

# Le projet scientifique de François Gény

Benoît Frydman\*

1. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* serait-il un titre ironique? La question mérite d'être posée au regard du projet scientifique dont Gény trace le programme dans cet ouvrage majeur. Non pas que le choix de mettre ainsi en avant les «sources du droit» et la «méthode d'interprétation» manifesterait quelque bizarrerie. Au contraire, ces deux notions expriment parfaitement les centres d'intérêt des juristes du XIX<sup>e</sup> siècle, en même temps qu'elles résument pour l'essentiel leur contribution à la méthodologie juridique. Mais bien parce que l'œuvre de Gény conteste fondamentalement l'hégémonie de ces concepts ainsi que leur valeur scientifique.

Bien au delà des frontières du droit, la période qui s'achève aura vu le triomphe des «sciences de l'esprit» (*Geisteswissenschaften*), conçues à la fois comme historiques et herméneutiques. L'histoire s'est progressivement imposée (et pas seulement à travers la philosophie hégélienne) au principe de toute connaissance, non plus comme l'autre de la raison, mais comme le lieu de son accomplissement et la voie de son cheminement<sup>2</sup>. À travers elle, la culture européenne cherche à se comprendre en se retournant sur son passé, et singulièrement sur ses origines<sup>3</sup>, pour tenter de percer à jour le secret de son être et le mystère de son devenir<sup>4</sup>. Tandis que Schleiermacher

\* Maître de Conférences à l'Université libre de Bruxelles, directeur du Centre de Philosophie du Droit.

1. F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*, 2<sup>e</sup> édition revue et mise au courant, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1919, 2 tomes (ci-après *Méthode d'interprétation et sources* I et II).
2. E. Cassirer, *La philosophie des Lumières*, Paris, Fayard, 1966, à la p. 204.
3. M. Foucault, *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, coll. Tel, 1966, à la p. 263.
4. L'étude de toutes les réalités humaines, notamment de ce qui a trait à la constitution et au gouvernement des États, pense Savigny, a pour objet de déterminer «quel est le rapport entre le passé et le présent, entre le devenir et l'être». Voyez

enseigne en général que « toute connaissance est historique et commence par le début », Savigny ne craint pas d'affirmer pour sa part que « toute la science juridique n'est rien d'autre que l'histoire du droit ». La voie est ainsi tracée au chercheur d'un retour aux « sources », lesquelles désigneront en droit tantôt l'origine de la règle<sup>6</sup> et la cause déterminante de sa production<sup>6</sup> (sources matérielles), tantôt son support textuel et donc sa formulation linguistique<sup>7</sup> (sources formelles). Ces deux notions se complètent en réalité dès lors que l'on n'accède aux premières que par l'intermédiaire des secondes. La restitution de la réalité historique passe donc nécessairement par une interprétation, dont il appartiendra à la philologie de définir scientifiquement la méthode. Les sources comme objet et l'interprétation comme méthode définissent dès lors, dans les domaines de l'esprit, l'activité scientifique en général et celle du juriste en particulier, lorsqu'il cherche à déterminer le sens véritable et la portée exacte de la règle.

Or le projet de Gény tourne résolument le dos à cette démarche historique et philologique. La « libre recherche scientifique » se définit comme *libre* en tant qu'elle s'émancipe de l'autorité des sources et *scientifique* en tant qu'elle se détache de l'interprétation des textes au profit d'une investigation directe des « éléments objectifs du réel ». L'ouvrage consomme donc une rupture. Il propose un changement de paradigme et de méthode dans la science du droit. Et c'est bien en ce sens radical qu'il faut comprendre la critique par Gény de ce qu'il appelle « la méthode traditionnelle ». Ainsi, lorsqu'il entreprend longuement de critiquer la théorie des sources<sup>8</sup>, Gény ne souhaite pas tant l'améliorer (en quoi son apport serait plutôt maigre, ainsi que le montre parfaitement la double étude de Philippe Jestaz et de Jacques Vanderlinden) que de dévoiler son insuffisance essentielle<sup>9</sup>.

son article programmatique « Ueber den Zweck Dieser Zeitschrift », cité par A. Dufour, *Droits de l'homme, Droit naturel et Histoire*, Paris, Presses universitaires de France, 1991, à la p. 180 et s.

5. *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1988, s.v. « sources du droit » (1).

6. Ph. Jestaz, « Sources délicieuses... (remarques en cascades sur les sources du droit) », (1992) 1 *R.T.D. civ.* 73, 74-75. — *Dictionnaire, encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, s.v. « sources du droit » (2).

7. Ph. Jestaz, *supra*, note 6, à la p. 74§(c).

8. Cette critique occupe le chapitre le plus imposant de l'ouvrage, long de plus de 280 pages.

9. F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* I. 2<sup>e</sup> éd. revue et mise au courant. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1919, §106, aux p. 302-3: « Le contenu de la loi se limite à ce que le législateur a effectivement su et voulu. Quand sa volonté ne s'est pas exprimée, il ne saurait y avoir

De même, sa critique de l'interprétation ne vise pas, nous le verrons, à contester la méthode philologique, mais plutôt à faire la preuve de ses irrémédiables carences. Bref, la critique de « la méthode traditionnelle » a pour objectif principal de montrer que la solution scientifique des cas doit désormais être recherchée en dehors des sources formelles et des techniques d'interprétation. Elle figure une étape, certes nécessaire, mais seulement préalable, à l'élaboration d'une tout autre méthode, qui fera fi et des sources et de leur interprétation. Ou plutôt, si Gény continue de recourir à ces termes, il en oblitère la signification au point de les rendre méconnaissables. Dans la libre recherche, « la source au sens large » désignera rien moins que « la nature des choses » et « l'interprétation au sens large » consistera à scruter en sociologue les exigences de cette réalité. L'ironie du titre de Gény tient donc à ceci qu'il conserve dans son projet les notions clés du modèle philologique, mais comme de simples homonymes et après les avoir vidées de leur substance.

2. La présente étude a pour objet de mieux comprendre le sens et la portée de l'ouvrage dont nous célébrons le centenaire en considérant la position spécifique qu'il occupe et la part qui lui est imputable dans l'évolution des idées juridiques. Cet objectif impose naturellement qu'on élargisse la perspective au delà du livre lui-même, et d'abord aux modalités de sa réception. La publicité exceptionnelle dont a bénéficié l'ouvrage dès sa sortie, l'accueil néanmoins mitigé réservé au versant constructif de la méthode et son influence pourtant durable sur l'ensemble du siècle font de Gény l'inspirateur d'une « école de la libre recherche », comptant de nombreux adeptes, dont certains ont engagé avec le maître un dialogue critique mais constructif que l'on aurait tort de négliger. Ainsi, le débat engagé avec ses amis, partisans de « l'interprétation évolutive » des textes, nous révélera-t-il un aspect important et peu connu de la stratégie rigoureuse mise au point par Gény. De même, la discussion avec les disciples belges<sup>10</sup>, surtout Paul Vander Eycken, auteur en 1906 d'une *Méthode positive de l'interprétation juridique*<sup>11</sup>, permettra de mieux saisir la relation compliquée que la libre recherche entretient à la philosophie positiviste.

*place pour l'interprétation proprement dite de la loi et il faut recourir à une autre branche de la méthode.*

10. La libre recherche a rapidement compté de nombreux et notables partisans en Belgique, notamment, outre Paul Vander Eycken, dont il sera question plus en détail, Henri de Page, maître incontesté de la doctrine en droit civil, et Paul Leclercq, procureur général près la Cour de Cassation.

11. Aux éditions Falk à Bruxelles.

Plus largement, la publication en 1899 de *Méthode d'interprétation et sources* participe d'un mouvement international de bouillonnement intense des idées juridiques, favorablement accueilli par les milieux judiciaires, qui a agité d'abord l'Allemagne, à l'initiative de Jhering, relayé ensuite par les mouvements du *Freirecht* et de l'*Interessen Jurisprudenz*, mais touché aussi bien les États-Unis, frappés de plein fouet par la vague de la *Sociological Jurisprudence*. Les animateurs de ces différents mouvements, contestataires de leurs propres traditions et animés d'un nouvel idéal scientifique, se lisent et s'inspirent mutuellement, débattent entre eux et se reconnaissent éventuellement des affinités, voire un lien de parenté. Il serait dès lors opportun de restituer l'œuvre de Gény dans l'ensemble de ce mouvement pour en mesurer les enjeux.

En outre, il ne faudrait pas, comme on l'a malheureusement fait trop souvent, isoler le champ juridique de son arrière-plan culturel, et spécialement de la culture scientifique dans laquelle il s'inscrit nécessairement et à l'évolution de laquelle il participe de plein droit. À l'évidence, l'ouvrage de Gény et le courant auquel il contribue doivent être mis en relation avec la naissance de la sociologie, dont Auguste Comte a forgé le terme dans son *Cours de philosophie positive*<sup>12</sup> et dont Durkheim vient de s'attacher, en 1895, à codifier la méthode dans ses *Règles de la méthode sociologique*.

Enfin et surtout, il conviendrait d'éclairer la démarche de Gény en la resituant dans le cours de l'histoire des idées juridiques, par rapport aux écoles qui la précèdent ou qui la suivent. En amont, par delà la controverse avec l'école de l'exégèse, les idées de Gény peuvent être ressourcées dans le projet moderne, porté par le courant jusnaturaliste, d'établir une science exacte du droit. Dans cette lignée, on identifiera plus aisément en aval les courants qui perpétuent ou renouvellent jusqu'à aujourd'hui l'esprit de ce projet et en prolongent la démarche.

Il ne peut être question, dans les limites de cet article, de mener à bien une si vaste entreprise<sup>13</sup>. Aussi nous limiterons-nous à mettre l'accent sur trois aspects essentiels du programme scientifique de François Gény: le renouvellement, à travers la critique de la méthode

12. A. Comte, *Cours de philosophie positive*, 1839. Voir *infra*, note 50.

13. Le lecteur intéressé à restituer l'entreprise de François Gény et de l'école de la libre recherche scientifique dans le long cours de l'histoire des idées juridiques peut se rapporter à ma thèse, sur *Les modèles juridiques d'interprétation*, actuellement en cours de publication.

traditionnelle, du projet jusnaturaliste de construire une science exacte du droit (I); la définition du paradigme sociologique de la libre recherche et de la méthode de mise en balance des intérêts, en rapport notamment avec la philosophie positiviste d'Auguste Comte (II); et enfin, la solution proposée par Gény au délicat problème de la cohabitation de la libre recherche avec l'interprétation des sources obligatoires dans un régime de droit positif (III).

## I. Le renouvellement de la science du droit

3. La démarche de Gény prend toute sa signification lorsqu'on la replace dans la perspective du projet moderne de *construire le droit comme une science, c'est-à-dire sur le fondement de la raison plutôt que de l'autorité*.

Les médiévaux fondaient la connaissance du droit, mais également des autres disciplines universitaires (théologie, médecine, grammaire, philosophie, etc.), sur la base préalable et contraignante de textes «authentiques», légués par la tradition et faisant «autorité», c'est-à-dire reconnus officiellement comme pleinement véridiques. La «révolution scientifique» moderne, telle qu'elle se déploiera spectaculairement, mais non sans résistances, notamment en astronomie et en physique, rompt avec ce régime. Elle dévalorise l'argument d'autorité et le préjuge au bénéfice de l'observation et du classement méthodique des choses de la nature, par le moyen de la mesure et du calcul.

L'École du droit naturel reprend à son compte ce projet dans le domaine pratique, persuadée de parvenir dans l'étude des choses morales à un degré de certitude et d'exactitude au moins égal aux sciences physiques, dédiées à l'étude des corps, objet moins noble, moins élevé et par conséquent moins nécessaire dans l'échelle des êtres et des connaissances. L'idée se fait jour d'un droit fondé sur la seule raison, indépendant de toute autorité humaine ou divine et dès lors aussi des textes qui en portent témoignage<sup>14</sup>. Elle prend forme dans ces curieux systèmes «à la manière des géomètres» (*more geometrico*), qui, sur le modèle d'Euclide, prétendent dériver l'ensemble des règles de droit, universelles et immuables, d'une définition première et de quelques axiomes évidents, en descendant, comme par degrés, des principes les plus généraux jusqu'aux règles particulières.

14. Par là même rejetés du côté de l'arbitraire du pouvoir.

Chacun connaît le destin paradoxal de cette audacieuse entreprise. Le droit naturel triomphant dans les révolutions libérales accouche immédiatement de son contraire: le positivisme de la loi moderne, expression parfaite de la volonté générale, à l'obéissance de laquelle non seulement le juge mais aussi le juriste seront désormais strictement astreints. La science des juristes se replie dès lors dans la définition d'une «méthode d'interprétation» des lois – expression étrange, impliquant même une contradiction dans les termes, si l'on veut bien considérer que Bacon, Descartes et Galilée avaient conçu «la méthode» précisément en opposition et comme une alternative féconde à l'interprétation des autorités. Cette «méthode», dont, en France, l'école de l'exégèse arbore fièrement les couleurs, postule en règle que chaque texte n'a qu'un et un seul sens, soit immédiatement clair, soit déterminable scientifiquement, par référence à la volonté historique du législateur, c'est-à-dire à son intention réelle au moment de l'établissement de la loi.

4. François GénY passe pour le pourfendeur de cette méthode d'interprétation. Il est d'ailleurs acquis que la publication de *Méthode d'interprétation et sources* signe l'acte de décès de l'école de l'exégèse, qui aura régné sur le XIX<sup>e</sup> siècle. Tout le monde ou presque lui reconnaît ce mérite, y compris ceux qui contestent ou critiquent le versant «constructif» de la libre recherche. L'auteur finira d'ailleurs par s'en convaincre lui-même, jusqu'à présenter, dans la seconde édition de 1919, la critique de la méthode traditionnelle comme «le but capital» de l'ouvrage<sup>15</sup>. Singulière réécriture, révisant à la baisse l'ambition du projet initial<sup>16</sup>, au moment où, il est vrai, GénY a confié à un autre grand livre la nouvelle formulation de ses idées positives<sup>17</sup>.

Et pourtant cette image d'Épinal d'un GénY terrassant le dragon de l'exégèse est trompeuse en ce qu'elle dissimule la cible véritable de ses attaques. En réalité, François GénY ne combat pas la méthode philologique d'interprétation des textes légaux; il s'en fait même (pour des motifs tactiques) le plus scrupuleux défenseur. Il suffit pour en juger de relire les passages de *Méthode d'interprétation et sources* consacrés à la loi et à son interprétation. GénY y définit la loi

comme «l'expression d'une volonté, émanée d'un homme ou d'un groupe d'hommes à la lumière de leur intelligence»<sup>18</sup>. Cette volonté s'impose «par la vertu du pouvoir appartenant à ses auteurs»<sup>19</sup>. Sa formule, autrement dit le texte légal, s'unit à la volonté en un ensemble indissociable<sup>20</sup>: la formule est la «forme»<sup>21</sup> et la volonté «l'essence»<sup>22</sup> de la loi. Sans la volonté, le texte ne serait qu'une «outre vide»<sup>23</sup>. L'interprétation de la loi écrite ne laisse aucune place à la liberté mais, au contraire, exige de la part de l'interprète une soumission entière<sup>24</sup>. «Interpréter la loi revient simplement à chercher le contenu de la volonté législative à l'aide de la formule qui l'exprime»<sup>25</sup>. La tâche de l'interprète consiste à tenter pleinement, mais uniquement, de «reconstituer cette volonté dans sa pureté et son énergie premières»<sup>26</sup>. Il s'agit de «pénétrer jusqu'à ses ultimes conséquences cette pensée voulue du législateur»<sup>27</sup>, de faire rendre au texte toute sa «substance psychologique»<sup>28</sup>, bref de retrouver «l'état d'esprit historique du législateur»<sup>29</sup>. L'interprète devra obligatoirement déterminer la signification du texte, en se plaçant au jour de la création de la loi, sans tenir compte des évolutions ultérieures<sup>30</sup>, et en limitant sa portée à ce que les auteurs ont réellement su et voulu dire<sup>31</sup>.

GénY maintiendra cette position de manière intransigeante contre les partisans d'une interprétation souple et évolutive des tex-

18. *Méthode d'interprétation et sources* II, §223, à la p. 405. Ou encore: la «volonté d'un organe social déterminé coulé dans une formule verbale» (*ibid.* I, §92, à la p. 241).

19. *Ibid.* I, §93, à la p. 243.

20. *Ibid.*, §102, aux p. 284-85.

21. *Ibid.*, §92, à la p. 241.

22. *Ibid.*, §97, à la p. 264.

23. *Ibid.*

24. *Ibid.*, §35, à la p. 70.

25. *Ibid.*, §98, p. 265. – En quoi elle est équivalente à l'interprétation d'un acte juridique (à la p. 266). Cette définition de l'interprétation, que légitimerait l'étymologie, repose sur une conception générale du langage: «comme tout langage humain, le verbe de la loi n'est qu'un instrument, destiné à manifester la pensée de celui qui parle, pour éveiller une pensée adéquate chez ceux à qui il s'adresse» (*ibid.*, §101, à la p. 277, se référant à Jhering et à Mach).

26. *Ibid.*, §97, à la p. 264. – La recherche de l'intention réelle doit l'emporter sur le souci de la cohérence des dispositions interprétées (*ibid.*, §102, aux p. 285-86).

27. *Ibid.*, §102, à la p. 284.

28. *Ibid.*

29. *Ibid.*, aux p. 288-89.

30. *Ibid.*, §99, aux p. 269-75, réservant avec réticence l'hypothèse exceptionnelle d'un bouleversement de circonstances entraînant la caducité de la loi en quelque sorte (aux p. 273-74).

31. *Ibid.*, §98, à la p. 268.

15. *Méthode d'interprétation et sources*, avertissement à la seconde édition, spéc. aux p. vi et vii: «Les conclusions négatives, qui formaient le but capital de l'œuvre poursuivie, demeurent à mon avis inébranlées.»

16. Comparez cependant avec les §§5 et 6 de la première édition qui annonce un objectif nettement plus positif.

17. F. GénY, *Science et technique en droit privé positif*, 4 vol., Paris, Société du Recueil Sirey, 1914-1934.

tes légaux, défendue notamment par son ami Saleilles, jusque dans la préface de *Méthode d'interprétation et sources*<sup>32</sup>, et bénéficiant de puissants soutiens, notamment celui du Premier Président de la Cour de cassation Ballot-Beaupré, exprimé en 1904, à l'occasion de la célébration d'un autre centenaire: celui du Code civil<sup>33</sup>. Quelques années plus tard, Roscoe Pound se placera sur la même ligne que Gény et fustigera à son tour, au nom de l'intention réelle et historique, le simulacre de l'interprétation correctrice (*spurious interpretation*), qui introduit dans le texte le sens qu'elle prétend découvrir, comme un illusionniste feint de retrouver dans les cheveux d'un naïf les pièces de monnaie qu'il y dépose<sup>34</sup>. Pound, tout comme Gény, ne peut se satisfaire d'un assouplissement des liens qui enchaînent l'interprète au texte. Leur commune ambition est d'ouvrir à la science du droit l'exploration d'un nouveau territoire où un tel «servage» sera purement et simplement aboli<sup>35</sup>. Comme l'écrit Gény, quand la volonté du législateur ne s'est pas exprimée, «il ne saurait y avoir place pour l'interprétation proprement dite de la loi et il faut recourir à une autre branche de la méthode»<sup>36</sup>, c'est-à-dire à la libre recherche scientifique de la solution judiciaire.

5. À travers la «méthode traditionnelle», François Gény ne vise pas l'interprétation exégétique mais bien l'extrapolation de la volonté en système par le moyen de la logique, c'est-à-dire les prémisses jusnaturalistes de l'ordre juridique moderne. La supposition d'un système juridique complet *a priori* lui semble gratuite et invérifiable<sup>37</sup> et les opérations logiques vaines et stériles<sup>38</sup>. Ses attaques rejoignent et prolongent la dénonciation par Jhering des abstractions logiques de la «jurisprudence des concepts»<sup>39</sup>, tandis qu'aux États-Unis, O.W. Holmes démonte, de son côté, les procédés erronés de la «mechanical

*jurisprudence*». Si Gény impute la responsabilité principale de tant d'erreurs à la codification<sup>40</sup>, l'explication ne tient pas, sur le plan comparé, puisque l'Allemagne s'apprête seulement à mettre son propre Code civil en vigueur et que les États-Unis n'en ont pas et n'en auront probablement jamais. En réalité, comme notre auteur le suggère ailleurs, la codification n'est elle-même que le produit des «illusions rationalistes» du XVIII<sup>e</sup> siècle<sup>41</sup> et de la «méthode géométrique»<sup>42</sup>. Ce sont eux les véritables coupables. Le modèle logico-mathématique du droit naturel se révèle alors comme la cible véritable de la critique à double détente de la méthode traditionnelle par Gény et ses contemporains. Reprenant à leur compte le projet moderne de fonder le droit sur la raison et sur la science, plutôt que sur l'autorité des textes, ceux-ci se placent en concurrence directe avec les jusnaturalistes et entendent substituer à leur conception obsolète de la raison une démarche plus conforme à l'idée que Gény et ses amis se font de la science. À cette idée, ils donnent le nom de «sociologie».

## II. Le modèle sociologique de la science du droit

6. Au début de *Méthode d'interprétation et sources*, François Gény définit idéalement la science du droit comme une branche de la «sociologie appliquée»<sup>43</sup>. Par «sociologie», il faut entendre, de manière générale et un peu vague, la connaissance scientifique de «la réalité sociale objective» et des lois nécessaires de son évolution. Cette discipline n'est pas théorique mais «appliquée» dans la mesure où elle doit fournir aux gouvernants un outil de décision de nature à favoriser la marche du progrès. Elle couvre un champ très large puisqu'elle comprend entre autres «la morale pratique, la politique, l'art de faire les lois, le droit positif avec ses multiples objets»<sup>44</sup>. Destinée aux juges, la libre recherche promeut, dans cet esprit, une méthode scientifique de solution des litiges qui contribue à la réalisation de l'intérêt social.

32. Il y résume ses conceptions sur la «méthode d'évolution historique» (*Méthode d'interprétation et sources* I, à la p. xix).

33. *Le Code civil (1804-1904), Livre du Centenaire*, Paris, Rousseau, éd. Société d'études législatives, 1904.

34. R. Pound, «Spurious Interpretation», (1907) 7 *Colum. L. Rev.* 379, 382.

35. Le terme est de Vander Eycken qui dénonce «le servage à l'égard des procédés formels de la pensée» comme «une forme d'obscurantisme»; «il tue l'examen libre des réalités; sous prétexte de guider le raisonnement, il lui met des œillères» (*Méthode positive de l'interprétation juridique*, Bruxelles, Falk, 1906, §149, à la p. 268 [ci-après *Méthode positive de l'interprétation juridique*]).

36. *Méthode d'interprétation et sources* I, §106, aux p. 302-3.

37. *Ibid.*, §62, à la p. 130 et §96, aux p. 256-57.

38. *Ibid.*, §22, p. 45, §60, aux p. 124-25 et §63, aux p. 132-33. – Dans le même sens, Vander Eycken affirme: «c'est une erreur complète que de vouloir, au nom de la logique, faire de la jurisprudence une mathématique du droit» (*Méthode positive de l'interprétation juridique*, §141, à la p. 257).

39. Dont Jhering avait lui-même été un des plus illustres artisans.

40. *Méthode d'interprétation et sources* I, §9, à la p. 23: «Ce phénomène de la codification [...] me semble avoir eu une influence décisive sur notre méthode d'interprétation juridique» et §6, aux p. 14-15: «Dès maintenant, je déclare que, sous un régime différent de celui de la codification, telle qu'elle existe chez nous, les procédés d'interprétation pourraient être, même à certains égards essentiels, notablement différents». – Gény consacre par ailleurs une étude spécifique au phénomène de la codification et à ses conséquences (*ibid.* §§37-50, aux p. 73-105).

41. *Ibid.*, §81 bis, à la p. 193 et §96, à la p. 256.

42. *Ibid.*, §85, à la p. 218.

43. *Ibid.*, p. 2. – *Addé*: II, §183, à la p. 224, indique qu'elle appartient à la science sociale.

44. *Ibid.*, §7, à la p. 19.

On peut mesurer, à l'aune de cette ambition, la déception affichée par Gény à la lecture des *Règles de la méthode sociologique*, «qui [lui] paraît vouloir beaucoup trop isoler la sociologie des sciences, qui la touchent et la complètent»<sup>45</sup>, c'est-à-dire des disciplines normatives qui composent la sociologie appliquée. Notre auteur ne trouve pas son compte dans le programme de Durkheim, qui limite plus modestement – et sans doute plus sagement – les ambitions de la nouvelle discipline à l'étude des «faits sociaux», avant que Weber ne rejette catégoriquement dans le domaine de l'irrationnel ces «jugements de valeur», auxquels *Méthode d'interprétation et sources* tente précisément de donner une assise scientifique. On se gardera donc de confondre le modèle de Gény, à vocation essentiellement constructive et normative, avec les voies davantage descriptives et critiques empruntées par la sociologie juridique contemporaine, dans le prolongement des travaux des pères fondateurs de la discipline<sup>46</sup>.

7. L'évaluation à laquelle procède la libre recherche scientifique pour déterminer le droit repose sur le principe d'une *mise en balance des intérêts* concurrents en présence<sup>47</sup>. «On ne découvrira, écrit Gény, la mesure, juste et vraie, des droits individuels, qu'en scrutant leur but économique et social, et en comparant son importance à celui des intérêts qu'ils contrarient»<sup>48</sup>. Le principe d'une telle pesée appelle tout naturellement un parallèle entre le juge de la libre recherche et le fameux «spectateur impartial» de la philosophie utilitariste, qui apprécie la légitimité d'une norme en fonction de la somme escomptée des bénéfices et des charges (évaluables en argent) de celle-ci pour l'ensemble des individus qui composent la société.

Pourtant, un tel rapprochement entre François Gény et Jeremy Bentham, pour naturel qu'il paraisse, ne doit pas occulter les divergences importantes qui séparent leurs conceptions respectives du droit et de la justice. En philosophe de son siècle, Bentham réserve le rôle actif du spectateur impartial au législateur à l'exclusion du juge, dont il entend au contraire réduire autant que possible la marge d'appréciation. Il prend à cet effet le parti de la législation et de la codification contre la tradition de common law de son pays. En outre et plus fondamentalement, leur différence s'accuse dans la concep-

45. *Ibid.* II, §137, à la p. 168, note 3.

46. Sur le caractère foncièrement descriptif de la sociologie du droit, lire l'étude d'Olivier Corten, «Éléments de définition pour une sociologie politique du droit», (1998) 39 *Droit et société* 347-70, qui propose une classification utile entre les différentes disciplines métajuridiques (spéc. tableau à la p. 352).

47. *Méthode d'interprétation et sources* II, §171, aux p. 155-56.

48. *Ibid.*, §173, à la p. 173.

tion de «l'intérêt général», que Gény refuse explicitement de réduire, selon le critère utilitariste, à la somme des intérêts individuels et à leur valeur économique<sup>49</sup>.

8. Le modèle sociologique de Gény trouve une source d'inspiration plus profonde, bien que non reconnue, dans la philosophie positiviste d'Auguste Comte. Il est à cet égard instructif de lire les passages de *Méthode d'interprétation et sources* dans lesquels Gény décrit les principes de la libre recherche scientifique à la lumière des leçons 47 à 51 du *Cours de philosophie positive*, consacrées à la sociologie<sup>50</sup>.

La science inédite, que Comte baptise «sociologie», occupe une place peu banale dans le système positiviste puisqu'elle est destinée à couronner l'édifice encyclopédique des connaissances. La sociologie n'apparaît qu'au troisième et ultime stade de développement de l'humanité, l'état positif, qui établira le règne définitif de la science. À ce stade, la science devenue «sociologique» ne fournit plus seulement des connaissances théoriques mais également les règles pratiques d'un gouvernement de l'humanité jusqu'à son plein accomplissement. La sociologie remplace ainsi l'action volontariste, confuse et saccadée des hommes politiques à la tête de l'État, de même que les lois qu'elle découvre et établit substituent leur empire aux règles arbitraires du droit.

La connaissance sociologique subordonne, dans l'ordre de l'action politique, les concepts et les abstractions à l'enseignement des faits, fondé sur l'observation et la comparaison, dans le temps et dans l'espace, des sociétés humaines (et même animales). Les résultats de cette étude récusent l'idée d'une «société humaine [...] conçue comme marchant, sans direction propre, sous l'arbitraire impulsion

49. Gény reproche à Bentham une conception du but social réduit au calcul utilitariste qu'il ne partage pas (*ibid.* II, §194, à la p. 283). Il se réfère par contre à plusieurs reprises à Mill (notamment *ibid.* I, §7, à la p. 18). Mais on notera que ce dernier a amendé le calcul utilitariste de Bentham sous l'influence de Comte, afin de mieux prendre en compte les exigences de l'intérêt et de l'ordre public.

50. Ces leçons forment l'essentiel du 4<sup>e</sup> volume du *Cours de philosophie positive* dans l'édition de 1839. Ces textes ont fait l'objet d'une publication séparée en poche dans la collection *Leçons de sociologie*, Paris, Garnier-Flammarion, 1995 (ci-après *Cours de philosophie*), avec une intéressante introduction de J. Grange. On se fondera principalement ici sur la 48<sup>e</sup> leçon intitulée: «Caractères fondamentaux de la méthode positive dans l'étude rationnelle des phénomènes sociaux».

du législateur»<sup>51</sup> pour rétablir «ce sentiment fondamental d'un mouvement social spontané et réglé par des lois naturelles [qui] constitue nécessairement la véritable base scientifique de la dignité humaine, dans l'ordre des événements politiques [...]»<sup>52</sup>.

Comte appréhende les problèmes sociaux et leur solution sous la forme d'une dialectique de l'ordre et du progrès. L'étude sociologique doit envisager, d'une part, l'état statique de la société, c'est-à-dire le maintien indispensable d'une «harmonie permanente» entre ses différentes composantes<sup>53</sup>, et, d'autre part, son état dynamique, soit les lois, non moins naturelles et nécessaires, de l'évolution des sociétés humaines, en tant qu'organismes vivants. La tâche délicate de la sociologie, comprise comme une «physique sociale»<sup>54</sup>, consiste à assurer une «exacte coordination systématique» entre ces deux états de mouvement et d'inertie, de manière à permettre l'évolution positive de la société, en d'autres termes «le progrès social», dans le respect fondamental de l'ordre et de l'harmonie. À l'inverse des troubles et des orages de la politique traditionnelle que Comte condamne, le gouvernement sociologique guidera, autant que faire se peut, la marche sans heurt de l'humanité dans la voie d'un progrès paisible. «Il ne s'agit point, précise Comte, de gouverner les phénomènes, mais seulement d'en modifier le développement spontané; ce qui exige évidemment qu'on en connaisse préalablement les lois réelles».

9. Ces principes trop rapidement esquissés de la philosophie comtienne éclairent d'un jour singulier la jurisprudence scientifique rêvée par François GénY. Dès les premières pages de *Méthode d'interprétation et sources*, l'auteur en définit la mission dans les termes positivistes d'une dialectique de la conservation et du changement, de l'harmonie et du progrès: d'une part, écrit GénY, «toute la mission de la jurisprudence [consiste à] maintenir entre tous les intérêts, avec la sécurité essentielle, l'harmonie désirable, conformément à la fin assignée par Dieu à l'humanité»<sup>55</sup>; mais, d'autre part, ajoute-t-il bientôt, «la jurisprudence est soumise à la loi du progrès»<sup>56</sup>.

51. *Cours de philosophie*, 48<sup>e</sup> leçon.

52. Sur cette notion, voyez notamment la 46<sup>e</sup> leçon du *Cours de philosophie*.

53. Cette harmonie est encore qualifiée d'«évidente» et de «spontanée».

54. *Ibid.*

55. *Méthode d'interprétation et sources* I, §3, à la p. 5. La référence divine, si elle peut surprendre, ne doit pas être considérée comme accidentelle, ainsi que le confirmeront les *Ultima verba* de GénY, publiées à la fin de sa vie (Paris, Pichon et Durand-Auzias, 1951).

56. *Ibid.*, §3, à la p. 7.

Pour concilier ces deux principes antagonistes, le juge «sociologue» de la libre recherche se fiera moins aux sources formelles qu'aux règles qu'il découvre directement dans la *nature des choses*:

Même sous sa forme positive, le droit nous apparaît comme un ensemble de règles, issues de la nature des choses, et devant être dégagées, au moyen d'une interprétation, plus ou moins libre, des éléments sociaux, qu'il a pour objet d'ordonner en vue du bien commun. Directement inspiré par la justice et l'utilité générale, son essence le place donc fort au-dessus des sources formelles, qui n'en sont que des révélations empiriques, destinées seulement à diriger les jugements humains de façon plus précise, mais, en soi, toujours incomplètes et imparfaites.<sup>57</sup>

Sur le fondement de la nature des choses, le juge procède d'abord à la comparaison des intérêts en présence. Cette pesée ne suit pas toutefois la formule d'un calcul des utilités privées qui ferait pencher la décision du côté du plateau le plus lourd<sup>58</sup>. L'instrument de la balance se trouve plutôt mis ici au service du rétablissement d'un *équilibre*, inscrit lui-même dans une forme de nécessité naturelle. En effet, «la nature des choses, envisagée comme source (*lato sensu*) du droit positif, repose sur ce postulat, que les rapports de la vie sociale, ou, plus généralement, les éléments de fait de toute organisation juridique (du moins possible), portent en soi les conditions de leur équilibre, et découvrent, pour ainsi dire, eux-mêmes, la norme qui les doit régir»<sup>59</sup>.

Cependant, même dans le domaine du droit privé dont s'occupe GénY, la réalisation de l'équilibre et de l'harmonie entre les différents intérêts ne constitue pas une fin en soi et ne suffit pas encore à réaliser la justice. La conciliation des intérêts privés est toujours recherchée en vue d'une *finalité supérieure*<sup>60</sup>. Cette finalité, qui

57. *Ibid.* II, §183, à la p. 221. Ces «éléments sociaux», GénY les avait déjà énumérés, dans le 1<sup>er</sup> volume, d'une manière extrêmement large comme incluant tous les «éléments vraiment substantiels de la vie du droit», à savoir les «motifs moraux, psychologiques, politiques et sociaux, qui animent le monde juridique» (*ibid.* I, §69, à la p. 149).

58. GénY, Comte et Vander Eycken se montrent tous trois méfiants et sceptiques à l'égard d'une quantification mathématique des phénomènes sociaux, spécialement en vue de leur mise en balance.

59. *Méthode d'interprétation et sources* II, §159, à la p. 89. *Adde*: «Cette harmonie une fois reconnue ou pressentie, les lois s'en dégageront d'elles-mêmes» (*ibid.*, §168, à la p. 142).

60. «L'ordre juridique privé, se ramenant essentiellement à une conciliation d'activités libres et à une harmonie d'intérêts en vue d'une finalité supérieure, ne peut, — en dehors de la loi écrite, qui n'en offre jamais qu'une révélation incomplète — trouver ses bases profondes et fermes, que dans la justice et l'utilité

transcende les intérêts particuliers et dont le respect est garanti par le primat de l'ordre public<sup>61</sup>, coïncide avec «le but pratique et la fin sociale des institutions»<sup>62</sup> et plus largement avec «l'utilité sociale»<sup>63</sup>. La poursuite de l'utilité sociale et des fins de la vie en société introduit l'élément dynamique de la libre recherche scientifique. Elle incite le juge à privilégier des solutions nouvelles permettant une «adaptation aux exigences de la vie sociale» et d'«assurer un véritable progrès du droit dans le sens social»<sup>64</sup>.

En résumé, il appartient au juge de la libre recherche, sur la base d'une connaissance approfondie de la nature des choses et en particulier des lois de la vie sociale, de définir les droits de chacun par l'établissement d'un équilibre dynamique entre les intérêts en conflit, qui contribue à une évolution «en douceur» de la société dans le sens du progrès, tout en conservant l'harmonie essentielle entre ses différentes composantes. «De cette façon seulement, le droit peut rester maître du mouvement qu'il doit sans cesse diriger»<sup>65</sup>.

### III. La confrontation de la libre recherche et de l'autorité

10. Parmi les problèmes épistémologiques soulevés par la méthode de Gény<sup>66</sup>, le plus délicat tient sans doute, et les critiques ne s'y sont pas trompés, à la difficulté pour le juge de concilier, dans un régime de droit positif, la pratique de la libre recherche scientifique de la solution avec l'interprétation des sources contraignantes.

sociale, seuls éléments objectifs capables d'en suggérer les règles, fondées sur la nature des choses et adaptées aux exigences de la vie» (*ibid.* I, §81, aux p. 187-88).

61. Trois principes encadrent et guident l'évolution du droit privé: l'autonomie de la volonté, l'ordre public et l'équilibre des intérêts en présence (*ibid.* II, §170, à la p. 150). La fonction de l'ordre public est de veiller à ce que l'intérêt supérieur ne soit pas sacrifié par des intérêts particuliers (*ibid.* II, §175, à la p. 178).

62. *Ibid.* I, §68, aux p. 144-45.

63. *Supra*, note 60.

64. *Méthode d'interprétation et sources* II, §183, à la p. 225.

65. *Ibid.*, §183, à la p. 226.

66. Notamment le caractère hybride, chez Gény tout comme chez Comte, d'une conception de la réalité sociale à la fois descriptive et prescriptive, composée aussi bien de faits que de valeurs. Si une telle conception correspond parfaitement à une ontologie jusnaturaliste, elle pose problème par rapport à l'épistémologie positiviste qui postule en principe une complète neutralité sur le plan axiologique. Une autre difficulté tient à la reconnaissance d'un caractère scientifique à la méthode judiciaire de la libre recherche qui ne se concrétise que dans des décisions particulières – des jugements – sans portée générale.

Le problème, du reste, n'est pas nouveau. Les jusnaturalistes avaient déjà dû y faire face dans des termes à peu près équivalents<sup>67</sup>. Il apparaît comme le corollaire inévitable du projet de construire la science du droit sur le fondement de la seule raison. De quel poids pèse, dans la perspective d'une jurisprudence purement scientifique, l'autorité des textes juridiques obligatoires?

Dans son important *Traité théologico-politique*, Spinoza avait posé, en termes généraux, les bases d'une solution de compromis entre l'autorité des textes et la rationalité scientifique. Contestant la conception traditionnelle d'une philosophie (la raison) placée au service de la théologie (l'autorité du texte biblique), Spinoza affirme la parfaite indépendance des deux disciplines, qui développent chacune des méthodes spécifiques dans des «royaumes» qui leur sont propres: «ces deux connaissances n'ont rien de commun, mais peuvent l'une et l'autre occuper leur domaine propre sans se combattre le moins du monde et sans qu'aucune des deux ne doive être la servante de l'autre»<sup>68</sup>. La théologie s'adresse uniquement à l'obéissance et se fonde sur l'interprétation des commandements bibliques. La science s'adresse uniquement à la raison et se fonde sur l'exploration méthodique de la nature des choses. Toutefois, pour garantir la science contre les empiétements d'exégètes trop zélés et lui assurer un champ d'investigation autonome et inviolable, il faut définir de manière stricte les limites de l'interprétation légitime. Celle-ci ne peut avoir pour objet, enseigne Spinoza, qui établit à cette occasion les bases de la méthode philologique, que d'établir le sens exact du texte tel qu'il se dégage clairement de l'intention historique de ses rédacteurs<sup>69</sup>.

11. La position de Spinoza intéresse notre propos en tant qu'elle correspond parfaitement *mutatis mutandis* à la stratégie adoptée par François Gény dans *Méthode d'interprétation et sources*. Rejetant, comme on l'a vu dans le débat sur la méthode évolutive, tout empiétement de la libre recherche sur l'interprétation des sources et *vice versa*, Gény s'emploie à tracer une ligne de partage étanche, permettant de circonscrire deux domaines contigus, mais complètement indépendants, au sein desquels chacune des deux méthodes régnera en maître.

67. Il est au cœur des rapports compliqués entre le droit naturel et le droit positif.

68. Spinoza, *Traité théologico-politique*, Paris, Garnier-Flammarion, 1965, préface. – *Adde*: titre du chapitre XV du *Traité*: «Où il est montré que ni la Théologie n'est la servante de la Raison, ni la Raison de la Théologie», trad. par Ch. Appuhn.

69. Spinoza est généralement considéré comme le père de la méthode philologique d'interprétation dont il esquisse les étapes et les techniques dans le chapitre VII du *Traité théologico-politique*.



Concrètement, le juge saisi d'un litige devra, en premier lieu, effectuer l'inventaire des sources pour déterminer si une loi, ou éventuellement une coutume, lui est ou non applicable. Dans l'affirmative, le magistrat appliquera strictement la règle qui s'impose à lui. Par contre, si les sources se révèlent muettes, il constatera ouvertement la lacune et se fiera exclusivement à la libre recherche scientifique pour découvrir la solution qu'il ne peut refuser de donner à l'affaire, sous peine de déni de justice<sup>70</sup>. Dans ce dernier cas, le juge est l'auteur véritable de la décision, qu'il rend sur la base d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation<sup>71</sup>. Le jugement peut donc être formé selon deux voies différentes, qui coexistent mais ne se mélangent jamais: d'une part, l'interprétation des sources obligatoires, suivant les règles de la méthode philologique; d'autre part, l'investigation de la nature des choses et la mise en balance des intérêts, selon les principes de la libre recherche scientifique.

La libre recherche scientifique ne remplace donc pas l'interprétation des lois écrites. Elle la complète. Le juge doit successivement se comporter en exégète fidèle des textes et en enquêteur scientifique et libre de la réalité sociale. Bien qu'antithétiques, les deux modèles ne s'excluent donc pas. Ils sont contraints à cohabiter, mais non à se fréquenter. Chacun est maître en son domaine, mais se voit interdit tout accès à la propriété voisine. Les deux méthodes ne sont pas toutefois mises sur un pied d'égalité: l'interprétation des sources s'impose en priorité, mais elle ne fournit que des informations limitées; la libre recherche s'applique de manière subsidiaire, mais sa fécondité est sans bornes.

En se faisant, comme Spinoza avant lui, le défenseur de la méthode philologique d'interprétation dans toute sa rigueur, Gény poursuit le même objectif défensif que son prédécesseur. Limiter la portée efficace de la loi écrite à la volonté claire du législateur historique lui permet d'ouvrir largement le champ d'investigation de la libre recherche. Gény estime en effet que l'ensemble des lois écrites, ainsi comprises, loin de former un système juridique complet, «ne peut être tenu pour autre chose, qu'une information, très limitée, du droit, résultant d'un ensemble d'injonctions, consacrées par un organe supérieur, à l'effet d'établir, sans conteste, quelques règles,

70. Gény s'appuie expressément sur l'article 4 du Code civil français (*Méthode d'interprétation et sources* II, §155, à la p. 75).

71. Dans la seconde édition de *Méthode d'interprétation et sources*, Gény proposera d'ailleurs de substituer l'expression «pouvoir discrétionnaire du juge» à celle de «libre recherche scientifique» (*ibid.* II, §176 bis, aux p. 282-90).

qui ont paru susceptibles d'une formule nette, ou pratiquement indispensables»<sup>72</sup>. Une fois visités ces quelques îlots de légalité, le juge de la libre recherche aura toute latitude pour explorer les immenses étendues de la réalité sociale.

12. Pour ingénieuse qu'elle soit, la solution que propose Gény et qu'il reprend, sans doute bien involontairement, à Spinoza, sera déclarée irrecevable par Paul Vander Eycken, le principal disciple belge de Gény, au nom des principes mêmes de la méthode positiviste, dans laquelle s'inscrivait pourtant, ainsi qu'on l'a vu, la libre recherche scientifique. Le cloisonnement de l'interprétation des sources, d'une part, et de la libre recherche, de l'autre, viole en effet un axiome fondamental de l'épistémologie positiviste: l'indispensable unité de la méthode scientifique<sup>73</sup>.

Dans son ouvrage *Méthode positive de l'interprétation juridique*, publié en 1906<sup>74</sup>, Vander Eycken cherchera dès lors à intégrer les deux volets de la méthode que Gény tenait absolument à maintenir séparés. Pour y parvenir, il en inversera l'ordre: la recherche, libre et directe, des intérêts en présence et du but social fournira, en tant que base première et féconde de la méthode, une proposition de solution, qui sera ensuite vérifiée à l'aide des «éléments formels d'expression du droit»<sup>75</sup>. Plus précisément, le juge commencera par établir les faits de l'affaire, c'est-à-dire par en dégager les traits pertinents d'un point de vue social, en se faisant, si nécessaire, assister d'un expert<sup>76</sup>. Il recherchera ensuite le principe de la solution en référence au but social<sup>77</sup>, considérera dans cet esprit les intérêts en présence<sup>78</sup> et les classera en fonction de leur valeur sociale relative<sup>79</sup>, soit de leur contribution à la fois au rétablissement de l'équilibre<sup>80</sup> et au progrès vers

72. *Méthode d'interprétation et sources* II, §183, à la p. 221. — *Adde*: sur le caractère très incomplet des sources formelles en général: II, §155, aux p. 74-75.

73. L. Kolakowski, *La philosophie positiviste*, Paris, Denoël-Gonthier, 1976, à la p. 17 et s.

74. *Supra*, note 35.

75. *Méthode positive de l'interprétation juridique*, préface, à la p. 11 et §294, à la p. 393, critiquant spécifiquement Gény. — À noter que Vander Eycken refuse d'utiliser le terme de «sources» du droit, à son estime trompeur. Il pense, tout comme Gény, que le droit trouve sa source véritable dans la réalité sociale.

76. *Ibid.*, §224a, aux p. 353-54.

77. *Ibid.*, §224b, à la p. 354.

78. Ceux-ci seront globalisés, c'est-à-dire «considérés comme faisant partie d'un même tout» (*ibid.*, §33, à la p. 66).

79. *Ibid.*, §33, aux p. 65-67.

80. *Ibid.*, §39, à la p. 74: «La valeur des choses [...] est la proportion dans laquelle elles contribuent à la réalisation de l'équilibre, c'est-à-dire du but». Cette valeur n'est pas quantifiable mais permet le classement par ordre des intérêts, considérés deux à deux (*ibid.*, §41, à la p. 78-79).

une plus grande liberté<sup>81</sup>. Dans un second temps, le magistrat confrontera le résultat de cette libre recherche avec les indications des sources formelles, dans l'ordre hiérarchique décroissant (loi, travaux préparatoires, usage, jurisprudence, doctrine, tradition)<sup>82</sup>, jusqu'à ce qu'il en trouve une qui «vérifie» la solution proposée. À défaut de confirmation dans les textes, il lui faudra choisir entre la solution scientifique et la soumission aux sources formelles. Son choix sera fonction de plusieurs critères dont la clarté du but poursuivi par la loi et la pertinence de son application à l'espèce considérée<sup>83</sup>, mais aussi de l'état de l'opinion publique<sup>84</sup>.

Beau joueur, Gény, tout en critiquant le caractère par trop doctrinal du positivisme de Vander Eycken, saluera, dans la seconde édition de *Méthode d'interprétation et sources*, la réussite de son entreprise, en reconnaissant au disciple émancipé le précieux mérite d'avoir saisi «l'essence même du droit positif, en plaçant en avant les intérêts qu'il assure, pour assigner un plan secondaire aux expressions formelles de leur règlement»<sup>85</sup>.

13. Si l'on cherche enfin, en guise de conclusion, à apprécier l'influence du modèle sociologique de Gény, tel que nous venons d'en tracer à gros traits les contours, il faut bien constater que le principe d'une mise en balance des intérêts et des valeurs qui sous-tendent les droits et prétentions en vue du rétablissement d'une situation d'équilibre a contribué substantiellement, souvent à l'initiative de la jurisprudence, à l'évolution progressive de certains droits continentaux. On mentionnera à ce titre le développement de la notion d'abus de droit, qui s'apprécie notamment sur la base d'une comparaison des intérêts poursuivis et lésés, mais aussi l'important office du juge des référés qui, sans préjuger du fond, aménage dans l'urgence des situations d'attente sur la base d'un équilibre provisoire entre les intérêts en litige. On pense également, en matière de responsabilité, à l'extension du dommage réparable à la lésion d'un simple intérêt (et non plus seulement d'un droit au sens strict), ou encore au régime d'indemnisation sans faute des troubles de voisinage, au nom du rétablissement de l'équilibre de fait établi entre les fonds voisins<sup>86</sup>.

81. *Ibid.*, §§28-29, à la p. 60-61.

82. *Ibid.*, §67.

83. *Ibid.*, §70, aux p. 124-125.

84. «Quand l'opinion personnelle se sentira munie de la puissance qui lui vient de l'approbation générale, elle entraînera une modification de la solution qui semblait résulter de la loi seule» (*ibid.*, §71, p. 127).

85. *Méthode d'interprétation et sources* II, §194, p. 284.

86. B. Frydman, *Les transformations du droit moderne*, Bruxelles, Story-Scientia, 1999, aux p. 39-40.

Indépendamment de ces institutions juridiques nouvelles, l'observation des pratiques judiciaires récentes semble indiquer une tendance croissante des magistrats, souvent encouragés par des délégations législatives ou réglementaires de plus en plus larges, à s'émanciper volontiers de l'examen des sources, au profit d'une recherche libre de la solution adéquate, basée sur la mise en balance des intérêts et des valeurs en conflit. Cette méthode rencontre un succès tout à fait spectaculaire dans la jurisprudence des Cours suprêmes et donc dans le contentieux constitutionnel et des droits de l'homme, lui-même en plein essor. Une telle appréciation relative des droits fondamentaux, par référence aux valeurs et aux intérêts qu'ils protègent ponctuellement, de même que la définition à géométrie variable qu'entraîne nécessairement la méthode de la mise en balance suscitent à cet égard d'importantes difficultés de principe, qui mettent à nouveau en question le caractère scientifique de tels jugements de valeur, plutôt postulé que démontré dans le système de Gény<sup>87</sup>.

Si le modèle sociologique promu dans *Méthode d'interprétation et sources* a ainsi conquis, au fil du siècle qui s'achève, des positions solides, quelle postérité peut-on se risquer à lui prédire, sinon pour le prochain millénaire, du moins dans un avenir proche? Sur le plan de la théorie du droit, ce modèle se trouve aujourd'hui fortement concurrencé et même dépassé par l'analyse économique du droit, dont le mouvement et l'influence s'internationalisent rapidement. Si l'analyse économique recourt elle aussi à la balance des intérêts, le courant dominant en conçoit la mise en œuvre dans l'optique d'une maximisation de la valeur ajoutée ou d'une allocation optimale des ressources, plus proche du calcul utilitariste de Bentham que de l'approche davantage institutionnaliste chère à François Gény. D'un autre côté, le développement de l'informatique juridique et, plus généralement, des nouvelles technologies de l'information et de la communication remet en selle les projets de formalisation du droit dont Leibniz avait pris l'initiative dans le cadre du paradigme logico-mathématique. Ainsi se renouvelle, tout en se diversifiant, le projet moderne, problématique mais toujours vivace, d'une science du droit fondé sur le principe de la seule raison.

87. Pour une analyse critique de certains cas d'application de cette méthode par la Cour européenne des droits de l'homme en matière de liberté d'expression, voyez B. Frydman, *Les transformations du droit moderne*, Bruxelles, Story-Scientia, 1999, aux p. 40-43.