

FRÉDÉRIC AUDREN

*Le légiste, l'économiste et la liberté testamentaire  
sous le Second Empire.  
Aux origines de l'analyse économique du droit*

Le droit des successions et des libéralités est, tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, un sujet de controverses et de passions<sup>1</sup>. Au-delà de la masse des publications produites sur ce domaine par les juristes, ce droit successoral figure, plus d'une fois, sur l'agenda législatif des différents régimes politiques français. Qu'il s'agisse de l'abolition du droit d'aubaine (14 juillet 1819), de la suppression définitive des majorats (11 mai 1849) et de la mort civile (31 mai 1854) ou encore de la reconnaissance des droit successoraux des enfants naturels (25 mars 1896), toutes ces dispositions, comme bien d'autres, modifient, par touches successives, certains aspects du droit successoral, sans pour autant renverser l'équilibre subtil entre liberté individuelle et égalité des héritiers, instauré par le Code civil<sup>2</sup>. Si, à partir de la promulgation de ce dernier en 1804, les discussions doctrinales et jurisprudentielles se succèdent à un rythme soutenu, elles sont loin de se réduire à ses dimensions purement techniques et ont, nul n'en sera surpris, de fortes implications politiques et sociales auxquelles se mêlent des intérêts familiaux et économiques. Le projet de loi de 1826 sur le rétablissement du droit d'aînesse ou encore celui porté par Auguste Ceyras en août 1848 visant à retirer au père le droit d'avantager un héritier sont jusqu'à la caricature, pour ne prendre que ces deux exemples, l'occasion pour leurs adversaires de dévoiler les intentions nécessairement inavouables de leurs promoteurs : spectre de la reconstitution des positions de la noblesse pour les uns, menace socialiste pour les autres. Il ne fait aucun doute pour les acteurs de l'époque que la loi successorale est une loi éminemment politique, plus exactement un droit privé d'essence politique. « Tout ce qui regarde le mode du partage dans les successions, rappelle l'un des

---

1. Le droit successoral est l'ensemble des règles qui organisent la transmission du patrimoine d'une personne lors de son décès. Pour un panorama du droit successoral au XIX<sup>e</sup> siècle, Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris, PUF, éd. 2012.

2. Le système du Code civil est une synthèse entre deux institutions, la « légitime » (la part que l'héritier peut légitimement attendre) issue du droit romain qui n'en laissait pas moins une certaine liberté au père et la « réserve coutumière » qui privilégie la conservation des biens dans la famille. Pour une synthèse historique, Jean-Philippe Levy, « Successions », in Denis Alland, Stéphane Rials [dir.], *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige, Paris, PUF, 2003, p. 1444-1448.

rédacteurs du Code civil, Jean-Étienne-Marie Portalis, n'est que de droit politique ou civil»<sup>3</sup>.

Le Second Empire constitue un moment important de cette histoire du droit successoral. Non parce qu'il se caractériserait par des réformes juridiques majeures dans ce secteur — pas plus qu'un autre, le régime ne transforme fondamentalement cette branche du droit — mais plutôt parce qu'il voit émerger une approche renouvelée de la question testamentaire. Débordant les seules arènes législative et judiciaire, les principes et les modalités de la dévolution testamentaire, c'est-à-dire volontaire (par opposition à la dévolution légale ou *ab intestat*), deviennent l'objet, tout particulièrement dans les années 1860, d'une intense mobilisation de la part de publicistes en tout genre, d'économistes, de sociétés savantes (la Société d'économie politique dès 1856, la Société d'économie charitable en 1860, la Société internationale des études pratiques d'économie sociale en 1867 ou encore l'Académie de législation de Toulouse), d'organes de presse ou encore de chambres de commerce. Ce problème de la dévolution successorale fait l'objet, directement ou collatéralement, d'investigations de nature quasi-ethnographique (la plus célèbre est la grande enquête agricole de 1866) ; il est également porté à plusieurs reprises devant les assemblées politiques. Lors d'une discussion de l'Adresse, le baron de Veauce appelle de ses vœux en janvier 1864, au Corps législatif, une réforme de la loi successorale<sup>4</sup> ; avec le soutien de 56 autres parlementaires, il reprend la question le 5 avril 1865 dans le cadre d'un amendement à l'Adresse et soumet, devant la même assemblée, sans plus de succès, l'idée d'un changement des « lois de succession [...] favorables à l'extension des droits du père de famille ». En 1865 et en 1866, le Sénat repousse la pétition que 130 négociants de Paris lui adressent contre « l'influence funeste que le droit à l'héritage exerçait sur les mœurs de leurs enfants et sur la situation de leurs ateliers », ainsi que celle présentée par l'industriel Sallandrouze-Lemoulec au nom « d'agriculteurs et de propriétaires de la Creuse ». Cette dernière est l'occasion de demander « la modification des lois relatives aux successions et l'établissement de la liberté de tester, dernière sauvegarde de la petite propriété ».

Ces diverses initiatives, influencées pour la plupart d'entre elles par les thèses soutenues dès avant 1850 et systématisées dans *La Réforme sociale en France* (1864) par l'ingénieur des Mines Frédéric Le Play<sup>5</sup>, plaident dans leur grande majorité en faveur d'une forte extension de la liberté du testateur, de

3. Philippe Steiner, « L'héritage au XIX<sup>e</sup> siècle : loi, intérêt de sentiment et intérêts économiques », *Revue économique*, volume 59, n°1, 2008, p. 75-97.

4. Le Baron de Veauce, *La liberté de tester. Discours prononcé par M. le baron de Veauce dans la discussion à l'Adresse. Séance du 20 janvier 1864*, Paris, E. Dentu, 1864.

5. En 1857, Frédéric Le Play offre une présentation détaillée des trois régimes successoraux (partage forcé, conservation forcée et liberté testamentaire) dans un article intitulé « La question sociale. 3<sup>e</sup> lettre : l'autorité paternelle » paru dans *La Patrie*, édition du soir, 9 juin 1857, p. 1-2. Réflexion amplifiée et systématisée dans le premier tome de *La Réforme sociale en France déduite de l'observation des peuples européens*, Paris, Henri Plon, 1864.

sa capacité à avantager un héritier au détriment du principe d'égalité successorale. À cet égard, devenu lui-même sénateur le 29 décembre 1867, Le Play profite de la position que lui offre cette nomination et de ses relations avec le prince Napoléon-Jérôme pour tenter de diffuser auprès des élites dirigeantes ses thèses en faveur de la liberté de tester. Alors même que bien des juristes pensaient que cette égalité successorale était déjà l'objet d'un large consensus, le « sociologue » et ses disciples contribuent, grâce à un actif travail de propagande, à élever cette question de la réforme testamentaire au rang de véritable *problème public* appelant un large débat et une intervention urgente des autorités politiques pour assurer le salut et la paix sociale de la France impériale<sup>6</sup>. Pourtant, nul ne sait avec précision si le recours aux testaments et à la quotité disponible est fréquent au XIX<sup>e</sup> siècle... Cette question trouvera, sans surprise, un certain écho et une prolongation dans les premières années de la III<sup>e</sup> République, au moment même où le mouvement leplaysien structure plus efficacement son action militante et intellectuelle<sup>7</sup>. Les assemblées auront ainsi, une nouvelle fois grâce à l'activisme de membres ou de proches de l'école leplaysienne, à connaître des projets de loi en 1869-70 et, sur proposition des députés Baragnon, Lucien Brun et Mortimer-Ternaux, en 1871 pour modifier les articles 826, 832 et 1079 du Code civil et reconnaître au père de famille la « faculté d'attribuer à ses enfants l'intégralité d'un de ses immeubles sous la condition de soulte en argent à payer ses frères et ses sœurs ». De leurs côtés, plusieurs chambres de commerce, à commencer par celles de Paris et de Bordeaux, demandent au milieu des années 1870, au nom de l'intérêt national, la restitution au père du droit de disposition de ses biens<sup>8</sup>.

\*

## LIBERTÉ TESTAMENTAIRE VS LIBERTÉ DE TESTER

Cette querelle du droit successoral sous le Second Empire, orchestrée en partie par les milieux leplaysiens<sup>9</sup>, est un aspect connu de l'histoire politique et juridique. Toutefois, on a sans doute moins repéré que cette période

---

6. Sur la place de la question testamentaire dans les *Ouvriers européens* : Françoise Arnault, *Frédéric Le Play. De la métallurgie à la science sociale*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1993 ; sur les disciples leplaysiens : Laetitia Guerlain, *Droit et société au XIX<sup>e</sup> siècle : les leplaysiens et les sources du droit : (1881-1914)*, thèse de doctorat en droit, Université Montesquieu - Bordeaux IV, décembre 2011, tout particulièrement p. 306-313.

7. Bernard Kalaora, Antoine Savoye, *Les inventeurs oubliés. Le Play et ses continuateurs aux origines des sciences sociales*, Seyssel, Champ Vallon, 1989.

8. Sur l'ensemble de ces initiatives, on consultera le travail du comte de Butenval, « La liberté de testament et la prospérité du commerce. Extrait d'un travail adressé à M. le Play sur les lois de successions en France appréciées dans leurs effets économiques par les chambres de commerce », *L'Annuaire de l'Union pour l'an 1875*, Tours, Alfred Mame et fils, 1875, p. 207-232.

9. Eric Anceau, « Le Play Sénateur du Second Empire », in Antoine Savoye, Fabien Cardoni [dir.], *Frédéric Le Play. Parcours, audience, héritage*, Paris, Mines Paris-Paris Tech Les Presses, 2007,

inaugure le thème de la « liberté testamentaire ». L'expression, étrangère au vocabulaire juridique, connaît alors un succès sans précédent. Si elle demeure largement associée à l'œuvre théorique de Frédéric Le Play qui en propose, à l'époque, la définition la plus aboutie, elle déborde néanmoins le cercle des leplaysiens pour devenir un lieu commun, un « énoncé collectif » qui, sans tracer les contours d'un groupe précis, coalise des pratiques divergentes et offre des capacités d'action politique commune pour de nombreux acteurs préoccupés par des questions de société. Le terme de « liberté testamentaire » n'est pas, en réalité, un autre nom pour désigner le débat récurrent et classique depuis le début du XIX<sup>e</sup> siècle autour du droit de tester : loin d'être un synonyme de « liberté de tester », catégorie usuelle des juristes, il traduit, plus exactement, une manière inédite de penser la transmission des patrimoines, un déplacement significatif dans la façon de concevoir les fonctions sociales des règles juridiques. Si, en effet, la *liberté de tester* pose la question de la détermination des héritiers et du patrimoine à partager, en d'autres termes, les droits des héritiers sur les biens du *de cuius*, la *liberté testamentaire* se situe à un tout autre niveau, celui des performances économiques, morales et sociales des lois de successions en vigueur.

Là où traditionnellement les juristes interprètent les dispositions du Code civil pour assurer une meilleure protection des droits et garantir l'ordre des propriétaires, les partisans de la liberté testamentaire, inspirés par les sciences sociales naissantes, se préoccupent, quant à eux, de l'adéquation des mécanismes juridiques en vigueur aux impératifs de la prospérité économique et de la moralité des nations. Une telle approche bouscule les habitudes de nombreux juristes, en particulier les professeurs des facultés de droit, qui la jugent en rupture avec les opérations traditionnelles du droit pour la renvoyer, non sans un certain mépris, du côté de la pratique de l'économie politique. La liberté testamentaire et le cadre d'analyse qu'elle déploie mettent ainsi à l'épreuve la science du droit successoral dont les juristes héritent et qu'ils pratiquent au sortir des écoles de droit.

Dans la France du Code civil, la *liberté de tester* est le résultat d'une transaction entre des intérêts juridiquement protégés. Afin d'éviter toute forme d'exhérédation arbitraire ou d'indisponibilité totale, les héritiers ne peuvent se voir priver d'une part réservée de la succession, dite *réserve*, et le défunt (ou, avant son décès, le propriétaire) ne reste libre de disposer que de la partie non réservée de son patrimoine, désignée sous le nom de *quotité disponible*. La réserve et la quotité disponible varient en fonction de la qualité et du nombre des héritiers réservataires. On conçoit, par conséquent, que les controverses sur cette liberté de tester opposent ceux qui privilégient la liberté des pères à ceux qui valorisent l'égalité entre les descendants et les ascendants. Droit de propriété contre droit à l'héritage. Sans même évoquer

p. 99-111 ; Olivier Descamps, « Leplaysiens et juristes : la querelle du droit successoral (1864-1914) », *Les Études sociales*, n° 135-136 (Les juristes et l'École de Le Play), 2002, p. 67-95.

les prises de position en faveur de la restauration du droit d'ainesse ou de la suppression pure et simple de l'héritage — positions pour le moins minoritaires —, les débats sur la liberté de tester portent principalement sur la meilleure manière de fonder les mécanismes successoraux : plus ou moins de liberté, plus ou moins d'égalité. Les commentateurs du Code civil reconnaissent que la solution retenue est très satisfaisante, même si des réformes peuvent être envisagées. À l'occasion d'une séance de la Société d'économie charitable, en mars 1862, Louis Wolowski relève que « plus que toute autre des règles qui se trouvent inscrites dans le Code civil, l'égalité des partages et la réserve légale des enfants ont contribué à constituer la France moderne »<sup>10</sup>. Par cette remarque, le professeur de législation industrielle au Conservatoire des arts et métiers exprimait assez exactement le point de vue de la grande majorité des auteurs de la doctrine juridique. Dans le même sens, sur le territoire français, une large fraction des populations, bien loin d'opposer une résistance farouche au Code civil, a perçu les bénéfices offerts par certaines dispositions du code pour faciliter les arrangements de famille et a su utiliser de telles ressources pour avantager un héritier qui n'était plus toujours l'aîné<sup>11</sup>.

La question de la *liberté de tester* a donné lieu à une abondante littérature juridique, très souvent en réaction aux travaux des thuriféraires de la liberté testamentaire<sup>12</sup>. Elle est dominée par quelques études, comme celle, primée en 1866 par l'Académie des sciences morales et politiques, du professeur de droit parisien Gustave Boissonade consacrée à l'*Histoire de la Réserve héréditaire et de son influence morale et économique*<sup>13</sup>. À l'instar de ce dernier volume, traités, thèses et revues se font d'ailleurs l'écho des projets scientifiques et réformateurs de Le Play. On aurait néanmoins tort de réduire cet effort doctrinal à une seule réaction contre une œuvre de science sociale qui, incontestablement, suscite un intérêt inédit dans les facultés de droit : il est également encouragé par une activité jurisprudentielle marquante qui, autour de 1860, contribue à approfondir les droits sur la succession et confirme la réserve héréditaire comme le pivot de l'ordre public successoral. Dans plusieurs arrêts restés célèbres, la Cour de cassation précise les bornes de la liberté de tester. Les libéralités attribuées à des héritiers réservataires renonçants sont-elles imputables sur leur part de réserve ou sur la quotité disponible ? Mettant un terme à des hésitations jurisprudentielles,

10. Intervention de Louis Wolowski dans *Revue d'économie chrétienne. Annales de la charité*, 18<sup>e</sup> année, nouvelle série – Troisième année, 1862, p. 312.

11. Sur le mythe de la résistance des Pyrénées aux dispositions testamentaires du Code civil, voir Christine Lacanette-Pommel, *La famille dans les Pyrénées. De la coutume au Code napoléon. Béarn 1789-1840*, Estadens, Universatim. PyréGraph, 2003. Voir également, Jean Hilaire, « Vivre sous l'empire du Code civil : les partages successoraux inégalitaires au XIX<sup>e</sup> siècle », *Bibliothèque de l'École des Chartes*, 1998, tome 156, p. 117-141.

12. Pour un premier état, Eugène Dramard, *Bibliographie raisonnée du droit civil contenant les matières du Code civil*, Paris, Firmin Didot – A. Cotillon, 1879, p. 153-158.

13. Gustave-Émile Boissonade, *Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique*, Paris Guillaumin et C<sup>ie</sup>, 1873.

l'arrêt Lavalie (Ch. Réun., 27 novembre 1863), décide que la réserve est une part de la succession diminuée de la portion disponible s'il en a été disposé. Comment doivent se compter les héritiers réservataires pour calculer la quotité disponible, si l'un d'entre eux vient à renoncer à la succession ? L'arrêt Dufeu (Civ 13 août 1866) pose notamment que la quotité disponible est fixée d'une manière invariable d'après le nombre d'enfants existants au décès du disposant : « Le renonçant fait ainsi nombre pour le calcul de la réserve, ce qui accroît d'autant la part des autres réservataires »<sup>14</sup>. L'univers du droit est un univers casuistique : pendant le Second Empire, le statut de l'héritier se stabilise, par touches successives, à la faveur de situations inédites — pour ne pas dire extrêmes — permettant à la fois de trancher un cas individuel mais également de mieux établir les droits et les devoirs des futurs bénéficiaires d'un patrimoine.

Quoi qu'il en soit, s'attacher ici au contenu technique d'une production doctrinale stimulée par les évolutions de la jurisprudence ainsi qu'aux arguments échangés dans ces controverses excéderait très largement notre propos. Dans tous les cas, les juristes cherchent, pour étudier cette question, à « remonter aux principes sur lesquels elle repose »<sup>15</sup>, à « rechercher les véritables principes du droit »<sup>16</sup>. Il s'agit bien, pour eux, de fonder le droit de tester : cette opération signifie de *remonter vers un principe fondateur* qui permette d'asseoir aussi solidement que possible la solution retenue. Plusieurs d'entre eux déduisent la liberté de tester du droit de propriété, conçu souvent comme un véritable droit naturel<sup>17</sup>. À leurs yeux, le propriétaire doit donc avoir la faculté de disposer de la totalité de son patrimoine, voire même de se ruiner. Quant à la réserve héréditaire, limite imposée au droit de propriété, elle oppose, pour en justifier l'existence, les partisans de la dette d'aliments contractée vis-à-vis de ses enfants, ceux de la copropriété familiale ou encore ceux du fidéicommiss tacite. Ces différentes théories constituent des fondements discutés sur lesquels les juristes de l'époque cherchent à appuyer le droit des enfants sur une partie du patrimoine paternel. Dans le rapport introductif qu'il présente, le 17 mars 1867, à la très leplaysienne Société d'économie sociale, Anselme Barbie, premier professeur d'économie politique à la Faculté de droit de Paris, soutient que « pour acquitter la dette alimentaire envers les générations futures *in perpetuum*, elle a créé la réserve qui limite le droit du testateur ou donateur »<sup>18</sup>. Et un président de

14. Henri Capitant, François Terré, Yves Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Paris, Dalloz, 2007, tome 1, p. 771.

15. Henri Fontaine (avocat à la Cour de Paris), « De la liberté de tester », *Revue pratique de droit français*, 1866, tome 21, p. 234.

16. Edouard Pilastre, « De l'abrogation de la réserve légale des enfants », *Revue pratique de droit français*, 1865, tome 20, p. 437.

17. Joseph Lair, « Du droit de propriété considéré comme fondement du droit de tester », *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1865, p. 181-215.

18. Anselme Barbie, « De la liberté de tester », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, tome 30, 1867, p. 531-552.

chambre à la Cour impériale de Riom de répondre : « plus important encore qu'un éventuel droit alimentaire de l'enfant, ce patrimoine doit se concevoir comme « une *copropriété* virtuelle entre les parents et les enfants [...], comme une sorte de *propriété collective* de tous les membres de la famille »<sup>19</sup>. Nous pourrions multiplier les exemples. Penser juridiquement la liberté de tester ainsi que les catégories et les institutions lui donnant une consistance, c'est les attacher à un principe générateur organisant la démonstration, mais c'est également désigner *les sources créatrices* de ce droit qui en valident l'existence. Tantôt, se manifeste une attention aux sources formelles qui oblige à se tourner vers les lois en vigueur, à les interpréter à la lumière de l'intention supposée du législateur. Tantôt, s'attachant aux sources matérielles, la réflexion porte sur les forces qui font émerger le droit des tréfonds de l'histoire et de la société. La liberté de tester a une histoire; cette dernière *fait droit* et en légitime les formes comme les usages. D'où, par ailleurs, l'effort constant de cette doctrine juridique pour relier ce présent du droit successoral à des *veteres*, à des expériences passées dont il cherche à reproduire l'autorité et avec lesquelles il partage un même univers sémantique. Au commencement était le droit romain... Rares sont, en effet, les études qui n'en passent pas par Rome (réserve *pars bonorum*) et/ou par le droit coutumier (réserve *pars hereditatis*).

#### LA LIBERTÉ TESTAMENTAIRE, ENTRE UTOPIE SOCIALE ET RÉFORME DU CODE CIVIL

À la surface des problèmes (s'en tenir aux textes sans se préoccuper de l'épaisseur sociale des normes), voire superficielle, et régressive (sans cesse *faire retour* aux principes, aux sources, à l'histoire), cette façon traditionnelle de procéder des juristes est vivement attaquée par les partisans de la liberté testamentaire qui la jugent byzantine. Comme le faisait déjà Saint-Simon, ils lui reprochent d'enregistrer et de reconduire un état du droit sans jamais s'interroger sérieusement sur les effets positifs ou négatifs de la loi sur la vie économique, sociale et politique. Plutôt que d'interpréter la loi c'est-à-dire de régler/réguler les modalités d'accès à un patrimoine, ces partisans se préoccupent avant tout d'évaluer l'efficacité des dispositions du Code civil à l'aune de la prospérité du pays.

Ces partisans de la *liberté testamentaire*, qui sont-ils? Difficile, en réalité, de faire un portrait de groupe. Qu'un tel collectif aux contours flous soit uni par une communauté d'intérêts pécuniaires ne fait aucun doute. Pour ne prendre qu'un seul exemple, les soixante-cinq signataires de l'amendement à

---

19. M. Ancelot (président de chambre à la Cour de Riom), « De la succession en ligne directe et du droit de tester devant la tradition, la morale et l'économie politique », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, tome 35, 1869, p. 232.

l'Adresse initié par le Baron de Veauce en 1865 sont, pour la plupart, des personnalités modérées, propriétaires fortunés et/ou préoccupés par les questions agricoles. Leurs intentions, en soutenant cette initiative, sont assez transparentes. Mais, rabattre cette promotion de la liberté testamentaire sur les seuls intérêts économiques ou symboliques de leurs défenseurs est naturellement un peu court. Les partisans de la liberté testamentaire se confondent-ils avec l'adhésion au mouvement leplaysien ? La réponse est incontestablement négative. Comme le démontrent amplement des débats de la Société d'économie sociale, certains de ses dirigeants (à l'image de Anselme Batbie et Wolowski, l'un et l'autre vice-présidents de cette Société) rejettent avec fermeté cette thèse de liberté testamentaire alors même que cette dernière trouve un écho au-delà des seuls disciples de l'auteur des *Ouvriers européens*.

La question pertinente est plutôt celle de savoir ce que cette liberté testamentaire veut dire. « Nous croyons que le droit de tester devrait être absolu et illimité », soutient en 1865, Jean-Gustave Courcelle-Seneuil. Cet économiste libéral s'engage alors en faveur de la suppression de la réserve héréditaire : « Il convient donc d'abolir la réserve. Les intérêts de la production, les intérêts du bon ordre, de la conservation et de l'accroissement des familles l'exigent également »<sup>20</sup>. Luttant également contre l'interventionnisme croissant de l'État qu'il juge mortifère et contre les dispositions du Code civil, Frédéric Le Play fait du pouvoir de transmettre sans entrave ses biens et, pour le propriétaire, de régler lui-même le mode de transmission, la condition des progrès de la richesse et de la moralité de la famille. Sans revenir sur ce point, on rappellera que, pour l'ingénieur des Mines, ce « régime de la liberté testamentaire » occupe une place déterminante dans l'établissement et le maintien de la « famille-souche », modèle le plus apte à assurer le perfectionnement de la communauté familiale et politique. Projet politique et droit civil sont inséparables ; cette question successorale ne pouvait échapper aux débats sur les limites de l'interventionnisme étatique, fut-ce dans la sphère des relations privées<sup>21</sup>. La préférence accordée à ce régime de liberté, aux yeux de Le Play qui rejoint sur ce point bien des économistes libéraux de son époque comme Charles Dunoyer<sup>22</sup>, est commandée par des considérations d'efficacité et de bien-être et non en raison de principes généraux — pour ne pas dire abstraits — de justice. Le Play appelle à asseoir les débats « non plus sur des théories préconçues de justice et de droit naturel, mais sur la pratique comparée des divers pays »<sup>23</sup>. Devant la Société d'économie charitable, se démarquant ostensiblement de l'approche des juristes, Albert de Saint-Léger, un proche

20. Jean-Gustave Courcelle-Seneuil, « Du droit de tester et de ses limites », *Journal des économistes*, 2<sup>e</sup> série, tome XLVI, 1865, p. 328 et 345.

21. Sur les implications politiques de l'anthropologie leplaysienne, Louis Assier-Andrieu, « Le Play et la famille-souche des Pyrénées : politique, juridisme et science sociale », *Annales ESC*, 1984, volume 39, n° 3, 495-512.

22. Charles Dunoyer, *De la Liberté du travail, ou simple exposé des conditions dans lesquelles les forces humaines s'exercent avec le plus de puissance*, Paris, Guillaumin, 1845.

23. Intervention de Frédéric Le Play dans *Bulletin de la Société d'économie sociale*, 1867, p. 244.



de Le Play, affirme n'avoir « pour principe de n'attacher qu'une importance secondaire à l'origine de les lois. Qu'elles soient récentes ou qu'elles soient aussi anciennes que possible, [je] les juge par leurs fruits »<sup>24</sup>.

Au cours des années 1860, à la faveur de la libéralisation du régime et de l'amorce d'une dynamique libre-échangiste, qui voient aussi les économistes libéraux se rapprocher de Napoléon III<sup>25</sup>, le débat sur les liens entre système juridique et performances économiques s'intensifie. La question de la pénétration de l'économie dans le droit n'est certes pas une nouveauté<sup>26</sup>. Mais, en particulier dans les milieux libéraux, les « originales légales » de la puissance politique et économique des nations<sup>27</sup>, l'attractivité économique du droit deviennent une dimension essentielle de la compréhension du marché et des systèmes sociaux, alimentant les débats passionnés sur la supériorité de l'Angleterre sur la France<sup>28</sup>. Car, plus encore que les États-Unis, c'est le plus souvent cette Angleterre industrielle et développée (et son absence de restrictions en matière de liberté de tester) qui est donnée en exemple par les partisans de la liberté testamentaire pour démontrer tous les bénéfices de leur revendication. La question du droit successoral ne fut, en définitive, bien souvent qu'un moyen de débattre sur les vertus d'exemples étrangers et a permis de soulever bien des doutes au sujet d'une transplantation exogène<sup>29</sup>. Elle laisse également apparaître une évolution sensible dont les milieux juridiques tarderont à prendre toute la mesure : l'opposition *commom law*/droit civil ne renvoyait plus seulement à des traditions historiques distinctes, souvent plus rêvées que réelles ; elle impliquait également plus explicitement l'idée d'une compétitivité économique entre les systèmes juridique (concurrency par le droit mais également pour le droit), idée vouée ultérieurement à un grand succès.

Les arguments historico-comparatifs, si centraux dans l'œuvre de Frédéric Le Play, montrent assez rapidement leurs limites pour justifier la liberté testamentaire. Les exemples du passé et les expériences étrangères apparaissaient

24. Intervention de Saint-Léger dans *Revue d'économie chrétienne*, *op. cit.*, p. 304.

25. Lucette Le Van Le Mesle, *Le Juste ou le Riche. L'enseignement de l'économie politique, 1815-1950*, Paris, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2004, p. 127-155.

26. Par exemple, Mikhaïl Xifaras, « Science sociale, science morale ? Note sur la pénétration de l'économie dans la pensée juridique française au XIX<sup>e</sup> siècle », in Heinz Mohnhaupt, Jean-François Kervégan (eds), *Wirtschaft und Wirtschaftstheorien in Rechtsgeschichte und Philosophie. Économie et théories économiques en histoire du droit et en philosophie*, Klostermann, Frankfurt/Main, 2004, p. 185-225.

27. Sur les débats autour des *origines légales*, voir la présentation donnée par Claire Lemercier, « Napoléon contre la croissance ? À propos de droit, d'économie et d'histoire », *La vie des idées.fr*, 21 novembre 2008 et, plus récemment, Pierre-Cyrille Hauteceor, « Origines légales et histoire : quelques remarques à partir de l'histoire des procédures de faillite », in Emmanuel Desveaux et Michel de Fornel [dir.] *Faire des sciences sociales : généraliser*, Paris, Éditions de l'EHESS, 2012, p. 239-262.

28. François Crouzet, *De la supériorité de l'Angleterre sur la France. L'économie et l'imaginaire. XVII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Perrin, 1999 et, surtout, Sylvie Aprile, Fabrice Bensimon [dir.], *La France et l'Angleterre au XIX<sup>e</sup> siècle : échanges, représentations et comparaisons*, Grâne, Éditions Créaphis, 2006.

29. Lucette Le Van Lemesle, « Les économistes français et l'usage des modèles étrangers », *Revue d'histoire du XIX<sup>e</sup> siècle*, 2001/2, n° 23, p. 73-86 ; Jean-Louis Halpérin, « Le Play et ses continuateurs face aux exemples juridiques étrangers », *Les Études sociales*, n° 135-136, 2002, p. 137-154.

comme une apologie dangereuse de l'Ancien régime (un droit d'exhérer) et/ou comme une soumission à des formes juridiques étrangères à la tradition nationale. Pour éviter certaines critiques, à commencer par celle du rejet de certains acquis de la Révolution française, les partisans de la liberté testamentaire travaillent à démontrer en quoi, en matière successorale, l'application des dispositions du Code civil affecte grandement les capacités économiques et morales de la France. Inversion sensible du problème : non plus démontrer les bénéfices de la liberté testamentaire mais pointer les dangers du régime instauré par le Code civil, non plus faire de cette liberté testamentaire une condition nécessaire, et parfois suffisante, de la prospérité mais pointer les méfaits d'une législation testamentaire existante pour en proposer, autant que faire se peut, des réformes majeures.

Quels sont les effets concrets du droit successoral en vigueur sur l'état des familles, sur la société politique et sur la paix sociale? C'est sur ce terrain de l'application du droit et non plus sur celui de la pertinence d'un modèle de société (question sous-jacente mais quelque peu suspendue) que se porte l'essentiel des débats et que les arguments s'échangent. En mobilisant fréquemment un imposant appareil statistique, les partisans de la liberté testamentaire tentent de démontrer que le droit civil, et particulièrement l'égalité des partages successoraux, a contribué au morcellement des sols et à la division de la propriété, à freiner la natalité, à affaiblir le sentiment religieux ou encore à réduire l'autorité des pères<sup>30</sup>. Le catalogue des catastrophes découlant de la législation successorale est réalisé à longueur de pages chez les disciples ou compagnons de route de Le Play. En somme, les partisans de la liberté testamentaire se repèrent surtout par leur volonté de faire porter, quasi-exclusivement, au Code civil la responsabilité du déclin de la France. En face, sans nier les limites de la solution retenue par ce code, leurs contradicteurs considèrent que, si déclin il y a (et la preuve n'est pas facile à apporter), les causes en sont multiples, irréductibles aux seuls articles du Code organisant les dévolutions testamentaires. Ces contradicteurs tantôt contestent la réalité même des effets négatifs imputés au droit patrimonial tantôt ils relèvent que la situation sociale et économique actuelle tient à des causes qui ne sont pas strictement juridiques<sup>31</sup>. Plus encore que la promotion de l'idéal de la liberté testamentaire, c'est un procès contre l'égalité entre héritiers qu'ouvrent, dans les années 1860, les débats sur la transmission testamentaire...

Cette période verra une avalanche de données statistiques et de considérations socio-économiques de la part des partisans et des adversaires de

30. Sur les rapports entre droit successoral et fécondité, voir Paul-André Rosental, «Pratiques successorales et fécondité : l'effet du Code civil de 1804», *Économie et Prévision*, n° 100-101, 1991, p. 231-238.

31. Trois exemples parmi d'autres : Henri Baudrillart, «De l'héritage et des lois de succession», *Journal des économistes*, 2<sup>e</sup> série, tome XIII, 1857, p. 8-27 ; Henri Ameline, «De la liberté testamentaire», *Revue contemporaine*, 1865, p. 455-482 ; Gabriel Dufour (ancien président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la cour de Cassation), «De la liberté de tester», *Revue critique de législation et de jurisprudence*, tome XXXVI, 1870, p. 318-345.

l'égalité testamentaire, sans qu'elle infléchisse sensiblement les positions des uns et des autres. Le théâtre des opérations semblait figé. Désireux d'emporter la conviction et de réduire toute résistance, les partisans leplaysiens de la liberté testamentaire, à l'issue de plusieurs réunions à la Société d'économie sociale (mars-juin 1867), ouvrent alors un chantier inédit. Souhaitant étudier « les conséquences pratiques des régimes de transmissions en usage dans chaque contrée de la France » pour réaliser une véritable cartographie des familles, la Société confie à Claudio Jannet, un jeune juriste auteur d'une thèse sur la liberté de tester, le lancement d'une vaste *Enquête sur l'état des familles et l'application des lois de succession*. Substituant aux statistiques une démarche monographique inspirée de Le Play<sup>32</sup>, cette enquête, prolongeant celle antérieurement menée auprès d'une famille du Lavedan (1856), la famille Mélouga, est effectuée en plusieurs vagues jusqu'au tournant du XX<sup>e</sup> siècle. Elle débute par les départements des Basses-Alpes, des Hautes-Alpes, des Bouches-du-Rhône, du Var et du Vaucluse<sup>33</sup>. À partir d'un long questionnaire réalisé sous l'autorité de Frédéric Le Play lui-même, plus de cent-cinquante personnes (notaires, juges de paix, grands propriétaires, etc.) auraient été interrogées. Les résultats, publiés sont sans surprise : les classes rurales qui, jusqu'en 1792, jouissaient en Provence, sur la moitié au moins de leur patrimoine, de la disposition de leurs biens, souffrent des nouvelles lois sur le « partage forcé en nature ». Les petites exploitations agricoles sont désorganisées, l'esprit de solidarité et de continuité des familles est affaibli et le caractère moral de l'union conjugale est profondément atteint. Sans doute aucun, ce chantier n'offrait que des résultats attendus. Mais il n'en constitue pas moins la première tentative privée d'une sorte d'enquête collective de sociologie législative, riche par sa collecte de données et intéressante par la méthode employée. Aussi distordue soit-elle — son caractère idéologique n'est plus à démontrer — cette entreprise offre un effort inédit pour mettre en lumière l'écart qui sépare les dispositions générales de la loi de la rationalité de certaines pratiques sociales, parfois anciennes, qui visent, contre ou grâce à la loi elle-même, à préserver les intérêts du groupe familial.

Cette approche du droit *par ses effets* contribua aussi à remettre les opérations du droit au cœur du débat : le problème était moins de promouvoir un nouveau modèle successoral fondé sur une négation de l'égalité entre héritiers mais plutôt de proposer des réformes de nature à combattre certains excès de la législation. Non pas faire plier le droit sous l'impact des révélations économiques mais le faire évoluer par un détour économique. Après avoir tenté de

---

32. Antoine Savoye, « La monographie sociologique », *Les Études sociales*, n° 131-132 (« Les monographies de familles de l'École de Le Play »), 2000, p. 11-46.

33. Claudio Jannet (avocat à Aix), *Les résultats du partage forcé des successions en Provence, Paris, Guillaumin, Durand & Pédone, 1871*. Sur les prolongements contemporains des enquêtes sur les modes de transmission, un état de la recherche dans Annie Bleton-Ruget, « Transmission du patrimoine et échelle du changement social dans les campagnes européennes, 1830-1930 », in Jean-Luc Mayaud et Lutz Raphael [dir.], *Histoire de l'Europe rurale contemporaine. Du village à l'État*, Paris, Armand Colin, 2006, p. 57-71.

leur échapper, la liberté testamentaire était rattrapée, en quelque sorte, par les instruments du Code civil... Il ne s'agit plus seulement de parler de liberté, d'autorité ou encore de moralité : il se révélait nécessaire de parler de partage d'ascendant, de quotité disponible ou de réserve. L'« héritier », comme catégorie juridique, semble quelque peu reprendre le dessus sur la « famille » et ses combinaisons idéal-typiques. La possible extension de la quotité disponible devient un enjeu majeur. En 1862, à l'occasion d'un « débat sur la loi de succession » animé par le vicomte de Melun, la Société d'économie charitable discute de l'intérêt pour le père de toujours disposer par testament de la moitié de ses biens quel que soit le nombre de ses enfants », de la possibilité que « la loi du 17 mai 1826 autorisant les substitutions de la quotité disponible soit remise en vigueur » ou encore de modifier les termes de l'article 832 du Code civil. À bien des égards, cette extension de la quotité disponible à la moitié, quel que soit le nombre de ses enfants, devient la revendication emblématique des partisans de cette liberté testamentaire qui voient en elle une condition pour la conservation des familles-souches de paysans propriétaires. Elle témoignait, par la même occasion, de l'emprise sur ces derniers des principes successoraux en vigueur avant la Révolution dans les anciens pays de droit écrit<sup>34</sup>. Au-delà de cette extension, les réformes indispensables semblent passer par l'amélioration des dispositions sur le partage d'ascendants (composition des lots des enfants, date d'estimation des biens, délai pour les actions en nullité ou en rescision<sup>35</sup>) ou l'affirmation de la liberté des arrangements des familles.

## HARO SUR L'USURPATION ÉCONOMIQUE

Le thème de la liberté testamentaire est, en définitive, profondément ambigu. Il est, porteur d'une critique radicale de la science du droit au nom du fait. Celle-ci est corrélative de la critique de la figure du « légiste » — qui traverse la pensée de Saint-Simon, Comte et Le Play : ce légiste est dans l'erreur lorsqu'il prétend défendre et légitimer une institution alors même que l'observation scientifique, les faits sociaux et économiques appellent instamment un autre régime juridique. La « liberté testamentaire » condamne « la liberté de tester » du Code civil. C'est bel et bien tout le savoir des interprètes du Code civil, son formalisme, son retour obsessionnel à des principes qui s'en trouvent violemment stigmatisés. Les juristes ne s'y sont pas trompés : ils ont clairement perçu que la promotion de la « liberté testamentaire » était, en réalité, un effort pour combattre la prééminence du discours juridique, son mode d'existence spécifique dans le concert des savoirs sociaux. Cette

34. Sur l'importance du droit occitan (et donc romain) dans l'édifice rêvé par les disciples de Le Play, voir les remarques importantes de Louis Assier-Andrieu, *op. cit.*, p. 502-504.

35. Le terme de rescision désigne l'annulation d'un acte pour cause de lésion.

querelle autour de la « liberté testamentaire » manifeste crument la guerre que se mènent entre elles la science du droit et la science économique (ou, la « science sociale » leplaysienne)<sup>36</sup>. Les protagonistes de cette querelle se placent d'ailleurs très explicitement sur ce terrain, comme le professeur de droit toulousain Gustave Bressolles, répondant à Courcelle-Seneuil, auteur *Du droit de tester et de ses limites* : « Non, les jurisconsultes ne peuvent vouloir ignorer ce qu'on appelle aujourd'hui les faits économiques [...]. Mais que les jurisconsultes n'aient quelquefois accusé l'économie politique "d'usurpation", je ne dirai pas non, et ce n'est pas toujours à tort »<sup>37</sup>. Ce débat traduit, par ailleurs, sur un terrain intellectuel un conflit qui a, au même moment, de lourdes implications institutionnelles. Les années 1860 sont celles qui voient les facultés de droit préempter l'enseignement de l'économie politique (création d'une première chaire d'économie politique en 1864 ; introduction de l'économie politique en deuxième année de licence en 1877). Le premier titulaire parisien de cette chaire, Anselme Batbie, met un point d'honneur à rappeler qu'il est un jurisconsulte au service de la justice et que « l'économie politique n'est donc pas venue détruire la notion du juste mais la compléter et la confirmer »<sup>38</sup>. Si des juristes accueillent avec une certaine bienveillance la science économique, c'est en lui refusant sa prétention à placer l'ordre juridique sous la dépendance du système économique. On ne peut pas accepter de « trop faire prédominer, dans les solutions des problèmes sociaux ou législatifs, les données de *l'utile*, au point de laisser en sous ordre celles du *juste* ». Et les partisans de la liberté testamentaire laissent trop clairement transparaître leur désir de bouleverser l'ordre des savoirs : les juristes ne pouvaient admettre qu'un traitement économique des règles et du système juridique, à partir d'une analyse de l'efficacité du droit, se substitue à un traitement des questions économiques à partir des outils du droit. Ils résisteront, plus que jamais dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, à ce modèle économique de la raison juridique qui menace le monopole de leur expertise sur la vie du droit.

Certains partisans du droit illimité des pères se dévoilent en véritables contempteurs de la modernité : ils semblent appeler à une réaction sociale et politique et faire fi de la tendance égalitaire au sein des familles. L'idéal testamentaire apparaît, aux yeux de beaucoup, comme la promesse d'une tyrannie des pères. Comment approcher l'idéal sans effrayer ? Les partisans de la liberté testamentaire réclament alors une réforme de la manière successorale *au nom* des tenaces réalités économiques et sociales. Ce n'est pas la science du droit et son aveuglement supposé qui sont attaqués frontalement ; ce sont les intérêts

36. Au Sénat, en 1862, le procureur général Dupin aîné conteste à l'économie politique le titre de science, provoquant une vive réaction de Michel Chevalier et de ses collègues. Michel Chevalier, « Des définitions et de la nature du numéraire et du crédit », *Journal des Économistes*, 2<sup>e</sup> série, tome XXXV, 1862, p. 175.

37. Gustave Bressolles, « Observations sur un article du *Journal des Économistes* demandant l'abolition de la réserve héréditaire », *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1866, p. 44.

38. Anselme Batbie, *Nouveau cours d'économie politique professé à la faculté de droit de Paris*, Paris, Cotillon éditeur, 1866, p. 9.

familiaux, nationaux et internationaux qui, après enquête, exigent de faire évoluer les normes en vigueur. La *libéralisation* de certaines dispositions successorales du Code civil doit précéder l'annonce de la liberté testamentaire. Bien des juristes mettent en doute les prétendus effets négatifs des lois successorales. Mais, ils n'en reconnaissent pas moins qu'ils ne peuvent déceint plus fermer les yeux sur l'importance des intérêts en jeu dans la vie du droit. Le juriste ne se contente plus de remonter aux sources de la loi (intention du législateur ou fondement historique) ; il doit également mettre en balance des intérêts en présence pour contribuer au progrès de la société<sup>39</sup>. Sans doute les auteurs de la doctrine juridique éprouvent-ils un certain malaise face à ces partisans de la liberté testamentaire qui instrumentalisent le droit au service de leur cause réformatrice. Passant par les fourches caudines de la technique juridique, les uns comme les autres n'en acceptent pas moins une confrontation des normes juridiques aux faits socio-économiques. Nul ne pouvait, il est vrai, rester insensible à une conjoncture favorable aux affaires ni ignorer le développement et les transformations de l'économie nationale. Mais, si les partisans de la liberté voient la vérité du droit dans ces faits (les externalités *font* le droit), leurs adversaires considèrent que le droit préjuge toujours des faits pertinents (le droit filtre les externalités).

Quoi qu'il en soit, c'est au nom même de réalités économiques et sociales nouvelles, inconnues du Code civil, que ces années 1860 connaissent un mouvement sans précédent en faveur de la révision du Code civil. Anselme Batbie, devant l'Académie des sciences morales et politiques, et Alexandre Duverger, tous deux enseignants à la faculté parisienne, s'opposent sur la pertinence d'une telle révision et sur les parties du code devant en bénéficier<sup>40</sup>. Les milieux républicains, à l'initiative d'un répétiteur en droit, Émile Acollas, lancent un *Comité pour la refonte du Code civil* se réunissant huit fois entre mai 1866 et janvier 1867. Ce comité, composé de dix-sept membres, aborde notamment les questions du divorce, de la situation des époux ou de la filiation naturelle et légitime (le droit successoral n'est pas affronté dans ce laps de temps)<sup>41</sup>. Dans un tel contexte, les données économiques et sociales mobilisées à l'appui de projets de réforme devenaient sans surprise des enjeux majeurs. Que, sous bénéfice d'inventaire, le Code civil nécessite une certaine actualisation, ils ne sont pas rares ceux qui se rallient à une telle position. Mais encore faut-il que les données socio-économiques invoquées

39. Sur ce changement de paradigme juridique dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, Benoit Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles, Bruylant, 3<sup>e</sup> éd. 2011.

40. Anselme Batbie, *Révision du Code Napoléon. Mémoire lu à l'Académie des sciences morales et politiques les 23 et 30 décembre 1865*, Paris, Cotillon éditeur, 1866 ; Alexandre Duverger, *Études de législation. Observations sur le mémoire de M. Batbie intitulé Révision du Code Napoléon*, Paris, Cotillon éditeur, 1867.

41. Sur ce comité et son activité, Florent Garnier, «Émile Acollas et la codification napoléonienne», *Codifications et compilations juridiques. 2, Passé et présent du droit*, n° 5, 2008, p. 219-278. Ce comité est notamment composé de Jules Favre, Jules Simon, Étienne Vacherot, Joseph Garnier ou encore Jean-Gustave Courcelle-Seneuil.

ne viennent pas rompre une tradition juridique établie ou l'emportent dans une direction qui l'écarterait de ces principes fondamentaux. Partisans et adversaires de la liberté testamentaire peuvent s'accorder sur les nécessités de faire évoluer le droit à condition toutefois que le droit civil, sa vérité et ses principes ne soient pas les victimes de leurs projets politiques et leur haine de « l'esprit légiste ».

*Frédéric Audren est chargé de recherches  
au CNRS (Centre d'Études européennes – École de Droit de Sciences Po)*