

DOCTRINE CIVILISTE ET PRODUCTION NORMATIVE

PAR

Alain BERNARD

Professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin

et

Yves POIRMEUR

Professeur à l'Université de Bordeaux I

La doctrine ferait-elle preuve de modestie en occultant sa contribution à la production normative ?¹. Lorsque les auteurs s'interrogent sur son rôle, ils se partagent en deux tendances : d'une part, ceux qui estiment que "*la doctrine constitue la source du droit par excellence*" en raison du "*degré de sagesse*" des auteurs² et la placent ainsi au pinacle. D'autre part, ceux qui, "*avec humilité*", font le "*constat mélancolique*"³ que son influence est négligeable.

Entre le tout et le rien, où le rôle de la doctrine se perd, les évolutions récentes des technologies d'élaboration normative⁴ invitent à préciser quelle part elle y prend. Longtemps considérée comme le fruit du travail législatif et

1. Comme exception de poids on notera : "Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges", *Travaux de l'Association Henri Capitant*, tome XXXI, 1980.

2. Seriaux (A.), "Les sources du droit : vision jusnaturaliste", *R.R.J.*, 1990, p. 107, n. 8. Cette idée repose sur la volonté de réaliser "*un ordre social plus juste*" qui passe par "*la sélection d'une véritable aristocratie de l'intelligence et de l'amour. De l'intelligence, car seuls les sages sont aptes à discerner ce qui est naturellement juste. De l'amour, parce qu'au fond, seuls ceux qui aiment vraiment leurs semblables sont capables de les gouverner avec justice*", n. 10.

3. Bredin (J.D.), "Remarques sur la doctrine", *Mélanges Pierre Hebraud*, Université de Toulouse, 1981, p. 111. L'auteur va même jusqu'à parler de "discrédit" de la doctrine, pour revenir par la suite à une position plus nuancée.

4. Voir les travaux de J. Chevallier, G. Timsit, M. Troper.

jurisprudentiel, c'est sur le législateur⁵ et le juge⁶ que la sociologie du droit a concentré sa réflexion, laissant de côté la contribution propre de la doctrine⁷, qui n'est au mieux, traitée que comme un élément du champ juridique dont les contours restent flous et l'intervention incertaine. Surmontant l'obstacle constitué par la théorie formelle des sources du droit, l'approche réaliste de la production normative -mettant en évidence les interactions multiples dont elle est le résultat- attire l'attention sur le rôle d'acteurs, jusqu'alors délaissés, au premier rang desquels figure la doctrine juridique.

Toutefois cet objet ne se laisse pas cerner facilement⁸. La doctrine apparaît comme hétérogène et du même coup insaisissable. Lorsqu'elle se représente, c'est dans sa diversité qu'elle s'affiche. M. Ph. Malaurie⁹ la montre pluraliste, composée d'"individus libres" présentant "toute la palette des caractères et absence de caractères", partagée entre théoriciens et praticiens et entre scientifiques et militants. De plus, entre les uns et les autres, la frontière serait indéfinie. Divisés en écoles, répartis en disciplines, ses membres s'illustrent dans les divers genres de la littérature juridique ; ils

5. Cherot (J.Y.), *Le comportement parlementaire*, Paris : Economica, 1984 et bibliographie citée.

6. Pour un bilan des recherches sociologiques sur la magistrature, cf. Mounier (J.P.), "Du corps judiciaire et la crise de la magistrature", *A.R.S.S.*, n.64, 1986, p. 20 ; Dezalay (Y.), "De la médiation au droit pur : pratiques et représentations savantes dans le champ du droit", *Annales de Vaucresson*, n° 21, octobre 1984, p. 118 et s. ; "Droit et expertise", *A.R.S.S.*, n° 76-77, mars 1989 ; Bancaud (A.), *La haute magistrature entre politique et sacerdoce*, Travaux de Recherche CRIV, n° 1, 1991.

7. Voir néanmoins les nombreuses observations de M. Weber dans *Sociologie du droit*, P.U.F., 1986, mais il faut dire que M. Weber était professeur de droit.

8. Cf. Bourdieu (P.), "La force du droit, éléments pour une sociologie du champ juridique", *A.R.S.S.*, n° 64, p. 6, qui écrit : "... l'antagonisme structurel qui oppose les positions de "théoriciens" voués à la pure construction doctrinale, et les positions de "praticiens", limitées à l'application, est au principe d'une lutte symbolique permanente dans laquelle s'affrontent des définitions différentes du travail juridique comme interprétation autorisée des textes canoniques. Les différentes catégories d'interprètes autorisés tendent toujours à se distribuer entre deux pôles extrêmes : d'un côté, l'interprétation tournée vers l'élaboration purement théorique de la doctrine, monopole des professeurs qui sont chargés d'enseigner, sous une forme normalisée et formalisée les règles en vigueur ; de l'autre l'interprétation tournée vers l'évaluation pratique d'un cas particulier, apanage des magistrats qui accomplissent les actes de jurisprudence et qui peuvent par là, pour certains d'entre eux, contribuer aussi à la construction juridique". En fait, cette longue citation le montre, les catégories utilisées pour décrire les polarités sont, dans une certaine mesure, trompeuses. Il est des degrés dans la théorie, comme il en est dans la pratique. Une réflexion sur la théorie générale du droit ne se compare pas à une synthèse de jurisprudence eût-elle des prétentions théoriques. Par ailleurs, et pour ne citer qu'un exemple, les magistrats de l'ordre administratif ont un rôle fondamental de construction doctrinale. Cf. sur cet apport, Roche (J.), "Rapport français, Droit public interne", *Travaux Capitant*, préc. p. 555 et spéc. p. 559 et s. Rivero (J.), "Apologie pour les faiseurs de systèmes", *D.* 1951, chron. 99. Ainsi au fond est-ce toujours la "montée en généralité" qui caractérise le travail doctrinal, même si cette montée peut avoir une portée plus ou moins grande.

9. "Rapport français, droit civil et rural", *Travaux Capitant*, préc. p. 81 et s. Cf. également Remy (Ph.), "Eloge de l'exégèse", *Droits* n. 1, p. 115, qui affirme que l'école de l'exégèse "est en réalité un ensemble hétérogène d'auteurs" (p. 118).

exercer des professions diverses : “il y a des praticiens-juges, notaires, avocats, conseils juridiques- qui font partie de la doctrine lorsqu'ils publient leur opinion et que leur opinion fait autorité. Il y a des professeurs qui n'en font pas partie lorsque leur opinion n'est pas publiée ou que personne ne s'y intéresse”¹⁰. Derrière l'apparente diversité de ses composantes et de ses productions, la doctrine néglige qu'elle constitue en réalité, un groupe particulier qui ne se confond ni avec la totalité des juristes, ni avec les professeurs, ni avec les diverses catégories de professionnels du droit qui peuvent ou non en faire partie.

En fait est membre de la doctrine celui qui est admis à intervenir dans le champ doctrinal, c'est-à-dire, à participer à la lutte pour l'appropriation des profits spécifiques qui s'offrent dans ce champ, participation qui suppose la reconnaissance d'un droit à parler du droit. Ces profits sont à la fois matériels et symboliques. Matériels, sous la forme des avantages qui s'attachent à la production de biens doctrinaux : droits d'auteur, possibilité de faire des consultations, participation aux activités d'enseignement et aux colloques ; symboliques, avec la satisfaction de voir son opinion publiée, citée, reconnue par ses pairs, voire même consacrée par le législateur ou le juge.

Pour accéder à ces profits, encore faut-il naturellement obtenir le droit d'entrer dans la compétition et, pour cela, réaliser des investissements plus ou moins importants : il faut accumuler des connaissances, apprendre à maîtriser la trame d'un discours savant et obtenir des titres à faire valoir - donc “payer un droit d'entrée” constitué par l'obtention de diplômes universitaires¹¹ - ou d'une compétence professionnelle qui confèrent une certaine autorité et séparent des profanes tenus à distance pour leur incompetence. Ces titres ont une valeur différente et ne procurent pas à leurs détenteurs les mêmes capacités d'intervention, ni les mêmes chances d'être entendus¹².

Si ces titres autorisent à produire des “biens doctrinaux” (cours, manuels, traités, notes de jurisprudence, chroniques, commentaires de loi¹³), ils ne constituent pas la garantie qu'ils seront diffusés sur le “marché”. Celui-ci est en effet contrôlé par des entreprises éditoriales déléguant à des comités de rédaction, le soin de choisir quelles opinions seront publiées, opérant ainsi une censure et une sélection¹⁴.

10. *Idem*, p. 84.

11. Etymologiquement doctrine vient du latin *doctrina*, de *docere*, enseigner.

12. Les titres à faire valoir varient selon les secteurs du champ juridique.

13. Croze (H.), “Le droit malade de son information”, *Droits*, n° 4. *Crises dans le droit*, P.U.F., 1986, p. 87, affirme : “il n'est nullement exagéré de dire qu'aujourd'hui l'information juridique constitue un enjeu économique (comme l'est depuis longtemps, l'information scientifique et technique), de sorte que les milieux professionnels sont fort demandeurs de nouvelles techniques documentaires”.

14. Cette censure et cette sélection sont d'ailleurs au principe de la constitution de nouvelles structures éditoriales que sont contraints de mettre en place les auteurs qui ne partagent pas les idées dominantes et qui cherchent à s'imposer. Ainsi le mouvement critique du Droit, qui naît en 1978, lance la revue *Procès* et une collection d'ouvrages à visée pédagogique, offrant ainsi des débouchés éditoriaux aux opinions de ses membres.

La lutte pour l'autorité doctrinale, pour le monopole de dire ce que doit être le droit, passe par la gestion des ressources accumulées. Tout d'abord par l'investissement à l'intérieur d'une branche du droit, la recherche de la reconnaissance par les pairs et l'entretien du capital investi¹⁵. Ensuite par un travail de marquage et de démarquage des auteurs¹⁶ à l'intérieur de chaque spécialité pour capter l'attention de ses pairs et se voir reconnaître une autorité élargie. Enfin, par des déplacements à l'intérieur du champ doctrinal d'une spécialité à une autre, espérée plus "rentable", reconversion qui suppose des désinvestissements et réinvestissements plus ou moins coûteux et importants. L'autorité d'un auteur sera d'autant plus grande qu'il sera crédité d'une compétence dans différentes spécialités¹⁷ et, si possible, dans les spécialités les plus valorisées, à un moment donné.

Mais au-delà de ces rivalités internes, la doctrine comme groupe a un intérêt collectif à se développer : affirmer la valeur des productions doctrinales. Valeur qui l'autorisera à intervenir dans la production même de la norme juridique où elle paraît relativement désarmée. Alors que le parlement puise dans l'élection au suffrage universel sa légitimité à légiférer ; que l'autorité judiciaire reçoit de la constitution et de la loi, expression de la volonté générale, habilitation à trancher des litiges par des décisions obligatoires, la doctrine ne dispose d'aucune légitimité comparable. Dès lors, elle doit construire un système de représentations exprimant ses intérêts collectifs par lequel elle revendique et justifie son droit de parler sur le droit, de dire ce qu'il est et ce qu'il doit être, avec quelque autorité (I). Cette légitimité conquise et entretenue, permet non seulement l'écoulement des produits doctrinaux sur ce marché spécifique du champ juridique, mais encore de pouvoir prendre part à la production normative (II).

15. Publications régulières, participation aux colloques, mise à jour de manuels, direction de thèses. Ce travail d'entretien est d'autant plus nécessaire que ces biens sont frappés d'une usure d'autant plus rapide qu'ils sont plus techniques.

16. Constitutifs de ce que l'on nomme débat doctrinal autour des décisions importantes ou des lois nouvelles. Il faudra être le premier à avoir commenté un arrêt de principe. A défaut, la publication d'un "contre commentaire" s'impose qui atteste que l'on est bien au fait des dernières évolutions du droit.

17. Cette "multipositionnalité", naguère fréquente, devient aujourd'hui de plus en plus rare, parce que les différentes branches du droit se complexifient et que la compétence en chacune d'elles est appréciée selon un critère de spécialisation technique qui rend onéreuse la reconnaissance par les pairs. La possibilité de passage d'une branche à l'autre est conditionnée par la structure de capital détenu et des investissements réalisés (domaines de recherche et d'enseignement), par la rentabilité actuelle de ces investissements liée aux positions occupées par les rivaux : lorsque toutes les places sont prises, trois solutions s'offrent à l'ambitieux. Par un acte d'audace, créer de nouvelles positions dans la spécialité (création d'une revue nouvelle). Par un acte de rupture et de mobilisation, signer l'acte de naissance d'une nouvelle discipline. Enfin, par un acte de reconversion, passer à une autre spécialité déjà constituée où des places sont libres. Ainsi, le choix dépendra, dans une large mesure, de l'état du champ doctrinal.

I. - LE DISCOURS D'AUTORISATION

Tout groupe qui vient à l'existence sociale doit, pour se constituer et se maintenir, construire un système de représentations par lequel il définit son rôle et sa position, fixe ses moyens d'actions, et s'autorise à intervenir dans le domaine de compétence qu'il revendique.

La doctrine n'échappe pas à cette loi de constitution des groupes. Elle procède à un travail d'élaboration des principes au nom desquels elle parle. Pour s'autoriser, elle construit "un idéal du droit" - élément d'une "matrice disciplinaire"¹⁸ - au nom duquel elle va revendiquer le droit de parler légitimement. Ce faisant, elle objective les rôles des différents acteurs du champ juridique et cherche à capter le capital de légitimité qui s'investit dans les différentes formes sous lesquelles le droit s'exprime¹⁹. Par ce travail de représentation et de légitimation, elle s'ouvre un espace dans lequel elle peut se mouvoir sans concurrence et à partir duquel elle peut prétendre assurer "la police de l'ordre juridique". Les qualités qu'elle prête à cet ordre juridique lui fournissent autant d'occasions de se parer des attributs nécessaires à la réalisation pratique de ces qualités.

C'est ainsi que, concevant l'ordre juridique comme devant être rationnel, équitable et ajusté aux nécessités de la vie sociale, elle se présente comme la seule détentrice de la compétence scientifique pour le connaître (A), de la sagesse qui doit l'inspirer (B) et de l'aptitude à en opérer l'adaptation pragmatique (C).

A) La compétence scientifique

Le passage de la société féodale à la société capitaliste s'est accompagné de l'élaboration d'un système symbolique faisant de la compétence scientifique le facteur primordial de la légitimité. A un monde conçu comme rationnel doit correspondre une connaissance, elle-même rationnelle, des lois qui le régissent. Le mouvement - amorcé en physique par Galilée, théorisé par Descartes et généralisé à l'ensemble des activités sociales par les philosophes des Lumières - fait de la connaissance scientifique un principe essentiel de la

18. L'expression "matrice disciplinaire" est utilisée par Thomas Kuhn pour désigner, dans une communauté scientifique, "tous les points communs qui existent entre les chercheurs et qui expliquent leur complicité de langage et leur unanimité de jugement sur le plan professionnel", soit "un ensemble d'engagements mutuels, de convictions partagées et de valeurs morales qui font de la grande famille des chercheurs un véritable corps constitué", v. Shekhawat, "De quelques tendances épistémologiques en philosophie des sciences", *Diogène*, n° 128, oct-déc. 1984, p. 77, cit. p. 79.

19. Production législative, réglementaire ou judiciaire.

légitimité. Une fois “*la science construite*”²⁰ comme seule source de connaissance véritable, une fois sa puissance et son efficacité reconnues et mises en scène, celui qui peut invoquer la raison et mobiliser à son profit les apparences de la scientificité, au moment où il s’exprime, a de grandes chances de voir son discours admis par ses destinataires, prédisposés à accepter la supériorité de tels arguments.

Le droit n’a pas échappé à ce mouvement. Aux facteurs bien connus de rationalisation de la production normative -reconstruction de l’État, besoin de prévisibilité dans les rapports économiques, développement de chaînes longues d’interdépendances, mise en place d’une administration rationnelle et bureaucratique²¹ et instauration d’un système politique démocratique²² - s’ajoute l’intérêt de la doctrine à pouvoir invoquer à son profit le caractère scientifiquement connaissable de l’objet juridique.

Si les lois sont bien “*les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses*”, si la scientificité est devenue, de plus en plus nettement, le principe dominant de la connaissance universitaire, on comprend que la mise en forme logique du droit par la doctrine soit à la fois le produit des “*besoins intellectualistes des théoriciens du droit et des docteurs formés par eux*”²³ et l’expression de l’effort d’appropriation par la doctrine des avantages qui s’attachent à la présentation d’un savoir comme scientifique : véracité du propos, neutralité et désintéressement de ceux qui le tiennent : le propos scientifique, paré de la force de l’évidence, tente d’échapper à toute contestation. On saisit alors toute l’importance du travail de mise en conformité des productions doctrinales avec les exigences minimum de la rigueur scientifique en vigueur dans les autres sciences au même moment, travail d’autant plus fondamental que le statut du droit comme science est contesté.

La scientificité du droit

“C’était, il n’y a pas longtemps encore, une idée fort répandue, dans ce que l’on est convenu d’appeler le grand public, que les études de droit seraient vouées, par leur nature même, à une routine désolante, enserrées dans les lisières d’une scolastique étroite, qui constituerait leur méthode unique et nécessaire ; d’où ne pourrait surgir qu’une casuistique froide et sté-

20. Sur ces phénomènes de construction, cf. Berger (P.) et Luckman (T.), *La construction sociale de la réalité*, Méridien-Klincksieck, 1986. Avec elle on entre dans les répertoires de justification de type industriel dégagés par Boltanski (L.) et Thévenot (L.), in *De la justification*, Gallimard, 1991, p. 253-254.

21. Cf. Weber (Max), *Sociologie du Droit, préc.*

22. Le système démocratique suppose qu’un peuple conscient de lui-même et de ses intérêts collectifs élabore -directement ou indirectement par ses représentants, après délibération où les avantages et les inconvénients des solutions sont pesés- les règles de droit objectives qui doivent s’appliquer à tous. C’est là un facteur puissant de rationalisation du droit.

23. Weber (Max), *préc.*, p. 202. Dans la mesure où les professeurs ont une part prépondérante dans la formation des divers acteurs du champ juridique, ils peuvent imposer la croyance dans le caractère réellement scientifique de leur travail. Cf. Mazeaud (H.), “Leçon d’intro

rile, échafaudée sur des formules impénétrables au commun des hommes, casuistique, indispensable peut-être à la vie pratique de l'humanité, mais, à coup sûr, indigne du nom de science..."

"On distingue deux objets, nettement séparés, dans notre champ de tra-

(suite note 23) duction aux études de droit", *Mélanges G. Marty*, Université des Sciences sociales de Toulouse, 1968, p. 799, (destinée aux étudiants entrant en première année en novembre 1969, diffusée sur les ondes de la radio nationale le 4 novembre 1969) qui cherche à accréditer, dès cette première leçon que le droit est bien une science. L'auteur affirme (p. 807) : "Parce que le droit est une science sociale, faire des études de droit, choisir une carrière juridique, c'est contribuer à l'amélioration de la société en y faisant régner toujours plus de justice". Plus loin, il poursuit : "Écoutez Domat, le plus grand juriste de notre ancien droit, cet ami de Pascal qui écrivait au XVII^e siècle. Classant entre elles les différentes sciences enseignées dans une université, il plaçait au premier rang des sciences humaines l'enseignement du droit, "parmi toutes les sciences humaines, celle qui est la plus nécessaire et la plus importante dans l'ordre de la société des hommes, et qui a aussi le plus de dignité, est la science des Loix qui règlent la justice que les hommes se doivent les uns aux autres dans toutes les sortes d'affaires que les liaisons, les engagements et les autres suites de leur société peuvent permettre. C'est pour enseigner cette science que sont établis dans les universités les professeurs du droit civil" (*Droit Public*, livre I, titre 17)". Dans cette citation le mot science apparaît à six reprises. Les ouvrages récents destinés à présenter le droit civil aux étudiants se partagent en deux groupes. Certains n'abordent pas la question de savoir si le droit est une science. Ghestin (J.) et Goubeaux (G.), *Introduction générale, Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, L.G.D.J. La table alphabétique ne mentionne que les "sciences économiques". Sourieux (J.L.), *Introduction au droit*, P.U.F., 1987, parle de "discipline initiatique". Les autres, de loin les plus nombreux, affirment parfois avec des nuances, que le droit est une science. Cf. par exemple : Bergel (J.-L.), *Théorie Générale du Droit*, Dalloz, 1985, écrit, citant Lalande, "On ne peut nier que le droit soit une science, c'est-à-dire un ensemble de connaissances ordonnées d'après des principes et qu'il comporte ses modes de raisonnements et toute une série de procédés techniques" (n. 244). Carbonnier (J.), *Droit Civil, Introduction*, P.U.F., montre que tout dépend de la définition du mot "science". Il écrit : "s'il n'y avait de science que celles qui peuvent opérer sur des phénomènes soumis au déterminisme et qui sont en mesure de découvrir des lois de causalité entre ces phénomènes, le droit ne pourrait assurément prétendre, sauf pour une très faible part, au nom de science. Mais, si tout ensemble de connaissances raisonnées et coordonnées mérite ce nom (ne fût-ce qu'à par opposition à l'empirisme), il est bien certain qu'il y a une science du droit" (n. 7). Cornu (G.), *Droit Civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 4^e éd., 1990, consacre une section à "la science du droit" (p. 71 et s.). Il écrit : "appliqué au Droit, le mot "science" répond au sens c) du vocabulaire philosophique de Lalande : "un ensemble de connaissances ordonnées d'après des principes". Plusieurs éléments coexistent dans ce corps de connaissances cohérentes : des fondements, des applications, des auxiliaires" (n. 184). Larroumet (Ch.), *Droit Civil, Introduction à l'étude du droit privé*, Ed. Economica, écrit : "La science du droit, c'est la connaissance de la règle de droit elle-même, de l'ensemble des règles dans leur diversité et leur complexité. C'est en ce sens que l'on parle des sciences juridiques. Celles-ci ont leur propres lois comme toutes les sciences" (n. 10). Mazeau (H.L.J.) et Chabas (F.), *Introduction à l'étude du droit, Leçons de droit civil*, Montchrestien, 9^e éd., 1989. Les auteurs consacrent toute leur "deuxième leçon" à la "science du droit" (N) 15 et s.). Marty (G.) et Raynaud (P.), *Introduction Générale à l'étude du Droit*, Sirey, 2^e éd., 1972. Les auteurs enseignent : "le droit est un objet de connaissance ou d'études. C'est en ce sens que l'on parle de science du droit, d'études de droit, de Facultés de droit. Connaître, étudier scientifiquement le droit comporte d'ailleurs des degrés" (n. 7). Starck (B.) par Roland (H.) et Boyer (L.), *Introduction au droit*, Litec, 2^e éd., 1988. Les auteurs consacrent un chapitre à la science du droit (p. 91 et s.) et ils affirment, par exemple : "... il est commode de montrer que la démarche du juriste est scientifique à chacune des étapes de son activité" (n. 214). Sur la question de la science du droit, cf. Atias (Ch.), *Epistémologie juridique*, P.U.F., coll. Droit Fondamental, 1986.

blèmes qui se posent. Mais si l'apparence, à un moment donné de l'évolution juridique, est la même, les éléments qui constituent l'édifice sont puisés à des sources toutes extérieures, et incessamment renouvelables. Ce n'est plus un palais fait sur un plan tracé d'avance, et auquel on ne puisse plus toucher ; c'est tout un épanouissement de constructions architecturales, qui se renouvellent sans cesse, tout en ayant soin de s'adapter les unes aux autres et de former un tout harmonieux", Saleilles (R.), Préface à Geny (F.), Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, op.cit., p. XX.

Le Droit comme ordre

"Tout se passe comme si le droit ne pouvait être pensé autrement que comme un ensemble cohérent, intégré, monolithique dont tous les éléments se tiennent et s'emboîtent harmonieusement. Cette exigence s'exprime aussi bien dans la structuration de l'ordre juridique fondée sur l'articulation des normes et soudé par quelque principe essentiel, que dans son fonctionnement concret : la réalité sociale est appréhendée à travers le prisme de concepts abstraits regroupés en catégories de plus en plus larges et compréhensives et les solutions applicables aux cas d'espèce peuvent être déduites de règles générales", Chevallier (J.), "L'ordre juridique", Le droit en procès, P.U.F., 1986, p. 11 et s.

Etant rationnellement construit, le droit peut faire l'objet d'une connaissance scientifique²⁶. Celle-ci est d'autant plus nécessaire que le système de normes présente des faiblesses et des lacunes qu'"il y a non seulement des contradictions partielles et accidentelles mais même des éléments durables qui ne se concilient que péniblement"²⁷. Dans ces conditions, il revient à la doctrine de dégager scientifiquement ce que sont les règles de droit, de "*construire l'édifice*"²⁸, se fondant sur l'observation des faits et sur le postulat selon lequel le système juridique est nécessairement rationnel, elle va -au nom de cet "*idéal logicien*"²⁹ -, par application de méthodes d'interprétation et d'analyse dire quelles sont les règles de droit. Bien entendu, ces méthodes prétendent à la neutralité. Mais elles sont dépendantes de la construction dominante des modalités de production légitime du droit qu'elles contribuent à naturaliser.

Ainsi l'école de l'exégèse part du postulat dominant dans la première partie du XIX^{ème} siècle que "*le Code civil fournit la solution directe ou limite*

26. Les rédacteurs du Code civil invoquaient le caractère scientifique à leur profit pour justifier leur oeuvre. Portalis (Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. 1, p. XCVII) affirmait : "*J'appelle science une suite de vérités ou de règles liées les unes aux autres, déduites des premiers principes, réunies en un corps de doctrine et de système, sur quelqu'une des branches principales de nos connaissances*".

27. Esmein (A.), "La jurisprudence et la doctrine", *Rev. trim. dr. civ.*, 1902, p. 15.

28. Esmein (A.), *op.cit.*, p. 15.

29. Voir sur cette prétention à ce que l'ordre juridique soit justiciable de la logique formelle : Lenoble (J.) et Ost (F.), "Droit, mythe et raison", *Public-Fac-St Louis*, 1980, p. 297. Dans un autre registre, voir l'analyse de Arnaud (A.J.), *Analyse structurale du Code civil français*, L.G.D.J., 1973, pour lequel le Code civil constitue un système autonome régi par la raison juridique.

vail : d'un côté, ce qui est matière de pure interprétation juridique, la loi positive, son explication et son application concrète ; d'un autre côté, ce qui, planant en dehors et au-dessus des textes légaux, ouvre un plein et libre essor aux investigations de l'esprit, l'étude des phénomènes sociaux, envisagés en eux-mêmes, et la recherche de leurs lois naturelles. Cette seconde partie, qu'on a quelquefois appelée Sociologie par opposition au Droit proprement dit, serait seule pleinement et véritablement, matière scientifique.

Partant de là, on a reconnu, que, pour couper court aux reproches, naguère essayés, et, dans une certaine mesure, peut-être, mérités par l'enseignement du droit, le moyen tout indiqué était de développer, de la façon la plus riche, les branches comprises dans ce que l'on considérerait comme le côté scientifique de nos études. D'où la récente floraison, dans nos facultés, de tout le groupe, si jeune, si vivace, si plein d'avenir des sciences sociales, politiques et économiques" (Geny (F.), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique*, Paris, L.G.D.J., 2^e éd., n. 1).

Ainsi, le droit est conçu par la doctrine moderne²⁴ comme un ordre logique et rationnel, comme un ensemble de règles hiérarchisées et cohérentes, s'articulant selon les principes de non contradiction et de compatibilité²⁵. L'ensemble est décrit comme harmonieusement bâti et c'est la métaphore architecturale de l'édifice ou de la pyramide qui revient le plus souvent pour le figurer.

Le droit comme édifice

"La construction d'ensemble reste donc à l'apparence ce qu'elle est dans la conception dogmatique, un édifice bien charpenté, dans lequel tout se tient et où l'on puise par une logique qui soit à la portée de tous, encadrer les pro-

24. Weber (Max), *Sociologie du Droit*, op.cit., p. 202, écrit : "Pour les juristes de l'Antiquité en raison de la nature analytique de la pensée juridique romaine, l'aptitude à la construction, même si elle n'est pas totalement absente, n'a qu'une très faible importance. Maintenant que le droit est transplanté dans un environnement différent, inconnu de l'Antiquité, la tâche de "construire" de façon juridiquement cohérente, le fait devient la tâche la plus importante. De ce fait, la conception qui prédomine de nos jours et qui considère le droit comme un complexe sans failles de "normes" logiques et non contradictoires attendant d'être "appliquées" devient la seule décisive dans la pensée juridique". Cf. également Ghestin (J.) et Goubeaux (G.), op.cit., n. 136, qui écrivent "les matériaux qui composent le Code civil ont donc été puisés dans l'Ancien Droit. Mais ce n'est pas pourtant une oeuvre réactionnaire, car il est animé de l'esprit de la Révolution".

25. L'expression la plus achevée de cette conception se trouve chez Kelsen (H.), *La théorie pure du droit*. Mais les principes sont affirmés dès 1789 (hiérarchie des normes juridiques-garantie par un organe juridictionnel, distinction des autorités normatives et séparation des pouvoirs) même si la réalisation concrète n'a été que très progressive. Jean-Louis Thireau montre bien dans son article "La doctrine civiliste avant le code civil" (*supra*) à quel point sous l'Ancien Régime la doctrine avait pris ses distances vis-à-vis du positivisme juridique, élaboré un "programme de codification", réalisé un travail de "construction juridique" manifestant son souci d'édifier un "ordre juridique cohérent" et "même à partir du XVI^e siècle systématique". Voir également du même auteur, "Le comparatisme et la naissance du Droit français", *Revue d'histoire des Facultés de Droit*, n° 10-11, 1990, p. 153 et s.

la solution possible”³⁰. Le travail de la doctrine “consistera donc à fixer le sens exact de ces articles et la portée précise de ces dispositions” . “Elle pourra prévoir toutes les hypothèses et dégager les conséquences qui étaient contenues en germe” . Pour ce faire, l’école de l’exégèse utilise la méthode syllogistique consistant à élaborer “un échafaudage de syllogismes à partir des propositions du Code”, “toutes les dispositions concrètes qu’il contient se servent ainsi réciproquement de majeures et de mineures”³¹.

Une disqualification de l’école de l’exégèse au nom du positivisme et du droit jurisprudentiel

“La fiction était de croire, non pas à proprement parler que la loi suffisait à tout -tout le monde sait qu’il n’est aucune loi codifiée qui puisse embrasser et prévoir tout l’ensemble des rapports juridiques- mais que la jurisprudence et la doctrine, en interprétant la loi, ne se plaçaient qu’au point de vue d’une recherche de volonté, et qu’elles ne faisaient que tirer les conclusions logiques qu’eût acceptées le législateur ; non pas le législateur moderne, mais l’auteur même de la loi, quelque fût l’intervalle à jeter en bloc entre le passé et le présent”.

“Qu’on ait eu cette prétention aux époques tout à fait voisines de la mise en oeuvre du Code civil, alors que l’on était sous l’influence immédiate des conditions sociales qui l’avaient inspiré, et que l’on restait imbu de l’esprit même qu’en avait dirigé la confection, rien n’était plus justifié. Mais depuis le milieu social a changé du tout au tout (...)”.

“Et il fallait que le droit se plîât à ce monde nouveau, qu’il donnât satisfaction à cette justice nouvelle, dont le principe reste immuable, mais qui pour rester justice doit, elle-même se plier aux transformations économiques et sociales qui se produisent !”

“Notre jurisprudence n’a certes pas manqué à sa tâche ; la doctrine, après s’être montrée plus traditionnelle et plus résistante, comme c’était son rôle, a fini par s’engager, elle aussi, dans ces voies nouvelles. Doctrine et jurisprudence ont fait, et font chaque jour plus encore, oeuvre de justice, oeuvre de science et oeuvre de progrès social. Mais elles font tout cela sans se l’avouer, même en prétendant pour le principe seulement qu’elles ne font pas. A les entendre, elles ne font qu’interpréter la volonté stricte du législateur de 1804, que consacrer les solutions qu’il aurait voulu faire prévaloir”.

“Il s’agit de relations juridiques dont il ne pouvait avoir conscience. Nul ne peut savoir ce qu’il aurait fait, s’il les avait pu prévoir ; ou plutôt on peut très légitimement se douter que, s’ils les avait prévues, tout en restant en progrès sur son temps, il les aurait résolues dans un sens tout contraire au progrès moderne. Et cependant, c’est le plus souvent dans le sens des besoins de la pratique actuelle que la jurisprudence française, avec son sens si droit et si sûr, les a presque toujours tranchées ; peu importe, on en impute le mérite initial au législateur du Code civil. Pour lui faire cet honneur, il faudrait, par une fiction nouvelle, supposer qu’il eut prévu, non seulement chacun des problèmes juridiques à résoudre, mais l’état nouveau qui devait les faire surgir. Et alors, ce législateur idéal et fantastique, on le prend non pas tel qu’il était en 1804 (...) ; mais on se le figure tel qu’il serait aujourd’hui. On en fait une sorte de personnalité imaginaire, mythique et permanente, qui viendrait

30. Esmein (A.), *op.cit.*, p. 5-6.

31. Saleilles (R.), Préface à Geny, *op.cit.*, p. XVIII.

rectifier en 1900 ses décisions, de 1804, ou plutôt accommoder les principes qui l'inspiraient alors aux nécessités de fait qui le solliciteraient aujourd'hui. Autant dire que le législateur dont on se réclame, est le législateur moderne, tel qu'on se le figure, ou tel qu'on désire qu'il soit, en dehors des organes constitutionnels qui lui servent d'expression.

“En réalité, à prendre la loi dans son but immédiat, il faut reconnaître que la volonté qui l'inspire ne porte que sur un domaine de faits concrets très étroit et très limité. Presque toujours, une loi n'a qu'un point isolé en vue ; toute l'histoire démontre qu'une loi n'intervient que lorsqu'un abus précis s'est fait jour, dont l'excès a fini par soulever l'émotion publique. Lorsque le législateur s'interpose, c'est pour mettre fin à tels ou tels faits, très nettement déterminés, qui ont provoqué sa décision. Et si, pour y parvenir, il croit devoir procéder par voie d'idées générales et de formules abstraites, les principes qu'il émet, n'ont de valeur, dans sa pensée que dans la mesure où ils s'appliquent aux abus qu'il s'agissait de détruire, et aux faits similaires qui viendraient à se produire. Quant aux autres conséquences logiques à déduire de ces principes, le législateur ne les a pas soupçonnées ; pour quelques-unes, pour beaucoup peut-être, s'il les avait prévues, il les aurait repoussées sans hésiter. En les consacrant, nul ne peut prétendre suivre sa volonté, ni se soumettre à ses intentions. On ne fait pas là que développer un principe désormais isolé et comme indépendant de la volonté qui l'a créé, et donc on fait une entité nouvelle qui, elle aussi, se développe par elle-même, et à laquelle on donne une vie factice, en dehors de la volonté du législateur, et le plus souvent contre lui”. “Si cela est vrai des formules abstraites que le législateur a pu admettre – et il le fait que rarement- combien plus encore cette impression doit-elle viser les principes et les conceptions, qu'il n'a pas formulés, et que l'on prétend déduire des solutions, de fait acceptées par lui ! Ces conceptions, il les a laissées dans l'ombre, elles ressortent sans lui, indépendamment de lui et malgré lui, de certaines dispositions concrètes qu'il avait édictées en vue seulement de quelques nécessités pratiques et de certaines conciliations, de pure équité ; et on en fait le point de départ de conséquences logiques et rigoureuses, que l'on présente comme l'expression de la volonté légale. Il n'y a pas au monde fiction plus évidente ; je ne dis pas que la fiction ne puisse se défendre. Mais ce que je dis, c'est qu'il faut la prendre pour ce qu'elle est, et reconnaître enfin que, loin de suivre la volonté du législateur, on décide ou on tranche en dehors d'elle, par des raisons intrinsèques, tirées d'une technique spéciale, qui peut être en accord manifeste avec les nécessités de la science du droit, c'est possible, mais qui n'a rien à voir avec la volonté du législateur”, Saleilles (R.), Préface, *op.cit.*, p. XIV et s.

Même ceux qui, au tournant du siècle, critiquent le dogmatisme de l'école de l'exégèse, lui accordent au moins deux mérites : d'être “une très sûre sauvegarde contre l'arbitraire, ce qui est le premier avantage à demander à une méthode juridique”³² mais aussi, et surtout, d'avoir “une allure très scientifique, en tant que la science consiste avant tout à découvrir les lois générales et des vérités objectives, sur lesquelles les vues purement personnelles n'aient aucune prise”³³.

32. *Idem.*

33. Saleilles (R.), *op.cit.*, p. XVIII. Cf. Rémy (Ph.), *Eloge de l'exégèse, op.cit.*, p. 115, qui écrit : “Disons-le : la méthode exégétique est une méthode de libre recherche – trop libre quelquefois, lui reprocheront “les scientifiques”. On notera à quel point la perception de l'école de l'exégèse par ses détracteurs de l'école dite “scientifique” est éloignée de la présentation qu'en font ceux qui, aujourd'hui, la redécouvrent.

C'est aussi sous la bannière de la science que se place le mouvement emmené par Geny qui se désigne lui-même comme "*l'école de la libre recherche scientifique*"³⁴. Cherchant à assouplir le système des sources de droit figé dans la loi, la doctrine va y réintroduire la jurisprudence³⁵ et promouvoir son commentaire "scientifique".

La "systématicité" prêtée au droit -et le discours qu'elle rend possible place la doctrine dans une position éminente : elle l'autorise "*non seulement à établir les chaînons nécessaires entre les productions juridiques singulières et à les ramener à certains principes communs*", "*à produire de grandes synthèses donnant à l'ordre juridique son unité*", "*en le plaçant sous l'empire de la rationalité*"³⁶ mais encore à rappeler à l'ordre tous les producteurs de droit qui méconnaîtraient la logique juridique dont elle se veut la garante.

B) La compétence morale

Si la doctrine s'arroge une compétence scientifique pour s'autoriser à parler du droit, elle ne saurait, par ce seul moyen, dire dans tous les cas ce que doit être la règle : au discours scientifique, s'adjoint alors l'invocation de la morale. Cette invocation de la morale passe aussi par la construction théorique de la relation que les deux notions entretiennent.

Plaçant la morale dans une position de supériorité à l'égard des règles de droit positif, Georges Ripert est sans doute celui qui a formulé le plus clairement ce principe d'autorisation. Pour lui, "*le droit dans sa partie la plus technique est dominé par la loi morale*"³⁷. Partant du principe que les

34. Geny (F.), *op.cit.*, Chapitre second de la troisième partie.

35. Alors que certains auteurs de cette période considèrent qu'"il faut que la doctrine aille plus loin et prenne la jurisprudence pour son principal objet d'études" car "*c'est elle qui est la véritable expression du droit civil ; elle est la loi réelle et positive tant qu'elle n'est pas changée*". C'est donc elle, autant que le Code civil lui-même, qu'il faut étudier directement et scientifiquement (Esmein, *op.cit.*, p. 11). D'autres, comme Geny, profondément marqués par le fétichisme de la loi, sont amenés, pour réaliser l'assouplissement souhaité, à proposer des solutions embarrassées en refusant à la jurisprudence le statut de source directe du droit et passent pour lui reconnaître une influence par la médiation de la coutume (Geny (F.), *op.cit.*, n. 149).

36. Chevallier (J.), "L'ordre juridique", *op.cit.*, p. 11-12 et Gleizal (J.J.), "Doctrines juridique et critique du droit", *Leviathan*, n° 6-7, 1980, p. 70 et s.

37. Ripert (G.), *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 1949. On peut trouver une idée analogue en droit pénal où il est habituel de tenir "*la qualification pénale pour un "indicateur précieux" des valeurs morales et sociales que la justice veut protéger*". Et M. J.P. Delmas Saint-Hilaire explique que "*que la justice pénale "sous-qualifie" un comportement perçu par la collectivité comme gravement blâmable au plan de la morale individuelle ou de la morale sociale, elle invite alors l'opinion publique à considérer celui-ci comme n'appelant qu'un blâme léger, un acte dont on peut finalement s'accommoder dès à présent et qui sans doute sera demain banalisé*", in "Sang contaminé et qualification pénale... avariée", *G.P.*, 18-19 sept. 1992, p. 4.

juristes du siècle dernier "ont été impressionnés par l'esprit scientifique et positiviste", qu'ils "se sont abusés sur l'importance et la valeur de la technique"³⁸, il estime que "le monde juridique ne peut s'organiser hors de la préoccupation morale, sur le donné pratique et rationnel"³⁹. D'abord parce que "le droit ne saurait dans la rigidité de ses formules et la généralité de ses règles abstraites donner à l'activité humaine une règle de conduite qui soit respectée sans être justifiée"⁴⁰. Ensuite, parce que contrairement à ceux qui estiment que "le droit et la morale n'ont pas le même domaine", il affirme "qu'il n'y a en réalité entre la règle morale et la règle juridique aucune différence de domaine, de nature et de but ; il ne peut y en avoir car le droit doit réaliser la justice et l'idée du juste est une morale". S'il concède qu'il y a entre elles "une différence de caractère" à savoir que "la règle morale devient règle juridique grâce à une injonction plus énergique et à une sanction nécessaire pour le but à atteindre"⁴¹, il pense que l'ordre juridique positif n'est pas capable de se suffire à lui-même, que les lois civiles ne peuvent trouver leur fondement dans l'autorité publique et leur fin dans le règne de la paix sociale : ce droit "ne peut vivre coupé de sa racine par la seule force de sa technique... il ne peut se développer que par une montée continue de la sève morale"⁴² ; de plus le législateur comme le juge sont animés par une morale qu'ils intègrent dans les lois et les jugements⁴³.

M. Bellet⁴⁴ souligne à cet égard que la Cour de cassation paraît parfois "animée par de puissants arguments d'équité, d'ordre à la fois sentimental et moral". D'autres, au mépris de la thèse orthodoxe des sources du droit, font même de l'équité "la loi suprême du juge".

38. Ripert (G.), *op.cit.*, p. 4.

39. Ripert (G.), *op.cit.*, p. 5.

40. Ripert (G.), p. 8, insiste sur le fait que les tribunaux par l' "appel à la loi morale peuvent renforcer, atténuer ou affiner la règle juridique".

41. Ripert (G.), *op.cit.*, p. 9 et 10. Ripert cite ici Geny, *Science et technique*, T. II, p. 361. M.A. Seriaux, "La procréation artificielle sans artifices, illicéité et responsabilité", *D.* 1988, chron. 201, n'hésite pas à affirmer : "Nous pensons que règles morales et règles juridiques sont des notions substantiellement interchangeables sitôt que l'on aborde le domaine commun des relations intersubjectives dans lesquelles un dû (debitum) est en cause".

42. Ripert (G.), *op.cit.*, p. 11.

43. Ripert (G.), *op.cit.*, p. 24. Pour une extension de cette idée au droit communautaire : Hetsch (P.), "Emergence des règles morales dans la jurisprudence de la C.J.C.E.", *Rev.trim.dr.europ.*, 1982, 511.

44. "Le juge et l'équité", *Mélanges Rodière*, Dalloz, 1982, p. 9 ; cf. également Agostini (E.), "L'équité", *D.* 1978, chron. 7, spec. p. 11 qui écrit à propos du Président Magnaud : "Proclamer comme il le fit dans la célèbre affaire Menard "que le juge peut et doit interpréter humainement les inflexibles prescriptions de la loi", c'était pratiquer l'équité de manière ostensible. Décider avec la Cour d'Appel d'Amiens que l'inculpée devait être relaxée, faute pour elle d'avoir eu une intention criminelle, c'est la pratiquer de manière subreptice puisque, pour aboutir à cela, il fallait délibérément assimiler l'intention frauduleuse aux mobiles du délit".

La morale, loi du juge

“Le juge impose son sentiment du juste et de l’utile. La Cour de cassation aussi se joue du droit, joue avec le droit. Elle place le plus souvent au-dessus de la loi son sentiment du juste et elle a de nombreuses recettes pour étouffer la loi en la vénérant. Dès qu’une activité devenue contentieuse est livrée au juge, la hiérarchie des sources du droit se trouve bouleversée : désormais le sentiment du juge devient source essentielle du droit qui sera dit... il faut l’admettre, le juge moderne puise sa décision dans le sentiment qui l’anime du juste et de l’injuste. Juger c’est donner raison à l’un, tort à l’autre, départager raison et tort. Ce n’est essentiellement ni exécuter la loi, ni respecter un précédent. On avancera, sans trop d’audace, que tout jugement, même très motivé en droit, est d’abord un verdict d’équité. Le droit au service du juste, non le juste au service du droit”, Bredin (J.D.), “Le droit des relations économiques internationales”, Etudes offertes à Berthold Goldman, Litec, 1983, p. 19 et 20.

La difficulté d’une telle conception c’est naturellement de donner quelque consistance à cette morale, dont les auteurs s’autorisent pour parler, à cet idéal de justice qui paraît bien flou. Classiquement, c’est par la construction d’un droit naturel que philosophes et juristes résolvent cette question en lui donnant un contenu plus concret. Adossés à d’idée de droit naturel -même si celle-ci est à contenu variable⁴⁵- les juristes “n’ont plus qu’à écouter la raison qui juge les lois humaines, guide leur interprétation, supplée à leurs lacunes. Si le droit positif ne contient aucune règle, on fait appel au droit naturel, et si la règle légale est contraire aux principes de ce droit, elle n’a qu’à disparaître, car la justice la condamne”⁴⁶. Comme le droit naturel est par définition indépendant et supérieur au droit positif, il permet à ceux qui sont autorisés à dire ce qu’il est, de condamner qui s’en écarte.

La disqualification par le droit naturel

“Le rôle du juriste consiste, selon nous, d’abord et avant tout, à trancher les débats en terme de légitimité, c’est-à-dire de justice ou d’équité. La licéité ne vient qu’après et c’est principalement au législateur qu’il incombe alors d’en décider. En d’autres termes, il conviendrait sérieusement de repenser le trop fameux clivage entre le droit et la morale. La foule de problèmes que soulève aujourd’hui l’avènement du pouvoir scientifique sur la vie, la mort, le sexe ou la procréation constitue sans doute une occasion inappréciable pour se livrer à ce travail de fond. Nous en venons ainsi à la seconde observation. L’appréciation de la légitimité des comportements humains nous renvoie à l’essence de ce qui est juste, c’est-à-dire au droit naturel. Or, l’on ne trouve à aucun moment, dans cet ouvrage pourtant consacré à la nature et au droit, une seule référence au droit naturel, à l’ordre naturel des choses. C’est dommage : nous persistons à penser que seul un retour de la philosophie contemporaine à ce domaine essentiel de la pensée antique et

45. Saleilles (R.), “Ecole historique et droit naturel”, *Rev. trim. dr. civ.*, 1912, 80.

46. Ripert (G.), *op.cit.*, p. 15.

médiévale serait de nature à clarifier l'inéluctable débat sur la légitimité de toute une série de pratiques plus ou moins entérinées par les milieux scientifiques. On dirait en définitive, (ce n'est peut-être qu'une impression) que la peur d'apparaître rétrograde aux yeux de leurs lecteurs a conduit les différents auteurs de l'ouvrage à faire l'impasse sur cette question qui est pourtant, répétons-le, au coeur du débat. Il faudrait qu'une fois pour toutes l'on se rende compte qu'en matière de philosophie, les vérités auxquelles parvient l'esprit humain ont quelque chose d'immuable et que ce qui a pu paraître vrai hier, à la suite de réflexions multiséculaires, l'est encore aujourd'hui et le sera demain", Seriaux (A.), R.R.J., 1989-1, p. 233 ; Présentation de L'homme, la nature et le droit sous la direction de B. Edelman et M.A. Hermitte, Ch. Bourgeois, 1988.

Reste que les tentatives périodiques de revalorisation⁴⁷, dont le droit naturel est l'objet, échouent car *"elles ne représentent que des aspirations vers un idéal qu'elles ne donnent aucun moyen d'atteindre"*⁴⁸ et parce que, comme le note Kelsen, les normes prétendent naturelles sont en dernière analyse *"subjectives et relatives"*.

L'erreur logique de la doctrine du droit naturel

"La doctrine du droit naturel a pour fondement le dualisme du droit naturel et du droit positif. Elle croit pouvoir à l'aide de ce dualisme résoudre le problème éternel de la justice absolue et donner une réponse définitive à la question du bien et du mal dans les relations mutuelles des hommes. Elle juge possible de distinguer les comportements humains qui sont conformes à la nature et ceux qui ne le sont pas, les premiers étant en quelque sorte prescrits par la nature, les seconds prohibés par elle. Les règles applicables à la conduite des hommes pourraient ainsi être déduites de la nature de l'homme et en particulier de sa raison, de la nature de la société et même de la nature des choses. Il suffirait d'examiner les faits de la nature pour trouver la solution absolument juste des problèmes sociaux. La nature remplirait des fonctions législatives. Elle serait le législateur suprême".

47. Cette revalorisation périodique est liée au phénomène de concurrence entre les auteurs. Elle est aussi conditionnée par le type de difficultés qui doit, à un moment donné, être résolu. Ainsi les nouvelles technologies médicales en matière de procréation, par les problèmes éthiques qu'elles posent, fournissent le prétexte d'une telle revalorisation. Problème de valeur par excellence, il ne saurait appeler qu'un jugement que rien ne peut justifier. Comme tout postulat, ce jugement est indémontrable. Ripert (préc. p. 20) estime qu'à chaque émergence d'une nouvelle philosophie ou d'une découverte scientifique *"qui bouleverse nos notions acquises sur la force de la vie, il se trouve un juriste qui essaie de fonder cette philosophie ou cette science nouvelle, une nouvelle défense du droit naturel"*.

48. Ripert (G.), préc., p. 20.

“Une telle théorie suppose que les phénomènes naturels ont un but et que dans leur ensemble ils sont déterminés par des causes finales. Ce point de vue téléologique implique l'idée que la nature est douée d'intelligence et de volonté, qu'elle est un ordre établi par un être surhumain, par une autorité à laquelle l'homme doit obéissance. En d'autres termes la nature en général et l'homme en particulier serait une création de Dieu, une manifestation de sa volonté juste et toute puissante...”

“Toute doctrine du droit naturel a donc un caractère religieux plus ou moins accentué, mais la plupart de ses partisans et notamment les plus éminents d'entre eux cherchent à distinguer le droit naturel du droit divin et à fonder leur théorie sur la nature telle qu'elle est interprétée par la raison humaine. Ils voudraient déduire le droit naturel de la raison humaine et donner ainsi à leur théorie un caractère pseudo-rationaliste”.

“Si l'on se place à un point de vue scientifique, la première objection à formuler contre la doctrine du droit naturel est qu'elle ne fait pas la distinction nécessaire entre les propositions sur lesquelles les sciences de la nature décrivent leur objet et celles par lesquelles la science du droit et la morale décrivent le leur. Or nous avons vu que les lois naturelles appliquent le principe de causalité, tandis que les lois normatives recourent à celui d'imputation. En tant qu'objet de la connaissance scientifique la nature est un système de faits liés les uns aux autres par des relations de cause à effet indépendantes de toute volonté humaine ou surhumaine. Le droit et la morale au contraire sont des systèmes de normes créées par une volonté humaine ou surhumaine et établissant entre les comportements humains qu'elles régissent des relations fondées sur le principe d'imputation”.

“La nature est donc ce qui est, le droit et la morale ce qui doit être. En assimilant les lois naturelles à des règles de droit et en prétendant que l'ordre de la nature est un ordre social juste ou contient un tel ordre, la doctrine du droit naturel, à l'instar de l'animisme primitif, considère que la nature fait partie de la société”.

“Comme nous l'avons exposé plus haut, une norme constitue une valeur ; un jugement constatant qu'un fait est ou n'est pas conforme à une norme est un jugement de valeur. Un tel jugement est essentiellement différent d'un jugement de réalité si la norme à laquelle il se rapporte n'a pas été créée par un acte se déroulant dans l'espace et dans le temps, mais a été seulement supposée par l'auteur du jugement. La valeur n'est pas inhérente à l'objet jugé, elle lui est attribuée par une norme. L'analyse d'un objet ou d'un comportement humain ne permet pas d'en découvrir la valeur, car celle-ci n'est pas immanente à la réalité naturelle et elle ne peut pas en être déduite. Quand un fait est donné dans la réalité naturelle, il ne s'en suit pas qu'il doive ou ne doive pas exister. Du fait que les gros poissons mangent les petits il n'est pas possible de déduire que leur conduite est bonne ou mauvaise. Aucun raisonnement logique ne permet de passer de ce qui est à ce qui doit être, de la réalité naturelle à la valeur morale ou juridique”.

“C’est dans la volonté divine seulement que ce qui doit être coïncide avec ce qui est et que le dualisme logique de la réalité et de la valeur se trouve éliminé, mais cela suppose que l’on se place à un point de vue métaphysique et irrationnel. Si l’on veut tenir la justice de Dieu pour immanente à la réalité, il faut admettre que cette réalité est la manifestation de la volonté juste de Dieu ?”.

*“Nous avons vu que les valeurs constituées par des normes simplement supposées par l’auteur d’un jugement ont un caractère subjectif, parce qu’elles sont fondées en dernière analyse sur le désir ou la peur. La doctrine du droit naturel prétend que les normes réglant la conduite des hommes peuvent être trouvées en analysant la réalité naturelle, car elles seraient créées conjointement par la nature et par la volonté de Dieu. Elles seraient donc des normes positives. Il n’est toutefois pas possible de prouver l’existence de l’acte par lequel elles ont été créées. En fait les normes que la doctrine du droit naturel tient pour “posées” par la volonté divine sont seulement des normes supposées par ceux qui affirment leur validité. Les valeurs qu’ils déclarent objectives et absolues sont seulement subjectives et relatives”, Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, Ed. de la Baconnière, Neuchâtel, 1953, p. 85 à 89.*

Pour autant, la doctrine, privée d’un droit naturel dont elle ne parvient pas à établir l’existence, ne renonce pas à s’appuyer sur la morale. Ripert en son temps invoquait la morale chrétienne en affirmant *“que les sociétés occidentales étant des sociétés chrétiennes, le droit ne peut se désintéresser d’une morale, qui si elle était respectée, le rendrait inutile et qu’il ne peut dès lors prétendre qu’à fortifier”*⁴⁹. Plus elliptique encore sur le contenu de la morale, M. J. D. Bredin la dissout en mille diamants d’imperceptible écume : *“religion, morale, préjugés, sentiments et ressentiments”*, les éclats ne sont *“rien de plus que la morale du monde qui se dit “libre”, héritée des civilisations méditerranéennes, fixée et répandue par le christianisme, laïcisée depuis la révolution modulée par le libre échangeisme, infléchie par les idéologies socialistes et marxistes”*⁵⁰.

La morale en miettes

“L’équité ne se mesure pas au pied du juge : mais presque. Religion, morale, préjugés, sentiments et ressentiments s’y mêlent. Le juge, quand il voit la solution juste, serait bien incapable de dire si c’est une loi morale qui parle en lui, un préjugé de classe, de caste, ou de profession, si quelque passion l’anime. Instinctivement, il imagine que ce n’est rien de tout cela et qu’il découvre le juste, en dehors de lui, comme il découvrirait le beau, ou le vrai ! Le plus souvent un peuple entier -ou du moins la classe dominante, celle qui fait les lois, tient le pouvoir, commande l’opinion- croit entretenir un

49. *Op.cit.*, p. 32.

50. *La loi du juge, op.cit.*, p. 20 et 21.

consensus sur les valeurs de la civilisation. Religieuse ou laïque, la loi morale est alors commune au juge, aux juges, aux justiciables. La justice est tourmentée quand cesse ce bel accord, quand l'équité du juge ne rejoint plus l'équité ordinaire, celle des collègues, celle des princes, celle des marchands. Le "bon juge" Magnaud, le juge Bidalou n'ont pas rompu avec la démarche habituelle de la justice : simplement ils l'ont conduite à l'extrême. Quand l'équité du juge ne rejoint pas l'équité dominante, il faut que l'une ou l'autre cède. Mais le plus souvent elles accordent, par harmonie naturelle, ou au prix d'accommodements..."

"Pratique commune des nations civilisées ? Fonds commun de principes moraux ? Droit spontané consacré par les décisions judiciaires ? Toutes les expressions utilisées pour caractériser la lex mercatoria pourraient servir à définir cette loi morale du juge étatique communément, commodément dénommée équité. Les démarches du juge étatique fournissent ainsi de précieux éléments de comparaison. Le juge tranche le litige, affirme l'article 12 du nouveau Code de procédure civile, conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Où les trouve-t-il ? Dans les codes. Mais il les trouve aussi, surtout peut-être, dans ce fonds commun de principes, de règles de conduite, de préceptes qui font une morale judiciaire. La jurisprudence n'est qu'une suite de comportements qui éclairent et solidifient cette morale. Loi des marchands ? Loi des travailleurs ? Loi des époux ? C'est mal dire. Ce n'est jamais que la loi du juge, l'idée que le juge se fait des règles d'un juste commerce, d'un équitable rapport de forces entre employeur et salarié, d'une bonne relation conjugale. Et on exagère à peine, en posant que ni la doctrine, ni la coutume, ni la jurisprudence, ne sont sources de droit ; elles en seraient plutôt les symptômes. La source du droit du juge c'est l'esprit du juge, sa morale, son éthique, sa culture, sa classe, sa caste : tout ce qu'il appelle équité. Ce qui prend appui sur le droit écrit, le plus souvent pour s'y confondre, parfois pour s'en séparer", J.D. Bredin, La loi du juge, op.cit., p. 20-21.

Ainsi est révélé ce qui importe le plus : la nécessité pour le droit d'être conforme à la morale, mais surtout qu'il revient à la doctrine de dire ce que sont ces préceptes. Quiconque pourra présenter une règle comme conforme à la morale aura des chances de prétendre avec succès qu'elle est une règle juridique.

La construction par la doctrine de la morale comme éclatée, est ainsi un facteur de son autonomie dans la mesure où les destinataires du discours doctrinal sont disposés à admettre que, d'une part, la morale doit être respectée, et d'autre part, qu'il revient à la doctrine de dire ce qu'elle est.

C) La connaissance du fait

S'autorisant à parler au nom de la cohérence de l'ordre juridique et de l'équité, la doctrine se veut aussi -paradoxalement- la gardienne de la conformité du fait au droit. Paradoxalement car, pour pouvoir légitimement intervenir, elle doit accréditer l'idée quelle est neutre, désintéressée et indépendante des intérêts des profanes qui cherchent dans le champ juridique à obtenir leur reconnaissance. Cette exigence de neutralité⁵¹ la conduit à sanctionner la division du travail entre les praticiens, liés aux intérêts des profanes qu'ils font valoir, et les auteurs, placés aux côtés de la haute magistrature et chargés d'interpréter le texte par référence à "l'esprit de la loi" et aux principes généraux du droit. L'exigence de neutralité explique, pour partie, la répugnance de la doctrine pour la pratique, le maintien à distance convenable des "marchands de droit" et l'affirmation du principe que "*si la pratique est indispensable dans la formation du droit, il est essentiel qu'elle reste clairement, et efficacement subordonnée à la loi et au juge*"⁵². Mais, aussi éloignée soit-elle de la pratique où s'ajuste concrètement le droit au fait et où les intérêts sociaux sont intégrés, la doctrine ne peut, sauf à courir le risque d'être présentée comme coupée du réel, laisser le droit s'écarter à l'excès des réalités sociales : le droit doit être effectif et donc s'ajuster à l'évolution de la société⁵³. Dès lors, et malgré son dédain de la pratique, la doctrine peut trouver une source de légitimité dans son travail d'adaptation du droit aux réalités. Elle se

51. Sur la neutralisation dans le champ judiciaire, cf. Bourdieu (P.), "La force du droit", *op.cit.*, p. 9.

52. Ghestin (J.), "Le rôle de la pratique dans la formation du droit", Rapport de synthèse, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, 1983, p. 17 ; la conception exprimée par l'auteur paraît partagée par bon nombre de civilistes. Ceux-ci, largement maîtres de la question des "sources du droit" qu'ils ont en charge d'exposer aux étudiants, pourraient souscrire à l'affirmation de M. J. Ghestin. Pourtant ces thèses ne sont pas partagées par l'ensemble de la doctrine de droit privé. Ainsi M. B. Goldman, dans le même ouvrage (*Rapport général, Droit commercial et économique interne et international*, p. 163 et s., spéc. p. 165), après avoir rappelé la conception majoritaire, affirme : "*mais il est une autre manière de considérer le rôle de la pratique dans la formation du droit ; elle est alors une composante du droit, et non plus simplement un matériau. Elle ne se borne pas à alimenter la loi et la jurisprudence ; elle fournit elle-même directement, les règles du jeu de la vie sociale -ou plus précisément en ce qui nous concerne, les règles du jeu dans le groupe social des opérateurs économiques*". Cette attention portée à la pratique et à son rôle paraît une constante de la doctrine du droit commercial qui s'explique peut-être par l'histoire, mais aussi sans doute par la volonté d'autonomie de la sphère économique, à laquelle est étroitement liée cette branche de la doctrine. Pour l'explication par l'histoire, cf. Hilaire (J.) et Sayag (A.), *Quel droit des affaires pour demain ? Essai de prospective juridique*, C.R.E.D.A., Litec, 1984, n. 223 ; "*la puissance d'intervention de la pratique est considérable et, à cet égard, le champ d'investigation qui s'offre à l'historien ne saurait être restreint. Car, non seulement forger des cadres spécifiques pour combler les lacunes juridiques en présence des besoins nouveaux de la vie des affaires est un ressort permanent de la pratique, mais encore c'est là l'origine même de ce droit du commerce*".

53. Cf. Bourdieu (P.), "La force du droit", *op.cit.*, p. 18, qui écrit : "*l'autonomisation passe non par un renforcement de la fermeture sur soi d'un corps exclusivement dévoué à la lecture interne des textes sacrés, mais par une intensification de la confrontation des textes et des procédures avec les réalités sociales qu'elles sont sensées exprimer et régler*".

dédouane de la sorte de l'accusation d'être dogmatique⁵⁴. Elle trouve l'aubaine de proposer les moyens techniques pour réaliser cette adaptation. Enfin, c'est l'occasion pour la doctrine de démontrer sa maîtrise dans le maniement des "sciences auxiliaires du droit" supposées aptes à saisir le réel et de faire de celles-ci une ressource de légitimité en attestant de la validité de ses propositions. Ainsi, le travail doctrinal de construction de la réalité prend, là encore, une tournure scientifique et généralisatrice ce qui le distingue des observations plus subjectives de la pratique, limitée à la connaissance de quelques affaires.

F. GénY, dans le domaine restreint qu'il assigne à "*la libre recherche scientifique*", ressent lui aussi la nécessité d'atteindre les "*réalités vivantes*".

La recherche des réalités vivantes

L'interprète "a besoin, en vue des rapports qui le sollicitent et demandent un règlement précis, d'une clarté, plus concrète et plus intense, que, seul, l'examen des faits eux-mêmes lui apportera. Parti de la région des principes absolus, c'est dans le domaine des contingences qu'il réalise son activité propre ; ce n'est qu'à ce domaine qu'il peut demander les éléments derniers de ses décisions. Et il faut qu'il y rencontre un direction de détail, d'autant plus précise et sûre, que la généralité des idées supérieures, si elle assurait sa marche, semblait, en même temps, lui dérober le but. Ici, intervient donc, comme matière d'investigation, à la fois riche et féconde, cette nature des choses positives, qui, accessible aux seuls procédés scientifiques va élargir singulièrement l'horizon du juriconsulte, et le faire nécessairement sortir du champ, un peu étroit de l'interprétation des sources, pour proposer à son étude, le terrain inépuisable des réalités vivantes", Geny (F.), *Méthode d'interprétation et sources du droit privé positif*, op.cit., n. 164.

Pour atteindre les réalités de la vie sociale, F. Geny s'adresse "*aux sciences de la vie sociale (sciences morales et politiques), dans ce qu'elles ont à la fois de plus élevé et de plus pratique, pour utiliser les lignes essentielles, permettant à l'interprétation juridique d'ordonner, jusque dans le détail, les rapports humains qui rentrent dans sa sphère*"⁵⁵. La sociologie figure au premier rang de la liste dressée par l'auteur suivie par la philosophie générale, la psychologie, l'éthique, le "*droit public rationnel*" et l'économie politique -qu'il range parmi les disciplines "*vraiment scientifiques*" - auxquelles il faut ajouter l'histoire, "*la grande maîtresse d'expérience en matière sociale*", la législation et la jurisprudence comparées, "*représentant, en quelque sorte, la géographie*

54. C'est une figure du thème classique de la rupture entre le palais et l'école. Cf. par ex. Chenot (B.), "La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'Etat", *E.D.C.E.*, 1951, p. 77 et s. ; en réplique Rivero (J.), "Apologie pour les "faiseurs de systèmes", *D.* 1951, p. 99 et s. Le thème est inépuisable, cf. en dernier lieu Martin (R.), "Impertinent supplique d'un praticien à des chercheurs", *J.C.P.*, 1989, I, 3393. L'article est publié dans la section "Doctrines" de cette revue juridique.

55. *Méthode d'interprétation...*, op.cit., n. 168.

de notre science”, enfin l’auteur ajoute “l’étude détaillée et minutieuse de notre droit contemporain, saisie dans les manifestations de sa vie la plus intense” ce qui comprend l’étude de la pratique extra judiciaire, des décisions judiciaires et des pratiques administratives.

Ces recettes permettront de trouver, dans la vie juridique prise sur le fait, les éléments de l’harmonie, que le droit positif a pour mission de réaliser.

“Cette harmonie une fois reconnue ou pressentie, les lois s’en dégageront d’elles-mêmes. Et il s’agira de les reconnaître, non pas sous la forme de conceptions ou d’idées, qui resteraient impuissantes à diriger la mise en oeuvre du droit positif, mais en tirant des réalités objectives, soigneusement constatées et analysées, les véritables principes, exprimant les besoins éthiques, sociaux, politiques et économiques, qui doivent dominer toute l’organisation juridique, soucieuse de sa fin”⁵⁶. Dans la lignée de Geny, la doctrine exhorte les juristes à adapter le droit aux réalités sociales : “alors qu’ils pouvaient craindre de venir trop tard, dans une science au passé déjà long, voici que l’évolution sociale les conduit à éclairer d’une lumière nouvelle les institutions traditionnelles, à prendre conscience des traits originaux de la société contemporaine, à conquérir des terres encore à peu près inconnues”⁵⁷. Ainsi la doctrine moderne s’attachera à développer une “connaissance pratique” du droit par l’étude de la jurisprudence et de la pratique extrajudiciaire, mais aussi par la statistique et l’enquête⁵⁸. Enfin la doctrine universitaire invitera l’enseignement à “sortir du néolithique” en abandonnant quelques enseignements d’histoire du droit au profit d’études de droit comparé, en invitant à la connaissance de la réalité sociale et en développant les études de philosophie du droit⁵⁹. En définitive, celui qui est capable de connaître la réalité sociale engendrant le droit, se place en position de dire légitimement ce que doivent être les normes et les sciences.

56. *Idem*.

57. Durand (P.), “La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne du droit privé”, *D.* 1956, chron. 73, spéc. p. 76.

58. Brethe de la Gressaye (J.), “De la connaissance pratique du droit et de ses difficultés”, *D.* 1952, chron. 89.

59. Tunc (A.), “Sortir du néolithique” (Recherche et enseignement dans les facultés de Droit), *D.* 1957, 71 et s. Cf. également, Roubier (P.), *Théorie générale du Droit*, 2^e éd., 1951, n. 22, qui à la même époque écrivait : “sous peine de faire oeuvre vaine, la règle de droit doit être établie en tenant compte des données de l’ordre social. Il est donc nécessaire d’avoir une connaissance approfondie de cet état social” ; Ripert (G.), *Les forces créatrices du droit*, L.G.D.J., 1955 et Savatier (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d’aujourd’hui*, Dalloz, 1959. Pour l’époque actuelle, cf. Bergel (J.L.), *Théorie générale du Droit*, *op.cit.*, p. 163 et s., qui consacre un chapitre à la question intitulé “Le Droit et les faits sociaux” et qui écrit, par exemple (n. 152, in fine), “lente et progressive pour les principes, plus rapide et capricieuse pour la simple technique, l’évolution du droit sous l’action des faits sociaux est une réalité inhérente à la matière juridique dont l’effectivité dépend de son adéquation aux besoins de vie sociale”.

Si les sciences auxiliaires du droit font aujourd'hui partie du paysage familial du juriste⁶⁰ celui-ci n'hésite plus à recourir à l'argument de l'évolution économique et sociale pour expliquer ou justifier des solutions juridiques. C'est ainsi, par exemple, que le développement du droit de la responsabilité civile serait lié à l'avènement de la société industrielle⁶¹ ou qu'une évolution dans l'interprétation jurisprudentielle d'un texte du Code civil, l'article 2279 alinéa 1, est justifiée par les circonstances économiques et sociales.

60. Les manuels d'introduction évoquent souvent les sciences auxiliaires, cf. par exemple : Carbonnier (J.), *op. cit.*, n. 8 qui oppose les sciences auxiliaires classiques : histoire du droit, droit comparé, aux sciences auxiliaires nouvelles : sociologie juridique, ethnologie (parfois anthropologie) juridique et psychologie juridique ; Cornu (G.), *op. cit.*, n. 224 et s., oppose "les sciences auxiliaires confirmées" que seraient l'histoire du droit, le droit comparé et la sociologie juridique à la linguistique juridique (l'auteur a dirigé et préfacé un ouvrage, *Vocabulaire juridique*, P.U.F., 1987, ce qui explique peut-être ce choix) ; Ghestin (J.) et Goubeaux (G.), *op. cit.*, n. 111 et s., rangent l'histoire du droit, le droit comparé et la sociologie juridique parmi "les disciplines auxiliaires du droit" ; Larroumet (Ch.), *op. cit.*, n. 161 et s., retient la sociologie juridique, l'informatique juridique, l'histoire du droit et le droit comparé. Ainsi certaines disciplines sont toujours présentées comme sciences auxiliaires (l'histoire du droit, le droit comparé), alors que d'autres (ethnologie, anthropologie, psychologie, linguistique ou informatique) ne se voient reconnaître ce statut que par certains auteurs seulement. On notera qu'alors que les privatistes se montrent dans leur ensemble largement ouverts à ces disciplines auxiliaires - sans doute poussés par le caractère très concret des problèmes qu'ils ont à traiter : problèmes de la pénalité, problèmes de l'industrie, du commerce, de la famille, de la procréation...-, les publicistes ont - pour une large frange d'entre eux - une attitude de plus en plus frileuse vis-à-vis de ces sciences. Voir sur ce point, Rosenberg (D.) et Poirmeur (Y.), "La doctrine constitutionnelle et le constitutionnalisme français", in *Les usages sociaux du droit*, P.U.F., 1989.

61. On retrouve cette explication dans de nombreux manuels. Cf. par exemple : Benabent (A.), *Droit civil, Les obligations*, 2^e éd., Montchrestien, 1989, n. 375, écrit : "les conditions du développement technique entraînaient une multiplication des accidents et des dommages dont il devenait de plus en plus difficile de déterminer les causes et qui restaient ainsi sans réparation d'après le système traditionnel" ; Carbonnier (J.), *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n. 85, observe : "tel qu'il a pris son prodigieux essor depuis les années 30, le droit de la responsabilité est un droit presque entièrement jurisprudentiel, c'est-à-dire un droit qui est né à coups de conflits. Il est banal d'y voir une réponse naturelle au progrès des techniques, à la multiplication des machines, engins, appareils, tout spécialement des autos" ; Flour (J.) et Aubert (J.L.), *Droit civil, Les obligations*, vol. II, A. Colin, 1989, n. 68, expliquent "la critique des règles édictées par le Code civil" par une "situation économique nouvelle". Ils écrivent "si la critique d'une responsabilité exclusivement fondée sur la faute n'a été présentée que tardivement mais si elle a pris aussitôt un tour très vif, c'est d'abord pour une raison d'ordre très pratique et concret : les dommages étaient devenus plus nombreux et simultanément, plus graves. Les causes en sont bien connues : l'apparition successive du machinisme dans la grande industrie, des transports par chemin de fer, de la circulation automobile" ; Mazeaud (M.) et Chabas (F.), *Leçons de droit civil, Obligations : théorie générale*, *op. cit.*, n. 380 écrivent : "c'est seulement à partir de 1880 que le développement du machinisme a entraîné la multiplication des accidents. Alors est apparue la nécessité de secourir les victimes" ; Weill (A.) et Terre (F.), *Droit civil, Les obligations*, n. 580, commencent l'étude de la responsabilité civile en affirmant : "s'il n'y avait pas eu la révolution industrielle, il est probable que la matière de la responsabilité civile n'aurait pas l'importance qui est devenue la sienne aujourd'hui".

Une justification par "l'histoire" d'un revirement jurisprudentiel

*“La jurisprudence actuelle favorise le propriétaire originaire au détriment de l’acquéreur, puisqu’elle permet, dans certains cas, au premier d’exercer l’action en revendication contre le second. Or on sait que l’admission plus ou moins large de la revendication mobilière est liée aux circonstances économiques et sociales. Au fur et à mesure que le commerce se développe, il devient de plus en plus nécessaire d’assurer sa sécurité, et le législateur ferme la revendication. Mais le développement du commerce ne peut avoir lieu que dans les moments où l’ordre règne dans la société : pas de commerce important sans calme social. Au contraire, dans les périodes troublées, il importe avant tout d’assurer la défense du droit de propriété ; dans ces conditions le législateur ouvre la revendication”. “Ceci s’observe très nettement dans l’histoire de la France. Le XIII^e et plus encore le XIV^e siècle sont marqués par l’insécurité des personnes et des biens. Dans les villes, les révoltes populaires contre les bourgeois sont fréquentes, avec leur cortège habituel de pillages ; les brigands infestent les routes, vivant de rapines, détroussant voyageurs et communautés paysannes. Le désordre est total. Dans ces conditions la protection du droit de propriété apparaît primordiale et la revendication mobilière est alors ouverte largement. Cette ouverture répond également à des considérations de police urbaine, puisqu’elle permet de lutter contre les commerçants malhonnêtes, en dissuadant les acquéreurs éventuels d’acheter sans garanties suffisantes. De cette façon on lutte indirectement contre les infractions aux biens”. “Peu à peu l’ordre revient en France. On rend plus malaisée la revendication en élargissant dès le XVI^e siècle l’obligation pour le propriétaire de rembourser l’acquéreur. Au XVII^e siècle l’ordre est totalement rétabli, le commerce prend de l’ampleur. On interdit alors la revendication s’il n’y a eu ni perte ni vol. Et le principe demeure jusqu’à maintenant : le propriétaire dépossédé par abus de confiance ou par escroquerie ne peut revendiquer son bien ; l’article 2279 § 1 s’y oppose”. “Or quelle est la situation actuelle ? On l’a dit : une augmentation affolante du chiffre des infractions contre les biens que la police, débordée, ne peut enrayer. On peut dire qu’avec les débuts de la crise économique, nous sommes entrés dans une période d’insécurité, sinon des personnes, du moins des biens. La calme époque où ce qui importait le plus était la sécurité du commerce paraît loin. Il semble bien que les circonstances imposent l’ouverture de la revendication, et donc la protection du propriétaire, soient réunies ; bien que l’article 2279 § 2 ne permette expressément la revendication qu’en cas de vol ou de perte, l’augmentation du nombre des autres infractions contre les biens, et notamment des abus de confiance, impose son ouverture également dans le cas visé par l’article 2279 § 1 : celui où le meuble a été détourné ou escroqué. Aucun anachronisme ne peut donc être relevé dans les arrêts permettant la revendication dans ces hypothèses”, Muller (Michèle), “L’acquéreur de bonne foi d’un meuble. Vers un nouvel équilibre entre ses droits et ceux du propriétaire injustement dépouillé”, *Rev. trim. dr. civil* 1989, p. 704-705.*

A l'extrême, l'attention portée aux réalités conduit certains auteurs à conclure à une impuissance du droit. C'est ainsi que la complexité des problèmes posés par la vie des entreprises exigerait pour leur solution "le recours à des sciences ou à des techniques aussi diverse que les mathématiques, la psychologie, la comptabilité, la planification, la statistique, le droit etc... Il en résulte que non seulement les problèmes de droit économique ne sont jamais simples, mais surtout qu'ils ne peuvent être résolus par l'application des seules techniques juridiques et par un raisonnement purement juridique"⁶². Mais la doctrine, armée des sciences auxiliaires, n'en est pas moins la mieux placée pour proposer des solutions et les justifier par une connaissance "scientifique" de la réalité.

Les moments heureux de la doctrine sont ceux où le droit idéal se réalise : un droit logique et cohérent, moralement fondé, socialement juste et effectivement appliqué⁶³. Toute entorse à cet idéal, tout écart à ce modèle de la juridicité autorisera la doctrine, qui s'en institue la servante, à adopter une posture de censeur, à proposer les solutions réparatrices nécessaires, à légitimer des réformes correctrices.

II. - LES STRATEGIES D'INTERVENTION

La perspective légaliste traditionnelle des sources du droit conduit à une représentation, largement partagée, de la vie juridique organisée en deux pôles subordonnés : celui de la théorie et celui de la pratique. Dans cette perspective, poussée à ses ultimes conséquences, la doctrine apparaît comme coupée de la vie sociale et même de la vie juridique. La sociologie anglo-saxonne propose une analyse différente⁶⁴. Pour elle, la production du droit est "le

62. Champaud (Cl.), "Contribution à la définition du droit économique", *D.* 1967, chron. 215, spéc. p. 219.

63. Les trois grands principes constitutifs de l'idéal du droit sont complétés par d'autres qui s'en déduisent. Cohérent, l'ordre juridique suppose l'existence de normes simples, claires, accessibles à tous. Cf. sur ces autres aspects, Poirmeur (Y.), "Accès au droit et communication juridique", *Informations sociales*, n° 2, 1987, p. 73.

64. Dans les systèmes de "common law", la production des normes s'effectue selon des principes différents. Le droit est essentiellement jurisprudentiel et obéit au principe du précédent. Par ailleurs, si "le système des droits romanistes est un système relativement rationnel et logique, parce qu'il a été ordonné, en considérant les règles du fond du droit, par l'oeuvre des universités et du législateur", en revanche le droit anglais "a été ordonné, en dehors de tout souci de logique, dans des cadres qui étaient imposés par la procédure", David (R.) et Jauffret-Spinozi (C.), *Les grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, n. 294. De plus les juristes anglais "ont été traditionnellement formés par la pratique, dans laquelle ils n'entendaient pas parler de droit romain, mais où leur attention était constamment appelée sur les questions de procédure et de preuve desquelles dépendaient le succès, et la recevabilité même, d'une action" (*id.* n. 295). Ainsi le rôle de la doctrine et du législateur est moindre que dans les systèmes des droits romanistes. Les praticiens se présentent plus spontanément comme créateurs de droit : l'analyse sociologique se trouve alors facilitée mais elle doit prendre en compte ces différences majeures.

résultat d'un investissement sur le terrain de la jurisprudence, réalisé, pour le compte de leurs clients, par ceux que Mc Barnett qualifie de "legal entrepreneur"⁶⁵. Des innovations techniques sont élaborées par les juristes pour satisfaire les attentes d'un client ou pour les anticiper. En effet, selon que le client est un plaideur d'occasion ou un plaideur d'habitude⁶⁶, la stratégie judiciaire qu'il a intérêt à mettre en oeuvre varie. Alors que le plaideur d'occasion a intérêt au compromis, le plaideur d'habitude peut opter pour une stratégie à long terme en mobilisant des moyens qui permettront de faire triompher ses intérêts. En effet, le nombre des procès ou l'importance des enjeux du litige, permettent à ces acteurs d'espérer rentabiliser l'investissement élevé nécessaire pour tenter de modifier l'interprétation d'une règle⁶⁷. Au total, et dans cette conception, les juristes - à la fois doctrine et praticiens puisqu'aux Etats-Unis la distinction est inconnue - apparaissent comme entièrement guidés par des intérêts extérieurs au champ juridique. Ces deux conceptions tranchées, dont la simplicité explique le succès, s'avèrent insuffisantes pour rendre compte de l'activité doctrinale.

En effet, l'une postule que le droit - et avec lui la doctrine - est "autonome du monde social" et qu'il trouve en lui même son propre fondement⁶⁸, ignorant les influences extérieures. L'autre le subordonne trop radicalement à des facteurs externes, laissant de côté sa dynamique propre. Or, l'activité de la doctrine est conditionnée à la fois par des facteurs endogènes et exogènes. D'une part, des contraintes internes pèsent sur elle, dues soit aux autres acteurs du champ juridique, soit à la concurrence interne au groupe doctrinal, ce qui la rend relativement indépendante du champ social dans son ensemble. D'autre part, elle participe à la mise en forme juridique des conflits entre groupes sociaux⁶⁹, se trouvant, de la sorte, soumise à leur pression.

Cette autonomie relative apparaît dans les occasions (A) et dans les modalités (B) de ses interventions.

65. Dezalay (Y.), "Le droit des faillites : du notable à l'expert, la restructuration du champ des professionnels de la restructuration des entreprises", *A.R.S.S.*, 76/77, mars 1989, p. 25.

66. La distinction est empruntée à Galanter (M.), cité par Dezalay (Y.), *op.cit.*, p. 25. Nous suggérons "plaideur d'habitude" pour traduire *repeat player* et "plaideur d'occasion" pour traduire *one shooter*.

67. Les profits peuvent être directs mais aussi indirects. Le distributeur E. Leclerc grâce à des débats menés jusque devant la cour de justice des Communautés Européennes, à propos du prix de l'essence ou du prix du livre par exemple, peut se présenter comme le défenseur des consommateurs.

68. L'exemple le plus achevé de cette conception est sans doute fourni par Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, *op.cit.*

69. Voir sur ce travail de mise en forme, l'article *supra* de Geraud-Llorca (E.), "La doctrine et la propriété à la fin de l'Ancien Régime" qui montre comment sont mis en forme juridique les intérêts de la bourgeoisie, par des juristes plus théoriciens que praticiens, enclins par leur position à réprouver les institutions féodales et leurs privilèges et donc aptes à proposer "un modèle de propriété en désaccord avec le droit institué". Seule la prise de distance à la pratique permettait à ce moment précis de rompre avec la conception encore en place du droit de propriété, et de préparer sa construction révolutionnaire

A) *Les occasions d'intervention*

Il ne suffit pas que la doctrine ait créé un univers symbolique dans lequel son intervention apparaît comme légitime pour qu'elle agisse, encore faut-il que des occasions lui soient données et qu'elle s'en saisisse. Ces occasions lui sont offertes par les acteurs du champ juridique, mais aussi par des demandes extérieures. Il faut que des membres de la doctrine aient intérêt à s'emparer des questions soulevées pour qu'elles trouvent un prolongement doctrinal. Autrement dit, l'offre et la demande produits doctrinaux s'ajustent, ce qui explique que s'entremêlent en permanence des facteurs d'ordre interne et externe à la doctrine. Les facteurs externes, qui se conjuguent généralement, sont d'abord la pression d'intérêts privés de tous ordres (économiques et sociaux mais aussi culturels et religieux) qui s'efforcent de trouver appui et reconnaissance dans le champ doctrinal. Ces facteurs sont ensuite liés aux besoins qu'ont des hommes politiques, en certaines circonstances, de la compétence de la doctrine pour mettre en forme juridique des questions politiques et capter, à leur profit le capital de légitimité dont la doctrine est collectivement dépositaire. L'apparition, enfin, de désajustements entre les différentes catégories de normes provoquent la réaction de la doctrine attentive à la sauvegarde des principes constitutifs de son idéal du droit et dont elle s'autorise à parler.

1) *La consultation*

Le travail de consultant⁷⁰ revêt plusieurs formes. Il est institutionnel lorsqu'un membre de la doctrine se charge de conseiller un individu ou une personne morale (Ripert était conseiller du Comité central des armateurs de France)⁷¹. Il peut être préalable à tout litige, destiné au seul "client" et donc rester secret, ce qui ne suscite guère de réprobation. En revanche, la consultation peut être sollicitée pour être produite à un procès ou même publiée sous forme d'article scientifique. L'hypothèse n'est pas d'école.

Le 13 juillet 1960 le Tribunal civil de Nice rendait un jugement prononçant la nullité d'un emprunt contracté par le président directeur général d'une société anonyme, alors que cet acte était lié à un mandat de vendre l'immeuble constituant l'objet de la société. L'acte excédait les pouvoirs du mandataire, aussi avait-il été annulé et la société emprunteuse n'était déclarée tenue envers le prêteur que dans la mesure où le prêt avait tourné à son profit. Le jugement était publié "*dépouillé de ses incidents*" selon l'annotateur, avec une note critique de R. Rodière⁷² qui concluait : "*Le jugement de Nice pourrait donner à penser que notre Droit abrite mieux les habiles qu'il ne protège*

70. Sur ce travail de consultation dans l'ancien régime, voir Thireau (J.L.), *supra*.

71. Cf. Brethe de la Gressaye (J.), "Souvenirs d'un civiliste (1912-1965)", *Rev.trim.dr.civ.*, 1975, 660, spéc. p. 669.

72. *J.C.P.*, 1960, II, 11788.

les honnêtes gens". L'année suivante, la même revue⁷³ publiait un "droit de réponse" émanant du président directeur général en exercice de la société emprunteuse qui observe tout d'abord : "il est regrettable que les coupures apportées à la relation des attendus et des motifs aient laissé dans l'ombre des faits susceptibles de fausser l'esprit du lecteur" (il est cocasse d'observer que le texte du droit de réponse est lui-même amputé au prétexte de sauvegarder "l'intérêt légitime de tiers"). Puis la société donne sa version des faits en affirmant que l'annotateur en avait eu connaissance puisqu'il utilise des éléments de fait qui ne figurent pas dans le texte du jugement. Elle affirme : "lorsqu'ils vous ont demandé une consultation, vos clients vous ont donc communiqué le dossier mais vous l'ont-ils tout communiqué ? Nous disons bien vos clients car, enfin, après le jugement du 9 octobre 1958, nos adversaires vous ont demandé une consultation... Ils en ont fait état à la barre. Le jugement a été rendu malgré cela, malgré votre théorie de "l'acte paré" dont vos observations dans ce journal ne sont que la reproduction de l'essentiel, lequel aurait déjà fourni la matière de vos conclusions. Vous "préparez l'appel". En réplique, R. Rodière affirmait : "la note incriminée a été rédigée dans un esprit purement scientifique sur la base d'un dossier civil et non pénal. Les passages du jugement, qui ne présentent aucun intérêt pour la discussion du seul problème de droit examiné par l'arrêtiste, ont été supprimés afin de ne pas alourdir la lecture de ce jugement".

Sous cette dernière forme, la consultation provoque une vive réaction, car en la pratiquant, la doctrine joue un jeu dangereux. Elle risque de perdre sa légitimité si elle laisse voir qu'elle n'est plus indépendante des antagonismes immédiats, car elle déroge aux principes de la scientificité et de la morale dont elle se réclame et qui postulent une attitude universalisante et neutre.

La doctrine dévoyée

"On ne saurait négliger non plus le rôle pernicieux qu'a joué cette forme ambiguë de la doctrine, descendue dans le débat judiciaire : la consultation. Destinée dans son principe à éclairer le juge, l'aidant à dégager la règle générale puis à l'appliquer à l'espèce, la consultation pouvait paraître bienvenue : elle ne prétendait que faciliter la tâche du juge. Mais elle était un exercice périlleux. Si objective qu'elle fut, elle risquait d'apparaître au juge comme une aide indiscreète, sinon offensante : suspecte même, puisque la doctrine, pour dire le Droit, se laissait payer. Souvent la complaisance, l'acharnement qui vient vite à soutenir une thèse, l'orgueil d'avoir raison, si ce n'est le désir de trop bien servir un plaideur, ont dévoyé la consultation. Devenue partielle et partiiale, elle a pris l'allure d'une plaidoirie, mais d'une plaidoirie dissimulée dans les plus de la théorie pure, d'une plaidoirie hypocrite. Expliquer la règle de droit, l'appliquer, l'infléchir, la manipuler, la tordre, l'inventer, ces différents stades de la

73. J.C.P., 1961, II, 11906 bis.

*gymnastique juridique ne sont séparés que par des paliers insensibles. On peut glisser de l'un à l'autre sans trop le voir. Au bout du chemin, on aperçoit une vraie prostitution de la pensée juridique, par quoi elle se discrédite durablement : ainsi fait la consultation quand, pour échapper au soupçon, et tâcher de retrouver un crédit d'objectivité, elle prend l'innocente allure d'un article, provoqué ou inspiré. Mais sans se dépraver ainsi, la consultation reste une forme d'intrusion dans le débat juridique, trop sollicitée, trop appliquée, trop dépendante pour profiter à la doctrine. Or la méfiance, fondée ou non qu'elle suscite chez le juge, risque de s'étendre, par contagion, de la consultation à l'article, de l'article au livre, et du consultant trop zélé à la doctrine toute entière. Et sans doute le procès des consultations, vite ficelé, risque-t-il d'être injuste : car il en est qui expliquent très consciencieusement le Droit, d'autres qui tâchent sincèrement de le faire progresser. Mais, dans son ensemble, le bilan de cette activité dérivée de la doctrine présente un lourd passif. Juges et justiciables en gardent au moins l'idée - évidemment défavorable à l'influence de la doctrine - que le Droit est, entre les mains de ceux qui prétendent en faire la théorie, une pâte molle qui se pétrit, se transforme, s'adapte au gré des commandes : ce qui incite au mépris de la doctrine, et plus gravement, on y reviendra, au mépris du droit", Bredin (J.D.), "Remarques sur la doctrine", *Mélanges P. Hebraud*, Université des Sciences Sociales de Toulouse, 1981, p. 111 et s., n. 6.*

Cette forme de prise en charge directe des intérêts sociaux ou économiques par la doctrine peut être qualifiée d'occasionnelle. Elle se rapproche de celle où la doctrine universitaire joue un double rôle et offre ses services de façon permanente aux acteurs de la vie sociale : elle devient pratique lorsque ses membres exercent la profession d'avocat. Si ce double statut qui, semble-t-il, tend à se répandre⁷⁴, ne provoque pas la même réprobation⁷⁵, c'est que le "développement de l'enseignement de masse"⁷⁶, la concurrence avec d'autres

74. Le phénomène s'observe surtout en droit des affaires où la doctrine a su valoriser ses compétences. Ainsi, lors du colloque des 16 et 17 juin 1990 organisé par l'association Droit et Commerce, trois rapporteurs étaient à la fois avocats et professeurs. La liste des participants compte sept professeurs ou maîtres de conférences qui s'affichent également avocats. On se rapproche alors dans ce domaine du modèle américain. Cf. Dezalay (Y.), *op.cit.*, p. 4, note 9, qui à propos des "producteurs de droit pur" et des "médiateurs" écrit : "la spécificité de systèmes juridiques continentaux est que ces deux rôles antagonistes et complémentaires tendent à être occupés par des professionnels bien distincts - le barrister et le solicitor - ; l'universitaire et le haut magistrat, et à l'opposé le notaire -tandis que dans le schéma juridique américain, ils se confondent souvent dans le même personnage : l'avocat d'affaires, tout à la fois homme d'affaires et producteur de droit savant, ce qui en fait selon l'heureuse expression de Gardon des "agents doubles", "à la personnalité schizophrénique", perpétuellement écartelés entre des idéaux et des pratiques contradictoires".

75. Il convient d'observer que l'auteur qui dénonce "une vraie prostitution de la pensée juridique" (J.D. Bredin cité au texte) peut, entre autres propriétés figurer dans la classe des professeurs-avocats. Il faut noter aussi que la doctrine qui consulte n'est pas nécessairement "soumise" ; elle peut choisir ses causes et en refuser d'autres qui lui paraissent non conformes à ses idées...

76. L'expression est de M. Ph. Malaurie in "Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges", *op.cit.*, p. 82.

modes de formation d'acteurs de la vie juridique, ont provoqué une dévalorisation du statut de l'enseignant universitaire. Le prestige dont il jouit dans le champ juridique est sans commune mesure avec son traitement, la tentation est forte alors de valoriser économiquement ce capital symbolique et les compétences qui le sous-tendent. Cette situation prédispose la doctrine, du moins celle qui succombe, à se montrer attentive aux intérêts de ses mandants potentiels⁷⁷.

2) *La concurrence disciplinaire*

L'apparition des besoins juridiques nouveaux, émergence à laquelle contribue l'offre de services juridiques⁷⁸, suppose la mise en forme de ces besoins. La doctrine participe à la promotion et à la consécration par le droit de ces aspirations. Celles-ci s'opèrent à travers la concurrence que se livrent les acteurs de la doctrine, divisés en écoles plus ou moins structurées et distribués entre deux pôles : les universitaires et les praticiens.

La pratique, au contact des réalités sociales et avide d'élargir sa clientèle, s'avise de représenter des intérêts extérieurs au champ juridique qu'elle s'attache à promouvoir. Parmi d'autres moyens d'action, elle dispose du canal de la publication pour faire entendre ce qu'elle présente comme étant la voix de ceux dont elle se prétend le mandant. Le droit de la consommation fournit un exemple récent de ces modalités de prise en charge où lutte disciplinaire -la reconnaissance d'un droit de la consommation relativement autonome du droit civil- se double d'un affrontement entre praticiens et professeurs.

La revendication d'un droit de la consommation autonome par la pratique

“Or, à ce jour, quelque soit le degré de reconnaissance de son existence, le consommateur n'apparaît que comme un contractant, partie, au sens du Code civil, d'un contrat de vente ou de prestation de services. Partie faisant l'objet d'une protection spéciale, certes, afin de rétablir le déséquilibre économique, mais toujours simple contractant soumis aux règles et aux concepts traditionnels du droit commercial et du droit civil, gouverné par ces règles de droit qui n'ont pas été faites pour lui. C'est cette situation que le consommateur conteste aujourd'hui. Las d'être un contractant gouverné par les règles du Code civil et du droit commercial (ce qui lui paraît para-

77. Il y aurait toute une recherche sociologique à faire sur les mécanismes de cette division de la doctrine : quels sont les facteurs sociaux du passage ? Voilà une question qui excède notre propos mais qui mériterait sans doute d'être éclaircie...

78. Cf. par ex. Pinto (L.), “Du “pépin” au litige de consommation”, *A.R.S.S.* 76/77, mars 1989, 65, qui écrit : “Le litige de consommation n'est pas une espèce naturelle mais le produit d'une activité sociale de constitution qui vise à délimiter une compétence, à collecter et inventer des règles, à encourager ou décourager certaines attentes, certains publics, etc...” ; et “Le consommateur : agent économique et acteur politique”, *Revue Française de Sociologie*, 1990, 179.

doxal !), il aspire à devenir un véritable sujet de droit, d'un droit autonome fait à sa mesure, il revendique, plus ou moins consciemment, la construction d'un droit de la consommation, branche autonome du droit privé qui serait adaptée aux données contemporaines économiques et sociales de la société de consommation", Bihl (L.), (Avocat au barreau de Paris), "Vers un droit de la consommation", G.P., 1974, 2, 754 et s., spéc. p. 756.

Pour réussir dans son entreprise, cette fraction de la doctrine construit un dispositif d'intéressement⁷⁹ et joue d'un ressort puissant : elle dénonce l'inadaptation du système juridique à la réalité sociale. Elle constate, en même temps qu'elle contribue à le construire, un vide juridique qu'elle tâche de combler ou qu'elle invite ceux qui sont investis du pouvoir d'édicter des normes à combler⁸⁰. Puis la doctrine se fait le porte-parole d'un individu abstrait⁸¹, ici le "consommateur", auquel elle prête des aspirations d'ordre juridique. Enfin, elle revendique la constitution d'un corps de règles organisé, dont elle trace les grandes lignes, et qui correspond au modèle idéal des sources du droit illustré par la doctrine universitaire⁸².

La défense de l'idéal du droit

"Ce droit de la consommation qu'il convient d'élaborer et sur ce point tous les avis convergent, ne peut être, ne doit pas être une multiplication de textes législatifs et réglementaires renfermant toute l'activité de distribution dans un carcan lourd et mal commode. A quoi servirait de promulguer une réglementation pour chaque type de contrat, pour chaque genre d'opération, venant s'ajouter à celle existant déjà, au point que nul ne s'y reconnaît plus et que chaque acte accompli par un commerçant, chaque démarche d'un consommateur, nécessiterait au préalable de la consultation de quelques centaines de pages de texte et de commentaires. Ce serait en effet tomber de Charybde en Scylla et remplacer l'abus libéral par l'abus bureaucratique".

"Il nous semble qu'au contraire c'est dans le sens d'une simplification que l'on doit s'orienter. Il n'est pas question de rédiger un Code de la

79. Voir sur cette notion, Callon (M.), "Eléments pour une sociologie de la traduction", *Année Sociologique*, 1986, n° 36.

80. La 1^{ère} sous-partie de l'étude est consacrée à "la protection actuelle du consommateur" et comprend d'importants développements sur les "lacunes" de cette protection.

81. Pour constituer cet individu abstrait, construit socialement, la doctrine convoque les sciences auxiliaires du droit qui ont précédé le droit dans l'entreprise. M. L. Bihl écrit par exemple (p. 770) : "la société de consommation, encore qu'on en ait plus parlé qu'on ne l'a étudiée, n'est pas un mythe. Sociologues, économistes, philosophes en ont pris acte et ont commencé d'en tirer les conséquences. Le juriste ne peut rester en arrière. Cette forme nouvelle de rapports sociaux pose des problèmes de droit nouveaux ou repose en termes nouveaux des problèmes anciens, enfin elle a suscité la naissance d'un être nouveau, le consommateur, qui affirme son existence face au producteur".

82. La 2^{ème} partie de l'étude de M. L. Bihl a pour titre : "Demain, un droit de la consommation".

consommation que l'on graverait sur les façades des supermarchés mais plutôt de poser quelques principes simples et suffisamment généraux pour pouvoir s'adapter, avec la souplesse nécessitée par la matière, à toutes les situations que l'imagination créatrice des distributeurs peut susciter", Bihl (L.), op.cit., p. 766.

Ainsi, la doctrine tente d'imposer sa vision du droit qui repose sur des principes simples et peu nombreux, formant un ensemble cohérent. Pour ce faire, la disqualification du droit réglementaire -modèle concurrent d'un ordre juridique plus "spontané" (en fait organisé par d'autres voies, où doctrine, magistrats et donc pratique libérale ont une part prépondérante)- qui s'était développé jusque là s'avérait indispensable⁸³.

L'adaptation du droit aux réalités sociales passe nécessairement par la prise en charge d'intérêts extérieurs au champ juridique. Mais la présentation de la doctrine comme milieu homogène⁸⁴ occulte partiellement les phénomènes de concurrence interne dont la reconnaissance d'une branche du droit est le sous-produit. Ainsi, la revendication de l'autonomie du droit de la consommation par un praticien déclenche la riposte ironique d'universitaires civilistes⁸⁵.

Une disqualification des praticiens par un théoricien

"Consommateur : le terme évoquait naguère la personne qui prend une boisson dans un café ; il dénote aujourd'hui celle qui se procure produits ou

83. Cf. cependant "Les moyens judiciaires et parajudiciaires de la protection des consommateurs", Colloque de Montpellier, 10, 11 et 12 décembre 1975, Rapport de synthèse par R. Perrot, G.P., 1976, doct. 237 et spéc. p. 240.

84. Cf. Bourdieu (P.), *op.cit.* ; Dezalay (Y.), *op.cit.*, p. 4, oppose le "producteur de droit pur" à l' "intermédiaire" ou au "médiateur". Les figures aussi diverses que l'universitaire qui se contente d'enseigner, celui qui consulte à l'occasion, celui qui exerce parallèlement la profession d'avocat, l'avocat qui écrit et parfois enseigne (auxquels on pourrait peut-être ajouter, le professeur ministre, parlementaire ou conseiller du pouvoir politique), montrent, du théoricien au praticien, un dégradé de nuances.

85. Il faudrait pour comprendre ces "luttres" analyser précisément les positions sociales occupées par les intervenants et les ressources dont ils disposent. La "topographie" de l'espace doctrinal est loin d'être réalisée, et on pourrait se donner comme programme d'en entreprendre la confection. Le succès de la contribution d'un nouveau terrain disciplinaire ne tient pas seulement à l'apparition de nouvelles règles spécialisées. Il tient à l'aptitude de certains membres de la doctrine à les "problématiser" comme règles spécifiques, à y "intéresser" des étudiants et des professionnels, mais aussi des universitaires et à les enrôler derrière un "label" disciplinaire nouveau. Ainsi pourrait-on essayer de comprendre par ces luttes et les barrières disciplinaires constituées, mais aussi pour les ressources universitaires de ceux qui cherchèrent à le promouvoir, pourquoi le "droit économique" n'est pas parvenu à se construire en véritable branche du droit. Pour des pistes de recherche et des problématiques transposables : voir Latour (B.), *La science en action*, La Découverte, 1989 ; Latour (B.), Woolgar (S.), *La vie de laboratoire*, La Découverte, 1988. Egalement dans une autre perspective, Dogan (M.) et Pahre (R.), *L'innovation dans les sciences sociales, la marginalité créatrice*, PUF, 1991 (spécialement le chapitre VII, "Hybridation : le recombinaison de fragments de science").

services pour son utilité particulière. Les juristes peuvent sans dommage ne porter à l'une qu'une attention mesurée ; le prurit de protection de l'autre qui atteint ceux qui nous gouvernent de façon récurrente plutôt que chronique (de préférence en période électorale) les contraint à prendre plus sérieusement en charge le complexe de dispositions législatives et réglementaires que l'on dénomme -à tort ou à raison- "droit de la consommation".

L'auteur ajoute, dans une note assassine :

"Exemplaire dans sa singularité est à cet égard le cheminement de M. Bihl, qui, révélé au monde savant par l'élogieuse préface du président de l'Union Nationale des Cafetiers-Limonadiers dont s'ornait son Droit des débits de boissons (Litec, 1969), s'est sans renier sa vocation première, voué à la défense des consommateurs au point de mériter un siège à la commission des clauses abusives, au titre -semble-t-il de "jurisconsulte qualifié en matière de droit ou technique des contrats" (du moins, au sens de l'article 36 de la loi n. 78-23 du 10 janvier 1978 et au jugement du ministre chargé de la consommation)", Rouhette (G.), "Droit de la consommation" et théorie générale du contrat", Etudes Rodière, Dalloz, 1981, 247.

La doctrine joue un double rôle dans l'adaptation du droit aux besoins sociaux. D'une part, elle assure la promotion au sein du champ juridique des intérêts qu'elle prétend représenter. D'autre part, elle s'attache à maintenir la cohérence de l'ordre juridique menacée par les changements survenus dans le champ social. Ces deux tâches se confondent souvent dans les travaux doctrinaux. Mais elles semblent malgré tout obéir à un principe de distribution en vertu duquel la pratique se charge de la promotion des intérêts dans le champ juridique, et la doctrine savante assume plus volontiers la tâche de préserver la cohérence de l'ordre juridique.

3) L'habilitation politique

Si Max Weber oppose deux logiques, celle du "savant" et celle du "politique", dont l'activité repose sur des exigences différentes, "*la production de normes prétend s'abriter de plus en plus derrière le savoir*"⁸⁶. Les gouvernants suscitent donc l'intervention des juristes, soit pour élaborer directement des projets de loi, soit pour les associer aux commissions de réflexion chargées de défricher un terrain épineux.

Le débat sur les procréations médicalement assistées fournit une bonne illustration du phénomène⁸⁷. Il permet de constater que la doctrine juri-

86. Memmi (D.), *op.cit.*, p. 82 et Restier-Melleray, "Experts et expertise scientifique", *R.F.S.P.*, 1990, 546.

87. Sur la question cf. l'article remarquable de Memmi (D.), "Savants et maîtres à penser", *op.cit.* ; cf. également, Memeteau (G.), "Recherches irrévérencieuses sur l'autorité juridique des avis des comités d'éthique", *R.R.J.*, 1989-I, 59, spéc. la 2ème partie : "Hypothèse : la reconstruction du droit".

dique est mandatée par le pouvoir politique pour participer non seulement à l'élaboration de normes futures, mais, plus largement, pour contribuer à la construction sociale de la perception du "problème"⁸⁸. Dans ces débats, la présence des juristes semble parfaitement légitime puisque le droit "*a pour fonction de codifier les pratiques humaines, pour objet le sujet collectif investi dans une situation ou une pratique, et qui dispose d'un corpus de références à partir duquel puiser et réguler les situations nouvelles*"⁸⁹.

Sollicitée par le Prince, la doctrine s'autorise de ce mandat pour contribuer directement à la production de normes.

La hiérarchie des pratiques

"L'insémination artificielle ne revêt plus pour personne aujourd'hui un aspect illicite ou immoral : tout au plus soulève-t-elle des problèmes éthiques, ou religieux -affaire de conscience de chacun- et doit-on éclairer au maximum les individus qui y ont recours, sur les difficultés d'ordre moral qu'elle risque d'entraîner".

"Plus grave, sans doute, serait, ou sera, le problème soulevé par l'implantation d'un embryon : se reposera alors le problème de la licéité de l'opération car (à la différence de l'insémination artificielle), la transplantation d'un ovule fécondé dans un organisme autre que l'organisme naturel constitue une atteinte à l'intégrité du corps humain, et cette médecine de "remplacement" ne remplit pas, au sens strict du terme, le but thérapeutique indispensable pour rendre légitime cette technique de lutte contre la stérilité", Nerson (R.), Obs., Rev.trim.dr.civ, 1977, 748.

Ainsi la doctrine opère un travail préalable de classification, "l'insémination artificielle" se distingue de "l'implantation d'un embryon". De plus, elle fournit les concepts qui vont permettre de qualifier le réel. Le licite et le moral s'opposent à l'illicite et à l'immoral, au sens technique que les juristes emploient pour qualifier un contrat. Enfin, la doctrine affirme que l'implantation d'un embryon "*constitue une atteinte à l'intégrité du corps humain*", qui pourrait être condamnée, puisque cette atteinte ne poursuit pas de "*but théra-*

88. Le colloque *Génétique, procréation et droit* tenu en janvier 1985 réunit les représentants des sciences exactes et sciences humaines, au nombre desquels des juristes prestigieux (Mmes M. Gobert, C. Labrusse-Riou, J. Rubelin-Devichi et MM. J. Carbone et J. Robert) faisant face à leurs mandataires : les représentants politiques (Mmes Y. Roudy, M. Pelletier, G. Toutain et MM. R. Badinter, H. Curien, E. Hervé). Sur l'analyse de cette "mise en scène" et le glissement qu'elle autorise de la science à la morale, cf. Memmi (D.), *op.cit.* Voir Bachir (M.), *Les usages stratégiques des comités de sages : de la consultation à la légitimation*, mémoire pour le DEA de science administrative, Amiens, 1990. Par ailleurs, des membres de la doctrine juridique figurent au Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé créé par le décret n. 83-132 du 23 février 1983. Enfin, l'étude du Conseil d'Etat, *Sciences de la vie, de l'éthique au droit*, a été réalisée sous la présidence de G. Braibant par un groupe de travail qui comptait trois juristes : Mme C. Labrusse, MM. G. Cornu et J. Robert.

89. Memmi (D.), *op.cit.*, p. 88.

peutique”, condition nécessaire pour qu’une atteinte à l’intégrité du corps humain soit légitime.

Ce travail de construction juridique du réel se poursuit par une description du droit positif et par une recherche des solutions auxquelles on pourrait parvenir par application de ces normes à des situations nouvelles.

Le contrat de substitution de mère

“Ce contrat par lequel une femme enceinte s’engage à remettre son enfant à un couple, qui le déclarera comme s’il était le sien, est évidemment nul. Il l’est qu’une rémunération soit prévue ou non. Il l’est parce qu’il méconnaît l’ordre public le plus impérieux en disposant d’un être humain reconnu comme tel par tout la tradition juridique française et par la loi. Il l’est parce qu’il constitue une fraude manifeste aux dispositions légales impératives fixant les conditions de l’adoption. Il l’est surtout parce que l’indisponibilité de la personne humaine -quelle que soient les critiques encourues par cette formulation- est une règle fondamentale qui ne peut être ignorée, sans que les conséquences les plus graves et les plus inattendues se produisent”, Atias (Ch.), “Le contrat de substitution de mère”, *D. chron.* IX.

La doctrine atteste de l’interdiction, par le droit positif, de la *“gestation pour le compte d’autrui”*. Mais elle ne se contente pas de cette affirmation. Elle recense les conséquences de la violation de l’interdiction⁹⁰. La doctrine juridique contribue à la construction des catégories qui permettent d’appréhender un phénomène social nouveau et elle fournit au pouvoir politique une description homogène du droit positif. Mais lorsqu’elle se fait conseiller du Prince pour suggérer une solution, une fois de plus, les divergences apparaissent en fonction des intérêts servis.

90. Mme J. Rubellin-Devichi (“La gestation pour le compte d’‘autrui’”, *D.* 1985, 147 et s., spéc. p. 148) écrit par exemple : “D’un point de vue de juriste, nous nous interdisons de porter un quelconque jugement de valeur : tout d’abord, par souci d’objectivité : il n’est pas possible d’exposer correctement la façon dont nos règles de droit saisissent ces situations nouvelles où la procréation nécessite l’intervention d’un tiers, si l’on ne fait pas abstraction de ses propres sentiments. Ensuite, parce que nous sommes très profondément persuadée que ce n’est pas au législateur que les savants et les médecins doivent demander de régler leur conduite, mais à leur conscience d’hommes : toute règle de morale légale nous paraît inefficace en la matière car facilement contournable, et partant à bannir. Au demeurant la doctrine serait loin d’être unanime”. L’auteur commence donc par poser les règles méthodologiques nécessaires à un exposé “objectif” des règles de droit en la matière. Puis dans une première partie, il expose les règles relatives à la paternité juridique et son application à la gestation pour le compte d’autrui en affirmant “s’agissant de la filiation paternelle, il n’y a aucune hésitation : notre droit positif fournit des solutions, qui sont logiques et parfaitement admissibles” (Rubellin-Devichi J., *op. cit.*, p. 150, n. 11). Puis, et non sans contradiction, l’auteur constate que le “*contrat de location d’utérus*” (l’expression est de Mme Rubellin-Devichi, qui reconnaît qu’elle est sans doute inappropriée puisqu’elle écrit : (p. 153, n. 18) “il n’est pas possible d’analyser l’engagement de gestation pour autrui comme une obligation de faire, un contrat de dépôt, et encore moins un contrat de location”) ne saurait avoir un effet quelconque : le corps humain est hors commerce”, *idem*.

Réglementer ou s'abstenir

“Aux magistrats, nous conseillerions donc volontiers ceci : statuer dans tous les cas que les principes d’indisponibilité du corps humain et d’indisponibilité de l’état des personnes s’opposent à toute pratique de procréation artificielle. C’est le droit naturel. C’est aussi jusqu’à nouvel ordre le sens du droit positif. Au législateur, dont la toute puissance est -Conseil Constitutionnel excepté- malheureusement sans contrôle, nous adresserions plutôt cette supplique : n’autoriser (puisque une loi totalement prohibitrice ne sera vraisemblablement point de son goût) la procréation artificielle qu’entre époux pendant le mariage et à condition que toutes les autres voies pour parvenir à la fécondité conjugale se soient avérées vaines”, Seriaux (A.), “Droit naturel et procréation artificielle : quelle jurisprudence ?”, *D.* 1985, 53 et s., spéc. n. 25 p. 60.

“S’il fallait résumer l’attitude du droit devant les procédés scientifiques qui réalisent la gestation pour le compte d’autrui, nous dirions volontiers que la morale des savants, jointe à la prudence des juges, devrait suffire à envisager l’avenir avec sérénité dans le domaine de la procréation artificielle ; ce n’est pas au législateur qu’il faut demander des règles de conduite, mais à la conscience seule de ceux qui ont mis le remède de la stérilité à la portée de l’homme. Nos juges se sont épargnés le ridicule de vouloir départager Hippocrate et Galien ; nos députés devraient bien s’abstenir de dicter une éthique”, Rubbelin-Devichi (J.), “La gestation pour le compte d’autrui”, *op.cit.*, p. 154, n. 20.

Avec d’autres spécialistes, les juristes auront contribué à “mettre en forme une question sociale”⁹¹. Dans un domaine qui fait plus appel à la morale qu’à la technique juridique, la doctrine ne pouvait que fournir des catégories juridiques, faire l’exposé du droit positif et suggérer des pistes pour l’application du droit existant à des situations nouvelles. La diversité des croyances constituerait ici un empêchement dirimant à l’accomplissement total du mandat donné par le Prince : la production des normes⁹².

4) La défense des intérêts corporatistes

La doctrine puise enfin à l’intérieur du champ juridique même les occasions de son intervention. Comme gardienne de l’ordre juridique, elle se sentira tenue d’intervenir si cet ordre est menacé. Le régime juridique du transport bénévole en fournit une illustration typique.

91. Memmi (D.), *op.cit.*, p. 99.

92. Reste que finalement, après ces confrontations des textes de lois ont été préparés qui seront bientôt votés (3 projets de loi sur la bioéthique présentés au Conseil des Ministres du 25 mars 1992).

La question se formulait de la façon suivante : la présomption de responsabilité édictée par l'article 1384 alinéa du Code civil, favorable à la victime, s'applique-t-elle lorsque les victimes de l'accident sont des passagers transportés gracieusement, ou doit-on retenir le régime moins favorable de l'article 1382 qui oblige la victime à faire la preuve de la faute du conducteur ? La question avait été longuement débattue en doctrine et en jurisprudence. Si certains se prononçaient en faveur de l'application de l'article 1384⁹³, la majorité des auteurs et les tribunaux repoussaient cette solution au motif qu'elle imposait à l'automobiliste une trop lourde responsabilité. La Chambre civile dans un arrêt du 27 mars 1928⁹⁴ retenait cette dernière solution, en mettant à la charge de "ceux qui ont accepté ou sollicité de participer à titre gracieux à l'usage de la voiture en pleine connaissance des dangers auxquels ils s'exposaient eux-mêmes" l'obligation de prouver la faute du conducteur. Ainsi, trois éléments étaient invoqués au soutien de la solution : l'acceptation ou la sollicitation de participer à l'usage de la voiture -le caractère gracieux de cette participation- la connaissance des dangers auxquels s'expose le passager. Mais ce qui justifiait la solution, c'était "l'idée qui est au fond de tous les esprits, que c'est le caractère gratuit du service rendu qui justifie l'atténuation des règles de responsabilité"⁹⁵. Un argument d'équité expliquait ainsi une solution "difficile à justifier en droit"⁹⁶.

Les tribunaux appliquèrent le principe de façon extensive⁹⁷, jusqu'à la

93. Cf. par exemple, Jossierand (L.), "Le transport bénévole et la responsabilité des accidents automobiles", *D.H.*, 1926, 21. L'auteur après avoir exposé les arguments de ceux qui suggèrent d'écarter l'article 1384 al. 1, écrit : "Ces considérations ne nous paraissent cependant pas décisives ; elles sont plus que neutralisées par des considérations nombreuses et pressantes qui recommandent l'application de l'art. 1384, § 1 et nous incitent à penser que la responsabilité du fait des choses joue au profit du passager transporté à titre bénévole aussi bien qu'en faveur du piéton".

94. *D.P.*, 1928, 1, 145, note G. Ripert ; S. 1928, 1, 353, note F. Geny.

95. Esmein (P.), note sous Civ. 7 janvier 1929, S. 1929, 1, 249 ; qui rejoint sans doute Geny (note préc. p. 355) qui écrivait que l'arrêt "considère, qu'en soi et de quelque façon qu'on le veuille juridiquement qualifier, le fait du transport bénévole, de se confier, en pleine connaissance des dangers que comporte le transport automobile, à un conducteur désintéressé qui fait acte de pure complaisance, suffit pour écarter une présomption de faute, que justifiaient seules les conditions ordinaires de la circulation, comme les subit, sans pouvoir s'y dérober, "l'homme de la rue". Le sentiment intime de la justice commune explique aisément ce point de vue". Ripert (note préc. n. III) préférait un argument plus technique, l'acceptation des risques, puisqu'il écrivait : "c'est la participation volontaire du voyageur à l'emploi d'une chose dont il ne pouvait ignorer le caractère dangereux... Donnée pour le transport bénévole, la règle n'en est pas moins une règle générale de la responsabilité du fait des choses".

96. Cette opinion est celle de l'avocat général Schmelck (Concl. Cass. ch. mixte, 20 déc. 1968, D. 1969, 37 et spéc. p. 38) qui affirmait (p. 39) : "aucun des arguments juridiques proposés pour expliquer le sort exceptionnel réservé au transporteur bénévole, n'est vraiment satisfaisant".

97. La solution s'appliquait par exemple à la victime d'un accident survenu au cours de l'essai d'une voiture automobile qu'elle se proposait d'acheter, l'essai étant "effectué au moins en partie dans l'intérêt de la victime, participant à l'usage d'une chose dont elle ne pouvait ignorer le caractère dangereux" (Cass. civ. 7 janv. 1929). La solution s'appliquait également aux proches de la victime décédée, qu'ils agissent à titre d'héritiers, ou à titre personnel pour obtenir réparation d'un préjudice propre (Civ. 19 fév. 1945, D. 1945, note J. Flour).

loi du 27 janvier 1958 et les décrets pris pour son application qui instituent pour l'automobiliste l'obligation de s'assurer. Hésitant à "*désavouer directement*"⁹⁸ la solution de 1928, la jurisprudence améliore le sort des victimes dans deux directions. D'une part, elle restreint au maximum la notion de transport gratuit puisqu'il devait s'agir d'un geste vraiment désintéressé, d'un véritable "acte de courtoisie" dont la preuve incombait au conducteur⁹⁹. D'autre part, elle donnait à la victime, bien que son action fût fondée sur l'article 1382, des facilités de preuve analogues à celles que procure l'article 1384 alinéa 1, en jugeant que "*le défaut de maîtrise dans la conduite d'un véhicule en marche par son conducteur constitue une faute dès lors qu'il n'est pas démontré qu'il doit être imputé à une circonstance étrangère à ce conducteur*"¹⁰⁰. Mais, par ailleurs, dans l'hypothèse d'une collision, lorsque la victime demandait réparation au gardien du véhicule qui ne la transportait pas, elle bénéficiait d'une présomption de responsabilité pesant sur le gardien du véhicule ; dans cette hypothèse, ce gardien n'était pas tenu de l'intégralité du dommage. Depuis un arrêt du 9 mars 1962¹⁰¹, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation décidait que la personne transportée à titre gratuit ne pouvait demander au tiers coauteur la réparation intégrale de son préjudice sur la base de l'article 1384, alinéa 1, si elle ne disposait pas d'une action contre son transporteur.

Au total, le droit devenait d'une rare complexité et la doctrine jugeait que la "*jurisprudence, malheureuse et arbitraire, est lourde d'incertitude et d'injustice en puissance*"¹⁰². La doctrine voyant sa conception même du droit menacée, intervient pour obtenir un revirement de jurisprudence.

Quel que soit le type d'occasion qui lui est fourni pour participer à l'élaboration des normes, la doctrine justifie ses positions en articulant ses ressources de légitimité, chacun des auteurs pouvant en faire un usage spécifique.

B) Les modalités d'intervention

L'élaboration des normes, puis leur interprétation sont souvent pré-

98. Schmelck, *op.cit.*, p. 40

99. Cass. civ. 2, 14 mars 1958, D. 1958, 385, note R. Savatier ; *J.C.P.*, 1958, II, 10674, note P. Esmein ; S. 1958, 239. En l'espèce, et en raison de la longueur du trajet, le passager pouvait être appelé à conduire si le propriétaire se trouvait fatigué, cela aurait suffi pour donner au transport un caractère intéressé : il suffisait que le transporteur attende du transporté un service quelconque pour que la présomption de l'article 1384 al. 1 entre en jeu (cf. Savatier (R.) et Esmein (P.), *op.cit.*).

100. Cass. civ. 2, 5 avril 1962, *Bull.civ.* 1962, 2, n. 383, p. 273 ; D. 1963, 78 ; S. 1963, 34, note Meurisse-J. Bore, "La chambre civile a-t-elle créé une présomption de faute à la charge du transporteur bénévole ?", D. 1963, chron. 21 et s. Cf. également, Cass. civ. 2, 21 décembre 1962, D. 1963, 418, note J. Bore.

101. S. 1963, 2, note Meurisse.

102. L'expression est de R. Savatier (note sous Paris 27 juin 1967, D. 1968, 180, spéc. p. 182) alors que l'auteur restait favorable de l'exclusion de l'indemnisation en raison du caractère gratuit du service rendu.

sentées comme un travail purement juridique. M. P. Bourdieu¹⁰³ propose une analyse différente : *“cessant de se demander si le pouvoir vient d'en haut ou d'en bas, si l'élaboration du droit et ses transformations sont le produit d'un “mouvement” des moeurs vers la règle, des pratiques collectives vers la codification juridique ou, à l'inverse, des formes et des formules juridiques vers les pratiques qu'elles informent, il faut prendre en compte l'ensemble des relations objectives, entre le champ juridique, lieu de relations complexes et obéissant à une logique relativement autonome, et le champ du pouvoir et, à travers lui, le champ social dans son ensemble”*.

Évoquée dans cette perspective la question, académique pour un juriste, du rôle de la doctrine dans les “sources du droit”¹⁰⁴ revient à constater que si la doctrine ne se conçoit pas comme une source du droit, *“c'est elle qui possède l'art de découvrir ce qu'elle dénomme elle-même - usant de la métaphore - les “sources” du droit”*¹⁰⁵. C'est elle qui a découvert la jurisprudence comme source du droit et qui construit le modèle idéal de la loi et de la jurisprudence, s'intégrant au système symbolique qui l'autorise à intervenir.

Le Code idéal

“Si l'on relit l'admirable Discours Préliminaire de Portalis, qui nous explique si magnifiquement la pensée des rédacteurs de notre Code (et qui est, d'ailleurs, lui-même fortement inspiré de la pensée de Montesquieu), on est conduit à penser que notre conception du droit reposait sur trois principes fondamentaux : un code doit être complet dans le domaine qu'il régit ; il doit exprimer des principes assez généraux plutôt que des règles trop détaillées ; il doit à la fois former un ensemble logique et se fonder sur l'expérience”, Tunc (A.), “La méthode du droit civil : analyse des conceptions françaises”, Rev. inter. dr. comparé, op.cit., p. 818 et 821.

La mission de la jurisprudence

“Si nous explicitons la mission de la jurisprudence telle que la concevait

103. “La force du droit”, op.cit., p. 16.

104. Sur la question, la littérature juridique est foisonnante. On citera seulement : “Sources” du droit, A.P.D., t. 27, 1982, particulièrement J.L. Vuillierme, “Les anastomoses du droit (spéculation sur les sources du droit)”, p. 5 et s. (qui relève qu'il s'agit d'une “*métaphore hydrologique*” et “*assez légère, introduite par un philosophe secondaire, Cicéron, à cheval sur plusieurs métaphysiques, et qui s'est par surcroît bien gardé d'y attacher trop de prix*”) ; Sourieux (J.L.), “Source du droit” en droit privé”, p. 33 et s., qui observe que la doctrine est le “*sourcier*” du droit ; Oppetit (B.), “La notion de source du droit et le droit du commerce international”, p. 43 et s. et Atias (Ch.), “Quelle positivité ? Quelle notion de droit ?”, p. 209 et s. qui rejoint, par d'autres voies, nos propres conclusions lorsqu'il écrit (p. 232) : “*L'observation de la démarche des juristes montre que l'autorité du raisonnement juridique dépend moins de la règle invoquée que son insertion dans l'ensemble du système juridique. La cohérence logique du droit est la plus contraignante des normes que le juriste met en oeuvre*”.

105. Sourieux (J.L.), op.cit., p. 33.

*Portalis, elle apparaît triple : 1) préciser la portée des règles dans les circonstances variées qui sont présentées au juge ; à cet égard, Portalis et, un siècle plus tard, Planiol, ont pu dire que le juge était le législateur des cas particuliers ; 2) clarifier les obscurités de la loi et combler ses lacunes : "C'est à l'expérience, écrit Portalis, à combler successivement les vides que nous laissons. Les codes des peuples se font avec le temps. Mais, à proprement parler, on ne les fait pas" ; 3) adapter le droit à l'évolution de la société et, dans la mesure où le juge le peut, en prenant appui sur les textes existants, parer à l'insuffisance de la loi devant les problèmes contemporains", Tunc (A.), *idem*.*

Une branche du droit bien ordonnée : le droit commercial

*"Il était construit sur des notions fondamentales, telles que celles d'acte de commerce ou de commerçant. Elles permettaient de circonscrire son domaine, de fixer ses critères d'application et de déterminer la compétence des tribunaux de commerce -il avait engendré des notions essentielles, celle de fonds de commerce par exemple-. Sa spécificité, son originalité et sa richesse étaient faites d'institutions, de mécanismes, d'instruments, de finalités, de techniques qui lui étaient propres : la faillite, les sociétés commerciales, les effets de commerce, le droit cambiaire, les contrats commerciaux, les moyens de preuve, la comptabilité des commerçants...", Paillusseau (J.), "Le big bang du droit des affaires à la fin du XX^e siècle", *J.C.P.*, 1988, I 3330.*

Lorsque la doctrine constate que la réalité n'obéit plus à ce modèle idéal, elle stigmatise "le déclin" ou "la crise du droit"¹⁰⁶. Elle tente alors de mobiliser ses ressources de légitimité afin de restaurer le paradigme du droit en agissant sur les normes et leur interprétation jurisprudentielle.

1) L'adaptation de la loi

La doctrine sur "délégation" du pouvoir politique contribue directe-

106. La veine paraît inépuisable, ce qui pourrait faire penser que le déclin du droit c'est surtout le déclin du modèle idéal du droit. Cf. par exemple, *Droits*, n° 4, *Crises dans le droit* (Atias (Ch.), "Une crise de la légitimité seconde, 21 et s., fournit, note 1, une bibliographie du thème) et, en dernier lieu, Holleaux (A.), "Mort ou renaissance du droit", *Mélanges D. Holleaux*, Litec 1990, 190 ; Oppetit (B.), "Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain", *id.*, 317 et s. De façon générale, il y a dans tous ces constats les éléments de ce que l'on pourrait nommer un "pessimisme doctrinal", face aux bouleversements notionnels voulus par le législateur ou le juge : le vocabulaire est alors particulièrement révélateur : "le droit est secoué par un séisme", les "notions sont ébranlées", "le bel ordonnancement de la pensée traditionnelle souffre", on "ouvre des brèches", cf. Paillusseau (J.), "Le big band du droit des affaires...", *op.cit.* On se reportera aussi à la chronique de Ripert, "Le droit de ne pas payer ses dettes", *ch D.H.*, 1936, p. 57.

ment à l'élaboration de la norme¹⁰⁷. Mais, de façon plus spécifique, elle contribue à provoquer l'intervention du législateur lorsque la loi lui semble inadaptée. L'adaptation du droit au fait, s'opère soit par la modification de la norme soit par la révision de l'interprétation. Mais il peut se faire que cette voie paraisse impraticable et l'exemple de la clause pénale permet d'illustrer les situations où seule une modification de la loi permet la transformation du droit devenue indispensable.

La clause pénale "*fixe contractuellement un forfait de dommages-intérêts*"¹⁰⁸ en cas d'inexécution par le débiteur de ses obligations. L'article 1152 du Code civil dispose : "*lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre*". Or le caractère excessif de certaines clauses pénales draconiennes -imposant par exemple au débiteur, spécialement dans les contrats de crédit-bail (*leasing*), à défaut de paiement d'un seul terme la résiliation du contrat et le versement de la totalité des loyers à échoir- a provoqué une réaction contre ces "excès" que le juge estimait ne pouvoir modérer. Jusqu'au début des années 1970, la clause pénale avait connu une histoire paisible. Les intentions des rédacteurs du Code civil¹⁰⁹, le texte lui-même ne laissaient aucun doute. Aussi la Cour de cas-

107. Cf. *supra*. Parfois, la doctrine est le rédacteur direct de la loi. Au lendemain de la seconde guerre mondiale, le projet avait été formé de réviser entièrement le Code civil. Une commission avait été désignée avec pour président et pour secrétaire général deux professeurs de droit : Julliot de La Morandière et R. Houin. On connaît par ailleurs le rôle du Doyen J. Carbonnier dans les réformes du droit civil. Enfin, pour prendre un exemple récent, le professeur J. Calais-Auloy a préparé le code de la consommation qui doit être voté par le Parlement dans les années à venir (*Le Monde*, 19 septembre 1990, p. 21). Lorsque le code fait défaut ou qu'il a vieilli, la doctrine se fait codificateur (cf. F. Terre, Préface au *Code de commerce*, Litec, réalisé par M.J. Campana, qui écrit : "*affronté, semaine après semaine, à la nécessité pédagogique d'ordonner la connaissance, l'universitaire remplit un rôle irremplaçable dans la compréhension, l'ordonnement et la communication de la connaissance. Et puisque autour de lui rien ne vient relayer ce qui autrefois assura, avant tant de trahisons de tant de clercs, la transmission du message impérissable des juristes du droit commun, il lui faut bien faire des codes, même d'origine privée, pour assurer aux générations futures, une possible certitude de la signification et de la valeur du droit*").

108. Malaurie (Ph.) et Aynes (L.), *Droit civil, préc., Les obligations*, n. 513.

109. Cf. exposé des motifs de la loi sur les contrats ou les obligations conventionnelles en général, par le conseiller d'Etat Bigot-Preameneu (Fenet, XIII, p. 262) : "*on a prévu le cas où la somme à payer à titre des dommages-intérêts, en cas d'inexécution, aurait été fixée par la convention même. On avait d'abord craint que cette fixation ne fût pas toujours équitable ; on avait craint trop de rigueur de la part du créancier, trop de facilité ou d'imprudence de la part du débiteur, qui, ne prévoyant pas d'obstacles à l'exécution de sa convention, n'aurait pas imaginé qu'il eût sérieusement à craindre de payer la somme à laquelle il se serait soumis. Il avait paru prudent de faire intervenir le juge pour réduire la somme qui excéderait évidemment le dommage effectif. Mais cette évidence, comment la caractériser ? Il faut supposer des conventions déraisonnables. Si on eût donné aux juges le droit de réduire la somme convenue, il eût aussi fallu leur donner celui de l'augmenter en cas d'insuffisance. Ce serait troubler la foi due aux contrats. La loi est faite pour les cas ordinaires, et ce n'est pas pour quelques exceptions que l'on devrait déroger à cette règle fondamentale, que les conventions sont la loi des parties*".

sation par un arrêt du 14 février 1866¹¹⁰ juge : “qu’aux termes des articles 1134 et 1152 du Code Napoléon, les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, et que, lorsque la convention porte que celui qui manquera de l’exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l’autre partie une somme plus forte ni moindre” : le juge ne peut modérer une peine excessive. La doctrine, pendant un siècle et demi enseigne la solution¹¹¹.

Avec le développement du crédit-bail, la doctrine, pratique comme universitaire¹¹², s’inquiète du caractère parfois injuste de la solution et constate que l’article 1152 “permet d’incontestables abus et l’insertion, au gré de la maîtrise du contrat, de clauses choquantes et léonines”¹¹³, et entreprend donc de trouver des solutions plus équitables en contournant le texte.

110. Civ. 14 février 1866, D.P., 1866, I, 84 ; S. 1866, I, 194.

111. Au XIX^e siècle, la seule voix dissidente était celle de Dalloz (Rec. alph., v^o Obligations, n. 1595) qui écrivait : “la clause pénale étant la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l’inexécution de l’obligation principale, il s’ensuit qu’elle ne doit pas recevoir son application quand le créancier n’a souffert aucun préjudice”. En sens inverse, on peut citer par exemple : Demolombe (C.), *Traité des contrats*, t. 3, 1870, n. 663, qui écrit : “La clause pénale étant, avons-nous dit, le règlement conventionnel des dommages-intérêts, qui seront dus au créancier, en cas d’inexécution de l’obligation, elle fait la loi des parties contractantes. Mais le débiteur prétend que le créancier n’a éprouvé aucun dommage par suite de l’inexécution de l’obligation, ou du retard dans l’exécution, si la peine a été stipulée pour le simple retard. Il a même, dit-il, la preuve en mains toute prête ! On ne doit pas l’entendre !” ; Aubry (C.) et Rau (C.), *Cours de droit civil français*, t. IV, 4^e éd., 1871, n. 309 : “Le juge n’est point autorisé à modifier la peine” ; Baudry-Lacatinerie (G.) et Barde (L.), *Traité théorique et pratique de droit civil, les obligations*, t. II, 3^e éd., 1907 : “Le second but de la clause pénale est de soustraire à l’arbitraire du juge et aussi aux lenteurs et aux frais qu’entraîne toujours l’intervention de la justice, la fixation des dommages-intérêts auxquels pourra donner lieu l’inexécution ou le retard dans l’exécution de l’obligation. Ce but ne serait pas atteint, si le tarif établi d’un commun accord par les parties pouvait être critiqué, soit par le créancier qui viendrait soutenir que les dommages-intérêts fixés par la clause pénale sont insuffisants, soit par le débiteur qui prétendrait qu’ils sont exagérés. Aussi avons-nous vu que l’art. 1152, s’écartant avec raison sur ce point des traditions de notre ancien droit, ne permet pas au juge de modifier, soit en plus, soit en moins, le taux des dommages-intérêts conventionnels. La clause pénale est une loi que les parties se sont imposées et qu’elles doivent subir” ; Planiol (M.) et Ripert (G.), *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, *Obligations*, 2^e partie, 1931, n. 869, “La clause pénale ne permet aucune modification, quelle qu’elle soit, au chiffre stipulé. Les parties ne peuvent le critiquer, ni le tribunal allouer une somme de dommages-intérêts supérieurs ou inférieurs. L’art. 1152 l’exprime formellement” ; Josserand (L.), *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations*, 3^e éd., 1939, n. 643 : “il ne dépendrait pas du juge de modérer la peine ou de l’aggraver : si énorme ou si minime que soit la somme stipulée, la convention fait la loi des parties” ; Colin (A.) et Capitant (H.), *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, 10^e éd. par Juliot de la Morandière (J.), 1948, n. 164 : “La clause pénale est un forfait dont le juge ne peut modifier le chiffre... L’indemnité fixée à forfait par une clause est en principe, invariable, arbitraire, dit un arrêt de la chambre des requêtes du 26 juin 1933”.

112. Boccara (B.) (Avocat), “La liquidation de la clause pénale et la querelle séculaire de l’article 1231 du Code civil”, *J.C.P.*, 1970, I, 2294 ; et avant lui Obs. Chevallier, *Rev.trim.dr.civ.*, 1969, p. 117.

113. Boccara (B.), *op.cit.*, n. 1.

Une stratégie de contournement d'un texte clair

"C'est maintenant un ample mouvement de fond qui remue la jurisprudence et la divise, sur une scène à la Balzac. A bout de souffle, le locataire cesse de verser à la société de crédit-bail les loyers convenus. Alors, la clause résolutoire et la clause pénale qui avaient été stipulées, sortent ensemble leurs effets : le locataire doit restituer à la société les biens dont il avait l'usage et lui payer le forfait fixé, somme énorme qui couvre parfois la totalité des versements qui restaient à faire. Il n'a plus la chose et il doit l'argent. Il demande grâce au juge d'une partie de sa peine..."

"En attendant la réforme que l'Etat doit à ses juges, sous peine de déni de législation, l'épreuve de conscience qui leur est imposée exige sans doute que soit dépassé le dilemme entre deux directives trop simplistes. Nul ne peut considérer que, sur ce point, le droit positif reconnaît déjà ses juges comme "ministres d'équité". Mais l'autre mythe serait de les constituer gardiens de la clause pénale comme de la foi jurée la plus sacrée. Car la stipulation de peine n'est pas un contrat ordinaire mais un accord exorbitant de justice privée qui dépouille l'autorité judiciaire d'une parcelle de son pouvoir. Le juge n'est pas affranchi du devoir que lui fait l'article 1134 du Code civil (et l'article 1152 du C. civ.) mais sans doute peut-il, et même doit-il, entrer dans ce respect plus de circonspection..."

"Au législateur seul de dire si l'assainissement de l'économie peut résulter de la domestication du droit par le plus fort. Mais qui voudrait reprocher au juge de chercher en conscience, à tempérer la loi d'airain de la clause pénale ? Il faut la "désacraliser", lorsqu'elle est manifestement abusive. Comme dit la sagesse populaire, "trop c'est trop", Cornu (G.), Obs., Rev.trim.dr.civ., 1971, p. 167, n. 2.

Si le débiteur est "à bout de souffle" et qu'il "demande grâce", voilà une "épreuve de conscience" pour le juge : la morale impose de venir en aide au faible. Techniquement, la solution est possible puisque la clause pénale "n'est pas un contrat ordinaire". Pourtant cette stratégie échouera. Aucune des solutions proposées par une partie de la doctrine ne trouvera grâce aux yeux de la Cour de cassation¹¹⁴, d'autant que les sociétés de crédit avaient trouvé des avocats en doctrine.

114. La première voie aurait consisté à annuler de telles clauses en s'inspirant de solutions dégagées en Belgique à partir de textes identiques aux nôtres (cf. Malaurie (Ph.), note au *D.* 1972, 733) en se référant à l'absence de cause, à l'abus de droit, à la fraude à la loi ou à la lésion (v. not. Cornu G., Obs. *Rev.trim.dr.civ.*, 1971, 170). Mais c'est surtout la réduction judiciaire du montant des clauses pénales qui s'avérait nécessaire (Boccara, *Chron. préc.* et Alfandari E., "Le contrôle des clauses pénales par le juge", *J.C.P.*, 1971, 1, 2395). L'article 1231 du Code civil aurait pu être utilisé pour contourner l'article 1152 puisqu'il accordait au juge le pouvoir de modifier la peine "lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie" ; ce qui aurait pu être le cas lorsque l'utilisateur en cours de contrat cesse de payer (Paris, 21 janv. 1970, *J.C.P.*, 1970, II, 16376, note B. Boccara et, sur pourvoi, com. 9 oct. 1972, *D.* 1972, 730, note Ph. Malaurie ; *Rev.trim.dr.civ.*, 1973, 367, Obs. G. Cornu). La solution

Une défense de la rigueur contractuelle

“Les affaires soumises à l’appréciation du juge ne constituent que l’infime partie d’une masse de contentieux représentatifs du passif relativement important de ces établissements financiers, accusés à tort de réaliser des opérations bénéficiaires par la reprise de leur matériel et l’indemnité de résiliation, au détriment de leurs pauvres cocontractants qui, du reste, même condamnés, ne s’acquittent généralement que très partiellement de la somme due, ne serait-ce que parce que le créancier fait montre de mansuétude”.

“Quoiqu’il en soit, et bien que dans certains cas la conscience humaine puisse être troublée par la situation pénible de ce débiteur, le juge, dans la noblesse de sa mission, ne doit jamais descendre dans l’arène, se substituer aux parties, ou s’instaurer ministre de l’équité. Tel n’est point son rôle. Il lui revient d’appliquer le droit et de faire respecter la parole valablement donnée sous peine de porter atteinte à la liberté des contractants et à la sécurité des transactions et du commerce”, E.M.B., note sous Toulouse 8 mai 1970, J.C.P., 1970, II, 16481.

M. Ph. Malaurie¹¹⁵ résume la position inconfortable de la doctrine : *“j’avoue ma contradiction qui est entre la loi et la justice. Tout en même temps, j’approuve et je regrette l’échec des ingénieuses constructions doctrinales entreprises ces dernières années pour modérer les clauses pénales excessives... Je l’approuve, parce que la loi l’impose et que je suis un professeur respectueux des lois ; je le regrette parce que la solution me paraît injuste”.* La loi du 9 juillet 1975 mettra fin au supplice en accordant au juge un pouvoir modérateur.

Ainsi, entre la cohérence de l’ordre juridique et l’équité, c’est l’ordre qui l’emporte. Les intentions du législateur, le texte de la loi -surtout s’agissant d’un texte sacralisé : le Code Napoléon- la coutume doctrinale et jurisprudentielle conduisent à ce que l’adaptation de l’ordre juridique ne puisse s’effectuer par voie d’interprétation mais par modification de la norme. La doctrine est avant tout le gardien de la cohérence et de la rationalité du système juridique.

2) L’adaptation de la jurisprudence

Dans l’adaptation de l’interprétation de la norme, la doctrine joue un

(suite note 114) n’avait qu’une portée limitée puisque les contractants pouvaient stipuler l’indivisibilité des obligations et écarter l’application de l’article 1231. Cette exclusion explicite n’était pas même nécessaire, il suffisait de prévoir des incidences de l’inexécution partielle sur le montant de la peine (Com. 10 juill. 1972, D. 1972, 728, note Ph. Malaurie ; Cornu G., Obs., préc., 1973, 367).

115. Note sous com. 4 juill. 72, préc., D. 1972, 733.

double rôle. Elle arbitre entre les sources du droit (a) et elle contribue à la construction de l'oeuvre jurisprudentielle, soit comme censeur (b), soit comme co-auteur de la jurisprudence (c).

a) *La doctrine arbitre des sources*

Le Code civil, oeuvre essentiellement doctrinale¹¹⁶, réalise l'unification du droit sur le territoire national. L'achèvement de cet objectif, jugé bénéfique, passe initialement par l'exégèse. La jurisprudence s'efface au profit de la loi, d'autant que cette place subordonnée réalise l'idéal de la Révolution de 1789 : la fonction de juger doit se réduire à l'application de la loi. Cette conception s'institutionnalise dans le référé législatif -par lequel le juge doit s'adresser au législateur pour que celui-ci interprète ou complète les textes- et dans le Tribunal de cassation, bras armé du pouvoir législatif, chargé d'assurer la police de la stricte application de la loi.

Les lois du 30 juillet 1828 et 1er avril 1837 suppriment le référé législatif ce qui facilite, au cours du dernier tiers du XIX^e siècle, la promotion de la jurisprudence par la doctrine. Au-delà des raisons techniques généralement avancées -le code aurait vieilli-, il convient d'observer que cette résurrection est contemporaine de l'avènement de la III^e République. Comme la doctrine d'aujourd'hui redoute le droit réglementaire¹¹⁷, la doctrine d'alors craignait le droit parlementaire. La jurisprudence pouvait servir de contre-feu à la loi, chaque fois que le législateur mépriserait le modèle du droit idéal. La doctrine, de grand prêtre du Code, se faisait arbitre entre les sources du droit, entre la jurisprudence et la loi¹¹⁸.

L'évolution jurisprudentielle du contrôle des clauses abusives permet d'observer comment elle use de ses ressources de légitimité pour peser sur la décision du juge dans le choix des normes.

L'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 confiait au pouvoir réglementaire l'initiative de lutter contre les clauses abusives. Un seul décret, celui du

116. Dans la forme, mais aussi par son contenu : Arnaud (A.J.), *Les origines doctrinales du Code civil français*, L.G.D.J., 1969 et préface de M. Villey.

117. Le thème est cousin de celui de la "crise du droit", cf. supra, et pour le droit communautaire, Oppetit (B.), "L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême", D. 1990, 73.

118. Cf. Malaurie (Ph.), "La jurisprudence combattue par la loi", *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1965, 603, qui observe : "L'autorité de la jurisprudence peut être sans cesse discutée dans son fondement, sa force ou ses solutions ; son existence n'est pas aujourd'hui contestable, et elle occupe dans la vie juridique une place nettement plus étendue qu'au XIX^e siècle. Force qui suscite le respect, l'étude et l'obéissance, mais aussi les conflits. Notamment la jurisprudence est souvent combattue par la loi, car elle en est tout à la fois le complément et le rival". Sur le thème de la défaillance du législateur : Lescot (P.), "Les tribunaux en face de la carence du législateur", *J.C.P.*, 1966, I, 2007 ; cf. également Bergel (J.L.), "La loi du juge, dialogue ou duel ?", *Et. P. Kayser*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1979, 21 ; Labrusse-Riou (C.), "le juge et la loi : de leurs rôles respectifs à propos du droit des personnes et de la famille", *Et. R. Rodière*, Dalloz, 1981, 151.

24 mars 1978 n. 78-464 avait été pris en application de ce texte. Comme, par ailleurs, la doctrine enseignait que la loi de 1978 avait eu pour conséquence d'interdire au juge d'apprécier la validité ou de limiter la portée des clauses abusives qui ne figuraient pas au décret de 1978¹¹⁹, force était de dresser "le constat du manque d'efficacité de la lutte contre les clauses abusives"¹²⁰. Une fois procès-verbal de carence dressé, la doctrine retrouve son rôle d'inspirateur de la jurisprudence. Elle autorise et incite les magistrats à se libérer de la loi de 1978 et leur fournit les arguments et les moyens techniques de cette transgression.

La doctrine, réservoir de solutions

*"Qu'est-ce qui empêche les juges français d'utiliser l'article 6 du Code civil, ou l'article 1134, alinéa 3, aussi librement que l'ont fait les juges belges ? Pourquoi une loi autorisant le pouvoir réglementaire à prohiber de façon générale certaines clauses, interdirait-elle au juge de déclarer, dans un cas particulier, que telle clause est contraire à l'ordre public ou à la bonne foi contractuelle ? On a craint le gouvernement des juges et crié en même temps à "l'adaptation des structures judiciaires à la protection du consommateur" (V.A. Sinay-Citermann, *op.cit.*, n. 5) ; on a des juges ligotés par le silence inhabituel de l'administration. D'ailleurs, à supposer que les bureaucrates se remettent à fabriquer de la règle de droit, il n'est pas sûr que le consommateur s'en porterait mieux", Remy (Ph.), Obs. sous Paris 22 mai 1986, *Rev.trim.dr.civ.* 1987, 113, spéc. p. 115.*

La première chambre civile de la Cour de cassation, par deux arrêts du 16 juillet 1987¹²¹ et du 25 janvier 1989¹²² esquisse une évolution qui permet à une partie de la doctrine d'entrevoir "une lueur d'espoir dans la lutte contre les clauses abusives"¹²³ et d'affirmer qu'une clause peut être abusive dès qu'elle répond à la définition de l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978, même si elle n'a pas été interdite par décret. Ainsi, la voie était préparée, à la fois par la doctrine et la jurisprudence, à un retour aux textes tutélaires du Code civil. Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 8

119. V. par exemple Flour (J.) et Aubert (J.L.), "L'acte juridique", *op.cit.*, n. 187-6 ; Larroumet (Ch.), *Droit civil, Les obligations*, 1ère partie, Economica, 1986, n. 438 ; Starck par Roland (H.) et Royer (L.), *op.cit.*, n. 538 ; Weill (A.) et Terre (F.), *Droit civil, Les obligations*, *op.cit.*, n. 251 ; Rieg (A.), "La lutte contre les clauses abusives des contrats", *Ét. Rodière*, Dalloz, 1981, 221 ; Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, 2è éd., Dalloz, 1986, n. 122 ; Cas et Ferrier, *Droit de la consommation*, P.U.F., 1986, n. 94. Cf. cependant Malaurie (Ph.) et Aynes (L.), *op.cit.*, n. 317.

120. Titre de la 1ère partie d'une étude de Paisant (G.), "De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives (à propos d'un arrêt de la Cour de Paris du 22 mai 1986)", *D.* 1986, 299.

121. *D.* 1987 ; *Somm.* 456, obs. J.L. Aubert ; *D.* 1988, 49, note J. Calais-Auloy ; *J.C.P.*, 1988, II, 21001, note G. Paisant ; *Rev.trim.dr.civ.* 1988, obs. J. Mestre, 114.

122. *Bull.civ.*, I, n. 43 ; *D.* 1989, *Somm.* 303, obs. T. Hassler et 337 obs. J.L. Aubert ; *D.* 1989, note Ph. Malaurie ; *J.C.P.* 1989, II, 21357, note G. Paisant.

123. Note J. Calais-Auloy, *préc.*

décembre 1989¹²⁴, ne fait plus référence ni à la loi du 10 janvier 1978, ni à un quelconque décret d'application, mais vise l'article 1134 du Code civil pour juger d'une clause abusive. Cette disqualification des "bureaucrates", à laquelle la doctrine contribue, développera aussi ses conséquences sur la répartition du territoire contrôlé par les différents spécialistes de la doctrine.

Alors que le contrat de travail, avec le droit du travail, s'est peu à peu détaché du droit civil pour acquérir son autonomie et donner naissance à une branche du droit, l'arrêt de la Cour de cassation du 8 décembre 1989 a pour effet indirect de conserver le "contrat de consommation" dans l'orbite du droit civil. En effet, le droit civil des contrats court le risque de se voir peu à peu vidé de sa substance. Trois pôles fournissent la matière du droit civil des contrats : les contrats passés entre commerçants, les contrats passés entre commerçants et consommateurs et les contrats passés entre non-commerçants. Alors que les contrats passés entre commerçants relèvent largement du droit commercial, les contrats passés entre commerçants et consommateurs trouvent traditionnellement leur place en droit civil. La question des normes applicables "au contrat de la consommation" a ainsi pour enjeu le contrôle d'un territoire jusqu'ici occupé par la doctrine civiliste. Cette position se trouve renforcée dès lors que le droit civil classique, par le recours à l'article 1134 du Code civil, contribue à la protection du consommateur en raison de la défaillance du droit de la consommation.

La disqualification autonome de la cohérence

"Mais de quel prix a-t-on dû payer ce progrès ? Ne parlons pas ici du coût au plan de l'économie dont l'appréciation relève d'autres compétences. Il s'agit du coût juridique de l'opération qu'a dû payer la théorie générale des contrats. Il est indéniable que de larges atteintes ont été portées à l'autonomie de la volonté, au consensualisme, au principe de la force obligatoire du contrat, etc. Ainsi que s'interroge le doyen Cornu dans son rapport sur l'évolution du droit des contrats en France, le droit contractuel est-il encore un droit d'autonomie ? Est-il encore un ordre cohérent ? Non sans une certaine bienveillance, l'éminent auteur penche pour une "autre lecture" du droit de la consommation qui permettrait de l'intégrer dans les structures traditionnelles. Ce faisant, le droit s'est-il enrichi ou appauvri ? Pêchant peut-être par pessimisme, nous aurions tendance à penser que la multiplication des réglementations n'est pas le signe du bon droit et qu'à tout le moins le droit de la consommation a fait perdre sa cohérence à la théorie générale des contrats, qu'importe, dira-t-on. Le droit est-il fait pour le plaisir des juristes, ou pour la satisfaction des citoyens ? A la vérité, nous sacrifierions volontiers le plaisir égoïste du juriste si nous étions certains que ce fût nécessaire. Mais un droit catégoriel était-il nécessaire pour protéger le consommateur ? Cette protection des faibles contre les puissants qui est inscrit en filigrane dans tout notre droit ? Ces lois, spécialement celles de 1978 et

124. D. 1990, p. 289, note J. Ghestin.

1979, protègent le consommateur supposé faible et isolé, contre le professionnel, supposé fort et organisé. Mais ces postulats ne sont pas toujours vérifiés, si bien que, dans tous les camps, il y a des laissés pour comptes de la protection", Malinvaud (Ph.), "La protection des consommateurs, D. 1981, 49, spéc. p. 62.

Ainsi outre l'arme de l'ironie pour disqualifier la pratique, la doctrine civiliste peut également invoquer la cohérence du droit pour contester l'existence même du droit de la consommation et préserver ses intérêts disciplinaires.

b) La doctrine censeur de la jurisprudence

Lorsque la jurisprudence devient confuse et incohérente, la doctrine prétend obtenir du juge un revirement qui rétablisse l'ordre. Sur la question du transport bénévole, dont on a dit à quelles contradictions la Cour de cassation était parvenue en 1962, ce sont de véritables injonctions que délivre une partie de la doctrine. Cependant, elle se partage en deux camps.

Dans le premier, se retrouve pour l'essentiel un avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation : M. J. Bore. Par une série de publications¹²⁵, l'auteur invoque la morale et la technique pour plaider le maintien de la solution traditionnelle. Celle-ci reposerait "sur cette donnée morale très solide - quoiqu'inavouée- que celui qui rend gratuitement service à autrui, doit être traité plus favorablement dans l'appréciation de sa responsabilité, que celui qui attend un avantage en retour du service rendu"¹²⁶. Sur le terrain technique, l'auteur, dans un grand morceau de bravoure juridique, combat la facilité de preuve de la faute du conducteur attribuée au passager¹²⁷ et il démontre que l'assurance obligatoire n'offre pas "à tous coups sa protection à l'auteur du service gratuit dont la chose s'est révélée dommageable"¹²⁸.

Mais, à l'opposé, la doctrine universitaire se montrait très critique¹²⁹.

125. "La chambre civile a-t-elle créé une présomption de faute, à la charge du transporteur bénévole", *chron. préc.*; note sous Cass.civ. 2, 21 déc. 1962, *D.* 1963, 418 ; "Le recours entre coobligés *in solidum*", *J.C.P.*, 1967, I, 2126 ; note sous Paris, 27 juin 1967, *J.C.P.*, 1968, II, 15487.

126. *Chron. préc.*, *D.* 1963, p. 21.

127. Bien que construite en trois parties, ce qui constitue un péché contre le bon goût doctrinal, la chronique de J. Bore (*D.* 1963, *préc.*) mérite sans doute le qualificatif de magistrale. Les références sont surabondantes, la jurisprudence retracée dans ses moindres détails et l'auteur démontre sa virtuosité en opposant la présomption légale à la présomption de l'homme. Cela pourrait peut-être suggérer que la doctrine n'est pas le seul responsable de la complexité du droit de la responsabilité. Les constructions doctrinales atteignent plus certainement le juge lorsque des techniciens habiles s'en emparent pour défendre les intérêts de leurs clients.

128. Note sous Paris 27 juin 1967, *préc.*

129. Cf. par exemple les notes de Tunc (R.), *D.* 1965, 169 ; *D.* 1966, 645 ou de M. Dejean de la Batie, note sous civ. 2, 21, déc. 1965, *J.C.P.* 19666, II, 14736.

Au nom de la cohérence du système juridique et de l'équité, elle plaidait pour un revirement de jurisprudence.

Plaidoyer pour un revirement

“Même avant que la théorie de la faute virtuelle ait été retenue par certains arrêts de la Cour de cassation, il est évident que certaines cours d'appel, pour indemniser à tout prix une victime, trouvaient dans les faits de l'espèce des fautes, disons peu décelables pour le commun des mortels. La notion de faute était, une fois de plus, torturée, et l'on peut trouver peu élégant de dire que quelqu'un devra prouver une faute, s'il entend être indemnisé, pour ensuite, pratiquement le dispenser de tout preuve. Plutôt que de saper ainsi insidieusement le principe posé en 1928, ne vaut-il pas mieux l'abandonner franchement” ?

“Mais outre cette justification, il en est encore bien d'autres. D'abord, la notion même de transport bénévole a été restrictivement entendue, grâce à la notion de transport intéressé, et ce afin de ne pas trop remplir la catégorie des brimés. Il existe, en second lieu, une série de griefs envers la solution traditionnelle, d'ordre plus technique, que l'on peut résumer de la manière suivante : le corps étranger que constitue la situation du transporteur bénévole au milieu du statut général du gardien d'une chose ou d'un animal n'a jams pu être "digéré" réellement. D'où l'abandon, en cas de transport bénévole, de la distinction entre l'action héréditaire et l'action propre des ayants-cause ; d'où toute la jurisprudence, si violemment controversée, sur le recours seulement partiel du transporté à titre gratuit contre le tiers auteur de la collision dans laquelle il a été blessé. Ce sont chaque fois des heurts de notions qui ne se produiraient pas si était abandonné le statut de défaveur imposé au transporté bénévole”.

“Or -et c'est notre dernière raison- est-il encore opportun de faire du transporté à titre bénévole un paria ? Si, en 1928, on ne lui a pas permis d'invoquer l'article 1384 alinéa 1er, il faut peut-être se replacer dans le climat de l'époque. Le premier arrêt Jeand'heur était tout récent ; sans doute effrayée de son audace, la Cour de cassation qui s'était faite le défenseur des piétons n'a pas estimé utile d'assurer la même protection à ceux qui montaient dans ces véhicules dangereux. En 1968, ces distinctions n'ont plus cours et M. Tunc avait entièrement raison de ne plus faire, dans son projet, aucune différence entre transporté à titre bénévole et autres victimes d'accidents de la circulation”.

“Notre voeu serait donc que la Cour de cassation abandonnât, pour son quarantenaire, la jurisprudence inaugurée en 1928. Si cet événement se produisait, il ne devrait en résulter qu'une très légère augmentation des primes d'assurances, tant le système actuel est une lourde machine qui n'exonère finalement le transporteur bénévole que bien rarement. C'est au plus un nid à procès qu'il appartiendrait à la Cour de cassation de détruire aisément. La cohérence du droit de la responsabilité civile s'en trouverait

fort accrue. Avec quelques réformes de cet ordre, une réforme législative d'ensemble, que tant paraissent redouter, ne serait plus aussi indispensable qu'elle semble l'être actuellement. Le byzantinisme n'a jamais été une qualité juridique !", Durry (J.), Obs., *Rev.trim.dr.civ.*, 1968, n. 7, p. 152 et s.

Cette page condense les griefs articulés par la doctrine à l'encontre de la solution traditionnelle. Sur le terrain moral, les passagers bénévoles sont qualifiés de "brimés" ou de "parias" et la jurisprudence leur impose un "statut de défaveur". Mais c'est sur le plan technique que les effets de la solution traditionnelle sont les plus dévastateurs, appelant l'emploi de métaphores médicales et anthropomorphiques. Les catégories juridiques "souffrent", la notion de faute est "torturée". La cohérence du système juridique est atteinte, puisque cette jurisprudence constitue un "corps étranger" qui provoque des "heurts de notions".

La doctrine universitaire saura finalement se faire entendre des magistrats : le 20 décembre 1968, la Cour de cassation renversait la solution traditionnelle¹³⁰. L'avocat général citera la doctrine, largement et de façon exhaustive, et il reprendra ses arguments pour conclure au renversement de la solution ancienne.

L'adoption des griefs par le juge

"Bien qu'ils n'aient pas été exposés à la barre, les arguments qui militent en faveur d'un revirement de jurisprudence ont été exposés".

"Il y a d'abord la fragilité de la construction juridique échafaudée en 1928, fragilité qui n'a fait que s'accroître et devenir plus évidente au fur et à mesure que se développait et se consolidait l'édifice principal".

"Il y a également le fait que l'intervention du législateur en 1958 a fait basculer l'argument moral qui permettait d'exclure le transport bénévole du champ d'application de l'art. 1384".

"Il y a enfin ce fait que l'exception ainsi apportée à la règle n'est plus dans la grande majorité des cas -du fait de l'interprétation extensive de la notion de faute- qu'une simple fiction juridique", Schmelck, Concl. sous Cass. Ch. Mix. 20 décembre 1968, D. 1969, p. 42.

Il est sans doute symptomatique que la pratique défende ici, contre la

130. Trois arrêts rendus : Chambre mixte, D. 1969, concl. Schmelck, 37 ; Bore (J.), "Les arrêts de la chambre mixte du 20 décembre 1968 en matière de transport bénévole", *J.C.P.* 1969, 1, 2221 ; Seguela (G.), "L'assurance automobile et les revirements de jurisprudence après les arrêts de la chambre mixte du 20 décembre 1968", *J.C.P.*, 1969, 1, 2231 ; Lambert-Faivre (Y.), "Le transport bénévole", D. 1969, chron. 91 ; Durry (J.), Obs., *Rev.trim.dr.civ.*, 1969, 333.

doctrine universitaire, la solution de beaucoup la plus complexe : une exception au principe de l'article 1384 alinéa 1, tempérée par une série d'aménagements. Que les avocats s'emploient à préserver un "*nid à procès*"¹³¹ ne surprend guère. Mais au-delà de cette explication un peu courte, cet exemple tendrait à conforter l'analyse de M. Weber qui oppose l'enseignement empirique, confié à des avocats, et l'enseignement juridique rationnel, confié à l'université¹³². A propos du premier, il observait que "*la pratique et l'enseignement juridiques empiriques concluent du particulier au particulier et ne s'efforcent jamais de dégager des normes générales à partir du particulier pour ensuite en déduire des décisions particulières... Là où l'enseignement juridique est aux mains de praticiens, spécialement d'avocats faisant de l'admission à la pratique judiciaire un monopole corporatif, un facteur économique, leur rémunération, joue un très grand rôle en stabilisant le droit officiel et en développant son application empirique empêchant par là sa rationalisation scientifique et législative*"¹³³. Par opposition, "*les concepts que l'enseignement universitaire dégage, ont le caractère de normes abstraites qui, au moins en principe, sont formés et délimités entre eux de façon formaliste et rationnelle par des interprétations logiques signifiantes. Le caractère systématique et rationnel de ces normes tout comme leur contenu très peu concret, peut très largement émanciper la pensée juridique des besoins quotidiens des intéressés*"¹³⁴. Ainsi, il apparaît que si les solutions préconisées par la doctrine universitaire développeront des effets hors du champ juridique (les passagers bénévoles, victimes d'un accident au cours d'un transport, obtiendront plus facilement et plus largement réparation de leurs préjudices après les arrêts du 20 décembre 1968) le principe de son intervention est à rechercher ici dans des facteurs liés à sa position dans le champ juridique lui-même et aux dispositions et représentations qui s'y attachent. Lorsque le droit perd une cohérence minimale, la doctrine universitaire œuvre à rétablir la rationalité du système juridique.

Ainsi se vérifie l'hypothèse de l'autonomie relative du champ juridique et du groupe formé par la doctrine. Les facteurs déclenchant l'intervention doctrinale se situent à l'extérieur comme à l'intérieur de ce champ et l'appartenance au pôle pratique ou au pôle universitaire de la doctrine détermine, sans doute à la fois, une sensibilité différenciée à ces facteurs et l'utilisation d'arguments spécifiques, ajustés à leurs intérêts et à leurs positions.

c) La doctrine co-auteur de la jurisprudence

La promotion de la jurisprudence au rang de source de droit par la doctrine n'est pas désintéressée. En effet, comme l'observe M. Ph. Malaurie,

131. L'expression est de M. Durry, cité au texte.

132. Chap. IV, "Les types de pensée juridique et les notables de la robe", *Sociologie du Droit*, *op.cit.*, p. 142 et s.

133. p. 154.

134. pp. 146 et 147.

“dans un système de droit codifié, chaque fois que la jurisprudence est importante, le rôle de la doctrine s'accroît et l'interaction entre l'une et l'autre devient profonde”¹³⁵. La doctrine -qui fait de la jurisprudence une source du droit¹³⁶ et contribue à définir la mission de la Cour de cassation et les moyens de sa mise en oeuvre-¹³⁷ s'érige en lecteur autorisé des arrêts¹³⁸ et en censeur de la rationalité des décisions¹³⁹. Si les tribunaux supérieurs assument la tâche “d'édicter des normes, d'assurer la cohérence de l'ensemble du système, de montrer que le règlement des procès ne se fait pas d'une manière anarchique, mais au contraire, d'une manière ordonnée”¹⁴⁰, l'oeuvre s'accomplit en collaboration étroite avec la doctrine, entre gens “du même monde”¹⁴¹.

135. “Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges”, *Travaux Capitant, op.cit.*, p. 89.

136. Sur la jurisprudence, source du droit, v. Atias (C.), “L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé”, *J.C.P.*, 1984, I, 3145, bibliographie, note n. 1 et Jestaz (Ph.), “La jurisprudence : réflexions sur un malentendu”, *D.* 1987, 11, bibliographie, note n. 1. Cf. également Larher-Loyer (C.), “La jurisprudence d'appel”, *J.C.P.*, 1989, I, 3407 ; “La fonction de juger”, *Droits*, P.U.F., 1989 et surtout Serverin (E.), *De la jurisprudence en droit privé, théorie d'une pratique*, Presses Universitaires de Lyon, 1985.

137. Touffait et Tunc, “Pour une motivation plus explicite des décisions de justice et notamment celles de la Cour de cassation”, *Rev.trim.dr.civ.*, 1974, 487 ; Lindon (R.) “La motivation des arrêts de la Cour de cassation”, *J.C.P.*, 1975, I, 2681 ; Bore (J.), “Réflexions sur la sélection des affaires devant la Cour de cassation”, *D.* 1979, 247 ; “La Cour judiciaire suprême, une enquête comparative”, *Rev.int.dr.comp.* 1978, 1 ; Hebraud (P.), “Aggiornamento” de la cour de cassation”, *D.* 1979, 205 ; Draï, “Pour la Cour de cassation”, *J.C.P.*, 1989, I, 3374 et Benabent (A.), “Pour la Cour de cassation aussi, mais autrement...”, *D.* 1989, 222. Les juridictions de fond ne réveillent pas le même intérêt de la part de la doctrine. Cf. toutefois, Larher-Loyer, *préc.*

138. La brièveté des arrêts rendus par la Cour de cassation supposent l'acquisition et la maîtrise d'une technique de lecture. Cf. Jobard-Bachelier (N.) et Bachelier (X.), “La technique de cassation, pourvois et arrêts en matière civile”, *Dalloz* 1989, p. 2, note n. 5, qui fournissent une bibliographie.

139. Cf. Serverin (E.), *op.cit.*, p. 47 qui observe que sous l'Ancien Régime : “les juges, propriétaires de leurs charges, s'opposaient en effet à ce que leur propres décisions puissent les lier pour l'avenir, autrement dit, ils se refusaient à admettre que leur pratique puisse devenir une “source d'autorité” dans la vie judiciaire, et par là s'imposer comme limitation de leurs pouvoirs propres. L'exercice de la justice devait demeurer l'expression de ce pouvoir du juge, et non d'une création théorique qui dépasserait le cadre des tribunaux. Toute argumentation, qui relierait les causes les unes aux autres pour former un système cohérent, reviendrait à dépasser l'autorité individuelle des juges, pour faire prévaloir une autorité théorique, intellectuelle supérieure à la leur”. Le laconisme des décisions de la Cour de cassation, s'il n'est pas une forme atténuée de ce phénomène, présente au moins pour la Cour, les avantages de “préserver l'avenir”, de lui permettre de faire évoluer sa jurisprudence sans donner le sentiment qu'elle se déjuge.

140. Saluden (M.), “La jurisprudence phénomène sociologique”, *A.P.D.*, t. 30, *La jurisprudence*, Sirey, 1985, 191, spéc. p. 204.

141. L'expression est celle d'un haut magistrat, P. Bellet, “Les réactions de la doctrine à la création du droit par les juges”, *op.cit.*, p. 8. Cf. également Bourdieu (P.), “La force du droit”, *op.cit.*, p. 14, qui écrit : “La proximité des intérêts, et surtout l'affinité des habitus, liée à des formations familiales et scolaires semblables, favorisent la parenté des visions du monde”.

L'élégante influence de la doctrine :anticiper pour faire advenir

“L’art de l’arrêtiste est de suggérer tous ces possibles ou d’en mettre un en relief comme le plus probable, la probabilité s’introduisant parfois d’une nuance très légère : l’arrestographie (comme on disait audacieusement au siècle dernier) ne se conçoit plus sans de supplément de pronostics”.

“Mais l’art suprême n’est-il pas de faire que ce probable rejoigne le souhaitable ? L’arrêtiste est juriste, et comme tel, participant au combat pour le droit, ou même pour le juste, a vocation à orienter la jurisprudence. L’annotation implique ainsi, un devoir de conseil, partant en pouvoir de remontrance. De ce pouvoir, toutefois, l’usage est discret, et la critique judiciaire demeure, pour le mordant, très en-deçà de la critique littéraire. C’est un peu autosuggestion : la doctrine ayant poussé les arrêts à un rang quasi-législatif parmi les sources du droit, les a mis elle-même hors de la portée de ses flèches. Mais c’est beaucoup plus le désir d’être efficace : un censeur trop radical ne serait pas écouté. L’annotation utilement progresse, qui fait jurisprudence, est celle qui réussit à convaincre les juges que la suite est déjà dans le précédent”, Carbonnier (J.), “Notes sur les notes d’arrêts”, *D.* 1970, 137, spéc. p. 138.

La notion de groupes de contrats fournit un exemple récent de doctrine “qui fait jurisprudence”. La question juridique se pose dans les termes suivants. Le droit civil distingue deux ordres indépendants de responsabilité : la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle. En principe, la responsabilité encourue entre personnes non contractantes est de nature délictuelle, la responsabilité contractuelle ne se conçoit qu’entre personnes parties à un même contrat. Le fondement de cette règle est à rechercher dans le principe de l’effet relatif des contrats (article 1165 du Code civil : “*les conventions n’ont d’effet qu’entre les parties contractantes...*”). Cette règle développe des conséquences en ce qui concerne les “chaînes de contrats”. Par exemple, si un bien est acheté à son fabricant puis revendu à un tiers, le tiers ne pourrait agir en garantie contre le fabricant que sur le fondement de la responsabilité délictuelle car tiers et fabricant ne sont pas liés par un contrat. De même, dans l’hypothèse du “sous contrat”, si un entrepreneur recourt à un sous-traitant pour réaliser l’ouvrage, le maître de l’ouvrage ne pourrait agir contractuellement contre le sous-traitant. Cette solution est source de complexité : selon la personne qui agit, l’action est contractuelle ou délictuelle. Or des conséquences pratiques importantes découlent de la nature de l’action intentée. Pour l’essentiel, il est fréquent que le contrat aménage les termes de la responsabilité ; ces prévisions seraient déjouées, si une personne, en se prétendant

142. Cf. Mestre (J.), *Obs.*, *Rev. trim. dr. civ.* 1989, n. 6, p. 75.

143. *Les groupes de contrats*, L.G.D.J., 1975, , préf. J.M. Mousseron.

144. *Le sous-contrat*, L.G.D.J., 1979, préf. P. Calala.

tiers au contrat, pouvait agir dans les termes de la responsabilité délictuelle.

Au nom de l'adaptation du droit aux réalités économiques¹⁴², la doctrine construit les catégories nécessaires à l'évolution jurisprudentielle. Ainsi M. B. Teyssie consacre sa thèse aux groupes de contrats¹⁴³, M. J. Neret au sous-contrat¹⁴⁴. Par une évolution progressive, la jurisprudence généralise les actions contractuelles directes, d'abord dans les chaînes de contrats ayant pour objet un même bien, puis dans les sous-contrats¹⁴⁵. Après un arrêt de la 1ère chambre civile de la Cour de cassation, un commentateur écrit : "Ainsi, les travaux de la doctrine n'auront pas été vains puisque, si l'on nous permet cet inhabituel baptême, après l'arrêt Néret du mois de mars, voici en quelques sorte l'arrêt Teyssié..."¹⁴⁶. En effet, l'attendu de principe de l'arrêt commence par la formule suivante : "attendu que, dans un groupe de contrats, la responsabilité contractuelle régit nécessairement la demande en réparation de tous ceux qui n'ont souffert du dommage que parce qu'ils avaient un lien avec le contrat initial...", la doctrine ne manquera pas de noter "dans la lettre même de l'attendu cité, deux sources doctrinales directes"¹⁴⁷. L'expression même de groupe de contrats est empruntée à M. B. Teyssié. Par ailleurs, M. G. Durry¹⁴⁸ écrivait en 1980 : "Ainsi se trouve consacré un puissant courant doctrinal qui a mis l'accent sur la nécessité de soumettre, à un même régime, celui de la responsabilité contractuelle, tous ceux qui n'ont souffert d'un dommage que parce qu'ils avaient un lien avec le contrat initial", la formule se retrouve, mot pour mot, dans l'attendu de la cour de cassation qui énonce la règle de droit appliquée à l'espèce.

Ainsi est-ce avec ravissement que la doctrine se découvre rédacteur de la norme jurisprudentielle. Justifiée à parler du droit par un système symbolique qu'elle a largement contribué à construire, et dont elle assure - à travers sa fonction d'enseignement et la publication de ses productions - l'inculcation à l'ensemble des juristes et, au-delà, aux hommes politiques et à d'autres catégories d'agents sociaux, la doctrine prend une part importante à la production normative. Discutant les solutions proposées par le juge et le législateur au nom d'un idéal du droit, dont chaque auteur cherche à se présenter comme le dépositaire, elle peut disqualifier le droit positif et contribuer à faire advenir de nouvelles règles.

145. Sur l'évolution de la jurisprudence, Larroumet (Ch.), "L'action de nature nécessairement contractuelle et la responsabilité civile dans les ensembles contractuels", *J.C.P.*, 1988, I, 3357 et note sous Cass.civ. 1, 21 juin 1988, *D* 1989, 5 ; Jourdain (P.), Obs., *Rev.trim.dr.civ.*, 1988, 760 et s. et, en dernier lieu, la question est décidément fertile en rebondissements, A.P. 12 juillet 1991, *D*. 1991, 549, note J. Ghestin.

146. Mestre (J.), Obs., *Rev.trim.dr.civ.* 1989, n. 6, p. 75. Les commentateurs relèvent en général l'origine doctrinale du droit nouveau. M. P. Jourdain, *op.cit.*, p. 761 écrit : "Le sous-contrat, qui n'était jusqu'à ce jour qu'un concept doctrinal, reçoit une consécration jurisprudentielle". M. Ph. Delebeque, *J.C.P.*, 1998, éd. E., II, 15294, note N. 5) : "Saluons une nouvelle fois, l'hommage rendu par la Cour de cassation à la doctrine".

147. Obs. Remy (Ph.), *Rev.trim.dr.civ.*, 1989, 107, n. 3.

148. *Rev.trim.dr.civ.*, 1980, n. 1, 355.

Juge autorisé de la valeur des productions normatives, la doctrine contribue ainsi à légitimer les normes produites en mettant en scène leur conformité à l'idéal du droit et en attestant leur bien fondé. Censeur, mais également oracle -la doctrine, productrice principale du discours à travers lequel le droit trouve sa cohérence, est un agent essentiel de l'objectivation et de la légitimation des règles de droit.