dépit de son origine juive et de ses activités révolutionnaires, le jeune savant eut une carrière académique rapide grâce à des personnages puissants proches de la cour impériale. Il s'agit notamment du prêtre Wilhelm Podlaha, qui avait été le directeur du lycée académique ¹², du ministre de l'éducation, le comte Leo Thun-Hohenstein et du juge Anton von Salvotti. Tous les trois protégèrent Joseph Unger et le désignèrent

⁷ F.-S. Meissel, *Joseph Unger und das Römische Recht – Zu Stil und Methoden der österreichischen Pandektistik*, in H.-P. Haferkamp, T. Repgen (dir.), *Wie pandektistisch war die Pandektistik? – Symposium aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11. September 2015*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 22 note 19.

⁸ Cf. H. Lentze, *Joseph Unger – Leben und Werk*, in W. M. Plöchl/I. Gampl (dir.) : *Im Dienste des Rechtes in Kirche und Staat. Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Arnold*. Wien : Herder, 1963, p. 223.

⁹ J. Unger, *Mosaik*, Leipzig, Akademische Verlagsgesellschaft, 1911, p. 112.

¹⁰ J. Unger, *Mosaik*, Leipzig, Akademische Verlagsgesellschaft, 1911, p. 82.

¹¹ Salomon Frankfurter, *Joseph Unger – Das Elternhaus – Die Jugendjahre 1828-1875*, Wien und Leipzig, Braumüller, 1917, 74.

¹² M. Mathiaschitz, „*Handeln auf eigene Gefahr*“ - *Joseph Unger und seine Konzeption einer verschuldensunabhängigen Haftung „pro utilitate communi“*, Dissertation, Wien, Universität Wien, 2017, p. 14.

comme juriste-modèle d'une nouvelle époque ¹³.

Après le choc de la Révolution de 1848, le gouvernement chercha à regagner les sympathies de la jeunesse universitaire. Dans l'esprit des catholiques conservateurs, c'est la théorie du droit naturel, le jus-naturalisme, qui avait été coupable de mener les jeunes sur la fausse piste révolutionnaire. Pour le comte Thun-Hohenstein, la pensée conservatrice de l'école historique de Savigny pouvait servir d'antidote intellectuel contre les revendications révolutionnaires. C'est pourquoi il s'engagea à réformer les universités et en particulier les études de droit afin d'importer les idées de Savigny et son école historique en Autriche ¹⁴. Le jeune Unger, qui avait dévoré les huit volumes du « Système du droit romain contemporain » de Savigny comme un roman ¹⁵, fut choisi comme le champion d'une nouvelle science juridique.

C'est en 1853 qu'Unger obtint la *venia legendi*, c'est-à-dire l'agrégation en droit, avec un livre sur le projet de code civil saxon, dans lequel il étudiait cette codification pour le royaume de Saxe dans une perspective systématique mais aussi comparatiste. Grâce à la protection de Thun-Hohenstein, il fut nommé tout de suite professeur extraordinaire à l'Université de Prague, où il prononça un discours inaugural sur le « traitement scientifique du droit privé autrichien », dans lequel il esquaissa son programme méthodologique. Ce programme était clairement influencé d'abord par Savigny et Puchta ¹⁶.

¹³ F.-S. Meissel, *Joseph Unger und das Römische Recht – Zu Stil und Methoden der österreichischen Pandektistik*, in H.-P. Haferkamp, T. Reppen (dir.), *Wie pandektistisch war die Pandektistik? - Symposium aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11. September 2015*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 22.

¹⁴ H. Lentze, *Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein*, (Sitzungsberichte der philosophisch-historischen Klasse, 239/2), Wien : VÖAW, 1962 ; H. Engelbrecht, *Geschichte des österreichischen Bildungswesens. Erziehung und Unterricht auf dem Boden Österreichs IV : Von 1848 bis zum Ende der Monarchie*, Wien : Österreichischer Bundesverlag, 1986, p. 221–278 ; W. Ogris, *Die Universitätsreform des Ministers Leo Graf Thun-Hohenstein (1999)* = W. Ogris/T. Olechowski, *Elemente europäischer Rechtskultur*, Wien : Böhlau Wien, 2003, p. 333-345 ; T. Simon, *Die Thun-Hohensteinsche Universitätsreform und die Neuordnung der juristischen Studien - und Prüfungsordnung in Österreich*, in Z. Pokrovac (dir.), *Juristenausbildung in Osteuropa bis zum Ersten Weltkrieg* (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 225), Frankfurt am Main, Klostermann, 2007, p. 1-37.

¹⁵ E. Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Volume 3/2, reproduction Aalen, Scientia 1978, p. 918.

¹⁶ F.-S. Meissel, *Joseph Unger und das Römische Recht – Zu Stil und Methoden der österreichischen Pandektistik*, in H.-P. Haferkamp, T. Reppen (dir.), *Wie pandektistisch war die Pandektistik? - Symposium aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am*

Son approche est en effet imprégnée par le souci de systématisation, telle que la science allemande de l'époque la connaissait. Le travail dogmatique ne consiste pas dans un travail exégétique suivant l'ordre légal des règles codifiées mais dans l'analyse du système du droit et la recherche des institutions et des principes du droit privé qui conduisent aux règles concrètes qu'on trouve dans le code ¹⁷.

Nommé Professeur ordinaire à l'université de Vienne en 1856, il publia le premier volume de son *Système du droit privé autrichien*. Unger utilise l'ordre pandectiste en cinq parties au lieu du système tripartite qui se trouve encore dans le code civil autrichien de 1811. Les deux premiers volumes sont consacrés aux questions de la Partie générale du droit privé (Volume I publié en 1856 ¹⁸, Volume II publié en 1857 ¹⁹ et 1859 ²⁰). En 1864, il publia le livre sur le droit des successions ²¹. Même si son système restera inachevé, c'est un projet tout à fait paradigmatique. Dès lors, la science civiliste autrichienne utilisera le système en cinq parties pour les traités de droit civil et pour l'enseignement universitaire du droit civil.

C. Unger comme homme politique

Vers la fin des années 1860, le professeur Unger s'engagea de plus en plus dans la politique ²². C'était une période libérale après l'entrée en vigueur des lois fondamentales de la constitution de 1867. Il fut élu membre de la diète de la Basse-Autriche et celle-ci le nomma comme représentant au *Reichsrat*. En 1869, il fut nommé membre permanent de la deuxième chambre du Parlement, le *Herrenhaus*. Là, il prononça des discours célèbres

11. September 2015, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 25.

¹⁷ Cf. J. Unger, *Über die wissenschaftliche Behandlung des österreichischen gemeinen Privatrechts: Eine Antrittsrede gehalten an der Prager Hochschule des 8. Oktobers 1853*, Wien, Manz, 1853.

¹⁸ J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1856.

¹⁹ J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts III/1*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1857.

²⁰ J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts III/2*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1859.

²¹ J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts VI*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1864.

²² F.-S. Meissel, *Der Jurist als „politischer Professor“*, M. Ash, J. Ehmer (dir.), Universität – Politik – Gesellschaft, Göttingen, V&R unipress, 2015, p. 214-216.

qui accompagnèrent l'évolution de l'état du droit moderne en Autriche ²³.

Politiquement, Unger appartient au camp constitutionnaliste libéral, loyal à l'empereur et à la monarchie dualiste austro-hongrois. En ce qui concerne les relations entre l'Autriche et la partie hongroise de l'empire, Unger a toujours soutenu la nécessité d'un compromis avec la Hongrie tel qu'il avait été fixé dans le « *Ausgleich* » de 1867 ²⁴. Cependant, d'un autre côté, il se considérait lui-même comme un « Joséphinite », c'est-à-dire un partisan d'une administration centralisée ²⁵, avec un fondement légal bien ordonné et rationnel, dans la tradition des réformes de Marie-Thérèse et de Joseph II ²⁶.

Unger n'avait pas beaucoup de sympathies pour le fédéralisme et le nationalisme. Dès lors, il était pour l'allemand comme langue officielle unique et pour une administration homogène dans toutes les parties de l'Empire. Pour citer Unger lui-même : « En Autriche, il y a beaucoup trop de sentiment national et beaucoup trop peu de sentiment étatique. Si l'idée de la nation n'est pas anoblie par l'idée de l'humanisme et n'est pas limitée par l'idée de l'État, elle conduit comme une dynamite à une explosion de tous les liens sociaux et politiques » ²⁷.

La carrière politique d'Unger aboutit en 1871 à sa nomination comme ministre dans le gouvernement libéral du duc Auersperg. À cause de son autorité personnelle et de son pouvoir oratoire reconnu, il devint ministre sans portefeuille, avec la fonction de porte-parole du gouvernement. Son ami Julius Glaser, le grand pénaliste et processualiste, assumait dans le même gouvernement la fonction de ministre de la justice (Garde des Sceaux) ²⁸. Unger resta ministre de 1871 jusqu'en 1879 et contribua à plusieurs

²³ Pour une description détaillée, cf. M. Mathiaschitz, „*Handeln auf eigene Gefahr*“ - *Joseph Unger und seine Konzeption einer verschuldensunabhängigen Haftung „pro utilitate communi“*, Dissertation, Wien, Universität Wien, 2017, p. 44-94.

²⁴ M. Mathiaschitz, „*Handeln auf eigene Gefahr*“ - *Joseph Unger und seine Konzeption einer verschuldensunabhängigen Haftung „pro utilitate communi“*, Dissertation, Wien, Universität Wien, 2017, p. 76-80.

²⁵ M. Mathiaschitz, „*Handeln auf eigene Gefahr*“ - *Joseph Unger und seine Konzeption einer verschuldensunabhängigen Haftung „pro utilitate communi“*, Dissertation, Wien, Universität Wien, 2017, p. 87.

²⁶ F.-S. Meissel, *Der Jurist als „politischer Professor“*, M. Ash, J. Ehmer (dir.), Universität – Politik – Gesellschaft, Göttingen, V&R unipress, 2015, p. 215.

²⁷ J. Unger, *Mosaik*, Leipzig, Akademische Verlagsgesellschaft, 1911, p. 190.

²⁸ M. Mathiaschitz, „*Handeln auf eigene Gefahr*“ - *Joseph Unger und seine Konzeption einer verschuldensunabhängigen Haftung „pro utilitate communi“*, Dissertation, Wien, Universität Wien, 2017, p. 44-84.

réformes essentielles pour l'état de droit en Autriche : Avec Lemayr, un juriste et haut fonctionnaire du ministère de la justice, il élaborait la loi instituant la Cour suprême d'administration (*Verwaltungsgerichtshof*) de 1875 et il aida à réaliser le projet d'un nouveau code de procédure pénale en 1878, dont Glaser est l'auteur ²⁹.

Après la démission du gouvernement Auersperg, Unger continua de siéger auprès du *Herrenhaus* et continua d'accompagner avec ses discours éloquentes beaucoup de projets législatifs, par exemple en matière de responsabilité civile pour les chemins de fer et les voitures ³⁰ ou le nouveau code de procédure civile de 1895, le code Klein ³¹.

En 1881, l'empereur le nomma président du *Reichsgericht* (de la Cour impériale). C'est jusqu'à sa mort qu'Unger présida cette institution qui peut être caractérisée comme la préfiguration de la cour constitutionnelle actuelle.

2. L'influence d'Unger sur la doctrine civiliste en Autriche

A. La mise en œuvre des réformes de Thun-Hohenstein

Pour évaluer l'importance scientifique d'Unger et son rôle de père fondateur de la science civiliste autrichienne, on doit rappeler l'état des études juridiques dans la période du « Vormärz ». Sur le plan scientifique, la première moitié du XIX^e siècle fut dominée en Autriche par ce qu'on appelle l'école exégétique du droit civil. Cette école s'occupait surtout de l'interprétation plus ou moins littérale du code ; les auteurs (comme Nippel et Winiwarter) se contentaient souvent de copier ce que Zeiller avait écrit dans son commentaire du code. Bien sûr, il faut tenir compte du fait que

²⁹ W. Ogris, *Karl Freiherr von Lemayer - Leben und Wirken*, in F. Lehne, E. Loebenstein, B. Schimetschek (dir.), *Die Entwicklung der österreichischen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Festschrift zum 100jährigen Bestehen des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes*, Wien et New York, Springer, 1976, p. 17-37.

³⁰ M. Mathiaschitz, „Handeln auf eigene Gefahr“ - *Joseph Unger und seine Konzeption einer verschuldensunabhängigen Haftung „pro utilitate communi“*, Dissertation, Wien, Universität Wien, 2017, p. 191-200.

³¹ M. Mathiaschitz, „Handeln auf eigene Gefahr“ - *Joseph Unger und seine Konzeption einer verschuldensunabhängigen Haftung „pro utilitate communi“*, Dissertation, Wien, Universität Wien, 2017, p. 88-94.

l'atmosphère intellectuelle de cette époque pré-révolutionnaire était très conservatrice et réactionnaire ³².

Un changement fondamental n'eut lieu qu'au cours de l'année révolutionnaire de 1848. Sur le plan juridique, le système féodal disparut définitivement ; de plus, de nouvelles idées constitutionnelles, telles que la liberté de la presse, la liberté d'association ainsi que la participation citoyenne à la chose politique pénétrèrent dans les différentes classes sociales.

À cette époque, le comte Thun-Hohenstein cherchait à réformer les études juridiques afin d'importer les idées de Savigny et de l'école historique qu'il voulait utiliser comme un rempart contre l'esprit révolutionnaire. Sous l'influence de l'école historique allemande, il écarta les idées de l'école exégétique et proposa des études juridiques scientifiques, c'est-à-dire basées sur des études historiques du droit ³³. D'après le nouveau curriculum des études juridiques, une place privilégiée fut accordée aux matières historiques au lieu du droit naturel et de la philosophie du droit. C'est pourquoi les matières historiques, c'est-à-dire le droit romain, le droit germanique et l'histoire du droit autrichien, mais aussi le droit canonique dominaient les études de droit. Par ailleurs, on doit dire que cette prépondérance des matières historiques a duré en Autriche jusqu'aux réformes des années 80 du XX^e siècle ³⁴.

La mise en œuvre de cette politique fut confiée au jeune Unger. Celui-ci, de par ses publications et son enseignement, représentait une nouvelle génération de juristes qui allait occuper les postes importants dans la bureaucratie, dans la justice mais surtout dans les facultés de droit à la fin du siècle, pendant cette « *Gründerzeit* » viennois.

B. *Systématisation : Introduction du système pandectiste*

Depuis la publication de son système du droit privé autrichien par Josef Unger, la doctrine autrichienne était fortement influencée par la doctrine allemande et le système pandectiste en cinq parties. Les ouvrages

³² W. Brauner, *Rechtsfortbildung durch Juristenrecht in Exegetik und Pandektistik in Österreich*, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 5 (1983) p. 22 et suivantes ; F. S. Meissel, *Römisches Recht im Wiener Rechtsstudium seit 1810*, in *Recht – Religion – Kultur*, Festschrift für Richard Potz, Wien, facultas.wuv 2014, p. 501-517, p. 507.

³³ Cf. *supra* note 14.

³⁴ F. S. Meissel, *Römisches Recht im Wiener Rechtsstudium seit 1810*, in *Recht – Religion – Kultur*, Festschrift für Richard Potz, Wien, facultas.wuv 2014, p. 515-517.

d'Unger³⁵ eurent, sur l'enseignement du droit civil autrichien, des effets similaires à ceux qu'eut l'ouvrage de Zachariäe von Lingenthal sur le droit français. Depuis le « Système » de Josef Unger, les juristes autrichiens font usage d'une Partie générale (*Allgemeiner Teil*), à la manière des pandectistes allemands, et cela, nonobstant l'absence d'une « partie générale » dans le code autrichien lui-même.

C'est grâce à son Système de droit civil qu'Unger est caractérisé souvent comme le savant qui a introduit l'école historique en Autriche. Mais cela doit être relativisé : avant lui, il y avait bien sûr déjà une lecture de Savigny et des autres grands auteurs de l'école historique dans les cercles académiques en Autriche. De plus, il ne serait pas du tout correct de caractériser Unger comme un historien du droit ; son travail scientifique était tout à fait concentré sur les questions du droit en vigueur, sur la systématisation du droit en vigueur et sur la politique juridique contemporaine³⁶. Néanmoins, ce qui est vrai, c'est qu'Unger symbolise la nouvelle orientation scientifique envers la science allemande telle qu'elle fut réclamée par les réformes universitaires de Thun-Hohenstein.

D'un autre côté, c'est moins l'approche romaniste de Savigny que la tendance pandectiste de Puchta et Windscheid qui correspond à la pensée de Unger pendant les années 1850 et 1860³⁷. Plus tard, il se rapprocha des théories de Jhering (qui était un proche ami, surtout pendant les années de Jhering à l'université de Vienne, de 1868 à 1871) et, vers la fin de sa longue vie, même de la théorie sociale du droit³⁸.

C. Le rôle du droit romain et du droit comparé

Fasciné par l'école historique et les livres de Savigny, Unger n'a jamais

³⁵ Notamment les volumes de son *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts*, cf. *supra* les notes 19-21.

³⁶ F.-S. Meissel, *Der Jurist als „politischer Professor“*, M. Ash, J. Ehmer (dir.), Universität – Politik – Gesellschaft, Göttingen, V&R unipress, 2015, p. 213.

³⁷ F.-S. Meissel, *Joseph Unger und das Römische Recht – Zu Stil und Methoden der österreichischen Pandektistik*, in H.-P. Haferkamp, T. Repgen (dir.), *Wie pandektistisch war die Pandektistik? - Symposium aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11. September 2015*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 27.

³⁸ F.-S. Meissel, *Joseph Unger und das Römische Recht – Zu Stil und Methoden der österreichischen Pandektistik*, in H.-P. Haferkamp, T. Repgen (dir.), *Wie pandektistisch war die Pandektistik? - Symposium aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11. September 2015*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 30-32.

été un romaniste pur et dur, mais un civiliste avec des connaissances remarquables aussi bien des sources romaines que du droit comparé. Dans ses publications, on y trouve souvent des références aux droits étrangers, notamment au droit français mais aussi au *common law* anglais.

L'approche scientifique d'Unger se distingue de l'approche des pandectistes allemands par le simple fait qu'en Autriche, on avait, avec le code civil, une codification en vigueur qui devait être au centre de chaque débat dogmatique. La tâche du savant était d'interpréter le code dans une perspective scientifique c'est-à-dire systématique. À cet égard, le système du droit privé d'Unger marque la fin de l'école exégétique et l'introduction de l'école scientifique historique en Autriche. Il faut pourtant rappeler que pour Unger la source du droit primaire, c'est la loi positive. Mais la loi doit être interprétée article par article, en identifiant les grands principes et institutions juridiques fondamentales³⁹. À cette fin, il propose d'utiliser aussi les connaissances de l'histoire du droit, les textes classiques des juristes romains, mais aussi les sources historiques du droit germanique, même si cette comparaison (aussi bien que l'étude des droits étrangers) s'inscrit dans une perspective plutôt comparative qui n'attribue pas à ces regards comparatifs la force d'une source de droit positif. Dès lors, l'étude du droit romain, du droit germanique et des autres droits étrangers sert comme source d'inspiration pour l'analyse du droit positif et pour l'identification de modèles d'orientation pour la réforme du droit autrichien en vigueur⁴⁰.

D. *Innovations doctrinales : le contrat en faveur d'un tiers et la responsabilité de risque*

Unger était intéressé par les développements doctrinaux en Allemagne et étudia le code saxon aussi bien que plus tard les projets du BGB. Mais il contribua aussi au débat dogmatique avec des publications innovatrices. À ce sujet, on doit citer surtout sa contribution monographique « *Die Verträge zugunsten Dritter* » de 1869, dans laquelle il développa la conception d'un

³⁹ F.-S. Meissel, *Joseph Unger und das Römische Recht – Zu Stil und Methoden der österreichischen Pandektistik*, in H.-P. Haferkamp, T. Reppen (dir.), *Wie pandektistisch war die Pandektistik? -Symposion aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11. September 2015*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 23.

⁴⁰ F.-S. Meissel, *Joseph Unger und das Römische Recht – Zu Stil und Methoden der österreichischen Pandektistik*, in H.-P. Haferkamp, T. Reppen (dir.), *Wie pandektistisch war die Pandektistik? -Symposion aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11. September 2015*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 26.

vrai contrat en faveur d'un tiers ⁴¹.

Cette idée d'Unger sera réalisée plus tard dans le BGB aussi bien que dans le droit autrichien au paragraphe 881 de l'ABGB (dans la version abrogée par la troisième nouvelle de 1916) :

§ 881 ABGB ⁴²

(1) Si quelqu'un s'est fait promettre une prestation pour un tiers, il peut exiger que la prestation soit accomplie pour le tiers.

(2) L'accord, la nature et le but du contrat permettent de juger si le tiers a aussi un droit direct d'exiger du promettant l'exécution du contrat, et à quel moment. En cas de doute, le tiers acquiert aussi ce droit, si c'est surtout lui qui doit profiter de cette exécution.

(3) En cas de cession de bien foncier, on considère, à défaut de stipulation, que le tiers a acquis lors de la tradition du bien foncier le droit aux prestations promises par le cessionnaire en sa faveur.

En matière de responsabilité civile, Unger propose d'adapter le régime de la responsabilité pour faute et d'introduire des règles pour une responsabilité pour risque. Dans ses livres sur « l'agir à risque propre » et sur « l'agir à risque d'autrui », il conçoit un régime de responsabilité sans faute qui tient compte surtout de la balance juste des intérêts des parties concernées ⁴³.

E. Sa position envers l'ABGB

Unger fut juriste pour la longue durée de six décennies. Cela explique

⁴¹ J. Unger, *Die Verträge zugunsten Dritter*, Jena, Mauke's Verlag 1869 (publié aussi dans : *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*).

⁴² Traduction basée sur M. Doucet, *Code civil général autrichien*, Vienne, Imprimerie nationale de France, 1947, p. 154 et suivantes. Version allemande : § 881 ABGB (1) *Hat sich jemand eine Leistung an einen Dritten versprechen lassen, so kann er fordern, daß an den Dritten geleistet werde.* (2) *Ob und in welchem Zeitpunkt auch der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, vom Versprechenden Erfüllung zu fordern, ist aus der Vereinbarung und der Natur und dem Zweck des Vertrages zu beurteilen. Im Zweifel erwirbt der Dritte dieses Recht, wenn die Leistung hauptsächlich ihm zum Vorteile gereichen soll.* (3) *Das Recht auf die bei einer Gutsabtretung vom Übernehmer zugunsten eines Dritten versprochenen Leistungen gilt mangels anderer Vereinbarung dem Dritten als mit der Übergabe des Gutes erworben.*

⁴³ M. Mathiaschitz, „*Handeln auf eigene Gefahr*“ - Joseph Unger und seine Konzeption einer verschuldensunabhängigen Haftung „*pro utilitate communi*“, Dissertation, Wien, Universität Wien, 2017, p. 159-175.

que sa pensée juridique évolua considérablement. Un peu comme Jhering, on peut identifier d'abord une phase pandectiste et plus tard une approche plus pragmatique et même socialiste ⁴⁴.

Cette flexibilité des perspectives se manifeste aussi dans la position d'Unger envers le code civil autrichien. Dans son système du droit privé autrichien, on y trouve maints commentaires critiques sur l'ABGB, surtout en ce qui concerne l'élément jus-naturaliste du code. Joseph Unger était un adversaire des principes issus du droit naturel, dont il n'est toutefois ouvertement question que dans un nombre restreint de paragraphes de l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*.

Ainsi le paragraphe 7 présente-t-il le droit naturel comme principe directeur de l'interprétation du juge :

§ 7 ABGB ⁴⁵

Si un cas litigieux ne peut se résoudre ni d'après le texte, ni d'après le sens naturel d'une loi, on doit s'attacher aux cas semblables résolus par les lois et aux motifs d'autres lois analogues. Si le cas litigieux demeure encore douteux, on doit statuer d'après les principes fondamentaux du droit naturel, en tenant compte des faits soigneusement rassemblés et minutieusement examinés.

Or, pour Joseph Unger, au début de sa carrière, cette disposition ne constituait rien d'autre que la « satisfaction d'un besoin purement théorique du Législateur » ⁴⁶. Vers la fin du XIX^e siècle et après avoir étudié le projet du code civil allemand, Unger exprima beaucoup plus d'admiration pour le code autrichien : « Remercions Dieu que nous ayons notre code autrichien ». À cette époque, il fit l'éloge du langage naïf et simple de l'ABGB et de son pouvoir d'adaptation aux besoins de la société moderne. Au lieu de ridiculiser la référence aux principes naturels de droit, il vit alors, dans les règles des paragraphes 6 et 7 de l'ABGB, l'expression d'une liberté

⁴⁴ E.-S. Meissel, *Der Jurist als „politischer Professor“*, M. Ash, J. Ehmer (dir.), Universität – Politik – Gesellschaft, Göttingen, V&R unipress, 2015, p. 216.

⁴⁵ Traduction de M. Doucet, *Code civil général autrichien*, Vienne, Imprimerie nationale de France, 1947, p. 11. Version allemande : *Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinn eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt ein Rechtsfall noch zweifelhaft, so muß solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.*

⁴⁶ J. Unger, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1856, p. 71.

du juge de chercher une solution juste qui permet de balancer les intérêts des parties en question ⁴⁷.

Désormais, le caractère « ouvert » de l'ABGB et la liberté du juge d'opérer non seulement par analogie, mais de recourir aussi aux principes naturels du droit (§ 7 ABGB) sont redécouverts et estimés. Le même Unger, qui avait soutenu une position strictement positiviste dans son premier volume du « Système du droit privé autrichien » (1856), souligne à la fin du siècle la liberté du juge de créer du droit, non pas contre la loi, mais au moins *praeter legem*, c'est-à-dire au-dehors de la loi ⁴⁸. Une place privilégiée est aussi accordée à la doctrine juridique qui selon Unger devrait développer la science juridique, afin d'adapter le droit aux besoins actuels d'une société industrialisée et marquée par des inégalités sociales ⁴⁹.

De même, l'idée de l'équité en droit n'est plus critiquée comme une idée vague et floue, mais vue comme la tâche la plus noble du juriste. Dès lors Unger ne s'oppose plus à la conception d'une responsabilité civile équitable, telle qu'elle est prévue dans le § 1310 ABGB. Le § 1310 est une norme du droit des dommages-intérêts qui permet d'attribuer la responsabilité civile d'après une appréciation équitable des faits du cas concret dans le cas où un dommage est causé par le comportement d'une personne dépourvue de capacité délictuelle en raison de sa jeunesse :

§ 1310 ABGB ⁵⁰

Si la victime ne peut, de cette manière, recevoir de dédommagement, le juge doit décider s'il y a eu lieu à un dédommagement total ou seulement partiel équitable, en examinant, d'après les circonstances, si une faute

⁴⁷ J. Unger, *Zur Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, in (Grünhut's) *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* 31 (1904), p. 389-406, en particulier p. 390.

⁴⁸ J. Unger, *Zur Revision des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches*, in (Grünhut's) *Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart* 31 (1904), p. 389 (ici p. 398 et suivantes).

⁴⁹ F.-S. Meissel, *Der Jurist als „politischer Professor“*, M. Ash, J. Ehmer (dir.), Universität – Politik – Gesellschaft, Göttingen, V&R unipress, 2015, p. 216.

⁵⁰ Traduction de M. Doucet, *Code civil général autrichien*, Vienne, Imprimerie nationale de France, 1947, p. 208. Version allemande : *Kann der Beschädigte auf solche Art den Ersatz nicht erhalten; so soll der Richter mit Erwägung des Umstandes, ob dem Beschädiger, ungeachtet er gewöhnlich seines Verstandes nicht mächtig ist, in dem bestimmten Falle nicht dennoch ein Verschulden zur Last liege; oder, ob der Beschädigte aus Schonung des Beschädigers die Vertheidigung unterlassen habe; oder endlich, mit Rücksicht auf das Vermögen des Beschädigers und des Beschädigten; auf den ganzen Ersatz, oder doch einen billigen Theil desselben erkennen.*

n'incombe pas, dans ce cas déterminé à celui qui a causé le dommage, bien qu'il n'ait pas habituellement l'usage de sa raison, ou bien si la victime n'a pas renoncé à se défendre pour ménager l'auteur du dommage, ou finalement, en tenant compte de la fortune de la victime et de celle de l'auteur du dommage.

En ce qui concerne l'ABGB, Unger ne propose plus de le remplacer par un code allemand (tel était le rêve du jeune Unger avant la création du Reich allemand en excluant l'Autriche), mais, dans un article célèbre de 1904, il plaide pour une révision partielle du code, une entreprise qui a été réalisée par les trois nouvelles de l'ABGB de 1914 jusqu'à 1916. Ces nouvelles de l'ABGB ne donnaient pas seulement l'occasion d'assimiler l'ABGB à la dogmatique juridique allemande, mais elles servaient aussi à réaliser des réformes nécessaires à cause des développements et changements sociaux⁵¹.

Au cours d'une longue vie productive, Unger s'est émancipé de la science pandectiste pour s'orienter vers une conception du droit proche des idées de Jhering et de la jurisprudence des intérêts. Cette évolution de sa pensée est bien liée à la « question sociale » qui s'imposa à la fin du XIX^e siècle, comme conséquence du développement industriel et commercial. Une sensibilité plus élevée aux besoins des couches sociales défavorisées conduisit la doctrine juridique à chercher un juste équilibre des intérêts et Unger fut un partisan de cette nouvelle tendance dominante⁵².

*

* *

Mort en 1913, juste avant la chute de l'Empire autrichien et de ce « monde d'hier » dont Zweig a dessiné un portrait si nostalgique, le personnage de Joseph Unger continue à fasciner les juristes en Autriche. C'est un savant dont la méthode paraît toujours exemplaire pour la science civiliste et un homme politique dont les idées libérales et sociales ont contribué à l'établissement de l'État de droit actuel⁵³. De plus, Unger était

⁵¹ M. Mathiaschitz, „Handeln auf eigene Gefahr“ - Joseph Unger und seine Konzeption einer verschuldensunabhängigen Haftung „pro utilitate communi“, Dissertation, Wien, Universität Wien, 2017, p. 269-281.

⁵² F.-S. Meissel, *Der Jurist als „politischer Professor“*, M. Ash, J. Ehmer (dir.), Universität – Politik – Gesellschaft, Göttingen, V&R unipress, 2015, p. 213.

⁵³ F.-S. Meissel, *Joseph Unger und das Römische Recht – Zu Stil und Methoden der österreichischen Pandektistik*, in H.-P. Haferkamp, T. Repgen (dir.), *Wie pandektistisch war die Pandektistik? -Symposion aus Anlass des 80. Geburtstags von Klaus Luig am 11. September 2015*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 33.

un orateur brillant et un écrivain d'un esprit exceptionnellement ouvert, un Autrichien d'une époque dans laquelle l'empire autrichien avait un caractère plurinational et, dans un certain sens, européen et même cosmopolite. À cet égard, un juriste comme Joseph Unger peut toujours nous servir de référence et de modèle.

*Notes sur le précédent en common law
au regard de l'œuvre de William Searle Holdsworth**

Frédéric Rideau
Maître de conférences à l'Université de Poitiers

*If we were guided only by precedent, manifestly
nothing in our procedures would ever change,*
John Bercow, Janvier 2019

William Searle Holdsworth, fils d'un *solicitor*, et descendant d'Oliver Cromwell par la branche maternelle, est né dans le Kent en 1871. Il fit de brillantes études d'histoire et de droit à Oxford, sans doute déjà dans la perspective de se voir octroyer la prestigieuse *Vinerian scholarship*, une étape salubre dans l'accès à la plus ancienne chaire professorale du même nom, inaugurée par William Blackstone en 1758. Son ami et camarade d'études, Frederick Edwin Smith, futur Lord Chancellor de Lloyd Georges en 1919 et Lord Birkenhead, le devança d'ailleurs en 1896 dans l'octroi de cette fameuse bourse. Ils demeurèrent néanmoins amis, tint à préciser l'un de ses éditeurs posthumes, Harold Greville Hanbury, mais cet échec relatif eut pour effet d'inciter le jeune juriste historien à envisager la pratique du droit et la fréquentation du *Lincoln's Inn*¹. Son cœur restait en effet « du côté académique » et il reviendra parallèlement très vite enseigner le droit à Oxford, dans un premier temps comme *lecturer*. Il parviendra enfin à succéder en 1922 comme *Vinerian professor of English law* à deux

* Ma reconnaissance et mes remerciements vont à Arnaud Vergne, pour avoir permis et organisé si efficacement le colloque international en l'honneur du Doyen Chêne dont est issue cette communication, et à Christian Chêne justement, sans qui, m'ayant guidé il y a déjà bien longtemps dans l'étude du droit anglais, un tel sujet aurait été loin d'être seulement envisageable...

¹ Éditeur et quasi-successeur de Holdsworth à cette même chaire, puisque Hanbury devint *Vinerian Professor of English Law* en 1949 à la suite de l'avocat Geoffrey Chevalier Cheshire qui en fut titulaire quelques années (1944-1949). Nous nous appuyons d'ailleurs, pour cette partie introductive biographique, sur la notice réalisée par Hanbury lui-même, travail revu par le Professeur David Ibbetson, « Holdsworth, Sir William Searle (1871-1944) », *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford University Press (2014), p. 630-632 (p. 630).

illustres prédécesseurs, Albert Venn Dicey et William Martin Geldart. Un tel aboutissement académique n'a pas empêché Holdsworth de poursuivre une activité de *tutorials*, bénévole, convaincu que ces leçons particulières, au côté de l'enseignement magistral, relevaient de ses obligations les plus élémentaires ².

La composition de l'œuvre de sa vie, *A History of English Law*, débuta au début du XX^e siècle. Le premier volume parut en 1903. Le dernier (le douzième) de son vivant, en 1938, pour un total d'environ 7000 pages ³. Quatre volumes supplémentaires, le dernier constituant l'indispensable index d'une telle somme, furent publiés par Arthur Lehman Goodhart et Hanbury sur la base des notes qu'il avait laissées ⁴. Ce travail, outre le fait qu'il fut accompagné par de nombreux articles ⁵, ainsi que des ouvrages portant notamment sur les grands historiens du droit anglais, reste ainsi d'une ampleur incomparable, d'autant plus marquante que son auteur s'efforça surtout seul, pendant 40 ans, de le mener à bien, de surcroît sur la base de l'ensemble de la littérature juridique disponible à son époque : les supports essentiels à tout praticien de *common law*, à commencer par les recueils judiciaires (*English year books* et autres *reports...*), l'histoire parlementaire et politique et, avec une même aisance, l'ensemble de la doctrine juridique de son époque, anglaise mais aussi française, notamment. Le juge Lord Wright (Robert Alderson Wright) s'interrogea d'ailleurs sur le fait de savoir si Holdsworth, tant au regard de son parcours que de sa capacité à appréhender et associer ces différentes sources, « pouvait être plus adéquatement perçu comme un avocat devenu historien, ou un historien devenu avocat » ⁶. En

² Même si, pour l'anecdote, il semblerait que Holdsworth se soit révélé assez soporifique en amphithéâtre... (*ibid.*, p. 631).

³ William Searle Holdsworth, *A History of English Law*, 12 volumes, London, Methuen & CO. LTD, 1909-1952 (pour les abréviations utilisées, voir *infra* note 5).

⁴ Harold G. Hanbury, *op. cit.*, p. 631. Arthur Lehman Goodhart, d'origine américaine, fut professeur de jurisprudence à Oxford au cours des décennies 1930 et 1940. Son ouvrage, *English Law and The moral Law*, London, Stevens & Sons Limited, 1953, eut une grande notoriété.

⁵ Articles (ou même essais) qui mettaient souvent en valeur l'*Histoire du droit anglais* en s'y rapportant largement, mais au service de réflexions ou enseignements mis en exergue de manière condensée et pédagogique, et notamment, sur la question du précédent, *Case Law* (que nous utiliserons *infra*). L'article *Case Law*, dans la réédition de 1946, sera donc largement exploité ici et aura pour abréviation, sans rappel de l'auteur, *Case Law*. *A History of English Law*, 12 volumes, Methuen & CO. LTD, 1909-1952 reprendra celle d'Holdsworth lui-même dans cet article : *H. E. L.* (plus le numéro de volume).

⁶ « In memoriam : Sir William Searle Holdsworth..., 1871-1944 », *Law Quarterly Review*, 60 (1944), p. 145, cité par H. G. Hanbury, *op. cit.*, p. 631 : « Lord Wright wondered whether 'he could more properly be called a lawyer turned historian or a historian turned lawyer' ».

réalité, il resta en contact avec ses collègues de la pratique, après ses années passées à enseigner dans les *Inns of Courts* (lui-même *bencher* du *Lincoln's inn* à partir de 1924), conseilla le gouvernement, par exemple en tant que membre du *Indian States Committee*, tout en trouvant du temps pour se préoccuper de la question de la transmission du savoir juridique au sein de la *Society of Public Teachers of Law*. L'impondérable rattrapa néanmoins l'éminent professeur, et cette énergie presque inépuisable n'a pu venir à bout de son désespoir, associé à la maladie, de perdre son fils en 1942, mort au combat au sein de la *RAF* : il le suivra en 1944 ⁷.

À l'image du parcours de vie de l'auteur, son œuvre, en particulier l'emblématique *Histoire du droit anglais*, se caractérise ainsi sans aucun doute par sa générosité. Comme le dit l'historien du droit Theodore Plucknett, « la rugueuse *common law* de Coke, le rationalisme légal de Bacon, les subtilités de Fearne et de Butler, tout comme le cosmopolitisme urbain de Mansfield et de Blackstone, tous reçurent de lui une récompense bien méritée par les appréciations qu'il leur réserva » ⁸. De même, cette méticulosité systématique dans la recherche, la multiplicité et la variété des sources, confèrent certainement à la lecture de ce travail, encore aujourd'hui, un réel sentiment d'impartialité ⁹. William Holdsworth se montra toutefois dubitatif, pour ne pas dire amer, sur l'orientation « légale positiviste » du système juridique anglais aux XIX^e et XX^e siècles. Alors que la balance des pouvoirs politiques avait fini par se réaliser selon lui sous la suprématie d'une *common law* patiemment administrée par des juges indépendants, il eut le sentiment que cet équilibre évolua trop radicalement au XIX^e siècle au profit de l'exécutif (« cabinet ») ¹⁰. Un équilibre qui favorisait en tout cas la montée en puissance du *statute* et des débats proprement législatifs face à une construction jurisprudentielle jusqu'alors traditionnelle au sein du système anglais. Sans évoquer ici l'influence bien connue de Bentham, au moins

⁷ *Ibid.*, p. 632.

⁸ *Ibid.*, p. 631 : « *The rugged common law of Coke as well as the legal rationalism of Bacon, the subtleties of Fearne and Butler as well as the urbane cosmopolitanism of Mansfield and Blackstone, all received from him their due meed of appreciation* ». Charles Butler (1750-1832) fut un éminent avocat britannique catholique (1750-1832) et Charles Fearne (1742-1794), se fit notamment connaître par la publication d'un influent *Essay on the Learning of Contingent Remainders and Executory Devises* (1772). Lord Mansfield (William Murray) fut *Lord Chief Justice* à la tête du *King's Bench* à partir de 1756 (cf. *infra*). Enfin, sans doute est-il inutile de présenter William Blackstone, premier *Vinerian Professor of English Law* en 1758, et auteur des *Commentaries on the Laws of England*, parus pour la première fois en 1765.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

jusqu'à sa mort en 1832, Albert Dicey, dans ses célèbres *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England during the Nineteenth Century* (publiées en 1905), constatait pour son pays, même en l'absence de ruptures politiques de type révolutionnaire, cette inflation législative marquante du XIX^e siècle : d'une vingtaine de *statutes* élaborés par an à la fin du XVII^e siècle, plus de 240 lois peuvent être annuellement recensées sous Georges III (de la décennie 1760 jusqu'en 1820), une tendance confirmée sur la période 1830-1914 et faisant du Parlement, selon Dicey, une véritable « machine législative »¹¹. Les effets de cette évolution furent parfois vécus de manière traumatisante, et ce dans des débats compliqués portant sur des pans du droit encore à défricher. Le *Serjeant-at-Law* devenu parlementaire Thomas Noon Talfourd, par exemple, qui portait dans les années 1830 une réforme d'envergure du système de *copyright*, estima faire les frais de cette mécanique, en regrettant qu'une telle question soit alors livrée « à la merci des parlements successifs »¹².

En outre, à la même époque, le système anglais se transformait structurellement, de l'abolition des procédures traditionnelles d'accès aux tribunaux de *common law* à partir des années 1830 (les « *forms of action* ») jusqu'à la réorganisation judiciaire de 1873 à 1875 (les *Judicature Acts*). C'est bien cette dernière date qui avait été, semble-t-il, d'emblée conçue par Holdsworth comme le terme de son *Histoire du droit anglais*, et bien que l'œuvre ne fut pas élaborée de manière purement chronologique, les principales évolutions du système juridique anglais au XIX^e siècle (voire même au XX^e sur certains points), firent de toute façon – faut-il y voir quelque ironie ? – l'objet des quatre derniers volumes publiés à titre posthume...¹³ Ainsi, malgré une volonté constante de neutralité, au-delà des circonstances et de ces choix éditoriaux, Holdsworth cacha mal, ou plutôt ne dissimula pas son admiration pour une période où la *common law* connut peut-être

¹¹ Selon l'affirmation d'Albert Dicey, le célèbre prédécesseur déjà mentionné de Holdsworth, cité par Denis Baranger, qui rapporte également ces chiffres, in *Penser la loi, Essai sur le législateur des temps modernes*, L'esprit de la Cité, Gallimard, 2018, p. 53-54.

¹² « ...the rights of authors were delivered up to the mercy of succeeding Parliaments! », in Thomas Noon Talfourd, *Three Speeches delivered in the House of Commons in favour of a measure for an extension of Copyright*, London, E. Moxon, 1840, p. 9. Tentative de réforme qui aboutira néanmoins en 1842 – *Copyright Act* de 1842 – mais sans son rapporteur initial, qui avait perdu son siège au sein de la Chambre des Communes. Nous reviendrons incidemment sur cette question *infra*, car elle impliqua la confrontation de conceptions opposées du précédent, mais jusqu'en 1774, pour des raisons qu'il n'est pas utile de détailler ici, le droit d'auteur fut en effet essentiellement débattu dans ses fondements au sein des cours de *common law* et en *equity*.

¹³ H. G. Hanbury, *op. cit.*, p. 631.

une sorte d'apogée : celle de la deuxième moitié du XVIII^e siècle, celle de Blackstone justement. Ces affinités, peut-être trop éloquentes pour un historien du droit aussi méthodique, vaudront naturellement au *Vinerian Professor* des critiques, qui lui furent d'ailleurs déjà contemporaines : à l'occasion de la recension de *The Historians of Anglo-American Law*, le juriste américain Paul Sayre, par exemple, en 1928, confessa son regret d'avoir pu trouver au sein de ce nouvel ouvrage « tant de louanges pour Blackstone comme historien, et si peu de critiques contre son évidente tendance à tout défendre dans la *common law*, bien ou mauvais »¹⁴. « *Good or bad* », à moins qu'il ne s'agisse au fond de l'incertitude intrinsèquement liée à l'application du précédent, pierre angulaire de la construction jurisprudentielle de la *common law*, ce que ces quelques « notes » sur la question n'ont naturellement pas la prétention de clarifier, loin de là.

Toujours est-il que l'attrait de Holdsworth pour cette seconde moitié du XVIII^e siècle coïncide, comme on le sait, avec la défense d'une certaine « rationalité » du système anglais face aux développements des codifications continentales : celle découlant du fameux principe du *stare decisis*, l'étude de la *summa ratio* ou de la *ratio decidendi* de chaque décision des cours de *common law* (*decided cases*) étant ainsi susceptible de révéler, par leur enchaînement, l'essence du droit anglais (1). Pour autant, puisqu'il est question de raison dans le développement de cette jurisprudence (au sens français...) si typique, ce fut aussi une période au cours de laquelle la nature du précédent fut âprement débattue par d'illustres protagonistes et témoins directs de la construction du droit anglais : entre rigueur et souplesse dans l'application précédent, la recherche d'une voie équilibrée, médiane, permettant de déterminer au mieux ce droit commun (2). Enfin, aucun des éléments de cette détermination, à partir de la *ratio decidendi* de chacun de ces *cases*, n'aurait pu être accessible sans les sources les plus adaptées au système de *common law* – et l'on rejoint ici d'une certaine manière la question de la transmission, si chère à Holdsworth –, c'est-à-dire la question des *reports* (*Year Books*, et autres *English Reports*...) et de l'art si délicat du *reporting* (3).

¹⁴ Paul L. Sayre, « The Historians of Anglo-American Law, by William Searle Holdsworth », *Indiana Law Journal* (1928), Vol. 3, Issue 8, Article 6, p. 680 : « *The reviewer must confess, however, that he was depressed to find so much commendation for Blackstone as an historian and so little criticism of Blackstone's obvious tendency to defend everything in the common law, good or bad* ». Paul Sayre devint professeur de droit à l'Université d'Iowa en 1930. Voir également Richard A. Cosgrove, « The Culture of Academic Legal History: Lawyers' History and Historians' Law 1870-1930 », 33 *Cambrian Law Review* (2002), p. 23-34.

1. Case-law et précédent

Le premier volume de *A History of English Law*, tel un prologue, s'attachait à présenter l'organisation judiciaire de Guillaume le Conquérant jusqu'à la réorganisation de 1875. Comme le soulignait en effet Harold Hazeltine en 1912, c'est bien parce que le droit anglais est « largement un *case-law* » que Holdsworth estima judicieux de faire précéder l'« histoire du droit » à proprement parler par celle de « l'histoire des cours judiciaires anglaises »¹⁵. Un *case law* qui s'édifia donc sur la logique du *stare decisis* (*stare decisis et quieta non movere*), politique ou usage jurisprudentiels dont la formulation théorique est censée avoir été « essentiellement » accomplie à la fin du XVIII^e siècle : le *Vinerian Professor* s'opposa d'ailleurs de manière symptomatique à son collègue Carleton Allen, qui situait quant à lui un tel achèvement au XIX^e siècle¹⁶. La règle générale, appréhendée « superficiellement », impliquait qu'une affaire – une décision (*a decided case*) – produise le droit (« *makes law* ») pour les futures litiges¹⁷. C'est la raison pour laquelle les magistrats veillaient à l'application de précédents dont ils n'approuvaient pas toujours la teneur, dans la mesure où, comme Lord Eldon l'exprima en 1803, « il est mieux que le droit soit certain plutôt que chaque juge ne se mette à spéculer sur ses améliorations »¹⁸. Cela étant, sans entrer ici dans le détail de l'organisation judiciaire anglaise et de ses hiérarchies, on reconnaît aisément avec Holdsworth que plus la théorie – « *[a] decided case makes law for futur cases* » – est confrontée à l'analyse, plus elle pose évidemment de questions, comme en témoignait la formulation, à première lecture anodine, de James Rams en 1834 : « Une affaire déjà décidée est appelée un précédent : et constitue une autorité, qui, dans beaucoup de circonstances, lie une cour pour produire la même décision dans une affaire similaire »¹⁹. Une autorité du précédent qui ne s'impose

¹⁵ Harold D. Hazeltine, « Holdsworth's History of English Law », *Political Science Quarterly*, vol. 27, n° 1, (1912) p. 126 : « *In view of the fact that English law is largely case-law, it seems fitting that the history of the courts should precede the history of the law itself* ». Harold Dexter Hazeltine fut professeur de droit à l'Université de Cambridge, avant de revenir aux États-Unis au moment de la deuxième guerre mondiale.

¹⁶ *Case Law*, p. 147. Sir Carleton Kemp Allen fut professeur de jurisprudence à Oxford à la fin des années 1920 (avant de devenir *Warden of Rhodes House*).

¹⁷ *Ibid.* : « *If we look at it superficially, it appears to be a simple theory...* ».

¹⁸ *Ibid.*, p. 152 : Holdsworth cite en effet cette opinion dans l'affaire *Sheddon v. Goodrich* (1803) 8 Ves. 481, 497 : « ... *it is better the law should be certain than that every judge speculate on improvements in it* ».

¹⁹ *Ibid.*, p. 148, cité par Holdsworth (in *The Science of Legal Judgment*, London, 1934 p. 112) : « *a case decided is called a precedent; and is an authority, which, under many*

donc pas de manière absolue mais en général et, ajoutait le grand historien du droit Frederick Pollock, également sollicité par William Holdsworth, en l'absence de « raisons majeures » qui indiqueraient la nécessité évidente de s'y soustraire (« ...*in the absence of strong reasons to the contrary* »)²⁰.

Ainsi, pour bien comprendre un principe qui ne peut réellement exister que par ses nuances, c'est bien l'histoire de son application, soulignait le professeur d'Oxford, qu'il faut privilégier, c'est-à-dire examiner « la manière par laquelle la théorie moderne a été développée pendant les XVI^e, XVII^e, et XVIII^e siècles »²¹. C'est d'ailleurs en substance le sens de la définition proposée par Blackstone à la fin du siècle des Lumières, selon laquelle ces règles et précédents, à moins d'être tout à fait « absurdes ou injustes », doivent être suivis, car « bien que leur raison puisse ne pas être d'emblée évidente », une « déférence pour les anciens temps » est indispensable pour ne pas supposer que l'on parvenait à ces solutions avec une totale désinvolture²². Anciens temps, et même des temps immémoriaux... (« *time out of the mind* »)²³ ! Au-delà d'être simplement une autorité produisant des « commandements » ou exprimant des principes universels, un tel processus collectif participait ainsi de la volonté d'ancrer la solution élaborée, sa « *summa ratio* » selon l'expression privilégiée d'Edward Coke au XVII^e siècle, dans le droit pris dans sa globalité, en « maintenir la constance et la cohérence », pour reprendre également Matthew Hale à la même époque²⁴. Dans cette perspective, la

circumstances, binds a court to make the same decision in a future similar case ».

²⁰ *Ibid.* Pour la grande évidence avec laquelle le précédent doit s'avérer éronné, on se réfère par exemple au propos de Lord Tenterden en 1832 (rapporté par Holdsworth, *ibid.*, p. 152, in *Selby v. Bardons* (1832), 3 B. & Ad. 2, 17) : « *the decisions of our predecessors, the judges of former times, ought to be followed and adopted, unless we can see very clearly that they are erroneous, for otherwise there will be no certainty in the administration of the law* ».

²¹ *Ibid.*, 148 : « *We can only discover the meaning of the rule and its qualifications if we examine the way in which the modern theory was developed during the sixteenth, seventeenth, and eighteenth centuries* ».

²² William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England (Book the First)*, Oxford, Clarendon Press, 1765, p. 70 : en principe, « [*t*]he doctrine of the law [...] is this: that precedents and rules must be followed, unless flatly absurd or unjust : for though their reason be not obvious at first view, yet we owe such a deference to former times as not to suppose that they acted wholly without consideration ».

²³ *Ibid.* : « *It has been determined, time out of mind, that a brother of the half blood [...] shall never succeed as heir to the estate of his half brother, but it shall rather escheat to the king, or other superior lord* ».

²⁴ Gerald J. Postema, « Classical Common Law Jurisprudence (Part I) », 2 *Oxford University Commonwealth Law Journal* (2003), p. 178, cité par Neil Duxbury, *The Nature and Authority of Precedent*, Cambridge University Press, 2008, p. 48-49 ; pour Coke et Hale en effet, selon Postema : « *In 17th century common law parlance, for a... judgment to be 'against reason' (or often 'inconvenient') was for it to be inconsistent with the law as a*

pratique de cette règle générale – « ...*that decided cases were authoritative* » – fut ainsi très tôt adoptée par l'ensemble des cours de *common law*, la Cour de la Chancellerie (et même la *Star Chamber*), c'est-à-dire dès la deuxième moitié du XVI^e siècle et jusqu'au début du XVII^e, selon Holdsworth : une sorte de « chaîne d'autorité » (« *a chain of authority* ») constitutive d'un système dont les effets allaient se prolonger jusqu'au XIX^e siècle²⁵. Coke soutint même la pertinence de cette logique judiciaire et jurisprudentielle au point d'affirmer que ces principes propres à la construction du droit anglais ne devaient pas être perturbés par le Parlement lui-même. Une exagération sans doute coutumière du grand juge, pour Holdsworth, mais révélatrice de la ferveur attachée à la défense d'un tel système, la confiance dans sa fiabilité et sa prévisibilité dans la révélation de ce que le droit doit être²⁶. Car en effet, Coke, Hale, puis Blackstone, s'accordaient bien sur ce principe fondamental que ces *decided cases* ne faisaient pas le droit, n'étaient pas le droit, à proprement parler, mais constituaient essentiellement la preuve (« *evidence* ») de ce qu'est la *common law* – la fameuse *declaratory theory (of the common law)* –²⁷. Un point cardinal qui permettait par conséquent d'assurer (et d'assumer), sans incohérence, toute la légitimité nécessaire aux potentielles inflexions portées à cet immémorial cheminement, en particulier face à des décisions clairement injustes ou erronées : celles-ci, par définition, ne participaient pas à ce dévoilement du droit, et elles pouvaient dès lors être contournées. L'histoire jouant ce rôle crucial dans la formation de cette « chaîne d'autorité », plus que l'effet de la raison naturelle d'un individu « compétent », par exemple pour Hobbes, cette lente et graduelle

whole, to fail to fit coherently into the common law. To understand law as rational (summa ratio, as Coke liked to say) was not to regard it as derivable from universal first principles, but rather to approach it on the assumption that it exists as a coherent whole. 'Rational' means 'rationally coherent'. The 'reason' and 'certainty' of the law, Hale argued, depended on judges 'keep[ing] a constancy and consistency of the law to itself' ».

²⁵ *Case Law*, p. 149. Un autre illustre protagoniste de cette histoire, Francis Bacon, cité par Holdsworth, évoque ainsi des « ancrés » : « *In the early seventeenth century Bacon said 'decided cases are the anchors of the laws, as laws are for the state'* ».

²⁶ *Ibid.*, p. 153 : « *It was quite clear that no one really believed, not even Coke himself, that the principles of the common law could control an Act of Parliament;...* ». Et ce même s'il y eut des occasions où certains juges de *common law* tentèrent de contourner un *statute* (cf. *infra*, à propos du *copyright*).

²⁷ *Ibid.*, p. 152 : « *...the principle stated by Coke, Hale, and Blackstone, that these cases do not make law, but are only the best evidence of what the law is* ». Ou encore, selon le principe énoncé par Blackstone, *op. cit.*, p. 71 : « *Upon the whole however, we may take it as a general rule 'that the decision of courts of justice are the evidence of what is common law:' in the same manner as, in the civil law, what the emperor had once determined was to serve for a guide for the future* ».

fixation de la *common law* par la raison judiciaire tenait ainsi plus, chez Coke comme pour Hale, d'une sorte de raison « artificielle », empreinte d'expérience et de culture juridique (on y reviendra plus bas) ²⁸.

Quelle que soit ici la nature de la raison à l'œuvre, il restait à savoir comment elle se frayait un chemin dans ce processus de révélation de la règle de droit. C'est-à-dire ce qui constituait plus concrètement l'élaboration du précédent au sein d'une institution judiciaire dont la physionomie particulière autorisait de surcroît la diversité des raisonnements et des opinions aboutissant à la décision. Sans développer ici cette question inépuisable, on peut tenter d'en énoncer brièvement la difficulté, celle qui impliquait d'extraire de l'affaire la *ratio decidendi*, « la raison de la décision » ou la « raison de décider », condition *sine qua non* de la détermination du précédent ²⁹. Pour le résumer, ce processus d'extraction consisterait notamment à « coller aux principes sur lesquels une décision a été prise et laisser de côté ceux sur lesquels elle aurait pu être décidée » ³⁰. Une dynamique en fait ancienne, technique de dissection du *case*, dont William Fulbeck avait observé dès 1600 certains caractères, en s'efforçant de séparer, dans le travail des magistrats, « les points principaux » (« *the principal points* ») des « sujets annexes » (« *bye-matters* ») ³¹. Le juge Vaughan, en 1673, eut encore l'occasion de préciser que les réflexions incidentes, abordées en passant, devaient être séparées des opinions indispensables à la décision et revêtant de ce fait une nature réellement (« *truly* ») judiciaire ³². Il s'agissait donc de la

²⁸ Neil Duxbury, *op. cit.*, p. 49. Pour Hobbes, qui, dans le *Léviathan*, ne conférait justement pas une telle autorité au précédent, c'est bien cette raison naturelle qui fait principalement que l'on s'écarte éventuellement de celui-ci : « *Hobbes appreciated that precedents may be treated as authoritative, but did not consider that they must be : judicial reason, he claimed, is neither the artificial perfection of reason extolled by Coke nor the 'right reason' of the sovereign, but merely the natural reason of any competent person ; judges are as prone to error as anyone else, and so while a judge today might well follow an example set by his forebears because he finds it satisfactory, he should not consider it binding – even 'though sworn to follow it' – if he considers it mistaken* » (*Ibid.*, p. 17).

²⁹ *Ibid.*, p. 67 : « *Ratio decidendi can mean either 'reason for the decision' or 'reason for deciding'* ».

³⁰ *Ibid.*, p. 81 : « *To discover the ratio decidendi, he urged, one must stick to the grounds on which a case was decided and leave aside those on which it could have been decided* ». Neil Duxbury résume en effet ici la pensée de Goodhart sur la question (cf. A. L. Goodhart, « Three cases on Possession », 3 *Cambridge Law Journal* (1928), p. 197-203).

³¹ *Ibid.*, p. 67 (in William Fulbeck, *Direction, or Preparative to the Study of Law*, 2^e éd., London, Clarke, 1829 – éd. originale en 1600 –, p. 237-238).

³² *Case Law*, p. 150, selon les termes d'Holdsworth (« ... *opinions necessary to the decision, and therefore truly judicial...* »), avant de citer Vaughan C.J., devant la *Court of the Common Pleas* (in *Bole v. Horton*, Vaughan (1673), 360, 382) : « *An extra judicial*

distinction bien connue, du moins normalement familière à tous les juristes de *common law*, entre la *ratio decidendi* et les *obiter dicta*. Guide pratique en apparence, celle-ci n'en était pas moins éminemment complexe à appliquer, ne serait-ce justement que parce que si le raisonnement judiciaire peut faire partie intégrante de la *ratio decidendi*, la « *ratio* elle-même est plus que ce raisonnement... »³³. Lord Asquith, juge au sein de la *Court of Appeal* à partir de 1946, s'amusa, malgré tout, des problèmes suscités par un tel écheveau judiciaire : « J'ai consulté... l'une de nos plus grandes sommités judiciaires – quelqu'un qui a proposé des contributions de référence sur la question. Je l'ai croisé [et même « attrapé » – « *caught* » –] dans des circonstances moins sérieuses, et il m'a dit ceci : – 'la règle est plutôt simple : si vous êtes d'accord avec l'autre type, vous dites que c'est une partie de la *ratio* ; si ce n'est pas le cas, vous dites que c'est '*obiter dictum*', avec l'implication qu'il est un idiot congénital' »³⁴. Une façon directe de dire, mais il n'était pas le seul, que la quête d'une méthode susceptible de mieux identifier la *ratio decidendi* était non seulement complexe, mais bien illusoire³⁵.

opinion given in, or out of Court, is no more than the prolatum or saying of him who gives it... An opinion given in Court, if not necessary to the judgement given of record, but that it might have been as well given if no such, or a contrary, opinion that had been broach'd, is no judicial opinion; but a mere gratis dictum ».

³³ Neil Duxbury, *op. cit.*, p. 67-68 : « *Judicial reasoning may be integral to the ratio, but the ratio itself is more than the reasoning, and within many cases there will be judicial reasoning that constitutes not part of the ratio, but obiter dicta ».*

³⁴ *Ibid.*, p. 90 : « *I consulted... one of our greatest judicial luminaries – one who has made classic contribution to this problem. I caught him in a light vein, and he told me this: – 'the rule is quite simple: if you agree with the other bloke, you say it's part of the ratio; if you don't, you say it's 'obiter dictum', with the implication that he is a congenital idiot' »*, cité par Neil Duxbury, *in Some aspects of the work of the Court of Appeal, Memorandum by Lord Justice Asquith*, 1950, Kew : The National Archives, p. 359.

³⁵ Neil Duxbury, *ibid.*, p. 85-86, évoque ainsi dans le détail les critiques contre certaines tentatives théoriques de détermination plus rigoureuse de la *ratio decidendi*, et cite, par exemple, la formule assez « désobligeante », pour reprendre ses termes, de Felix G. Cohen en 1937 contre les efforts de A. L. Goodhart en ce sens, les reléguant à « une chasse vaine à partir d'une logique confuse » : « *The search for a logical formula that will determine precisely what rule each decision implies is a wild goose chase starting from a logical confusion »*, in « *The problems of a Functional Jurisprudence* », 1 *The Modern Law Review* (1937), p. 20. Goodhart est d'ailleurs mentionné en note (33) par Cohen, mais comme exemple parmi d'autres auteurs se livrant à ces errements (« *For examples of this search see Goodhart...* », in « *Determining the Ratio Decidendi of a Case* », 40 *Yale Law Journal* (1930), p. 161). Cohen, sur cette recherche théorique (face à une question aussi empirique) et le fait que des « *legal rules* » puissent être déduits des décisions et que ces « *rules* » puissent lier (« *bind* ») des futurs juges, critiquait ainsi plus généralement ces efforts visant en quelque sorte à réconcilier le particulier à l'universel, c'est-à-dire intégrer chaque décision dans la chaîne d'autorité déjà évoquée par Holdsworth : « *As a matter of*

William Holdsworth entendait naturellement ces critiques, mais qui ne portèrent jamais de manière décisive dans son esprit : le respect du précédent ne constituait, encore une fois, qu'un moyen de dévoiler les principes du droit commun, et non une fin. Une « vérité » inlassablement soulignée, notamment au XVIII^e siècle, par de grands juges, Lord Hardwicke ou Lord Mansfield par exemple, qui rappelaient que le droit (tout comme l'*equity*) ne consiste pas en des précédents formels, mais en des principes généraux dont la raison peut être illustrée et explicitée à l'occasion de chacune de ces affaires³⁶. En somme, la règle du précédent, comme le rapportait Holdsworth, revenant à Bacon, telle l'aiguille magnétique, pointe vers le droit, mais ne le détermine pas en lui-même³⁷. Fort de ce recul sur le rôle réel des différentes *cases* et de leur autorité dans cette tâche judiciaire, le juriste de *common law* se devait néanmoins de trouver un équilibre, sorte de « *golden mean* » dans la manière d'appliquer les précédents, afin de mieux fixer par la raison ces règles générales et principes du droit commun anglais.

2. A golden mean

« [*T*]he golden mean », selon l'expression reprise par Holdsworth, c'est-à-dire une voie médiane idéale, le juste milieu entre « trop de flexibilité et trop de rigidité »³⁸. Seule cette souplesse mesurée devait permettre de conférer « au système juridique la rigidité nécessaire qu'il doit avoir pour posséder un corps de principes bien défini, et la flexibilité qu'il doit avoir

fact, no number of decisions can logically provide a rule of law, for the simple reason that a universal proposition can never be validly inferred from any number of particular propositions. A decision is a particular proposition, and a rule of law is a universal proposition » (ibid).

³⁶ *Case Law*, p. 158 : par exemple Lord Hardwicke, rapporté par Holdsworth : «... neither law nor equity consists merely of casual precedents, but of general rules and principles by the reason of which, the several cases coming before the courts of justice, are to be governed... ». Le *Vinerian Professor*, qui, dans son *Histoire du droit anglais*, rappelait d'ailleurs avec admiration à propos notamment du travail accompli par ce grand magistrat, que ses décisions, notamment en *equity*, ne furent jamais contestées : « None of Hardwicke's decisions were ever reversed and only three were appealed against » (*H. E. L.*, XII, p. 284). Mieux qu'un éloge pour Montesquieu lui-même soulignait Holdsworth : « Montesquieu said that this fact was 'un éloge au-dessus de toute la flatterie' [en français dans le texte] » (*ibid.*)

³⁷ *Ibid.* : « The rule, like the magnetic needle, points at the law, but does not settle it ».

³⁸ *Ibid.*, p. 162 : « ...the golden mean between too much flexibility and too much rigidity... ».

pour s'adapter lui-même aux nécessités d'une société qui évolue »³⁹. En Angleterre, de toute évidence, ne serait-ce que sur le plan politique, cette dernière connaissait des évolutions majeures après la Glorieuse Révolution. Mais cet élan soutenu dans la modernité, à la fin du XVII^e siècle, puis au XVIII^e siècle, fut aussi l'occasion de confrontations directes entre juristes, avocats et juges sur le type de précédents méritant d'être conviés devant les tribunaux. Celles-ci se manifestèrent justement à propos de la revendication de nouveaux droits, à l'aune d'une justification en termes de droit naturel. Le rôle et la nature du *case law* furent en tout cas mis à l'épreuve, comme l'illustra longuement William Holdsworth dans le dernier volume (non posthume...) de son *Histoire du droit anglais*.

Ces débats se produisirent en particulier à propos d'un droit de propriété âprement revendiqué et discuté à cette époque, tant sur ses fondements, que sur son objet, inédit, à savoir le « droit » d'un auteur ou de son cessionnaire sur la production de son esprit après sa publication. Un monopole de reproduction au profit des auteurs et des libraires-imprimeurs (*booksellers* surtout, ancêtres des éditeurs) avait été institué formellement par un *statute* en 1710, sous le règne de la reine Anne – on évoque aussi le *Statute of Anne* –, loi qui limitait strictement cette exclusivité, selon le choix de la Chambre des Communes, à 14 années (durée renouvelable une fois). Si une telle limitation avait été décidée pour des motifs d'utilité publique – un domaine public élargi au profit des lecteurs –, elle revenait drastiquement sur des décennies d'usages corporatistes qui s'étaient traduits en pratique par des monopoles de reproduction très étendus, pour ne pas dire illimités, essentiellement au profit des grands *booksellers* londoniens⁴⁰. Au cours des débats, la loi de 1710 fut reléguée par ces derniers et leurs avocats à ne constituer qu'une garantie complémentaire, offrant simplement aux titulaires de l'exclusivité des sanctions légales immédiatement disponibles contre les contrefacteurs. Dans le même temps, un droit de propriété perpétuel fut revendiqué en *common law* (et en *equity*), droit dont la source émanait du travail individuel de l'auteur. C'est ainsi, sans entrer dans le détail procédural de ce conflit qui dura la majeure partie du XVIII^e siècle,

³⁹ *Ibid.* : « ...for it gives to the legal system the rigidity which it must have if it is to possess a definite body of principles, and the flexibility which it must have if it is to adapt itself to the needs of a changing society ».

⁴⁰ Cf. notamment Ronan Deazley, « Statute of Anne (1710) », in *Primary Sources on Copyright*, http://www.copyrighthistory.org/record/uk_1710. L'objectif affiché de cette législation (dans son titre même), bien qu'elle garantisse un droit de reproduction, était, de manière symptomatique, de favoriser l'encouragement de l'instruction (« *An Act for the Encouragement of Learning...* »).

la question de l'existence de la propriété littéraire qui devait être tranchée en *common law*, malgré l'existence concurrente de ce *statutory copyright*. Lord Mansfield, à la tête du *King's Bench*, et le « plus grand juriste du siècle » pour Holdsworth, fut justement l'un des principaux protagonistes de cette dispute judiciaire, tout comme le non moins prestigieux Lord Camden⁴¹. Camden qui, rappelait également le *Vinerian Professor*, fut « un grand Chancelier », et un juriste « toujours soucieux de suivre les précédents, et de conférer une pleine application aux lois »⁴².

En 1769, sous l'influence de Mansfield, un droit de propriété littéraire de *common law* – *literary property at common law, common law copyright*... – fut dans un premier temps reconnu par le *King's Bench*. Incidemment, la question était ici de confirmer, ou non, un décret (*decree*) rendu en *equity*. Le juge Aston estima en effet, afin d'affirmer ce droit dont l'objet, bien que nouveau, était fondé sur le travail, que la *common law* s'appuyait sur la « nature et la raison », sur des principes dérivés de plusieurs sources, « de la philosophie naturelle et morale, du droit civil et canonique, de l'usage, des coutumes et des conversations entre les hommes, provenant de la disposition générale, de la nature et de la condition du genre humain »⁴³. Pour le *Lord*

⁴¹ *H. E. L.*, XII, p. 463. Lord Mansfield, juriste incomparable pour Holdsworth, et qui fut même une chance pour le développement de la *common law* : « *It was fortunate for the common law that in 1756 the new Chief Justice of the King's Bench was a man who was not only the greatest lawyer of the century, but also a legal statesman, who was fully cognizant of the need to infuse new ideas into the administration and principles of the common law, if it was to remain adequate to solve the new problems which changing commercial and industrial conditions were setting to it; and it was fortunate for the common law that he held office for almost thirty-two years* ». Le *Vinerian Professor* fut d'ailleurs particulièrement prolixe sur la carrière du grand magistrat Mansfield (cf. *ibid.* p. 464 et s.). Lord Camden (Charles Pratt) fut notamment *Chief Justice of the Court of Common Pleas* (1762) avant de devenir *Lord Chancellor* à partir de 1766.

⁴² *Ibid.*, p. 308 : « *He was always careful to follow precedents, and to give full effect to the statute law* ». Toujours sur Camden, Holdsworth ajoutait : « *He had a sound judgment, a quick apprehension, and powers of luminous exposition. Butler, who had seen him presiding in his court, tells us that 'his judicial eloquence was of the colloquial kind, – extremely simple : diffuse, but not desultory. He introduced legal idioms frequently, and always with a pleasing and great effect... Sometimes, however, his lordship rose to sublime strains of eloquence: but their sublimity was altogether in the sentiment; the diction retained its simplicity, and this increased the effect'* » (*ibid.*).

⁴³ *Millar v. Taylor* (1769), 4 Burr. 2343 : « *THE COMMON LAW, now so called, is founded on the law of nature and reason. Its grounds, maxims and principles are derived from many different fountains [Aston s'appuyant, rapporte Burrow, sur le Juge Dodderidge (qui fut magistrat du King's Bench dans les années 1610) dans son *English Lawyer*], from natural and moral philosophy, from the civil and canon law, from logic, from the use, custom and conversation among men, collected out of the general disposition, nature*

Chief Justice lui-même, la question qui se posait était globalement de savoir si le droit de reproduction, après la publication par l'auteur de son ouvrage, était conforme à des « principes naturels »⁴⁴. Mais comme le souligne bien David Gilles, « [e]nclin à découvrir des principes juridiques universels et naturel, Mansfield [ouvrait] alors le flanc à des critiques virulentes de son rôle »⁴⁵. Il fut d'ailleurs, et ce pour la première fois au sein de la juridiction, contredit par l'un de ses magistrats, le Juge Yates⁴⁶. Ce dernier, comme il avait déjà eu l'occasion de le dire en 1762 pour le défendeur dans l'affaire *Tonson v. Collins*, insista en effet sur le fait que si une « coutume générale », « immémoriale », pouvait servir de socle au droit commun du royaume, il ne pouvait en être de même des usages corporatistes, en l'occurrence ceux de la corporation londonienne du livre, établis certes pendant des décennies, mais pour ses propres membres (la célèbre *Stationers' Company*, qui était ici visée)⁴⁷. Une argumentation qui annonçait une critique plus vive encore de ce rôle exorbitant que certains magistrats de *common law* pensaient pouvoir s'attribuer, selon leurs détracteurs, dans la formation de ce nouveau pan du droit, et ce à l'occasion d'une décision de la Chambre des Lords de 1774, *Donaldson v. Becket*⁴⁸.

Cette décision de la plus haute juridiction de *common law* invalida la solution adoptée par *Millar v. Taylor*, confirmant de fait que le *Statute of Anne* s'appliquait à titre exclusif en matière de *copyright* lors de la publication d'un ouvrage. Finalement silencieuse sur la nature du droit de reproduction lui-même, elle a pu toutefois être analysée comme

and condition of human kind ».

⁴⁴ *Millar v. Taylor*, 4 Burr. 2399.

⁴⁵ David Gilles, « Le droit naturel dans les mains des juges de common law (XVIII^{ème} – XIX^{ème} siècles) : from the 'substantial justice' to the 'jurisprudence determined' », in *Un dialogue juridico-politique : le droit naturel, le législateur et le juge*, PUAM, 2010, p. 325.

⁴⁶ *Millar v. Taylor*, 4 Burr. 2395 : « *THIS is the first instance of a final difference of opinion in this Court, since I sat here. Every order, rule, judgment, and opinion, has hitherto been unanimous* ». Joseph Yates, également un éminent magistrat, d'une grande indépendance, était membre du *King's Bench* depuis 1764.

⁴⁷ *Millar v. Taylor*, 4 Burr. 2367-2391 (2354-2395 pour l'ensemble de l'opinion du Justice Yates sur la prévalence du *Copyright Act* de 1710 sur toute prétendue *common law* en droit d'auteur). En 1762, il évoquait ainsi les « réglementations privées » de cette corporation : « *The By-Laws of the Company are private Regulations among themselves, and cannot establish a new Law for the Kingdom in general* » (cf. *Tonson v. Collins* (1762) 1 Black W. 335).

⁴⁸ Comme le note William Holdsworth, Joseph Yates n'eut d'ailleurs pas la chance de voir son opinion dissidente s'imposer de son vivant : « *But Yate's views in the case Millar v. Taylor were not adopted by the House of Lords till four year after his death...* » (*H. E. L.*, XII, p. 483).

ayant appréhendé la question des monopoles en terme de conséquences globales – une approche en somme plus utilitariste – sur le marché du livre : reconnaître une propriété littéraire perpétuelle en *common law* aurait en effet abouti à conforter les majorats littéraires corporatifs établis au XVII^e siècle sur des bases théoriques difficilement contestables (le droit de propriété), et à ignorer les objectifs de la législation de 1710 liés à l’extension du domaine public et à l’encouragement de l’instruction⁴⁹. Si *Donaldson v. Becket* impliquait ainsi potentiellement de tels objectifs, la conception symptomatique du précédent rappelée au début de ce processus judiciaire par Lord Camden mérite d’être rapportée plus longuement : « Les arguments que l’on a essayé de soutenir en faveur des Défendeurs sont fondés sur des lettres patentes, des privilèges, des décrets de la Chambre Étoilée, des réglemens [*bye laws*] de la *Stationers’ Company* ; tout cela effets de la tyrannie et de l’usurpation les plus grossières ; les toutes dernières places où j’aurais pu rêver de trouver la moindre trace de *common law* dans ce royaume ». Reprenant l’argumentation de Yates, l’attaque de Camden se prolongeait contre l’attitude du *King’s Bench* et, sans le nommer, de Lord Mansfield, son adversaire politique de toujours, évoquant une « variété de raisonnements subtils » et des « raffinements métaphysiques » de la part de ses juges, afin d’établir leur « prétendus précédents » sur lesquels ces spéculations étaient censées pouvoir s’appuyer⁵⁰. En réalité, un « tas

⁴⁹ En ce sens, cf. par exemple, Brad Sherman & Lionel Bently, *The Making of Modern Intellectual Property Law, The British Experience, 1760-1911*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, p. 39. Par ailleurs, la procédure alors assez lourde et spécifique, en deux phases, devant la Chambre des Lords laissait en effet malheureusement en suspens les raisons précises pour lesquelles les Lords ont finalement opté pour cette solution. Sur cette affaire et sur la procédure complexe de l’époque (phase proprement judiciaire et délibération de l’ensemble des Lords de la Chambre), cf. Tomás Gómez-Arostegui, « Copyright at Common Law in 1774 », 47 *Connecticut Law Review* 1 (2014), p. 3-57.

⁵⁰ *Donaldson v. Becket* (1774), *Hansard*, Première Série, 17 (1774), 992-993 : « *The arguments attempted to be maintained on the side of the Respondents, were founded on patents, privileges, Star-chamber decrees, and the bye laws of the Stationers’ Company; all of them the effects of the grossest tyranny and usurpation; the very last places in which I should have dreamt of finding the least trace of the common law of this kingdom: and yet, by a variety of subtle reasoning and metaphysical refinements, have they endeavoured to squeeze out the spirit of the common law from premises, in which it could not possibly have existence. They began with their pretended precedents and authorities, and they endeavoured to model these in such a manner, as to extract from them something like a common law principle, upon which their argument might rest* ». Holdsworth soulignait en effet cette opposition entre les deux grands magistrats, Mansfield, présenté comme « *Camden’s lifelong political opponent* » (cf. *H. E. L.*, XII, p. 306).

hétérogène de bêtises » qui a pu ou pourrait encore tromper les Lords...⁵¹

Sur la réalité d'une *literary property at common law*, Holdsworth soulignait que le fait qu'il y ait eu peu ou pas d'actions pour atteinte (« *infringement* ») au *copyright* avant la loi d'Anne, donc peu ou pas de *decided cases* sur la question, n'était pas décisif, dans la mesure où les membres eux-mêmes des corporations, pour défendre leur intérêts, plus que de s'appuyer sur des privilèges, semblaient faire reposer leur droit de reproduction sur un principe élémentaire du droit anglais, celui de garantir à chacun les fruits de son industrie⁵². Blackstone lui-même, à ce propos, reprenant Locke dans ses *Commentaires*, estimait en ce sens que ce droit de propriété trouvait en effet ses fondements dans le travail, en l'occurrence celui d'un auteur composant son œuvre⁵³. La vision supposée très (trop) souple du précédent soutenue par Lord Mansfield à la tête du *King's Bench* s'expliquait par ailleurs plus largement, pour Holdsworth, par son encyclopédique culture juridique, notamment sa connaissance d'autres familles de droit, ce qui lui aurait permis, peut-être mieux que d'autres juristes de son temps, de « moderniser » la *common law*⁵⁴. Et sa profonde maîtrise du droit anglais lui conférait aussi sa capacité à se frayer un chemin entre deux types de *cases*, afin d'en déterminer les principes : soit au travers de ces affaires dont la succession abondante et logique faisait incontestablement leur autorité, ce qui laissait une marge de manœuvre plus ténue au juge pour s'en dissocier dans cette optique de modernisation, et celles dont l'autorité faisait défaut, par exemple parce que les décisions réellement disponibles restaient contradictoires. Mais cette distinction

⁵¹ *Ibid.*, p. 995 : « ...that heterogeneous heap of rubbish, which is only calculated to confound your lordships, and mislead the argument ».

⁵² *H. E. L.*, VI, p. 379.

⁵³ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, volume I (*Book the Second*), Philadelphia, éd. J. B. Lippincott Company, 1893, p. 405 : « There is still another species of property, which, (if it subsists by the common law,) being grounded on labour and invention, is more properly reducible to the head of occupancy than any other ; since the right of occupancy itself is supposed by Mr. Locke, and many others, to be founded on the personal labour of the occupant. And this is the right which an author may be supposed to have in his own original literary composition: so that no other person without his leave may publish or make profit of the copies ». Sur les fondements et les justifications individualistes du droit de propriété, si Blackstone semble clairement influencé par Locke dans les *Commentaires*, voir D. Gilles, *op. cit.*, p. 311, qui rapproche le grand professeur anglais d'un Domat quant à l'influence sur son œuvre du droit naturel classique : « Un peu à la manière d'un Domat, il se trouve à la fois proche du droit naturel classique tout en reprenant allégrement les auteurs du droit naturel dit moderne ».

⁵⁴ *H. E. L.*, XII, p. 555 : «...to develop and modernize many of the rules and principles of the common law ».

devant être opérée entre ces deux catégories était elle-même loin d'être aisée⁵⁵. William Holdsworth reconnut d'ailleurs que le *Lord Chief Justice*, outre le fait qu'il fut parfois suspecté de juger en équité face à des questions nouvelles, voire même de légiférer de sa juridiction, ne parvint pas toujours à trouver l'équilibre idéal dans ce cheminement judiciaire entre bons principes et précédents bien établis⁵⁶.

En somme, des *Lumières* anglaises certainement propices à l'illustration du paradoxe d'une source de droit aussi embarrassante et ambiguë que le *stare decisis* et de ces *cases* qui « offrent leur graine lentement et douloureusement », précédents dont il restait presque intrinsèquement redoutable d'extraire les principes⁵⁷. Une aporie plutôt, pour Bentham, Austin, et les différents courants du *legal positivism* au XIX^e siècle, et dont le *Vinerian Professor* regretta, selon lui, la partialité et l'analyse artificiellement technique⁵⁸.

⁵⁵ *Ibid.* : « *But it is not always easy to draw the line between these two classes of cases. It is not always easy to distinguish between cases where authority is so scanty and conflicting that the judge's idea of the ideally correct rule can have full scope, and cases where the authority is so abundant and uniform that it must be followed, although it is contrary to the judge's own opinion* ».

⁵⁶ *Ibid.* Holdsworth rappelle d'ailleurs une certaine méfiance de Blackstone envers l'*equity* : « *Blackstone was a common lawyer, somewhat critical of equity, and not very familiar with the existing literature of equity* » (*ibid.* p. 590). Par ailleurs, au-delà du regret que Mansfield eut, notamment au cours de l'affaire *Millar v. Taylor*, d'être confronté à une opinion dissidente, et à une lassitude croissante face à des affrontements de plus en plus politisés, Holdsworth rapporte également qu'il avait déjà évité, en 1770, un affrontement potentiel avec le même Lord Camden sur l'application de la loi sur le *libel*, ce qui en disait long, selon lui, sur sa fatigue, pour ne pas dire son dégoût, des luttes politiques : « *The fact that in 1770 he had almost invited a discussion by the House of Lords on his administration of the law of libel, and had then declined the challenge of Lord Camden to discuss it, shows that he was even then beginning to weary of political strife* ». (*ibid.*, p. 474-75).

⁵⁷ Benjamin N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process*, New Haven, Yale University Press, 1921, p. 29 : « *Cases do not unfold their principles for the asking. They yield up their kernel slowly and painfully. The instance cannot lead to a generalization till we know it as it is. That in itself is no easy task* ». Et ce d'autant plus que, comme le rappelle de manière humoristique Stephen Lehman Sedley, on ne sait vraiment pas toujours pourquoi on suit le précédent : « *Precedent is a Jewish mother. You don't have to do what it tells you, but it makes you feel terrible about not doing it* » (Cité par Neil Duxbury, *op. cit.*, p. 23 in Stephen Sedley, *On Never Doing Anything for the First Time*, Reform Club, London, Atkin lectures, 2001, p. 6).

⁵⁸ Sur lesquels il n'est pas utile de revenir ici, et qui pourraient sans doute être illustrés par la célèbre charge benthamienne contre une *common law* potentiellement despotique, tel un « droit » établi arbitrairement et *a posteriori* par le maître pour son chien (« *dog-law* »), description « méprisante » que rapporte Holdsworth (in *Case Law*, p. 160) : « *It is the*

Pourtant, Holdsworth, comme on l'a vu, bien des décennies plus tard, resta toujours attaché à cet équilibre si patiemment travaillé par ses prédécesseurs, à la possibilité même de ce juste milieu, *golden mean* entre flexibilité et rigueur dans l'application du précédent. Mais cela au prix, face à ces attaques concentrées sur les « imperfections » du système, d'une formation de juristes d'un « haut niveau de compétence technique » et surtout de l'édification d'une littérature spécialisée parfaitement adaptée, un art même, destiné à rapporter ou à illustrer au mieux la vie du *stare decisis*⁵⁹.

judges that make the common law. Do you know how they make it? Just as a man makes laws for his dog. When your dog does anything you want to break him of, you wait till he does it and then beat him. This is the way you make laws for your dog, and this is the way the judges make laws for you and me » (citation de *Truth versus Ashhurst; or, Law as it is, contrasted with what it is said to be*, texte rédigé par Bentham en décembre 1792, et publié pour la première fois en 1823). Neil Duxbury, *op. cit.*, p. 17, rappelle : « *Bentham was forthright on this point : although we speak of a judge creating a rule when pronouncing a decision, this decision can be 'nothing more than a particular rule, bearing upon the individual person and things in question'. 'Rules? yes' he asserted, 'Rules of law?' No' for the binding force of the decision does not extend beyond the particular instance* » (in Jeremy Bentham, *To the Citizens of the Several American United States*, 1817). Il ajoute, à propos de John Austin, autre critique bien connu de la règle du *stare decisis* : « *Austin, similarly, though he stopped short of identifying 'judiciary law' as law improperly so-called, could not bring himself to say 'that any judiciary rule is good or valid law'* » (*ibid.*, se référant à ses *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*, 2 vols., 5^{ème} éd., London, R. Campbell, 1885). On se référera également à la dernière partie de l'article précité de David Gilles, *op. cit.*, p. 327 et s., qui dissèque les critiques portées par Bentham et Austin contre les justifications traditionnelles du précédent. Pour résumer, l'objectif de ces doctrines positivistes du XIX^e siècle fut d'anéantir la *declaratory theory*... Du point de vue des conséquences plus strictement judiciaires, rappelons enfin que ces attaques contribuèrent sans doute à ce que la Chambre des Lords, en 1898 (dans la célèbre décision *London Tramways v. London County Council*) s'estime elle-même liée par ses propres décisions (jusqu'en 1966). N. Duxbury résume ainsi les choses : « *There is no doubt that, throughout the nineteenth century, the House of Lords did struggle* » (*ibid.*, p. 42). De surcroît, le fait que la *House of Lords* adopte cette direction ne prévenait en fait aucunement l'équivoque quant à l'autorité réelle de sa portée : « *In 1898, the House of Lords undertook an act almost tantamount to self-enslavement, declaring itself normally bound by its own precedents. The binding force of this declaration seemed questionable because it appeared to be the source of its own authority. In 1966 [Practise Statement par Lord Gardiner], the House purported to loosen the chains by stating that it could now overrule its precedents whenever it seemed right to do so* » (*ibid.*, p. 139).

⁵⁹ *Case Law*, p. 163 : « *It is true that the application of that system makes the law bulky and technical, and it is true that it imposes upon the lawyer a high degree of technical skill* » (et p. 160, sur ces « imperfections » que l'on met injustement en exergue).

3. The art of reporting

Parfois au détriment de traités plus théoriques, et même « philosophiques », dont Holdsworth voulait croire à l'importance décisive, une littérature hautement spécifique s'est en effet mise en place au cœur du Moyen Âge, consubstantielle au développement de la *common law*, c'est-à-dire, dans un premier temps, aux possibilités procédurales de s'assurer de la compétence des cours royales face aux justices locales et seigneuriales⁶⁰. Il évoquait, pour le siècle de Bracton (et au temps d'Edward I), les origines de ce que seront les fameux *Year Books* et autres *reports*, avec, par exemple, « the *Brevia Placitata* », qui consistait, pour reprendre le grand historien du droit Frederic Maitland, en « des précédents pour les litiges au sein des cours royales », chaque précédent impliquant un *writ* – un « bref », le document procédural spécifique à chaque cas pour l'accès à la juridiction compétente – et des éléments judiciaires permettant de mieux déterminer la teneur de l'argumentation soumise en l'espèce (*plea...*)⁶¹. La collection *Casus Placitorum*, ou *Cas de Demandes*, consistait aussi en « des décisions de certains juges », ayant surtout prospéré avant 1260, établie par un compilateur (« *some writer* ») qui eut probablement accès à certains registres de décisions (*rolls*), et sur la base desquels il avait pu être tirée une sélection⁶². De ces « tracts » pionniers, ce dernier ensemble figurait donc pour Holdsworth parmi les plus intéressants, car anticipant « ce qui allait être, au cours des siècles successifs, la principale source de littérature de la *common law* – les *Year Books* », en particulier par leur style et leur contenu⁶³.

⁶⁰ *H. E. L.*, II, p. 326-327. Pour une étude générale sur cette formation originelle de la *common law* sur la base de la centralisation judiciaire progressive des cours royales, cf. par exemple de René David et Camille Jauffret-Spinozi (avec Marie Goré pour la dernière édition), *Les Grands systèmes de droit contemporain*, et notamment la partie sur l'histoire du droit anglais, Précis Dalloz (dans la 11^{ème} édition, 2002, p. 225 et s., et p. 240 sur la littérature juridique).

⁶¹ *Ibid.*, p. 326.

⁶² *Ibid.* Cf. également Chantal Stebbings, *Law Reporting in Britain*, London and Rio Grande, The Hambledon Press, 1995, p. 6, qui relève, pour ce type de littérature et de collections, que leur analyse demeure malgré tout délicate dans la mesure où la plupart des *plea rolls* de cette période n'ont pas survécu.

⁶³ *Ibid.* : « *It is like them in its style – the cases often begin with such phrase as 'Un prodhomme porte un bref' or 'Un homme en pleada;' and it is like them in its subject matter. It consists both of cases and notes thereon; and the cases contain 'short statements of legal principles and rules of procedure'* ». Rappelons que ces anciennes chroniques de jurisprudence que sont les *Year Books* céderont la place à partir de 1535 aux *reports* de l'époque moderne.

Ils répondaient en tout cas directement aux besoins des praticiens, faisant d'ailleurs que la *common law*, du moins dans cet aspect procédural, devenait un sujet essentiellement connu d'eux seuls⁶⁴. Ainsi, notamment aux côtés du *Register of Writs*, en partie livre de la Chancellerie et en partie livre de la profession juridique, se dessinaient les contours de cette littérature si spécifique, sorte de carnets, d'abord manuscrits, les *Year Books* – « *the Law Reports of the Middle Ages* » : rédigés par les avocats et les juristes pour eux-mêmes, ils constituèrent « la plus importante source de, et autorité pour, la *common law* médiévale »⁶⁵. Naturellement, même si ce type de littérature juridique, comme nouveau moyen, s'imposait bel et bien à cette époque, le droit lui-même, rappelait encore Holdsworth, se trouvait de toute façon au-delà : « *the law itself lies beyond* »⁶⁶.

Au-delà d'une distinction trop conventionnelle entre procédure et *substantive law*, Holdsworth associait par conséquent intimement le développement de « l'art du *reporting* », à ses balbutiements au Moyen Âge, à l'éclosion de la « théorie moderne sur l'autorité des décisions judiciaires »⁶⁷. Il s'agissait ainsi d'une littérature susceptible de préparer les juristes anglais

⁶⁴ *Ibid.* : « *The common law is becoming a special subject known only to the practitioners of the royal courts; and the principal need of the practitioner is for some simple information as to the rules of court* ». Holdsworth évoquait (*ibid.*, p. 327), au côté de ces sources pratiques, quelques grands traités plus doctrinaux (quelque peu comme des survivants...), et notamment, un peu plus tard, le célèbre traité (« *the last and best book of this later mediaeval period...* ») de Thomas de Littleton sur les tenures, rédigé à l'époque de Henry VII.

⁶⁵ *Ibid.*, p. 525 : « *The Register of Writs is partly the book of the Chancery and partly the book of the legal profession. The Year Books, on the other hand – the Law Reports of the Middle Ages – are the exclusive property of the legal profession. Written by lawyers for lawyers, they are by far the most important source of, and authority for, the mediaeval common law* ». Sur l'histoire du recensement des *royal writs*, des formes d'action, et la datation, compliquée, d'un « registre officiel », voir pages 512 et s. Holdsworth, s'appuyant encore sur Maitland, rappelait d'ailleurs la proximité de ces actions avec la procédure formulaire de l'époque romaine : « *These royal writs had superseded those older forms of action and older methods of procedure which had been universal before the victory of royal justice. They and the procedure based upon them were, as Maitland has said, to that older procedure what the formulary procedure of Roman law was to the Legis Actiones* ». Comme on le sait, ces différentes actions ont façonné le visage du droit anglais, même après leur suppression, dans les années 1830 : « *They formed the ground plan upon which the builders of the common law worked...* » (*ibid.*, p. 512). C'est enfin la raison pour laquelle ce *Register* constitue « le plus ancien livre de notre droit » ajoutait-il : « *To ask for the date of the Register' says Maitland, 'is like asking for the date of English law'...* » (*ibid.*, p. 512-513).

⁶⁶ *Ibid.*, p. 326.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 541 : « *The development of the art of reporting, by whatever method or methods it was attained, gradually gave rise to our modern theory as to the authority of decided cases. But the process was very gradual* ».

à extirper des *cases* ce qui sera défini comme la *ratio decidendi* : permettre donc, comme il a été souligné avec Coke et Hale, d'ancrer lentement cette raison « artificielle » dans le processus de détermination des principes de la *common law* ⁶⁸. Le lien de ces praticiens à cette autorité potentielle, couchée sur le support des premiers *Year Books*, remonterait donc bien à l'époque de Bracton, jusqu'au début du XIV^e siècle : par cette décision, « nous ferons un droit dans tout le territoire » affirmait déjà le juge Bereford, dans une affaire de 1310 ainsi rapportée ⁶⁹. Cela ne signifiait pas que toutes ces décisions retrouvées dans ces carnets manuscrits, quand elles l'étaient donc, furent perçues comme des autorités par principe incontestables dès cette époque, y compris pour les juges eux-mêmes : chaque retranscription, chaque citation, pouvait faire l'objet de nouvelles disputes. Mais, soulignait Holdsworth, la dépendance vis-à-vis des *decided cases* au début de l'ère des *Year Books* était déjà bien réelle, et elle s'amplifia sous Edward III, au cours du XIV^e siècle, avec leur mention de plus en plus systématique. Graduellement, ces supports pratiques, bien plus que de simples carnets d'« étudiants » en *common law*, s'affirmaient alors, pour reprendre Burke, comme la « fondation [la plus sûre] du droit anglais » ⁷⁰. Après une phase de réorganisation suscitée par l'imprimerie, et malgré l'arrêt des anciens *Year Books* sous le règne d'Henri VIII, peut-être sous la croyance optimiste, mais illusoire, que l'on pouvait peut-être désormais s'en passer, cette évolution se poursuivit en effet, de manière inexorable, à l'époque moderne ⁷¹. Le juge (et *Chief Justice*) de la

⁶⁸ Outre l'expérience concrète des juges et des avocats, le juge Herbert du Parcq (in *Smith v. Harris* (1939), 3 All ER 960, 967 CA) évoquait le rôle du jury : « *The common law of this country has been built up, not by the writings of logicians or learned jurists, but by the summings-up of judges of experience to juries consisting of plain men, not usually students of logic, not accustomed to subtle reasoning, but endowed, so far as my experience goes, as a general rule, with great common sense, and if an argument has to be put in terms which only a school-man could understand, then I am always very doubtful whether it can possibly be expressing the common law* » (cité par Neil Duxbury, *op. cit.*, p. 148-149, note 139).

⁶⁹ *H. E. L.*, II, p. 541 : « *By a decision on this avowry we shall make a law throughout all the land* ». Et encore, pour une affaire de 1304, ainsi rapportée dans les *Year Books* : « *The judgment to be given by you [...] will be hereafter an authority in every quare non admisit in England ;...* ».

⁷⁰ *Ibid.*, p. 542, Holdsworth qui établissait d'ailleurs un parallèle de cette évolution avec la formation des *Inns of Courts* : « *Just as the voluntary associations of students for the purposes of legal education won their way to the position of the Honourable Societies of the Inns of Court, so these students' notebooks became those Reports which Burke called the sure foundation of English law, and the sure hold of the lives and property of all Englishmen* ».

⁷¹ *Ibid.* : Holdsworth, précisait en effet, de manière un peu énigmatique, mais qui témoignait surtout encore de la dépendance totale à ce type de littérature juridique : « *The Year Books, as we have seen, ceased to appear in Henry VIII's reign. Perhaps some*

Court of Common Pleas, James Dyer, et le grand juriste Edmund Plowden, membre du Middle Temple, initièrent par la suite, au XVI^e siècle, la longue liste des « *modern reports* », qui continuèrent, à l'instar des *Year Books*, à être « absolument nécessaires à tous les étudiants en droit »⁷².

On comprend ainsi aisément l'enjeu fondamental d'une modernisation des techniques de recensement des procédures utilisées, des arguments et opinions échangés au cours du procès. Francis Bacon, quelques années après avoir été nommé comme *Lord Keeper of the Seal* (en 1617), proposa de nommer des greffiers officiels (des *case law reporters*) afin d'améliorer la fiabilité du *reporting* pour les affaires les plus importantes, en spécifiant la méthode requise : « Enregistrer les affaires précisément, les jugements eux-mêmes mot pour mot ; ajouter les raisons alléguées par les juges pour leurs jugements ; ne pas laisser se mélanger l'autorité des affaires rapportées comme exemples avec l'affaire principale concernée ; omettre les péroraisons du conseil, sauf si elles contiennent quelque chose de très remarquable » ; et sur la formation de ces chroniqueurs eux-mêmes, le choix devait se porter sur les plus érudits conseils et juristes, qui seraient alors directement rémunérés par l'État⁷³. Bacon souhaitait enfin que les juges n'interviennent pas dans ce processus. Le projet n'aboutira pas, car il supposait notamment la coopération de *lawyers* qui, semble-t-il, n'avaient pas intérêt à ce qu'une trop grande clarté de la chose juridique ne puisse devenir l'occasion de les priver de leur influence dans le dédale des procédures et d'un droit vraiment intelligibles que d'eux-mêmes...⁷⁴ Même si Coke lui-même affirmait déjà, en 1628, que ces recueils constituaient « les meilleures preuves de ce que le droit est »⁷⁵, l'initiative ne fut cependant pas totalement vaine : Holdsworth

sanguine men considered that there were reports enough ».

⁷² *Ibid.*, p. 543, outre les « *abridgements* », qui en furent tirés.

⁷³ Francis Bacon, « Example of a Treatise on Universal Justice or the Fountains of Equity, by Aphorisms : one Title of it », *The Works of Francis Bacon*, éd. J. Spedding, R. L. Ellis, et D. D. Heath, 14 vols., London, Longmans, 1861-1879, vol. V, p. 104 (Aphorismes 74 et 75) : « *Let this be the method for taking down judgments and committing them to writing. Record the cases precisely, the judgments themselves word for word; add the reasons which the judges allege for their judgments; do not mix up the authority of cases brought forward as examples with the principal case; and omit the perorations of counsel, unless they contain something very remarkable* » (cité par Neil Duxbury, *op. cit.*, p. 54, qui évoque aussi les incertitudes suscitées par l'impression d'un certain nombre de *reports* manuscrits à cette époque, processus révélant les nombreuses failles qu'ils comportaient).

⁷⁴ Neil Duxbury, *op. cit.*, p. 54-55 (note 100).

⁷⁵ Cité par Neil Duxbury, *op. cit.*, p. 34 : « *our book cases are the best proofs of what the Law is* » (in Sir Edward Coke, *The First Part of the Institutes of the Laws of England. Or, a Commentary upon Littleton*, 10^{ème} éd., London, Harper & Walthoe, 1703, 254a).

reconnut que Bacon, dès cette époque, avait déjà anticipé la forme que les *reports* allaient devoir prendre ⁷⁶.

Ces progrès dans la manière de rapporter les éléments du procès se poursuivirent en effet au cours du XVIII^e siècle, toujours par l'intermédiaire de chroniqueurs privés, mais qui devinrent emblématiques d'un processus mené à une certaine « perfection ». Tels James Burrow, qui, à partir de 1756, date de l'accession de Lord Mansfield à la *Chief Justiceship*, entama la publication de ses *reports* ⁷⁷. Le *Vinerian Professor* reprenait d'ailleurs le mot de John Wallace – auteur au XIX^e siècle d'un ouvrage classique, *The Reporters*, sur les *law reports* – qui n'hésita pas à comparer le *reporting* de Burrow à une « œuvre d'art » ⁷⁸. Mansfield lui fit naturellement confiance. En outre, à la fin du XVIII^e siècle, des *reports* plus formellement attitrés couvraient désormais l'activité de chacune des quatre cours supérieures ⁷⁹. L'art du *reporting* fut sans aucun doute un élément essentiel de la consolidation du *stare decisis*, ce qui n'empêcha, comme on le sait, ni les hésitations des cours supérieures de *common law* quant à la portée du principe au XIX^e siècle (et après), surtout face aux attaques du *classical legal*

⁷⁶ *H. E. L.*, V, p. 374.

⁷⁷ Sur le parcours de Sir James Burrow (1701-1782), notamment *Master of the Crown Office* et *Bencher of the Inner Temple*, cf. *H. E. L.*, XII, p. 110 et s. Sa position de *Master* lui donnait une position précieuse pour la confection de ses *reports* : «... *for he was always present at the hearing of the cases; he had a place in the middle of the court which enabled him to hear well and to write down what he heard, and he had access to the records of the court* » (*ibid.*, p. 111).

⁷⁸ *Ibid.*, p. 112 : « *Burrow's Reports, says Wallace, 'may fairly be called 'works of art' – the reporter's work, the argument of counsel upon it, and the superior labours of the court commenting and deciding upon both; his statement of facts, the contest of the bar upon their effect, and the court's more valuable opinion upon all, being correlates, not repetitions; and the whole report – case, arguments, and opinion – going out to the bar separate in form as distinct in nature, each from the other; each complete in itself, but having, one with all, exact and reciprocal adaptation, and presenting so a full, harmonious, but never redundant whole* ». Burrow se montra aussi progressivement beaucoup indépendant vis-à-vis de la supervision des juges (pour ne pas dire leur licence avant l'impression), qu'il vit comme une survivance d'une époque où la censure (les *licensing acts* du XVII^e siècle) était encore en vigueur. Holdsworth (*ibid.*, p. 113) précisait ainsi que les critiques de Bentham, qui prétendait encore au début des années 1820 que toute personne qui publiait un *report* le faisait en risquant d'être sanctionné pour « *contempt of court* », s'appuyaient sur une pratique depuis longtemps obsolète.

⁷⁹ Neil Duxbury, *op. cit.*, p. 55 (et note 105) : « *By the end of the eighteenth century, published law reports, produced by professional reporters, had been commissioned for all four superior courts* » (« *The Term Reports for King's Bench, Henry Blackstone for Common Pleas, Vesey Junior for the Chancery and Anstruther for the Exchequer* »). Pour la succession de Burrow, notamment Henry Cowper, cf. *H. E. L.*, Vol. XII, p. 113.

positivism de l'époque contre la « théorie déclaratoire », ni ne put prévenir les critiques sérieuses relatives à l'accessibilité de la *common law* au public, les conditions, voire même la possibilité réelle de sa « notification » aux citoyens justiciables. Sur ce dernier point, pour clore cette période du XVIII^e siècle si chère à Holdsworth, Bentham ne retint pas non plus ses attaques contre son meilleur adversaire, Blackstone, fustigeant son indifférence (supposée) au fait que la *common law* ne puisse rester connue que d'un petit nombre de juristes ⁸⁰.

*
* *

Les standards de retranscription des *cases* s'améliorèrent au cours des XIX^e et XX^e siècles ⁸¹. Ou plutôt, pour la période la plus contemporaine, tendirent vers une sorte de standardisation, puis vers un idéal de transcription *verbatim* d'un nombre d'affaires judiciaires toujours plus conséquent. Cette évolution, de surcroît associée aujourd'hui à la puissance de l'informatique (stockage, référencement et accessibilité...), pose en réalité une question un peu paradoxale, celle d'un accès grandement favorisé à cette source essentielle de la *common law*, mais qui lui deviendrait préjudiciable. Au milieu des années 1980, John Anthony Jolowicz présentait le système juridique anglais en des termes positifs que n'aurait pas reniés Holdsworth : « Nous croyons, nous autres anglais, que notre système, bien que non dépourvu d'inconvénients, a réussi à trouver l'accommodement qui nous convient le mieux entre la flexibilité et la certitude du droit » ⁸². Ce grand comparatiste de l'Université de Cambridge s'inquiétait néanmoins de la facilité presque déconcertante – Lexis était déjà disponible – avec laquelle il devenait désormais possible de s'appuyer sur tant de décisions, et donc

⁸⁰ Dean Alfange Jr., « Jeremy Bentham and the Codification of Law », 55 *Cornell Law Review* 1 (1969), p. 66-67 : en effet, « [w]ith regard to accessibility, Blackstone unhappily stated that the manner in which the law was 'notified' to the citizens was a 'matter of very great indifference'. However, he quickly stated that the law might be notified by proclamation, or by 'universal tradition and long practice, which supposes a previous publication, and is the case of the common law of England,' and ought to be notified 'in the most public and perspicuous manner; not like Caligula who (according to Dio Cassius) wrote his laws in a very small character, and hung them upon high pillars, the more effectually to ensnare the people' » [passage repris par Alfange dans les *Commentaries*, *op. cit.*, book 1, p. 45-46 (« *Laws in general* »)].

⁸¹ On pense à la fondation en 1865 de l'*Incorporated Council of Law Reporting* pour l'Angleterre et le Pays de Galles (*ICLR*), et à l'ère des *Law Reports* qui s'ouvre alors.

⁸² John Anthony Jolowicz, « La jurisprudence en droit anglais : aperçu sur la règle du précédent », *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 30 (*la jurisprudence*), Sirey (1985), p. 113.

de précédents potentiels ou prétendus comme tels. Une telle évolution limiterait en effet un « processus d'oubli sélectif dont le mécanisme reste inconnu », mais qui aurait permis, en *common law*, de ne retenir que les vieilles décisions « séminales », celles qui restent déterminantes dans l'édification des fondements du droit moderne⁸³. Ce serait ainsi oublier, résumait Jolowicz, que face à cette inflation, « la vie du droit », pas plus que dans l'automatisme d'un processus ou d'une habitude, « ne se trouve pas dans la logique mais dans l'expérience... », celle qui permet au juge, après des années de pratique, de déterminer « plus ou moins instinctivement » les principes fondamentaux du droit⁸⁴. « L]aisser [ainsi] le droit en lien avec la vie » grâce à cet équilibre entre « trop de flexibilité et trop de rigidité » dans l'application du précédent, permettait aussi, pour Holdsworth, de se garder des « spéculations » trop académiques sur son fonctionnement⁸⁵. Dans le même sens, il mettait en garde le juriste assoiffé de savoir contre une utilisation trop théorique du droit comparé. Très idéalement, pour qu'une telle discipline soit avantageuse pour l'étudiant en histoire du droit ou en droit positif, elle mériterait, là encore, d'être accompagnée par une pratique dans l'un et l'autre système juridiques concernés⁸⁶. En somme, une sorte de

⁸³ *Ibid.*, p. 115. Une tendance donc « beaucoup plus grave » avec l'informatique, avec un effet tout particulièrement négatif en ce qui concerne les décisions « non-rapportées » dans les recueils usuels (même si elles revêtent d'ailleurs théoriquement la même autorité potentielle que les autres, Lord Diplock, en février 1983, dut mettre en garde les plaideurs sur leur utilisation sans autorisation devant la Chambre des Lords – cf. *ibid.* p. 114-115). De manière plus générale, il s'agit d'une crainte que Cardozo avait de toute façon déjà pu émettre dans la première moitié du XX^e siècle : « ... *the labor of judges would be increased almost to the breaking point if every past decision could be reopened in every case...* » (Benjamin N. Cardozo, *op. cit.*, p. 149, cité par Neil Duxbury, *op. cit.*, p. 93).

⁸⁴ *Ibid.* p. 112-113. Jolowicz reprend ici, dans cette formule célèbre sur « la vie du droit », le grand magistrat américain Oliver Wendell Holmes (et qui devint juge de la Cour suprême) (« *The life of the law has not been logic : it has been experience* », dans son ouvrage, *The Common Law*, publié en 1881). Neil Duxbury, *op. cit.*, p. 94-96, évoque une sorte d'heuristique du *stare decisis* (« *availability heuristics* »).

⁸⁵ *Case Law*, p. 162 : « *It is true to say that this method keeps the law in touch with life, and prevents much unprofitable speculation upon academic problems which serves only to illustrate the ingenuity of the speculator* ».

⁸⁶ *Ibid.*, p. 163-164. Une qualité, de toute évidence, très rare, ne serait-ce que parce qu'il faudrait, pour commencer, être parfaitement bilingue : « *But it is as rare to possess a thorough first-hand knowledge of the practical working of the two legal systems as it is to be perfectly bilingual* » (p. 164). Bref, Holdsworth critique « *the bookish, academic kind* » (*ibid.*), visant en particulier les théoriciens d'une comparaison entre système de *common law* et système civiliste. Pour autant, malgré ces conseils, l'enseignement de la *common law* aux étudiants dans le monde anglo-saxon reste parfois en soi une source de tourment pour les enseignants, tant le principe du *stare decisis* se dérobe, encore aujourd'hui, à

parcours initiatique, d'histoire et de pratique mêlées, qui reste d'autant plus essentiel que le précédent paraît toujours résister, comme par nature, à une définition « satisfaisante », comme le constate par exemple Neil Duxbury, évoquant aussi en conclusion (prudente) de son ouvrage « des fibres fragiles [qui] peuvent s'entrelacer pour former de solides cordes »⁸⁷. Un constat qui semble parfois assumé aujourd'hui avec moins d'enthousiasme que n'a pu le faire encore si glorieusement William Holdsworth en son temps...

toute explicitation dogmatique : « *The slipperiness of 'ratio decidendi' caused some jurists to despair* » (cf. Neil Duxbury, *op. cit.*, p. 78-79).

⁸⁷ Neil Duxbury, *op. cit.*, p. 24 : « *It is important not only to think of judicial precedents as authoritative rather than as having the qualities of binding legal rules, but also to appreciate that the authority of precedent resists satisfactory explanation by reference to some overarching theory* ». Cf. également en conclusion : « *We know also that weak fibres can intertwine to make strong ropes. Judicial precedents, taken alone, often look like rather fragile entities; taken together, however, they are one of the most compelling reasons for the authority of the common law* » (*ibid.*, p. 182).

Norberto Bobbio entre positivisme et histoire

Paolo Alvazzi del Frate
Professeur à l'Université Roma Tre

Cette journée est dédiée au doyen Christian Chêne que je tiens à remercier vivement de son amitié. Une amitié qui m'honore beaucoup. C'est grâce à lui que j'ai enseigné ici à l'Université Paris Descartes : une expérience qui m'a appris beaucoup du point de vue scientifique et humain.

Je veux remercier également le collègue et ami, le prof. Arnaud Vergne, qui m'a accueilli, en qualité de professeur associé, à l'Institut d'Histoire du Droit.

J'ai choisi de parler de Norberto Bobbio, intellectuel important, juriste et philosophe de premier plan de la culture juridique italienne du XX^e siècle, pour l'intérêt qu'il portait aussi bien à la théorie du droit qu'à l'histoire, à la recherche du difficile équilibre entre formalisme et réalité historique des sociétés humaines.

1. Norberto Bobbio (1909-2004)

Norberto Bobbio est considéré comme le juriste, théoricien et philosophe du droit italien le plus important du XX^e siècle. Il joua également un rôle politique important. Sa notoriété et son influence dépassent les frontières de la Péninsule ¹.

¹ Cf. G. Cotroneo, *Tra filosofia e politica: un dialogo con Norberto Bobbio*, Soveria Mannelli, 1998 ; *Diritto e democrazia nella filosofia di Norberto Bobbio*, sous la direction de Luigi Ferrajoli et Paolo Di Lucia, Turin, 1999 ; T. Greco, *Norberto Bobbio: un itinerario intellettuale tra filosofia e politica*, Rome, 2000 ; G. Zagrebelsky, M. L. Salvadori, R. Guastini, *Norberto Bobbio tra diritto e politica*, Rome-Bari, 2005 ; P. P. Portinaro, *Introduzione a Bobbio*, Rome-Bari, 2008 ; P. P. Portinaro, « Bobbio, Norberto », dans *Il contributo italiano alla storia del Pensiero – Diritto*, Rome, 2012, p. 771-775 ; Id., « Bobbio, Norberto », *Dizionario biografico degli Italiani*, 2014, [[http://www.treccani.it/enciclopedia/norberto-bobbio_\(Dizionario-Biografico\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/norberto-bobbio_(Dizionario-Biografico)/)] ; L. Ferrajoli,

Positiviste convaincu, Bobbio fait partie de la génération d'intellectuels qui ont le plus participé à la reconstruction de la culture juridique européenne au lendemain de la Seconde Guerre mondiale ².

2. La jeunesse turinoise

Norberto Bobbio naquit à Turin en 1909 dans une famille de la bourgeoisie aisée : son père était en effet médecin. Il étudia dans sa ville natale au lycée Massimo D'Azeglio où il connut des enseignants importants, des personnalités de la culture laïque antifasciste (Augusto Monti, Umberto Cosmo, Zino Zini et le jeune Franco Antonicelli). Ses camarades de lycée devinrent par ailleurs célèbres dans la culture et la politique italiennes : Vittorio Foa, Leone Ginzburg, Massimo Mila, l'écrivain Cesare Pavese et Giancarlo Pajetta.

En 1931, il obtint sa *Laurea* en droit, avec une thèse en philosophie du droit dirigée par Gioele Solari et, en 1933, il soutint sa deuxième *Laurea* en philosophie, avec une thèse dirigée par Annibale Pastore ³. Il débuta sa carrière d'enseignant universitaire de philosophie du droit en 1935 à Camerino, puis la poursuivit à Sienne, Padoue et, dès 1948, à Turin.

Afin de bien situer la formation culturelle et politique de Bobbio, il convient de rappeler qu'à Turin, la première capitale du royaume, existait un milieu culturel laïque et antifasciste important. C'était la ville dans laquelle, du fait du développement industriel (il suffit de citer les usines Fiat), se trouvait une classe ouvrière nombreuse et politiquement engagée dans les partis de la gauche (c'était – par exemple - la « ville d'adoption » d'Antonio Gramsci, le *leader* communiste d'origine sarde qui avait passé sa vie à Turin) ⁴.

« Bobbio, Norberto », *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX Secolo)*, dirigé par I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattoni, M. N. Miletti, Bologne, 2013, I, p. 267-271 ; *Norberto Bobbio : rigore intellettuale e impegno civile*, sous la direction de Michele Saporiti, Turin, 2016 ; M. G. Losano, *Norberto Bobbio: una biografia culturale*, Rome, 2018. Sur l'influence de son œuvre et les perspectives, cf. Michelangelo Bovero (dir.), *Il futuro di Norberto Bobbio*, Rome-Bari, 2011.

² Voir : Carlo Violi (dir.), *Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio, 1934-1993*, Rome-Bari, 1995.

³ Cf. G. Polizzi, « Pastore, Valentino Annibale », *Dizionario Biografico degli Italiani*, LXXXI, Rome, 2014 [en ligne].

⁴ Sur le milieu culturel turinois de l'époque, cf. A. D'Orsi, *La cultura a Torino tra le due guerre*, Turin, 2000.

L'Université de Turin était considérée – notamment pour les études juridiques – comme la plus renommée de la Péninsule.

Pour Bobbio, la rencontre avec le prof. Gioele Solari (1872-1952) fut fondamentale ⁵. Ce fut grâce à Solari et à son école que Bobbio se consacra à l'étude de la philosophie du droit ⁶. À Turin, Solari avait créé une école de philosophie juridique et politique, dont les principaux traits caractéristiques étaient le positivisme juridique, la laïcité et l'intérêt pour l'histoire de la pensée politique. Parmi les jeunes intellectuels réunis par Solari, on comptait, entre autres, Piero Gobetti, Alessandro Passerin d'Entrèves et Renato Treves, auxquels s'ajouteront ensuite Luigi Firpo et Uberto Scarpelli.

3. *Bobbio et le fascisme*

En 1935 Bobbio fut arrêté à Turin avec des amis du mouvement antifasciste *Giustizia e libertà*. Il avait développé une profonde hostilité envers le fascisme mais, à ce moment-là, il n'avait rien fait de concret contre le régime. Après avoir rédigé une lettre dans laquelle il déclarait son innocence, il fut condamné uniquement à une sanction administrative.

En 1936, Bobbio prêta le serment de fidélité au régime fasciste, obligatoire pour tous les professeurs universitaires.

Le début de son activité dans le mouvement antifasciste date de 1939 ⁷.

⁵ À propos de l'œuvre de Solari, voir : A. Agnelli, F. Barbano, N. Bobbio [*et al.*], *Gioele Solari nella cultura del suo tempo*, Milan, 1985 ; S. Caruso, « Gioele Solari », in I. Bircocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletta (dir.), *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX Secolo)*, Bologne, 2013, II, p. 1883-1885 ; A. D'Orsi, « Solari, Gioele », *Dizionario Biografico degli Italiani*, XCIII, Rome, 2018 [http://www.treccani.it/enciclopedia/gioele-solari_%28Dizionario-Biografico%29/].

⁶ La correspondance entre Solari et Bobbio a été publiée par Angelo D'Orsi : *La vita degli studi. Carteggio Gioele Solari-Norberto Bobbio 1931-1952*, Milan, 2000.

⁷ À cet égard, les années 1990 virent nombre de polémiques à propos de son rôle et de son adhésion présumée au régime.

4. *Le début*

Le début de l'enseignement et de la recherche de Bobbio se caractérise par l'intérêt envers ce que l'on nomme la « théorie générale du droit ». À cet égard, il publia en 1938 son étude sur l'analogie ⁸ et, en 1942, celle sur la *Coutume, source du droit* ⁹. Même ses premiers cours de philosophie du droit étaient en réalité des cours de théorie générale. Dès le début, selon Bobbio, droit et philosophie devaient être étudiés ensemble, car ils représentaient un phénomène unique ¹⁰.

Entre 1938 – avec l'émanation des lois raciales expulsant de l'université les professeurs juifs – et 1940 – avec la déclaration de guerre contre la France – l'attitude de Bobbio change et devient radicalement antifasciste. En 1944, à Padoue, il est arrêté une deuxième fois à cause de son activité politique avant d'être libéré.

5. *L'après-guerre*

Après la fin de la guerre et la chute du fascisme, Bobbio se trouve à jouer un rôle de premier plan dans la culture italienne. La reconstruction du pays et de sa culture implique une participation active des juristes : c'est l'époque des « intellectuels engagés ». L'ouverture des frontières, après les années de fermeture complète imposée par le régime aux échanges internationaux, représente l'occasion heureuse d'un renouveau général.

Bobbio participa à la campagne électorale pour l'Assemblée constituante en 1946 en soutenant le *Partito d'Azione*, le parti des libéraux de gauche. Face aux catholiques du parti de la *Démocrazia Cristiana*, aux socialistes et aux communistes, le résultat des élections fut cependant décevant et le *Partito d'azione* fut dissous en 1947 ¹¹.

Député, Bobbio abandonna la politique militante pour se consacrer

⁸ N. Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Turin, 1938.

⁹ N. Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, Turin, 1942 (réimpression avec une introduction de Paolo Grossi, Turin, 2010).

¹⁰ Cf. G. Cianferotti, « L'opera giovanile di Norberto Bobbio e l'inizio del suo insegnamento (1934-1940) », *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2005, p. 65-106, 381-424.

¹¹ G. De Luna, *Storia del Partito d'Azione: 1942-1947*, Milan, 1982.

entièrement aux études juridiques et philosophiques.

Élu professeur à l'Université de Turin en 1948, il y enseigna la philosophie du droit et la philosophie politique, jusqu'à sa retraite en 1984¹².

Le 18 juillet 1984, Bobbio fut nommé « sénateur à vie » par le Président de la République Sandro Pertini, « ayant honoré la Patrie par de très hauts mérites dans le domaine social et scientifique »¹³.

Bobbio mourut à Turin le 9 janvier 2004.

6. *Bobbio positiviste*

Ce fut à partir de 1949 que Bobbio perfectionna son positivisme juridique et apporta une contribution fondamentale à la diffusion de l'œuvre de Hans Kelsen en Italie. Une première traduction italienne (du collègue de Bobbio, lui aussi élève de Solari, Renato Treves) de la *Reine Rechtslehre* (la *Théorie pure du droit*) de Kelsen était déjà parue en 1933 (c'était une traduction de la 1^{re} édition de l'ouvrage). Une deuxième fut publiée en 1952, toujours de Renato Treves, ainsi que plusieurs autres éditions dans les années suivantes¹⁴.

Auctoritas non veritas facit legem. Cet adage représente le « principe d'origine du positivisme juridique » selon Bobbio :

« positiviste est celui qui croit fermement que le droit n'existe pas *en nature*, n'existe pas dans la société, pourtant il ne s'agit pas de le découvrir et de le révéler, mais c'est chaque fois l'expression d'une activité humaine consciente »¹⁵.

La critique de Bobbio se concentre surtout sur l'opposition entre jusnaturalisme et positivisme juridique : il s'agit, selon lui, de l'« opposition entre la conception du droit comme un *créé* et la considération du droit comme un *donné* »¹⁶.

¹² Cf. les écrits autobiographiques : N. Bobbio, *De senectute e altri scritti autobiografici*, Turin, 1996 et Id., *Autobiografia*, par Alberto Papuzzi, Rome-Bari, 1997.

¹³ Selon l'art. 59 de la constitution de la République italienne.

¹⁴ H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Turin, 1952, 1953 (2^e éd.), 1956 (3^e éd.), 1961 (4^e éd.), etc.

¹⁵ N. Bobbio, « Kelsen et les sources du droit », *Revue Internationale de Philosophie*, 1981, p. 475.

¹⁶ *Ibid.*

Selon Bobbio, le jusnaturalisme « échoue à fournir une morale qui puisse servir de fondement au droit positif car nul ne parvient à s'accorder sur ce que l'on entend par 'nature' ou 'raison', 'nature humaine' ou 'raison humaine', de sorte qu'il y a autant de définitions de la nature que de personnes pour en parler »¹⁷. Le jusnaturalisme se fonde – observe Pierre Brunet – « sur le sophisme naturaliste »¹⁸.

Le droit – affirme Bobbio – « n'a d'autre fondement que le droit lui-même »¹⁹, car « pour un positiviste le problème du fondement du droit se résout dans le problème du fondement de la *validité* des normes juridiques. Le positivisme ne se préoccupe pas de la justification axiologique des normes, du fondement entendu comme problème de la *valeur* des normes. *Ius quia iussum non quia iustum* »²⁰.

Le droit, en se fondant sur la doctrine de Kelsen, « n'est pas déclaré, mais posé, imposé, créé. L'existence (ou bien la validité) du droit dépend exclusivement de l'existence d'un pouvoir, ou d'une force capable d'imposer (ou d'autoriser) des comportements et d'en obtenir l'accomplissement, ayant même recours en dernière instance à la contrainte, suprême manifestation de la puissance de l'État »²¹.

7. Positivismes et valeurs

La doctrine positiviste est généralement perçue comme étant indifférente aux *valeurs*, autrement dit au contenu de la norme juridique.

Grâce à la distinction catégorique entre « droit » et « non-droit », la doctrine de Bobbio souligne, au contraire, l'importance et la responsabilité du législateur, responsabilité dont résulte la représentation démocratique des intérêts de la société.

Après les dictatures du XX^e siècle et la Seconde guerre mondiale, la culture juridique européenne, et italienne en particulier, connut une sorte de « renaissance du droit naturel ». Il suffit de citer, entre autres, le

¹⁷ P. Brunet, « Norberto Bobbio et le positivisme juridique », in P. Comanducci et R. Guastini (dir.), *Analisi e Diritto*, Turin, 2005, p. 159-170.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ N. Bobbio, *Kelsen et les sources du droit*, cit., p. 484.

²⁰ *Ibid.*, p. 485 [le droit est droit parce qu'il est imposé et non parce qu'il est juste].

²¹ « Une fois encore, pour un positiviste cohérent, *auctoritas non veritas facit legem* », *ibid.*, p. 486.

procès de Nuremberg, la doctrine de Gustav Radbruch(1878-1949) ²², la « Déclaration universelle des droits de l'homme » de 1948, l'œuvre des philosophes du droit Michel Villey (1914-1988) ²³, de l'italien Giuseppe Capograssi (1889-1956) ²⁴, ou encore de Leo Strauss (1899-1973) ²⁵.

Ce courant attribuait au positivisme juridique la responsabilité de la naissance des totalitarismes italien et allemand. La garantie des droits, considérés comme fondamentaux, imposait des limites à la liberté du législateur et au positivisme.

La réponse de Bobbio (et également de Kelsen) fut différente. La protection des libertés et de la démocratie, selon lui, se fondait sur le droit même, à savoir sur le respect rigide des procédures. Rappelons que la démocratie, pour Bobbio, est un *système procédural*, une méthode qui assure la primauté de la majorité des citoyens dans le processus décisionnel.

Le positivisme de Bobbio n'engendre pas de « divorce » entre le *droit* et les *valeurs* à défendre. La règle juridique est considérée comme le produit d'une décision politique, car il appartient à la politique de choisir les valeurs à protéger et privilégier ²⁶.

8. Bobbio et la philosophie politique

Une partie de la production scientifique de Bobbio, à partir des années 1970, est consacrée à la philosophie politique et à la science politique. Dès 1972, il avait commencé à enseigner la philosophie politique à la faculté des

²² Cf. A. Kaufmann, *Gustav Radbruch. Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat*, München, 1987 ; G. Vassalli, *Formula di Radbruch e diritto penale*, Milan, 2001.

²³ Voir M. Bastit, *sub voce*, dans *Dictionnaire historique des juristes français XII^e-XX^e siècle*, Paris, 2007, p. 771-773.

²⁴ Cf. V. Frosini, « Capograssi, Giuseppe », *Dizionario biografico degli italiani*, XVIII, Rome, 1975, p. 655-657 ; M. D'Addio, « Giuseppe Capograssi 1889-1956. Lineamenti di una biografia », Milan, 2011 ; P. Grossi, « G. C. », *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, p. 428-430.

²⁵ Voir, à cet égard, son étude : *Natural Law and History*, London, 1953 (trad. fr. *Droit naturel et histoire*, Paris, 1954 ; n. éd., Paris, 2008). Cf. D. Tanguay, *Leo Strauss : une biographie intellectuelle*, Paris, 2003.

²⁶ L'évolution la plus radicale du positivisme juridique italien est constituée par la doctrine du « nihilisme juridique », locution qui doit sa notoriété au civiliste Natalino Irti, auteur du livre *Nichilismo giuridico*, paru en 2004 (trad. fr. N. Irti, *Le nihilisme juridique*, par Nader Hakim, Paris, 2017).

sciences politiques de Turin. Ses intérêts juridiques et politiques n'étaient pas en contradiction et se complétaient harmonieusement.

Le système démocratique devient son principal thème de recherche. Il en décrit le caractère, les problèmes, les crises et l'avenir. La démocratie – comme l'affirme Véronique Champeil-Desplats – est pour Bobbio « un ensemble de règles du jeu, comme un univers procédural sur le fondement duquel il est possible de prendre des décisions de contenus divers. Elle est une méthode pour adopter des décisions »²⁷. Quant au contenu des décisions, la démocratie correspond en premier lieu à « l'égalitarisme » : « en tant qu'ensemble de règles du jeu, la démocratie n'existe que par le droit »²⁸.

9. Bobbio et la doctrine française

Sa renommée en France s'avère encore assez limitée : on parle même de « quasi-ignorance » de Bobbio dans la culture française²⁹. Dans les années 1980 à cet égard on peut citer le seul article de Jean-Marc Trigeaud, privatiste et philosophe du droit, *L'attachement à la forme : à propos du positivisme de Norberto Bobbio*³⁰.

Le juriste français, qui a le plus étudié et cité sa doctrine, est certainement le publiciste Michel Troper, lui aussi positiviste convaincu³¹. Il suffit de parcourir les pages de son volume *La théorie du droit, le droit, l'État*, paru en 2001, pour constater la fréquence des références à la doctrine de Bobbio³². Certainement, à partir des années 1990, l'enseignement de Troper a été fondamental pour la connaissance et la diffusion de la pensée de Bobbio en France.

²⁷ V. Champeil-Desplats, « Les règles du jeu démocratique chez Norberto Bobbio », dans *Droit & philosophie : annuaire de l'Institut Michel Villey*, Paris, 2015, 7, p. 79.

²⁸ *Ibid.*, p. 80.

²⁹ Cf. V. Champeil-Desplats, « La presenza di Bobbio nel mondo culturale francese », in Michelangelo Bovero (dir.), *Il futuro di Norberto Bobbio*, Rome-Bari, 2011, p. 215. Les ouvrages de Bobbio traduits en français sont cités dans l'annexe de cet article.

³⁰ J.-M. Trigeaud, « L'attachement à la forme : à propos du positivisme de Norberto Bobbio », *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, 1983, n. 3 (1983), p. 89-106.

³¹ Cf. entre autres M. Troper, « Lo Stato di diritto oggi », dans *Il futuro di Norberto Bobbio*, cit., p. 106-117.

³² M. Troper, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, 2001.

Parmi les recherches les plus récentes, on doit rappeler celles de Véronique Champeil-Desplats qui a publié de nombreuses études sur les différents aspects de la doctrine de Bobbio³³. On peut citer en outre les études importantes de Charles Leben³⁴, Pierre Brunet³⁵, Éric Millard³⁶, Carlos Miguel Herrera³⁷, David Soldini³⁸, Raphaël Paour³⁹, Emmanuel Decaux⁴⁰. Ces ouvrages témoignent de l'intérêt croissant en France pour la pensée de ce « philosophe des Lumières pessimiste »⁴¹, intellectuel « réaliste insatisfait »⁴².

³³ V. Champeil-Desplats, « N. Bobbio et les droits de l'Homme », *Analisi e Diritto*, 2006, p. 171 et s. ; *Norberto Bobbio. Pourquoi la démocratie ?* Paris, 2008 ; Ead., « La Déclaration Universelle des droits de l'homme selon Norberto Bobbio », *Mélanges offerts en l'honneur de François Julien-Laferrrière*, Paris, 2011, p. 107-118 ; Ead., « La presenza di Bobbio nel mondo culturale francese », dans *Il futuro di Norberto Bobbio, cit.*, p. 213-224 ; Ead., « Démocratie, droits de l'homme et contrôle de constitutionnalité chez Norberto Bobbio », in Carlos Miguel Herrera et Stéphane Pinon (dir.), *La démocratie, entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux*, Paris, 2012, p. 25-40 ; Ead., « Les règles du jeu démocratique chez Norberto Bobbio ». *Droit & philosophie : annuaire de l'Institut Michel Villey*, 7, 2015, p. 79-91 ; Ead., « Kelsen et Bobbio, deux regards positivistes sur les droits de l'Homme », *Droit & Philosophie : annuaire de l'Institut Michel Villey*, 8, 2016, p. 171-193.

³⁴ Ch. Leben, « Norberto Bobbio et le droit international », in *Utopies entre droit et politique. Études en hommage à Claude Courvoisier*, Dijon, 2005, p. 215-233.

³⁵ P. Brunet, « Norberto Bobbio et le positivisme juridique », *Analisi e Diritto*, 2005, p. 159-170.

³⁶ E. Millard, « L'analyse lexicologique de Norberto Bobbio », *Analisi e Diritto*, 2005, p. 209-217.

³⁷ C.M. Herrera, *Droit et gauche : pour une identification*, Paris, 2003 ; Id., « El derecho con la política, o nuestro Bobbio », *Revista Direito GV*, v. 3, n. 2, 2007, p. 165-178 [<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35187/33991>].

³⁸ D. Soldini, « Norberto Bobbio, un sceptique inquiet », *Droit & Philosophie*, 7, 2015, p. 159-173.

³⁹ R. Paour, « Bobbio et la justice constitutionnelle », *Analisi e Diritto*, 2005, p. 219-229.

⁴⁰ E. Decaux, « Norberto Bobbio et le droit international des droits de l'homme », in *Mélanges Charles Leben, droit international et culture juridique*, Paris, 2015, p. 445-460.

⁴¹ « Je suis – affirmait Bobbio – un philosophe des Lumières pessimiste... qui a appris la leçon de Hobbes, de De Maistre, de Machiavel et de Marx », N. Bobbio, « Cultura vecchia e politica nuova », dans Id., *Politica e cultura*, Turin, 1955, p. 202. « *Io sono un illuminista pessimista. Sono, se si vuole, un illuminista che ha imparato la lezione di Hobbes, di De Maistre, di Machiavelli e di Marx. Mi pare, del resto, che l'atteggiamento pessimistico si addica di più che non quello ottimistico all'uomo di ragione. L'ottimismo comporta pur sempre una certa dose d'infatuazione, e l'uomo di ragione non dovrebbe essere infatuato.* »

⁴² Selon Alfonso Ruiz Miguel la pensée de Bobbio est caractérisée « de su *illuminismo pesimista* o su realismo insatisfecho », A. Ruiz-Miguel, « Del derecho al poder: el camino central de la obra de Norberto Bobbio », *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28 (2005), p. 61. Cf. Id., « Bobbio : las paradojas de un pensamiento en tensión », in Á. Llamas (dir.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Madrid, 1994, p. 53-75

Annexe :

1. *Ouvrages principaux de Norberto Bobbio*

Sur l'ensemble de son œuvre, voir la *Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio, 1934-1993*, dirigée par Carlo Violi, Rome-Bari, 1995.

Ouvrages principaux de Norberto Bobbio : *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, Turin, 1934 ; *Scienza e tecnica del diritto*, Turin, 1934 ; *L'analogia nella logica del diritto*, Turin, 1938 ; *La consuetudine come fatto normativo*, Padoue, 1942 ; *La filosofia del decadentismo*, Turin, 1944 ; *Introduzione a C. Cattaneo, Stati Uniti d'Italia*, Turin, 1945 ; *Introduzione à T. Hobbes, De cive*, Turin, 1948 ; *Teoria della scienza giuridica*, Turin, 1950 ; *Politica e cultura*, Turin, 1955 (réimpr. 2005) ; *Studi sulla teoria generale del diritto*, Turin, 1955 ; *Teoria della norma giuridica*, Turin, 1958 ; *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turin, 1960 ; *Il positivismo giuridico*, Turin, 1961 ; *Italia civile. Ritratti e testimonianze*, Manduria, 1964 ; *Da Hobbes a Marx. Saggi di storia della filosofia*, Napoli, 1965 ; *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milan, 1965 ; *Profilo ideologico del Novecento*, Milan, 1969 ; *Saggi sulla scienza politica in Italia*, Bari, 1969 ; *Una filosofia militante. Studi su Carlo Cattaneo*, Turin, 1971 ; *Società e Stato da Hobbes a Marx*, Turin, 1973 ; *Quale socialismo? Discussione di un'alternativa*, Turin, 1976 ; *La teoria delle forme di governo nella storia del pensiero politico*, Turin, 1976 ; *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milan, 1976 ; *Trent'anni di storia della cultura a Torino: 1920-1950*, Turin, 1977 ; *Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologne, 1979 ; « Il modello giusnaturalistico », dans N. Bobbio-M. Bovero, *Società e Stato nella filosofia politica moderna. Modello giusnaturalistico e modello hegel-marxiano*, Milan, 1979 ; *Studi hegeliani. Diritto, società civile, stato*, Turin, 1981 ; *Le ideologie e il potere in crisi. Pluralismo, democrazia, socialismo, comunismo terza via e terza forza*, Florence, 1981 ; *Il futuro della democrazia* (1984), Turin, 1991 ; *Maestri e compagni*, Florence, 1984 ; *Stato, governo e società. Frammenti di un dizionario politico*, Turin, 1985 ; *Liberalismo e democrazia*, Milan,

et dans Id., *Política, historia y derecho en Norberto Bobbio*, México, 1994, p. 169-198. Alfonso Ruiz Miguel énumère ainsi les dix paradoxes de la pensée de Bobbio : il est « *un filósofo positivo, un iluminista pesimista, un realista insatisfecho, un analítico historicista, un historiador conceptualista, un positivista inquieto, un empirista formalista, un relativista creyente, un socialista liberal, un tolerante intransigente* ».

1985 ; *Italia fedele: il mondo di Gobetti*, Florence, 1986 ; *Thomas Hobbes*, Turin, 1989 ; *Il Terzo assente. Saggi e discorsi sulla pace e sulla guerra*, *ibid.* 1989 ; *Saggi su Gramsci*, Milan, 1990 ; *L'utopia capovolta*, Turin, 1990 ; *Una guerra giusta? Sul conflitto del Golfo*, Venice, 1991 ; *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Naples, 1992 ; *Il dubbio e la scelta. Intellettuali e potere nella società contemporanea*, Rome, 1993 ; *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*, Rome, 1994 ; *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Milan, 1994 ; « Tradizione ed eredità del liberalsocialismo », in M. Bovero-V. Mura-F. Sbarberi (dir.), *I dilemmi del liberalsocialismo*, Rome, 1994 ; *Progresso scientifico e progresso morale*, Turin, 1995 ; *Tra due repubbliche. Alle origini della democrazia italiana*, avec un écrit de T. Greco, Rome, 1996 ; *Autobiografia*, par A. Papuzzi, Rome-Bari, 1997 ; M. Bovero (dir.), *Dal fascismo alla democrazia. I regimi, le ideologie, le figure e le culture politiche*, Milan, 1997 ; C. Violi (dir.), *Né con Marx né contro Marx*, Rome, 1997 ; *Verso la Seconda Repubblica*, Turin, 1997 ; *La mia Italia*, Florence, 2000.

2. Ouvrages de Bobbio traduits en français

Libéralisme et démocratie, Paris, Le Cerf, 1996 ; *Droite et gauche*, Paris, Le Seuil, 1996 ; *L'État et la démocratie internationale. De l'histoire des idées à la science politique*, Bruxelles, Complexe, 1999 ; *Essais de théorie du droit (recueil d'articles)*, Paris, LGDJ/Monchrestien, 2000 ; *Le sage et la politique. Écrits moraux sur la vieillesse et la douceur*, Paris, Albin Michel, 2004 ; N. Bobbio-M. Viroli, *Dialogue autour de la république*, Rennes, PUR, 2006 ; *Le futur de la démocratie*, Paris, Le Seuil, 2007 ; N. Bobbio, *De la structure à la fonction*, introduction et traduction de D. Soldini, Paris, Dalloz, 2012.

3. Correspondances et recueils

« Carteggio inedito Bobbio-Arangio-Ruiz », in *Nuova Antologia*, CXVI (1981), p. 117-38 ; « Dialogo sulle istituzioni (carteggio tra Bobbio e P. Ingrao) », *MicroMega*, 1986, n. 1, p. 63-88 ; « Un carteggio tra Norberto Bobbio e Perry Anderson », *Teoria politica*, V (1989), 2-3, p. 293-308 ; « Dialogo sul male assoluto (carteggio tra Bobbio e A. Del Noce) », *MicroMega*, 1990, n. 1, p. 231-237 ; N. Bobbio – A. Del Noce, *Centrismo: vocazione o condanna?*, dirigé par L. Cedroni, Milan, 1995 ; N. Bobbio

-R. De Felice-G. E. Rusconi, *Italiani, amici nemici*, Milan 1996 ; « Der Briefwechsel Schmitt-Bobbio », dans P. Tommissen, *In Sachen Carl Schmitt*, Wien-Leipzig, 1997, p. 113-155 ; M. Viroli (dir.), *Dialogo intorno alla Repubblica*, Rome-Bari, 2000 ; *La vita degli studi. Carteggio Gioele Solari-Norberto Bobbio 1931-1952*, par A. D'Orsi, Milan, 2000 ; M. Assalto, A. Papuzzi, A. Sinigaglia (dir.), *Norberto Bobbio. Il dubbio e la ragione*, Turin, 2004 ; *Cinquant'anni e non bastano. Scritti di Norberto Bobbio sulla rivista "Il Ponte" 1946-1997*, par P. Polito, Florence, 2005 ; *Compromesso e alternanza nel sistema politico italiano. Saggi su «Mondo Operaio», 1975-1989*, Rome, 2006 ; N. Bobbio-G. Tamburrano, *Carteggio su marxismo, liberalismo, socialismo*, Rome, 2007 ; D. Zolo, *L'alito della libertà. Su Bobbio. Con venticinque lettere inedite di Norberto Bobbio a Danilo Zolo*, Milan, 2008 ; N. Bobbio-E. Garin, «Della stessa leva». *Lettere (1942-1999)*, dirigé par T. Provierera-O. Trabucco, Turin, 2011 ; *Dialoghi con Norberto Bobbio: su politica, fede, nonviolenza*, par Enrico Peyretti, Turin, 2011 ; A. Capitini-N. Bobbio, *Lettere 1937-1968*, par P. Polito, Rome, 2012 ; N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Turin, 2014 ; N. Bobbio, *Elementi di politica: antologia*, dirigé par Pietro Polito, Turin, 2014.

Volumi pubblicati

MONOGRAFIE

1. Alessandro Agri, *La giustizia criminale a Mantova in età asburgica: il Supremo Consiglio di giustizia (1750-1786)*, 2019, 2 tomi, pp. XX-687 [ISBN 978-88-944154-0-7]
2. Claudia Passarella, *Una disarmonica fusione di competenze: magistrati togati e giudici popolari in corte d'assise negli anni del fascismo*, 2020, pp. X-120 [ISBN 978-88-944154-1-4]
3. Federico Roggero, «*Uno strumento molto delicato di difesa nazionale*». *Legislazione bellica e diritti dei privati nella prima guerra mondiale*, 2020, pp. 303 [ISBN 978-88-944154-3-8]
4. Alessia Maria Di Stefano, «*Non potete impedirgli, dovete regolarla*». *Giustizia ed emigrazione in Italia: l'esperienza delle commissioni arbitrali provinciali per l'emigrazione (1901-1913)*, 2020, pp. 235 [ISBN 978-88-944154-4-5]
5. Gustavo Adolfo Nobile Mattei, «*Ad meliorem frugem redire*». *Le meretrici tra emenda e recupero (secc. XVI-XVII)*, 2020, pp. 220 [ISBN 978-88-944154-5-2]
6. Jacopo Torrisi, *Offensività. Itinerari dottrinari e giurisprudenziali ottoneovecenteschi*, 2020, pp. 206 [ISBN 978-88-944154-6-9]
7. Edoardo Fregoso, *Neither a Borrower Nor a Lender Be. Il comodato in Inghilterra fra Common Law e Ius Commune*, 2020, pp. 204 [ISBN 978-88-944154-7-6]
8. Alessandro Dani, *Cittadinanze e appartenenze comunitarie. Appunti sui territori toscani e pontifici di Antico regime*, 2021, pp. 166 [ISBN 978-88-944154-9-0]

COLLETTANEE

1. *Dialogues autour du nihilisme juridique*, sous la direction de Paolo Alvazzi del Frate, Giordano Ferri, Fatiha Cherfouh-Baïch et Nader Hakim, 2020, pp. 186 [ISBN 978-88-944154-2-1]
2. «*Biblioteca abolizionista*». *Fermenti europei per una battaglia italiana*, introduzione e cura di Marco Paolo Geri, 2021, Tomo I, pp. 318 e Tomo II, pp. 356 [ISBN 978-88-946376-0-1]
3. *Grandes figures du droit de l'époque contemporaine. Actes du colloque en l'honneur du doyen Christian Chêne*, Ouvrage édité par Arnaud Vergne, 2021, pp. 152 [ISBN 978-88-946376-1-8]

“Historia et ius”
Associazione Culturale - Roma
ISBN 978-88-946376-1-8