

***La jurisprudence des sensations***  
**A propos des lettres de Raymond-Max Verbier, doctorant**  
**(Dijon 1888-Douaumont 1916)**

**D. Mainguy**  
**Professeur à la faculté de droit de Montpellier**

Rencontres Montpellier- Sherbrooke « les sentiments et le droit », 2011.

*Juger, c'est de toute évidence, ne pas comprendre  
puisque si l'on comprenait,  
on ne pourrait plus juger.*  
*A Malraux, Les conquérants, p. 56.*

Ce type de sujet, *la jurisprudence des sensations*, particulièrement ouvert, est le genre qui impose une détermination de son traitement, de ses limites, ce que les doctorants désignent comme la délimitation du sujet : il sera traité, d'ailleurs, de cette manière : autour des sensations d'un auteur disparu avant d'être né.

Les sensations, les sens, l'instinct, les sentiments, le feeling sont à bien des égards très éloigné du droit. Le droit c'est une affaire de règles, de procédures, c'est un ensemble souvent présenté comme objectif : le feu est rouge ou vert et il s'impose comme tel même si je suis aveugle ou daltonien. Même si la vue, l'ouïe, le toucher éventuellement évoquent le rapport avec les modes d'extériorisation du droit : je vois le juge et lis un arrêt, j'entends la parole du juriste, je touche la main de mon contractant, etc., les sens bruts n'ont qu'un lien très indirect avec le droit : le froid, le chaud, le doux, le dur, l'amer, le douloureux, l'agréable, le confortable. Un spécialiste de propriété intellectuelle pourrait évoquer à titre contre-exemple la question de réservation des droits d'auteurs ou des marques relevant d'un sens : une marque olfactive, une création gustative, etc., un utopiste du droit au confort ou à la douceur.

Une autre sensation, extérieure, pourrait être la sensation du spectateur de la justice. Les procès politiques ou des politiques, le procès DSK et ses rebondissements sont présentés et ressentis de manière sensationnelle, parce qu'ils visent des personnes extraordinaires, avec deux manières de révéler ce caractère extraordinaire, apparues notamment dans l'affaire DSK, autour des différences du traitement de la question de l'égalité : l'égalité « par le bas » comme justifiant que toute personne puisse être traitée comme le criminel qu'il est en puissance ou le gueux qu'il fut : « perp walk », télégenie processuelle, etc., à l'américaine, contre l'égalité « par le haut » pour que toute personne ait droit à la présomption d'innocence, soit être traitée comme un seigneur, à l'européenne, donc. Sensation d'esclave ou sensation de puissance, deux manières de présenter l'égalité. Mais on se situe ici en amont de la jurisprudence, si on veut bien admettre que la jurisprudence est le résultat normatif d'un procès, ou de certains procès.

La jurisprudence sensationnelle c'est également celle qui éblouit, qui fait scandale, qui ravit, qui étonne, qui surprend, qui scandalise : affaire Perruche, affaire Erignac affaire Seznec, affaire Alma Matter, affaire Outreau, affaire de la rétractation de la promesse, etc., de très nombreux cas de jurisprudence, en droit privé par exemple offrent des sensations, parfois fortes, aux observateurs spécialisés que sont les gens de doctrine.

La jurisprudence des sensations c'est également celle qui a pour objet des sensations ou au-delà de ces dernières, des sentiments : la peur, la crainte, l'amour, la haine, l'envie, etc. On pourrait alors tenter un catalogue de ces sensations ou de ces sentiments qui sont ainsi objet d'une jurisprudence et observer la manière dont ces sentiments sont adaptés, visités, jugés. Les exemples sont considérables : la clause d'exceptionnelle dureté qui permettait au juge de ne pas prononcer un divorce pour rupture de la vie commune jusqu'à la loi de 2004, la réparation du préjudice d'affection, les règles de récusation d'un juge ou d'un arbitres, fondées sur le sentiment d'une perte d'indépendance, la question de l'intime conviction du juge pénal qui est susceptible d'emporter condamnation, les crimes passionnels, l'euthanasie active, la jurisprudence sur la validité des donations adultérines, celle sur l'accouchement sous X, la jurisprudence, très contestée, sur le mariage des homosexuels, ou celle plus récente sur la reconnaissance de l'adoption réalisée à l'étranger par un couple homosexuel, tout le droit du licenciement, pratiquement tout le droit pénal, etc. Les sentiments, ou l'absence de sentiments, dans les activités humaines sont, évidemment, sources de difficultés juridiques. En droit des contrats, par exemple, ce qu'on a appelé le solidarisme contractuel et qui se fonde sur une interprétation de l'article 1134, al. 3 du Code civil qui impose d'exécuter les conventions de bonne foi est très largement inspiré d'une forme, morale ou sociale, de considération de son contractants, un auteur allant jusqu'à estimer qu'un contractant doit traiter son partenaire comme un frère et repose sur une conception de l'interprétation particulièrement volontariste, certains disent sentimentale, de ce texte. Il reste que la bonne foi dépasse ainsi la notion abstraite telle qu'elle est souvent présentée, qui se concrétise par l'identification d'un comportement, réel, de mauvaise foi tout comme la réalité du devoir des époux n'est identifiée que par l'examen des causes de divorce, mais aussi parfois de manière positive par une sympathie ou une empathie contractuelle ou au contraire une haine contractuelle qui peut s'expliquer de manière multiple : maladie, passion, répétition d'inexécutions mineures, etc.

Les sentiments, les sensations sont ainsi des thèmes permanents non point du droit mais de son application au cas concret : le beau, la souffrance, le sentiment de lésion, la confiance, le raisonnable, l'utile, la justice. Si on considère que le droit n'est qu'une simple juxtaposition de règles techniques, un ensemble de procédures d'attribution de droits subjectifs, posées par le législateur et que le juge et les citoyens doivent appliquer, alors la question des sentiments ne vaut rien sauf lorsque la règle technique impose de les prendre en compte. Or, ce sont des formules finalement assez rares qui imposent de tenir compte d'un motif légitime, d'une exceptionnelle dureté, etc. Si l'on considère à l'inverse que cette présentation du droit, comme une simple technique, ne rend pas compte de la réalité du droit, et notamment de l'hypothèse selon laquelle des sensations, des sentiments pourraient être à l'origine de mutations normatives, il y a alors lieu d'investiguer davantage sur ces sensations de droit.

La jurisprudence des sensations c'est donc celle qui a pour objet des émotions mais également celle dans laquelle on peut supposer que des sensations la motivent. Ce qui conduit à une difficulté : comment cette chose abstraite qu'est la jurisprudence pourrait éprouver des sensations ou être poreuse aux sensations ? C'est évidemment la ligne de fuite de ce sujet, comme de tous les autres, la prise en compte d'une situation subjective, les sentiments et donc des valeurs : les valeurs des justiciables, les valeurs du juge, les valeurs avancées par les justiciables, la réalité de ces valeurs mais également tous les non-dits. Ces situations subjectives, ces sensations sont alors confrontées à une réalité objective, ou dite objective, la norme et la décision, ou bien dissimulés derrière des fondements présentés comme définitivement établis mais peu décrits : la justice, la justice sociale, la raison, la sécurité, la précaution, etc. Or, par hypothèse, ces sentiments sont subjectifs et ne peuvent être objectivés sauf à procéder par des raccourcis visant à rendre objectif ce sentiment subjectif, ce qui ne peut relever que de la convention, de la conviction, ou de la contrainte : on peut m'expliquer que la Justice correspond à tel ou tel canon sans que *je* puisse me faire à cette idée puisque par nature, la justice, le beau, le bien, sont inconnaissables (*comp. D. Mainguy, De la légitimité des normes, et de son contrôle, JCP 2011, 203*). Or, toute action humaine, et notamment lorsqu'elle met en jeu des rouages aussi complexes que les mécaniques juridiques, a pour base un sentiment, vil ou noble : la compassion, la concupiscence, l'amour, le désir, etc., du contrat au mariage, en passant par le vote d'une loi ou le délibéré d'un jugement.

Un premier élément de réponse sur le rapport entre la jurisprudence et les sensations invite donc à considérer que ce n'est pas la *jurisprudence* qui a pour « cause » des sensations, mais plutôt les juges qui, par leurs sentiments, leurs émotions, leur ressenti, leur morale, leur éducation sont réceptifs aux émotions que révèle l'affaire qui leur est soumise. On pourrait d'ailleurs imaginer que la sélection des juges s'effectue en fonction de cette capacité à ressentir des émotions. Il pourrait s'agir d'un examen psychologique visant à mesurer la capacité à les ressentir, ou au contraire à ne pas les ressentir. Plus vraisemblablement, la technique de sélection ne tient pas ouvertement compte de cette perméabilité du juge aux sensations ; c'est une question tacite. Tellement tacite, d'ailleurs, que toutes les sensations, tous les sentiments du juge sont généralement effacés : rien ne transparait dans un arrêt de principe de la Cour de cassation. C'est froid comme un article du Code minier, des ports maritimes ou des pensions civiles et militaires : un peu de chaleur, par les opinions des juges, les débats, les raisonnements permettent d'aboutir à la solution retenue seraient-il de nature à améliorer ou réduire la compréhension de la jurisprudence ?

Cette dernière question est la plus intéressante, parce que plus mystérieuse, moins traitée, tandis que la première conduit à une leçon de vingt-quatre heures dont le goût m'est passé et qui serait de toute manière vaine : on pourra recenser toutes les décisions qui traitent de sensations, en imaginant qu'on puisse les recenser, qu'on n'aura qu'une idée de la manière dont dans général les juges traitent des sensations (*comp. D. Mainguy, Le raisonnable en droit des affaires, in Les concepts émergents en droit des affaires, LGDJ, 2010, p. 307*).

Tenter de percer le mystère des sensations du juge est tout aussi impossible, sauf, comme B. Latour (*La fabrique de droit*), à passer des mois dans une juridiction pour tenter de comprendre la technique, humaine, de production de droit, ou bien de narrer son expérience dans une institution, comme D. Schrapner (*Une sociologue au Conseil constitutionnel*) mais là encore, on obtiendra une simple photographie, un cliché, aux contours d'ailleurs limités par la subjectivité du photographe, comme dans le film *Prud'hommes* (Stéphane Goël, 2010) ou d'autres, comme ceux sur la justice de Daniel Karlin et Tony Lâiné (*Justices en France, 1993*), qui révèlent surtout les sensations du réalisateur.

En revanche, tenir compte des sensations du juge dans l'identification de la jurisprudence comme source de droit est plus complexe, plus nouveau, du moins dans la description française du droit. Plus exactement, les sensations du juge sont écartées, derrière le voile, ou le masque, de l'objectivité de la jurisprudence.

La jurisprudence des sensations c'est donc un sujet sur la sensation en jurisprudence. La jurisprudence, on ne sait pas trop ce que c'est, on débat encore de son rôle normatif, de sa portée. Pour résumer (beaucoup), il y a ceux qui pensent que la jurisprudence ne peut pas avoir de rôle normatif, ceux qui demeurent dans le mythe légicentriste selon lequel la seule expression légitime (encore une sensation) de la norme est celle qui repose sur l'expression de la volonté générale, soit parce qu'elle est philosophiquement l'aboutissement de la rationalité des Modernes, soit parce qu'elle est démocratiquement le résultat le plus abouti de la volonté générale, soit, encore, parce que, par une filiation touchante au discours des maîtres, il a toujours été dit que la règle de droit, c'était la loi, c'est-à-dire pour résumer le Code civil. Hyperpositivistes, pour adapter une formule d'Hubert Védrine appliquée à l'hyperpuissance américaine dans les années 1990 et 2000, qu'ils soient légalistes ou nostalgiques d'un Age d'or d'un droit stable, ils sont majoritaires dans la doctrine française, et ultra-majoritaires la doctrine privatiste.

Il y a au contraire ceux qui pensent que le droit ne peut se résumer à l'expression légale de la norme et qui donnent à l'interprétation, entendons l'interprétation judiciaire, toute sa place normative.

Parmi ces derniers, certains considèrent que l'interprétation par le juge est un travail de *découverte* : le juge révèle un sens caché, mais existant et susceptible de connaissance, de la loi (plus exactement d'un énoncé normatif). Ce faisant, ils placent la loi comme norme de référence et envisage le système juridique comme complet et cohérent, ce que l'interprétation permet précisément de relever. Ce sont les juristes de l'école *formaliste* dont, en droit constitutionnel, les normativistes, les kelséniens notamment.

D'autres estiment au contraire que l'interprétation est une œuvre de *création* : le juge détermine un sens à un énoncé normatif, quel qu'il soit : la loi, une décision de jurisprudence, et il le détermine librement, de sorte que l'évolution du droit n'est qu'une suite infinie d'interprétations d'interprétations préalables (Comp. D. Mainguy, *L'interprétation de l'interprétation*, JCP, 2011, ). Les juristes de cette catégorie sont dits, généralement, réalistes et, en droit constitutionnel, ce réalisme prend divers courants, certains très sociologiques

comme le réalisme américain, d'autres plus dogmatique dont le réalisme scandinave, dont s'inspire, en droit français, la théorie réaliste de l'interprétation de M. Troper.

Même parmi ceux-là, certains pensent que ce travail de création s'inscrit dans une logique organisée, disons une pyramide inversée, comme Michel Troper, et d'autres que j'appellerais hyperréalistes, considèrent que ce travail d'interprétation est au pire anarchique et totalement aléatoire, au mieux susceptible d'une description par une combinaison de multiples facteurs tels que la psychologie, la culture, la formation, les opinions politiques, le courage, etc. des juges. En effet, si le juge peut interpréter librement les énoncés normatifs, il peut le faire de multiples façons. La liberté est en fait autant un donné qu'une lutte : on peut être libre et s'asservir volontairement. Le juge, libre, est en effet soumis à toutes sortes de contraintes qu'il peut sous-estimer ou surestimer. La théorie des contraintes, formalisée par l'Ecole de Nanterre, considère ainsi tout une panoplie de contraintes, fortes ou faibles : l'impossibilité de s'autosaisir, les contraintes formelles ou processuelles, les contraintes d'autorité, de hiérarchie, de séduction, mais également ses espaces de liberté (qui sont d'autres contraintes) comme sa philosophie, sa religion, sa morale, etc. à quoi il faut ajouter sa capacité à être un rebelle, un suiviste, un leader, un fidèle, un loup ou un mouton, etc.

La notion de jurisprudence est donc liée à la logique de l'interprétation et l'objectivisation, ou la non objectivisation, d'une subjectivité : celle du juge. Parler de la jurisprudence comme d'un continuum abstrait remontant à la nuit des temps révèle ainsi une conception plutôt objective c'est-à-dire dans laquelle s'efface le juge ou les juges qui sont à l'origine des arrêts qui font cette jurisprudence. Il est très rare, en effet, que l'on évoque un juge en particulier, en France en tout cas, sauf quelques exemples particuliers comme le « bon juge Magnaud », à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, ou plus récemment la doctrine « Matter », le juge Sargos à la première chambre civile puis à la chambre sociale ou encore le juge Canivet, à la première chambre civile puis à la présidence de la Cour de cassation, voire tout récemment la doctrine Nadal dans l'affaire Tapie. C'est d'ailleurs une autre différence avec le modèle américain : le juge en France est un « produit aveugle », un rouage d'une institution, l'institution judiciaire, qui n'est généralement pas mis en avant sauf parfois en matière pénale dans les grandes affaires politico-médiatiques, tandis qu'aux Etats-Unis, la personnalité, le nom, le renom d'un juge est un élément complémentaire de l'institution judiciaire. D'ailleurs, bien des juges sont d'anciens professeurs de droit, ou de futurs professeurs. C'est peut-être d'ailleurs, une question à méditer : plaider devant le juge Mazeaud, Aynès ou Delebecque, ce pourrait être très recherché.

Tout cela est parfaitement connu des praticiens : ils se félicitent ou regrettent la présence de tel juge dans telle juridiction, établissent des comparaisons, en termes d'efficacité, de prévisibilité, d'orientation politique ou philosophique des juges, de même que les juges réalisent le même effort à l'égard des avocats qui se confrontent à eux. Curieusement pourtant, tout cela est inconnu, ou ignoré, par la doctrine qui, en général, disqualifie la jurisprudence et *a fortiori* la jurisprudence faite de sensations, sur la base d'une tentation élaborée et ancienne d'objectivisation à outrance du droit et de son interprétation en vue du maintien hypothétique et fantasmé d'une sécurité, d'une prévisibilité juridique très largement surestimées.

Le moment de l'apparition de cette objectivation est établi, c'est le « moment 1900 », le moment Gény, le moment Planiol, le moment Ripert, mais ce qui est plus mystérieux c'est le déclenchement de cette volonté d'objectiver le travail de la jurisprudence, pour éviter, précisément, toute sensation (Cf. not. Ph. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004 ; C. Jamin, *Relire Labbé et ses lecteurs*, APD 1992, p. 247 ; C. Jamin, F. Gény, *d'un siècle l'autre*, in François Gény, *mythe et réalités*, Bruylant, 2000., p.3, C. Jamin, *Demogue et son temps*, RIDC 2006, p. 56, M. Xifaras, *La veritas iuris selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juridisme*, Droits, n° 47, 2008. 77, Ch. Jamin, « Une lecture croisée de Saleilles, Demogue et Ripert », Droits 2011 à paraître).

C'est en étudiant cette question, en tentant de découvrir le cheminement intellectuel qui permis aux juristes du tournant des XIX<sup>ème</sup> et XX<sup>ème</sup> siècle de dépasser une contemplation raisonnée du Code civil vers ce que qu'on appela ensuite la « libre recherche scientifique » inspirée de Gény, qui n'est jamais qu'une forme alternative d'exégèse, ce passage qui imposa une interprétation nouvelle de la loi et son dépassement, les raisons de celle-ci, ses enjeux, ses débats, ses résultats, que j'ai découvert un ensemble de lettres et de débuts de travaux émanant d'un doctorant de François Gény, dont le contenu révèle, pour partie, l'ensemble ce qui me permet de réaliser l'économie d'un exposé fastidieux.

Ce doctorant, dont j'ai appris qu'il était mort au combat, en avril 1916, devant Douaumont, est un certain Raymond-Max Verbier. Voilà ce que dit la citation rédigée par le général de Marmont à propos du lieutenant Raymond-Max Verbier : « *Officier valeureux, proche de ses hommes, réputé pour le courage qu'il a montré depuis son intégration dans le 125<sup>ème</sup> régiment de tirailleurs marocains, il est monté, avec sa compagnie à l'assaut d'une tranchée tenue par l'ennemi et, au mépris du danger, il l'a conduite jusqu'à son objectif, avant d'être pris pour cible par un tireur ennemi embusqué de l'arrière* ».

Il n'a jamais soutenu sa thèse. Né en 1888, il est mort en héros à vingt-huit ans. Son arrière petit-fils, qui a fait ses études notamment à Montpellier et à La Réunion, m'a remis ces documents, qu'il tenait de son arrière grand-mère qui dut élever seule les deux fils qu'il lui avait donnés avant de partir se battre dans la Grande Guerre. Heureusement pour sa famille, Raymond-Max Verbier provenait d'une famille bourgeoise de Dijon, de sorte que sa veuve put mener une vie confortable, assez pour élever au mieux ses enfants, conserver la maison de famille, dont les divers papiers entreposés sous le toit jusqu'à ce que je les retrouve.

Raymond-Max Verbier avait donc entrepris une thèse sous la direction du Doyen François Gény à compter de 1909, il n'eut pas le temps de la soutenir et fut mobilisé à compter de la fin de 1914, mais il nous laisse une correspondance nourrie avec son directeur de thèse et quelques pages manuscrites et raturées de son travail qui avait pour thème : *le juge et la responsabilité du fait des machines*. C'était effectivement un très bon thème, particulièrement d'actualité au début du XX<sup>ème</sup> siècle. Dès 1896, en effet, la Cour de cassation avait adopté une décision particulièrement courageuse, dans le célèbre arrêt *Téffaine* qui proposait une normativisation de l'article 1384, al.1<sup>er</sup> du Code civil. Plus largement, la doctrine entrait dans une phase de bouillonnement intellectuel qui tentait

d'effacer le souvenir du droit naturel qui présidait aux fondements du légalisme mais qui risquait après 1870 de sombrer vers une conception dangereusement marxiste du droit.

Voilà ce qu'il en écrit, dans un courrier adressé au Doyen Gény, le 14 octobre 1909 :

*Monsieur le Doyen,*

*J'ai l'honneur de vous annoncer que c'est avec une grande fierté que j'accepte de préparer ce travail de thèse que vous me proposez sur le « juge et la responsabilité du fait des machines » qui s'inscrit dans le droit fil de votre œuvre sur l'interprétation du droit et dans la suite de l'arrêt de 1896 qui fit tant de bruit, plus, d'ailleurs, que celui de l'explosion du bateau. Je vous prie de ne pas vous inquiéter pour ma situation financière durant l'élaboration de ce travail, mon père et mon oncle m'assurent en effet une situation aimable dans leur étude de notaires.*

*Mes lectures, ainsi que ce que j'ai pu recueillir de vos enseignements, me conduisent à envisager plusieurs manières de conduire ce travail.*

*Je vous avoue que, après vous avoir entendu et notamment dans votre cours de doctorat, j'ai bien compris que le travail d'interprétation du droit par les juristes, et plus particulièrement par le juge, était essentiel pour donner toute sa place à un droit moderne, notamment à la suite des bouleversements économiques de notre temps. J'aimerais donc beaucoup rencontrer des juges. Il se trouve que ma grand-tante est dans la capacité de me présenter au président Magnaud et je voulais savoir si vous m'autorisiez à le rencontrer.*

*Très respectueusement,*

*Raymond-Max Verbier*

Réponse de Gény, du 28 octobre 1909, radicale, dans la lignée de son ouvrage *Méthode et interprétation* paru en 1899.

*Mon cher Verbier,*

*Je me réjouis de votre décision.*

*Votre thèse, si vous la menez à bien, ce dont je ne doute aucunement, constituera, à l'évidence un travail de premier ordre pour ce siècle déjà bien commencé.*

*Je m'en voudrais cependant que ce travail débutât par une faute de goût.*

*Vous devez comprendre en effet que le travail d'interprétation est, certes, essentiel, mais qu'il est un travail tout particulier, un travail scientifique, un travail de spécialistes qui se consacrent à cet effort. Ces spécialistes, ce sont les gens de notre sorte, les professeurs et leurs élèves, qui deviendront professeurs à leur tour. Voyez-vous, nous sommes des sortes de talmudistes, encore que mon confesseur me reprochera ce terme qui fleure un peu trop son dreyfusard. Mais c'est l'idée : la loi est parfois précise, claire, complète. C'est comme le premier commandement : « tu ne tueras point ». Difficile d'être plus net. Pourtant, à bien y regarder, les choses*

*sont plus complexes. Ce commandement s'applique-t-il au juge ? Signifie-t-il qu'il lui serait interdit de condamner à mort un bandit ? C'est bien sûr ridicule. Signifie-t-il qu'il est interdit de tuer un ennemi ? La simple pensée de la ligne bleue des Vosges nous l'empêche. C'est donc que même ce commandement est incomplet, ou peu clair ou imprécis. Il en est de même pour la loi ; je n'ai pas rencontré encore de règle du Code ou d'une loi qui soit de cette nature. Toute décision de justice impose donc une interprétation.*

*Comme c'est le juge qui, en principe, assure ce travail d'interprétation, je ne peux que me louer que vous envisagiez d'interroger un interprète.*

*Je pose cependant deux bémols.*

*Le premier est général : un interprète fait-il l'interprétation ? Il en est des interprètes comme des alouettes. Une alouette ne fait pas le printemps.*

*En outre, second bémol, s'agissant de ce juge dont vous m'avez parlé et dont le nom, comme les résultats, me font horreur. Je fais évidemment allusion à cette infâme décision sur le vol de pain et cette notion d'état de nécessité. Qu'est-ce là ? Est-ce une interprétation scientifique du droit ou l'expression d'un sentimentalisme juridique terriblement subjectif ?*

*Je ne crois pas, cher monsieur Verbier, que la fréquentation en ces temps difficiles, d'un juge ouvertement socialiste favorise en quoi que ce soit l'avancement de vos travaux.*

*Je vous invite en revanche à vous pencher vers mon collègue Saleilles chez qui j'ai puisé l'essentiel de mon inspiration, quand bien ses travaux sont un peu trop « historiques » pour moi. Seuls les travaux des professeurs suffisamment avisés, par l'amplitude de leurs travaux, pourront déterminer les théories générales qui permettent d'ajuster la loi, issue du Code civil ou des lois nouvelles, à la vie, la question sociale, de manière harmonieuse, objective, cohérente et permettant surtout d'éviter l'arbitraire d'un juge et la dissolution de notre droit accompagnant, finalement, celles des mœurs. C'est d'ailleurs tout le travail de mon collègue Planiol que je vous invite à méditer.*

*Recevez, monsieur, ....*

Quelques mois plus tard, Raymond Verbier écrivait à nouveau au doyen Gény, fin 1910.

*Monsieur le Doyen,*

*Je dois vous avouer que je n'ai pas suivi tous vos conseils.*

*J'ai notamment rencontré le président Magnaud comme je vous l'avais indiqué. Je souhaitais notamment recueillir son sentiment à propos de l'arrêt « Veuve Ménard ». J'ai découvert très nettement un homme, que j'ai trouvé bon et assez juste même si j'ai bien compris que ses options politiques étaient, pour le moins, inusitées dans le corps de la magistrature. Il m'a montré d'ailleurs nombre d'autres décisions qu'il avait rendues dont certaines pourraient vous paraître beaucoup plus osées que celles ayant concourues à l'arrêt « Veuve Ménard ». Il se trouve cependant que l'arrêt Veuve Ménard dont il est l'initiateur se trouve consacré par la Cour de cassation,*

*quand bien même le Code pénal ne connaissait pas la notion d'état de nécessité. Mon travail de thèse n'est pas très éloigné de ce propos : l'arrêt Tiffaine de 1896 a identifié un régime de responsabilité du fait des choses que le Code civil ignorait. Je serais très heureux de pouvoir interroger le président de la Chambre civile de l'époque pour connaître ses motivations. Dans le cas de ma thèse, les éléments « sociaux » sont essentiels pour permettre de tenter de maîtriser la jurisprudence nouvelle, et celle qui éventuellement la suivra, et ce faisant, m'invite à tenter de comprendre comment se forme la jurisprudence. Si dans les deux cas que j'ai cités, le juge avait substitué ses sensations à la loi, il me semble que les arrêts en porteraient la marque. Or, dans ces arrêts, le juge a présenté une thèse nouvelle qu'il a lui-même reçue et qui élimine la trace de sa subjectivité. Je vous avoue ne pas voir de différence entre les résultats de ces deux affaires : nous sommes bien, dans les deux cas, face à une « invention » judiciaire que, en tant qu'observateur je peux louer ou critiquer mais que je suis conduit, en juriste, à considérer comme une réalité juridique. La sensation du juge est ainsi un fait comme un autre. Si l'un ou l'autre des juges avait rendu sa décision en la motivant par la justice ou l'injustice de la règle, il me semble que cela aurait été aussi contestable, ou aussi peu, selon le point de vue que l'on adopte, que d'affirmer que la théorie de l'état de nécessité ou de la responsabilité du fait des choses est désormais une règle applicable.*

*J'ai bien compris également votre suggestion d'écrire au professeur Saleilles. Je me propose d'ailleurs d'écrire également à d'autres professeurs. Voici la question que je me propose de leur adresser après leur avoir rappelé le sujet de ma thèse : comment expliquer l'évolution contemporaine de la jurisprudence et l'interprétation nouvelle que celle-ci donne de la loi ? Comment peut-on être certain que cette interprétation est, ou non, du type de celle que suggère le Professeur Gény et qu'elle ne relève pas d'une forme de prise de décision personnelle, lui permettant de faire valoir ses valeurs propres ? Comment, alors, discerner les bonnes interprétations de celles qui seraient plus critiquables ?*

Raymond-Max Verbier adressa donc un courrier de ce type à différents professeurs, essentiellement dans la sphère du droit privé, l'idée même de solliciter un spécialiste de droit public ne l'ayant, déjà, pas effleuré. La première réponse dont je dispose est celle d'Emmanuel Levy, fondateur notamment de l'éphémère *Revue de droit socialiste*, datée de février 1910.

*Monsieur,*

*Je suis particulièrement honoré de votre courrier et un peu surpris en même temps, tant par la méthode que vous utilisez que par le choix de mon nom. Votre sujet est d'une redoutable actualité, à la fois pour l'évolution de la technique juridique et la politique judiciaire. Je ne suis pas certain de vous être d'une grande aide. Je crains en effet que votre directeur de thèse saura extirper toute idée dont j'aurais pu, par miracle ou mégarde, vous convaincre.*

*Votre sujet d'abord. Vous imaginez bien à quel point celui-ci me préoccupe : il est l'un des maillons d'un renouvellement ou de la perpétuation du droit. Le Code civil*

*est en effet fondé sur les éléments assurant la domination de la bourgeoisie qui la fait naître : la famille et l'autorité de son chef, la propriété, les contrats, et l'illusion de la responsabilité qui permettent de justifier la liberté totale dans l'exercice des droits, prétendument subjectifs, nés de ces institutions. Si nous observons cependant l'évolution de notre société depuis près de cinquante ans, je persiste à croire qu'il n'est pas illégitime de se demander ce que signifie le concept de propriété pour la population alors même que tout le concept de citoyenneté a été associé à la propriété. On retient du brave Guizot une formule « enrichissez-vous ». On oublie la suite : « Enrichissez-vous par le travail et par l'épargne, vous deviendrez ainsi un électeur ». Enrichissez-vous, vous deviendrez un propriétaire, vous paierez des impôts et donc, vous serez un électeur. Or, si cette identité a été brisée, par un paradoxe comme seule l'histoire sait les produire, par Louis-Napoléon Bonaparte qui perpétua le principe du suffrage universel, moins les femmes et les juifs, dois-je ajouter, les fondements de cette politique ont été repris par les opportunistes depuis 1871. La propriété, c'était donc bien le vol, comme le disait Proudhon, mais un vol particulier, finalisé : le vol de la citoyenneté, jusqu'en 1848. Mais aujourd'hui encore, que signifie la propriété pour l'ouvrier logé dans l'immeuble de son patron, que signifie le principe de la liberté contractuelle et cette notion d'autonomie de la volonté pour l'ouvrier qui conclut un contrat de travail avec son patron aux conditions de ce dernier et qui peut être révoqué à tout moment, que signifie la responsabilité pour l'ouvrier victime d'une machine alors que l'employeur n'a pas commis de faute ? L'arrêt Teffaine qui est la première pierre de votre édifice s'inscrit pleinement dans ce doute et dans la prise en compte du social. Comment, alors, le réaliser ? C'est ici que votre courrier est le plus intéressant, non point du point de vue du résultat mais de la méthode. Je prétends que le droit n'est qu'une croyance collective, que toutes les prétendues institutions immémoriales que le Code civil décrit ne sont que de fictions, des produits de cette croyance collective. En juriste, et non en philosophe, j'observe cependant que si le social, qui préoccupe et parfois inquiète tant mes collègues conservateurs, peut, ou doit, être pris en compte, ce peut être par la loi, mais également par l'interprétation donnée par le juge. L'arrêt Veuve Ménard ou l'arrêt Teffaine en sont de bons exemples. Je vous dirais même, même si je jurerais le contraire sous la torture, que l'interprétation du juge, une interprétation du juge qui soit vraiment libre, peut être le véritable reflet de la société, et tant pis si elle n'est pas socialiste. Je m'explique : le projet de Géný est de présenter une interprétation qui n'est pas véritablement libre. Ce n'est pas une question de liberté, mais de technique d'interprétation. Saleilles, Géný, Planiol et bien d'autres ont véritablement compris le danger, pour une conception qui ne peut se concevoir autrement que comme conservatrice, que recèle l'admission de la liberté de l'interprétation. Permettez-moi d'oser ainsi un propos. Vous avez observé, comme moi, que l'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil ne propose pas de régime de responsabilité du fait des choses, même s'il ne l'interdit pas non plus et que le Code pénal ne connaît pas de notion d'état de nécessité. C'est donc qu'une interprétation possible de la question de la responsabilité, par exemple, est celle de l'absence de régime général de responsabilité du fait des choses, ou bien une admission de celui-ci. Et la question de savoir quelle sera l'étendue de ce régime est déjà posée :*

*est-il limité aux choses mobilières, aux choses dangereuses, etc. Toutes les interprétations se valent donc jusqu'à ce que le juge en choisisse une. Celle-là sera l'interprétation véritable, l'interprétation normative. C'est donc l'interprétation qui fait la norme, et point la loi et cette interprétation est permanente de sorte que l'arrêt Teffaine, qui est une interprétation, est lui-même susceptible d'interprétation, et ceci sans fin. Si je m'intéresse au juge qui interprète, c'est-à-dire à la Cour de cassation, j'observe que celui-ci ne rend compte à personne ; il est totalement libre de son choix, sauf quelques contraintes liées à son entourage ou procédurales. Il en résulte donc que cette liberté, qui n'est pas une abstraction, est à géométrie variable. On peut concevoir un juge qui renonce à sa liberté : l'hypothèse du juge bouche de la loi, du juge suiveur voire servile est possible, tout comme celle du juge rebelle, comme le « bon juge Magnaud », du juge conservateur, ils le sont en général, du juge socialiste, du juge philosophe, du juge ouvert, du juge borné, etc. Toute la difficulté de l'affaire est donc de mesurer la pensée des juges, de savoir quels sont ses sentiments, sachant que le principe de la collégialité est plutôt de nature à placer le curseur dans la voie médiane.*

*Vous me demandiez, cher monsieur, s'il était opportun de rencontrer le juge Magnaud, je vous réponds, un peu longuement : courrez-y cher monsieur ! Mais ne vous fiez pas à son seul avis, c'est bien l'avis moyen des juges qui prévaudra.*

*Socialement vôtre  
Emmanuel Levy*

Raymond Saleilles adressa une courte lettre datée de fin 1911 et dont on peut considérer qu'elle constitue une sorte de testament<sup>1</sup>.

*Monsieur,*

*Je vous félicite pour les choix que vous avez faits. Cette aventure passionnante d'abord du travail de thèse et de l'approfondissement de la culture juridique qui m'a accompagné toute ma vie, jusqu'à son soir. Votre sujet ensuite, courageux, si l'on veut bien admettre que le traitement d'un sujet polémique est courageux. Votre directeur ensuite ; vous savez les liens qui m'unissent à François Gény depuis si longtemps.*

*Je ne répondrai à votre question que par une autre question, à laquelle je vous demande de réfléchir : est-il plus arbitraire de nous concentrer sur les constructions juridiques que, par consensus, la communauté des juristes adopte par un long apprentissage qui lui offre l'objectivité nécessaire que de s'en remettre à la volonté de juges qui, aussi expérimentés soient-ils, ne seront jamais que les représentants d'eux-mêmes ?*

*Craignant que vous ne sombriez vers la philosophie la plus absconse, j'ose espérer que la technique juridique, à laquelle nous devons nous vouer, corps et âme, saura vous satisfaire,*

---

<sup>1</sup> Saleille disparut prématurément en 1912.

Raymond Saleilles

Suit une réponse de Georges Ripert, du 15 mars 1913

*Cher monsieur,*

*Je suis très honoré de votre courrier et vous félicite, tant de la qualité de votre sujet que du choix de votre directeur de thèse. Il se trouve que je me consacre à des travaux qui rejoignent, à bien des égards, vos réflexions, ce qui justifie cette réponse un peu longue.*

*Il y a plusieurs manières de se comporter en juriste. La première, qui me paraît relever de l'anarchie, consiste à se laisser guider par ses sentiments. Rien n'est plus dangereux que les sentiments du juge ! Que sait-on, d'ailleurs, des sentiments du juge ? Le juge n'est pas, en effet, un personnage comme les autres. Il est la bouche de la loi, écrivait le grand Montesquieu. La bouche de la loi, le terme est particulièrement évocateur. C'est la loi qui est la règle mais celle-ci, je vous rejoins sur ce point, n'est rien sans l'interprétation que les juristes lui donnent. Tout est donc l'affaire des juristes et à bien des égards, nous, la doctrine, sommes un peu dans la situation des jurisconsultes de l'Ancien régime : serons-nous des enfants de Bartole ou de Cujas ? Il me semble que la méthode traditionnelle de l'interprétation des lois, telle qu'elle se pratiquait par la génération qui nous précède, est totalement dépassée. Certains ont tendance aujourd'hui à la moquer, comme on se moquait de la méthode bartoliste, en la réduisant à une simple méthode grammaticale, alors que la philosophie qui imprimait les tenants, et il y en a encore, de la méthode traditionnelle était une forme de contemplation de la loi comme meilleure technique d'organisation de la société, comme expression de la volonté générale. Je ne vous ferais pas l'affront de vous décrire la réalité de cette expression générale avant 1871 : la société était alors bien tenue. Or, aujourd'hui, cette prétendue volonté générale est pervertie ou risque d'être pervertie par des intérêts antagonistes, d'autant plus dangereux que le législateur, s'il fallait ne s'en remettre qu'à lui, peut être enclin à légiférer en fonction des sentiments de ses électeurs : les syndicats, les partis politiques démagogiques sont parfaitement en mesure de proposer toutes sortes d'agitation et de loi qui, sous le prétexte de la démocratie, ne sont que des prébendes ou des offrandes à un peuple docile pour peu qu'il soit gouverné avec fermeté. Je crains que, sin nous n'y prenons garde, les années à venir ne soient envahies de lois de circonstances adoptées pour satisfaire les intérêts des électeurs et surtout de ceux qui prétendent les représenter.*

*D'où la seconde manière de se présenter en juriste, si l'on veut bien se pencher sur le droit. Le droit est stable, il est une institution de paix sociale. Il en est de même pour le justiciable et pour l'enfant : l'enfant, parvenu à l'âge de responsabilité comprend parfaitement qu'il lui faut se soumettre à l'autorité de ses parents. Il fait l'expérience de la loi comme autorité et comme outil de régulation familiale. Il en est pareillement du justiciable : le travail, la propriété, les contrats, la famille, l'Etat, tout ce qui constitue son cadre de vie est organisé par le droit. Or la permanence de ces règles,*

*qui est l'âme du droit, est le meilleur garant de l'efficacité de son action. Cette permanence, cette stabilité chronique ne signifient pas l'absence d'évolution, comme vous en faites d'ailleurs l'expérience dans votre travail de thèse, mais cette évolution ne peut être qu'une évolution harmonieuse, qui se soumet à la longévité des règles et à la stabilité de l'édifice. Réparez l'édifice et vous contribuerez à sa perpétuation, secouez-le et vous le détruirez. C'est ici que le rôle du juriste est essentiel, et par juriste j'entends le juge, ce législateur des cas particulier, mais aussi et surtout ceux qui, comme vous et moi, disposons du recul nécessaire pour séparer les arguments, de manière à les rationaliser et éviter, précisément, tout sentimentalisme juridique. Nous deviendrons des juristes utiles lorsque nous aurons compris, et participé à l'œuvre de faire comprendre, que le droit est un ensemble plus grand que les idées, forcément circonstanciées, des juristes, et que nous devons préparer le terrain du débat de cette interprétation si nécessaire à la vie du droit. Or, c'est précisément en proposant, par des théories générales multipliées, le guide de l'interprétation, que celle-ci sera possible, afin que le juge, face à une difficulté, puisse s'en remettre à ce droit permanent. Face à une incertitude, rien n'est plus néfaste que le sentiment de pouvoir emprunter, avec de chances égales de succès, deux voies identiques. Rien n'est plus rassurant au contraire de savoir qu'une voie conduit vers la vérité, et l'autre vers l'erreur. C'est notre vocation, notre devoir, que de tracer la première voie, dans la lignée des travaux de Monsieur Planiol. Ainsi, l'objectivité du droit, largement débattue et partagée, et qui relève du long terme, sera définitivement en mesure de supplanter le subjectivisme, isolé et passionnel, donc dangereux d'un juge idéaliste, qui relève du court terme.*

*Nous sommes les gardiens de cette stabilité du droit. Sans doute la jurisprudence doit être étudiée, mais par n'importe quelle jurisprudence : il nous appartient de trier, de retenir les arrêts qui font avancer le droit dans le bon sens et de critiquer, avec tout la fougue et la puissance de conviction dont nous sommes capable la prétendue jurisprudence qui dévierait de la ligne de conduite proposée par la théorie générale. C'est notre mission, elle est belle et utile. C'est désormais la vôtre.*

*Votre bien dévoué,  
Georges Ripert*

René Demogue se contenta, fidèle à sa réputation d'ours poli, d'adresser le livre qu'il venait de publier, ses *Notions fondamentales du droit privé* avec une préface : « A Raymond-Max Verbier, en espérant qu'il trouvera dans ce livre quelques réponses à ses questions, et surtout quelques questions supplémentaires lui permettant de se convaincre que l'objectivité apparente du droit est, en soi, une subjectivité. Qu'il puisse méditer cette importante formule du juge Holmes de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique : le droit, c'est ce que décidera, demain, le juge. Lille, novembre 1912<sup>2</sup> ».

---

<sup>2</sup> René Demogue demeura à Lille, son premier poste, pendant onze ans avant de rejoindre la faculté de droit de Paris en 1914 : Cf. C. Jamin, *Demogue et son temps*, RIEJ 2006, p. 56.

Plus rien ensuite. Peut-être les courriers n'ont-ils pas été adressés ou bien leurs destinataires n'ont pas jugé utile de répondre à si maigre expéditeur. On rêverait aujourd'hui de disposer des opinions de Marcel Planiol, d'Adhémar Esmein, d'Henri Capitant, de Léon Duguit, dont même les prénoms sont obsolètes ; un tel colloque, si ce genre scientifique avait été connu à l'époque, eut été heureux.

Plus rien sauf une lettre adressée à Raymond-Max Verbier début 1916, qui ne lui parviendra que quelques jours avant sa mort.

*Commandant Paul Magnaud  
Etat-Major du 63<sup>ème</sup> corps  
Reims,*

*Lieutenant Verbier,*

*J'ai appris, après bien des démarches que vous aviez été incorporé dans un régiment de ligne. Je ne peux manquer de vous féliciter, vous indiquer que votre courage vous honore tout en vous incitant à la plus grande prudence.*

*La France a en effet sans doute besoin de soldats de votre trempe ; elle aura surtout besoin de professeurs comme vous le deviendrez.*

*Vous comprendrez que c'est comme ancien juge que je vous écris. J'ai longtemps hésité, après que nous nous fussions rencontrés, il y a quelques années. Une éternité. Quel intérêt un élève de François Gény, sur lequel j'ai fondé de si grand espoir et qui me considère à peine mieux qu'un voyou aurait-il à m'écrire et quel intérêt y aurait-il à lui répondre ? Il se trouve cependant que j'ai rencontré il y a peu l'un de vos amis, incorporé également, et dont j'ai oublié le nom qui m'a parlé de votre démarche et des quelques réponses que vous avez reçues.*

*C'est donc avec joie que je vous livre ce modeste témoignage en guise de réponse à la question que vous m'avez posée comme vous l'avez posée à un grand nombre d'estimables professeurs. Cette réponse va sans doute vous décevoir : je ne sais pas ce qu'est le droit, je ne sais pas ce qu'est une interprétation. Le droit c'est pour moi un mot ou un ensemble de mots dont la racine est le terme jus, justicia. Jus est ars boni et aequi écrivait Celse, et ce n'était pas une simple prétention, un conseil ou un ordre : c'était une description. Tout le reste, c'est une interprétation de ces mots. Aucun exemple ne valide cette sensation. Quelque exemple qu'on identifiera permettra de repérer des intérêts, des manières de les présenter et des façons d'interpréter une règle, ou de la créer, c'est que j'ai fait à plusieurs reprises pour me conformer à une idée de justice qui était la mienne à ce moment-là en fonction des faits et de mes impressions du moment. Tout cela, et n'en déplaise aux tristes sires, c'est bien du droit, du droit au-delà du mot droit. Bien entendu, des interprétations peuvent être préalablement posées, par les professeurs notamment, mais posez-vous cette question simple : qu'est-ce qui peut bien pousser un professeur de droit à proposer une interprétation dans un sens qui est différent de celle d'un autre ? Si l'interprétation était si scientifique qu'elle est annoncée, il n'y en aurait qu'une seule possible. Or, donc, les interprétations proposées ne sont ni plus ni moins que les*

*sentiments juridicisés du professeur en question, qui se présente comme un avocat, un avocat sans dossier, défendant une position. Mais alors, la vérité judiciaire, la vérité juridique qui ressort de l'interprétation des professeurs, n'est qu'une vérité possible, qu'ils cherchent, avec un certain talent, à transformer en vérité officielle, de manière que ce que toute interprétation autre soit présentée comme contraire à la vérité. Cette présentation figée, hautaine et prétentieuse ne saurait évidemment résister à l'examen de la pratique du droit. Une solution valable un jour ne le sera plus demain, et ainsi de suite, et il est totalement vain d'imaginer que la solution de demain puisse être lue dans les astres ou dans les viscères d'un professeur de droit selon des « méthodes d'interprétation » née de l'imagination d'un juriste logicien. Il n'y a aucune méthode, le droit est pure création : les interprétations de demain dépendront des circonstances de fait, de la morale du juge, etc., en un éternel recommencement. Pour autant, je ne mésestime pas le rôle de la loi : seule la loi peut opérer des changements d'ampleur et rapides, qu'accompagneront, ensuite, l'office du juge.*

*Je vous souhaite, le meilleur et, en ces temps troublés par le fracas des armes plus que par le débat de vos idées, je vous souhaite de survivre pour mener à bien votre travail de thèse.*

On l'aura compris, Raymond-Max Verbier s'est placé aux confins de la doctrine qui, entre 1899 et 1930, a tenté de réformer, de manière interne, sa manière d'interpréter la loi, renonçant à la méthode que Bonnacase appellera, en 1924, exégétique, pour proposer une méthode nouvelle qui parvienne à allier deux objectifs *a priori* incompatibles, intégrer la question sociale dans l'interprétation du droit et éviter que cette intégration nouvelle ne dérive vers un subjectivisme mais au contraire s'inscrive dans une logique assurant des règles objectives, indiscutables. La réponse fut indubitablement efficace. Saleilles, Gény, Planiol, Capitant, Ripert s'employèrent à aviver la construction des théories générales qui permettaient de donner un sens à la jurisprudence tout en la canalisant dans les limites d'une objectivité, seule à même de valider le principe d'un jusnaturalisme construit et supposé rationnel qui n'était en réalité qu'un hyperpositivisme et ce au prix du sacrifice, assumé, de la doctrine et de la jurisprudence comme source de droit, à l'exception notable mais sans succès sinon aux Etats-Unis, de Demogue.

Raymond-Max Verbier fut, comme tant d'autres, la victime sacrificielle d'une Europe qui, comme le démontre d'ailleurs son projet de thèse, ne sut dépasser ses conceptions anciennes sans recourir à la force la plus brutale, dans une nouvelle, et pour l'instant ultime, guerre de trente ans, de 1914 à 1945.

On ne sait ce qu'aurait été le résultat de la thèse de Raymond-Max Verbier ni quel aurait le sens de son œuvre ; on peut former le vœu qu'il aurait permis de substituer une thèse alternative, inspirer un réalisme à la française que Demogue ne sut pas faire naître de ce côté de l'Atlantique. Il est encore temps.