

## **La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine**

Duncan KENNEDY et Marie-Claire BELLEAU<sup>1</sup>

La première partie de cet article d'appréciation critique du chef-d'œuvre de René Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique*<sup>2</sup> porte sur sa contribution (b) au mode contemporain de rationalité juridique que nous désignerons par l'expression « la rationalité des considérations conflictuelles » (a). La seconde partie offre une explication de l'absence de reconnaissance de la contribution de Demogue aujourd'hui tant en France qu'aux États-Unis (le lieu principal du développement de cette forme de rationalité juridique) (a), ce qui nous conduira à enquêter sur l'accusation de « nihilisme » portée à l'encontre de Demogue, ainsi que sur les mouvements qui, aux États-Unis, ont le plus clairement subi son influence (b).

### **1. Demogue et la rationalité juridique des considérations conflictuelles**

La rationalité juridique des considérations conflictuelles n'a émergé que récemment et elle est toujours un objet de controverse (a). Demogue y contribua en développant une typologie de considérations (ses notions) et en insistant sur le fait qu'il n'y avait d'autre moyen que l'équilibrage pour les réconcilier dans l'élaboration des normes juridiques (b).

---

<sup>1</sup> Respectivement Carter Professor of General Jurisprudence à la Harvard Law School, et Professeure titulaire à la Faculté de Droit de l'Université Laval. Les auteurs remercient le Conseil de recherche en sciences humaines du Canada pour son financement de ce projet de recherche. Nous remercions aussi Cyrill Rigamonti, Pierre-Luc Lavoie, Sean Griffin et Anik Lamontagne pour leur assistance de recherche. Enfin, nos remerciements à Christophe Jamin pour ses précieux commentaires. Toutefois, toutes les erreurs nous appartiennent.

<sup>2</sup> René DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé : essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, Rousseau, 1911.

*a. La rationalité juridique des considérations conflictuelles*

a.1. La typologie des formes modernes de rationalité juridique

L'appellation « considérations conflictuelles » désigne un des modes de rationalité juridique actuels, également connu sous les noms de l'« analyse à partir des politiques juridiques » (*policy analysis*) et de « technique de la proportionnalité » (*balancing*)<sup>3</sup>. Elle se différencie clairement du mode de rationalité classique en droit privé

qui est caractérisé par le développement doctrinal de la notion d'autonomie de la volonté au moyen de la technique de déduction et de construction dans le cadre de l'ordre normatif positif présupposé cohérent et complet (« jurisprudence des concepts », *begriffsjurisprudenz*). Ce mode doit également être distingué de la rationalité associée à la notion du « social »<sup>4</sup>, soit la technique téléologique qui

<sup>3</sup> Dans le cadre de cet article, nous allons utiliser tour à tour les termes « équilibre » et « proportion » ainsi que leurs dérivés pour désigner l'opération qui consiste à arbitrer les considérations en conflit. Voir Alex ALENIKOFF, « Constitutional Law in the Age of Balancing », in (1987) 96 *Yale L.J.*, 943; Robert ALEXY, « On Balancing and Subsumption: A Structural Comparison », in (2003) 16 *Ratio Juris*, 433; Robert ALEXY, « On the Structure of Legal Principles », in (2000) 13 *Ratio Juris*, 294; David M. BEATTY, « The Ultimate Rule of Law », Oxford, Oxford University Press, 2004; Duncan KENNEDY, « The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality or Max Weber's Sociology of Law in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought », in (2004) 55 *Hastings L. J.*, 1031; Duncan KENNEDY, « From the Will Theory to Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's "Consideration and Form" », in (2000) 100 *Columbia L. Rev.*, 94; Duncan KENNEDY, *A Critique of Adjudication : fin de siècle*, Cambridge, Harvard University Press, 1997; Francois OST et Michel van de KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002; Mark TUSHNET, « An Essay on Rights », in (1984) 62 *Texas L. Rev.*, 1363.

<sup>4</sup> André-Jean ARNAUD, *Les Juristes face à la société du XIX<sup>e</sup> siècle à nos jours*, 1<sup>e</sup> éd., Paris, Presses universitaires de France, 1975; Marie-Claire BELLEAU, « Les juristes inquiets : Classicisme juridique et critique du droit au début du vingtième siècle en France », in (1999) 40 *C. de D.*, 507 (version anglaise : Marie-Claire BELLEAU, « The "Juristes Inquiet" : Legal Classicism and Criticism in Early Twentieth Century France », in (1997) *Utah L. Rev.*, 379); Michel BORGETTO et Robert LAFORE, *La République Sociale: Contribution à l'étude de la question démocratique en France*, Paris, Presses universitaires de France, 2000; Néstor

visent l'adaptation de l'ordre juridique aux conditions modernes d'« interdépendance » par un raisonnement qui fait de la finalité ou de la fonction de la règle de droit la clef de son interprétation. En arrière-plan, notons la technique proprement exégétique, qui se limite à l'application déductive d'une norme à un ensemble de faits, et la technique du précédent ou de l'analogie, qui recherche dans la jurisprudence la décision dont la *ratio decidendi* déterminera l'issue du nouveau cas sous considération.

a.2. Les éléments de l'« idéal type » de la rationalité des considérations conflictuelles

Le mode de rationalité des « considérations conflictuelles » conçoit le rôle des juges et des juristes, dans tous les contextes où l'ordre normatif manifeste une lacune, un conflit ou une ambiguïté, comme étant celui d'identifier et d'équilibrer les droits, les axiomes moraux ainsi que les considérations sociales et utilitaristes en jeu. L'équilibre justifie le choix d'une nouvelle norme pour combler la lacune ou pour résoudre le conflit.

La norme choisie s'avère la meilleure au sein d'une gamme de possibilités, chacune constituant un compromis différent entre les considérations normatives en conflit. Selon ce mode, il est admis que la rationalité juridique se fonde sur un jugement de valeurs. Cependant, les jugements de valeurs sont compris comme apolitiques, car les considérations (les droits, la moralité, et l'utilité) qui mènent au jugement sont « universalisables » (selon la terminologie habermasienne) ou représentent des « intérêts idéaux » (selon la terminologie wéberienne), plutôt que d'être associées à des positions « partisans » ou « idéologiques » particulières.

---

DEBUEN, *La decadencia del contrato*, 1965; Jacques DONZELOT, *L'invention du social : essai sur le déclin des passions politiques*, Paris, Fayard, 1984; François EWALD, *Histoire de l'État providence*, Paris, B. Grasset, 1986; Duncan KENNEDY, « Two Globalizations of Law and Legal Thought: 1850-1968 », in (2003) 36 *Suffolk L. Rev.*, 631; Duncan KENNEDY et Marie-Claire BELLEAU, « François Gény aux États-Unis », in Claude Thomasset, Jacques Vanderlinden et Philippe Jestaz (dir.), *François Gény, mythe et réalités : 1899-1999, centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Cowansville, Éditions Y. Blais, 2000; Duncan KENNEDY, « From the Will Theory... », *op. cit.*, p. 94; Christophe JAMIN, « Une brève histoire politique des interprétations de l'article 1134 du Code civil », in *Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation*, Paris, Éditions Dalloz, 2002, n° 901.

Un aspect implicite ou explicite de la procédure réside dans le fait que les considérations prises en compte dans l'équilibrage reproduisent au sein même du raisonnement juridique le conflit antérieur qui opposa l'autonomie de la volonté à la solidarité sociale. De plus, la technique intègre à sa procédure, comme autant de considérations à équilibrer, les dangers que comporte le caractère indéterminé de cette technique et l'invitation à l'exercice d'un pouvoir législatif qu'il semble offrir au juge. Le ou la juriste forge une solution en gardant dans sa mire la nécessité d'un compromis entre son mérite au niveau des principes et la facilité de son administration au niveau de la pratique. De plus, il ou elle inclut les considérations « institutionnelles » qui favorisent d'un côté l'activisme et de l'autre la passivité judiciaires vis-à-vis du législateur ainsi que des autres institutions, telles que l'administration, le jury et les instances internationales, c'est-à-dire les considérations normatives concernant la séparation des pouvoirs<sup>5</sup>.

Plusieurs débats persistent, bien sûr, à propos de l'opportunité d'employer la technique de la proportionnalité dans les hypothèses où il est clair que nous pourrions le faire si nous le désirions; à propos de la fréquence des cas dans lesquels ce choix se présente ; et encore plus de désaccords à propos de la question de savoir comment opérer la technique de la proportionnalité dans les cas où la procédure semble appropriée. Pour ce qui est de la signification de l'ascension de la proportionnalité pour la règle du droit, l'adjudication ou la théorie politique libérale, il n'existe même pas de consensus quant à la conceptualisation du désaccord.

---

<sup>5</sup> Nous nous référons à tous ces modes d'argumentation - formel, substantif et institutionnel - comme impliquant des considérations conflictuelles, plutôt que d'utiliser l'expression « politiques », pour deux raisons. Premièrement, la conscience juridique que nous souhaitons décrire constitue un développement particulier de l'impression généralisée de l'élite du milieu juridique universitaire de la seconde moitié du 20<sup>e</sup> siècle qu'ils devaient remplacer ce qu'ils concevaient vaguement comme la « déduction » par la notion aussi floue de l'« analyse des politiques ». La forme particulière d'analyse qui finit par triompher fut celle des considérations conflictuelles, plutôt que le type beaucoup plus populaire selon lequel toute politique requérait une règle, tout comme la déduction, sauf que la nécessité logique devint celle du social. Deuxièmement, il appert judicieux d'éviter la confusion avec l'utilisation plus restrictive du terme « politiques » qui désigne la sous-catégorie des considérations utilitaristes.

a.3. L'instabilité du modèle : le ad hoc, le post hoc, l'idéologie et la possibilité de la reconstruction

Le modèle des considérations conflictuelles opère à « l'ombre de l'idéologie ». C'est-à-dire qu'étant donné le caractère vague et indéterminé de la rationalité des proportions, celles et ceux qui déploient ce mode de raisonnement sont toujours vulnérables à l'accusation que leurs conclusions sont guidées par des considérations extra-juridiques, voire politiques, telles que celles de la droite, de la gauche, du féminisme ou du catholicisme. À « l'ombre de l'idéologie », il demeure toujours possible que le choix de la définition de la situation qui doit être réglée ne soit qu'*ad hoc* et que les considérations conflictuelles soient déployées *post hoc* pour justifier une conclusion dérivée de considérations extra-juridiques.

L'argumentation en droit se fonde en général sur la distinction entre le discours juridique (c'est-à-dire celui des juges et des juristes) et le discours législatif (soit le discours politique). Devant le risque de tomber dans l'idéologie par le biais de l'indétermination, les théoriciens du droit privé qui se préoccupent des fondements de leur discipline combinent les autorités juridiques traditionnelles avec les discours normatifs courants, tels que l'efficacité économique, les droits subjectifs, les valeurs constitutionnelles, afin de développer ce qu'on pourrait appeler des « projets de reconstruction ». Ces projets sont nombreux, varient de pays en pays, et correspondent aux différentes écoles de la théorie du droit du début du 21<sup>e</sup> siècle. Tous doivent démontrer, pour atteindre leur but, que le raisonnement juridique ne se réduit pas à la technique des considérations conflictuelles, mais reste au contraire susceptible d'une reprise d'autonomie vis-à-vis de la politique.

L'ombre de l'idéologie ne constitue pas un « fait ». Il s'agit plutôt d'un sentiment d'inconfort, de menace ou de crise qui motive ces efforts de reconstruction, efforts qui, jusqu'à nos jours, ne sont pas parvenus à le dissiper. Caractériser ainsi l'état de conscience de ces théoriciens ne signifie pas affirmer comme une « vérité » l'inévitabilité d'une contamination idéologique. Nous ne cherchons pas non plus à défendre ni un quelconque projet de reconstruction qui nous soit propre ni l'attitude qui s'avère modestement « pragmatiste » face aux ambitions grandioses des faiseurs de systèmes. Notre but consiste plutôt à transmettre une vision globale de la situation à l'intérieur de laquelle opèrent ces options et ces activités.

Les différentes formes de rationalité juridique (analogique, exégétique, classique, sociale et conflictuelle) coexistent au sein de la

pensée juridique contemporaine. Bien qu'il soit tout à fait possible d'affirmer la légitimité et la validité exclusive de chacune d'elles, l'approche typique de notre époque consiste plutôt à les mélanger *ad hoc* sans souci apparent ni pour leurs limites respectives ni pour la compatibilité théorique des unes par rapport aux autres.

Toutefois, il appert que la technique des considérations conflictuelles représente une solution de dernier ressort, reconnue « faible » par rapport aux autres formes de rationalité juridique, le juriste y ayant recours quand les techniques considérées plus solides paraissent « épuisées » dans les circonstances en cause. Dans notre étude, nous tentons d'élucider la généalogie de cette configuration assez bien acceptée, mais difficile à interpréter.

#### a.4. La question généalogique

La rationalité des considérations conflictuelles émergea graduellement. Elle fut au départ une composante mineure du développement de la critique sociale de la pensée juridique classique. Deux de ses précurseurs les plus importants furent Jeremy Bentham et Rudolf von Jhering. Toutefois, c'est seulement avec l'ascension rapide de la pensée juridique sociale dans les premières décennies du 20<sup>e</sup> siècle que la rationalité des considérations conflictuelles a commencé à se définir comme une alternative au raisonnement juridique téléologique qui fait découler les solutions juridiques interprétatives à partir d'une seule fonction ou finalité attribuée aux normes valides. Les principaux penseurs responsables de ce développement furent Oliver Wendell Holmes aux États-Unis, René Demogue en France et Philipp Heck en Allemagne.

Bien que la technique des considérations conflictuelles possède une riche généalogie européenne, elle a reçu sa forme la plus élaborée aux États-Unis entre 1940 et 1970 approximativement. C'est en ce lieu et durant cette période qu'elle s'est nettement différenciée de la technique téléologique associée aux tenants du courant social. À la même époque, le répertoire de considérations normatives a atteint une forme achevée en incorporant une gamme de droits subjectifs, de maximes morales et d'intérêts matériels, tous investis d'un certain « poids », et donc susceptibles d'être équilibrés les uns par rapport aux autres - en tant qu'éléments légitimes du raisonnement juridique. À la même époque également, les théoriciens post-réalistes du « *Legal Process School* » donnèrent à la technique son caractère de « fermeture » en incorporant les considérations d'*administrabilité* et de

respect pour la séparation des pouvoirs qui fournissent une réponse à l'accusation de subjectivisme.

Au début des années cinquante, la Cour constitutionnelle en Allemagne adopta la technique de la proportionnalité, qu'elle développera ensuite. Toutefois, il n'est pas du tout évident que les événements qui eurent lieu simultanément des deux côtés de l'Atlantique aient été liés. Par exemple, les juristes allemands avaient-ils lu les très vifs débats qui opposaient à l'époque les juristes américains partisans et ennemis de la rationalité du *balancing* ?

La problématique généalogique qui nous intéresse se résume à la question suivante : comment émergea un sens commun des juristes de l'élite des facultés de droit des pays de *Common Law* (à l'exception, bien sûr, de la Grande Bretagne) et du nord de l'Europe, selon lequel il est toujours au moins *possible* de combler une lacune, de résoudre une ambiguïté ou de régler un conflit entre des normes en opérant la technique de l'équilibre des considérations conflictuelles en jeu. La partie européenne de cette généalogie, à laquelle nous cherchons à contribuer par cette étude sur Demogue (avec quelques références à Heck) semble avoir été oubliée. Cette partie de l'histoire devient plus intéressante depuis l'adoption par les instances européennes, telles que la Cour européenne de justice et la Cour européenne des droits de l'Homme, de la technique de la proportionnalité comme mode décisionnel habituel.

*b. La contribution de Demogue à la rationalité des considérations conflictuelles*

Les trois auteurs - Oliver Wendell Holmes, Philipp Heck et René Demogue - qui figurent à notre avis comme les fondateurs de la rationalité des considérations conflictuelles semblent avoir travaillé dans l'ignorance mutuelle la plus complète. De plus, les écrits de chacun reçurent, dans leurs pays respectifs, un accueil radicalement différent. Holmes fut célébré autant par les tenants du réalisme juridique que par les successeurs de ces derniers. En fait, Holmes demeure la figure héroïque centrale de la pensée juridique aux États-Unis. Nous avançons l'idée que, si Heck put être reconnu parmi les initiateurs de la pensée juridique allemande moderne, cela fut en bonne partie parce qu'il présenta la rationalité des considérations conflictuelles sous une forme tellement édulcorée et compromise qu'elle ne constitua qu'une toute petite menace pour la pensée juridique dominante de son époque. Pour sa part, Demogue fut immédiatement accusé de « nihilisme » par le représentant le plus

important du courant social français, François Gény, et il sombra dans l'oubli en France où il demeure pratiquement inconnu à ce jour, du moins le Demogue des *Notions fondamentales*. Son *Traité des obligations* est encore cité, au moins pour la distinction des obligations de moyens et de résultat que les juristes français lui attribuent unanimement... ce qui fait tout de même bien peu. Il exerça son influence non pas dans son propre pays, mais aux États-Unis.

b.1. Les notions fondamentales en droit privé : essai critique

L'ouvrage *Les notions fondamentales* - publié en 1911 et partiellement traduit en anglais en 1916 sous le titre *Analysis of Fundamental Notions*<sup>6</sup> - initia un type particulier de projet juridique théorique. Notre auteur décrit son projet comme suit dans la phrase introductive de sa préface : « Ce livre n'est pas une étude de droit positif... Je me suis surtout placé à un point de vue critique pour montrer sans chercher à en rien dissimuler les conflits et les contradictions qui sans doute agiteront toujours le droit civil et mon but serait atteint si je pouvais suggérer aux étudiants déjà sortis des études élémentaires quelques réflexions faisant mieux pénétrer le fond des institutions. »<sup>7</sup>

Ce n'est pas l'évocation avant la lettre de formules typiques des *Critical Legal Studies* nord-américaines qui nous intéresse ici, mais plutôt sa contribution à l'émergence de la technique des considérations conflictuelles. Il y contribua de deux façons. Premièrement, il développa de manière frappante le projet d'une critique sociale de la pensée juridique classique (version française). Deuxièmement, son livre fournit des prototypes pour plusieurs des éléments les plus importants du « type idéal » émergeant des considérations conflictuelles.

b.1.A. Demogue comme critique du classicisme juridique

Les tenants de la critique sociale française, tels que François Gény, Raymond Saleilles, Louis Josserand et Édouard Lambert, percevaient l'«abus de la déduction» comme le vice majeur de la pensée juridique classique. La critique de l'abus de la déduction fut un projet en lui-même, et non seulement une intuition analytique au

---

<sup>6</sup> René DEMOGUE, «Analysis of Fundamental Notions», in Arthur Spencer (dir.), Franklin W. Scott et Joseph P. Chamberlin (traducteurs), *Modern French Legal Philosophy*, Boston, The Boston Book Co., 1911.

<sup>7</sup> René DEMOGUE, *Les notions...*, *op. cit.*, p. vii.



niveau du « droit en général ». En d'autres termes, les critiques proposées par le courant social cherchaient à démontrer, non pas de manière abstraite mais par l'analyse spécifique d'un champ doctrinal après l'autre, que les règles de droits ne pouvaient pas être justifiées à l'aide de déductions à partir de concepts juridiques plus abstraits (qu'ils fussent promulgués ou « construits »). Dévoiler l'abus de la déduction dans la présentation doctrinale de la responsabilité civile en matière d'accidents de travail n'équivalait pas à établir un pareil vice dans la doctrine de l'offre et de l'acceptation en matière contractuelle.

L'œuvre de Demogue constitue à l'époque l'étude critique la plus exhaustive de l'abus de la déduction dans le vaste domaine du droit privé. En 1919, Gény l'a reconnu dans l'appendice de la deuxième édition de *Méthode d'interprétation*, publié vingt ans après sa première édition en 1899. Dans son résumé des développements de cette période, il termine ses commentaires sur la critique de la pensée juridique classique avec le passage suivant sur le livre de Demogue publié huit ans auparavant : « En même temps que se multipliaient ainsi les témoignages, contraires à cette superstition de la loi écrite, qui avait dominé la doctrine juridique du XIX<sup>e</sup> siècle, une critique avisée et pénétrante s'attaquait à la logique traditionnelle, et tendait à ruiner son autorité par la découverte de ses défaillances. [Une discussion des travaux de plusieurs auteurs suit]... R. Demogue... a soumis, par des réactifs multiples, à une analyse impitoyable le plus grand nombre des notions fondamentales du droit privé, de façon à en désintégrer le jeu, à en dissoudre les enchaînements logiques et les réduire à un amas de considérations, tirées de tout ce qui intéresse la vie sociale des hommes, et s'équilibrant en se neutralisant les unes les autres, jusqu'à annihiler tout critérium dogmatique de solution.

Ainsi, par le double mouvement qui vient d'être résumé, la pensée contemporaine a confirmé, de plus fort, les *conclusions négatives*, posées [par Gény lui-même] en 1899... »<sup>8</sup>

Pour Gény, les travaux de Demogue constituaient en quelque sorte l'apogée de la critique de l'abus de la déduction, la composante négative du programme social. Cependant, il semble probable que, pour sa part, Demogue croyait qu'il contribuait également aux « directions positives » dont Gény se faisait le héraut. Les tenants du courant social se référaient constamment aux besoins de la société, à son évolution, à ses desseins, et ils prônaient l'interprétation

---

<sup>8</sup> François GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, 2<sup>e</sup> éd., t. 2, Paris, LGDJ, 1919, p. 243, 244-45.

téléologique, à l'intérieur de certaines limites qui variaient selon les auteurs. Ce que Gény rejetait du revers de la main comme un « amas de considérations tirées de tout ce qui intéresse la vie sociale » constituait un effort de systématisation. En fait, cet « amas » s'avéra la première énumération, du moins que nous connaissions, des finalités et des techniques du droit qui présupposa ces éléments, non seulement multiples, mais aussi hétérogènes.

Demogue énumère la sécurité (comprise sous deux angles distincts qui entrent souvent en conflit), l'évolution pour satisfaire les besoins sociaux, l'économie du temps et de l'effort dans l'administration de la justice, la justice, l'égalité, la liberté et la solidarité, le partage des pertes, la protection des intérêts non pécuniaires, et enfin la protection des intérêts futurs par opposition aux intérêts présents. Le projet ainsi commencé était la deuxième contribution de Demogue à l'approche sociale. Gény aurait peut être dû avoir la grâce d'admettre qu'il n'avait offert rien de comparable afin de rendre sa « science et technique » concrète.

#### b.1.B. Demogue comme critique du courant social

Un élément fondamental à noter à propos de l'oeuvre de Demogue est qu'au moment de la rédaction des *Notions fondamentales*, un foisonnement de théorisation émergeait en France à propos de trois sujets (1) la question de la cohérence des règles de droit en vigueur, (2) la possibilité de comprendre ces règles de droit en fonction des lois « scientifiques » du développement social et enfin (3) la plausibilité d'une rationalisation de la réforme du droit français dans un sens « social ». À cette époque, il existait une conception classique, bien établie mais encore en développement, fondée sur les droits individuels et l'autonomie de la volonté, une théorie du droit naturel situationnelle ou à contenu variable, associée à Gény et à Rudolf Stammler, la notion de droit social de Léon Duguit, la théorie du « solidarisme » et enfin l'institutionnalisme de Maurice Hauriou.

Si Demogue avait voulu s'introduire sans choc au sein de l'éthos de son temps, il aurait produit sa propre méta-théorie. Le chemin qu'il adopta fut autant incompatible avec les ambitions des tenants du courant social qu'il le fut avec celles de l'ennemi, l'analyse classique. Dans la conclusion de la première section de son livre (la seule section traduite en anglais), il déclare et élucide à la fois sa prise de position et la signification de cette position en ces termes : « Ce rapide examen des principales idées qui entrent en jeu dans la théorie du droit privé nous permet de dégager avec plus de force nos conclusions.

La simplicité qui est un besoin de notre esprit ne paraît pas la loi du monde extérieur. C'est un procédé pour acquérir la connaissance, un mode nécessaire de connaissance, une méthode d'enseignement, un moyen d'investigation, car l'hypothèse est la base de la découverte. Rien ne dit, au contraire, que ce soit la loi des choses.

Les théories simplistes : le monde marchant vers le progrès, susceptible de perfectionnement indéfini, la solidarité, la fraternité se dégageant de plus en plus, nous paraissent exagérées tout autant que les théories duellistiques (si je puis forger ce néologisme) qui voient partout une lutte entre deux principes opposés : individualisme et socialisme, autorité et liberté, progrès et réaction, État et individu. Vrais comme approximations, méthodes d'enseignement, ces duels, si on les examine de près, sont des batailles entre des masses dont certaines parties se rattachent ou s'opposent aussi bien à l'un qu'à l'autre des belligérants. »<sup>9</sup>

Demogue critique brièvement les différents modes de reconstruction de son époque, et particulièrement la variété des « *métrics* » et des évolutionnismes. Il affirme d'ailleurs que toute pratique, évaluée à partir d'un étalon axiologique exclusif, se révèle contradictoire. Il observe ensuite : « Dans l'opposition que les idées font naître à un moment donné, la loi de la simplicité de l'esprit fait voir une lutte où le vaincu sortira mort de l'arène. Erreur. Chacun des sentiments a sa base dans les besoins de notre nature et le vaincu a droit à une revanche. Comme aux jours de Saturnales, les esclaves allégeaient, en peu de jours, le poids d'une longue obéissance, ainsi les idées qu'on rejette doivent prendre tôt ou tard une partie du terrain perdu. De ces résultats vient la satisfaction de désirs contradictoires dans une certaine mesure que complètent l'illusion et l'espérance. »<sup>10</sup>

En d'autres termes, dans l'univers des considérations conflictuelles, qu'une considération soit rejetée dans la production d'une norme quelconque n'empêche pas qu'elle soit déterminante pour une norme différente. Demogue propose plutôt : « Est-il possible d'espérer que le cerveau humain soit un jour assez puissant pour réunir en un faisceau harmonieux les données sur lesquelles s'appuie le droit ? Je ne le crois pas. Nous pouvons faire d'heureuses conciliations et même, le caractère de milieu clos de toute société les facilite. Mais ayons conscience de leur imperfection...

D'autre part le droit peut perfectionner sa technique, c'est-à-dire

---

<sup>9</sup> R. DEMOGUE, *Les notions...*, *op. cit.*, p. 193-194.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 196.

ses procédés pour atteindre parfaitement un but et surtout pour en atteindre divers simultanément, et c'est par là seul qu'il est certain qu'un progrès soit possible. »<sup>11</sup>

Cette position constitue une critique du courant social non pas en raison d'un désaccord sur la volonté de voir le droit s'adapter graduellement aux changements sociaux ou d'une divergence sur l'institution d'une doctrine juridique engagée. Demogue était plutôt un ardent défenseur de ces derniers points. Comme nous le démontrerons, ce qui était hétérodoxe chez Demogue, et même menaçant pour ses contemporains, résidait dans son cinglant rejet du projet du courant social de reconstituer la science juridique, entendue précisément comme une science, sur une fondation nouvelle, mais conforme à l'ambition séculaire de la science juridique : soit l'établissement d'une transcendance proprement juridique de simples compromis instrumentaux.

#### b.1.C. Demogue et la rationalité des considérations conflictuelles

Cette prise de position fut sa première contribution à l'émergence du type idéal de la rationalité des considérations conflictuelles. Demogue ne produisit rien de plus qu'une énumération des notions, et refusa de proposer une méta-théorie ou d'entreprendre un projet de reconstruction. S'il y a un trait qui définit le type idéal des considérations conflictuelles, il réside dans le refus de proposer une procédure transcendante plus exaltée que l'équilibrage ou la proportionnalité comme fondement d'une décision juridique ou de la spéculation juridique, dès lors qu'il existe une lacune, un conflit ou bien une ambiguïté dans l'ordre normatif. Il importe de souligner jusqu'à quel point cette approche constituait une remise en question des ambitions de la théorie juridique occidentale depuis Aristote.

Soulignons que l'approche de Demogue nous amène implicitement encore plus loin. L'une des façons de confiner les conséquences draconiennes de la rationalité des considérations conflictuelles consiste à affirmer que le droit positif constitue un ordre, qu'il détient, d'une façon ou d'une autre, une logique interne finement tissée. Par conséquent, les cas de lacunes, de conflits ou d'ambiguïtés, dans lesquels la proportionnalité s'avère pertinente, seront extrêmement rares. Toutefois, Demogue applique les techniques analytiques puis constructives de la proportionnalité à la

---

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 198-199.

totalité de l'ordre juridique, incluant, par de multiples exemples, l'ordre législatif. En fait, Demogue propose de nombreuses réformes législatives, certaines touchant des aspects centraux de l'ordre constitutionnel conçu dans son sens le plus large, en se fondant sur une lecture du droit positif existant comme équilibrant de façon erronée les considérations pertinentes. Par exemple, il propose des réformes au sujet des lois rétroactives et des arrêts de règlements. Il n'y a pas plus de cohérence transcendante et totalisante à ce niveau « macro » qu'au niveau « micro » d'une interprétation de la loi.

La deuxième contribution de Demogue se rapproche également du cœur du nouveau mode de rationalité juridique. Dans la rationalité des considérations conflictuelles, le contenu d'un complexe normatif (ce que Demogue nomme « institution »), autant que le contenu d'une seule norme prise isolément, constitue un compromis. En d'autres termes, l'ensemble de normes qui gouvernent un domaine n'a jamais la forme qu'elle obtiendrait si elle était le produit d'un seul dessein. Une telle série de normes a pour ainsi dire une forme imparfaite lorsqu'elle est mesurée à partir de l'une ou de l'autre des considérations en conflit. En effet, ce qui différencie précisément la technique des considérations conflictuelles de la technique téléologique pratiquée par les tenants du courant social, c'est la discontinuité, la faille logique, le hiatus entre chacune des finalités en jeu et l'ensemble de normes concrètes qui réalise ces finalités, chacune partiellement.

Dans son classique *L'esprit du droit romain*, Rudolph von Jhering développa le prototype de cette manière de comprendre la norme positive comme compromis<sup>12</sup>. Il soutint qu'il existe, dans le dessein de toute norme juridique, un conflit entre la réalisation de son but « matériel » et la réalisation du but « formel » d'une application facile de la norme aux controverses à régler. La réalisation matérielle se résume à la conformité de son accomplissement avec les finalités substantives de l'ordre juridique. La réalisation formelle désigne la facilité d'administration. Jhering affirme que les normes positives s'avèrent fréquemment radicalement imparfaites du point de vue de leurs différentes finalités matérielles, car elles doivent être également faciles à administrer. Le cas de figure est le choix de la majorité comme âge d'éligibilité pour l'exercice du droit de vote, qui est

---

<sup>12</sup> Rudolph von JHERING, *Der Geist des römischen Rechts*, t. 3, section 4, 1883 : traduction française O. de Meulenaere : *L'esprit du droit romain*, t. 3, section 4, 1877, p. 50-55.

nécessairement trop et à la fois pas assez inclusif, eu égard à son objectif de conférer des pouvoirs décisionnels seulement aux individus détenant la capacité de décider de manière responsable et autonome.

En dépit de cette contribution à la théorie de la norme-compromis, Jhering est justement retenu aujourd'hui comme un des fondateurs de l'approche téléologique (voir son slogan: « Le droit comme moyen pour atteindre un but »). Mis à part le cas du conflit entre réalisation matérielle et réalisation formelle, l'approche de Jhering procède par le choix d'une seule finalité pour la norme, finalité qui sera la clef de son interprétation. En cela, il fut bien loin de la jurisprudence des conceptions classiques (caractérisée par la déduction et la construction), mais aussi loin de la technique de la proportionnalité.

Loin de limiter le conflit de considérations « à la Jhering » au seul cas de la réalisation matérielle contre la réalisation formelle, Demogue dépeint constamment les normes juridiques comme des compromis entre finalités substantives, c'est-à-dire entre ses « notions fondamentales », telles que « la justice », « l'égalité », « la solidarité », etc. De plus, il critiqua ses compromis, souvent, comme erronés.

Enfin, Demogue ne présenta jamais la forme d'une norme juridique comme implicite ou immanente dans une finalité. En fait, il opéra une inversion du sens commun des juristes : « le droit peut perfectionner sa technique, c'est-à-dire ses procédés pour atteindre parfaitement un but et surtout pour en atteindre divers simultanément, et c'est par là seul qu'il est certain qu'un progrès soit possible »<sup>13</sup>. La technique n'est plus révélatrice d'un sens immanent, mais elle sert désormais d'instrument dans le travail qui consiste à construire les compromis avec le plus d'efficacité possible. Son livre constituait une application rigoureusement cohérente de cette notion au corpus complet du droit privé. Par conséquent, il radicalisa la version de la rationalité juridique téléologique de Jhering.

La troisième contribution de Demogue fut d'identifier, le premier à notre connaissance, un conflit entre les considérations matérielles qui partageaient la problématique du conflit, chez Jhering, entre réalisabilités matérielle et formelle. Demogue posa la sécurité comme une des idées fondatrices du droit privé. Mais il existe, pour lui, deux types de sécurité : statique et dynamique. Le choix entre les deux types se présente chaque fois que le juriste s'engage dans le

---

<sup>13</sup> R. DEMOGUE, *Les notions...*, *op. cit.*, p. 199.

dessein d'une institution pour gouverner une partie du domaine des actes juridiques.

La sécurité statique est l'intérêt de tout possesseur d'un droit à ce que les règles de droit rendent difficile son transfert contre son gré. Par contre, la sécurité dynamique désigne l'intérêt de tout acquéreur d'un droit à ce que le transfert ne soit pas défait après coup par un tel possesseur antérieur qui précisément prétend être victime d'un échec de ses intentions. L'exemple le plus simple est celui du conflit d'intérêt entre l'acquéreur de bonne foi d'un bien volé et le propriétaire, victime du vol. Toutefois, dans *Les notions fondamentales*, Demogue faisait abstraction de l'analyse de ce cas pour traiter une gamme de situations analogues, y compris la plus grande partie du droit des obligations conventionnelles et du droit commercial.

Le dessein d'institutions comme le contrat, l'instrument négociable, la promesse devant notaire, l'acquisition de bonne foi, exigent des choix qui impliquent tous un élément social. Favoriser la sécurité statique, c'est encourager celui qui possède un droit à l'améliorer par des investissements, etc. Favoriser la sécurité dynamique, c'est encourager les transactions en général, la circulation, l'allocation des biens aux usages les plus efficaces.

Selon Jhering, il est inexact de justifier une règle de droit en se fondant uniquement sur sa facilité d'administration. La facilité d'administration ne peut être atteinte qu'en sacrifiant la finalité matérielle (par exemple, le but d'octroyer le droit de vote seulement aux personnes capables de l'exercer avec discernement) visé par le législateur. Une justification cohérente doit défendre la règle positive comme un compromis valable entre la réalisation de sa finalité matérielle et sa réalisation formelle.

Tout comme Jhering, Demogue identifie un compromis intrinsèque au processus juridique. Lorsque l'une des sécurités est favorisée, par exemple celle des transactions, l'autre type, la sécurité statique, est nécessairement désavantagée. En conséquence, il est erroné d'invoquer uniquement la sécurité des transactions comme argument pour justifier une règle de droit. Pour être cohérent, il importe d'ajouter que la sécurité des transactions s'effectue à un prix du côté de la sécurité statique jugée acceptable. C'est ici que réside la différence essentielle entre le modèle des considérations conflictuelles et son approche rivale, l'analyse téléologique, qui identifie une seule finalité pour chaque règle de droit considérée.

Notons que, deux ans plus tard, l'auteur américain Wesley Newcomb Hohfeld publia son article classique intitulé « Fundamental

Conceptions »<sup>14</sup> dans lequel il procède à une analyse similaire à celle de Demogue. Il distingue entre la protection de deux types de droits subjectifs, ceux qui garantissent la liberté d'action et ceux qui garantissent la sécurité. Quelques années auparavant, Louis Josserand<sup>15</sup> soutenait que le niveau d'abstraction des droits objectifs ouvrait la voie à leur abus. En conséquence, il concevait l'abus de droit comme une exception au sein de toute hiérarchie de droits objectifs. Ces développements ouvrent et élargissent le domaine d'application du problème identifié dans des contextes spécifiques par Demogue et Jhering. Désormais, ce problème se pose pour la totalité du champ juridique.

b.1.D. Demogue demeure loin d'une rationalité des considérations conflictuelles achevée

S'il existe un « noyau dur » de la rationalité des considérations conflictuelles, il réside dans cette idée que chaque règle de droit peut être conçue comme le produit, dans le sens d'un résultat, d'une liste dénombrable de considérations conflictuelles de types distincts (les droits, l'utilité, etc.) sans qu'il y ait une méta-théorie ou une mesure totalisante autre que l'idée abstraite d'équilibre ou de proportion entre les intérêts en jeu. Demogue s'approche remarquablement de cette idée dans *Notions fondamentales*. Toutefois, le mode contemporain des considérations conflictuelles constitue une totalité complexe qui comprend un nombre important d'autres éléments nécessaires à son fonctionnement. Les éléments les plus importants sont les suivants :

- Le développement d'arguments symétriquement opposés dans les domaines précis des droits, de la moralité et du bien-être social sans pour autant subordonner un type de considérations à un autre.
- La référence implicite de ces arguments stéréotypés au conflit entre l'individualisme (le classicisme juridique) et le « solidarisme » (les tenants du courant social).
- L'incorporation des problématiques de l'administration (réalisation matérielle versus réalisation formelle) et des considérations institutionnelles (la séparation des pouvoirs, le fédéralisme, les rôles des juges et des jurys, le national et l'international) dans le calcul, afin de répondre à l'accusation que la méthode libère la subjectivité de celui qui l'applique et mène à la tyrannie des juges.

---

<sup>14</sup> Wesley HOHFELD, « Fundamental Conceptions as Applied in Judicial Reasoning », in (1917) 26 *Yale L.J.*, 750.

<sup>15</sup> Louis JOSSERAND, *De l'abus des droits*, Paris, Rousseau, 1905.



À première vue, Gény avait peut-être raison lorsqu'il qualifia la liste des notions fondamentales d'« amas de considérations, tirées de tout ce qui intéresse la vie sociale des hommes ». En fait, initialement, Demogue paraît avoir produit une liste « à la Borges ». Les notions (nous les répétons) sont les suivantes : la sécurité statique et dynamique, l'évolution, l'économie de temps et d'effort, la justice, l'égalité, la liberté, la solidarité, le principe de partage des risques et des pertes, le bien-être général ou public, et enfin la protection des intérêts moraux et futurs (intérêts défavorisés par la loi de l'époque).

Du point de vue du « culte de saint René », critiquer la liste de Demogue comme un « amas de considérations » s'avère erroné. Les notions fondamentales constituent un groupe possédant une structure interne cohérente, une structure plus annonciatrice de la rationalité des considérations conflictuelles contemporaine qu'il ne paraît de prime abord :

- Premièrement, elles sont « universalisables », pour utiliser de nouveau la terminologie d'Habermas. Par conséquent, elles sont présentées comme non partisans et non idéologiques.

- Deuxièmement, les notions sont déduites des trois catégories normatives - droits subjectifs, intérêt matériel, et principes moraux - qui sont à la base des considérations conflictuelles. Elles incluent les droits subjectifs de liberté et d'égalité, de même que les catégories instrumentales d'« intérêt général », d'« intérêt moral », et d'« intérêt futur », et enfin la catégorie morale de « justice ». Toutefois, Demogue, comme tenant typique du courant social, subordonne l'idée des droits subjectifs à celle de l'intérêt général.

- Troisièmement, les deux notions initiales, la sécurité et l'évolution, sont des traductions complexes des catégories formelles de Jhering. Par exemple, la sécurité est servie par les règles et l'évolution par les standards. Autrement dit, la problématique de la réalisation matérielle contre la réalisation formelle se révèle sous un autre nom.

- Quatrièmement, malgré le fait que Demogue rejette toute forme de « duellisme » (ce néologisme est le sien) - par exemple, le duel entre l'individualisme et le socialisme - les notions de solidarité et du partage des pertes et des risques se rangent exactement au même niveau que celles de la liberté et de l'égalité. Il faut donc pratiquer constamment des compromis entre ces différentes notions. Cette procédure évoque précisément, sans adoption explicite, le conflit individu/société que Demogue rejette au niveau abstrait des « duellismes ».

Deux éléments importants de la pratique actuelle de la technique de la proportionnalité demeurent ostensiblement absents de la présentation de Demogue. Il importe de souligner qu'il s'agit des éléments qui ont le plus préoccupé les théoriciens du droit nord-américains qui ont donné à cette technique, après la seconde guerre mondiale, sa forme la plus achevée. Le premier élément fut le traitement de considérations normatives diverses, sous l'appellation de principes ou de politiques, comme appartenant strictement au domaine du juridique, en dépit du fait qu'elles ne constituent pas des règles de droit, mais seulement des notions vagues, et qu'elles n'ont pas, pour la plupart, une origine législative. (Cette contribution fut celle de Ronald Dworkin<sup>16</sup> et de son école à l'encontre du positivisme juridique britannique.)

Pour Demogue, les notions sont enracinées dans la vie sociale, et non pas dans la loi. Il suffit pour lui d'affirmer que l'évolution, par exemple, est une composante essentielle de la réalité de la vie sociale. La réalité de l'évolution sociale engendre des besoins et des demandes auxquels le droit doit répondre. En cela, Demogue n'est qu'un représentant typique du courant social.

Toutefois, Demogue se différencie de manière décisive de ce mouvement en ce qui concerne la possibilité d'une véritable traduction « scientifique » par les juristes, qu'ils soient juges, législateurs ou professeurs, des besoins, des demandes, des intérêts, etc., en droit positif. Il croit en la transformation du positif vers le normatif, c'est-à-dire en la transformation de ce qui « est » en ce qui « devrait être ». Toutefois, il rejette l'idée selon laquelle un droit social cohérent peut être déduit du processus évolutionnaire indubitable de la socialisation de la vie moderne en société. Demogue esquissa une rationalité des considérations conflictuelles dans l'espace qu'il ouvrit entre la positivité de l'évolution sociale et la positivité juridique de la règle de droit.

Le second élément de l'approche de Demogue, qui nous semble très marquant, réside dans l'absence de tout développement de ce que nous nommons les arguments de compétences institutionnelles. C'est la contribution à la discussion américaine de l'après-guerre de Henry M. Hart et d'Albert M. Sacks dans leurs « *casebook* » classique intitulé *The Legal Process*<sup>17</sup>. Demogue fait allusion de temps en temps

<sup>16</sup> Ronald DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978.

<sup>17</sup> Henry HART et Albert SACKS, *The Legal Process: Basic: Problems in the Making*

à la « séparation des pouvoirs », mais il porte plutôt son attention sur la critique de la distinction entre juge et législature. Il n'y a pas dans son système une « notion » qui corresponde à la dimension institutionnelle. Par contraste, la version du social caractéristique des États-Unis poussait les tenants de la technique de la proportionnalité à affronter la question des institutions.

#### b.2. Demogue différencié de Philipp Heck

La « jurisprudence des intérêts » de Philipp Heck est reconnue en Allemagne aujourd'hui comme une des contributions les plus importantes à la théorie du droit de la période qui précède 1932. Heck semble avoir produit une version complète de sa théorie en 1912<sup>18</sup>, et il continua à écrire jusque dans les années 1930. Certaines différences initiales entre Heck et Demogue s'imposent. Premièrement, si la France a pratiquement oublié Demogue, l'Allemagne se rappelle de Heck. Deuxièmement, *Les notions fondamentales* fut traduit en anglais en 1916, soit à peine cinq années après sa publication en France, et pendant les années qui suivirent il fut reconnu comme une contribution importante. Les écrits de Heck ne furent traduits en anglais qu'en 1948<sup>19</sup> et ils n'exercèrent qu'une influence indirecte aux États-Unis, principalement par l'intermédiaire de juristes exilés, comme Max Rheinstein<sup>20</sup>, qui avaient pris connaissance de sa théorie avant leur départ d'Europe. De plus, Heck ne fut jamais traduit en français, contrairement à Rudolf von Jhering, Otto Friedrich von Gierke et Eugen Ehrlich, qui furent les fondateurs de l'école sociale en Allemagne.

#### b.2.A. Heck comme fondateur de la rationalité des considérations conflictuelles

Heck procède à une distinction tranchée entre la notion de la finalité d'une loi et celle des intérêts en conflit pour lesquels la

---

*and Application of Law*, prepared for publication from the 1958 tentative edition by, and containing an introductory essay by William N. Eskridge Jr. and Philip P. Frickey, Westbury, Foundation Press, (1958) 1994.

<sup>18</sup> Voir Philipp HECK, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1<sup>e</sup> éd., Tubingen, 1912.

<sup>19</sup> M. Magdalena SCHOCH (dir. et traducteur), *The Jurisprudence of Interests; selected writings of Max Rümelin [and others]*, Cambridge, Harvard University Press, 1948.

<sup>20</sup> Max RHEINSTEIN, « Book Review, The Jurisprudence of Interests », in (1948) 1 *J. Legal Ed.* 470.

législation offre une solution. Il se réfère fréquemment aux lois simplement comme des « solutions aux conflits » : « La vérité fondamentale par laquelle nous devons commencer est que chaque commande de la loi détermine un conflit d'intérêts. Elle a son origine dans une lutte entre intérêts opposés, et représente, pour ainsi dire, la résultante (la somme des vecteurs) de ces forces opposées. La protection des intérêts par le moyen d'une loi ne se fait jamais dans un *vacuum*. Elle opère dans un monde rempli d'intérêts en concurrence, et, par conséquent, il accomplit son travail toujours aux dépens de certains d'entre eux. Cela est vrai sans exception. Si nous nous limitons à l'examen de la finalité d'une loi, nous ne voyons que l'intérêt qui a prévalu. Mais le contenu concret de la règle de droit, le degré de réalisation de sa finalité, dépend du poids des intérêts vaincus. Par conséquent, la jurisprudence téléologique de Jhering ne suffit pas. »<sup>21</sup> [notre traduction]

*Das Problem der Rechtsgewinnung*<sup>22</sup> qui parut en 1912 semble être le fondement de son œuvre de 1932. En effet, cet ouvrage antérieur contient déjà ses idées de base.

La formulation de Heck qui met en contraste la conceptualisation de la norme comme le produit d'une finalité singulière à celle d'une « résultante » (la somme des vecteurs) d'intérêts en conflit (incluant les « intérêts idéaux ») s'avère substantiellement plus claire que ce qu'a écrit Demogue en la matière. Heck développa cette distinction tranchée à l'époque même où Demogue écrivait *Les notions fondamentales*. Par conséquent, il mérite le titre, avec Demogue, de co-fondateur du mode contemporain des considérations conflictuelles.

---

<sup>21</sup> Phillip HECK, « The Formation of Concepts and the Jurisprudence of Interests », in M. Magdalena Schoch (dir. et traducteur), *op. cit.*, p. 35-36 : « The fundamental truth from which we must proceed is that each command of the law determines a conflict of interests; it originates from a struggle between opposing interests, and represents as it were the resultant [vector] of these opposing forces. Protection of interests through law never occurs in a vacuum. It operates in a world full of competing interests, and, therefore, always works at the expense of some interests. This holds true without exception. If we confine ourselves to an examination of the purpose of a law we see only the interest which has prevailed. But the concrete content of the legal rule, the degree in which its purpose is achieved, depends upon the weight of those interests which were vanquished... Therefore the teleological jurisprudence of Jhering is not sufficient... »

<sup>22</sup> Phillip HECK, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, *op. cit.*

b.2.B. Heck sur le rôle du juge et des juristes

Heck était toutefois, et ce même dans son œuvre maîtresse de 1932, moins sophistiqué que Demogue comme praticien de la méthode qu'il participa à inventer. Son ouvrage de 1932 ne contient en fait qu'une énumération fort rudimentaire des intérêts et très peu d'exemples. Rien ne pouvait être plus éloigné de l'étonnante densité doctrinale de l'œuvre de Demogue. Dans une de ces trop rares énumérations des types de conflits d'intérêts, et ce dans une note de bas de page, Heck se contente de les catégoriser sous les rubriques générales suivantes : privé vs. privé, public vs. public et public vs. privé. À un niveau plus concret, lorsque Heck éprouva la nécessité d'illustrer ses propos par un exemple, il se référa fréquemment au conflit analysé par Jhering que nous avons exposé plus haut, soit celui qui oppose la réalisation matérielle et la réalisation formelle. L'œuvre de Heck, du moins dans la traduction que nous avons aux États-Unis, ne contient rien de comparable à la distinction opérée par Demogue, par exemple, entre les sécurités statique et dynamique. De plus, l'œuvre de Heck ne semble offrir aucune explication qui permette de conceptualiser comment il s'avère possible qu'une norme constitue inévitablement un « vecteur ».

Heck fonda son analyse de l'interprétation sur la théorie conventionnelle de la hiérarchie des sources :

- L'interprétation n'a de rôle qu'en présence d'une lacune ou d'un conflit au sein du droit positif.
- Lorsqu'il y a une lacune ou un conflit, le rôle du juge consiste simplement à reproduire l'équilibre des intérêts tel que représenté dans la législation qui doit être interprétée.
- Le rôle du juriste est, du moins en principe, d'assister le juge dans cette tâche.

Dans la mesure où cette formulation de Heck s'avère plausible, la « théorie des intérêts » devient beaucoup moins menaçante que la critique de Demogue des « conflits et [d]es contradictions qui sans doute agiteront toujours le droit civil »<sup>23</sup>. La formulation de Heck prétend diminuer jusqu'à l'insignifiance le problème du subjectivisme juridique tout en subordonnant le juge au législateur et le juriste au juge. Ce faisant, Heck élimine la question épineuse de la séparation des pouvoirs.

Aux yeux de la pratique nord-américaine contemporaine de l'analyse des considérations conflictuelles, la formulation de Heck, qui

---

<sup>23</sup> R. DEMOGUE, *Les notions...*, *op. cit.*, p. VII.

est centrale dans son oeuvre traduite, paraît incohérente. Selon Heck, une règle de droit donnée constitue une « solution à un conflit », entendue dans le sens d'un « vecteur » ou d'une « résultante » des considérations opposées. Le législateur choisit la solution ayant en vue une situation (ou des situations) concrète qui donne lieu au conflit. La « force » des intérêts en présence est évidemment fonction de la spécificité de cette situation (ou de ces situations).

Le problème se formule donc comme suit : s'il y a une lacune ou un conflit doctrinal qui surgit relativement à l'application d'une norme à une situation nouvelle, qui ne fut pas même imaginée par les rédacteurs de la solution originale, il semble qu'il devient nécessaire de procéder à une nouvelle évaluation des intérêts en jeu tels qu'ils se présentent dans les circonstances nouvelles. Les intérêts sont permanents, surgissant de manière répétée, comme dans la métaphore de Demogue, quand il écrit que les idées rejetées « doivent reprendre tôt ou tard une partie du terrain perdu »<sup>24</sup>. Il semblerait donc possible qu'un intérêt, qualifié de faible dans la situation conflictuelle, qui provoqua la formulation de la norme en question, pourrait se présenter comme important dans la situation nouvelle lorsque l'interprète confronte une lacune.

Le juge peut bien se poser, dans ce cas, la question suivante : « comment le législateur aurait-il résolu le conflit s'il avait légiféré en contemplation de cette nouvelle situation ? ». Toutefois, cette interrogation est bien différente de la question : « Comment appliquer à la nouvelle situation “l'équilibre” qui a déterminé le choix de la norme à interpréter ? » En somme, nous pouvons « peser » les mêmes intérêts, mais nous ne pouvons pas leur attribuer le même poids, parce que leur importance dépendait de la situation factuelle typique pour laquelle les législateurs précédents tentèrent de trouver le juste équilibre, et nous sommes en face d'une situation nouvelle qui demande une nouvelle évaluation.

Loin d'y constater une problématique importante, Heck considère que l'application sera généralement aisée. Par exemple, il s'oppose à l'utilisation de l'expression « théorie évaluative » pour désigner sa méthode, car il affirme que « ce n'est que dans les cas exceptionnels que le juriste qui suit la méthode téléologique sera appelé à faire une évaluation. En général, il lui suffira de constater les jugements de valeur du législateur. »<sup>25</sup> [notre traduction]

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 196.

<sup>25</sup> Phillip HECK, « The Formation of Concepts and the Jurisprudence of Interests »,

Heck maintient la plausibilité de sa perspective seulement en brouillant régulièrement sa propre distinction entre la finalité d'une norme juridique et les intérêts pour lesquels elle constitue une « solution au conflit ». Ce passage, par exemple, est frappant si l'on considère le rejet fréquent par Heck d'une adéquation entre l'intérêt et la finalité : « Bien sûr, certains cas seront difficiles. Par contre, ces causes difficiles sont contrebalancées par des cas très simples. Après tout, il ne faut pas oublier que la question au sujet des intérêts impliqués dans une loi n'est nulle autre que l'ancienne recherche de la “*ratio legis*”, le motif pratique, le but de la législation. Personne ne suggère que nos lois modernes sont en général énigmatiques et incompréhensibles en ce qui concerne leurs objectifs pratiques. Le but qu'une loi vise à servir dans son ensemble est en général un fait connu, tellement évident que normalement la question ne se pose simplement pas. »<sup>26</sup> [notre traduction]

#### b.2.C. Demogue sur le rôle du juge et des juristes

Demogue eut une conception du rôle des juges et des juristes beaucoup moins reconfortante que celle de Heck. Au début de sa discussion de « la technique jurisprudentielle », Demogue expliqua qu'il ne se préoccuperait pas du thème « éclairé par d'importants travaux et en particulier le livre de M. Gény sur la méthode d'interprétation ». En passant, il donna un titre erroné à ce même livre, le désignant de *Méthode d'interprétation du droit privé positif*, et échouant ainsi, sans doute, à s'attirer la bienveillance de son auteur. Demogue tient pour une évidence que, lorsque la loi est claire, les juges doivent l'appliquer aux cas qui se présentent devant eux, pour des raisons de sécurité, au détriment du besoin de changement. La question qui l'intéressa est la suivante : « lorsqu'il n'y a pas de loi ou

---

*op. cit.*, p. 140 : « It is only in exceptional cases that the jurist who follow the teleological method is called upon to make an evaluation. As a rule, all he has to do is to ascertain the value judgments of the legislator. »

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 170 : « Of course some cases will be difficult. But such hard cases are counterbalanced by very simple ones. After all, it must not be forgotten that the question as to what interests are involved in a statute is none other than the old inquiry into the *ratio legis*, the practical motive, the purpose of a statute... certainly no one has contended that our modern statutes are as a rule enigmatic and incomprehensible are regards their practical purpose... The purpose which a statute is meant to serve as a whole is a known fact, so obvious that normally the question simply does not arise. »

lorsque les textes ne peuvent être que d'un faible secours... et un peu aussi lorsqu'il y a un texte de portée vague, comment la jurisprudence utilisera son domaine »<sup>27</sup> ? Toutefois, il ajouta immédiatement « qu'il ne s'agit pas du fond même des solutions, mais des procédés techniques par lesquelles elle les établira »<sup>28</sup>. Quelques lignes plus loin, il écrit : « Nous ne voulons pas ici examiner la question de savoir si la jurisprudence est une source indépendante de droit ou une simple initiatrice de la coutume, laquelle est bien plus théorique que pratique »<sup>29</sup>. Qu'entendait-il par « les procédés techniques » des juges ?

Il procéda par une appréciation des tribunaux français de son époque, aussi bien de la Cour de cassation que des tribunaux inférieurs, vus comme des institutions créatrices de droit, pour déterminer s'ils établissent adéquatement ou non les compromis nécessaires entre les notions « formelles » de sécurité, d'évolution et d'économie de temps et d'effort, qu'il développa dans la première partie de son livre. Parce qu'il se limita aux « procédés techniques, » en détournant les yeux « du fond même des solutions », il n'eut rien à dire sur la manière dont les juges devraient user des notions de justice, de liberté, d'égalité et de solidarité.

Il s'avère difficile de comprendre cette autolimitation autrement que comme une forme de timidité. La structure globale de l'œuvre nous oblige inéluctablement à conclure qu'en présence de lacunes, de conflits ou d'ambiguïtés, les juges devront procéder à la recherche d'un compromis entre les notions matérielles et les notions formelles. De plus, lorsque nous passons de la technique jurisprudentielle à la technique doctrinale, nous constatons que Demogue, ayant d'abord reconnu aux auteurs un pouvoir d'influence décisif sur le droit créé par les juges, en pratique sinon en théorie<sup>30</sup>, enjoint à ces auteurs d'agir comme suit : « Si les courants de la vie juridique se trouvent ainsi coagulés par une doctrine trop précise, les transformations sociales ne peuvent plus s'opérer à l'intérieur des limites que l'on a établies, les faits s'accumulent comme derrière une digue qu'ils finissent par briser. Cette rupture, c'est en droit public la révolution. En droit privé, c'est le besoin de changement complet, c'est l'hostilité justifiée contre le droit.

Il faut donc aussi que la doctrine réagisse contre les principes

---

<sup>27</sup> R. DEMOGUE, *Les notions...*, *op. cit.*, p. 215.

<sup>28</sup> *Ibidem*.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 218.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 231.



admis, qu'elle attaque ceux qui sont les mieux reçus, lorsqu'il apparaît qu'on arrive à en abuser, non pas pour le plaisir devenu banal du paradoxe, mais pour empêcher d'aller à l'excès; il faut qu'elle se préoccupe d'assurer l'évolution paisible du droit. »<sup>31</sup>

Les sentiments contre-révolutionnaires de ce passage constituent la norme pour les tenants du courant social, qu'ils soient progressistes modérés ou conservateurs sociaux. Ce qui peut étonner, c'est le rôle attribué à la doctrine dans la sauvegarde du capitalisme libéral de lui-même. Rien ne s'éloigne plus de la modeste conception de Heck. Les notions substantives, comme la liberté, l'égalité, la justice, la solidarité, constituent évidemment les seules bases possibles pour « assurer l'évolution paisible du droit »<sup>32</sup>. Demogue ne cherche leurs fondements ni dans la loi, ni dans la coutume, ni dans la jurisprudence. Il tire les conséquences de la méthode de Gény en se fondant sur la « nature des choses » pour encourager une activité doctrinale qui dépasse, et de beaucoup, celle qu'avait préconisée son auteur. Enfin, Demogue y procède sans faire appel à une notion de « science ».

Une contribution importante de Demogue à la rationalité des considérations conflictuelles réside précisément dans cette séparation entre la technique du compromis des notions et le discours de l'interprétation exégétique des textes. Dans le monde de la *Common Law*, l'équivalent réside dans la distinction tranchée entre « l'analyse de politiques » et les méthodes casuistiques de la jurisprudence traditionnelle (« *holding vs. dicta* », etc.).

b.2.D. Les « intérêts » de Heck mis en contraste avec les « notions » de Demogue

La jurisprudence des intérêts utilise le terme « intérêt » dans un sens large pour couvrir tout ce qui est équilibré par les législateurs et les juges. Une ambiguïté certaine se glisse ici. Ce concept, tant en anglais qu'en français et en allemand, se réfère aux désirs ou aux besoins subjectifs. Heck, qui reconnut cette composante sémantique du concept, soulignait constamment que les « intérêts idéaux » s'avéraient aussi importants que les « intérêts matériels » dans le processus de création du droit et lors de son interprétation<sup>33</sup>.

La technique de la proportionnalité actuelle, contrairement à la

---

<sup>31</sup> *Ibidem*, p. 236-237.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> Phillipp HECK, « The Formation of Concepts... », *op. cit.*, p. 140.

jurisprudence des intérêts de Heck, n'accorde aucune priorité, parmi les considérations, aux désirs ou aux besoins. Comme chez Demogue, elle traite sur un plan d'égalité les intérêts, les maximes morales (par exemple, « *pacta sunt servanda sed rebus sic stantibus* ») et les droits subjectifs. Pour arriver à un équilibre, on doit tous les mettre en opposition sans en privilégier aucun.

Dans les considérations conflictuelles contemporaines, toutes les considérations doivent être universalisables, de telle sorte que toutes les considérations utilitaristes doivent s'assimiler à des « intérêts sociaux ». Alors que Heck s'enorgueillit d'ajouter l'idéal comme composante importante des intérêts matériels, l'approche contemporaine ne considère que cet élément<sup>34</sup>.

Demogue, contrairement à Heck, était un moderne (ou un postmoderne) car ses notions, comme il les expliqua, ne constituèrent rien de plus qu'une liste de ce que les gens, dont lui-même, considéraient important dans la création du droit. Certes, il s'avère possible de résumer les notions de Demogue sous un concept englobant comme celui d'« intérêts sociaux » ou celui de « justice ». Toutefois, rien ne découle du choix d'une telle expression, car les notions s'avèrent foncièrement hétérogènes. En même temps, les notions visent toutes des intérêts idéaux : Demogue ne traita jamais l'intérêt tout court, l'intérêt égoïste, comme justifiant une règle de droit. L'intérêt doit être universel, et ensuite faire l'objet d'un compromis au moment de l'équilibrage avec les autres notions en présence.

Ce projet se révèle bien différent de tous ceux qui proposent de

---

<sup>34</sup> Une des carences notoires de l'approche de Heck, telle que traduite, réside dans le fait qu'il a omis de distinguer clairement entre les intérêts perçus comme fermement attachés à des acteurs sociaux particuliers (par exemple, des débiteurs et des créanciers), et les intérêts attribués de manière plausible à tous (par exemple, la sécurité des transactions), bien qu'avec un degré de force qui diffère selon les circonstances. Hermann Isay, un représentant de la dernière période de la « Free Law School » (École du droit libre), ou un intuitionniste du type de l'auteur américain Hutcheson, critique effectivement Heck comme suit : « Ce que Heck désigne par les "standards d'évaluation" que la théorie des intérêts est sensée atteindre est complètement obscur. Doivent-ils signifier des standards pour mesurer l'importance des "valeurs" ou l'importance des intérêts concrets, c'est-à-dire la "valeur des détenteurs" ? » (Hermann ISAY, « The Method of the Jurisprudence of Interests: A Critical Study », in M. Magdalena Schoch (dir. et traducteur), *op. cit.*, p. 321).

n'équilibrer que des considérations dans le registre du désir, du besoin ou de l'utilité, en écartant les droits, la justice, la solidarité, etc. Étant donné le caractère plus complexe de l'équilibre proposé par Demogue, il n'est pas surprenant de trouver chez lui une préférence pour les concepts de contradiction et de décision. Nous nous permettons de noter que, malgré le fait qu'il fut seulement un précurseur ou un innovateur avant la lettre de l'analyse des politiques juridiques (« *policy analysis* »), il posséda une plus grande compréhension des limites de ce mode de rationalité juridique que plusieurs de nos contemporains.

## 2. L'effacement de la contribution de Demogue

Dans cette partie, nous traiterons de l'absence totale de visibilité de la contribution de Demogue dans l'histoire de la rationalité des considérations conflictuelles, en raison de sa localisation dans la dynamique mondiale de la production et de la réception de la théorie juridique (a), et le rôle de l'accusation de *nihilisme* portée contre lui aussi bien qu'à l'encontre des théoriciens juridiques nord-américains qui ont poursuivi sa propension sceptique (b).

### *a. Demogue dans le jeu de la production et de la réception au niveau mondial*

Le chemin qu'a parcouru l'influence de Demogue passe par les États-Unis. À l'époque, les États-Unis constituaient un contexte de réception. En conséquence, les travaux juridiques américains influencés par Demogue ne trouvèrent aucun écho en France, qui fut à l'époque un contexte de production (a.1). Cette absence de répercussions se transforma en oubli dès lors que les auteurs américains cessèrent d'emprunter de l'Europe et, qui plus est, nièrent désormais que cela eût jamais été leur pratique (a.2). La France, étant aujourd'hui un contexte de réception, s'inscrit progressivement dans le mode des considérations conflictuelles, et subit ainsi l'influence indirecte des idées de Demogue, idées comprises paradoxalement comme étant d'origine américaine ou allemande.

#### a.1. La dynamique de la production et de la réception

La pensée juridique classique, le mode de la rationalité juridique sociale et le mode des considérations conflictuelles, tous trois

considérés comme des « théories juridiques transnationales »<sup>35</sup>, furent élaborés par des penseurs cosmopolites travaillant dans des pays de droit civil et de *Common Law* différents. Les synthèses qu'ils produisirent se diffusèrent de par le monde. Nous pouvons différencier deux processus de transformation distincts. Premièrement, la naissance d'un mode de pensée juridique transnationale, engendré par la combinaison d'idées issues d'origines distinctes, procède de la critique du mode de pensée précédent sans pour autant l'abandonner complètement. Deuxièmement, un processus d'expansion géographique du mode transnational prend corps et se développe. Cette expansion s'opère soit par le remplacement direct et complet d'un régime juridique antérieur par un régime juridique imposé (comme dans le cas de l'expansion coloniale), soit par la « réception » d'un mode transnational émergent, qui se combine avec des éléments « indigènes » et certains éléments résiduels du régime juridique antérieur, pour se façonner dans une nouvelle synthèse nationale.

Comme Diego Lopez-Medina<sup>36</sup> le souligne, il est possible d'identifier les lieux de « production » de nouveaux modes juridiques transnationaux. Il existe également des lieux de réception qui n'influencent, à leur tour, que de façon limitée les modes juridiques transnationaux. Plusieurs cas se situent entre les deux. L'Allemagne fut le lieu de production hégémonique entre 1850 et 1900, la France le fut à son tour entre 1900 et les années 1930 et, enfin, les États-Unis dominent depuis 1950. Pendant la période de domination française, les États-Unis furent un contexte de réception. La relation entre les deux pays se manifesta, d'une part, par l'effort massif de traduction puis de références aux auteurs de théorie de droit français (et allemands) et, d'autre part, par l'absence complète d'intérêt du milieu juridique français pour la production américaine, avec quelques exceptions (par exemple, les travaux d'un Édouard Lambert) pour prouver la règle.

#### a.2. La réception et l'effacement de la contribution de Demogue

Dans un article antérieur, l'un de nous a déjà fait le récit de la transition graduelle dans la pensée juridique américaine, qui passa de la « jurisprudence sociologique » à la rationalité des considérations conflictuelles<sup>37</sup>. Dans la première phase, les figures importantes, en

<sup>35</sup> Diego LOPEZ MEDINA, *Teoria impura de derecho*, Bogota, Universidad de los Andes, 2003.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

<sup>37</sup> D. KENNEDY, « From the Will Theory to Principle... », *op. cit.*

partie parce qu'elles étaient les plus actives importatrices d'idées sociales européennes, furent Roscoe Pound, Benjamin Cardozo, Louis Brandeis et Morris Cohen. Ceux-ci furent, et de loin, les personnalités les plus marquantes de la pensée juridique américaine après l'influent Oliver Wendell Holmes et avant les réalistes juridiques (*Legal Realists*) des années 1930. Nous avons signalé, dans un article précédent<sup>38</sup>, le fait que Cardozo, dans son classique *The Nature of the Judicial Process*, citait Gény non moins de 22 fois<sup>39</sup> et qualifiait *Méthode d'interprétation* d'œuvre « brillante »<sup>40</sup>, un adjectif qu'il n'accorda à aucune autre œuvre. À l'égard de Demogue, l'histoire se révèle plus complexe. Nous l'esquisserons donc à grands traits seulement.

#### a.2.A. La réception de Demogue aux États-Unis

Selon Karl Llewellyn,<sup>41</sup> ce furent John Wigmore et Albert Kocourek, des juristes éminents aux États-Unis, qui ont obtenu l'insertion d'une partie des *Notions fondamentales* dans le livre *Modern French Legal Philosophy* publié en 1916. La préface de l'éditeur, écrite par Arthur Spencer, qui déploie une analyse juridique comparative d'un niveau de sophistication très surprenant pour l'époque, confère à Demogue le titre de théoricien juridique le plus avancé de son époque, le mettant ainsi favorablement en contraste par rapport à Alfred Fouillée et à Léon Duguit, dont les écrits furent également inclus dans le volume<sup>42</sup>. Après ce début propice, Demogue influença le milieu juridique des États-Unis en deux étapes. D'une part, il infléchit, si l'on peut s'exprimer ainsi, le courant social nord-américain. D'autre part, son approche fut incorporée au sein du type idéal émergent de la rationalité des considérations conflictuelles.

---

<sup>38</sup> Duncan KENNEDY et Marie-Claire BELLEAU, « François Gény aux États-Unis », *op. cit.*

<sup>39</sup> Benjamin CARDOZO, *The nature of the judicial process*, New Haven, Yale University Press, 1921, p. 16, 17, 34, 46-47, 49-50, 59, 63, 74, 75, 85, 102, 105, 119-120, 121, 134, 138, 141, 143, 173-174.

<sup>40</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>41</sup> Karl LLEWELLYN, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Boston, Little Brown, 1960, p. 366.

<sup>42</sup> René DEMOGUE, « Analysis of Fundamental Notions », *op. cit.*, p. XLVII-LII.

a.2.B. L'influence de Demogue sur le courant social nord-américain

Pour Pound, Cardozo et Morris Cohen, Demogue représenta surtout une des variantes du courant français et allemand consacré à la « renaissance du droit naturel », dans sa version « à contenu variable »<sup>43</sup>.

La réception de Demogue représente pour la jurisprudence sociologique nord-américaine une option en faveur du mouvement des néo-kantiens (Stammler) et des juristes catholiques du droit naturel à contenu variable (Gény). Cette option s'opérait à l'encontre de l'école juridique positiviste ou sociologique, influencée par Auguste Comte (Duguit), ou par les sociologues (Ehrlich) qui concevaient le droit positif comme une fonction plus ou moins simple d'un développement social dont ils pensaient avoir trouvé les lois scientifiques. Pour ce courant, la société produisait son droit par un processus automatique, qui ne dépendait pas d'un choix.

Pound, dans une de ses pièces programmatiques maîtresses publiée en 1911 et 1912, avait déjà lu *Les notions fondamentales* en français, et citait abondamment Demogue relativement au besoin d'un « élément idéal » en droit. Il considérait les écrits de Demogue comme l'achèvement de la discussion européenne et il adhérait à sa position<sup>44</sup>. Cardozo inscrivait Demogue comme une source parmi les Pound, Charmont et Laski, lorsqu'il affirmait que le droit naturel, dans le sens limité qui reconnaît qu'il y a un élément idéal ou éthique dans toute décision juridique, refaisait surface sur la scène juridique, mais dans « une forme si profondément altérée que l'ancienne théorie ne survit que par son nom »<sup>45</sup>.

Demogue semble avoir eu une seconde et plus profonde

---

<sup>43</sup> Notons en passant que la rationalité des considérations conflictuelles constitue un mode normatif. Ce mode de rationalité juridique ne prétend aucunement tracer un parcours inévitable et objectivement déterminé du développement juridique. Il décrit simplement le mode de rationalité adapté à ceux qui, comme l'écrit Demogue, doivent « décider ». Il offre une procédure à suivre pour parvenir à une finalité « idéale », dans le sens où la solution s'avère la meilleure en considération des buts et des desseins de l'ordre juridique.

<sup>44</sup> Roscoe POUND, « The Scope and Purpose of Sociological Jurisprudence », in (1911) 24 *Harv. L. Rev.*, 592, in (1912) 25 *Harv. L. Rev.*, 140, 162.

<sup>45</sup> « Recent juristic thought has given it [the theory of a law of nature] a new currency, though in a form so profoundly altered that the old theory survives in little more than the name » (Benjamin CARDOZO, *op. cit.*, p. 131-132).

influence sur Pound. Jusqu'en 1912, Pound soutenait qu'un droit idéal contemporain aurait comme mission de s'adapter aux transformations sociales de la fin du 19<sup>e</sup> siècle et du début du 20<sup>e</sup> siècle, telles qu'établies par la sociologie et la psychologie. Pound tenait encore cette position en 1912 dans l'article dans lequel il cita abondamment Demogue.

Toutefois, dans son introduction à *The Philosophy of Law* (un ouvrage qui regroupe une série de conférences présentées au Yale Law School en 1921 et 1922), il opéra un tournant dans son traitement de la question de l'élément idéal en droit et il formula ce qu'il percevait clairement comme une nouvelle position. Le nom de Demogue figure parmi ses références avec une liste d'auteurs européens canoniques.

Il commença sa discussion sur la philosophie contemporaine du droit comme suit : « À la fin du dernier siècle et au début du présent parut un nouveau mode de penser. Les juristes commencèrent à penser en termes de besoins et de désirs humains plutôt qu'en termes de volonté humaine. Ils commencèrent à penser la finalité du droit non plus comme la maximalisation de l'affirmation individuelle, mais comme celle de la satisfaction des besoins. Ayant fait inventaire des besoins, des revendications et des intérêts pour lesquels les gens réclament la sécurité juridique, nous aurions dû les évaluer, choisir ceux qui étaient dignes de considération, et déterminer les limites dans lesquelles ils devraient être effectués, eu égard aux autres intérêts légitimes en présence. »<sup>46</sup>

Pound critiqua ensuite la première génération des utilitaristes sociaux pour avoir sous-estimé la difficulté de la tâche. Il souligna cependant qu'une des vertus de l'utilitarisme social résidait dans « la reconnaissance que la tâche essentielle des créateurs de droit (*lawmakers*) en est une de compromis »<sup>47</sup>. En partant de la position du

---

<sup>46</sup> Roscoe POUND, *Introduction to the Philosophy of Law*, New Haven, Yale University Press, 1922, p. 75-76 : « [A]t the end of the last and the beginning of the present century, a new way of thinking grew up. Jurists began to think in terms of human wants or desires rather than of human wills... They began to think of the end of law not as a maximum of self-assertion, but as a maximum satisfaction of wants... Having inventoried the wants or claims or interests which are asserted and for which legal security is sought, we were to value them, select those to be recognized, determine the limits within which they were to be given effect in view of other recognized interests... »

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 81-82.

compromis, il se dirige dans une direction très similaire à celle de Demogue : « Les philosophes ont dévoué beaucoup d'ingénuité à la découverte d'une méthode pour arriver à une juste appréciation de l'importance intrinsèque des intérêts différents, pour trouver une formule absolue selon laquelle on pourrait s'assurer que les intérêts de la plus grande importance intrinsèque puissent prévaloir. Mais je suis sceptique en ce qui regarde la possibilité d'un tel jugement absolu. »<sup>48</sup>

Il continue dans cette voie en discutant de la possibilité de mettre sur pied des « outils améliorés », faisant ainsi écho à la notion de technique de Demogue. Il passe en revue les différentes approches et conclut : « Peut-on dire qu'à partir de ces formules nous pouvons nous éloigner du problème d'un équilibre compatible avec le maintien de tous les intérêts, avec une attitude attentive à l'égard de tous les désirs, toutes les revendications, qu'implique l'existence sociale civilisée ? »<sup>49</sup>

La version de la théorie des intérêts de Pound ne représentait cependant qu'un pas sur la route de la rationalité des considérations conflictuelles moderne, et cela pour de nombreuses raisons. Pound ne s'en tira pas mieux que Heck face à l'ambiguïté entre les intérêts matériels et idéaux, et il n'aborda pas du tout le problème de l'hétérogénéité des notions. Tout comme Heck, sa position vacilla entre l'affirmation du conflit des intérêts (comme dans l'extrait ci-dessus) et le postulat (avec quelques exceptions marginales) d'une finalité ou d'une fonction singulière pour la règle de droit sous considération. Néanmoins, la théorie sociologique de Pound demeurait ouverte aux développements ultérieurs vers l'analyse des considérations conflictuelles, à cause de sa renonciation consciente de l'espoir de trouver un méta-critère ou une formule qui nous dispenserait de la nécessité de compromis plus ou moins ad hoc. En d'autres termes, Pound renonça aux ambitions de « scientificité » dans son sens fort, qui caractérisait, selon lui, la philosophie juridique européenne depuis les

---

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 75-76 : « Philosophers have devoted much ingenuity to the discovery of some method of getting at the intrinsic importance of various interests, so that an absolute formula may be reached in accordance wherewith it may be assumed that the weightier interests intrinsically may prevail. But I am skeptical as to the possibility of an absolute judgement. »

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 84 : « In these formulas do we really get away from the problem of a balance compatible with maintaining all the interests, with responding to all the wants and claims, which are involved in civilized social existence? ».



anciens<sup>50</sup>.

a.2.B.1. L'influence de Demogue sur les réalistes juridiques américains qui développèrent les considérations conflictuelles comme mode alternatif au courant social

Le développement du réalisme juridique américain après 1930 se manifesta, en partie, par une attaque contre les ambiguïtés que nous venons de souligner dans la position de Pound. Jérôme Frank consacra un bref chapitre à Demogue dans son œuvre *Law and the Modern Mind*<sup>51</sup>, publiée en 1930. Il conçut Demogue comme un antidote partiel à la position de Pound qui insistait sur la place du formalisme en droit comme garant de certitude dans les domaines qui en avaient besoin, comme par exemple celui des transactions immobilières. Frank saisit complètement et il présenta en détail le contraste entre les sécurités statique et dynamique, pour contrer la position de Pound selon laquelle une option pour la sécurité pût assurer la stabilité du droit dans n'importe quel domaine spécifique. Mais en même temps, il dénonça le plaidoyer de Demogue, qu'il qualifia de cynique, en faveur de l'ignorance des non-initiés au droit comme un bien pour l'ordre juridique.

Alors que la façon dont Frank aborda Demogue démontre le prestige de ce dernier aux États-Unis, il importe de souligner que Frank ne représenta qu'un courant au sein de l'école du réalisme, soit celui de l'« intuitionnisme ». Pour ce courant, l'attrait de Demogue résidait dans son scepticisme à l'égard de la notion de certitude juridique, étant donné la contradiction interne de la notion de sécurité.

À part ces « intuitionnistes », il y avait deux autres courants à l'intérieur de l'école réaliste américaine. Un deuxième courant cherchait la transformation des études universitaires en droit en branche de la sociologie positiviste, éliminant ainsi toute considération normative dans l'analyse du droit. De plus, ce courant insistait sur l'étude du droit comme strictement une analyse de la « régularité des comportements » sans permettre que les concepts juridiques jouent un rôle dans l'élaboration des hypothèses. Cette approche se fondait sur le modèle behavioriste en psychologie.

Un troisième courant réaliste travaillait sur la reconceptualisation des règles du droit des contrats, et ensuite du droit privé entier, comme des compromis entre des principes - soit vers une

---

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 1-6.

<sup>51</sup> New York, Brentano's, 1930.

version de la rationalité des considérations conflictuelles. Pour ce groupe, qui comprenait Arthur Corbin, Morris Cohen, George Gardner, Karl Llewellyn et Lon Fuller, entre autres, Demogue était bien plus important qu'il ne l'était pour les intuitionnistes comme Frank. Leur appropriation de son œuvre fit l'objet d'un article antérieur par l'un de nous.<sup>52</sup>

Pour nos fins, une remarque très brève devrait suffire. Ce dernier groupe déploya Demogue comme autorité dans son effort pour cataloguer les éléments normatifs qui sont à la base du droit. De plus, ils adoptèrent sa conception des règles contractuelles comme des compromis entre ces principes, parfois concordants et parfois conflictuels, de l'ordre juridique. Il fut également un allié contre le positivisme scientifique. Demogue insistait sur le moment éthique au cœur de l'analyse juridique, contre tout effort de réduire le droit à la sociologie. Le choix de Demogue de fonder sa méthode sur les notions était précisément le contraire de l'option des soi-disant scientifiques, à savoir le bannissement total des conceptions juridiques de leur analyse.

#### a.2.B.2. Demogue effacé aux États-Unis

La place qu'occupait Demogue dans le jeu d'influences internationales eut pour effet de garantir son effacement aux États-Unis. Le pays où il trouva un auditoire attentif était un contexte de réception de la mode contemporaine de la théorie du droit, c'est-à-dire un milieu dont les tentatives de contribuer au mode transnational dominant demeurent invisibles. Les auteurs américains auxquels nous venons de faire allusion possédaient certes des talents exceptionnels et leurs rôles respectifs dans l'émergence de la rationalité des considérations conflictuelles après la Seconde Guerre Mondiale furent des plus importants. Toutefois, ils n'eurent aucun impact en France. Leur appréciation de Demogue, tout comme son influence sur le courant social latino-américain, furent des événements qui s'inscrivirent au-delà des horizons des contextes de production français et allemand.

De plus, Demogue disparut, aux États-Unis, précisément au moment où ce pays devint un contexte de production et d'exportation d'une théorie du droit qui porta la marque de son influence. Après la Seconde Guerre Mondiale, les sites de développement les plus dynamiques des considérations conflictuelles furent des champs peu

---

<sup>52</sup> Duncan KENNEDY, « From the Will Theory to Principle of Private... », *op. cit.*

explorés par Demogue. Le premier porta sur l'analyse des considérations de la « compétence institutionnelle », soit la séparation des pouvoirs, par l'école du *Legal Process*<sup>53</sup>. Le deuxième fut un débat en droit constitutionnel sur la question du traitement des droits subjectifs garantis au niveau fédéral, qui fondaient le contrôle judiciaire de la législation par la Cour suprême des États-Unis présidée par le juge Warren. Les uns soutenaient que ces droits devaient être qualifiés d'« absolus », tandis que les autres avançaient, au contraire, qu'ils devaient être équilibrés les uns en rapport aux autres et tous à l'encontre des pouvoirs de l'État.<sup>54</sup>

À travers ces débats, la rationalité des considérations conflictuelles émergea comme par défaut. Il s'avéra que les intérêts et les droits subjectifs devaient être équilibrés, non pas en raison de la supériorité intrinsèque de la technique de proportionnalité, mais parce que les théories rivales existantes, qui proposaient des méta-critères, furent sapées par les critiques mutuelles des protagonistes. Les efforts pour subordonner les droits subjectifs aux intérêts, ou aux pouvoirs, ou le contraire, ou encore pour les subordonner tous à la moralité, ainsi que les efforts pour établir des hiérarchies internes parmi les droits ou les intérêts, semblèrent tous épuisés. La nouvelle approche devint généralement acceptée et elle fut pratiquée par l'élite et présentée comme une forme de sens commun doté d'une forte aura « pragmatique ». Elle ne fut plus liée au slogan de l'« ingénierie sociale », ni à l'accusation moqueuse évoquée contre les réalistes à l'effet qu'ils proposaient d'expliquer les conduites des juges sur la base matérialiste d'un examen « de ce qu'ils avaient mangé au petit-déjeuner ». L'accusation de subjectivisme judiciaire put être portée désormais aussi bien contre le formalisme rigide de *Lochner c. New York* que contre l'équilibre des intérêts. L'activisme et la passivité judiciaires continuaient à faire l'objet de discussions corsées, mais le débat sur la méthodologie peu à peu s'affaissa<sup>55</sup>.

Les tenants américains de la rationalité des considérations conflictuelles qui vécurent ces développements furent, au départ, des

---

<sup>53</sup> Henry HART et Albert SACKS, *op. cit.*

<sup>54</sup> Pour une bibliographie, consultez Note, « Civil Disabilities and the First Amendment », in (1969) 78 *Yale L. J.*, 842.

<sup>55</sup> Y a-t-il une analogie avec la situation contemporaine en France où la rationalité des considérations conflictuelles fut généralisée par Jean Carbonnier et, depuis, par des autorités telles que Jacques Ghestin et Geneviève Viney dans un contexte compris comme étant d'une certaine façon post-théorique?

étudiants sérieux et rigoureux des idées des juristes français et allemands. Autour de 1945, ils semblent avoir conclu qu'il leur restait peu à apprendre. Pour eux, le siècle qui avançait serait celui des États-Unis en théorie du droit, comme dans tellement d'autres domaines du savoir. Ils cessèrent de lire et de se préoccuper de leurs origines européennes. Comme professeurs, ils ne tentèrent plus d'intéresser leurs étudiants aux œuvres qui avaient pourtant tellement marqué les apprentissages de leur jeunesse. Dans la mesure où il y avait une histoire qui expliquait le cheminement de la pensée juridique américaine jusqu'à ce point, elle devint une histoire purement américaine. Il n'y eut plus de traduction. On ne tenait pas seulement pour acquis que la théorie juridique américaine était américaine, mais aussi qu'elle l'avait toujours été.

Ce phénomène ressemble de façon frappante à ce qui marqua la France d'après la Première Guerre Mondiale. Les théoriciens du droit français de la Belle Époque se montrèrent attentifs aux développements en Allemagne. Après la guerre, la pensée juridique sociale française, qui était dérivée de façon substantielle des sources allemandes, connut un essor mondial, non seulement dans l'empire français mais également en Amérique latine et dans les parties du Moyen-Orient où la culture française dominait, ainsi qu'aux États-Unis. Pendant cette période de production, les Français cessèrent de suivre ou d'intégrer à leurs théories ce qui se passait en dehors de leurs frontières. La théorie juridique française se retourna sur elle-même. À un moment analogue de leur histoire, la période de l'hégémonie (relative), le même phénomène de fermeture et d'auto-isolement marquait les États-Unis. En conséquence, Demogue fut « évacué » de leur histoire pour des raisons qui n'eurent rien à voir avec ses prises de position. Il disparut, avec les Jhering, Gierke, Ehrlich, Gény, Saleilles, Duguit, Gounod, Josserand et tous les autres, tout simplement parce qu'il n'était pas américain.

*b. Demogue et l'accusation de nihilisme*

Le sort de l'œuvre de Demogue dépendait non seulement de sa place dans le jeu de la production et de la réception des idées à l'échelle mondiale, mais également de l'émergence au sein de la culture juridique transnationale d'une nouvelle épithète, à savoir l'accusation de « nihilisme ». Nous suivrons les traces de ce concept d'abord dans la controverse provoquée par la publication en France des *Notions fondamentales* (b.1). Nous la poursuivrons dans son développement aux États-unis, à l'encontre des réalistes et ensuite des

tenants de *Critical Legal Studies*, les juristes nord-américains qui subirent le plus clairement l'influence directe ou indirecte de Demogue (b.2).

b.1. L'accusation de nihilisme à l'encontre de Demogue

Ce fut GénY, le personnage central de la théorie du droit de la France pour la période 1900 à 1939, qui initia l'accusation de « nihilisme » contre son ami Demogue (A). Il porta l'accusation à un moment où ce terme se trouvait en vogue, mais où il était chargé de significations et de connotations diverses dans les domaines de la philosophie, de la religion et de la politique (B). Appliqué à Demogue, le terme « nihilisme » acquérait de plus un sens juridique, pour signaler une critique du droit positif qui menaçait la légitimité de l'ordre social établi (C).

b.1.A. La recension par François GénY des *Notions fondamentales*

Comme l'explique Christophe Jamin<sup>56</sup>, la recension par GénY des *Notions fondamentales* dans la *Nouvelle revue historique*<sup>57</sup> marqua un moment fondamental dans la carrière de Demogue. Dans ce compte rendu, GénY affirme, à propos du système de Demogue, que l'« on pourrait craindre que sa propagation ne fit tort aux méthodes d'investigation indépendante [c'est-à-dire, celles des théoriciens qui critiquaient la pensée classique (l'École de l'exégèse)] par le nihilisme décourageant qui s'en dégage [nos ajouts] ».

Nous croyons que Jamin a raison d'interpréter cet évènement comme suit : « En 1911, Demogue fait donc scandale. À mon sens pour cette raison principale que son livre remet très violemment en cause ce qui se joue à l'époque : la création de la doctrine française contemporaine, une doctrine enseignante, qui se structure et se donne tâche d'ordonner le social en dirigeant la jurisprudence (mais aussi la loi) par le biais de constructions abstraites, afin d'éviter à celle-ci de céder à sa propre subjectivité. »<sup>58</sup>

La motivation derrière le choix de faire une accusation de nihilisme, afin de scandaliser Demogue, n'apparaît pas de façon

---

<sup>56</sup> Christophe JAMIN, *Demogue et son temps : réflexions introductives sur son nihilisme juridique*, publié dans le présent volume.

<sup>57</sup> François GÉNY, « Recension », in (1911) *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, p. 125.

<sup>58</sup> Christophe JAMIN, *op. cit.*

évidente dans l'article de Jamin. Après tout, Demogue avait écrit qu'il ne lui « paraît pas douteux qu'il n'y ait hors de nous un droit naturel, un droit idéal à contenu variable ». Le problème consistait à déterminer son contenu : « il nous paraît plus difficile de le découvrir, nous devons en constater le caractère peu accessible »<sup>59</sup>.

Cette affirmation sceptique plutôt modeste a dû prendre un aspect bien plus menaçant compte tenu du paragraphe précédent : « On a toujours eu l'espérance d'un système sans contradiction, c'est pour cela que l'opinion moderne a été si profondément troublée des brillants développements de Nietzsche sur la volonté de puissance [...] de ces attaques contre la morale courante : la morale des esclaves, comme il dit, qui enlève à l'homme "son plus noble amour de soi et la force de se protéger soi même". On a reconnu que cette théorie, tout en étant dangereuse comme risquant d'être mal appliquée, était cependant celle qui dominait les actes hauts de la politique et qu'elle obligeait à faire vivre ensemble des morales contradictoires. Il y a cependant là une nécessité, car l'art juridique et moral doit précisément essayer de fixer la limite des conceptions opposées. »<sup>60</sup>

#### b.1.B. Le nihilisme à Paris avant la première guerre mondiale

Avant la Première Guerre Mondiale, Nietzsche était en vogue à Paris, mais il faisait aussi l'objet de critiques acerbes, parce qu'il défendait ce qu'il nomma le « nihilisme »<sup>61</sup>. Parmi les nombreux éléments originaux de l'œuvre de Demogue, nous devons compter qu'il parvint à devenir un des premiers juristes, depuis les sophistes, à attirer sur lui l'accusation de nihilisme. L'accusation de Gény signala les débuts prometteurs de la longue carrière du nihilisme comme cri de guerre dans les milieux de la théorie du droit.

L'accusation de nihilisme nécessite une certaine mise en contexte. Le concept lui-même est polysémique. Depuis l'antiquité, il est associé, entre autres, avec l'expression célèbre de Gorgias selon laquelle : rien n'existe ; si quelque chose existe, il ne peut être l'objet de connaissance et, enfin, si une chose devient objet de connaissance, cette connaissance ne peut pas être communiquée. Les théologiens catholiques utilisèrent ce concept dans un sens complètement différent pour qualifier les modes de pensée qui affirment que l'existence est

---

<sup>59</sup> René DEMOGUE, *Les Notions...*, *op. cit.*, p. 46.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 45-46.

<sup>61</sup> Jacques Le RIDER, *Nietzsche en France, de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle au temps présent*, Paris, Presses universitaires de France, 1999, ch. IV.

uniquement matérielle (le positivisme d'Auguste Comte, par exemple) et qui nie, par conséquent, l'existence et la force créatrice du Saint-Esprit. Le 19<sup>e</sup> siècle produisit encore deux autres versions. D'abord il y eut le déni de la légitimité de toute autorité et de toute institution sociale. Ensuite, et de loin le sens le plus important de notre point de vue, ce que nous appelons le « nihilisme des valeurs ». Il s'agit du déni que les valeurs « existent » comme objet de connaissance par l'intermédiaire de la raison, transcendant l'arbitraire et les choix subjectifs des individus, et qu'elles puissent être « valides » dans le sens d'être capables de contraindre en matière d'éthique.

La variante nietzschéenne est la suivante<sup>62</sup> : la mort de Dieu est en même temps la mort de la croyance religieuse selon laquelle l'existence elle-même possède un sens éthique transcendant. À la suite de la mort de Dieu, les valeurs sont celles que « nous » « décidons » qu'elles sont. De plus, selon Nietzsche, il n'y a d'autre assise que la lutte des volontés qui les affirment pour décider entre les valeurs opposées.

Depuis la fin du 19<sup>e</sup> siècle, les nombreux critiques du nihilisme des valeurs l'ont attaqué non seulement comme idée erronée, mais également comme de mauvaise tendance. Cette mauvaise tendance emprunte trois formes: le nihilisme conduirait au terrorisme politique, comme dans le cas des anarchistes russes qui complotèrent l'assassinat des tsars (voir les romans de Tourgueniev et de Dostoïevski) ; il mènerait aussi à l'« immoralisme », comme par exemple dans le cas du personnage d'André Gide qui commit fièrement le meurtre gratuit d'un étranger rencontré dans un train ; enfin, il entraînerait l'apathie et le désespoir. C'est à cette dernière mauvaise tendance que Gény fit allusion quand il qualifia le supposé nihilisme de Demogue de « décourageant ». Toutefois, l'utilisation polémique du terme nihilisme projette toujours simultanément ces trois connotations, nonobstant la signification dominante ou déclarée qui lui est attribuée.

#### b.1.C. Demogue comme nihiliste du droit

Dans son utilisation sémantique dominante au cours des « guerres culturelles » du 20<sup>e</sup> siècle, le nihilisme est avant tout un épithète, plutôt qu'un concept déterminant la substance explicite et avouée de la position de l'adversaire. Ils sont très peu nombreux ceux qui, après Nietzsche, se sont arrogé intentionnellement le titre de

---

<sup>62</sup> Friedrich NIETZSCHE, *La Généalogie de la morale*, Paris, Mercure de France, 1900.

nihiliste. Le terme est fréquemment utilisé pour mobiliser le public en l'alertant du sérieux des enjeux dans des débats qui pourraient paraître d'un intérêt purement théorique. Le terme « nihilisme » apparaît au moment où la légitimité des institutions et des pratiques d'un groupe dominant est remise en question. Le concept en est un de lutte, de combat. Il indique que l'adversaire a franchi une ligne de démarcation cruciale et qu'il doit, par conséquent, être combattu par des moyens rhétoriques (ou autres) commensurables à la menace qu'il représente.

Traduite du domaine éthique du nihilisme de valeurs au juridique, la fonction du concept consiste à alerter l'auditoire de la présence d'une menace intellectuelle à l'égard de la vision dominante du droit selon laquelle celui-ci occupe une place bénigne au sein des ordres sociaux occidentaux existants. Le passage du terme des discours religieux, philosophique, littéraire et politique à celui du juridique conduit à une série de transformations sémantiques et fonctionnelles intéressantes.

Demogue, par exemple, n'était évidemment pas un nihiliste des valeurs, étant un tenant du droit naturel à contenu variable. Il traitait la science juridique, à l'instar de Gény et de Stammler, comme éminemment éthique. Il était vulnérable néanmoins à l'accusation de nihilisme juridique. En effet, il semblait avancer l'idée que les valeurs de son époque ne détenaient pas la structure rationnelle (c'est-à-dire non contradictoire) nécessaire pour que nous puissions concevoir la création et l'application des règles de droit comme des pratiques dotées d'une forte logique interne.

Il apparut évident à Spencer, l'auteur de la préface éditoriale du volume de 1916 du *French Legal Philosophy* qui comprenait la traduction des 200 premières pages des *Notions fondamentales*, que Demogue s'aventurait sur un terrain dangereux. Il avait peut-être lu la recension de Gény. Quoi qu'il en soit, il souligna que l'attitude de Demogue envers la contradiction en droit était nuancée : « Étant donné que le rôle de synthèse n'est pas exclu, une position anti-intellectualiste n'est pas adoptée ouvertement, quoique possiblement présente implicitement à un certain degré<sup>63</sup>. Il conclut son commentaire sur l'œuvre de Demogue (et la préface à la collection tout entière) comme suit : « L'atmosphère générale de l'exposition de Demogue, y compris le choix des auteurs qu'il cite, renforce

---

<sup>63</sup> Arthur SPENCER (dir.), *Modern French Legal Philosophy*, *op. cit.* (note 6) : « As the role of synthesis is not excluded an anti-intellectualistic position is not here distinctly developed, though possibly implied to a certain extent. »



l'impression qu'il est au moins un spectateur sympathique des efforts pour découvrir un fondement pour l'intégration du droit idéal plus élevé que ne pourrait jamais en pourvoir les doctrines pyrrhoniennes de la contingence et du compromis »<sup>64</sup>.

La notion d'anti-intellectualisme s'assimile dans ce cas au concept de nihilisme et semble se référer à la position selon laquelle nous ne pouvons décider du bien en nous fondant sur la raison. Le pyrrhonisme désigne la doctrine qui affirme qu'une décision éthique ne peut aspirer à un fondement plus exalté que celui d'un équilibre prudent entre les considérations éthiques conflictuelles en jeu.

Gény se concevait comme le principal partisan d'un changement radical dans la culture juridique française, un changement dont le succès était loin d'être assuré. Dans l'appendice de la seconde édition de *Méthode d'interprétation*, publiée en 1919<sup>65</sup>, il offrit une analyse des développements de la théorie juridique en France et en Allemagne depuis 1899. Dans cet appendice, il se montra très sensible aux critiques de son entreprise par les tenants des courants dominants. Il est probable qu'une des raisons expliquant son choix de l'épithète « nihiliste » à l'encontre de Demogue fut le fait que, s'il ne fut pas lui-même accusé d'en être un, il fut constamment dénoncé pour volontairement entraîner la science juridique vers le subjectivisme. Par exemple, Joseph Charmont, dans *La renaissance du droit naturel*, publié en 1910, commenta les idées de Gény comme suit : « La libre recherche comporte sans doute moins de fiction, moins d'artifice, par contre, elle s'expose au reproche... de ne pas intégrer les solutions juridiques dans l'ensemble de l'organisation générale, dans une trame tissée à l'avance. La décision d'un juge qui fait acte de législateur paraîtra toujours individuelle, arbitraire, partielle ; elle n'aura pas l'autorité de la loi. Si la méthode traditionnelle exagère parfois le rôle de la logique, la libre recherche ne lui fait pas sa part. »<sup>66</sup>

Parce qu'il faisait l'objet de telles attaques, Gény a peut-être senti la nécessité de réagir fortement contre un membre associé à son école

---

<sup>64</sup> *Ibidem*, p. LII : « [T]he general atmosphere of Demogue's exposition, including the authors whom he cites, strengthens the impression that he is at least an eager spectator of attempts to discover some higher basis for the integration of ideal law than the Pyrrhonic doctrines of contingency and of compromise could ever yield. »

<sup>65</sup> François GÉNY, *Méthodes d'interprétation...*, *op. cit.*, t. II, Épilogue, p. 235 et s.

<sup>66</sup> Joseph CHARMONT, *La renaissance du droit naturel*, Paris, Masson, Montpellier, Coulet, 1910, p. 190; Joseph CHARMONT, *Modern French Legal Philosophy*, Boston, The Boston Book Company, 1916, p. 123.

qui errait dans une direction où l'accusation de subjectivisme devenait plausible. L'amitié qui le liait à Demogue aurait rendu cette mise au point encore plus nécessaire, puisqu'elle augmentait les risques que ces perspectives lui soient attribuées<sup>67</sup>.

Certes, nous spéculons. Toutefois, il s'avère au moins probable que l'attaque de Gény envers Demogue fut motivée, en partie, par sa propre vulnérabilité à l'encontre d'une critique similaire. En prenant publiquement sa distance par rapport à une position qu'il qualifia de nihiliste, il pouvait se présenter vis-à-vis des courants dominants comme un réformateur responsable et non pas comme un radical menaçant. Nous observons une dynamique semblable dans le débat outre-atlantique sur le nihilisme. Quoi qu'il en soit, *Les notions fondamentales* n'entra pas dans le canon des classiques français de la théorie du droit. À part l'anathème de Gény, ce fait s'explique sans doute par des raisons multiples. Comme l'ont démontré Christophe Jamin et Philippe Jestaz<sup>68</sup>, à l'époque, la doctrine française empruntait résolument un trajet tout autre que celui proposé par Demogue. Il n'y avait alors rien d'étonnant à ce que Demogue demeure un personnage marginal qui apporta des idées intéressantes, comme le contraste entre sécurité statique et sécurité dynamique, mais qui fut privé d'un rôle important dans la grande narration du progrès de la science juridique.

#### b.2. L'accusation de nihilisme dans la théorie juridique aux États-Unis après Demogue

L'accusation de nihilisme a joué un rôle dans deux controverses majeures en théorie du droit aux États-Unis. La première concerna les réalistes juridiques américains à la fin des années 1930. La seconde visa le mouvement *Critical Legal Studies* (CLS) durant les années 1980.

##### b.2.A. L'accusation de nihilisme contre les réalistes juridiques américains

L'accusation de nihilisme fut portée à l'encontre des réalistes juridiques qui, ayant été parmi les premiers importateurs de Demogue, utilisaient sa critique de la certitude juridique contre les tenants du

---

<sup>67</sup> Il est intéressant de noter que Heck accusa l'École du droit libre allemande d'être tombée dans le subjectivisme, et d'être en fin de compte non moins pernicieuse que le conceptualisme classique, alors qu'il fut lui-même qualifié de façon répétée de subjectiviste par de nombreux contemporains, dont Gény dans son Appendice.

<sup>68</sup> Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004.

courant social (particulièrement contre Pound, tel que décrit ci-dessus). Pierre Schlag<sup>69</sup> a collectionné de nombreux articles d'éminents universitaires américains du courant social qui contre-attaquèrent les réalistes en les qualifiant de « nihilistes ». En plus des auteurs qui développaient la rationalité des considérations conflictuelles (comme Llewellyn), les réalistes comptaient dans leurs rangs, comme nous l'avons mentionné plus haut, un courant « intuitionniste » qui mettait l'emphase sur la composante subjective dans la décision judiciaire, et le courant du positivisme scientifique qui évacuait toute référence à la subjectivité lors de la formulation des hypothèses. Toutefois, ceux qui dénonçaient les réalistes ne faisaient pas de telles distinctions parmi les tenants de l'école.

L'article de Phillip Mechem intitulé *The Jurisprudence of Despair* (La théorie du droit du désespoir) représente bien les écrits en ce sens. Mechem s'exprima ainsi à propos des réalistes : « Ils ont en commun le postulat d'un monde, ou au moins un monde juridique, qui manifeste un désordre fondamental. Ils s'unissent pour répudier la possibilité de l'existence de la règle du droit, c'est-à-dire de préceptes, de normes ou de règles de conduite, promulguées par l'État, et appliquées effectivement par l'État par le biais d'institutions appelées cours de justice. L'existence d'une règle du droit constituerait le "mythe primordial", imposé à un public crédule par des juristes eux-mêmes non moins crédules.

Tout problème a une solution - mais seulement dans le sens que vous pouvez le résoudre... aussi bien dans un sens que dans l'autre. Au-delà de cela, il n'y a rien. Ni une voie ni l'autre ne peut être justifiée.

Cette attitude demeure difficile à comprendre ou à expliquer.

Le Nouveau Réaliste... ne voit d'autre sortie d'un rationalisme arbitraire que par la route d'un nihilisme désespéré. Ou plutôt, il exagère l'arbitraire du rationalisme qu'il s'empresse de fuir, et ne voit pas qu'il ne s'en échappe qu'en se dirigeant tout droit vers le nihilisme. »<sup>70</sup> [notre traduction]

---

<sup>69</sup> Pierre SCHLAG, « Missing Pieces: A Cognitive Approach to Law », in (1989) 67 *Texas L. Rev.*, 1195.

<sup>70</sup> Phillip MECHEM, « The Jurisprudence of Despair », in (1936) 21 *Iowa L. Rev.* 669, 670-72: « They have in common their postulation of a world, at least a legal world, that is fundamentally unorderly. They unite in repudiating the possibility of the existence of a rule of law, that is, of precepts, rules or norms of conduct laid down by the state, and measurably enforced by the state through institutions called

Notons que, malgré l'utilisation du même terme et d'un ton assez similaire, l'accusation de Mechem se révèle plus spécifique que celle portée par Gény à l'encontre de Demogue. Le sens précis du nihilisme que Gény trouva chez Demogue était obscur. Par contraste, Mechem fut clair. Il ne se plaignait ni d'un supposé immoralisme des réalistes, ni d'un supposé manque de foi dans la possibilité de traduire l'éthique en droit positif. Pour Mechem, le péché des réalistes résidait dans leur manque de foi dans la capacité des juges de décider « selon le droit », étant donné la position supposée des réalistes que « ni une voie, ni l'autre ne peut être justifiée ». Mechem s'occupait du juridique et non de l'éthique. La règle de droit était en jeu, non pas le droit naturel, et la source de la règle de droit se trouvait dans l'« État ».

À l'arrivée des années trente, le positivisme juridique avait survécu, plus ou moins partout en Occident, aux assauts des tenants du droit naturel à contenu variable. En Europe une véritable renaissance kelsennienne se déroulait, influencée par Weber ainsi que par le positivisme logique. Dorénavant, le nihilisme juridique sera « interne » au droit. Nous entendons par cette expression que ce nihilisme peut exister pour le droit même si les coupables croient, contrairement à Gorgias et à Nietzsche, que les choses existent, qu'elles peuvent être appréhendées par la connaissance, que ce savoir peut être communiqué aux autres et, enfin, que les valeurs figurent parmi les choses qui existent en ce sens. La question pour les juristes devient « quelle est votre croyance relativement au droit en particulier ? » et ensuite « quelle est votre croyance relativement à la valeur éminemment juridique: la règle du droit ? ».

Au risque de sombrer dans des distinctions trop pointues, nous pouvons distinguer deux sortes de nihilisme juridique. Parfois, la personne qui utilise l'épithète de nihilisme semble croire que la menace à l'encontre du droit dérive d'une erreur extra-juridique, c'est-à-dire d'une perspective philosophique, psychologique ou économique

---

courts of law. The existence of such a rule they regard as the Basic Myth, foisted on a gullible public by lawyers who themselves are prone to be gulled by the same myth... Every problem has a solution - that is, you can decide it one way or another. But beyond that there is nothing. Neither way is right... This attitude is difficult to understand or to explain... The New Realist... sees no escape from an arbitrary rationalism save into a hopeless nihilism. Or rather, he exaggerates the arbitrariness of the rationalism he is so busy escaping and doesn't see that his escape leads him into nihilism. ». Voir Pierre SCHLAG, *op. cit.*, n. 2, pour une collection d'articles faisant des accusations similaires.

qui conduit nécessairement à des conclusions nihilistes en droit. Par contre, dans d'autres cas, la menace que pose le nihilisme à l'image bénigne du droit détient son origine à l'intérieur du juridique. Dans ce cas, les maux qui visent le droit sont cultivés sur le terrain du droit, plutôt que de provenir d'importations toxiques exogènes.

Dans la citation précédente, par exemple, Mechem n'attribue pas les errements du réalisme juridique à l'adoption et, par la suite, à l'application d'idées fausses comme celles issues du positivisme logique, de la psychanalyse, du behaviorisme ou du marxisme. Toutefois, plusieurs critiques du réalisme juridique américain firent valoir exactement un tel argument<sup>71</sup>. Les deux modes d'attaque s'employèrent également à l'encontre de CLS pendant les années quatre-vingts.

#### b.2.B. L'accusation de nihilisme à l'encontre de *Critical Legal Studies*

CLS déploya une critique de la version hégémonique de la rationalité des considérations conflictuelles dont nous avons proposé ci-dessus une généalogie partielle. CLS reprenait, d'abord, la critique assez familière de la technique de la proportionnalité comme étant mal définie et vague au point d'être facilement manipulable au service de visées extra-juridiques. Mais l'important c'était que les tenants de CLS attaquèrent toute la gamme des projets de reconstruction qui circulaient aux États-Unis depuis les années cinquante, incluant l'école du *Legal Process*, l'école de Ronald Dworkin, l'analyse économique du droit et la jurisprudence des valeurs constitutionnelles. CLS se plaçait ainsi en franche opposition par rapport aux modes conventionnels de l'analyse doctrinale en soutenant que l'apparente neutralité des projets de reconstruction servait de masque. Elle cachait la poursuite, consciente ou inconsciente, par les juges et les professeurs (autant les progressistes de centre gauche que ceux de droite), de stratégies de réforme ou de réaction limitées dans les deux cas par une loyauté quasi-totale à l'égard du *statu quo* sous-jacent.

Comme chez les réalistes, de multiples courants existèrent au sein de CLS. Un courant important pourrait être qualifié de post-marxiste, alors qu'un autre s'orientait vers les droits subjectifs des noirs américains, des femmes et des parties faibles dans des contextes autant de droit public que de droit privé. Toutefois, un troisième

---

<sup>71</sup> Edward PURCELL, *The crisis of democratic theory: scientific naturalism and the problem of value*, Lexington, University Press of Kentucky, 1973.

courant se déclarait « irrationaliste ». Celui-ci développa une version radicalisée du réalisme juridique des années trente qu'il intégra avec des éléments importants de la pensée européenne structuraliste et post-structuraliste. Il insistait sur le caractère inévitable d'un moment politique dans le cours de n'importe quelle analyse juridique.

Un parallèle frappant existe entre cette critique et celle faite par Demogue (de manière implicite) et par les réalistes juridiques américains (de manière explicite) du courant social représenté par Gény et par Pound. Cependant, une différence majeure les distingue. Contrairement à CLS, ni Demogue, ni les réalistes ne déployèrent leur théorie de la contradiction au sein du juridique au service d'une critique politique de la société capitaliste moderne.

La réaction des courants dominants fut plutôt féroce. Par exemple, en 1986, John Stick écrivit un article intitulé « Can Nihilism Be Pragmatic ? ». Nous sommes alors au zénith de la controverse autour de CLS ou de ce que l'on pourrait presque qualifier d'un état de panique face à la menace nihiliste. Selon cet auteur, le nihilisme caractérisait les gens qui : « ...soutiennent que le droit est indéterminé, contradictoire, non-objectif, historiquement et socialement contingent. Ils attachent ces étiquettes au droit pour remettre en question la possibilité pour le droit d'être d'aucune façon légitime; la possibilité qu'aucune décision judiciaire puisse être justifiée rationnellement; la possibilité que l'imposition d'une décision judiciaire sur l'individu par la force de l'État puisse être justifiée du point de vue moral; et la possibilité que nous puissions trouver une justification suffisante de l'ensemble du système juridique pour que nous éprouvions une obligation de loyauté à son endroit, même si cette loyauté doit être tempérée par des exceptions pour des lois spécifiques qui pourraient être injustes. »<sup>72</sup>

Toutefois, le premier symptôme de la panique à l'égard de CLS fut un article de Owen Fiss, professeur éminent de Yale Law School,

---

<sup>72</sup> John STICK, « Can Nihilism Be Pragmatic ? », in (1986) 100 *Harv. L. Rev.* 332, p. 332-333 : « ...argue that law is indeterminate, contradictory, non-objective, historically and socially contingent. They attach these labels to law to call into question whether law can be in any sense legitimate; whether any particular legal decision can be rationally justified as correct; whether the state's forcible imposition of a legal decision on an individual can be morally justified; and whether we can find sufficient political justification for our legal system as a whole that we should feel ourselves obligated to give it any allegiance, however tempered with exceptions for particular unjust laws. »

publié en 1982, dans lequel il identifia le nihilisme avec deux erreurs en philosophie (donc extra-juridiques) qui menaceraient la doctrine nord-américaine. Il s'agissait de deux dogmes supposés du post-modernisme, à savoir : 1° tous les textes détiennent nécessairement une infinité de sens et 2° aucun texte ne détient aucun sens. Fiss écrivit : « Contre le nihilisme qui se moque de l'idée que la Constitution a un sens, il est difficile de raisonner. La question semble se placer dans le domaine de la foi, de l'intuition ou peut-être tout simplement de la lucidité. Ce genre de nihilisme semble à tel point contraire à la lecture évidente du texte lui-même et aux deux siècles d'histoire constitutionnelle que je me demande si quoique ce soit peut y répondre. Toutefois, je crois qu'il est impératif de répondre, par des mots et par des actions, car ce nihilisme remet en question le sens même de la juridiction constitutionnelle, il menace notre existence sociale et la nature de la vie publique telle que nous la connaissons en Amérique, et il dénigre nos vies. Il est le plus profond et le plus sombre de tous les nihilismes. Nous devons et nous pouvons le combattre, bien que peut-être uniquement en affirmant la vérité de ce qu'il nie : l'idée que la Constitution soit la manifestation d'une moralité publique, et qu'une vie publique fondée sur cette moralité puisse être riche et inspirante. »<sup>73</sup>

Ce passage, plus ou moins typique de l'époque, nous mène à quelques réflexions sur l'accusation de nihilisme dans le contexte de la pensée juridique contemporaine. De façon générale, nous serions portés à suggérer que cette accusation s'avère une réaction non pas à l'encontre d'une doctrine, mais plutôt à l'encontre d'un refus, de la part des critiques, de faire leur profession d'une foi prétendument

---

<sup>73</sup> Owen FISS, « Objectivity and Interpretation », in (1982) 34 *Stan. L. Rev.*, 739, 763 : « Against the nihilism that scoffs at the idea that the Constitution has any meaning, it is difficult to reason. The issue seems to be one of faith, intuition and maybe just insight. This form of nihilism seems so thoroughly at odds with the most elemental reading of the text itself and with almost 200 years of constitutional history as to lead me to wonder whether anything can be said in response. On the other hand, I believe it is imperative to respond, in word and deed, for this nihilism calls into question the very point of constitutional adjudication; it threatens our social existence and the nature of public life as we know it in America; and it demeans our lives. It is the deepest and darkest of all nihilisms. It must be combated and can be, though perhaps only by affirming the truth of that which is being denied : the idea that the Constitution embodies a public morality and that a public life founded on that morality can be rich and inspiring. »

commune. L'accusation serait portée à partir du moment où les orthodoxes ressentent ce refus comme un menace à l'égard de leur propre croyance.

Le postmodernisme nous enseigne que les systèmes de croyances qui se conçoivent comme rationalistes incorporent nécessairement des éléments non rationnels qui leur sont néanmoins essentiels. Tout ce qui rentre dans la foi rationaliste ne s'avère pas rationnel.

Dans des circonstances normales, il n'y a rien de remarquable dans l'affirmation de sa « foi » dans un système qui se présente comme strictement rationaliste. Aussi longtemps que personne ne conteste la prétention à la rationalité et le titre au pouvoir qui en dérive, affirmer sa foi dans le système ne constitue qu'un geste rituel.

Toutefois, lorsque la prétention à la rationalité, fondatrice du système, est contestée, alors l'exigence d'une affirmation de la foi dans sa rationalité devient une démarche paradoxale, mais aussi irrésistible<sup>74</sup>. Elle évacue les idées menaçantes, non pas par le moyen d'une réfutation selon le critère rationaliste prôné par le système lui-même, mais par celui de la dénonciation de leurs auteurs pour refuser de faire une profession de foi. Une fois les critiques rejetées de cette façon, il devient possible de continuer à vaquer à ses occupations habituelles, typiquement en absorbant ce qui peut être utilisable de la critique pour le maintien du système sans pour autant admettre les origines adultérées des nouveaux éléments incorporés dans l'approche dominante.

Dans la citation de John Stick (*supra*), les croyances à l'égard du droit que les « nihilistes » remettaient en cause étaient diverses. D'après lui, ils soutenaient que le droit était « indéterminable, contradictoire, non-objectif, historiquement et socialement contingent ». Deux décennies plus tard, il est difficile de comprendre comment une description des règles de droit et du raisonnement juridique en ces termes ait pu soulever un torrent d'abus méprisants, dont une grande part sur un ton pour le moins alarmiste (par exemple, le nihilisme « menace notre existence sociale »).

Il est plus aisé de comprendre cette réaction comme ayant été provoquée non pas par une doctrine ou une théorie du droit, mais par le doute, attribué par Stick aux nihilistes de son imagination, « sur la possibilité de trouver une justification politique suffisante pour notre

---

<sup>74</sup> Pierre SCHLAG, *The Enchantment of Reason*, Durham, London, Duke University Press, 1998.



système juridique dans son ensemble ». Les nihilistes imaginaires d'un Fiss horrifié niaient « l'idée que la Constitution représente une moralité publique et que la vie publique fondée sur une telle moralité puisse être riche et inspirante ». Le caractère abusif de la réaction des détracteurs de CLS fut fonction de la menace à des croyances semblables. Nous pouvons peut-être expliquer l'intensité de l'attaque, par contraste avec la réaction provoquée par Demogue, par le caractère plus explicitement politique de la critique de CLS et par l'érosion de la confiance en soi des rationalistes à la suite de soixante-dix années de tentatives reconstructives avortées.

En guise de conclusion, notons une confirmation de l'existence d'une tendance à s'appropriier, dès la dissipation de la menace et la restauration de la foi, les avancées dues aux prétendus nihilistes. Demogue demeure présent dans la doctrine française contemporaine, bien qu'invisible, de la même façon que la problématique définie par CLS sert de point de départ inavoué pour la plupart des efforts actuels en théorie du droit aux États-Unis.