

POUR UNE HISTOIRE DE LA SCIENCE JURIDIQUE FRANÇAISE AU 19^e SIÈCLE

OLIVIER MOTTE
Universidad de Montpellier

L'histoire de la science juridique française reste à écrire. Nulle oeuvre de synthèse en effet n'est venue marquer un premier achèvement des recherches sur la période qui va du Moyen-Age à la fin de l'Ancien Régime, et, sans l'ultime étape que constitue la synthèse, l'histoire n'est qu'un ensemble de matériaux qui attendent d'être construits¹. Plus encore, le dernier pan de cette synthèse —le 19^e siècle jusqu'en 1925²— ne pourrait de toute façon être écrit faute de travaux préparatoires. C'est donc un immense travail qui est à achever —ou à entreprendre.

Mais avant de l'entreprendre encore faut-il réfléchir —on ne le fera jamais assez— à l'organisation qu'il faudra donner à une masse aussi énorme de matériaux, à la structure qu'il conviendra de lui imprimer, à la méthode en un mot, afin qu'une histoire de la science juridique française ne soit pas un simple recueil de notices hagiographiques ou une bibliographie commentée. Ce n'est pas en effet par les documents, c'est par la méthode qu'il faut commencer.

La démarche qui, semble-t-il, s'impose est de se tourner vers l'Allemagne. Dans ce domaine en effet elle est passée maîtresse et tous ceux qui, à l'étranger, se sont attachés à lui ont été à son école.

¹ Il va sans dire d'ailleurs que, si même elle avait été tentée, elle serait aujourd'hui en raison de "la crise ouverte par l'évolution contemporaine à la fois dans le système des sciences et dans les mécanismes de la reproduction institutionnelle" à reprendre entièrement. P. LEGENDRE, *L'inscription du droit canon dans la théologie: Remarques sur la Seconde Scolastique*, in S. KUTTNER et K. PENNINGTON ed., *Proceedings of the Fifth International Congress of Medieval Canon Law* (Città del Vaticano 1980), 443.

² Le milieu de ce siècle, qui appartiendra bientôt à l'histoire, demande encore un traitement particulier faute d'accès à certaines sources d'archives et en raison du respect dû à des juristes qui sont pour certains encore vivants.

Mais si elle montre à l'évidence la richesse de ce champ de recherche, il s'en faut de beaucoup cependant qu'elle fasse connaître la façon dont il doit être traité aujourd'hui. Vieilles, conventionnelles ou anecdotiques, la plupart des études qui ont vu le jour outre-Rhin ne sauraient constituer un exemple. L'ouvrage monumental de Landsberg³, exceptionnellement laborieux et érudit mais manquant à la fois de structure et de souffle, celui de Wieacker⁴, de ton très personnel et de ce fait inimitable, les précis de Molitor⁵ et Wesenberg⁶, destinés aux étudiants et ayant par là toutes les qualités et tous les défauts du manuel universitaire, ne sauraient être pris comme modèle. Malgré sa vitalité actuelle⁷, les insuffisances méthodologiques de l'historiographie allemande ne permettent pas de s'en inspirer directement.

La réflexion doit donc se faire sur d'autres bases et, faute de trouver un exemple immédiatement applicable, s'attacher à déceler dans les disciplines voisines les éléments d'une approche nouvelle.

Trois ouvrages peuvent nous aider à réfléchir à ce problème: une thèse française d'histoire, une thèse américaine de sociologie, l'essai enfin d'un juriste⁸.

Ces trois livres ont un point commun; chacun d'eux fait l'histoire d'une discipline: le droit, l'histoire, la sociologie. Ils illustrent en un mot un renouveau de l'étude de l'historiographie —ou plutôt un mouvement vers une historiographie nouvelle devenue point de convergence de l'histoire sociale quantitative, de l'histoire des mentalités et de la sociologie du savoir.

Leur parution est déjà relativement ancienne si l'on s'en tient aux dates et au désir trop vivement ressenti peut-être aujourd'hui de serrer d'aussi près que possible l'actualité de l'édition. Mais les ouvrages fondamentaux ont pour eux ce privilège qu'ils restent, mar-

³ E. LANDSBERG, *Geschichte der Deutschen Rechtswissenschaft*. Dritte Abteilung (München-Berlin 1910), 2 vol.

⁴ F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung* (Göttingen² 1967).

⁵ E. MOLITOR, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte* 3^e édition par H. SCHLOSSER (Heidelberg-Karlsruhe³ 1979).

⁶ C. WESENBERG, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung* 3^e édition par C. WESENER (Lahr³ 1976).

⁷ K. LUIG, *Neuerscheinungen zur europäischen Privatrechtsgeschichte*, in *Zeitschrift für historische Forschung* 7 (1980), 423-431.

⁸ A.-J. ARNAUD, *Les juristes face à la société, du XIX^e siècle à nos jours* (Paris P.U.F. 1975); Ch.-O. CARBONELL, *Histoire et historiens. Une mutation idéologique des historiens français* (Toulouse Privat 1976); T.N. CLARK, *Prophets and Patrons. The french University and the Emergence of the Social Sciences* (Cambridge Mass. Harvard University Press 1973).

quent et une fois lus se relisent encore. Les comptes-rendus, nombreux, que leur ont consacré revues françaises et étrangères invitent toutefois à ne pas refaire un travail déjà fait. Aussi n'est ce pas pour nous livrer à une analyse de détail non plus que pour dire le bien que nous en pensons que nous voudrions revenir sur eux, mais pour dégager ce qui nous semble être leur caractère commun, ce qui est au delà de la relative diversité des sujets la similitude des démarches, des méthodes et du but recherché.

Le juriste, historien et sociologue du droit, trouvera assurément dans ces ouvrages plusieurs vérités; dont une si évidente sans doute qu'on l'avait oubliée: posséder son histoire est pour une discipline non point un acte gratuit d'érudition mais une démarche fondamentale qui oriente largement son devenir.

Dans cette perspective, ces ouvrages se recontrent sur trois points communs.

Leur premier point commun c'est, avant tout, l'époque qu'ils envisagent: le 19^e siècle, cet oublié, ce méconnu, trop proche jusqu'à une époque récente pour être intégré à notre perspective historique, victime en France de la cassure révolutionnaire marquant trop longtemps, avec de rares échappées jusqu'au Premier Empire, les bornes infranchissables à tout historien du droit sérieux, respectueux de sa discipline.

Le second, c'est le domaine de leur recherche: ce que jusqu'à aujourd'hui on appelait commodément l'histoire intellectuelle — ce qui ne veut rien dire — et pour lequel ils revendiquent d'abord avec une autre fonction et une autre approche un autre nom, celui peut-être de sociologie du savoir pour bien marquer avant tout le lien qu'ils entendent établir entre le mouvement des idées et son cadre institutionnel.

Le troisième, c'est ce que l'on pourrait appeler la volonté méthodologique. De tels ouvrages en effet seraient bien pauvres encore s'ils n'apportaient, au-delà d'une information précieuse sur un point méconnu, un certain renouveau de la méthode. Peut-être d'ailleurs une partie de leur originalité tient-elle à ce souci de faire le point de ce qui existe, de dire dans quelle voie l'on s'engage, de revendiquer une méthode ou un ensemble de méthodes.

Parmi ces approches, nous en retiendrons trois qu'on discerne à l'état d'ébauche dans chacun de ces ouvrages et qui nous paraissent fondamentales: ils lient les hommes et le mouvement des idées, ils posent la question de savoir quels liens entretiennent les hommes entre eux, ils replacent le mouvement scientifique dans le cadre des rapports entre ces hommes et la société globale.

C'est à ces idées force que nous allons nous attacher en voyant en quoi elles peuvent servir à l'élaboration d'une histoire de la science juridique.

Jusqu'à une date récente, l'histoire de l'historiographie française a été abandonnée aux chercheurs étrangers et les lumières sur notre passé nous sont le plus souvent venues d'Allemagne, de Suisse ou des Etats-Unis⁹.

C'est à juste titre que le professeur Schulin (Fribourg en Brisgau) pouvait écrire récemment que "Das Interesse französischer Historiker an der Geschichte der Geschichtswissenschaft ist im allgemeinen auffallend gering"¹⁰. Pour cette raison la thèse du professeur Carbonell fera date.

Cette somme monumentale retient l'attention à plus d'un titre. Les intérêts les plus divers trouvent en effet dans cet ouvrage matière à information et surtout, ce qui est essentiel, à réflexion. Un style alerte, des chapitres concis mais étayés sur des notes nombreuses rendent d'ailleurs extrêmement agréable la lecture d'une thèse qui, par son ampleur, semble un défi à la critique. Surtout, elle est dominée par une idée.

L'idée fondamentale de l'auteur, c'est en effet le recours systématique à la "pesée globale". Pour lui, trop longtemps quelques grands arbres ont caché la forêt. Il importe donc de remettre les choses à leur juste place. Ce sont tous les auteurs, célèbres et obscurs, toutes les oeuvres, bonnes et médiocres, et non pas seulement, comme c'était trop souvent le cas jusque là, un petit nombre d'hommes et de travaux qui sont envisagés sinon étudiés¹¹.

⁹ Ce sont souvent des thèses américaines, malheureusement restées inédites, qui nous révèlent l'historiographie française du 19^e siècle. Cf. p.e. M. SIEGEL, *Science and the historical Imagination: Patterns in French historiographical Thought 1866-1914* (Columbia 1965); B. HARRISON *Gabriel Monod and the professionalization of History in France* (Wisconsin 1972).

¹⁰ E. SCHULIN, *Zwei Bücher zur französischen Geschichtswissenschaft des späten 19. Jahrhunderts*, in *Francia* 6 (1978), 592.

¹¹ Pour procéder à cette analyse, l'auteur se place à cette époque charnière qu'est pour lui la période 1865-1885, que pour notre part nous aurions cru plus tardive et située plutôt autour de 1880, cette dernière date marquant à tous égards une cassure nette et profonde dans l'évolution des sciences historique et juridique françaises au 19^e siècle. De plus, malgré son titre, l'étude s'attache pour l'essentiel à la période 1865-1875 soit avant le lancement de la Revue historique et la professionnalisation des études historiques dans les universités. Quoi qu'il en soit, c'est là sans aucun doute l'époque décisive d'une mutation idéologique. On ne dira jamais trop qu'avec 1820-1830, la période 1870-1880 est dans la France du 19^e siècle un grand moment de la pensée.

La pensée de départ est avant tout réaction contre l'histoire de l'historiographie mise en oeuvre jusqu'à une date récente. De même que l'historiographie a abandonné depuis la fin du siècle dernier l'étude des puissants pour s'attacher aux multitudes, son histoire veut n'ignorer rien de ce qui fait la trame réelle de la production historique. A la méthode traditionnelle, jugée "aristocratique", on veut en un mot substituer des recherches quantitatives et sociologiques. Il s'agit d'appréhender en particulier l'importance de l'histoire dans l'édition et l'origine de ceux qui l'écrivent. Et en effet, grâce à ces statistiques, à ces graphiques, à ces cartes, on voit s'éclairer le statut socio-professionnel de l'historien, se dessiner les contours d'une production historique.

A la lecture on mesure tout ce qui sépare le professeur Carbonell de son prédécesseur le professeur Stadler (Zurich) dont l'ouvrage¹² s'attachait surtout, et beaucoup trop, aux "grands historiens" comme le fait encore, quoique de manière totalement différente, le professeur Keylor (Boston) dans un livre récent¹³ qui retrace, à peu de chose près, le destin de l'historiographie française de l'époque à laquelle la laisse "Histoire et Historiens" à la naissance des *Annales*.

Mais, comme dans toute tentative, le moins bon côtoie parfois l'excellent. C'est inévitable à la fois sur le plan des données et sur celui de la méthode. Dans un domaine très vaste où, même pour le spécialiste, il est difficile de tout connaître, on aboutit à citer parfois un peu au hasard hommes et oeuvres. L'historien du droit par exemple qui demanderait à l'ouvrage de l'éclairer sur la place de l'histoire des institutions dans les recherches historiques de cette période serait certainement déçu. Le chapitre consacré aux "avocats historiens" est en effet bien rapide¹⁴. Mais c'est là la rançon de l'ampleur même de la recherche. Plus grave sans doute sont les limites, qui apparaissent très nettement à la lecture, de la méthode elle-même.

Ces limites sont dues, d'abord, au matériau disponible. Souvent, en effet, faute de renseignements chiffrés en nombre suffisant, la méthode n'est pas poussée jusqu'à ses conséquences ultimes; là où, justement, elle serait particulièrement révélatrice. Tirage des ouvrages et situation de fortune des historiens sont en particulier passés

¹² P. STADLER, *Geschichtsschreibung und historisches Denken in Frankreich* (Zürich 1958).

¹³ W.R. KEYLOR, *Academy and Community. The Foundation of the French Historical Profession* (Cambridge, Mass. 1978).

¹⁴ Ch.-O. CARBONELL, *Histoire et Historiens*, 277-282.

sous silence alors qu'il s'agit pourtant, semble-t-il, d'indications fondamentales.

Par ailleurs, on a souvent l'impression que la masse des renseignements traités ne fait que confirmer, sans apporter grand chose, ce que nous savions déjà. Sans doute est-il bon de voir corroborer par une étude quantitative ce qu'on pouvait juger n'être que des intuitions. Mais l'importance des données mises en oeuvre paraît parfois disproportionnée au but atteint et, lorsqu'au contraire l'auteur bat en brèche des préjugés, il n'emporte pas, malgré elles, l'adhésion. Dans un cas comme dans l'autre, la quantification n'apparaît pas décisive; elle semble fournir simplement une justification chiffrée à des convictions préalables.

Enfin cette approche tend à désincarner l'histoire, à traiter les écoles de pensée dans une sorte de vacuum au lieu d'appréhender des hommes. Si le défaut est ici largement compensé par le style particulièrement alerte et incisif de l'auteur, on peut craindre ce que serait la contribution d'un disciple qui n'aurait pas les brillantes qualités d'imagination qui, dans cet ouvrage, rendent l'évocation si vivante.

Reste l'apport essentiel de la méthode: des mythes pris en flagrant défaut de contrevérité, des certitudes ébranlées, des perspectives nouvelles ouvertes¹⁵. C'est là sans doute que réside l'intérêt primordial de la thèse du professeur Carbonell: "siècle de l'histoire, "histoire universitaire", "histoire bourgeoise" ce sont là des expressions que l'on ne devrait plus employer après avoir lu ce livre. Pour la période considérée en effet la part de l'histoire dans l'édition est faible, inférieure même à ce qu'elle était au siècle précédent, et l'histoire apparaît être alors beaucoup moins le fait d'universitaires que d'historiens amateurs et bien plus le fait de la noblesse et du clergé que de la bourgeoisie. Par là se dessine une autre histoire, un autre peuple d'historiens. Mais si c'est là l'apport essentiel, c'est aussi le danger essentiel de la méthode. En définitive il y a des convictions —elles sont ici fortement marquées— qu'on essaie de justifier au nom de la pesée globale. Elle est le bélier utilisé pour démolir les mythes. Mais elle est maniée avec tant de vigueur que parfois elle ébranle sans raison tout l'édifice. Le fait est particulièrement sensible en ce qui concerne l'influence allemande.

¹⁵ S'il faut s'attaquer aux mythes, cependant ce doit être sans se dissimuler que le mythe est créateur et mérite de ce fait d'être étudié pour lui-même. C'est là un point essentiel.

Si l'ouvrage en effet se limite au cadre national, il tente à juste titre de déceler les influences étrangères ou, pour mieux dire, d'évaluer le poids d'une influence: celle de la science allemande à laquelle l'auteur consacre une partie importante de son livre.

Sur ce point, selon D. Gembicki (Genève), le professeur Carbonell "pourfend ici un mythe... à savoir que l'érudition germanique a exercé une véritable influence sur les institutions et auprès des historiens de l'hexagone"¹⁶. Rien n'est moins sûr.

D'une part, sur le plan des données, ce sont toujours les mêmes témoignages que l'on cite et cette démarche demanderait à être renouvelée par une meilleure connaissance des sources, seule en mesure de révéler l'étendue exacte des phénomènes¹⁷.

D'autre part, sur le plan de la méthode, c'est toute l'ambiguïté de la pesée globale. Si l'influence allemande n'a pas touché certains milieux, quantitativement les plus importants, s'ensuit-il pour autant que cette influence soit moindre qu'on l'avait dit?¹⁸ Certainement pas. Elle a marqué tous ceux qui ont compté. Ceux qui l'ont combattue se sont définis par rapport à elle. Ceux qui l'ont ignorée sont restés étrangers au mouvement scientifique de leur temps. Cela suffit à dire son importance primordiale dans l'historiographie française de la fin du 15^e siècle.

Ce n'est donc pas sans raison que le professeur Keylor dénonçait lors de la parution de l'ouvrage la fragilité de cette position révisionniste¹⁹.

Il y a là en définitive un instrument extrêmement précieux mais en même temps particulièrement délicat et pour tout dire dangereux. Il demande donc à être utilisé avec prudence et à être complété par d'autres approches. L'ouvrage du professeur Clark fournit l'une d'elles.

Après l'histoire de l'histoire c'est, si l'on peut oser l'expression, la sociologie de la sociologie. A la volonté, issue de l'histoire quantitative, de procéder à une *pesée globale* se substitue la volonté proprement sociologique d'appréhender comme objet d'étude un réseau informel de relations hiérarchisées.

De façon très caractéristique, l'ouvrage s'ouvre par une discussion sémantique: celle du terme qui, dans l'approche sociolo-

¹⁶ *Revue suisse d'histoire* 27 (1977), 594.

¹⁷ Une seule page sur les étudiants français en Allemagne c'est bien peu, s'agissant surtout de remettre en cause les idées reçues sur ce point. "A l'école de l'Allemagne" *Histoire et historiens*, 567-568.

¹⁸ *Histoire et historiens*, 566.

¹⁹ *Journal of Modern History* 49 (1977), 482.

gique, doit caractériser le rapport qui lie l'histoire des idées à celle de l'enseignement supérieur²⁰. Les mots français en effet qui désignent cette réalité —qui jusque là n'avait fait l'objet que d'une approche anecdotique ou polémique— tendent soit à la valoriser, soit plus souvent encore, en la désignant de façon péjorative, à la dévaloriser. Si l'on est soi-même membre d'une *Ecole*, formée des disciples d'un même maître, on parle volontiers, quand il s'agit du *clan* adverse, de *coterie*²¹. C'est pourquoi l'auteur adopte, dans sa réflexion, le terme neutre de *cluster* qui sans doute restera pour désigner cette notion et, autour de lui, organise en système toute une information empirique sur l'enseignement supérieur parfaitement connue de tous ceux qui y appartiennent mais où, jusque là, on n'avait pas vu la matière d'une étude scientifique²².

Une fois cet instrument acquis et bien établie cette volonté de reconstruire le système universitaire non à partir de l'officiel mais d'un phénomène réel bien que discret, l'auteur l'applique à la sociologie et montre comment elle a lentement pénétré dans l'université et s'y est constituée en discipline autonome²³. Son livre est le récit de cette lutte. Il manifeste avec une parfaite clarté qu'une discipline ne s'impose pas par la seule valeur du message qu'elle doit délivrer. Il faut encore que ses intérêts soient défendus par un homme ou un groupe qui réussissent à obtenir son institutionnalisation, lui assurant une place reconnue non seulement dans la science mais aussi dans les lieux qui la consacrent. Dans l'université, en un mot, un génie sans moyens n'est rien de plus qu'un homme de pouvoir sans idées. Tôt ou tard, pour l'imposer, il faut savoir "vendre" sa discipline. C'est là affaire de conviction intime sans doute mais aussi d'habileté et d'entregent, parfois même de sens de l'intrigue. Le succès dépend, en dernier ressort, de la capacité d'assurer des crédits et des postes. Durkheim le comprit par-

²⁰ L'étude invite évidemment à approfondir la réflexion sur des concepts que nous utilisons sans cesse et que nous ne questionnons jamais, ceux en particulier d'école, de génération, etc. . . .

²¹ T.N. CLARK, *Le patron et son cercle: clef de l'Université française in Revue française de sociologie* 12 (1971), 21, n. 3.

²² *Le patron et son cercle*, 20-29.

²³ "The Durkheimians and the University", T.N. CLARK, *Prophets and Patrons* 162-195. L'analyse de la structure de l'Ecole Durkheimienne a été poursuivie de façon remarquable dans un volume spécial de la Revue française de sociologie publié, sous la direction de M. Ph. Besnard, par le Groupe d'Etudes Durkheimiennes. Ph. BESNARD ed., *Les Durkheimiens. Revue française de sociologie* 20 (1979), 1-328. C'est à tous égards un modèle du genre.

faitement²⁴ qui, en présentant la sociologie comme une discipline englobante²⁵, sut attirer à lui des chercheurs venus d'horizons très divers²⁶.

Tout ceci s'appliquerait très exactement à la façon dont Savigny a, en Allemagne, imposé l'histoire du droit dans l'enseignement juridique — aux dépens du droit naturel et du droit en vigueur — et à celle dont, à sa suite, un petit groupe d'hommes a, en France, fait reconnaître, non sans mal, cette discipline dans les programmes.

Ainsi l'ouvrage dépasse "l'histoire des idées" pour l'intégrer dans la perspective plus vaste des développements institutionnels qui ont encouragé ou découragé la recherche et l'enseignement. Plus encore, le système d'idées est vu comme sous-tendu par un système de relations, "informal linkages for the entire system". La structure est retrouvée à partir du mythe universitaire. L'anecdote, niveau a priori le plus superficiel de l'enseignement supérieur, devient la base même de sa trame la plus profonde, modifiant et refaisant sans cesse le cadre institutionnel²⁷.

Il y a là en définitive une façon très riche et très personnelle de déceler derrière l'historiographie le lieu de production de l'histoire, de voir le chercheur comme incrusté dans sa base de recherche-limitatrice, le plus souvent, de ses desseins.

Comment s'institutionnalise le savoir, c'est ce que nous apprend en définitive cet ouvrage qui marque bien la relation entretenue par les idées avec les institutions dans lesquelles elles doivent tôt ou tard s'inscrire si elles ne veulent pas n'aboutir jamais. En raison du caractère hautement centralisé de l'enseignement supérieur français l'instrument vaut pour les autres disciplines et en particulier pour le droit.

²⁴ T.N. CLARK, *Emile Durkheim and the Institutionalization of Sociology in the French University System in Archives européennes de Sociologie* 9 (1968), 53-68.

²⁵ *Emile Durkheim*, 51-53.

²⁶ Il faut bien dire cependant que l'analyse du professeur Clark est bien moins satisfaisante, comme le remarque D. Lacapra (Cornell), en ce qui concerne la désintégration du *cluster* Durkheimien (*American Historical Review* 79 (1974), 517. Et pourtant, si bien entendu sa discipline devait lui survivre, le recul fut à la mort de Durkheim très sensible qui se marque dans la difficile poursuite de l'*Année sociologique*. Or la façon dont une discipline recule, voire disparaît des programmes d'enseignement, est au moins aussi importante que la façon dont elle s'impose.

²⁷ Dans cette perspective les correspondances, fondamentales pour la connaissance des liens entretenus par les universitaires et seules en mesure de révéler la trame cachée de leur activité, devraient prendre une importance capitale.

Cependant prendre une vue d'ensemble d'une discipline, en lier le développement à son intégration dans un cadre institutionnel n'est pas encore assez. Il faut la replacer dans la société globale. C'est là la leçon de l'ouvrage que M. A.-J. Arnaud a consacré aux juristes français de l'époque contemporaine. De plus, cette histoire de la science juridique du 19^e siècle qui nous semble indispensable pour restituer l'ensemble de l'école française, il en présente, dans des proportions modestes sans doute, comme une première ébauche. C'est à ces deux titres qu'il doit retenir notre attention.

Il est des ouvrages dont on sent qu'ils apportent avant tout un regard neuf, une redécouverte, une réflexion originale. Le livre de M. Arnaud est de ceux là. Son projet, très ambitieux, veut faire revivre près de deux siècles de la vie juridique française sous l'angle des rapports entretenus par les juristes avec la société. C'est une gageure qui a été largement tenue.

L'essai, riche de substance, restaure un passé, un proche passé présent dans toute notre culture juridique mais si dilué, si intégré à elle, qu'il était pourtant oublié. Ce terme de restauration cependant est chargé de connotations bien ambiguës. La démarche de l'auteur est en effet tout le contraire d'une pieuse exhumation. Car sa tentative ne vise pas à notre édification. Bien au contraire, elle pose avant tout des questions.

Son propos est, plus que de nous rendre le passé présent, d'effacer la césure que les écoles successives avaient bien artificiellement introduite à nos yeux dans le tissu continu de l'évolution juridique. Il ne s'agit pas pour lui d'actualiser le passé mais de l'appréhender comme un avec le présent.

L'ouvrage veut d'abord faire connaître les juristes du siècle dernier et leurs oeuvres. C'est dire qu'il intervient dans un domaine bien délaissé à la fois des historiens qui découvrent à peine l'existence du 19^e siècle et des civilistes et publicistes à qui le fétichisme du dernier revirement de la jurisprudence ou de la doctrine fait trop souvent ignorer tout ce qui fonde pourtant leur discipline.

Depuis les travaux à juste titre oubliés de Bonnetcase²⁸, alors pourtant que devenaient de plus en plus sensibles les liens entre l'oeuvre et son milieu, alors que s'affirmait dans d'autres domaines la démarche rétrospective et critique, il faut bien dire que notre connaissance de la science juridique française contemporaine n'a

²⁸ J. BONNETCASE, *La Thémis (1819-1831), son fondateur Athanase Jourdan* (1914), *La faculté de droit de Strasbourg* (1916), *L'École de l'exégèse en droit civil* (1924), *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente* (1933)...

pas progressé d'un pas²⁹, si l'on excepte quelques études sur les fondateurs du droit administratif et ces brillantes exceptions que constituent plusieurs articles du professeur Jean Gaudemet³⁰, et surtout une remarquable synthèse du professeur Legendre qui constitue à ce jour le plus lumineux exposé qu'on ait jamais donné de cette question³¹.

C'est donc avec reconnaissance qu'il faut accueillir cette étude qui fait renaître un certain nombre de noms et d'ouvrages.

D'abord des noms³², inconnus pour la plupart au juriste comme à l'historien du droit, ce qui est grave. C'est une science mutilée de son proche passé que nous enseignons aujourd'hui. Voir encore présenter comme des inconnus les plus grands juristes du siècle dernier peut prêter à beaucoup de tristes réflexions. Une au moins s'impose à l'esprit: un constat de carence, la nécessité d'une redécouverte. Le premier devoir des historiens des institutions n'était-il pas de s'intéresser à l'histoire récente de leur discipline, de tenter de connaître ces prédécesseurs auxquels ils doivent l'essentiel de leur formation? Il y a là beaucoup à faire encore.

Ces noms ne valent d'ailleurs que parce qu'ils sont liés à un certain nombre d'ouvrages qui eurent leur heure de gloire. Ces livres oubliés, les voici rappelés à notre attention, voici que leurs titres deviennent soudain familiers, voici que le mouvement qui les anime devient accessible à tous, au moins dans ses grandes lignes. Ceux qui ont découvert peu à peu, sans autre guide que leur curiosité, ces ouvrages trop récents pour être, à quelques exceptions près, classiques et trop anciens pour faire partie de la bibliographie courante des juristes mesureront le prix d'un livre qui en donne ainsi la clef au plus large public.

Cependant ces noms de juristes, ces titres d'ouvrages ne sont, cela va sans dire, que le cadre dans lequel se meut la science juridique. C'est bien l'évolution de la pensée sur le droit qu'il s'agit

²⁹ v. notamment E. GAUDEMET, *L'interprétation du code civil en France depuis 1804* (Bâle-Paris 1935) (Conférences données à l'Université de Bâle les 30 novembre, 7, 14 et 21 décembre 1923).

³⁰ J. GAUDEMET.

³¹ "L'histoire parmi les sciences de l'administration", P. LEGENDRE, *Histoire de l'administration de 1750 à nos jours* (Paris 1968), 5 27; v. aussi *Les courants traditionnels de recherche dans les facultés de droit in Revue administrative* (1968), 427-432.

³² Si la liste des personnages cités est imposante (et tourne parfois à l'énumération) il n'en reste pas moins qu'elle compte de grands absents. Oudot, par exemple, au premier rang dans la lutte contre l'exégèse, ne méritait-il pas au moins une ligne?

de saisir. Nous ne dans si ce sera tout à fait le cas. Tout ceci en effet est présenté dans une évocations si rapide qu'elle en déforme parfois quelque peu le sens, ce qui est dans une certaine mesure inévitable à l'occasion d'une synthèse mais sans doute regrettable en l'absence d'ouvrages exhaustifs sur le sujet. C'est peut-être que, pour l'auteur, l'essentiel n'est pas là. Ce qui lui importe surtout, c'est le lien qui unit ces hommes et leurs oeuvres à la société dans laquelle ils évoluent.

L'ouvrage du professeur Clark invitait à étudier la pensée sociologique en la liant à son cadre institutionnel. Celui de M. Arnaud va plus loin et invite à concevoir la pensée juridique comme profondément enracinée dans son siècle, à découvrir le milieu dans lequel ont vécu les juristes et les rapports qu'ils ont entretenus avec lui. Cette démarche est en effet fondamentale. La science juridique du siècle dernier resterait, sans elle, incompréhensible.

Cependant, si l'accord ne peut que se faire sur la nécessité de replacer constamment l'oeuvre dans son milieu, tout le problème est d'appliquer cette pensée initiale, bien plus difficile à mettre en oeuvre qu'à énoncer.

La position de l'auteur est claire. S'il s'intéresse aux juristes du siècle dernier, c'est qu'ils portent de leur société le témoignage; c'est surtout que, face à cette société, ils se font juges, ou plutôt qu'ils croient juger. Car ce n'est là qu'une illusion. C'est à une illusion en effet qu'ils doivent de se croire en position d'observateur alors qu'ils sont impliqués dans le jeu social qu'ils prétendaient régir de leur chaire en toute sérénité. L'illusion de l'impartialité se trouve, au terme de cette analyse, à peu près totalement détruite. Le juriste est bel et bien engagé dans la société en même temps d'ailleurs que son attitude à son égard témoigne d'une incompréhension. Pour M. Arnaud il est avant tout un homme qui méconnaît la société et ses aspirations. Rivé aux codes, ignorant des réalités, il ne fait que participer à la reproduction de l'ordre établi. En définitive l'auteur prolonge sur deux siècles et toute la vie juridique le jugement qu'il porte sur le Code civil: "Bien qu'issu d'un courant de libération individuelle, le Code Napoléon est, en définitive, un instrument de répression aux mains des bourgeois". Le juriste est à la fois le produit et le fondement de la "paix bourgeoise".

C'est là, nous semble-t-il, une conclusion à laquelle on ne peut souscrire sans réserve — et qui montre combien une méthode, même juste dans son principe, peut devenir dangereuse dès lors qu'elle cesse d'être impartiale mais veut avant tout rendre compte,

en lui donnant la caution d'une approche scientifique, d'une position personnelle.

Au niveau des faits, il faudrait apporter de nombreuses précisions qui n'affaiblissent pas l'hypothèse générale mais conduisent à la nuancer très sensiblement. Surtout, en ce qui concerne le principe, on jugera sans doute que c'est ériger un caractère parmi tant d'autres en idée directrice au prix de beaucoup d'approximations. D'une manière générale, il est pour l'observateur informé souvent difficile de suivre l'auteur, bien trop systématique dans son propos en raison d'un engagement qui fait souvent l'intérêt de son livre mais lui donne aussi un caractère polémique regrettable.

S'il fallait à l'évidence poser la question des rapports entretenus par le juriste avec la société — et c'est le grand mérite de M. Arnaud de l'avoir fait — l'hypothèse de base qui sous-tend l'ouvrage me paraît difficile à accepter en l'absence de toute nuance et dans la mesure surtout où elle est censée rendre compte à elle seule d'une attitude infiniment plus complexe. Cette vue assez manichéenne ne peut que donner au lecteur une idée inexacte d'une situation qui demandera encore beaucoup d'études préparatoires avant de pouvoir faire l'objet d'un jugement d'ensemble.

Par ailleurs, sur le plan de la forme, il nous semble que dans sa présentation générale, l'ouvrage ne tire pas le meilleur parti de sa volonté affirmée de situer la pensée juridique dans le cadre de la société où elle se développe. Vouloir ne pas isoler le juriste de son milieu est souhaitable. Mais sans pour cela s'astreindre à rappeler constamment un contexte institutionnel et économique qui doit être supposé connu. Le rappel qui en est sans cesse fait contribue à donner à l'ouvrage un caractère beaucoup trop scolaire et exagérément découpé. Il était d'ailleurs particulièrement délicat de caractériser en peu de mots la société qui entoure les juristes sur une période de un siècle et demi. Aussi aurait-il mieux valu sans doute ne pas le tenter. Ce sont là des pages qu'il aurait été préférable de consacrer aux facultés de droit ou à l'organisation des tribunaux. Dans son ensemble, l'ouvrage va à la fois chercher beaucoup trop loin ses matériaux et n'est pas assez complet sur son objet immédiat. C'est sans doute regrettable.

Si l'ouvrage de M. Arnaud montre de façon remarquable combien l'étude d'une pensée historique, sociologique ou juridique, si elle ne veut pas rester "en l'air", doit prendre en considération la société où elle se développe, il nous paraît bien moins convaincant

comme modèle de ce que pourrait être une histoire de la science juridique française du début du 19^e siècle au milieu de ce siècle.

D'abord, et c'est à l'évidence une lacune criante, il manque ici une réelle connaissance des sources. L'ouvrage est fait de seconde main. De là des erreurs de détail qu'il aurait été souhaitable d'éviter. Ces erreurs d'ailleurs n'appellent qu'une observation. C'est qu'elles sont la marque de l'extrême indigence de la littérature en la matière. Quelques titres anciens composaient tout l'acquis dont disposait l'auteur. Il eut été prudent de ne les utiliser qu'avec circonspection et, en procédant ou moins à quelques sondages, de tenter d'en vérifier les données. Faute de s'y être résolu, il a fait sien beaucoup de leurs lacunes et de leurs erreurs.

L'ouvrage souffre ensuite du manque d'un réel appareillage méthodologique. Il n'y a pas là la nécessaire réflexion préalable qu'on attendrait d'un auteur désireux de s'attacher à un domaine encore à étudier. Les individualités ne sont pas nettement marquées. Les références biographiques et bibliographiques sont imprécises. On voit à peine se dessiner des générations, presque pas des écoles. Il manque en un mot une armature solide.

Faute enfin d'une connaissance suffisante des sources et d'une méthode assez nettement définie, l'ouvrage est loin de reposer sur une base vraiment assurée et essaie de dissimuler ses faiblesses derrière un brillant qui ne peut faire longtemps impression. Dire que le "droit a explosé en une poussière de disciplines", c'est rendre compte, dans des termes imagés mais appropriés, d'une réalité. Parler du "charme discret de la fonction de juriste", c'est faire un bon mot qu'on peut à la rigueur accépter. Mais classer successivement les juristes en "Pontifes", "Trublions" ou "Vigiles" et "Mandarins" est-ce vraiment caractériser des étapes de la science juridique. N'est-ce pas céder plutôt à une certaine facilité? Chaque époque a eu ses pontifes, ses mandarins et ses trublions. Quant à l'usage, en l'absence de toute définition préalable, des expressions exégèse, méthode scientifique et "historicisme" il nous semble appeler les plus expresses réserves. Nommer ainsi des écoles dont a démonté le mécanisme est légitime. Baptiser de ces noms, à la suite de ses prédécesseurs, des écoles dans lesquelles on fait ensuite entrer un certain nombre d'oeuvres est une toute autre approche. Parler, sur le problème de l'interprétation, d' "école de l'exégèse", d' "école historique" et d' "école scientifique" serait, à condition d'en tracer d'abord très nettement les limites, déjà mieux. Il y a dans cet usage d'un vocabulaire qui demanderait à être sérieusement revu une fuite en avant à notre sens regrettable.

Faut-il dire pour autant que ce travail était prématuré ? C'est vrai sans doute dans ce sens qu'en l'absence d'études nombreuses sur lesquelles fonder une synthèse celle-ci ne pouvait être qu'assez hasardeuse et forcément incomplète et inexacte sur de nombreux points. Mais il ne l'était assurément pas en ce que sa parution, en attirant l'attention sur un domaine dont il marque tout l'intérêt, paraît susceptible de susciter des travaux qui viendront en confirmer ou en infirmer les hypothèses.

L'ouvrage de M. A.-J. Arnaud doit être avant tout en effet l'occasion et, il faut l'espérer, l'amorce d'une réflexion renouvelée sur les juristes et leurs oeuvres. Il montre en premier lieu la nécessité de mieux connaître le milieu social et mental des juristes du 19^e siècle dont il faut bien dire que nous ne le connaissons que très mal³³. Il montre aussi la nécessité de redécouvrir une à une les oeuvres juridiques du siècle dernier qui ont encore tant à nous apprendre³⁴. C'est en cela surtout qu'il sera utile.

Est-ce en définitive à l'historien de la science juridique à rendre compte de ce livre ? Il lui paraîtra sans doute être une synthèse abusivement rapide de l'histoire de sa discipline et il referait volontiers l'ouvrage tout entier, et bien plus volumineux. Aussi est-ce peut-être avant tout à l'*usager*, non juriste ou encore étudiant en droit désireux de se familiariser avec le récent passé de sa discipline qu'il rendra les plus grands services, à condition qu'on n'y voie qu'une introduction qui demande à être complétée. A ceux qui ont déjà une connaissance approfondie de ces questions il ouvrira néanmoins des aperçus nouveaux. Tous, en tout cas, redécouvriront à la lecture de ces pages, avec l'ampleur et l'attrait des synthèses rapides et brillantes, la saveur oubliée des polémiques dont les juristes avaient quelque peu perdu le secret. Surtout, cet essai attirera l'attention sur l'histoire de la science juridique. C'est déjà beaucoup.

Dans une bibliothèque, il est deux sortes d'ouvrages : ceux qu'on lit parce qu'ils ont pour seul mérite de paraître et qu'il faut

³³ Ceci suppose à l'évidence que soit mené à bien un dictionnaire biographique des juristes contemporains — issu d'un dépouillement méthodique des sources — sans lequel une histoire de la science juridique est impossible.

³⁴ Nous entendons par là bien entendu d'abord prendre conscience de leur existence — c'est la toute première nécessité — mais surtout les connaître un ouvrage littéraire ou historique. Des recherches relativement récentes nous en fournissent le moyen. Cet instrument, c'est l'application aux ouvrages et en particulier aux manuels et aux cours restés manuscrits des techniques de l'analyse du contenu. Cette méthode, avec ses procédés de plus rigoureux, a pris une importance telle qu'il semble difficile de s'en passer désormais et que l'histoire de la science juridique doit apprendre à l'appliquer à ses recherches.

bien les connaître et ceux qu'on relit, qu'on annote et qu'on médite parce qu'à leur lecture on a appris sans doute mais surtout beaucoup pensé. Les ouvrages que nous venons d'évoquer sont de ceux là.

Auprès d'eux qu'avons-nous appris? Une chose si simple que peut-être elle nous paraît évidente: qu'une discipline doit avoir son histoire menée jusqu'à aujourd'hui. Juristes, historiens, sociologues doivent connaître leur passé pour le reconnaître ou le rejeter en connaissance de cause.

C'est une préoccupation que le 19^e siècle finissant a connu, essayant de juger cent années d'un progrès qui avait tout bouleversé. Un siècle après, elle est plus actuelle et nécessaire encore. Il importe de faire le point.

Rendant compte du premier tome de la *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* de Stintzing, Marcel Fournier écrivait:

"Les ouvrages de ce genre font en France tout à fait défaut, aussi bien pour l'histoire et le droit que pour l'économie sociale et politique. C'est seulement pour les sciences physiques, médicales et naturelles que des sociétés se sont récemment organisées pour publier des histoires particulières de chaque science, des manuels complets de l'état des connaissances acquises. Il est étonnant que le même essai n'ait pas été tenté pour les sciences morales"³⁵.

Cent ans après, cette réflexion garde toute sa valeur. L'ouvrage n'existait pas en 1882. Il n'existe toujours pas aujourd'hui. Il faut donc faire pour la France ce que Stintzing et Landsberg ont fait pour l'Allemagne et donner sur l'histoire de la science juridique française, en particulier au 19^e siècle, un ouvrage qui fasse enfin connaître dans toute son ampleur la réflexion menée en France sur le droit³⁶ et rende surtout, enfin, accessibles les juristes du siècle dernier et leur oeuvre.

Mais ceci demande une démarche préalable. Il n'est pas en effet de synthèse possible sans un patient et ingrat travail d'analyse.

³⁵ *Revue historique* 18 (1882), 451.

³⁶ Il ne fait pas de doute que l'absence d'une histoire de la science juridique française a tendu à en minimiser l'importance par rapport à la science juridique allemande, quelle que soit par ailleurs l'incontestable prééminence de celle-ci au 19^e siècle. "...as French scholars, écrit le professeur Andersen à ce propos, have neglected to write books counterbalancing Stintzing-Landsberg, the result has been an underestimation in books and encyclopedias of the French jurists of the 16th century and an overestimation of the German jurists not only of the 16th century —and this is the important point— also of the 19th century". E. ANDERSEN, *The Renaissance of Legal Science after the Middle Ages. The German Historical School no bird Phoenix. 16 Essays* (Copenhagen 1974), 7.

Mais d'une analyse qui ne perde à aucun moment de vue les grandes perspectives, qui ne fasse pas un but de ce qui n'est qu'un moyen, qui ne se résolve pas en une multitude de recherches ponctuelles voire en un simple travail de catalogage et d'étiquetage des données de l'histoire juridique, qui, en un mot, ne fasse pas de l'érudition pour l'érudition. Une fois cette base assurée, l'ouvrage pourra se faire.

Cependant, pour prendre tout son sens, une histoire de la science juridique française doit s'insérer dans un cadre plus vaste. Par essence elle doit être comparative, s'étendre à l'ensemble des pays francophones —France, Belgique et Suisse— et s'attacher, de façon prépondérante, aux influences étrangères. Mais ce n'est pas encore assez. Comparer ne suffit pas. Elle doit être partie intégrante de l'histoire de la science juridique européenne.

Une histoire de la science juridique en effet ne peut aujourd'hui qu'être européenne. Nous savons trop la valeur des échanges dans le domaine de la pensée juridique³⁷ pour pouvoir nous arrêter à des frontières qui ne marquent, même lorsqu'au 19^e siècle les codifications vinrent briser la vaste entité juridique qui avait existé jusque là³⁸, aucun cadre privilégié d'étude si ce n'est pour des raisons tenant aux limites étroitement nationales de l'historiographie elle-même. Cette idée d'une histoire de la science juridique en Europe, Kantorowicz, qui y pensait depuis le début de sa carrière universitaire³⁹ et qui en avait durant quarante ans réuni les éléments⁴⁰, tenta de la réaliser dès son arrivée en Grande Bretagne avec le concours de F. de Zulueta⁴¹. Sous leur direction devait

³⁷ v. F. RANIERI, *Le traduzioni e le annotazioni di opere giuridiche straniere nel secolo XIX come mezzo di penetrazione e di influenza delle dottrine*, in *La Formazione storica de diritto moderno in Europa III* (Firenze 1977), 1487-1504; *Rezeption und Assimilation ausländischer Rechtsprechung, dargestellt am Beispiel des europäischen Einflusses der französischen Judikatur im 19. Jahrhundert in Ius Commune* 6 (1977), 202-233.

³⁸ H. COING, *Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft* in *Sitzungsberichte der wissenschaftlichen Gesellschaft an der Johann Wolfgang-Goethe Universität Frankfurt VI - 3* (1967), 149-166; *European Common Law: Historical Foundations* in M. Cappelletti ed., *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe* (Leyden, Bruxelles, Stuttgart, Firenze 1978), 36-38.

³⁹ H. KANTOROWICZ, *Die Epochen der Rechtswissenschaft in Die Tat* 6 (1914), 345-361 (*Rechtshistorische Schriften* 1-14).

⁴⁰ H. COING, *Einleitung*, in H. Coing et G. Immel ed., *Rechtshistorische Schriften von Dr. Hermann Kantorowicz* (Karlsruhe 1970), XI-XII.

⁴¹ De la richesse de cette période le Nachlaß Kantorowicz et en particulier la correspondance échangée avec De Zulueta ou transmise par lui garde le témoignage. *Universitätsbibliothek Freiburg im Breisgau Nachlaß Kantorowicz II A 8 et 9*.

paraître une série d'ouvrages demandés à divers auteurs dont l'ensemble aurait formé une grande *Oxford History of Legal Science* ⁴².

En juin 1938, Kantorowicz écrivait à Cambridge dans la Préface de ses *Studies in the Glossators of the Roman Law* dédiées à de Zulueta: "This book is the last of the series of prolegomena that I have published since 1904, while preparing a comprehensive History of Legal Science in Europe. This History is only now taking shape, in a form widely different from my original plan ⁴³".

Ce magnifique projet cependant ne devait pas être mené à bien. Deux ans après en effet la guerre et, surtout, la mort de Kantorowicz devaient y mettre prématurément un terme. De cette vaste entreprise ne subsistent, comme un remarquable témoignage de ce qu'elle aurait pu être, avec une introduction de Kantorowicz ⁴⁴, que les ouvrages de Calhoun sur la science juridique grecque ⁴⁵ et de Schulz sur la science juridique des romains ⁴⁶.

C'est ce plan qu'il faut reprendre et mener à son terme afin de situer une histoire de la science juridique française dans son cadre européen.

Contemporains de lui, nous ne savons pas encore la force et la valeur de ce mouvement qui, renouant avec une tradition délaissée qu'il reprend et transforme, veut retrouver les origines récentes de notre actuelle pensée historique, sociologique et juridique. Mais de ce mouvement qui se cherche nous savons la pressante nécessité. Le temps n'est-il pas enfin venu d'écrire notre propre histoire?

⁴² F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (Weimar 1961), V et VII.

⁴³ H. KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators of the Roman Law* (Cambridge 1938), VII.

⁴⁴ H. KANTOROWICZ, *The Definition of Law*; edited by A.G. Campbell. With an Introduction by A.L. Goodhart (Cambridge 1958), traduction allemande: *Der Begriff des Rechts*. Aus dem Nachlaß herausgegeben von A.H. Campbell, mit einer Einleitung von A.L. Goodhart (Göttingen 1963).

⁴⁵ G.M. CALHOUN, *Introduction to Greek Legal Science* (1944).

⁴⁶ F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science* (Oxford 1946).