

II ARTICLES

Edouard Lambert, Théoricien de la Jurisprudence Sociologique

Professeur d'Université Stéphane CAPORAL

L'Université de Saint-Etienne

stephane.caporal@univ-st-etienne.fr

Abstract: Edward Lambert belongs to the latest generation of general law professors. In 1893, he sustained before the Law Faculty of Paris a thesis on the stipulation for others and in 1896 he was received major assistance from aggregation of Law Faculties. This is the last great contest that is the last unique competition designed to ensure equally to recruitment of all law professors and Lambert has chosen the history of law as a "special topic". As professor at the Faculty of Law at Lyon, he is responsible for "complementary course of history of French law" and he teaches the disciplines of history for many years. Only in 1921 it will open in the same faculty of Lyon Chair of Comparative Law. First legal historian and therefore eminent comparative course is also a deemed civilist, a commercial talent and labor precursor.

Keywords: General Law, Comparative Law, Common Law, Case Law

Edouard Lambert (1866-1947) appartient à la dernière génération des professeurs de droit généralistes. En 1893, il soutient devant la Faculté de droit de Paris une thèse sur la stipulation pour autrui¹ et en 1896, il est reçu major au concours d'agrégation des Facultés de droit. Il s'agit du dernier grand concours autrement dit du dernier concours unique destiné à assurer indistinctement le recrutement de tous les professeurs de droit² et Lambert y a choisi l'histoire du droit comme « sujet spécial »³. Professeur à la Faculté de droit de Lyon, il y est chargé du « cours complémentaire d'histoire du droit français »⁴ et enseignera les disciplines historiques durant de longues années. C'est seulement en 1921 qu'il inaugurera dans cette même Faculté de Lyon la chaire de droit comparé⁵. D'abord historien du droit donc et bien sûr éminent comparatiste c'est également un civiliste réputé⁶, un

¹ Publiée vingt ans après la soutenance, E. Lambert, *La stipulation pour autrui*, th., Paris, Giard & Brière, 1913.

² La même année, l'arrêté du 23 juillet 1896 crée quatre concours : droit privé, histoire du droit, science administrative et politique, économie politique.

³ *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 1896, p. 795.

⁴ Par un arrêté du 1er décembre 1896, *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 1897, p. 207.

⁵ J.-L. Halpérin, «L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire?», *La science juridique entre politique et science historique XIX-XXe siècles, Revue historique des Sciences humaines*, n°4, p. 26.

⁶ Ces dernières années, un collègue civiliste, M. Christophe Jamin, professeur à Lille, lui a consacré

commercialiste de talent et un travailliste précurseur. Parfois enfin il se fait publiciste.

Publiciste, certes occasionnel mais avec un succès magistral. Rappelons la nouveauté que constitua à sa sortie en 1921 *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*.¹. S'il ne fut point trop repris par les auteurs de droit constitutionnel, à l'exception notable de Duguit et Hauriou², l'ouvrage ne se contentait pas de décrire le système américain du *judicial review*. Sept ans avant la thèse de Charles Eisenmann³, il proposait une approche théorique du contrôle de constitutionnalité des lois, en présentant les avantages, en dénonçant les dangers. Le projet d'une cour spéciale paraissant définitivement écarté, il envisageait audacieusement les interprétations qui permettraient au juge ordinaire de contrôler les lois françaises sur le fondement de la Déclaration de 1789. Certes, c'était pour les critiquer car l'ouvrage se voulait une vigoureuse mise en garde politique contre les risques du contrôle juridictionnel des lois et un avertissement solennel contre l'éventuelle transposition en France du modèle américain. Néanmoins, on peut y déceler au fil des pages une attention bienveillante pour le travail d'un juge formé à la *sociological jurisprudence*. De ce point de vue, il paraît mériter d'être replacé dans l'ensemble des publications de Lambert pour recevoir un éclairage un peu différent de celui du courant largement majoritaire qui y voit essentiellement un pamphlet⁴. Après plus de trois quarts de siècle, cette étude demeure aujourd'hui encore une référence essentielle de la doctrine constitutionnelle.

Si l'on connaît la contribution de Lambert au droit constitutionnel, on mesure

dans la *Revue Internationale de Droit comparée* une étude qui rappelle le rôle qu'il assignait au droit comparé dans la compréhension et l'évolution du droit civil, Chr. Jamin, «Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité. A propos du centenaire du Congrès international de droit comparé de Paris », *RIDC*, n°4, 2000, p. 733 s.

¹ E. Lambert, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Marcel Giard, 1921, dorénavant noté *G.J.*

² L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Sirey, 2e éd., 1923, t. III, p. 677 ; M. Hauriou, *Précis de droit constitutionnel*, Sirey, 2e éd., 1929, p. 269 et 272-278.

³ Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, LGDJ 1928, réimp. Economica 1987.

⁴ Sur ce point v. dans le cadre du colloque de l'IFSA section Rhône-Alpes, «La doctrine publiciste lyonnaise», Lyon, Palais des juridictions administratives, 11 avril 2003 (non encore publié), la très vivante contribution de notre collègue M. Hubert Gourdon «Lambert dans la doctrine de son temps » qui présente l'opinion majoritaire. Toutefois, la discussion qui a suivi les communication a fait apparaître que la divergence d'analyse résulte d'une différence quant à l'angle sous lequel on examine l'ouvrage. D'un point de vue politique, il s'agit effectivement d'une attaque en règle contre les orientations jugées conservatrices de la jurisprudence constitutionnelle américaine et contre ces mêmes orientations que pourrait recéler la Déclaration de 1789; mais, sous cette importante réserve, d'un point de vue juridique, l'intérêt pour le travail du juge et les techniques d'interprétation - lesquelles ne sont évidemment pas neutres - se manifeste dans *Le gouvernement des juges* comme dans toute l'œuvre de Lambert.

généralement moins bien l'influence qu'il a exercée sur la doctrine administrativiste à travers l'introduction en France de la théorie du standard et de la directive. Des écrits de Maurice Hauriou, très élogieux à l'égard de Lambert, à la thèse d'anthologie de M. Stéphane Rials sur *Le juge administratif français et la technique du standard*¹, la doctrine administrativiste doit beaucoup à cette théorie. Qu'ils laissent, ou pas, apercevoir l'influence du professeur lyonnais, de nombreux travaux de droit administratif et aujourd'hui de droit international public, témoignent de l'importance et de la vitalité de la théorie du standard² donnant définitivement tort sur ce point à Roger Latournerie qui écrivait en 1952 que «la notion de standard paraît étrangère à notre droit public»³.

Au cours de sa carrière, Lambert en viendra à privilégier de plus en plus la recherche centrée sur des «faits juridiques» qui évoquent irrésistiblement, sinon volontairement, les «faits sociaux» de Durkheim. Porter attention non seulement aux textes législatifs et aux décisions judiciaires - la jurisprudence -, mais encore à l'ensemble des actes, arbitrages, contrats-types et de toute la pratique qui forme ces faits juridiques, telle est l'ambition que Lambert propose aux juristes. Une ambition qui suppose de considérer ces faits juridiques dans le milieu social où il se manifestent, en s'appuyant sur la sociologie, la psychologie et surtout l'économie, car c'est en définitive l'activité économique qui détermine le développement du droit moderne dominé par le phénomène de l'industrialisation.

La ville de Lyon, par ses orientations industrielles qui en font une des places internationales du commerce de la soie, se prête parfaitement à ce projet. Elle le détermine peut-être même dans la mesure où - c'est l'hypothèse que l'on formera ici -, l'émergence d'une doctrine dépend de conditions existentielles parmi lesquelles l'environnement local appréhendé dans ses multiples dimensions sociale, économique, affective voire géographique et même climatique pour emprunter à Montesquieu. Maurice Hauriou, correspondant de Lambert dont il partageait l'intérêt pour le droit comparé et la *sociological jurisprudence*, trouvait dans sa cité toulousaine une source d'inspiration et l'on sait l'importance des discussions avec Jaurès aux terrasses des cafés de la place Wilson⁴. Léon Duguit, dont on connaît

¹ S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, LGDJ, 1980.

² L. Goldenberg, *Le Conseil d'Etat juge du fait*, 1932 ; G. Vedel, *Essai sur la notion de cause en droit administratif*, Toulouse 1934 ; M. Dubisson, *La distinction entre la légalité et l'opportunité dans la théorie du recours pour excès de pouvoir*, LGDJ 1958 ; J.-C. Venezia, *Le pouvoir discrétionnaire*, LGDJ 1959 ; G. Isaac, *La procédure administrative non contentieuse*, LGDJ 1968 auxquels il convient d'ajouter le fameux article de Jean Rivero, «Apologie pour les faiseurs de systèmes», *Dalloz*, 1951, Chr. 23, p. 99 ss.

³ R. Latournerie, «Essai sur les méthodes juridictionnelles du Conseil d'Etat», *Livre Jubilaire*, 1952, p. 201.

⁴ Sur cette question, l'ouvrage de référence demeure la thèse de Lucien Sfez, *Essai sur la contribution du doyen Hauriou au droit administratif français*, LGDJ, 1966 ; v. aussi «La pensée du Doyen Maurice Hauriou et son influence», journées Hauriou organisées par la Faculté de Droit et des Sciences

l'investissement dans la vie bordelaise¹ et les fructueux échanges avec Durkheim ne devait-il pas une partie de ses réflexions de sociologie juridique à la ville dans laquelle il professait² ? Les maîtres de Nancy de Raymond Carré de Malberg à François Gény auraient-ils eu à l'égard de la doctrine allemande cette posture très particulière, faite d'emprunts constants et de rejets affirmés, si leur pensée n'avait pris naissance à l'ombre des épées, dans le souvenir douloureux de la défaite, à proximité de l'Alsace-Moselle occupée ? Concernant Carré de Malberg, Olivier Beaud a d'ailleurs mis en évidence, les rapports entre sa biographie et la formation de sa doctrine³.

Dès lors, on peut admettre que Lambert trouve dans la vie lyonnaise des éléments lui permettant de construire, en partie du moins, sa conception du droit comme science sociale. En plusieurs circonstances, il fait état des rapports entre le milieu local et ses recherches dans diverses branches du droit ainsi parfois que son engagement personnel. Sans détailler le contenu d'une abondante bibliographie en droit du commerce, de l'arbitrage et du travail, on rappellera l'imposante recherche empirique (trois volumes) faite sous sa direction par un de ses élèves japonais, Masaichiro Ishizaki, sur le commerce de la soie à Lyon⁴ de même qu'une activité, de lobbying au profit du droit comparé auprès d'élus lyonnais. Ainsi, la dernière page du *gouvernement des juges* comporte un hommage appuyé à « la persévérance du rapporteur du budget de l'Instruction publique, M. Edouard Herriot » qui a fait inscrire dans la loi de finances de 1921 « les crédits nécessaires à la création d'une chaire de droit comparé »⁵.

Sur son engagement personnel au plan local, on évoquera, à titre d'exemple, une brochure sur *Les inégalités de classe en matière d'électorat politique*, à propos de la révision des listes électorales dans le Rhône en 1906, qui a pour origine une conférence prononcée à Fontaine-sur-Saône devant une section de la Ligue des droits de l'homme⁶. Lambert y explique comment il a apporté son aide à certains

économiques de Toulouse, 11-14 mars 1968, *Annales de la Faculté de Droit et des Sciences économiques de Toulouse*, t. XVI fasc. 2, 1968.

¹ On rappellera pour mémoire le rôle central qu'il joua dans un au moins de ces grands arrêts de la jurisprudence administrative qui ont fait le quotidien de générations d'étudiants en droit, l'arrêt du Conseil d'Etat du 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, *Rec.* 962, concl. Romieu.

² E. Pisier, *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, LGDJ, 1972

³ O. Beaud, « Carré de Malberg, juriste alsacien. La biographie comme élément d'explication d'une doctrine constitutionnelle », *La Science juridique française et la Science juridique allemande de 1870 à 1918*, dir. O. Beaud et P. Wachsmann, *Annales de la Faculté de Droit de Strasbourg*, Nouvelle série, N°1, 1997, Presses Universitaires de Strasbourg, p. 219-253.

⁴ Masaichiro Ishizaki, *Le Droit corporatif International de la Vente de Soies*, préf. E. Lambert, 3 vol. Biblio. de l'Institut de Droit comparé de Lyon, t. 18, 19 et 20, 1928.

⁵ E. Lambert, *GJ*, p. 274, note 1.

⁶ *Les inégalités de classe en matière d'électorat politique: la théorie et la pratique de la révision des listes électorales, les abus et leurs remèdes, la révision des listes électorales dans le Rhône en 1906*; collection *L'oppression des humbles par le droit et les méfaits de l'individualisme : essai de critique*

habitants de sa commune de Collonges-au-Mont-d'Or auxquels on refusait l'inscription sur les listes électorales. Cette brochure fourmille de termes à forte charge idéologique et les mots: bourgeoisie, réactionnaires, patrons, ouvriers, prolétaires, travailleurs etc. reviennent fréquemment dans un contexte qui ne laisse guère de doute quant aux orientations politiques de l'auteur ni à ses évidentes sympathies à l'égard de ce qu'il nomme le socialisme et les partis réformistes. Quinze ans plus tard dans le *Gouvernement des juges*, les positions politiques n'ont pas changé et justifient l'orientation de l'ouvrage. En revanche, il est certain qu'au moins jusqu'aux années 1930, il témoigne d'un réel intérêt pour «les manifestations de sympathie données dans les hautes sphères politiques et intellectuelles de l'Italie au droit comparé»¹. Ses reproches vont plutôt aux pesanteurs des milieux universitaires italiens qui persistent à favoriser le droit romain au détriment du droit comparé.

Les méthodes qu'il préconise en matière de recherche, Lambert les prône également dans l'enseignement du droit. Il fait sien «le double idéal que s'est assigné l'école de droit de Columbia: présenter «l'étude du droit comme un aspect de l'organisation sociale», préparer les juristes, comme disent les Américains, au *public service in law*, ou, comme nous disons en France, à leurs tâches sociales»². Car ici aussi, il s'agit de fournir aux futurs praticiens des connaissances et des méthodes qui leur permettront de dégager des solutions adaptées à la réalité de l'environnement socio-économique du droit. Cette ambition est en relation directe avec la fonction que Lambert attribue au juge de construire des solutions pour l'avenir à partir de la prise en considération des faits juridiques et non pas de modèles - législatifs ou jurisprudentiels - hérités du passé. Car, et c'est le deuxième aspect de la pensée de Lambert, il s'agit d'étendre presque à l'infini la pratique de ce que les juristes américains appellent *sociological jurisprudence*, et pour former au mieux ces futurs praticiens, le développement du droit comparé est indispensable.

Ainsi tout est lié: droit comparé et *sociological jurisprudence* forment le substrat du droit comme science sociale tant en matière de recherche (I) que d'enseignement (II) afin d'améliorer la pratique et spécialement le travail du juge qui empruntera lui-même à ces méthodes (III).

législative et de politique juridique, Giard et Brière, 1906. Lambert y défend vigoureusement «l'établissement du secret du vote» *op. cit.*, p. 9 comme seul véritable remède aux pressions exercées sur les salariés en constatant l'inefficacité de l'art. 39 du décret du 2 février 1852 qui punit d'un emprisonnement d'un mois à un an, et d'une amende de cent à cent mille francs, ceux qui auront «influencé le vote d'un électeur en lui faisant craindre de perdre son emploi, ou d'exposer à un dommage sa personne, sa famille ou sa fortune ».

¹Un droit comparé «envisagé comme instrument de rapprochement entre les techniques juridiques nationales», *L'enseignement du droit comme science sociale et comme science internationale*, Introduction à R. Valeur, *L'enseignement du droit en France et aux Etats-Unis*, Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé de Lyon, Etudes et documents, t. 23, 1929, p. LXXXI, ouvrage dorénavant noté *EDD*.

² *EDD*, p. XXXV.

1. La Recherche Juridique

L'œuvre de Lambert témoigne de nombreuses influences, certaines très clairement affirmées, d'autres évoquées plus discrètement: Ihering, duquel il revendique l'héritage et qui prétend à un réalisme juridique fortement teinté de militantisme au fur et à mesure de sa rupture avec le courant savignycien, rupture induite par son adhésion à la sociologie juridique et ce malgré la dette de celle-ci à l'égard de l'école historique (on connaît la relation faite d'héritage et de rejet qui unit la sociologie du droit à l'école historique notamment par l'intermédiaire d'Eugen Ehrlich qui citait abondamment Savigny dans ses écrits¹). Roscoë Pound, bien sûr, le maître de Harvard père de la *sociological jurisprudence*, mais aussi le juge Oliver Holmes - ce juriste qui ne croyait pas au droit - au décapant réalisme de lecteur de Hobbes² ou John H. Wigmore en droit comparé.

On ne saurait non plus oublier Saleilles³. Lambert s'en montre très proche tant sur la critique de l'école exégétique que sur la fonction du droit comparé. Enfin, avec Gény, tour à tour critiqué et admiré, Lambert entretient une relation intellectuelle évolutive faite de réticences et d'intuitions partagées. En 1900, il opine à dénoncer les insuffisances de la méthode classique, mais critique la « libre recherche scientifique » du maître nancéen⁴. De même, s'en sépare-t-il sur la nécessité de l'assentiment du corps social aux solutions judiciaires. Il n'y croit pas et n'y adhérera que très progressivement⁵. Enfin, selon M. Christophe Jamin, à cette époque, il doute de l'utilité du recours aux sciences sociales: sociologie, psychologie collective, droit public rationnel et économie politique, qui lui paraissent être à un stade embryonnaire⁶.

Il juge que «l'heure est encore prématurée pour arrêter les méthodes d'une école nouvelle»⁷ et c'est vers l'étude de la jurisprudence qu'il entend se tourner pour en observer les orientations et en guider les infléchissements. Ce sera l'objet de la

¹ V. Notamment E. Ehrlich, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913, *The Fundamental Principles of the Sociology of Law*, 1936, New York, Russell & Russell, 1975, p.24 et « The Sociology of Law », 1922, *Harvard Law Review*, 36, p.100 s.

² En revanche, il ne semble pas avoir fréquenté la revue l'*Année sociologique* ni ses principaux collaborateurs au nombre desquels Emmanuel Lévy en dépit de leur commune opposition aux thèses de Georges Ripert.

³ Un des «chers maîtres» auxquels est dédié *La fonction du droit civil comparé*. V. sur cette question l'article de Ch. Jamin, *art. précit.*, p. 733 ss

⁴ Telle qu'exposée dans *Méthode d'interprétation et sources*. Lambert estime impossible de découvrir la «nature des choses positives» parce que «ce prétendu rapport nécessaire se présente dans nos esprits sous la couleur que lui imprime le reflet de nos passions religieuses ou politiques» E. Lambert «Une réforme nécessaire des études de droit civil», *Rev. inter. enseignement*, t. 40, 1900, p. 236 en particulier note 14.

⁵ E. Serverin, *Sociologie du droit*, La Découverte, 2000, p. 23.

⁶ Chr. Jamin, *art. précit.*, p. 740.

⁷ E. Lambert *art. précit.*, p. 238

«science du *droit civil comparé* ou du *droit commun législatif*»¹. Pour pouvoir observer et influencer les grandes tendances des diverses législations envisagées en pratique, il fera appel à des sciences auxiliaires, statistique ou réalisation d'enquêtes² et c'est donc le droit comparé (A) qui le conduira à se tourner vers les sciences sociales pour étendre la notion de sources du droit (B).

A - Le droit comparé

Très tôt, l'œuvre de Lambert apparaît dominée par la préoccupation d'introduire dans la recherche et l'enseignement un droit comparé renouvelé dans ses méthodes et dans ses objectifs. En 1900, à l'invitation de Raymond Saleilles, il intervient comme rapporteur général au Congrès International de Droit Comparé de Paris. Son rapport intitulé *Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Le droit comparé et l'enseignement du droit*³, révèle ses exceptionnelles qualités de comparatiste.

Dans les premières années du XXe siècle, alors qu'il prépare la publication de son monumental essai sur *La fonction du droit civil comparé*⁴, Lambert entend inscrire la méthode historique dans une perspective comparatiste comme en témoigne l'étude concernant *La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative*⁵. En 1902 et 1903, il publie presque simultanément trois articles sur la question de l'origine et de l'authenticité de la loi romaine des XII Tables passés relativement inaperçues hors des cercles historiens⁶. Il s'y montre pionnier de l'école dite hypercritique⁷ et met en cause les méthodes

¹ E. Lambert *art. précit.*, p. 240.

² Chr. Jamin, *art. précit.*, p. 741.

³ E. Lambert, «Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Le droit comparé comparé et l'enseignement du droit», Rapport général au Congrès International de Droit Comparé tenu à Paris en 1900, *Procès-verbaux et documents de ce congrès*, LGDJ, t. I, p. 26-60.

⁴ *Etudes de droit commun législatif. La fonction du droit civil comparé*, LGDJ, 1903.

⁵ *La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative*, LGDJ, LGDJ, 1902, 108 p. L'ouvrage a été très vite traduit en espagnol et annoté par Garcia Herreros, Professeur à l'Université de Madrid, *La tradicion romana sobre la sucesion de formas del testamento ante la historia comparada*, Impr. Revista de legislación, 1904. Déjà cette étude montre un vif intérêt pour la question des critères de l'école de Mommsen et laisse paraître une certaine perplexité à l'égard de l'école historique.

⁶ *La question de l'authenticité des XII tables et Annales Maximi*. Extrait de la *Nouvelle Revue historique de Droit*, Larose, 1902; *L'histoire traditionnelle des XII tables et les critères d'inauthenticité des traditions en usage dans l'école de Mommsen*. Extrait des *Mélanges Ch. Appleton*, Paris, A. Rey, *Annales de l'Université de Lyon*, 1903 ; *Le problème de l'origine des XII tables. Quelques contributions empruntées à l'histoire comparative et à la psychologie des peuples*. Extrait de la *Revue générale de Droit*, Paris, A. Fontemoing, 1903. La réfutation publiée par Girard est instantanée mais laisse néanmoins ouvert jusqu'à nos jours le débat sur les XII Tables : P. Fr. Girard, «L'histoire des XII Tables», *RHD* 1902, p. 381-436 ; pour une description globale du débat cf. notamment J. Ellul, *Histoire des institutions*, PUF, 5e éd., 1979, p. 284-292 et 359 et J. Gaudemet, *Les naissances du droit*, Domat Montchrestien, 2e éd., 1999, p. 86-87.

⁷ Qui pousse jusqu'à ses dernières conséquences la méthode défendue initialement par Seignobos. Les questions relatives à un document écrit - qui l'a écrit? quand? comment? où? - dépassent le cadre de la

exclusivement philologiques de l'école allemande de Mommsen. Il finira d'ailleurs par rompre avec l'histoire du droit et - la modération n'étant pas son fort -, s'en prendra parfois violemment au droit romain en s'indignant de ce que des enseignements « d'archéologie juridique » prennent le pas sur l'enseignement de la « jurisprudence comparative moderne »¹.

Quoi qu'il en soit, la rencontre avec le droit comparé oblige à s'interroger sur l'effectivité peut-être plus profondément qu'en se bornant à son propre système juridique et à en tirer quelques enseignement pour améliorer la législation nationale. Parlant du législateur national que l'on souhaite éclairer, Lambert écrit : « Il faudrait surtout qu'on lui décrive les expérimentations légales instituées au dehors, non pas sous la forme théorique que le législateur étranger a rêvé de leur donner, mais sous la forme où elles ont été effectivement poursuivies dans la pratique ». Il avertit que l'information purement législative devient encore plus dangereuse et décevante quand on l'applique à l'étude du droit comparé, envisagé soit dans sa fonction commerciale (c'est-à-dire informative), soit dans sa fonction scientifique².

La fonction informative du droit comparé

Pour Lambert, le droit comparé doit remplir un rôle de « documentation nationale » et se trouve, selon la juste expression de M. Christophe Jamin « mobilisé au service du droit national »³. En la matière, les Etats-Unis montrent la voie car l'*American Bar Association*, travaille depuis longtemps, de concert avec l'*American Law Schools Association*, à établir la « liaison entre le droit anglo saxon et les jurisprudences continentales, en répandant aux Etats-Unis la connaissance des principaux monuments de ces jurisprudences ». Le professeur lyonnais observe que cette association, « gardienne naturelle des intérêts de la science juridique américaine », ne saurait se désintéresser de l'effort à faire pour « propager le rayonnement de la culture juridique américaine au travers des jurisprudences formées à l'école du droit romain »⁴. Preuve en est la communication au titre évocateur prononcée par Eder au congrès de 1920 de l'*American Bar Association* : « Pan-Americanism and the Bar »⁵. Le juriste américain « négligerait son devoir professionnel envers ses clients en ne se préparant pas à s'adapter à l'expansion de notre commerce et à sa position dans le monde », son horizon « doit s'étendre hors de son pays en même temps que les affaires de ses clients » et Eder affirme même :

recherche historique pour irriguer l'ensemble de la méthodologie de la recherche juridique en tant que recherche en science sociale. Ch. Seignobos, *Etudes de politique et d'histoire*, PUF, 1934 est lui-même victime d'une critique radicale et très sévère de l'école des Annales en devenir, v. L. Febvre, « Comptendu de *L'Histoire sincère de la France* de Charles Seignobos, *Revue de synthèse*, 1933.

¹ *EDD*, p. LXXXII.

² E. Lambert, *GJ*, Paris, Marcel Giard, 1921, p. 239.

³ Chr. Jamin, *art. précit.*, p. 741.

⁴ E. Lambert, *GJ*, p. 269.

⁵ Ph. J. Eder, « Pan-Americanism and the Bar » *Reports*, 45, p. 341

«Notre loi américaine doit être une constante source d'inspiration pour les latins d'Amérique et sa diffusion servira notablement la cause du pan-américanisme».

Pour Lambert, les disciplines qui se rattachent à ce qu'il appelle l'industrialisation¹ se prêtent tout particulièrement à la démarche comparatiste². Dès 1903, dans *La Fonction du droit civil comparé*, reprenant la distinction de Rabel entre *comparaison historique* et *comparaison dogmatique*³, il en tire sa propre distinction entre *histoire comparative du droit* et *législation ou mieux jurisprudence comparative*. L'histoire comparative concerne toutes les branches classiques du droit mais se montre insuffisante pour approfondir le droit moderne en ne fournissant «à l'enseignement des divers droit nationaux que des introductions historiques mais non une aide directe pour interpréter les textes législatif en vigueur ou suppléer à leurs lacunes»⁴.

C'est pourquoi, en 1921, Lambert estime que l'heure est venue «où la législation comparée doit faire place à la jurisprudence comparative» en précisant aussitôt qu'il ne s'agit pas de substituer «à la comparaison des textes législatifs, une aussi sèche comparaison des textes judiciaires». Car, la jurisprudence n'est pas plus la source unique du droit dans les pays de *common law* que dans les Etats législatifs, mais seulement une «pièce d'assemblage qui coordonne le jeu de toutes les autres pièces du mécanisme d'élaboration du droit, l'instrument central qui mélange et dose les éléments apportés, d'une part par la législation, et de l'autre, par la pratique extrajudiciaire sous toutes ses formes»⁵.

C'est en particulier dans les rapports qu'entretient le droit avec l'économie moderne que le comparatisme se voit attribuer très explicitement un rôle central: «Les problèmes qui surgissent aujourd'hui dans les branches les plus vivantes du droit, - ceux que soulèvent les transformations dans le mécanisme de la production, de la circulation et de la consommation des richesses ou des conditions nouvelles de fonctionnement du travail de l'industrie et du commerce, - prennent désormais une amplitude mondiale et se présentent sous des formes presque identiques dans tout l'ensemble de la communauté des peuples civilisés»⁶.

¹ Bien mieux que les grands chapitres du droit civil: affaires, arbitrage, commerce, travail etc.

² Famille, successions, régimes matrimoniaux, propriété immobilière.

³ Rabel, «Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung», *Rheinische Zeitschrift für Zivil und Prozessrecht*, XIII, 1925.

⁴ *EDD*, p. LXVII.

⁵ «la pratique administrative (...), le *conveyancing* ou la pratique notariale qui exerce sur la jurisprudence en Angleterre et aussi, quoique à un moindre degré, aux Etats-Unis, une influence plus tyrannique que chez nous, les usage du commerce et des affaires, les statuts et les règles de discipline des groupes sociaux en antagonisme et l'ensemble d'observances économiques ou morales qui constituent en quelque sorte le cordon ombilical par lequel le droit reste constamment uni au milieu social qui l'alimente», E. Lambert, *GJ*, p. 256-257.

⁶ On retrouve ici la notion de droit commun du monde civilisé défendue par R. Saleilles in «Le droit commercial comparé - Contribution à l'étude des méthodes juridiques. A propos d'un livre de M. A. Saffa», *Annales de droit commercial*, 5e année, 1891, p. 220-221. Lambert ajoute une observation qui

Lambert rappelle de manière récurrente que dans certaines matières « le nivellement des droits locaux apparaît comme l'une des aspirations les plus impérieuses et les plus légitimes d'un commerce ou d'une industrie qui s'internationalisent chaque jour un peu plus et où l'action (...) des groupements qui dirigent et ordonnent les mouvements de la vie commerciale et industrielle, a déjà largement déblayé le terrain pour le travail de synthèse et de conciliation du droit comparé » ou du droit envisagé comme le « centre de convergence des disciplines d'application des sciences sociales »¹. Dès les années 1920, il considère que les milieux « de producteurs, de travailleurs et de commerçants » aspirent de plus en plus à ce que les parties du droit qui régissent leurs relations économiques « cessent de varier avec les frontières politiques de chaque pays et s'adaptent aux conditions actuelles de fonctionnement de leurs branches d'activités économiques. C'est devenu l'un des refrains de tous les congrès d'hommes d'affaires »².

En effet, dans la mesure où les opérations commerciales de grande envergure concernent des gens de nationalités différentes, ceux qui s'engagent dans ces transactions internationales ont grand intérêt à être renseignés, non seulement sur la solvabilité financière de leurs cocontractants, mais aussi « sur leur *solvabilité juridique*, c'est-à-dire sur le traitement que les droits auxquels sont soumis ces cocontractants donneront aux transactions projetées ». Ainsi, une bonne organisation nationale de l'information juridique étrangère devrait permettre aux conseillers des commerçants et industriels de leur fournir sur chacun de leurs clients une « *fiche de solvabilité juridique* ».³ Sans ce levier commercial, la France n'aurait aucune chance « d'obtenir jamais les instruments de travail indispensables à l'étude scientifique du droit comparé »⁴.

La fonction « scientifique » du droit comparé

Ce qu'Edouard Lambert qualifie de fonction scientifique du droit comparé pourrait aussi bien être qualifiée de fonction idéologique puisqu'il attribue à cette discipline une « mission essentielle... de pacification économique et d'entente commerciale internationale » et lui assigne la tâche de combattre, dans la mesure du possible, la diversité des droits qui lui apparaît, en tant qu'elle porte sur leurs

demeure d'une remarquable actualité: « Il y a là un faisceau de plus en plus complexe de matières neuves de politique juridique, que le législateur n'aborde d'ordinaire que quand le terrain a déjà été déblayé par l'effort combiné des représentants des classes intéressées et des membres de la profession légale, et sur lesquelles d'ailleurs il ne peut tracer que des directives générales à la pratique », E. Lambert, *GJ*, p. 242.

¹ *EDD*, p. LXVIII.

² *EDD*, p. XC.

³ *Fonction du droit civil comparé*, p. 8-15. A cet égard, Lambert, reconnaît avoir jadis traité trop légèrement cette façon de concevoir l'étude des droits étrangers comme l'accessoire et le prolongement du droit international privé en en sous-estimant la force, E. Lambert, *Le gouvernement des juges*, p. 24.

⁴ E. Lambert, *GJ*, p. 240.

chapitres commerciaux, comme un mal social, «comme l'une des forces obscures qui s'opposent à la substitution dans les rapports internationaux de la paix du droit à la paix armée». Il y a coïncidence entre une posture idéologique et une posture doctrinale au sens où Lambert croit que l'étude comparative des systèmes de droit et des cultures juridiques, qui se partagent la communauté internationale, «n'est pas seulement destinée à éclairer par le contraste leurs génies propres, mais a pour but principal de préparer, en les dénonçant, l'élimination des survivances qui fourmillent dans chacun de ces corps de droit et qui, en même temps qu'elles entravent l'adaptation de ces corps de droit aux besoins du temps présent, contribuent à les isoler dans un nationalisme boudeur et aveugle»¹. Ce faisant, il prend nettement parti dans le vaste débat doctrinal sur la finalité du droit comparé: mise en évidence de spécificités irréductibles ou réduction des différences.

Il admet que c'est là une «conception de combat» mais la revendique en affirmant qu'il y a des formes permanentes du combat social à l'égard desquelles le juriste ne peut pas rester neutre: «celles qui, de tous temps, ont mis aux prises les avocats du particularisme juridique²... et ceux qui travaillaient à fondre ou à unir ces coutumes locales dans des coutumes générales, puis dans des droits à cercle d'application de plus en plus large»³. Il voit dans le droit comparé comme une machine de guerre contre les doctrines juridiques nationalistes: «Les défenseurs du provincialisme ou du nationalisme juridique font preuve de prudence et de perspicacité quand ils se refusent à sortir de l'horizon borné de leur droit local. Ceux d'entre eux qui se laisseraient entraîner à l'étude comparative des droits, se feraient les complices inconscients de l'entreprise de rapprochement et d'interpénétration entre les droits nationaux que la majorité des comparatistes poursuit volontairement et systématiquement»⁴.

Au demeurant, cette charge antinationale n'implique nullement une soumission au droit anglo-saxon qu'il n'épargne pas dans ses attaques. Durant les quelques mois où il dirige l'Ecole Khédiviale du Caire, d'octobre 1906 à juin 1907, Lambert n'hésite pas à se dresser contre les autorités anglaises auxquelles il reproche de chercher à détruire l'influence française en Egypte et sa fracassante démission provoque même un grave incident diplomatique⁵. Paradoxalement, le chantre du comparatisme unificateur est en même temps celui de l'affirmation des groupes ou familles préfigurant les grands systèmes de René David⁶.

¹ E. Lambert, *GJ*, p. 241.

² «particularisme de paroisse ou de clocher, de manoir ou de châtelainie, de comté ou de baillage, puis particularisme provincial ou particularisme d'état», E. Lambert, *GJ*, p. 241-242.

³ E. Lambert, *GJ*, p. 241-242

⁴ E. Lambert, *GJ*, p. 242

⁵ Chr. Jamin, *art. précit.*, p. 749 qui pour plus de précisions renvoie à M. Millet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, th. Paris II (sc. po.), 2000, t. I, p. 59 ss.

⁶ R. David et C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, 10e éd. 1992.

B - L'extension de la notion de sources du droit

Dans sa critique de la méthode exégétique, Lambert se range sous la bannière de Géný en soutenant que les entreprises collectives de documentation juridique internationale «ont été guidées et limitées par la croyance à la toute puissance et à l'aptitude à tout régler d'avance de la législation écrite». Une croyance, «dégagée par la philosophie sociale de l'époque révolutionnaire et fortifiée par l'ivresse de la codification qui a dominé tout le XIXe siècle et reste encore aujourd'hui prépondérante chez nous, en dépit de la critique si pénétrante à laquelle l'a soumise François Géný»¹.

Il propose de distinguer quatre sources principales, quatre matrices, du droit positif: 1 La matrice législative, le droit fait par les législatures; 2 La matrice judiciaire, le droit fait ou dégagé par les juges (jurisprudence française, *common law* ou *case law* anglo-américaine; 3° La matrice administrative, le droit fait par les administrations ou par leurs juridictions et commissions, la pratique administrative; 4° Le droit corporatif et les pratiques extrajudiciaires². Il réserve évidemment une place particulière au *common law*, mais innove surtout en ce qui concerne le droit administratif, le droit corporatif et les pratiques extra-judiciaires.

Le *common law* ou *case law*

Au lecteur français, Lambert rappelle la distinction entre *common law* ou *case-law* et *statute-law* américain. L'un est «la coutume juridique anglaise, adaptée aux conditions de la société américaine d'aujourd'hui par le travail des cours de justice»³, l'autre «le droit établi par la branche législative du gouvernement: le Congrès fédéral ou les législatures d'Etats»⁴. Il signale que «quelques esprits réalistes», comme le professeur J. Chipman Gray⁵, définissent le *common law* «un droit fait par les juges» tandis que les législateurs, «attachés aux traditions professionnelles», continuent à y voir, à la suite de Blackstone, «une coutume générale et immémoriale déclarée telle de temps en temps par les décisions des cours de justice (...)». D'où une conclusion en forme de définition: «Ce qui est certain, c'est que le droit n'est écrit que dans les sentences judiciaires»⁶. On peut voir dans le *common law* l'équivalent de ce que l'on appelle en France *jurisprudence*, à cette différence qu'en France⁷ la jurisprudence met en œuvre des textes législatifs, «tandis

¹ E. Lambert, *GJ*, p. 237. Lambert donne les références des passages les plus significatifs de F. Géný, *Méthodes...*, §§35-81 de l'édition de 1899 et les additions de l'édition de 1919, I, p. 193 et s.

² *L'enseignement du droit*, p. XXXVII.

³ E. Lambert, *GJ*, p. 16.

⁴ E. Lambert, *GJ*, p. 18.

⁵ J. C. Gray, *Nature and sources of the law*, Columbia University Studies, 1909.

⁶ E. Lambert, *GJ*, p. 17.

⁷ «comme dans tous les pays latins et germaniques que les Américains groupent sous le nom de pays de *civil law* pour les opposer à ceux qui ont adopté comme fond commun de leur droit le *common law* anglais», E. Lambert, *GJ*, p. 17-18.

«tandis que les cours des pays de *common law* interprètent une coutume qui, avant la consécration législative, n'était écrite nulle part»¹.

La remarque sur les opinions dissidentes dans le *common law* apparaît inévitablement plus convenue. Lambert rappelle qu'elles sont délivrées «soit par l'un des juges au nom de la minorité, soit par des opposants en leur nom personnel, les *dissidents*, qui, dans les *law reports*, prennent place à la suite de l'«opinion» émise au nom de la majorité». et nous présentent ainsi «les arguments de l'antithèse en face de ceux de la thèse qui a prévalu». Il ajoute qu'on en a souvent signalé l'importance «pour la compréhension du droit constitutionnel américain et surtout pour la prévision de ses mouvements»². On notera que ces remarques ne peuvent laisser indifférent l'administrativiste confronté au fameux laconisme du Conseil d'Etat et ne disposant au mieux que des conclusions du commissaire du Gouvernement dont on a maintes fois souligné l'importance pour la connaissance du droit administratif³.

Le droit administratif, le droit corporatif et les pratiques extrajudiciaires

C'est au regard des deux dernières catégories, celle du droit administratif et celle du droit corporatif et des pratiques extrajudiciaires, que la méthode de recherche de Lambert se révèle la plus novatrice et la plus ancrée dans la réalité socio-économique locale.

D'abord le droit administratif. Commentant l'entreprise de l'école lambertienne, Hauriou en retire que dans les pays «à régime administratif fortement constitué comme la France, le droit administratif semble s'être séparé du droit civil pour absorber en lui tout ce que ce droit contenait antérieurement de police juridique et de directives, et ne laisser à ce droit civil épuré que le fond du droit dans un ensemble cohérent de règles de droit». Il note que le sens de cette évolution «a été fortement marqué par Edouard Lambert et ses collaborateurs (cfr. Sanhoury, p. 69 et s.; Wasserman, *L'œuvre de la Federal Trade Commission aux Etats-Unis*, préface de Lambert et corps de l'ouvrage; El Araby, *La conscription des neutres*, p. 217)», à la suite, d'ailleurs, de Roscoe Pound, «dans ses travaux sur l'application administrative du Droit»⁴.

Ensuite, le droit corporatif et les pratiques extra-judiciaires. Un élève de Lambert, Masaichiro Ishizaki, effectue sous sa direction une enquête de terrain

¹ E. Lambert, *GJ*, p. 17-18.

² E. Lambert, *GJ*, p. 62.

³ V. par exemple la belle thèse de M. Deguergue, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, LGDJ 1993.

⁴ M. Hauriou, «Police juridique et fond du droit. A propos du livre d'Al Sanhoury: les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise et à propos des travaux de l'Institut de droit comparé de Lyon», extrait de la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1926, rééd. *Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, publié dans les *Cahiers de la nouvelle journée*, n°23, Librairie Bloud & Gay, Paris, 1933, p. 158-159.

portant sur le commerce des soies à Lyon¹. Si elle est menée à Lyon pour d'évidentes raisons pratiques, l'enquête permet d'examiner les codifications d'usages des ventes et des règlements d'arbitrage corporatif établis par les associations de la soie sur les principales places internationales.

A la surprise de Lambert lui-même, l'enquête révèle que les droits corporatifs ne se limitent pas à des annexes, des prolongements ou des racines du droit législatif ou judiciaire mais «constituent des corps de droit distincts, bâtis par les groupements corporatifs pour l'usage de leurs membres, en rivalité avec les droits édifiés par les juristes»². Face à un constat de pluralisme juridique, ou même de simple autonomie, se dresse l'objection habituelle selon laquelle la validité d'un droit non étatique dépend en dernière instance de sa reconnaissance ou non par le droit étatique. Lambert y répond par avance en précisant que ces droits corporatifs disposent «de moyens efficaces de défendre leur autonomie relative, grâce au développement du contrat-type et de ses deux clauses essentielles (...) dont l'une donne compétence aux codifications d'usage de la corporation pour régler toutes les difficultés que pourra soulever le contrat, et dont l'autre attribue compétence aux institutions arbitrales de la corporation pour résoudre les litiges nés du contrat en conformité avec des règlements arbitraux, qui excluent tout appel sur le fond aux juridictions de droit commun». Il précise que ces règlements arbitraux invitent les arbitres à appliquer une justice d'équité ou une justice «substantielle», c'est-à-dire «en harmonie avec les besoins et les conditions du commerce»³. Ces observations ne placent pas seulement Lambert en avance sur son temps, elles annoncent le droit contemporain de l'arbitrage et demeurent d'une actualité certaine, singulièrement par la pratique⁴

¹ Les résultats se trouvent consignés dans les tomes 18, 19 et 20 de la *Bibliothèque de l'Institut de Droit comparé*.

² *EDD*, p. XLIII.

³ *EDD*, p. XLIV. Avant de constater sans surprise que «Cette entrée en scène du droit corporatif, sous l'égide du contrat ou du marchandage collectif, de la codification d'usages professionnels et de l'arbitrage commercial ou industriel, se produit précisément sur les terrains qui seuls rentrent dans le champ d'action efficace du droit comparé, droit du commerce et des affaires, du travail et de la production, de l'activité économique en général». Par les échanges avec ses correspondants allemands, Lambert apprend que l'approche qu'il entend faire prévaloir tend au même objectif que l'école allemande dite de l'étude des faits juridiques (*Rechtstatsachenforschung*) développée par Arthur Nussbaum à l'Université de Berlin dans le domaine de l'arbitrage commercial, d'abord par la publication de deux ouvrages *Deutsches Hypothekenwesen*, Tubingen, Mohr, 1913 et *Das Geld in Theorie und Praxis des Deutschen und Ausländischen*, Tubingen, Mohr, 1925 ensuite, et surtout, par la publication régulière, à partir de 1926, d'une revue : *Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen in Zivil und Handelssachen*, Berlin, Carl Heymann. Un projet identique anime les praticiens. Parmi ces derniers, le docteur Rudolf Isay entreprend de publier une collection de monographies sur le droit des cartels et des trusts dans les principales législations. C'est dans cette collection bilingue, grâce à une entente entre la librairie Carl Heymann et la librairie du Recueil Sirey, que Léon Mazeaud publie *Le régime juridique des ententes industrielles et commerciales en France*.

⁴ On ne s'étendra pas ici sur la vitalité de la clause compromissoire ni sur la question bien connue de son autonomie. On rappellera en revanche que si l'art. 1482 du NCPC dispose que la sentence arbitrale est susceptible d'appel, c'est sous réserve que les parties n'y aient pas renoncé dans la convention

que ne montrent pas les décisions des cours étatiques¹.

Ces domaines, qui relèvent pour une large part du droit privé ne sauraient pourtant laisser indifférent le publiciste. L'interventionnisme économique croissant de l'Etat, sa présence plus ou moins discrète dans les mécanismes de régulation de l'activité économique intéressent le publiciste tout autant que le privatiste et la crise du service public dans les années 1930 n'est pas étrangère à l'émergence d'un droit public économique. La doctrine administrativiste rend compte de ces mouvements et les accompagne parfois à travers les commentaires de jurisprudence. Lambert ne s'y trompe pas en écrivant: «La publication du volume d'annotations d'arrêts de Maurice Hauriou, que la librairie du *Recueil Sirey* prépare en ce moment, montrera à nos collègues du nouveau monde, que, de sa chaire universitaire et de son cabinet de travail de Toulouse, le maître par excellence de la science du droit administratif français a exercé sur la coordination des principes directeurs de la jurisprudence de notre Conseil d'Etat une action comparable, à bien des égards, à celle qu'ont produite sur la marche de la jurisprudence constitutionnelle de la Cour suprême des Etats-Unis - qui, si souvent se rencontre sur des terrains communs avec notre jurisprudence du contentieux administratif - les dissents des juges Holmes et Brandeis»².

2. L'enseignement du Droit

Selon Edouard Lambert, la réflexion sur l'enseignement du droit doit s'inscrire dans une démarche comparatiste et plus précisément d'une comparaison entre la France, pays de *civil law* et les Etats-Unis, pays de *common law* (A). Cette comparaison conduit à envisager des perspectives d'évolution dans ces deux pays (B), mais par-delà les rapprochements possibles et souhaitables, Lambert plaide pour une prise en compte de la dimension internationale de l'enseignement du droit (C)

A- La comparaison de l'enseignement du droit en France et aux Etats-Unis

La comparaison entre la France et les Etats-Unis fait apparaître une grande

d'arbitrage et en précisant qu'elle n'est pas susceptible d'appel lorsque l'arbitre a reçu mission de statuer comme amiable compositeur, à moins que les parties n'aient expressément réservé cette faculté dans la convention d'arbitrage. De plus, quiconque s'est intéressé, même de très loin, au droit de l'arbitrage moderne sait que la pratique de l'arbitrage donne lieu à un nombre relativement faible d'appels. Ainsi, en matière de litiges relatifs aux contrats de franchise - qui forment une bonne part de l'activité d'arbitrage - les franchiseurs ne font-ils pas appel des sentences rendues à leur rencontre, pour éviter une publicité qui conduirait d'autres franchisés à recourir à leur tour aux juridictions arbitrales.

¹ «les juges ne sont d'ordinaire saisis que des problèmes soulevés par les accidents ou les irrégularités de la vie économique. Le jeu normal du commerce, de l'industrie, de l'ensemble des activités corporatives est assuré, pour une part de plus en plus large, par une série d'usages, de règles et de standards juridiques, qui s'édifient sans appel à la collaboration des cours de justice», *EDD*, p. XLIV.

² *EDD*, p. CIII.

différence méthodologique dans l'enseignement du droit, et la nécessité d'une meilleure connaissance réciproque des méthodes utilisées. Mais par-delà cette différence de méthode, l'organisation des enseignements révèle un manque de cohérence de l'enseignement du droit dans les Facultés américaines qui s'oppose à la formation généraliste des juristes français.

La différence de méthode dans l'enseignement du droit

Edouard Lambert expose l'intérêt de la méthode du cas¹ surtout connue en Europe par le rapport d'enquête publié en 1914 par Josef Redlich². Cette méthode, «que ses partisans qualifient socratique et inductive, mais qu'un enquêteur, qui lui est favorable, a plus exactement appelé empirique, cherche à s'inspirer, en les dominant et en les assouplissant, des lois même de la formation par la pratique, de l'éducation dans l'office du praticien» explique Lambert qui en détaille les modalités: «Sans aucune préparation préalable, sans tolérer l'aide de manuels ou de cours d'exposition synthétique, elle place, dès la première minute, l'étudiant en face des problèmes juridiques tels qu'ils se posent dans la pratique, sous la forme de «cas de lois» soumis aux juges au travers d'espèces concrètes. Elle l'exerce à dégager, sous la direction discrète du professeur, les principes mis en jeu dans chaque «cas» ainsi que les raisons d'être de la conciliation donnée par la jurisprudence à ces principes en conflits, et ne l'abandonne à lui-même que quand le maniement quotidien, prolongé pendant des années, des recueils de «cas choisis» l'a mis en possession suffisante des secrets du raisonnement juridique»³.

Le maître de Lyon constate qu'en présentant aux futurs juristes les décisions des cours de justice comme les seuls matériaux de la loi dignes de vénération et d'étude, la méthode du cas conduit à des résultats «exactement opposés à ceux de notre méthode traditionnelle d'éducation légale»⁴. Il rappelle non sans humour les lacunes décidément intemporelles des étudiants: dont la plupart «sortent des écoles de droit, ayant entendu commenter pendant trois ans les textes de nos Codes et de nos lois spéciales, mais sans avoir jamais ouvert un volume du *Dalloz* ou du *Sirey*. Ce qui ne présente, d'ailleurs, d'inconvénients que pour eux, et non pour l'intérêt

¹ «Nous aurions profit à l'étudier de plus près. Elle nous permettrait, par sa comparaison, de mieux comprendre, et ce que vaut le procédé d'enseignement dont nous a doté Liard, et ce qui nous a manqué jusqu'ici pour lui faire porter tous les fruits qu'il devrait donner», E. Lambert, *GJ*, p. 24.

² Pour le compte de la *Carnegie Foundation for the advancement of teaching*, sous le titre *The common law and case-method in American University law schools*, Bulletin n°8 de la *Carnegie Foundation f. a. of teaching*, New-York, 1914, p. 57. Les conclusions de l'enquête de Redlich ont été vivement critiquées au motif que sur 150 écoles de droit américaines, il n'en a visité que 10 et que 4 sur ces 10 n'employaient pas du tout la méthode du cas, alors que parmi les six restantes, il y en avait qui ne l'employaient pas complètement et qu'il y avait une large part d'arbitraire dans la classification entre les écoles américaines qui avait amené à ne retenir qu'une dizaine d'entre elles comme formant le groupe des Universités dirigeantes.

³ E. Lambert, *GJ*, p. 25.

⁴ E. Lambert, *GJ*, p. 25-26.

général. Le premier contact de la pratique leur apprendra ce que vaut et ce que peut la jurisprudence, et les obligera à compléter eux-mêmes leur éducation professionnelle¹. Il ne se présente nullement comme un laudateur naïf de la méthode du cas dont il dénonce souvent les risques en affirmant la supériorité de la notion latine de la jurisprudence dont toute déviation dans le sens d'un rapprochement avec la notion américaine du *case-law* «serait de nature à contrarier les efforts faits pour réconcilier les disciplines juridiques avec la science sociales»².

Au contraire, l'étudiant, formé au *case system*, «quitte les bancs de la faculté avant d'avoir eu sous les yeux un recueil quelconque de textes législatifs, et le plus souvent sans même avoir entendu lire et expliquer les dispositions les plus importantes des statuts récents»³. Toutefois, il serait injuste de faire peser «sur la *méthode du cas* la responsabilité intégrale de cette exclusion du *statute law* de l'enseignement universitaire américain»⁴ car la faute en incombe plutôt au manque de cohérence qui caractérise l'enseignement du droit dans les universités du Nouveau Monde.

Le manque de cohérence de l'enseignement du droit dans les Facultés américaines

Les écoles de droit américaines se voient reprocher de s'être préoccupées trop exclusivement des intérêts immédiats de carrière de leurs étudiants, «ou plutôt de la conception, toujours égoïste et souvent à courte vue, qu'ils s'en faisaient», et de s'être beaucoup trop détournées «des intérêts généraux des cadres sociaux dans lesquels ces étudiants aspirent à entrer». Lambert n'hésite pas à soutenir que «L'utilitarisme étroit de leurs programmes et l'empirisme de leurs méthodes d'enseignement ont gravement nui à leur crédit scientifique»⁵. Au fond, les avantages «plus apparents sur le terrain économique que sur celui de la liberté de pensée scientifique» que l'enseignement du droit a retirés du «régime américain de libre concurrence, ont été payés jusqu'ici d'une fort lourde rançon».

La critique à l'encontre des universités américaines porte sur la fragmentation et la parcellisation des enseignements qui se rattachent à l'industrialisation. Lambert reprend les critiques d'un collègue américain⁶ qui juge «paradoxal de disperser en

¹ E. Lambert, *GJ*, p. 26.

² E. Lambert, *EDD*, p. CVI.

³ Lambert cite dans ce sens Horace A. David qui critique dans les termes suivants l'enseignement qu'il a reçu à l'Université dans sa jeunesse : « Quand j'ai été admis au barreau, je n'avais étudié que deux statuts, le *statut of frauds* (un vieux statut anglais de 1677) et le Code de procédure civile. Je regardais le *common law* (c'est-à-dire la jurisprudence) comme un guide approprié aux conditions existantes et les recueils d'arrêts comme les seules sources d'information.

⁴ E. Lambert, *GJ*, p. 27.

⁵ *EDD*, 1929, p. XIX.

⁶ Il s'agit d'Edwin F. Albertsworth, professeur à la Northwestern University, qui vient d'achever ses *Cases on Industrial Law*. L'ouvrage, préfacé par Lambert, Wigmore et Holdsworth paraîtra en 1930.

une série de cours spéciaux» et de prétendre isoler dans l'enseignement «ces vases communicants que sont les lois contre les trusts, la réglementation de l'activité des entreprises commerciales d'ampleur nationale ou les trade-associations et la réglementation des armes et moyens de contrainte économique autorisés de part et d'autre dans les conflits du travail»¹. Pendant que les Facultés de droit dispersent leurs enseignements sans cohérence, les collèges ou écoles de commerce ou d'administration des affaires, les départements économiques, les collèges d'arts libéraux des grandes universités réfléchissent sur l'enseignement commercial et industriel. A la différence de ce qui se passe dans les Facultés de droit les formations non juridiques ressentent comme évidente la relation entre la recherche de science sociale des départements économiques des *Colleges of Arts* et la pratique de l'école d'administration des affaires. Paradoxalement, «on est habitué dans ces milieux, comme dans beaucoup d'autres, à penser que les recherches de science sociale ne peuvent être utilement poursuivies que dans les *Colleges of Arts*, ces frères américains de nos Facultés des Lettres»².

La formation généraliste des juristes français

En France, au contraire, les Facultés de droit «sont depuis longtemps devenues les distributrices officielles de l'enseignement des sciences sociales, non seulement sans rien abdiquer de leurs tâches professionnelles, mais dans le but de les remplir plus efficacement»³.

A cela Edouard Lambert voit deux causes principales. La première tient à ce que l'Etat «a été en mesure, grâce à son monopole de la délivrance des grades universitaires, d'imposer à leurs étudiants l'acquisition d'un fond général de culture de science sociale comme base de leur préparation professionnelle»⁴. La deuxième tient à l'objectif de formation des Facultés françaises et à «la nature de leur clientèle qui, ne se compose pas uniquement de futurs praticiens du droit, mais comprend aussi des aspirants aux carrières administratives ou politiques et, pour une très large mesure, de futurs hommes d'affaires ou directeurs d'entreprises commerciales»⁵.

C'est pourquoi Lambert se demande s'il serait bien opportun de donner suite aux suggestions de la Faculté de droit de Paris qui par la voix de Georges Ripert⁶ souhaite modeler «en une série unique, les esprits de tous les candidats à la licence, quelle que soit la diversité des carrières auxquelles ils se préparent». Ripert propose de débarrasser le cycle normal d'études «d'une bonne part des enseignements de science sociale que la volonté tenace de Liard y avait fait pénétrer», et range parmi les enseignements destinés à être éliminés ou réduits à la portion congrue «la plupart

¹ EDD, p. LIII.

² EDD, p. XXI.

³ EDD, p. XXII.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ G. Ripert, *La réforme des études dans les Facultés de droit*, Paris, Renouard, 1921.

des disciplines comparatives: les principes du droit public qui disparaissent de la licence, le droit constitutionnel comparé dont le nom est omis, peut-être par mégarde, dans les programmes proposés pour le doctorat, et enfin le droit comparé proprement dit, qui serait réduit à un rôle encore beaucoup plus effacé qu'aujourd'hui et continuerait à n'être toléré que sous la forme antique et inoffensive de la législation civile comparée»¹. C'est donc aussi une vision publiciste des Facultés de droit que Lambert défend dans ce débat.

Ce «régime de licence rigide» serait peut-être approprié aux besoins d'une faculté qui peut sans inconvénients «ne se préoccuper, dans la fixation de ses programmes normaux et élémentaires, que de la préparation au barreau et à la magistrature, parce que ceux de ses étudiants qui s'orientent vers d'autres destinations sont déjà habitués à doubler son enseignement par celui de l'Ecole des sciences politiques». En revanche il ne saurait convenir «à la clientèle de nos universités provinciales qui ne bénéficient pas de la même division du travail entre l'enseignement universitaire et l'enseignement supérieur libre». Dès lors, le maintien du système des cours à option «peut seul assurer à la partie de cette clientèle qui se destine aux carrières commerciales ou industrielles, administratives ou coloniales, la culture juridique appropriée qu'elle ne saurait trouver sur place hors de l'Université»².

Le professeur lyonnais souhaite d'ailleurs aller plus loin dans la spécialisation géographique en soutenant que ce système «demanderait même à être assoupli encore pour laisser aux facultés, comme celle de Lyon, qui fonctionnent dans des places de commerce international, la possibilité de s'adapter aux besoins du commerce extérieur»³.

B - Les perspectives d'évolution de l'enseignement du droit en France et aux Etats-Unis

L'évolution de l'enseignement du droit, si elle apparaît nécessaire, voire indispensable, dans les Facultés françaises, est largement prévisible dans les Facultés américaines.

L'évolution nécessaire de l'enseignement du droit dans les Facultés françaises

En dépit des points forts évoqués précédemment, Lambert relève deux «graves imperfections du fonctionnement pratique de l'enseignement des facultés de droit françaises»⁴: d'une part, «un défaut d'assemblage entre les groupes de disciplines auxquelles il fait appel»; d'autre part «le maintien entre les matières

¹ E. Lambert, *GJ*, p. 270, note 1.

² E. Lambert, *GJ*, p. 270-271, note 1.

³ E. Lambert, *GJ*, p. 271, note.

⁴ *EDD*, p. XXXVI.

d'enseignement d'une hiérarchie officielle des valeurs qui ne correspondent plus aux besoins d'une société industrialisée»¹.

Le premier défaut tient à l'assemblage. Lambert dénonce l'absence de rapport entre les enseignements économiques et l'enseignement du droit privé en signalant que ce défaut, commun à toute l'Europe², est bien moins saillant en droit public. Les économistes des Facultés de droit y ont sans doute leur part de responsabilité, qui s'attachent à des dogmes abstraits sans considération des phénomènes sociaux ou se laissent séduire par la «méthode quantitative», qui leur donne l'illusion d'atteindre des certitudes mathématiques et les empêche «de tenir leurs doctrines en un contact suffisant avec les réalités mouvantes du milieu social actuel pour que les juristes puissent y puiser des directives efficaces dans l'adaptation du droit à ces réalités»³. L'essentiel de la faute en revient néanmoins aux juristes qui considèrent exclusivement certaines sources du droit⁴ en ignorant les quatre sources principales précédemment examinées sur lesquelles il entend fonder sa méthode de recherche⁵.

Le maître lyonnais se dit persuadé que l'étude des faits juridiques dont l'absence constitue en France une lacune de l'enseignement universitaire, sera bien vite introduite dans les écoles de droit américaines⁶ et signale que son collègue Samuel Williston consacre l'un des cinq volumes de son traité, *The Law of Contract*, «à la reproduction d'un choix de formules de contrats-types et autres documents similaires empruntés à la pratique des principaux groupements commerciaux» ceci afin de «mettre sous les yeux des étudiants des spécimens concrets des divers contrats dont il leur décrit, en des formes abstraites, la réglementation légale dans ses trois premiers volumes»⁷.

Le deuxième défaut réside dans le maintien d'une hiérarchie désuète de valeur officielle entre les enseignements. Edouard Lambert se dit en opposition avec l'immense majorité de ses collègues français et même d'Europe continentale en précisant là encore que ses critiques ne visent que le droit privé⁸. En France, l'enseignement du droit romain s'étend sur trois semestres obligatoires, tandis que pour l'enseignement «de celles des institutions juridiques actuelles, au travers

¹ EDD, p. XXXVI.

² «Car c'est là une lacune qui est tout aussi frappante dans les facultés de droit allemandes, autrichiennes ou italiennes que dans les nôtres », EDD, p. XXXVII.

³ EDD, p. XXXVII.

⁴ Lambert précise qu'il entend ici le mot sources au sens de Géný comme désignant tous les mécanismes - constitutionnels, législatifs ou résultant du jeu spontané de l'organisation sociale - qui donnent aux principes, règles et standard du droit leur valeur de droit positif, en leur fournissant, en même temps que des formules ou des définitions, l'appui de la contrainte sociale.

⁵ EDD, p. XXXVII.

⁶ «Le même instinct d'utilitarisme, qui y avait empêché jusqu'ici la pénétration des sciences sociales, obligera, cette pénétration une fois réalisée, à la conduire jusqu'au point où la science sociale devient en état de fournir aux juristes des données directement et immédiatement utilisables», EDD, p. XLVIII.

⁷ EDD, p. XLVIII.

⁸ Il ajoute néanmoins qu'il n'éprouve aucune admiration pour les méthodes suivies par les écoles de droit américaines dans la division de leurs programmes en matières de cours, EDD, p. LI.

desquelles perce le droit de l'avenir», il n'existe qu'un simple cours de «législation ouvrière» semestriel et facultatif. Comme s'il s'agissait de tenir les «yeux fixés sur le passé et non sur l'avenir»¹. De même, la répartition entre trois années de droit civil et une seule de droit commercial lui paraît un héritage désuet de l'enseignement napoléonien du droit fondé sur le commentaire du Code civil. Le principal reproche adressé au droit privé est de n'être point devenu un enseignement de science sociale, à la différence du droit public et à l'exception du droit pénal en raison du caractère frontalier de ce dernier. Le droit privé, en prétendant conserver un caractère professionnel et technique, se tient éloigné de la science sociale. Ce faisant, le droit privé s'enferme dans les limites du droit national, Lambert reprenant sur ce point la virulente critique de Jhering dans *l'Esprit du droit romain* à l'encontre de la science «dégradée en jurisprudence de pays» et le conseil du maître allemand: «il ne dépend que d'elle-même, de s'assurer pour tous les temps à venir, en une autre forme, celle de la jurisprudence comparative, le caractère d'universalité qu'elle a si longtemps possédé»².

L'évolution prévisible de l'enseignement du droit dans les Facultés américaines

la méthode du précédent qui, depuis longtemps, formait la base uniforme de l'enseignement des écoles de droit américaines³ ne peut plus suffire aux nouvelles conditions de la pratique juridique et doit céder le pas à une nouvelle méthode fondée sur l'examen de ces conditions en tant qu'elles fournissent le cadre des décisions spécialement celles rendues par la Cour suprême. Les professeurs américains disposent, «pour développer cette méthode d'éducation juridique, de matériaux merveilleusement appropriés, d'où ils serait aisé de tirer, sous la forme de *Select Cases*, les meilleurs livres scolaires d'introduction à l'étude du droit envisagé comme science sociale. Ces matériaux sont les arrêts rendus au cours de notre XX^{me} siècle par la Cour Suprême des Etats-Unis dans les grands procès sur la constitutionnalité des lois»⁴. Préfigurant l'évolution du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois et les développements doctrinaux de l'école aixoise, Edouard Lambert entend puiser dans les arrêts de la Cour suprême, des modèles pour l'enseignement du droit. Parmi ces cas constitutionnels, il en est qui, «utilisés pour le maniement de la *Case-Method* dans un esprit de vivication du droit par les

¹ *EDD*, p. LIV.

² *EDD*, p. LXV.

³ «méthode qui consiste à chercher la solution des problèmes juridiques nouveaux que font naître les transformations continues de la vie économique dans la masse des précédents judiciaires, avec la conviction que, même quand on ne rencontre aucune décision qu'on puisse ajuster, tant bien que mal, à l'espèce qu'on a sous les yeux, on arrivera toujours à résoudre la question posée à la lumière d'une des *ratione decidendi* formulées, avec le poids de l'autorité, dans l'un ou l'autre des cas antérieurement jugés», *EDD*, p. XXIX.

⁴ *EDD*, p. XXV.

sciences sociales, prendront une exceptionnelle valeur éducative». Ce sont ceux qui ont été contestés au sein même de la Cour, «ceux où les problèmes juridiques à résoudre, les *rulings* ou règles concrètes de droit judiciaire à dégager, ont donné lieu à divergence de vues entre les membres de la cour, et dont le *report*, en face de la thèse triomphante et des arguments présentés en sa faveur par l'un des membres de la majorité au nom de cette majorité, place l'antithèse, c'est-à-dire l'exposé par les juges dissidents de leurs motifs de désaccord»¹.

Nous sommes ici au cœur de la méthode d'enseignement de la jurisprudence. Lambert y voit le meilleur moyen «de faire sentir aux débutants dans l'étude du droit l'utilité pratique, l'utilité professionnelle, des études d'économie politique et de science sociale, auxquelles ont les convie, que de leur montrer, par des exemples concrets les résultats qu'on obtenait par les méthodes, jusqu'ici dominantes, de jurisprudence mécanique, et ceux auxquels on aboutira par les méthodes nouvelles d'étude scientifique du droit, en leur mettant sous les yeux les «opinions» émises, sur un même cas, d'une part, par des juristes de la vieille école, et, de l'autre, par un écrivain et un historien du droit aussi marquant que le juge Holmes, ou par un jurisconsulte aussi solidement équipé pour les recherches d'économie sociale appliquée que le juge Brandeis»².

C. La dimension internationale de l'enseignement du droit

Dans *L'enseignement du droit comme science sociale et comme science internationale*, Lambert exprime son opposition aux idées que Georges Ripert expose dans la seconde préface à *La règle morale dans les obligations civiles*. Critiquant la sociologie juridique d'Emmanuel Lévy et la méthode de Gény, Ripert soutient l'idée d'une règle morale précise fondatrice de la civilisation occidentale s'exprimant par des règles juridiques fondamentales³ mais qui ne sont pas « l'expression d'un vague idéal de justice commun à tous les peuples. Il ne faut pas chercher à les justifier en les banalisant et les défendre au nom d'un idéal commun à tous ». Ce positivisme moraliste avec pour corollaire la critique du droit naturel se retrouve dans l'apologie que fait Ripert de Savigny⁴ - lequel reconnaissait un droit commun de l'Europe mais pas un droit universel -, et mène à une critique de

¹ «On peut dire des chapitres de droit constitutionnel américains qu'alimentent ces arrêts ce que les Romains disaient de leurs XII Tables : qu'ils sont *fons omnis publici privatique juris*», *EDD*, p. XXVI.

² *EDD*, p. XXVI-XXVII.

³ Cette idée se retrouvera encore dans ses principaux ouvrages, *Le déclin du droit*, 1949 et *Les forces créatrices du droit*, 1955.

⁴ « Avec quel art et quelle passion, Frédéric-Charles de Savigny va lutter contre ce fantôme du droit naturel (...) Il raille cette Raison universelle, dont la source est aussi mystérieuse que ses manifestations indécises (...) Nulle règle n'est constante dans le temps, ni dans l'espace : toutes sont variables et contingentes. Le droit d'un peuple n'est pas dicté par la raison et par la justice : il résulte de la conscience juridique collective d'un peuple », in « L'idée de droit en Allemagne », *Rev. internat. de l'ens. sup.*, t. 69, 1915, p. 169 sq.

l'évolutionnisme juridique et donc de l'espèce de progressisme à tendance universaliste de Lambert¹.

Ce dernier au contraire, entend favoriser le développement d'une « conscience internationale du droit »² mais estime que l'enseignement du droit est devenu depuis trop longtemps le « chien de garde des nationalismes » pour se laisser facilement transformer en un enseignement « poursuivant les visées internationales communes à toutes les sciences »³. Il se réclame de Ihering qui rappelait, dans *L'Esprit du droit romain*, que si « la plus grande partie de l'Europe avait joui pendant des siècles, de la communauté du droit, elle l'avait dû à l'existence d'un code commun - le *Corpus Juris Civilis* - qui avait permis aux juristes des divers pays de travailler sur une seule et même étoffe »⁴. Il ajoute qu'elle l'a dû aussi à l'action exercée par l'école de Bologne et par ses héritières, qui, « en attirant à elles les auditeurs venus de tous les coins de l'Europe occidentale, ont diffusé partout les doctrines, de valeur universelle, des glossateurs, postglossateurs et humanistes ». Enfin, il conclut en affirmant que ce qui manque à la jurisprudence comparative pour opérer la renaissance de l'humanisme, c'est son école de Bologne, qui seule pourrait, « par ce travail collectif de ses professeurs, lui constituer le *Corpus Juris* nécessaire à la diffusion de son enseignement au travers des universités et des écoles de droit nationales »⁵.

Il propose de s'aligner sur le modèle de l'école bolognaise mais sans l'aide d'une compilation. En effet, la méthode comparative oblige à se pencher non seulement sur les manuels et traités, mais là encore sur les recueils législatifs et judiciaires et même sur l'étude des « faits de droit » ou faits générateurs de droit

¹ « Le plus souvent la confusion [entre statisme et immobilisme] est volontaire. Elle sert à railler les juristes attardés qui se refusent à voir l'évolution du droit. Mais il est tout aussi facile de railler les juristes qui ne savent parler d'une institution que pour en signaler l'évolution, qui prônent toute innovation comme un progrès, oublient la valeur de tout ce qui demeure pour mieux louer ce qui advient et demandent que l'évolution du droit s'accélère sans justifier d'ailleurs le motif de ce changement de vitesse (...) Le droit doit être, dit-on, une science dynamique, une science en perpétuel mouvement ; il est forcé de suivre le changement des mœurs et il évolue fatalement avec elles (...) On tente de séduire les juristes en leur offrant de les admettre parmi les sociologues, mais c'est à la condition qu'ils se déclarent les analystes des mœurs et cessent de se dire des conducteurs d'hommes », *Les forces créatrices du droit*, n°10.

² Pour tout internationaliste, la formule évoque évidemment la notion de « conscience juridique » (*Rechtsbewußtsein*) d'Alfred Verdross, amorcée dès *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1926, p. 38-39 et qui trouvera son aboutissement dans l'*Abendländische Rechtsphilosophie* de 1958. On remarquera en passant que cette forme de conscience juridique s'oppose au *Volkgeist* savignycien par la question de l'être et de l'enracinement, morale universelle chez l'un, peuple concret chez l'autre.

³ EDD, p. XCI.

⁴ Page 15 de la 5e édition allemande.

⁵ EDD, p. XCII. Si l'école de Bologne produisit des juristes de haute volée, on peut s'interroger sur une université où maîtres et nations d'étudiants contractaient sur les enseignements, les calendriers et les honoraires et où des étudiants étaient chargés d'espionner leurs professeurs, devenus simples prestataires de service, et de dénoncer aux recteurs, eux-mêmes étudiants, ceux qui prendraient quelques libertés dans leurs enseignements, J. Verger, *Les Universités au Moyen Age*, PUF, 1999.

positif ou d'objectifs d'usages industriels, de pratiques commerciales, de réglementations syndicales et intersyndicales, etc¹. Ce projet réclame une Faculté ou Université internationale de droit et de science sociale² et une telle entreprise ne peut être menée à bien qu'aux Etats-Unis, d'abord parce que ceux-ci se méfient d'une instance placée sous le patronage d'une organisation internationale comme la Société des Nations, ensuite parce qu'ils seraient les plus à même de lui conférer l'indépendance économique nécessaire et la liberté intellectuelle qui en découle. Pour lui, seule une université «équipée et administrée à l'américaine» sera à même «tant par son enseignement propre que par l'aide apportée aux militants de l'idée juridique internationale» de réaliser le vœu de Ihering de la restauration d'une communauté de droit³. Il ne doute pas que « les efforts qu'on va faire aux Etats-Unis pour amorcer la «socialisation» de l'enseignement du droit privé ne nous aident par contre-coup à la réaliser définitivement chez nous»⁴. Signalant un article du doyen canadien R. W. Lee paru en 1917 dans l'*Harvard Law Review*⁵, qui conseille aux écoles de droit du continent américain de développer des relations suivies avec des facultés correspondantes des universités européennes, le maître lyonnais en fait un vif éloge⁶ et se déclare prêt à s'engager dans cette entreprise de collaboration scientifique⁷. Les hasards de l'histoire font qu'actuellement c'est sur le vieux continent que se met en place une Fondation européenne pour les Etudes comparatives⁸.

Le Juge et la Pratique

Un souci de précision incite à citer en même temps le juge et la pratique. D'abord parce que le juge doit prendre la pratique en considération pour mieux juger

¹ EDD, p. XCIII.

² Sur le modèle de l'Académie de droit international de La Haye, de l'Institut des Hautes Etudes Internationales de Paris, de l'Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales de Genève, voire des cours universitaires de Davos.

³ EDD, p. XCVII.

⁴ EDD, p. CXVIII.

⁵ *Looking forward*, t. XXX, p. 798.

⁶ E. Lambert, *GJ*, p. 274, note 1 : « Dans ce vigoureux plaidoyer en faveur d'un élargissement, dans le sens comparatif et sociologique, des méthodes d'enseignement des écoles de droit américaines, M. Lee développe une conception du droit comparé qui, à beaucoup d'égards, s'accorde avec celle que j'ai défendue en 1903 dans ma *Fonction du droit civil comparé* et que j'ai reprise depuis dans : *L'enseignement du droit comparé. La coopération au rapprochement entre la jurisprudence française et la jurisprudence anglo-américaine*, p. 82-96 »,

⁷ « Si quelqu'une des grandes universités du nouveau continent songeait un jour à réaliser le vœux du doyen Lee et voulait se créer en pays latin des comptoirs d'échange de la pensée et de l'information juridiques, elle trouverait le terrain déblayé et préparé à Lyon par l'effort d'une organisation, encore embryonnaire, mais qui n'attend pour se développer que d'être moins parcimonieusement alimenté en produits authentiques de la législation et de la jurisprudence américaines », E. Lambert, *GJ*, p. 274.

⁸ En particulier sous l'impulsion du Président Jean du Bois de Gaudusson de l'Université Montesquieu de Bordeaux.

c'est-à-dire, et quelque soit la forces des critiques de Lambert sur ce point dans le *Gouvernement des juges*, juger jusque et y compris en opportunité tout comme un législateur. S'appuyant sur le système de la *sociological jurisprudence*, accepter de se reconnaître, comme eut dit Rivero, un juge qui gouverne (A). Ensuite, parce que techniquement si des instruments comme le standard et la directive sont plutôt utilisés par le juge ils ne le sont pas exclusivement et peuvent aussi se manifester dans une pratique administrative ou plus largement institutionnelle (B)

A - Le juge de la *sociological jurisprudence*

Lambert regrette vivement l'attitude timorée, pusillanime, des juges tant américains que français qui les conduit à gouverner sans l'admettre, et à mal gouverner, et plaide pour un renouvellement profond des méthodes judiciaires, une rénovation de la démarche intellectuelle des juges lesquels doivent apprendre à utiliser la connaissance qu'ils ont des «faits juridiques» pour mettre en œuvre une capacité d'expertise et ne pas hésiter à définir des objectifs clairs qui pourront ainsi être soumis à la critique et au débat.

Un juge qui gouverne sans le reconnaître

Afin de montrer au lecteur ce qu'était l'état d'esprit des juristes anglo-américains jusqu'aux années 1920, avec lequel il convient d'après lui de rompre, Lambert cite un large extrait de l'ouvrage de C. K. Allen, sur la fabrication du droit par les juges, *Law in the Making*¹. L'auteur y nuance la notion de *judge-made-law*, en expliquant que même dans les cas où le juge se trouve en présence de cas nouveaux (*of first impression*) où il ne dispose d'aucune autorité précise pour le guider et où il a à faire une règle pour la première fois, «même dans ce cas, le juge décide sur les considérations que son éducation technique l'amène à croire en harmonie avec les principes de la loi anglaise (ou américaine)»². Allen dit du juge que «Tout son effort est de trouver la loi, et non de la faire. Il travaille toujours avec des matériaux qui existent dans le *présent ou le passé*; il n'a pas à se préoccuper de l'effet à venir de la règle qu'il pose, mais seulement de l'application de ce qu'il conçoit être une règle existante au cas concret qu'il a devant lui. Il ne peut pas, quelque désir qu'il puisse avoir de le faire, écarter ce qu'il croit être la règle prévalante de la loi et mettre à sa place quelque chose d'autre»³.

Critiquant cette doctrine, Lambert observe que les juristes français ont longtemps vécu, eux aussi, «dans la même confiance en l'aptitude des textes de la loi existante à tout prévoir et tout régler, et ce n'est qu'avec l'extrême fin du XIX^{me} siècle que la lumière crue des premières grandes recherches de sociologie juridique de Géný l'a dissipée»⁴. Il regrette que les juges aient de la répugnance à juger en

¹ C. K. Allen, *Law in the Making*, Oxford, Clarendon Press.

² *Op. cit.* p. 193.

³ *Op. cit.*, p. 173.

⁴ *EDD*, p. XXXI.

opportunité en disant franchement: «Nous décidons ce cas particulier, de cette façon particulière, parce que nous pensons que c'est la meilleure façon de le décider». Au lieu de cela, ils sont portés à rattacher leur jugement «à quelque principe immuable inhérent à la nature des choses ou inaltérablement établi par les jugements faisant autorité de leurs prédécesseurs»¹. Pour lui, pas de doute, tant que les juges «se poseront en automates, alors qu'ils sont en fait les sages arbitres de la «police» publique et des exigences pratiques, ils cacheront nécessairement leur sagesse sous le boisseau d'un conceptualisme supposé contraignant qui rend confus beaucoup de ce qui, sans cela, serait simple et clair»². Le système juridictionnel français légicentriste souffre d'un formalisme hypocrite qui interdit les arrêts de règlement mais s'accommode d'une conception disciplinaire de la jurisprudence³. Certes, le risque existe d'une dérive et Lambert ne l'ignore absolument pas comme en témoignent les nombreuses mises en garde du *Gouvernement des juges*. Aux Etats-Unis, la question du gouvernement des juges longtemps occultée est désormais abordée et débattue en pleine lumière. L'article de droit constitutionnel de L.-B. Boudin *Government by judiciary* est paru en 1911⁴ et en 1914, est publié le discours prononcé à Cooper le 27 janvier 1914 par le juge Walters Clark, président de la Cour suprême de la Caroline du Nord, *Government by Judges*, dans lequel il dénonce comme une perversion de la constitution les orientations du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois⁵.

Il est temps d'après Lambert de prendre conscience de ce que l'exemple des Etats-Unis, «dont la Constitution avait développé le dogme constitutionnel de Montesquieu jusqu'à ses dernières conséquences logiques, est l'une des démonstrations les plus décisives de l'impuissance du principe de la séparation des pouvoirs à tenir longtemps ses promesses. Tôt ou tard, l'équilibre égalitaire, qu'il

¹ E. Lambert, *GJ*, p. 56.

² Reed Powell, *Garvard Law Review*, 32, 1818-1819, p. 929-930 et aussi dans « Collective bargaining before the suprem Court », *Political Science Quarterly*, 1918, p. 411-412 : « Les vrais fondements de décision (des arrêts constitutionnels) sont des considérations de police et d'avantage social et il est vain de supposer que ces solutions peuvent être atteintes par des propositions logiques et générales de loi que personne ne discute... Il est oiseux de dire que les cours n'ont jamais substitué leurs vues de politique à celles de la législature, car la les minorités (c'est-à-dire les juges formulant des opinions dissidentes de celles de la majorité de la cour), ont trop souvent accusé les majorités de cette substitution. Mais il est à supposer que ces majorités croient fermement que leurs vues de politique sont incorporées dans la constitution et qu'elles les en tirent » ».

³ « L'article 5 du Code civil avait essayé de prévenir ces conflits entre la législation et la jurisprudence en interdisant les arrêts de règlement (Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e édition, 1919, p. 36). Mais la terreur que la censure de la Cour suprême inspire aux juges inférieurs a réduit la disposition de l'article 5 à cette seule signification de fait que les cours ne peuvent fixer de point de droit qu'à l'occasion de litiges concrets. Toutes décisions de principe de la Cour de cassation prend, pour les juridictions subordonnées, la valeur pratique d'un arrêt de règlement », E. Lambert, *GJ*, p. 2 note 1.

⁴ L.-B. Boudin, «Government judiciary», *Political Science Quarterly*, 26, p. 238-270.

⁵ W. Clark approfondit ce thème in «Some Myth of the Law», dans le numéro de novembre 1914 de la *Michigan Review Law*.

prétend établir entre les pouvoirs constitués, fléchit sous la poussée d'un besoin d'unités de vues et d'unité d'action dans le développement de la politique nationale». Si en Angleterre et en France, la rupture d'équilibre s'est opérée au profit du pouvoir législatif, «qui a plié sous sa norme les trois pouvoirs coordonnés et instauré ainsi le gouvernement parlementaire», aux Etats-Unis le renversement d'équilibre s'est produit au profit du pouvoir judiciaire, «qui a soumis les deux autres à son contrôle et établi, par là un régime de gouvernement des juges»¹. Il est clair qu'aux Etats-Unis, la conquête de la suprématie politique par le judiciaire s'est réalisée surtout aux dépens du pouvoir législatif «et par une invasion dans le domaine du *statute-law*»² et par conséquent le juge américain - mais le conseil vaut aussi pour le juge français - doit se résoudre à emprunter à la démarche du législateur. Hauriou l'a bien vu qui dans le *Précis de droit constitutionnel* montre que malgré les vives critiques qu'il adresse au système américain, le maître lyonnais propose une autre voie qui permettrait au juge de mieux remplir son office.

Le renouvellement de la méthode judiciaire

Lambert souhaite introduire dans la pratique judiciaire, en France comme aux Etats-Unis, une nouvelle méthode qui ne reposerait plus sur le passé incarné par le précédent, la loi ou toute règle qu'il s'agirait de découvrir ou de redécouvrir. Au contraire, cette nouvelle méthode devrait s'appuyer sur une sorte d'expertise permettant de choisir la solution la plus adaptée aux objectifs socio-économiques préalablement déterminés. Pour éclairer son lecteur sur cette nouvelle méthode, il cite un exemple d'affrontement entre les deux conceptions: l'arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis *Jay Burns v. Bryan Governor of Nebraska* du 14 avril 1924³. Dans cette affaire, la Cour était saisie d'une demande d'injonction, déposée par quelques firmes se livrant au commerce de la boulangerie, en vue de faire interdire au Gouverneur du Nebraska de mettre en application une loi votée par la législature de l'Etat en 1921, défendant aux boulangers de vendre des pains d'un poids autre que la livre, la demi-livre ou tout multiple entier de la demi-livre. Le but de la loi était clairement d'empêcher la fabrication et la vente de pains d'un poids intermédiaire que les boulangers vendaient comme appartenant à la catégorie de poids supérieure. Or, les requérants soutenaient que cette loi enfreignait le *due process of law* posé par le XIV^e Amendement en restreignant la liberté du commerce et en portant atteinte au droit de propriété.

La majorité de la Cour donne raison aux requérants en utilisant la méthode classique consistant «à chercher la solution des problèmes juridiques nouveaux que font naître les transformations continues de la vie économique dans la masse des précédents judiciaires, avec la conviction que, même quand on ne rencontre aucune

¹ E. Lambert, *GJ*, p. 16.

² E. Lambert, *GJ*, p. 16.

³ 44, *Supreme Court Reporter*, 412.

décision qu'on puisse ajuster, tant bien que mal, à l'espèce qu'on a sous les yeux, on arrivera toujours à résoudre la question posée à la lumière d'une des *ratione decidendi* formulées, avec le poids de l'autorité, dans l'un ou l'autre des cas antérieurement jugés»¹. Dans les précédents, elle constate un encadrement très timide de la vente par les Etats² et elle en conclut logiquement que la loi de 1921 outrepassa les limites protégeant la liberté commerciale et le droit de propriété du XIV^{ème} Amendement.

Le juge Brandeis soutenu par le juge Holmes défend une opinion dissidente fondée sur des considérations économiques et le pesage des intérêts en présence (on voit ici poindre la *rule of reasonableness*, en tant qu'équivalent de notre «bilan coût-avantage»). La méthode employée ici repose sur l'examen d'une importante documentation retraçant les étapes de la lutte, administrative puis législative, contre la pratique de la vente «à poids courts», les contournements effectués par certains membres de la profession spéculant sur l'habitude de la clientèle de ne pas demander le pesage et de se fier à l'apparence approximative des produits, les rapports des fonctionnaires du service de la répression des fraudes, ceux des organisations représentatives de la profession etc. Tous ces éléments convergent pour inciter le législateur à imposer des poids standards.

Lambert conclut en faveur du juge Brandeis: «Il lui a suffi de replacer la loi du Nebraska dans son cadre de faits sociaux pour imposer, à tous ceux de ses lecteurs dont l'esprit critique n'a point encore été dompté par une longue pratique de la chasse aux précédents, une réponse négative à cette question, que la majorité de la Cour venait de trancher par l'affirmative»³. La manière dont Lambert pose la question elle-même n'est pas sans intérêt: «Peut-on dire... que la mesure édictée par le statut... soit si clairement arbitraire que des législateurs agissant raisonnablement n'auraient pas pu croire qu'elle fut nécessaire ou appropriée au bien public?»⁴. C'est poser en quelques mots la problématique du contrôle de proportionnalité et de l'erreur manifeste d'appréciation que connaissent les juges administratif et constitutionnel. C'est aussi reconnaître au juge une certaine légitimité du pouvoir de *judicial review* tout en lui assignant des limites par le recours aux instruments du raisonnement que sont le standard et la directive.

B - Les instruments du raisonnement: le standard et la directive

Dès la publication en 1921 de l'étude sur *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Lambert introduit en France la théorie du standard, alors récente, du doyen de Harvard, Roscoe Pound - pour qui il

¹ EDD, p. XXIX.

² Elle ne trouve que la constitutionnalité de l'interdiction par les Etats de l'interdiction des «ventes à poids faibles, mais non point les ventes à poids forts».

³ EDD, p. XXXIII.

⁴ EDD, p. XXIII.

convient de rendre compte de l'utilisation de plus en plus fréquente de notions mal définies dans le champ du droit¹. Edouard Lambert et son école vont jouer un rôle décisif dans l'introduction mais aussi la réception, et l'adaptation en France de la théorie du standard spécialement du côté du droit administratif. Le professeur lyonnais analyse avec précision les instruments du contrôle constitutionnel de la Cour suprême des Etats-Unis, au premier rang desquels le *rule of reasonableness* et le *due process of law*². Désormais, le sujet ne cessera plus de l'intéresser³ et les auteurs publicistes comme privatistes se pencheront sur la problématique que portent les notions de standards ou de directives⁴.

L'introduction de la théorie du standard

L'époque s'y prête. Comme le rappelle M. Stéphane Rials, le monde anglo-saxon influence l'évolution des doctrines françaises des années vingt. Le modèle allemand avait dominé jusqu'à la remise en cause par les courants respectifs de l'*Interessenjurisprudenz* et du *freirecht de labegriffjurisprudenz* accusée d'être devenue trop formaliste. Pour Lambert, l'essor des standards américains s'explique simplement par la préoccupation de «contenir le *Statute law* dans les cadres traditionnels du *Common law*⁵. Dans une perspective nettement sociologique, les thèses fondamentales de Pound « se ramènent à l'idée que le rôle du juge est de confronter en permanence la technique juridique aux intérêts sociaux dont il doit se faire l'interprète. La notion de standard a dès lors pour but d'aider à la manifestation de ces intérêts sociaux». Pound définit le standard «Une mesure moyenne de conduite sociale correcte»⁶ et en donne quelques exemples: la raisonnablement (*reasonableness*), la loyauté (*fairness*), la prudence, la diligence, la conscience (au sens de consciencieux), la bonne foi etc....

Dans le sillage de Pound, Lambert définit le standard comme «modèle et toise de conduite»⁷ et en énumère un certain nombre: raisonnablement⁸, moralité⁹, bonnes mœurs¹⁰, conduite du bon père de famille¹, loyauté², vigilance³, diligence⁴,

¹ E. Lambert, *GJ*, p. 204 et ss.

² E. Lambert, *GJ*, p. 51 et ss.

³ E. Lambert, *Introduction aux codes de la Russie soviétique*, 1925 ; par ailleurs, le Code égyptien de 1948 qui selon A. Tunc comportait « énormément de standards » résulte de la collaboration de Lambert et de son ancien élève Al-Sanhoury, ce que rapporte M. Attalah au cours du débats suivant la communication d'A. Tunc au *Livre du centenaire de la société de législation comparée*, 1971, t. 2, p. 117.

⁴ G. Renard, *Le droit, la logique et le bon sens*, 1925, p. 240 ; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 1925, 4e éd. 1949.

⁵ E. Lambert, *GJ*, p. 53.

⁶ E. Pound, *An introduction to the philosophy of Law*, 1922, p. 118.

⁷ E. Lambert, *Introduction aux codes de la Russie soviétique*, 1925, p. 13

⁸ E. Lambert, *GJ*, p. 53.

⁹ E. Lambert, *GJ*, p. 206.

¹⁰ E. Lambert, *Introduction aux codes de la Russie soviétique*, 1925, p. 13 noté *ICRS*.

diligence⁴, prudence⁵, ordre public⁶, faute⁷, le valable⁸ et le plausible⁹, l'utilité publique¹⁰, et même l'opportunité¹¹.

Le standard de Pound présente trois caractéristiques. D'abord, il implique un certain jugement moral sur les conduites humaines. Ensuite, il ne requiert pas un véritable savoir juridique mais plutôt « du bon sens pour ce qui est des choses de la vie courante » (« *Common sense about common things* ») et une certaine intuition. Enfin, il n'est pas formulé avec précision, ni par le législateur ni par le juge, mais varie avec le temps, le lieu et les circonstances et ne peut être mis en œuvre qu'en prenant en considération les faits de l'espèce. Lambert souligne le pragmatisme dans le maniement de tels outils en citant un *dictum* émis par un de ses contemporains, le juge Day: « Que faut-il entendre par *due process of law*? (La) Cour a eu de fréquentes occasions de l'examiner, et elle s'est toujours refusée à donner une signification précise, préférant en laisser le champ d'application à la décision judiciaire quand les cas s'élèvent de temps à autre »¹². Le standard implique une marge de discrétion (« *a margin of discretion* ») pour celui qui l'applique, mais doit être conçu en conformité avec l'idéal en vigueur à un moment donné (« *the authoritarian ideal* »)¹³. A cet égard, bien qu'il y soit favorable, Lambert met en garde contre les dérives possible du pouvoir de *judicial review* et ce qu'il affirme en être le corollaire, le « gouvernement des juges ». Comme il le rappelle, cette crainte est aisément alimentée par la formule lapidaire d'un juriste américain du début du XXe siècle, le futur chief-justice Charles Evans Hughes: « Nous sommes soumis à une Constitution mais la Constitution est ce que les juges disent qu'elle est ».

L'apport de Lambert à la théorie du standard

Certes, les termes sont souvent flous, Lambert et ses élèves utilisant indifféremment les termes « directives » ou « standard »¹⁴ pour désigner ce que Hauriou, mais aussi Géný¹⁵ ou Vedel¹ qualifient plus volontiers « directives » et les

¹ *Ibid.*

² E. Lambert, *GJ*, p. 206.

³ E. Lambert, *ICRS*, p. 13

⁴ E. Lambert, *Ibid.*

⁵ E. Lambert, *GJ*, p. 13

⁶ E. Lambert, *ICRS*, p. 13

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ *Ibid.*

¹⁰ E. Lambert, *GJ*, p. 198

¹¹ E. Lambert, *GJ*, p. 53, il s'agit de la traduction de l'anglais *opportunity*.

¹² E. Lambert, *GJ*, p. 57.

¹³ R. Pound, *Social control through law*, 1942, p. 48.

¹⁴ E. Lambert, *Introduction aux codes de la Russie soviétique*, 1932, p. 13, cette tendance se retrouvera dans la thèse d'Henry Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, 1948, p. 13.

¹⁵ F. Géný, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2e éd. 1932, t. I, p. 221. Selon S. Rials, la notion de « directives du juriste » de Géný « ne correspond que très imparfaitement, encore

qualifiant même parfois de «critères»². Pourtant, on aurait tort de croire qu'ils se sont contentés de copier et transposer les idées de Harvard. Il y a un véritable apport lambertien tant à l'approche globale du droit fondée sur le comparatisme qu'à la théorie du droit public *stricto sensu*.

En 1926, commentant l'étude d'Al Sanhoury sur *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise*, parue un an auparavant, Hauriou soutient que «L'idée du *standard* et de la directive comme procédés du droit faisant concurrence à la règle de droit, idée qu'Al Sanhoury a saisi à bras le corps, avait certainement flotté, dès le début, dans l'atmosphère du Séminaire de Lyon. Lambert lui-même, à diverses reprises, y a fait de brèves allusions»³. Constatant que les travaux de l'Institut de Lyon «projetent une vive lumière sur ces procédés techniques, propres à la police juridique, qui sont le *standard* et la *directive*»⁴, Hauriou y voit le fruit du comparatisme lambertien, «le résultat de la confrontation de la jurisprudence anglo-saxonne et de la jurisprudence romano-latine (...) dont les divergences en matière de police juridique et d'administration du droit, devaient nécessairement mettre en relief des choses insoupçonnées»⁵. Le maître toulousain du droit public rend un vibrant hommage au maître lyonnais du droit comparé et à sa méthode scientifique: «Edouard Lambert, qui a eu le courage d'entreprendre cette formidable confrontation, a heureusement dirigé les premières recherches de son Institut vers la matière nouvelle des *restreints of trade*, où il allait saisir sur le vif et pour ainsi dire, expérimentalement, les procédés de travail de la police juridique»⁶.

Hauriou n'hésite pas à affirmer que les questions soulevées par Edouard Lambert se situent très en amont de la distinction entre droit public et droit privé et que les idées «jetées dans la circulation par l'Institut de droit comparé de Lyon, dès ses débuts, sont d'une telle importance qu'elles obligent à réviser certaines notions fondamentales de la technique du droit»⁷. Quelques lignes plus loin, il généralise encore davantage son jugement en ajoutant: «nous pouvons dire tout de suite, d'accord avec Lambert dans sa préface⁸, que les procédés du *standard* et de la

qu'elle la préfigure, à la notion de *standard* que va, peu après, dégager l'Ecole de Lyon sous l'impulsion magistrale d'Edouard Lambert», parce que pour Géný, les directives sont les impératifs qui enserrant l'interprétation judiciaire. Ce sont des «lisières qui limitent sa liberté et en arrêtent les excès», S. Rials, *op. cit.*, p. 21.

¹ G. Vedel, *La notion de cause en droit administratif français*, 1934, p. 176 et 345.

² E. Lambert, *GJ*, p. 51; Al Sanhoury, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise*, 1925, p. 23.

³ M. Hauriou, *art. précit.*, p. 148, l'auteur précise les passages «(préfaces aux espèces choisies de Capitant, préface au droit privé de Georges Cornil, à la traduction française des codes soviétiques)».

⁴ M. Hauriou, *art. précit.*, p. 147-148.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ M. Hauriou, *art. précit.*, p. 147.

⁸ Au livre d'Al Sanhoury.

directive nous paraissent être de tous les temps, qu'à toutes les époques, plus ou moins, ils occupent une bonne partie des provinces du droit»¹.

Le standard dans la doctrine du droit public

Selon Hauriou, l'étude des travaux de l'Institut de droit comparé de Lyon réhabilite «la théorie de l'autolimitation du pouvoir comme fondement d'une certaine espèce de droit, car nous voyons les *standards* et *directives* naître d'une autolimitation du pouvoir et en même temps contribuer à consolider cette autolimitation par leur propre tendance à durer»². A n'importe quel lecteur averti d'Hauriou, la remarque sur la tendance à durer suggère immédiatement que standards et directives entrent peut-être dans cette catégorie, un peu floue mais combien riche, des institutions-choses qu'il a essayé de construire jusqu'à la fin de sa vie.

Pour le publiciste qu'est Hauriou, le standard de rationalité (ou raisonabilité) est particulièrement important et intéressant qui signifie que le juge doit «établir la balance économique des intérêts en présence, et la combiner avec l'intérêt de l'ordre public ou *public policy*. Cet équilibre à trois facteurs, mi-économique et mi-politique, exige du juge une compétence d'expert, car il doit être établi dans des cas concrets (c'est une mesure moyenne de conduite sociale correcte qui repose sur des notions de moralité civique ou commerciale courante et qui ne peut pas être définie par des méthodes de logique légale) (Doyen Roscoe Pound, p. 30)»³. Sur ce point précis, Lambert apporte une indication éclairante en avertissant que si la mise en œuvre du standard de raisonabilité était régie par «les clichés d'une société de pionniers, de ruraux, d'agriculteurs», ceux d'une société «urbaine et industrielle comme l'est la société actuelle donnent des résultats bien différents»⁴.

Hauriou explique que les suggestions que lui a fournies la doctrine lyonnaise tendent à renforcer la croyance «en ce qu'on appelle le pouvoir prétorien du juge et qui n'est autre que son pouvoir discrétionnaire, en définissant mieux les procédés grâce auxquels ce pouvoir crée du droit, savoir le *standard* et la *directive*»⁵. Commentant les idées de Lambert, il déclare qu'elle lui paraissent favorables au vieux dualisme de la police juridique et du fond du droit, mais que leur nouveauté consiste en ce qu'elles apportent à cette distinction traditionnelle un éclaircissement essentiel dans la mesure où «s'il existe réellement une police juridique qu'il y ait quelque intérêt à mettre à part, elle doit avoir des procédés techniques à elle qui ne se ramènent pas à la règle de droit»⁶. Le standard se distingue de la règle en ce qu'il est destiné à «guider le juge ou l'administrateur, dans l'administration du droit, en

¹ M. Hauriou, *art. précit*, p. 156.

² M. Hauriou, *art. précit*, p. 190.

³ M. Hauriou, *art. précit*, p. 153.

⁴ R. Pound, *Social control through law*, 1942, p. 44.

⁵ M. Hauriou, *art. précit*, p. 190.

⁶ M. Hauriou, *art. précit*, p. 147.

lui laissant un certain pouvoir discrétionnaire»¹ et le plus souvent, le juge, ou l'administrateur «armé de son pouvoir discrétionnaire, se fait à lui-même ses standards ou ses directives» en précisant que le standard «n'est pas une règle précise pour une hypothèse, mais un pouvoir général d'arbitrer une catégorie de conflits en employant certaines méthodes que l'on s'impose à soi-même»².

La directive «c'est la *solution*³ du problème de conduite trouvée ensuite par le même pouvoir discrétionnaire qui avait commencé par mettre le problème en équation par un standard». En cela, bien que l'autorité de la chose jugée soit «du droit *in concreto*» et donc «limitée à l'espèce», la directive est «un *embryon de règle de droit*⁴» qui possède «une virtualité d'extension» à tous les cas similaires et sur laquelle les praticiens ne se trompent pas; «une directive bien venue, susceptible de généralisation, fait du premier coup jurisprudence»⁵. Pour illustrer son propos, Hauriou cite l'arrêt du Conseil d'Etat du 17 juillet 1925, *Association du personnel de la Banque de France*⁶, qui lui paraît illustrer la mise en œuvre par la Banque du standard et de la directive. Un syndicat commençait à gagner les cadres de la hiérarchie. Le standard de rationalité permet de dégager trois facteurs à sauvegarder: la liberté syndicale, les «droits de la hiérarchie» et l'institution elle-même. Restait alors à fixer la directive c'est-à-dire la ligne de conduite: «établir une incompatibilité entre l'affiliation au syndicat et la nominations au grades supérieurs de la hiérarchie».

Pour la doctrine lyonnaise aussi, le standard se différencie de la règle par l'absence d'automatisme de sa mise en œuvre qui requiert «l'intuition d'un expert» ou le «doigté d'un artisan habile» qui mène à des solutions variées et concrètes adaptées aux particularités des faits. Or, c'est précisément sur ces deux points - pouvoir discrétionnaire et règle - que M. Stéphane Rials fait porter sa critique des auteurs lyonnais. D'une part, ils soutiennent que le standard ouvre un «pouvoir discrétionnaire» au juge en oubliant que le juge étant prisonnier des faits, le standard utilise une marge de discrétion mais il ne la crée pas. D'autre part, l'opposition entre règle et standard n'a pas de sens, pas plus que la confusion, parce que le standard est simplement une technique particulière d'expression de la règle.

A cet égard, M. Stéphane Rials adresse ses critiques à Lambert lui-même en l'accusant d'une certaine négligence. Dès *Le gouvernement des juges*, Lambert insiste sur la distinction entre le *rule* et la règle. Le *rule* n'est pas la «règle de droit» au sens où on l'entend en France, mais «comme l'a fort bien vu Lambert», la «solution de détail dégagee des précédents judiciaires» ou «solution

¹ M. Hauriou, *art. précit*, p. 150.

² *Ibid.*

³ C'est nous qui soulignons.

⁴ C'est nous qui soulignons.

⁵ M. Hauriou, *art. précit*, p. 152 et 190.

⁶ CE 17 juillet 1925, *Association du personnel de la Banque de France*, *Sirey*, 1925,3,33.

jurisprudentielle»¹. Pourtant, par la suite, il arrive à Lambert de négliger la distinction qu'il avait lui-même posée. Stéphane Rials lui reproche de laisser Al-Sanhoury traduire standard par règle même si ce dernier prend soin de préciser qu'il entend par «règle juridique» les cas dans lesquels « le droit (soit écrit, soit non écrit), prévoit une hypothèse déterminée et lui donne une solution fixe»².

Le professeur de l'Université Panthéon-Assas se montre catégorique: «Pour Pound en tout cas, il n'y avait pas d'ambiguïté: les *rules*, ce sont les solutions de détail dégagées des précédents judiciaires». Ce sont bien des solutions jurisprudentielles, «dont chacune s'explique en vertu de la force du précédent, toutes les fois que la même espèce de litige, le même point de droit se représente devant les juges»³. L'on est donc loin de l'expression française «règle de droit». Et le paradoxe, observe justement Stéphane Rials, est que l'expression qui rend le mieux compte en français de l'idée de *rule* est peut-être celle de directive jurisprudentielle au sens que certains auteurs lui accordent.

De plus, Hauriou relève qu'aux Etats-Unis, il faut considérer l'existence des commissions administratives qui ont un pouvoir à la fois réglementaire et juridictionnel. Cette forme de justice que Pound appelle administrative lui semble impliquer une utilisation des standards par «des hommes ayant une longue expérience de la catégorie d'actes de conduites sociale qu'il s'agit de juger et de réglementer»⁴, mais il n'exclut pas le contrôle du juge professionnel sur ces standards⁵. Pour M. Stéphane Rials, ce modèle préfigure les ordres mais bien entendu à une période plus récente on peut y voir le modèle des autorités administratives indépendantes (voire, tout dernièrement, la matrice de ces jugements en équité prévus par la législation sur la justice de proximité).

Sous l'angle du standard, l'entreprise d'observation du droit de Lambert connaît aujourd'hui de nouveaux prolongements dans le domaine du droit international public. Une première thèse de 1994 s'est attachée à cerner la notion de standard dans la jurisprudence internationale⁶ et dans les prochains mois, une autre thèse - également de droit public - doit être soutenue sur la notion de standard en droit international économique⁷. On le voit, l'apport de Lambert à la doctrine publiciste demeure d'une étonnante fécondité.

¹ E. Lambert, *GJ*, p. 205.

² Al Sanhoury, *op. cit.*, p. 38.

³ E. Lambert, *GJ*, Paris, Marcel Giard, 1921, p. 205.

⁴ R. Pound, *Social control through law*, 1942, p. 206.

⁵ R. Pound, *Social control through law*, 1942, p. 218.

⁶ J.-M. Favre, *Essai sur la notion de standard dans la jurisprudence internationale*, th. Paris I Panthéon Sorbonne, 1994.

⁷ Il s'agit de la thèse de M. Payam Shahrjerdi, *La notion de standard en droit international économique*, préparée sous la direction de M. Patrick Julliard à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne.