

# **LA DOCTRINE**

## **ET L'HYPOTHÈSE DU DÉCLIN DU DROIT**

PAR

**Annick PERROT**

*Maître de Conférences à l'Université de Picardie Jules Verne*

Que subsiste-t-il de la position médiane de la doctrine, œuvre de théorie juridique distincte de la spéculation philosophique<sup>1</sup> et de la pratique du droit ? De cette position, la doctrine pourrait tirer son pouvoir : elle n'est pas une source du droit directement applicable à l'instar de la loi, elle n'a pas le pouvoir de sanction dévolu à la jurisprudence ; son absence d'intervention directe dans la vie juridique lui conférerait une fonction de réflexion, travail de référence qui relèverait de l'impartialité. Cette particularité lui donne un avis autorisé - à la fois précurseur et susceptible d'orienter les choix du législateur<sup>2</sup> et de la pratique -, mais également un avis de censeur à l'égard de lois ou de décisions jurisprudentielles considérées inopportunes.

Cette présentation unitaire et dogmatique de la doctrine relève, en fait, du mythe. Le domaine doctrinal ne se laisse pas enfermer dans une définition figée. *“En elle-même, la doctrine évoque la vie d'étude, la théorie, ce qui l'opposerait à la pratique et au militantisme. Mais l'opposition est excessive, la science des juristes est tournée vers l'action. Il y a des praticiens qui font partie de la doctrine, lorsqu'ils publient leur opinion et que leur opinion fait*

---

1. Arnaud (A.-J.), *Les juristes face à la société du XIXème siècle à nos jours*, Paris, PUF, coll. SUP, 1975, p. 9.

2. Sur ce thème, voir notamment, Champaud (C.), “Le contrat de société existe-t-il encore ?” in *Le droit contemporain des contrats*, Paris, Ed. Economica, 1987, p. 125. Dans cet article, M. Champaud explique l'influence de la Faculté de droit de Rennes sur l'évolution du droit des affaires.

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. Ce qui constitue la doctrine, c'est donc d'être une opinion qui fait autorité : une doctrine sans autorité est morte<sup>3</sup>. Par conséquent, "la doctrine 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... participation qui suppose la reconnaissance d'un droit à parler du droit"<sup>4</sup>.

Mais la doctrine n'a pas de statut juridique où puiser sa légitimité à "faire la loi" du droit à la différence d'un député ou d'un magistrat dont le rôle, dans la sphère juridique, s'appuie sur des textes. A l'inverse, la doctrine doit construire sa légitimité et l'entretenir. Or, la doctrine contemporaine déplore souvent la crise actuelle qui toucherait le droit. Ce faisant n'évoque-t-elle pas une crise de légitimité qui la frapperait elle-même ?<sup>5</sup>

Crise globale, la remise en cause de la place sociale de cette discipline est un facteur majeur de désarroi, souligné dès le début du siècle par Gény à propos de l'état de défaveur des études de droit<sup>6</sup>. Depuis, le phénomène s'est

3. Malaurie (Ph.), "Rapport français sur la doctrine", in *Travaux de l'Association H. Capitant, Les réactions de la doctrine à la création de droit par les juges* (journées italiennes), t. XXXI, 1980, p. 89.

4. Bernard (A.), Poirmeur (Y.), "Doctrines civilistes et production normative", in *La doctrine en droit privé*, PUF, 1993.

5. Pour une bibliographie sommaire sur ce thème, voir notamment :

- Atias (C.), "La mission de la doctrine universitaire en droit privé", *JCP* 1980, I, 2999 ; "Normatif et non normatif dans la législation récente du droit privé", *Rev. Rech. Jur.*, 1982, p. 219 ; "Une crise de légitimité seconde", *Droits*, n° 4, p. 21.

- Battifol (H.), "Le déclin du droit, examen critique", *Arch. Philo. du droit*, t. VIII, 1963, p. 43, éd. Sirey

- Burdeau (G.), "Le déclin de la loi", *Arch. Philo. du droit*, t. VIII, 1963, p. 35.

- Carbonnier (J.), "La part du droit dans l'angoisse contemporaine", in *Flexible droit*, éd. LGDJ, 1988, p. 167 ; "L'inflation des lois", in *Essais sur les lois*, éd. Defrénois, 1979, p. 271 ; "Tendances actuelles de l'art législatif en France", in *Essais sur les lois, op.cit.*, p. 241

- Cuhe (P.), *Le déclin du droit. Etude sur la législation contemporaine*, Ed. Sirey, 1949.

- Charlier (R.-E.), "Vicissitudes de la loi", *Mélanges Maury*, t. II, éd. Sirey, 1960, p. 303.

- David (R.), "Le dépassement du droit et les systèmes de droits contemporains", *Arch. Philo du droit*, t. VIII, 1963, p. 3.

- Ehrhard (.), *La crise actuelle de la philosophie du droit. Essai d'une nouvelle classification des théories sur la nature du droit*, Paris, Fischbacher, 1908.

- Escarra (J.), "A propos de la révision du code de commerce", *RTD Com.*, 1948, p. 3.

- Goyard-Fabre (S.), "La conscience de crise juridique", in *Le droit et la loi dans la philosophie de Thomas Hobbes*, Paris, Klincksieck, 1975, p. 32.

- Holleaux (A.), "La fin des règles générales", *Bull. de l'Inst. Internat. d'Adm. Pub.*, n° 39, 1976, p. 7.

- Julliot de la Morandière (L.), "La réforme du code civil", *D.* 1948, chr. p. 120.

- Oppetit (B.), "L'hypothèse du déclin du droit", in *Droits* n° 4, 1986, p. 9 ; "Les tendances régressives du droit", *Mélanges Holleaux*, 1991.

- Parain-Vial (J.), "La crise de la notion de loi en biologie et en droit", *Arch. Philo du droit*, t. XXV, 1980, p. 249.

confirmé<sup>7</sup> : les réformes mènent à une spécialisation croissante des juristes, devenus des techniciens, présentés comme souvent incapables de réfléchir sur le système juridique<sup>8</sup> dont la complexité s'accroît. Leur hégémonie est contestée, et de ce fait, la concurrence des autres disciplines devient vive : des équivalences aux diplômes juridiques permettent d'accéder à des métiers traditionnels du droit, comme, par exemple, la profession d'avocat.

Crise technique également, le droit est en mutation permanente. Le révélateur en est la multiplication des lois : "*Cette abondance législative est assurément un caractère essentiel du demi siècle écoulé*" affirmait Ripert, en 1950<sup>9</sup>. Depuis le phénomène s'est amplifié et l'adage "nul n'est censé ignorer la loi", dans son acception profane, est un vestige de l'ancien temps. La loi n'a plus la signification qu'elle avait au siècle dernier, elle est devenue une technique de "pilotage à vue"<sup>10</sup> devant servir des intérêts immédiats<sup>11</sup>.

La permanence de la loi conforme à des principes généraux du droit signifie qu'un système de références existe, auquel la doctrine peut se reporter, afin d'exercer son pouvoir d'orientation et de censeur des acteurs juridiques. Elle lui permet également d'exécuter son travail de mise en système du droit. A l'inverse, si le système disparaît, toute opinion doctrinale risque d'apparaître sans fondement véritable<sup>12</sup>. De plus, les modifications législatives engendrent une précarité de la production doctrinale dont l'actualité ne sub-

---

(suite note 5)

- Ripert (G.), *Le déclin du droit. Etudes sur la législation contemporaine*, éd. LGDJ, 1949.

- Roubier (P.), "La crise du droit et l'évolution régressive", in *Théorie générale du droit*, éd. Sirey, 1951, p. 330.

- Terre (F.), "La crise de la loi", *Arch. Philo du droit*, t. XXV, 1980, p. 17.

- Tunc (A.), "Sortir du néolithique", *D.* 1957, chr. p. 12.

- Villey (M.), "La science du XIXème siècle et la crise du droit", in *Leçons d'histoire et de philosophie du droit*, éd. Dalloz, 1962, p. 69.

- Viandier (A.), "La crise de la technique législative", in *Droits*, n° 4, 1986, p. 75.

6. Gény (F.), *Méthodes d'interprétation en droit privé positif*, Paris, 1899, p. 1 : "*C'était il n'y a pas longtemps encore, une idée fort répandue, dans ce qu'il 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 stérile, 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*".

7. Tunc (A.), "Sortir du néolithique", *D.* 1957, chr. p. 71.

8. Bredin (J.-D.), "Remarques sur la doctrine", *Mélanges Hebraud*, 1981, p. 115.

9. Ripert (G.), "Le bilan d'un demi siècle de vie juridique", *D.* 1950, chr. p. 1.

10. Oppetit (B.), Conclusion du colloque du CREDA sur le thème *Quel droit des affaires demain ?*, *J.C.P.* (E), 1986, II, 14637.

11. Carbonnier (J.), "La part du droit dans l'angoisse contemporaine", *précit.*

12. L'absence de lois stables permettant de formuler un jugement assuré a été formulée dans d'autres domaines que le droit et, notamment, dans le domaine artistique par Paul Valéry, *Variétés, 1ère leçon du cours de poésie*, éd. La Pléiade, T. I, pp. 1341-1342 : "*Tous les arts admettaient, naguère, d'être soumis chacun selon sa nature, à certaines formes ou modes obligatoires qui s'imposaient à toutes les oeuvres du même genre, et qui pouvaient et*

siste souvent qu'un court laps de temps : "c'est une des mélancolies des écrivains juridiques d'aujourd'hui que de sentir à quel point ils tracent leurs lignes sur le sable d'institutions mouvantes"<sup>13</sup>. L'observation de l'environnement juridique montre un système aux repères incertains, qui induit un sentiment de malaise et d'insécurité où "les instants se suivent les uns les autres : rien ne leur prête l'illusion d'un contenu ou l'apparence d'une signification"<sup>14</sup>. Or, l'œuvre de la doctrine tend, à l'opposé, à présenter le droit selon un ordonnancement logique.

Pourtant le droit n'est-il pas un secteur en expansion lié au développement de l'internationalisation de la vie économique, qui stimule la demande de services juridiques? Le langage de la doctrine, évoquant la crise du droit, serait paradoxal face à l'essor que cette matière connaît actuellement. En fait, deux modèles de droit, expliqués par Weber<sup>15</sup>, s'affronteraient : "Les besoins pratiques, notamment les intérêts de la bourgeoisie à un droit prévisible - pourtant décisifs dans la tendance vers un droit formel en tant que tel - ne jouent pas un très grand rôle dans la mise en forme logique du droit. Comme le montre l'expérience, ces besoins de la bourgeoisie sont tout aussi bien satisfaits sinon mieux par un droit formel, empirique et lié à des antécédents. Les conséquences des constructions purement logiques sont souvent irrationnelles et hétéroclites par rapport aux intérêts purement commerciaux. Là est l'origine du reproche fait au droit purement logique de ne pas correspondre aux besoins de la vie courante. Cette systématisation logique résulte de besoins intellectualistes des théoriciens du droit et des docteurs formés par eux, donc d'une aristocratie typique fondée sur une formation universitaire. Sur le continent, les avis donnés par la Faculté dans les cas problématiques sont déterminants en dernière analyse ; les juges formés à l'Université, les notaires ainsi que les avocats sont des notables typiques du droit".

Les droits des pays occidentaux se sont donc développés selon deux modèles. -le modèle, selon une définition courante, est "une représentation d'un phénomène humain réalisée afin de pouvoir mieux l'étudier"<sup>16</sup> peut être précisé en droit. Il s'agit d'une interaction d'éléments intrinsèques (formation des juristes, modes d'exercice de la profession, modalités d'élaboration des règles de droit) et extrinsèques (l'accueil réservé aux juristes par la société à un moment donné, qui les valorise ou les déconsidère) -<sup>17</sup>. Les deux modèles

(suite note 12)

devaient s'apprendre, comme l'on fait la syntaxe d'une langue. On ne consentait pas que les effets qu'une oeuvre peut produire, si puissants ou si heureux fussent-ils, fussent des gages suffisants pour justifier cet ouvrage et lui assurer une valeur universelle. Le fait n'emportait pas le droit... Mais, qu'on le déplore ou qu'on s'en réjouisse, l'ère d'autorité dans les arts est depuis assez longtemps révolue, et le mot "poétique" n'éveille guère plus que l'idée de prescriptions gênantes et surannées".

13. Savatier (R.), *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, 1ère série, *Panorama des mutations*, 3è éd. Dalloz, 1964, p. 5.

14. Cioran (E.-M.), *Précis de décomposition*, coll. Tel, 1992, p. 24.

15. Weber (M.), *Sociologie du droit*, PUF, 1986, p. 202.

16. Définition du Petit Larousse.

évoqués par Weber s'appliquent d'une part, "à un droit formel, empirique et lié à des antécédents" - qui correspondrait aux pays anglo-américains - et, d'autre part, à celui du "droit des professeurs" - modèle continental -.

La crise du droit, thème si présent dans les publications contemporaines, ne serait-elle pas seulement la crise du modèle de droit qui s'est constitué à partir de la codification napoléonienne et qui a permis à la doctrine, devenue l'interprète autorisé du code civil, d'avoir une place centrale, et, par conséquent de dominer le champ juridique<sup>17</sup> ? Si ce modèle est remis en cause, la prépondérance traditionnelle de la doctrine risque de vaciller et ses interprètes évoquent la crise du droit. Il convient donc de rechercher si la crise contemporaine n'est pas simplement la crise d'un modèle de droit.

La démonstration, construite à partir de la citation de Weber aura pour but, en posant des hypothèses prudentes, de montrer comment la doctrine a assuré la systématisation logique du droit et, en conséquence, sa domination du champ juridique (I). Les atteintes apportées à la cohérence du droit sont alors ressenties comme un phénomène de "crise" sinon de "déclin" du droit (II).

## I. - LA SYSTEMATISATION LOGIQUE DU DROIT

La doctrine était, sous l'Ancien Régime<sup>18</sup>, une source importante de droit. Ses auteurs avaient une fonction de réflexion, de critique et d'invention dans un pays où le droit n'était pas encore unifié. Son travail a permis la codification. Au XIX<sup>ème</sup> siècle, la doctrine triomphante établit son autorité. La référence au code civil lui permet d'élaborer la systématisation logique du droit - A - et d'en maintenir la cohérence - B -.

### A) L'élaboration de la systématisation logique du droit

La doctrine, dès la promulgation du code civil, élabore un système d'interprétation logique qui lui assure une domination du champ juridique, renforcée par la philosophie du XVIII<sup>ème</sup> siècle, qui assure au juriste le rôle d'interprète autorisé et exclusif de la loi.

17. Jeammaud (A.), "La règle de droit comme modèle", *D.* 1990, chr. p. 199 ; Assant (G.), "Les avocats aux Etats-Unis", *J.C.P.* (éd. G.), 1990, I, 3434.

18. Sur la notion de champ juridique, voir *article précit.* note 4.

19. Thireau (J.-L.), "La doctrine civiliste avant le code civil", cf. *infra*.

*Hypothèse 1 : la tradition créatrice de la doctrine.*

Quelle place la doctrine pouvait-elle occuper après la codification du droit ? Deux facteurs permettent d'affirmer que son importance pouvait rester identique même si la nature de son travail changeait.

Le premier facteur tient à la tradition doctrinale qui existait en France. La doctrine sous l'Ancien Régime eut un rôle déterminant puisque, par un travail à la fois documentaire et créateur, elle a permis l'unification du droit français qui, à la veille de la Révolution, ne comptait pas moins de soixante coutumes de provinces et trois cents coutumes locales<sup>20</sup>.

La mission de la doctrine documentaire a consisté soit à rédiger des coutumes (par exemple, Pothier rédige la coutume d'Orléans - <sup>21</sup> -, soit à procéder à une comparaison systématique des institutions juridiques dans les différentes coutumes<sup>22</sup>. Ce travail important de compilation, mené à partir du XVI<sup>e</sup> siècle, a facilité la connaissance du droit positif puis a concouru à l'unification du droit.

La fonction de la doctrine créative est différente. Les auteurs, loin de décrire le droit positif, empruntent différents éléments au droit romain, aux coutumes, au droit naturel, à la morale afin de construire un ensemble cohérent<sup>23</sup>. Le titre même de l'ouvrage de Pothier, *Traité des obligations selon les*

20. Sur ce thème, voir notamment : Meynial (E.), "Remarques sur le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'oeuvre d'unification du droit en France depuis la rédaction des coutumes jusqu'à la Révolution, en particulier dans la succession aux propres", in *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900*, T. I, p. 269, Paris, 1907 ; Arnaud (A.J.), *Les origines doctrinales du code civil français*, Paris, 1969 ; Vankan (A.), *Les efforts de la codification en France*, Paris, 1929.

21. Pothier, *Coutume du Duché, baillage et prévôté d'Orléans et ressort d'iceux*, Nouvelle éd., Paris, 1780.

22. Voir par exemple, Pothier, *Traité de la garde-noble et bourgeoise*, éd. Paris, 1777 ; le droit de garde-noble est "le droit que la loi municipale accorde au survivant de deux conjoints nobles de percevoir à son profit le revenu des biens que ses enfants mineurs ont eu de la succession du prédécédé jusqu'à ce qu'ils aient atteint un certain âge, sous certaines charges qu'elle lui impose en récompense de l'éducation desdits enfants qu'elle lui confie" (p. 2). Dans cet ouvrage, Pothier indique que le droit de garde noble existe dans presque toutes les coutumes mais selon des modalités différentes dont l'analyse est l'objet du traité. Il s'agit d'une description du droit positif de l'époque.

23. Exemple de doctrine créative : l'extinction des hypothèques en ancien droit : selon les coutumes de Touraine, d'Anjou et du Maine quiconque a possédé paisiblement pendant cinq ans peut se défendre de toutes les rentes, charges et hypothèques (Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, v. "contrat pignoratif", T. XXIII, p. 303, 5<sup>e</sup> éd., 1827). Si l'on examine les traités de l'hypothèque écrits par Pothier et Domat, ces dispositions n'apparaissent pas. Domat et Pothier ne raisonnent pas de lege lata mais de lege ferenda.

1. Pothier, *Traité de l'hypothèque*, éd. Paris, 1777, ch. VII : "Des manières dont s'éteignent l'hypothèque" : "Le débiteur qui a constitué l'hypothèque possède lui-même la chose hypothéquée. Or, cette possession résiste à la prescription. Il ne peut donc pas prescrire par quelques temps qu'il possède et ses héritiers ne le peuvent pas non plus" (p. 250). Puis Pothier indique que "L'Empereur Justin avait ordonné que le débiteur, possesseur de la chose hypothéquée pourrait opposer contre l'action hypothécaire, la prescription de quarante ans,

*règles tant du for de la conscience que du for intérieur*, renseigne sur la démarche de l'auteur<sup>24</sup>. Ce traité, si important, n'était pas le droit qui était alors appliqué en France. De même, Domat, dans le chapitre premier du *Traité des Lois*, expose sa méthode : le but de l'auteur n'est pas seulement de faire surgir l'ordre de la complexité juridique de son époque, mais, au-delà des coutumes et même du droit romain, de rechercher "*les premiers principes des lois*"<sup>25</sup>, permettant une construction législative logique. D'Aguesseau, commentant cet ouvrage, estime que "*personne n'a mieux approfondi que cet auteur, le véritable principe des lois, et ne l'a expliqué d'une manière plus digne d'un philosophe, d'un jurisconsulte et d'un chrétien. Après avoir remonté jusqu'au premier principe, il descend jusqu'aux dernières conséquences*"<sup>26</sup>. D'Aguesseau, lui-même, dans une Instruction destinée à son fils qui commençait ses études de droit, lui recommande la lecture de quelques livres qui "*apprennent à remonter aux premiers principes des lois*"<sup>27</sup>.

La multiplicité des sources du droit laissait à l'interprète un large pouvoir. La méthode suivie par D'Aguesseau, dans ses *Plaidoyers*, en livre un exemple. Dans chaque affaire, après avoir relaté les faits et la procédure, l'auteur formule la question de droit à résoudre et l'examine suivant le droit romain, la coutume, les interprétations qui en sont faites, puis dégage, de cet ensemble, la

---

(suite note 23)

contre le créancier qui n'aurait pas usé de son droit pendant ce temps. Plusieurs coutumes, du nombre desquelles est la nôtre, ont adopté la constitution de l'Empereur Justin, à l'égard des hypothèques contractuelles. Dans les coutumes qui ne se sont pas expliquées, telles que celle de Paris, on a jugé que la prescription contre l'action personnelle hypothécaire, devait aussi se proroger jusqu'à quarante ans et que la loi de Justin devait y être adoptée".

2. Domat, "Les lois civiles", in *Oeuvres complètes de J. Domat*, nouvelle éd., par J. Rémy, t. II, éd. Paris, 1829 ; Livre troisième, titre premier : "Des gages et hypothèques", section VI : "Comment l'hypothèque finit ou s'éteint", p. 58, etc. Aucune disposition comparable à celles des coutumes du Maine, de l'Anjou ou de Touraine n'est indiquée ; l'auteur précise seulement que : "Par le droit romain, l'action hypothécaire ne se prescrivait que par quarante ans contre le débiteur et ses héritiers, et même contre le tiers détenteur, si le débiteur était encore vivant. Ainsi, l'action hypothécaire durait plus que la simple action personnelle. Cette prescription de quarante ans s'observe en quelques provinces. Mais, on a conçu la règle suivant l'usage commun et naturel, qui ne donne pas plus de durée à l'action hypothécaire qu'à la simple action personnelle..."

24. Pothier, *Traité des obligations selon les règles tant du for de la conscience que du for intérieur*, éd. Paris, 1774.

25. Domat, *Traité des lois*, in *Oeuvres complètes de J. Domat*, T. I, nouvelle éd. par J. Rémy, éd. Paris, 1835 ; la première phrase du traité des lois est la suivante : "*Il semble que rien ne devrait être plus connu des hommes que les premiers principes des lois qui règlent, et la conduite de chacun en particulier, et l'ordre de la société qu'ils forment ensemble ; et que ceux mêmes qui n'ont pas les lumières de la religion où nous apprenons quels sont ces principes, devraient au moins reconnaître en eux-mêmes, puisqu'ils sont gravés dans le fond de notre nature*".

26. D'Aguesseau, *Instruction sur les études propres à former un magistrat*, in *Oeuvres de M. le Chancelier d'Aguesseau*, T. I, éd. Paris, 1759, p. 273.

27. Il s'agit principalement : le premier livre du *Traité des lois* de Cicéron, *La République* de Platon, *Jus belli et pacis* de Grotius .

solution qu'il estime souhaitable<sup>28</sup>. D'Aguesseau donne l'explication de sa méthode dans l'Instruction destinée à son fils : "... Vous devez vous appliquer à deux choses qu'il ne faut jamais perdre de vue dans toute l'étude de la jurisprudence ; la première est de faire toujours dans chaque matière un discernement exact de ce qui appartient au droit naturel, et qui étant fondé sur cette justice originaires et primitive qui est comme le modèle et l'archétype de toutes les Lois, doit être également observé dans toutes les Nations ; et de ce qui au contraire n'appartient qu'au droit positif, parce qu'il n'est appuyé que sur l'autorité du Législateur, et qu'on peut le regarder plutôt comme l'ouvrage de l'homme que comme l'ouvrage de la Loi. La seconde chose est de distinguer même dans les matières arbitraires, ce qui peut dériver du droit naturel par des conséquences plus ou moins éloignées, afin de bien pénétrer l'esprit du législateur et d'être en état de juger entre deux Lois arbitraires qui se contredisent, quelle est celle qui mérite la préférence, comme ayant un rapport plus naturel et plus direct avec les Lois immuables"<sup>29</sup>. Cette méthode, expliquée par d'Aguesseau, permet de comprendre que la loi désigne les règles de droit naturel (les lois immuables) mais, aussi, les règles de droit romain ou coutumier (les lois arbitraires ou positives), et de percevoir le rôle créateur de l'interprète dans les solutions qu'il propose.

Sous l'Ancien Régime, la doctrine a profité de la multiplicité des sources du droit et de la faiblesse de chacune d'elles pour occuper une place centrale<sup>30</sup>. C'est ainsi que le code civil consacre un travail doctrinal de plusieurs siècles : le plan même du code reprend celui des traités de droit. Par conséquent, au lendemain de la parution du code civil, la place centrale que la doctrine s'était forgée aurait pu être sauvegardée. La doctrine devenait l'interprète autorisé de son œuvre.

Le second facteur, permettant à la doctrine de conserver son rôle, résulte du phénomène décrit par Portalis dans le "Discours préliminaire sur le projet de code civil", où il est très clairement affirmé : "Quoique l'on fasse, les lois positives ne sauraient jamais entièrement remplacer l'usage de la raison naturelle dans les affaires de la vie... Un code, quelque complet qu'il puisse paraître, n'est pas plutôt achevé que mille questions inattendues viennent s'offrir au magistrat... Une foule de choses sont donc nécessairement abandonnées à l'empire de l'usage, à la discussion des hommes instruits, à l'arbitrage des juges... De là, chez toutes les sociétés policées, on voit toujours se former, et sous la surveillance du législateur, un dépôt de maximes, de décisions et de doctrines qui s'épure journellement par la pratique et par le choc des débats judiciaires, qui s'accroît sans cesse de toutes les connaissances acquises, et qui a constamment été regardé comme le vrai supplément de la législation. A défaut de texte précis sur chaque matière, un usage ancien constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables,

28. D'Aguesseau, *Plaidoyers*, in *Oeuvres de M. Le Chancelier d'Aguesseau*, t. II, éd. Paris, 1759.

29. D'Aguesseau, *Instruction précit.*, p. 269-270 (souligné par nous).

30. Cf. Meynial (E.), *précit.*, note n° 2.

*une opinion ou une maxime reçue tiennent lieu de la loi. Tout cela suppose des compilations, des recueils, des traités, de nombreux volumes de recherches et de dissertations... L'interprétation par voie de doctrine consiste à saisir le vrai sens des lois, à les appliquer avec discernement, et à les suppléer dans les cas qu'elles n'ont pas réglés. Sans cette espèce d'interprétation pourrait-on concevoir la possibilité de remplir l'office du juge ?*<sup>31</sup>.

Les auteurs du XIX<sup>ème</sup> siècle, qui ont tant recherché l'intention du législateur, auraient dû voir, dans ce fragment du discours de Portalis, un encouragement à conserver un rôle créateur de droit. Gény rapporte, d'ailleurs, que les jurisconsultes étrangers ont considéré la législation française comme l'une de celles qui laisse "la plus grande latitude à l'appréciation juridique de l'interprète"<sup>32</sup>.

Le droit est une notion plus large que la loi : il faut en assurer la cohérence. Une nouvelle tâche apparaît donc pour la doctrine, après avoir fait œuvre novatrice sous l'Ancien Régime, elle a pour rôle de conserver un texte sacralisé.

*Hypothèse 2 : "Toute science du droit est fille de quelque philosophie" (M. Villey)*

L'importance de la fonction doctrinale sous l'Ancien Régime peut également être expliquée par la référence constante, pendant de nombreux siècles, au concept de droit dégagé de la philosophie d'Aristote : le droit, concept double<sup>33</sup>, contient à la fois la législation et l'idée de juste. C'est cette tradition qui a permis à la doctrine d'avoir une place considérable sous l'Ancien Régime, car sa fonction était d'interpréter la loi suivant le juste. Les philosophes du XVIII<sup>ème</sup> siècle, à l'inverse, restreignent la fonction du juriste à une stricte application de la loi.

Rousseau, dans *Le Contrat social*, définit la loi selon la neutralité qu'elle doit atteindre pour s'appliquer avec justice à tous les individus d'une cité : "Je dis que l'objet des lois est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets et les actions comme abstraites, jamais un homme comme un individu, ni une action comme particulière"<sup>34</sup>. Afin d'y parvenir, Rousseau soutient que "celui qui commande aux hommes... ne doit pas commander aux lois, celui qui commande aux lois ne doit pas commander aux hommes ; autrement ses lois, ministres de ses passions, ne feraient souvent que perpétuer ses injus-

31. Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de code civil*, Bibli. de Philo politique et juridique, Textes et Documents, Discours sur le code civil, p. 7-13, nouvelle édition Université de Caen (souligné par nous).

32. Gény (F.), *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif, précité*, p. 103, n° 50.

33. Aristote, *Ethique à Nicomaque*, Livre V, "De la Justice", éd. Vrin, 1990, p. 213.

34. Rousseau (J.-J.), *Le contrat social*, Livre II, ch. VI, Garnier Flammarion, 1966, p. 74.

tices"<sup>35</sup>. Le but est de sauvegarder ainsi la permanence de la loi et l'unité de la cité.

De même, Montesquieu a écrit que "*les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la rigueur*"<sup>36</sup>. La doctrine n'est pas davantage gratifiée d'un pouvoir d'interprétation lui permettant d'être une source du droit.

Puis l'influence de Kant fut décisive. Il est possible schématiquement de dire : 1804, l'année du décès de Kant, est également celle de l'avènement de sa philosophie dans le droit français, par la promulgation du code civil<sup>37</sup>. Or, l'impact de cette philosophie est paradoxal. Elle tend à réduire la fonction du juriste tout en lui assurant une hégémonie. Kant estime que le juriste doit se borner à appliquer la loi afin de régler les problèmes pratiques auxquels il est confronté. En revanche, la réflexion sur le concept de droit - domaine de la raison pure - est du ressort de la philosophie<sup>38</sup>. Le travail du juriste est donc nettement délimité puisque la seule source du droit à laquelle il doit se référer est la loi : "*Eclairer le peuple, c'est lui enseigner publiquement ses devoirs et ses droits vis-à-vis de l'Etat dont il fait partie. Comme il ne s'agit ici que de droits naturels dérivant du bon sens commun, les annonceurs et commentateurs naturels en sont auprès du peuple, non les officiels professeurs de droit, établis par l'Etat, mais les professeurs libres (de droit), c'est-à-dire des philosophes qui, précisément à cause de cette liberté qu'ils se permettent, sont un objet de scandale pour l'Etat qui ne veut toujours que régner, et diffamés, sous le nom de propagateurs des Lumières, comme dangereux pour l'Etat*"<sup>39</sup>. La réflexion de Kant a eu une influence certaine sur la conception de la fonction juridique.

La sphère du juriste se trouve singulièrement amoindrie mais, à l'intérieur de cette sphère, la doctrine qui détient les clés de la loi, détient les clefs du pouvoir. Elle se constitue ainsi un domaine exclusif, un monopole. Les philosophes du XVIIIème siècle limitent la fonction du juriste mais légitiment le pouvoir de la doctrine. Le contexte politique de la fin du XVIIIème siècle consacre cette philosophie.

35. Rousseau (J.-J.), *précit.*, Livre II, ch. VII, p. 78.

36. Montesquieu, *L'Esprit des Loix*, ch. XI, 6, nouvelle éd. Paris, 1871, p. 145.

37. Sur ce thème, voir la préface de M. Villey à la *Métaphysique des Moeurs* de Kant, 1ère partie, "La doctrine en droit", éd. Vrin 1988.

38. Kant emploie la terminologie suivante :

- *Quid jus ?* : comment définir le droit, mais aussi ce qu'est la justice, la solution idéale à laquelle doit parvenir le législateur,

- *Quid juris ?* : quelle est la solution de droit dans telle ou telle espèce ?

39. Kant, *Le conflit des Facultés*, S. II : conflit de la Faculté de philosophie avec la Faculté de droit, Vrin, 1988, p. 106.

*Hypothèse 3 : la philosophie confortée par l'opinion publique et politique*

Les juristes, à la fin de l'Ancien Régime, étaient tenus dans un état de défaveur qui entâchait également le prestige de la doctrine. Car, si elle a été à l'origine de l'unification du droit, seule était perçue la situation juridique complexe de l'époque, qui engendra, en 1789, une révolte contre la justice, son organisation et son langage incompréhensibles. Une volonté de simplification s'imposait. Sieyès parlait, d'ailleurs, d'"une époque plus ou moins éloignée où les lois seraient à la portée de tous ceux qui doivent les observer"<sup>40</sup>. Il n'était, sans doute, pas nécessaire, disait-on, d'avoir des spécialistes pour s'occuper de droit. Napoléon, lui-même, se méfiait des arguties des juristes. La formation juridique en a subi des conséquences désastreuses. Les facultés de droit furent fermées en 1793 et les Ecoles Centrales ont été, pendant plusieurs années, les seuls établissements d'enseignement supérieur à ne posséder qu'une seule chaire de droit<sup>41</sup>. L'habitude fut prise, sous le Directoire, de s'adresser à des professeurs privés de droit : Dupin, futur procureur général près la cour de cassation, a, semble-t-il, commencé ses études sous la direction de son père<sup>42</sup>. Puis, la loi du 22 ventôse an XII réorganisa l'enseignement supérieur. Peu de matières étaient enseignées (droit civil, droit public, législation criminelle et procédure) et, surtout, les professeurs n'avaient aucune liberté. Le droit civil devait être étudié "*dans l'ordre établi par le code civil*" ; un décret<sup>43</sup> précisa même que "*pendant une partie de leurs leçons, les professeurs dicteront des cahiers que les étudiants seront tenus d'écrire eux-mêmes. Les professeurs expliqueront et développeront dans chaque leçon le texte qu'ils auront dicté*". Par conséquent, la réouverture des Ecoles de droit ne signifiait pas un regain d'influence possible pour la doctrine, qui, à l'époque, était essentiellement universitaire. Cette situation a subsisté pendant tout le XIX<sup>ème</sup> siècle ; un arrêté du Conseil Royal de l'Instruction Publique du 22 septembre 1843 avait réaffirmé que le droit civil devait être enseigné suivant l'ordre du code. Ce n'est que par l'arrêté du 24 juillet 1895 que quelques libertés furent accordées pour l'enseignement du droit. Chaque professeur devint "*libre de distribuer les matières de son enseignement soit dans chaque année, soit dans l'ensemble des trois années suivant le plan et la méthode qui lui paraîtront préférables*"<sup>44</sup>. Mais un siècle de liberté surveillée avait sévi.

40. Sieyès, séance du 8 avril 1790, *Moniteur réimprimé*, T. IV, p. 74.

41. Arnaud (A.-J.), *Les juristes face à la société du XIX<sup>ème</sup> siècle à nos jours*, précité, p. 45.

42. Arnaud (A.-J.), précité, p. 49.

43. Décret du 21 septembre 1804.

44. Gény (F.), *Rapport présenté à la faculté de droit de l'université de Nancy sur la distribution de l'enseignement du droit civil entre les trois années de la licence en droit*, Paris, 1904, p. 7 : "*Cette liberté est particulièrement justifiée et précieuse pour les enseignements de la Faculté de droit, qui, sévèrement contenus dans leurs cadres traditionnels et dominés par les exigences professionnelles auxquelles ils répondent, ne peuvent se renouveler, se rajeunir et maintenir leur valeur scientifique qu'à la condition de choisir leur point de vue, de les varier et de les coordonner sans entraves, en tenant compte, tant des conclusions des sciences connexes ou voisines, que des besoins et des desiderata de la civilisation contemporaine*".

Si une tradition doctrinale influente avait existé sous l'Ancien Régime, tradition qui pouvait être maintenue (bien que le rôle de la doctrine fût nécessairement transformé) par l'influence que le discours de présentation du code civil de Portalis pouvait avoir, une autre tendance risquait, toutefois de prévaloir : des développements importants de la philosophie du XVIIIème siècle visaient à limiter la fonction juridique ; cette pensée avait trouvé un écho favorable dans l'opinion politique. Ces facteurs ont pu concourir à enfermer la doctrine, à la couper du pouvoir politique. La doctrine est devenue le grand prêtre du code.

### *B) Le maintien de la cohérence logique du droit*

La doctrine a élaboré une systématisation logique du droit, puis elle a tenté de la maintenir. Mais, par cette attitude, la doctrine s'est isolée du corps social, elle n'accède pas directement à la pratique du droit ; elle n'intervient pas dans les adaptations nécessaires du droit dûes aux évolutions socio-économiques du XIXème siècle. Tout son travail a consisté à affirmer son pouvoir à l'intérieur de la citadelle qu'elle a édifiée.

#### *Hypothèse 4 : la contemplation du code aveugle la doctrine qui manque le virage de la société industrielle*

La doctrine entérine, au XIXème siècle, la primauté de la loi et s'en fait un fidèle interprète<sup>45</sup> à travers la méthode exégétique, qui lui permet d'appuyer son autorité sur un texte sacralisé, afin de construire un monopole de l'interprétation savante du texte. Pourtant, cette méthode ne serait-elle pas à l'origine de la crise du droit ressentie par la doctrine contemporaine ?

La méthode exégétique n'est pas nouvelle, la doctrine a toujours interprété la loi<sup>46</sup> : seul a varié le degré de liberté que s'octroyaient les juriconsultes. Au Moyen Age, période de renaissance doctrinale, les glossateurs des XIIème et XIIIème siècles interprétaient les Compilations de Justinien selon un commentaire littéral du texte, en accord avec les règles de l'équité. Puis, les bartolistes aux XIVème et XVème siècles renversent les termes de la proposition : l'idée de juste prévaut sur le sens littéral du texte, ce qui permet d'une part, de l'adapter facilement aux circonstances socio-économiques d'une époque, et, d'autre part, d'accroître les fonctions de la doctrine<sup>47</sup>. L'exégèse comprenait donc deux éléments : la loi et l'idée de juste. Les juristes médiévaux remplissaient les deux fonctions reconnues au droit, dans la philosophie d'Aristote, ce qui en termes kantien signifie définir le *quid jus* et appli-

45. Gaudemet (E.), *L'interprétation du code civil en France depuis 1804*, Sirey, 1935, p. 9 et s.

46. Thireau (J.-L.), *précité*.

47. *Idem*.

quer le *quid juris*. De plus, la méthode exégétique semble apparaître dans des périodes de mutation sociale. Cette affirmation se vérifie, en philosophie, à la fin de l'antiquité<sup>48</sup>, où les philosophes, afin de maintenir la cohérence de systèmes de pensée, dans un monde en décadence culturelle, ont recours à l'interprétation stricte des textes de Platon. Les *Ennéades* de Plotin permettent d'illustrer ce propos<sup>49</sup>. Elle se constate, également, en droit, lors du renouveau culturel en Europe, à partir du XII<sup>ème</sup> siècle<sup>50</sup>. Les auteurs éprouvent, alors, le besoin de se référer à une tradition culturelle, représentée par les *Compilations* de Justinien. Elle réapparaît, au XIX<sup>ème</sup> siècle, période d'instabilité : la codification est un aboutissement, puisqu'elle est la synthèse et l'unification du droit antérieur, mais elle survient à un moment où un bouleversement économique et social s'accomplit. Une interprétation exégétique stricte risquait donc d'être totalement en porte à faux, à une période où le droit ne pouvait pas se permettre la quiétude de l'immobilisme, car le code civil codifie le droit d'une société encore rurale. C'est ce droit que la doctrine contemple sans réaliser que la société change. Par ailleurs, une méthode identique mais appliquée à des périodes historiques différentes présente automatiquement des particularités.

Dès lors, quelles sont celles de l'exégèse du XIX<sup>ème</sup> siècle ? Cette méthode d'interprétation, refusant d'intégrer le code civil dans une perspective historique - donc en l'excluant de toute explication liée aux déterminations sociales, devait mener la doctrine à un isolement progressif. En outre, à supposer qu'il soit possible de vérifier cette proposition, affirmer que la méthode exégétique est une cause de déclin ne semble cohérent que si, la doctrine à cette époque, représentait un ensemble homogène. Or, les auteurs actuels<sup>51</sup> soulignent, au contraire, la diversité des opinions qui étaient soutenues et contredisent la présentation de l'exégèse en une "école" solidement constituée<sup>52</sup>. Plusieurs raisons expliquent cette diversité. Tout d'abord, un facteur de génération permet de comprendre que les auteurs du début du siècle, formés sous l'Ancien Régime, ne pouvaient faire totalement abstraction de leur formation au profit d'un droit nouveau<sup>53</sup>. Des facteurs politiques, ensuite, autorisent à penser que les principes de l'ancien droit connurent un regain d'actualité lors, notamment, de la Restauration. Des facteurs humains font comprendre la diversité

48. Bréhier (E.), *La philosophie de Plotin*, Vrin, 1990, p. 3 : "Les philosophes (du III<sup>ème</sup> siècle) ont le souci constant de se rattacher à une tradition et de ne présenter leurs pensées que comme l'exégèse des oeuvres des vieux maîtres".

49. Plotin, *Ennéades*, V, I, 9 : "Nos théories n'ont rien de nouveau, et ne sont pas d'aujourd'hui ; elles ont été énoncées depuis longtemps mais sans être développées, et nous ne sommes que les exégètes de ces vieilles doctrines, dont l'antiquité nous est témoinnée par les écrits de Platon".

50. Lemarignier (J.-F.), *La France médiévale*, Armand Colin, Coll. U, 1975, p. 232 et ss.

51. Remy (Ph.), "Eloge de l'exégèse", *Rev. Droits*, n° 1, 1985, p. 115 ; Husson (L.), "Analyse critique de la méthode de l'exégèse", *Arch. Philo du droit*, 1972, p. 115 et "Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse", *RTDC* 1976, p. 431.

52. V. *Livre du centenaire du code civil*, Paris, 1904.

53. Gaudemet (E.), *précité*.

de cette période : un professeur comme Valette<sup>54</sup>, par exemple, supportait difficilement le carcan dans lequel était enfermé l'enseignement ; de même, Jourdan fonda, en 1819, la revue *Themis* où il combattait la confusion établie par la doctrine entre la science du droit et l'interprétation du code. Des facteurs concrets, enfin, montrent que l'interprétation à laquelle se livraient les auteurs n'était peut-être pas si stricte et desséchée ; il suffit pour s'en convaincre de considérer les volumineux ouvrages de droit civil écrits au XIX<sup>ème</sup> siècle (Troplong : 27 volumes ; Demolombe : 31 volumes Duranton : 22 volumes).

Comment face à cette diversité, déceler un facteur commun ? Le fil conducteur réside, semble-t-il, dans la méthode suivie par l'ensemble des auteurs : le cadre de leur travail est la loi écrite, l'exégète dialogue avec la loi (on se demande si...), détermine les cas traités par le texte, ou ceux qui, à l'inverse, en sont exclus<sup>55</sup>. Par conséquent, les exégètes se limitent à l'interprétation de la norme juridique sans l'aune de l'équité, à l'instar de leurs prédécesseurs médiévaux. Telle est la caractéristique fondamentale de l'exégèse du XIX<sup>ème</sup> siècle, qui se situe donc dans la tradition kantienne du droit. Or, une telle méthode à une époque de mutation économique et sociale s'est avérée préjudiciable à l'audience de la doctrine et a eu principalement deux conséquences négatives. Tout d'abord, l'analyse du code article par article a rendu plus difficile l'élaboration d'une synthèse. En outre, l'évolution économique et sociale, qui eut lieu au XIX<sup>ème</sup> siècle, nécessitait des adaptations du droit de 1804. Pourtant, la doctrine préférant la fiction à la réalité, cherchait dans le code la pensée du législateur nécessairement défaillante.

Il résulte de ces facteurs que si la méthode exégétique n'est pas en elle-même une cause de crise d'un système de droit, ses conséquences, au XIX<sup>ème</sup> siècle, ont conduit la doctrine à un déclin d'influence dû à un repli sur le pré-carré. L'exégèse fut, en effet, une stratégie offensive lancée par la doctrine sur l'interprétation du code civil destinée à assurer sa domination du champ juridique. La doctrine, grâce à son œuvre colossale, est parvenue à cette hégémonie. Mais, elle a ensuite préféré assurer sa suprématie à une fon-

54. *Idem*, p. 44 à 49 et spécialement p. 48-49 : "... il garde en face des textes et du plan du code civil, sa pleine indépendance critique. Nous savons par ses élèves qu'il fut le premier, à Paris, à introduire franchement dans l'enseignement l'étude de la jurisprudence. Il a, par ailleurs, témoigné dans l'interprétation du droit d'un sens historique bien rare chez les juristes de son école. C'est lui qui, en plein siège de Paris, lut à l'Académie des Sciences Morales et Politiques, ce "Mémoire sur la durée persistante de l'ensemble du droit civil français, depuis l'ancien droit jusqu'au Code civil", qui marque avec tant de force les liens qui rattachent le code aux antécédents romains et coutumiers. Il aurait voulu, devant son temps que les professeurs de droit civil eussent pleine liberté dans leurs programmes". Voir également Esmein (A.), "La jurisprudence, la doctrine", *R. T. D. Civ.* 1902, p. 10 : "Dans le cours de Valette, la jurisprudence était plus directement étudiée, mais par occasion et par saccades. C'était tel arrêt, qui avait retenu la curiosité du professeur, et qu'il présentait à ses élèves à raison de son originalité ou de son importance ; et je vois encore le vieux maître, dépliant pour le citer, le numéro de la Gazette des Tribunaux, où il l'avait saisi au passage et qu'il avait conservé".

55. Remy (Ph.), *précité*, p. 121.

tion d'adaptation du droit. L'exégèse a eu ses effets pervers : manquer le virage de la société industrielle.

*Hypothèse 5 : la posture du censeur*

La doctrine, par sa volonté d'assurer sa domination du champ juridique, met à distance les praticiens du droit. Pourtant, à cette époque, les praticiens ont tenté d'accomplir, contre la doctrine, un travail considérable d'adaptation du droit, à une période où la doctrine cherchait toute solution dans l'esprit du législateur de 1804. Cette mise à distance a permis la constitution de groupes différenciés et une répartition des rôles. C'est par ce processus que naissent socialement les professeurs. Mais, la doctrine s'est totalement coupée de la réalité vivante du droit pendant un demi-siècle. Cette attitude lui fut ensuite préjudiciable mais semble aussi paradoxale car, au début du XIX<sup>ème</sup> siècle, c'est la doctrine qui paraît détenir le savoir le plus étendu sur le droit nouveau, puisque l'unification du droit a été réalisée grâce à son œuvre. Par conséquent, le droit unifié, il est possible d'imaginer le rôle important que la doctrine aurait pu avoir : celui d'un interprète permettant à la pratique - qui était alors dans un grand désarroi<sup>56</sup> - une application du code civil. La formulation générale des règles de droit énoncées par le code implique la médiation obligatoire de l'interprète. La fonction doctrinale semblait donc fondamentale. Il est vrai que la doctrine se livrait, traditionnellement à un travail d'érudition entre un droit savant - le droit romain - et les droits coutumiers. Le rôle médiat de la doctrine aurait pu se transformer en un dialogue avec la pratique. Cette mutation nécessaire, pour que la doctrine conserve son importance, n'a pas été perçue. La doctrine entendait assurer sa domination au sein de la sphère juridique par une interprétation logique et cohérente du droit de 1804, quitte à laisser le droit se scléroser. Cette attitude a eu pour conséquence le mépris de la doctrine à l'égard des praticiens, ces "*manœuvres du droit, couverts d'un dédaigneux oubli*"<sup>57</sup> dont Ledru-Rollin parle, si volontiers, dans ses chroniques du début des années 1830.

La même attitude est décelable à l'égard des magistrats ; elle s'explique, sans doute, historiquement du fait de la difficile connaissance des décisions de justice sous l'Ancien Régime. Les recueils étaient incomplets, longs à paraître, de sorte que toute synthèse jurisprudentielle s'avérait aléatoire, tant de décisions n'étant pas portées à la connaissance de l'interprète<sup>58</sup>. Cette situation s'est considérablement améliorée au XIX<sup>ème</sup> siècle, de sorte qu'ils devinrent un guide fiable pour les praticiens, qui y recherchaient la solution de problèmes concrets à défaut d'appui de la doctrine. Bien plus, les praticiens, à l'aide de la jurisprudence, ont élaboré une interprétation du droit. Le "peuple du droit" fit œuvre doctrinale.

56. Meynial (E.), "Les recueils d'arrêts et les arrêtièstes", *Livre du centenaire du code civil, précité*, p. 175.

57. *Idem*, p. 191.

58. *Idem*, p. 180 et ss.

L'isolement de la doctrine, à l'égard des praticiens, caractérise presque toute la première moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle. Toutefois, la Révolution de 1848 marqua, de toute évidence, l'évolution socio-économique de la société. La doctrine, afin de maintenir sa suprématie et de canaliser les critiques des praticiens l'accusant d'élaborer un droit coupé de la réalité, se pose en censeur de la jurisprudence en créant le genre nouveau de la note d'arrêt.

Afin de mener à bien cette nouvelle tâche, la doctrine a créé des revues : Marcadé, Coin-Delisle, Demolombe et Paul-Pont fondèrent, par exemple, en 1851, la *Revue critique de la jurisprudence en matière civile* (cette revue s'est dénommée deux ans plus tard *Revue critique de législation et de jurisprudence*). Ces recueils devinrent le support de commentaires doctrinaux d'arrêts. Ce genre nouveau acquit ses spécialistes, qui, à l'instar de Labbé, devinrent des "arrêtiens". Ce procédé donne à la doctrine française "l'un de ses aspects les plus originaux... et malgré le caractère fragmentaire de tels travaux, une certaine unité se dégage"<sup>59</sup>. C'est dans le même esprit qu'Esmein fonde, en 1902, la *Revue Trimestrielle de Droit Civil* où l'auteur se livre dans une première chronique intitulée "La jurisprudence la doctrine" à une véritable apologie de la note d'arrêt : "Il faut que la doctrine aille plus loin et prenne la jurisprudence pour son principal objet d'étude : elle ne perdra point pour cela son originalité et sa force, elle acquerra, au contraire, une sève rajeunie et des floraisons nouvelles". Puis, l'auteur donne la méthode d'étude des arrêts qui fait fortement penser à une nouvelle exégèse : "Il faut d'abord la prendre dans ses origines, la suivre dans ses développements, marquer ses retours en arrière... Il faut étudier les procédés techniques de la jurisprudence. Elle en a forcément... Par ce travail, on fera apparaître sur chaque point important, pour chaque institution, la nature véritable de la jurisprudence qui les régit"<sup>60</sup>. N'est-ce pas la définition d'une exégèse fondée sur la jurisprudence que l'auteur considère, d'ailleurs, comme "la loi réelle et positive"<sup>61</sup> ?

Au XIX<sup>ème</sup> siècle, la note d'arrêt permet à la doctrine de maintenir sa domination du champ juridique : elle choisit les arrêts qu'elle publie - c'est elle qui décide de porter à la connaissance du public un arrêt, un revirement de jurisprudence -, elle choisit également les arrêts qu'elle commente. Par ses annotations, la doctrine conserve le premier rôle : interprète autorisé de la loi, elle peut en contrôler l'application par la jurisprudence.

L'accomplissement de cette mission de la doctrine se fit par l'élaboration de nouvelles méthodes d'interprétation. Si l'ouvrage d'Aubry et Rau marque la fin de la période exégétique stricte - ces auteurs ont le souci d'adapter le droit au fait et ont introduit la synthèse dans la méthode juridique en s'affranchissant d'exposer le droit civil suivant le plan du code -, Beudant, dans les années 1870-1880, accorde une place primordiale à la recherche du

59. Gaudemet (E.), *précité*, p. 63

60. Esmein (A.), "La jurisprudence la doctrine", *RTDC*, 1902, p. 13.

61. *Idem*, p. 12.

fondement du droit et semble ainsi ouvrir une période de réflexion sur le concept de droit<sup>62</sup>. Saleilles, peu après, le définit en indiquant que le droit comporte un élément immuable, l'idée de justice, susceptible de recevoir des acceptions différentes suivant les époques. De ce fait, la loi, selon cet auteur, représente une idée directrice recevant des contenus variables induits d'un contexte socio-économique. C'est ce que l'auteur résume par l'expression "droit naturel à contenu variable".

La réflexion est ensuite prolongée par Gén<sup>63</sup>, qui dans un premier ouvrage *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* commence par critiquer la méthode exégétique avant de reconstruire une méthode d'interprétation qui se différencie également de celle de Saleilles, car Gén estime que la loi ne se prête pas à des interprétations différentes : elle doit être interprétée selon la volonté du législateur. Aucune interprétation extensive de la loi ne doit être admise. L'interprète, à défaut de prescription légale, doit se livrer à "la libre recherche scientifique". Gén explique<sup>64</sup> que la recherche est libre car elle n'est pas soumise à une autorité positive, elle est scientifique car "elle ne peut rencontrer ses bases solides que dans les éléments objectifs que la science peut seule révéler". Par conséquent, Gén accepte que tout le droit ne dérive pas de la loi, expression de la volonté générale : le droit a une portée autre que la seule volonté du peuple. Le champ juridique, dominé par la doctrine, a acquis une forte autonomie. La rupture avec la philosophie du XVIII<sup>ème</sup> siècle est ainsi consacrée. Le deuxième volume du deuxième ouvrage important de Gén, *Science et technique* s'intitule, même "De l'irréductible droit naturel". La réflexion sur le droit reprend donc, au début du XX<sup>ème</sup> siècle, toute son ampleur, ce qui pourrait être favorable à un renouveau doctrinal.

La méthode exégétique n'était-elle qu'un mal nécessaire à l'analyse d'un code nouveau afin de renouer, ensuite, avec la tradition doctrinale d'Ancien Régime ? Ou, au contraire, le siècle passé à analyser le code allait-il réduire son influence ? La caractéristique de cette période réside dans la contribution tenue de la doctrine à l'adaptation du droit aux mutations économiques et sociales du XIX<sup>ème</sup> siècle. La doctrine préfère assurer son autorité sur le champ juridique. Weber l'a clairement indiqué, "... Là est l'origine du reproche fait au droit purement logique de ne pas correspondre aux besoins de la vie courante. Cette systématisation logique résulte de besoins intellectuelles des théoriciens du droit et des docteurs formés par eux, donc d'une aristocratie typique fondée sur une formation universitaire"<sup>65</sup>.

Les praticiens n'ont que faire de la logique universitaire : si le droit ne leur permet pas de résoudre les problèmes auxquels ils sont confrontés, ils cher-

62. Gaudemet (E.), précité, p. 59 et ss.

63. Gén (F.), *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2<sup>e</sup> et 3<sup>e</sup> parties, Paris, 1899.

64. Gén (F.), précité, 3<sup>e</sup> partie, chapitre 2, p. 78.

65. Weber (M.), précité, note 15.

chent d'autres modes de règlement (arbitrage, engagement d'honneur). Le modèle de droit établi par la doctrine est menacé. Des atteintes à la cohérence logique du droit qu'elle a établie sont décelables.

## II. - LES ATTEINTES A LA COHERENCE LOGIQUE DU DROIT

La doctrine dénonce, depuis Ripert, les atteintes à la cohérence logique du droit. Le thème du déclin du droit développé par cet auteur a des aspects très contemporains repris dans maintes chroniques récentes<sup>66</sup>. Par conséquent, l'importance de la réflexion de Gény visant à redonner son ampleur à l'interprétation juridique s'est avérée, à elle seule, insuffisante. Plusieurs facteurs semblent, à l'inverse, avoir provoqué la remise en cause d'un modèle de droit dominé par la doctrine. Ce modèle suppose que plusieurs éléments soient réunis (un nombre de lois limité, une stabilité des textes législatifs, une quantité de décisions jurisprudentielles maîtrisable) ; or, ces facteurs dont la convergence est nécessaire pour que la doctrine assure sa domination du champ juridique, sont actuellement remis en cause - A -. Par ailleurs, des éléments extérieurs à l'élaboration de la systématisation logique du droit viennent également dégrader la cohérence de ce modèle - B -.

### A) Les facteurs inhérents au modèle de droit dominé par la doctrine

L'élaboration logique du droit suppose un ordonnancement précis du système juridique où les lois, en nombre limité, sont stables et permettent une interprétation cohérente s'inscrivant dans le temps. La loi, élément central du dispositif, permet également une stabilité jurisprudentielle qui met la doctrine en mesure de l'apprécier à l'aune de son interprétation de la loi.

#### Hypothèse 6 : le droit, c'est la loi

Les auteurs "positivistes" du XX<sup>ème</sup> siècle - "doctrine de ceux qui estiment que tout le droit procède de la volonté populaire et des organes législatifs qui la représentent" selon Villey<sup>67</sup> - prolongent la tradition doctrinale de leurs prédécesseurs du XIX<sup>ème</sup> siècle, qui avaient élaboré un système de droit fondé sur la loi.

Ripert, dès 1918, fit paraître une publication intitulée *Droit naturel et positivisme juridique*<sup>68</sup> dans laquelle il combat la position prise par Gény :

66. Voir note 5.

67. Villey (M.), "François Gény et la renaissance du droit naturel", *Arch. Philo. du droit*, 1963, p. 206, éd. Sirey.

68. Ripert (G.), *Droit naturel et positivisme juridique*, nouvelle série n° 1, Annales de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence, 1918.

“Cette renaissance du droit naturel sera-t-elle assez puissante pour entraîner les esprits dans un essor d'idéalisme juridique ?... En vain nous parle-t-on de philosophie nouvelle, d'intuition et de croyance. Le vrai mot qui conviendrait et qu'on ose pas prononcer, c'est *foi*, car dans l'idée de droit naturel, il y a essentiellement une idée religieuse... Le droit naturel devient un pot pourri des vérités élémentaires que l'humanité a acquises par l'expérience qu'elle traîne après elle par nécessité et qu'elle maintient quelquefois par la force de la tradition. Produit de l'intelligence humaine, ce fond commun participe à toutes les défaillances de la raison. Droit naturel à contenu variable, a-t-on dit, c'est-à-dire cadre où chacun place ce qu'il veut”<sup>69</sup>. Ripert énonce, ensuite, que le droit ne consiste que dans la règle imposée par le pouvoir établi. Seule compte l'obéissance à la loi. Battifol, commentant ce texte près de cinquante ans plus tard, indique qu’*il ne s'agissait cependant pas d'un simple pessimisme désabusé, comme on l'a prétendu. La parution en 1925 de “La règle morale dans les obligations civiles” devait montrer, comme l'article de 1918 le laissait déjà clairement apercevoir, que Ripert ne reléguait en aucune manière les préoccupations morales au rang des accessoires démodés. Mais il s'agissait pour lui, comme pour la tradition positiviste la plus classique, de facteurs extérieurs au droit*”<sup>70</sup>.

Une deuxième œuvre majeure, qui marque une opposition à la renaissance du droit naturel est la *Théorie pure du droit* de Kelsen, dont la publication date de 1934. Dans un dernier chapitre consacré à l'interprétation, Kelsen s'oppose nettement à Gény par l'affirmation que *“l'interprétation scientifique ne peut rien faire d'autre de plus que dégager les significations possibles des normes juridiques”*<sup>71</sup>. Tout le droit serait contenu dans des normes susceptibles de recevoir plusieurs significations que l'interprète doit déceler : *“La principale source d'une telle indétermination est l'ambiguïté d'un mot ou d'une suite de mots par lesquels la norme s'exprime : le sens linguistique de la norme n'est pas univoque”*<sup>72</sup>. Mais, dans tous les cas, affirme Kelsen, le droit à appliquer représente un simple cadre à l'intérieur duquel plusieurs interprétations sont possibles. Cette affirmation montre la différence qui existe entre Kelsen et les exégètes puisque ces derniers soutenaient que toute loi avait une signification unique. Selon Kelsen, à l'inverse, le travail scientifique de l'interprète est d'indiquer les différentes acceptions possibles de la norme. Faire prévaloir une interprétation ne relèverait plus d'une fonction de science juridique mais de politique juridique<sup>73</sup>. De surcroît, Kelsen refuse toute méthode d'interprétation qui viserait à combler les prétendues lacunes du droit ; telle n'est pas la fonction de l'interprète. La doctrine doit simplement interpréter la norme. “La théorie pure du droit” délaisse, alors, le problème du droit juste qui ne peut, selon l'auteur, ne donner lieu qu'à des

69. Ripert (G.), *précité*, p. 18 et ss.

70. Battifol (H.), “Le déclin du droit - examen critique -”, *Arch. Philo du droit*, t. VIII, Sirey, p. 43.

71. Kelsen (H.), *Théorie pure du droit*, coll. “Philosophie du droit”, traduction française de la 2ème édition de la *Reine Rechtslehre* par Ch. Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 462.

72. Kelsen (H.), *précité*, p. 456

73. Kelsen (H.), *précité*, p. 462 et 463

prises de position subjectives. Kelsen restreint considérablement le rôle de la doctrine et l'acception du droit à sa signification légaliste<sup>74</sup>. Une telle affirmation intervient à une période où la vie sociale, devenue plus complexe, a imposé au législateur d'intervenir davantage, dans des domaines techniques, nécessitant souvent une précision de rédaction incompatible avec une formulation générale de la loi. Or, la doctrine a toujours été l'interprète de la norme juridique rédigée en termes généraux. La loi écrite de manière précise, édictée pour des cas particuliers, ne s'inscrivant plus dans le temps, remet en cause la conception traditionnelle de la doctrine. Si, à la même période, les auteurs lui refusent toute interprétation du droit en fonction de l'idée de justice, la mission traditionnelle de la doctrine est altérée. D'ailleurs, le révélateur du déclin de ce modèle de droit semble fourni par l'importance croissante prise par la sociologie juridique à cette même époque.

La sociologie juridique a pour "*postulat que le droit loin de rien présenter d'immuable est sujet à des transformations. Pour elle, même l'idée de droit naturel est contingente, relative, évolutive*"<sup>75</sup>. Cette approche nouvelle a eu des répercussions sur les méthodes d'élaboration du droit. Traditionnellement, la doctrine fournissait au législateur des occasions d'intervention, que ce dernier saisissait ou abandonnait<sup>76</sup>. Or, depuis plus de vingt ans, la sociologie a une fonction plus importante dans le processus législatif, puisque les principales réformes sont précédées d'enquêtes sociologiques. M. Carbonnier relate<sup>77</sup> notamment que "*la réforme des régimes matrimoniaux s'enlisait faute d'une vue d'ensemble. Songez qu'il n'y avait pas eu de statistiques des contrats de mariage depuis la fin du siècle dernier. Dans les commissions de réformes législatives, la méthode d'information était d'un type impressionniste : chaque membre faisait état de ce qu'il avait pu connaître personnellement. Ou bien l'information venait par les lobbies ou bien par les campagnes de presse. L'enquête par sondage permet de court-circuiter ces informations trop particulières*". L'utilité de la sociologie et des méthodes statistiques est indubitable, mais elles ont eu deux conséquences principales. La première est de révéler la marginalisation de la doctrine dans le processus de réforme du droit et la seconde est d'accoutumer à penser le droit de manière essentiellement évolutionniste. Le droit entérinerait alors le fait repéré par les sociologues, sans idée a priori et globale de la société souhaitée. Tout idéal s'estompe, les statistiques savantes s'imposent. C'est ce qu'affirmait Ripert lorsqu'il écrivit : "*La sociologie ayant dégagé la notion de fait social a voulu réduire l'étude du droit à l'étude des faits sociaux. Le législateur n'aura désormais d'autre tâche que de constater les faits et de donner*

74. Amsleek (P.), "Théorie pure du droit et politique", *Arch. Philo du droit*, 1982, p. 415, Sirey.

75. Carbonnier (J.), *Flexible droit*, L.C.D.J., 7ème éd., p. 11.

76. Atias (Ch.), "La mission de la doctrine universitaire en droit privé", n° 4, *J.C.P. (G)*, 1980, I, 2999.

77. Carbonnier (J.), "Sociologie juridique et crise du droit", *Rev. Droits*, n° 4, 1986, p. 66.

*la règle qui découle de leur observation*<sup>78</sup>. Une étude récente, évoquant la "législation sociologique" illustre les propos de Ripert. Le droit, devenu un laboratoire d'expérimentation, doit traduire les faits dans son langage. Puis les normes juridiques sont évaluées (car "l'évaluation est à la mode" soutiennent les auteurs) ; leur adéquation aux faits est "mesurée". Si l'écart observé entre la règle et la pratique est important, la règle de droit doit être modifiée. La législation est devenue expérimentale<sup>79</sup>.

Si la sociologie est un révélateur de la remise en cause du modèle de droit établi par la doctrine au XIX<sup>e</sup> siècle, d'autres facteurs permettent de l'expliquer. Le modèle du "droit des professeurs" instituait la doctrine comme lecteur autorisé de la loi et censeur de la jurisprudence. Mais, le temps était nécessaire à la doctrine pour se livrer à cette tâche. La "révélation" de la cohérence du système juridique supposait une matière législative et jurisprudentielle assez limitée. Or, l'histoire s'accélère et les sources se multiplient.

#### *Hypothèse 7 : trop de lois tue le droit*

La règle de droit, au XX<sup>e</sup> siècle, a perdu ses caractères de permanence et de généralité. Elle est devenue une variété de normes techniques destinée à s'appliquer à des cas précis, afin de satisfaire, à un moment donné, un groupe particulier. Ce phénomène, qui s'accompagne d'une inflation des normes juridiques, a deux causes principales : la société devenue plus technique impose une réglementation dans des domaines jusqu'alors inconnus et, l'Etat, devenu "capitaine d'industrie", a intensifié ses interventions au moyen d'une multiplication de normes juridiques. Toutefois, le parlementaire, honnête homme ayant des clartés sur tout, ne dispose pas d'un savoir suffisant pour régir convenablement tant de domaines différents, nécessitant, pour chacun, des compétences particulières. Ainsi s'explique le transfert de pouvoir au profit de l'administration qui "se trouve à l'origine de l'immense majorité des règles de droit, quelle qu'en soit la forme : lois, décrets, arrêtés, circulaires, sans oublier ces autres sources, purement administratives, que l'on ne peut qualifier d'inférieures, car aussi importantes que les autres sans en avoir le statut et qui, sous couleur d'interprétation ou d'explicitation des normes créent véritablement des règles qui s'imposent, en fait, au citoyen ou au juge (réponses ministérielles, lettres du ministre ou du directeur, avis, recommandations ou instructions de l'Administration centrale ou d'organismes tels que la Commission des Opérations de Bourse, la Commission des Clauses Abusives...)"<sup>80</sup>. Certes, ce constat heurte l'orthodoxie juridique de la séparation des pouvoirs. Mais, au plan technique, l'évolution était inévitable. D'ailleurs, l'histoire ne rappelle-t-elle pas que si les codes napoléoniens ont été votés par les assemblées parlementaires, ils ont été rédigés par un groupe de juristes ? Par conséquent, les causes dommageables du système actuel ne pro-

78. Ripert (J.), *Régime démocratique et droit civil moderne*, Paris, 1948.

79. Jeammaud (A.) et Servrin (E.), "Evaluer le droit", *D.* 1992, chr. p. 263.

80. Oppetit (B.), "L'hypothèse du déclin du droit", *Rev. Droits*, PUF, n° 4, 1986, p. 12.

viennent pas tant de l'auteur des normes que de leur méthode d'élaboration.

L'application de la loi édictée en termes généraux impliquait la médiation de l'interprète. La place de la doctrine se révélait alors centrale dans l'édifice juridique : elle donnait une interprétation autorisée. Ce rôle se restreint considérablement s'il s'agit seulement d'appliquer une norme technique précise. D'ailleurs la doctrine contemporaine ne fait-elle pas elle-même l'aveu de son éviction ? D'une part, les conséquences du manque de généralité de la loi sont dénoncées : *"Il est manifeste que les sources et autorités du droit connaissent une évolution convergente et dangereuse. Qu'il soit formulé par la loi, par le règlement ou par une large partie des auteurs, le droit tend au pointillisme, à la solution plutôt qu'à la règle. Sa formulation est de plus en plus étriquée. Les fonctions prudentielles d'interprétation s'amenuisent"*<sup>81</sup>. D'autre part, M. Oppetit affirme que *"la production incontrôlée des règles de droit affaiblit la rationalité globale du système juridique : résultat quasi inévitable d'un droit conçu comme un social engineering"*<sup>82</sup>.

Le théoricien ne dispose plus du temps nécessaire à l'élaboration d'un système cohérent de droit. Le modèle du "droit des professeurs" ne peut plus fonctionner. Il est inapte à produire une adaptation rapide du droit indispensable dans une société moderne complexe. R. Savatier<sup>83</sup> remarquait, déjà, que la mesure du temps, n'est pas identique pour toutes les disciplines. Les sociologues et les économistes traduisent immédiatement, dans leurs courbes, le rythme de l'évolution sociale. En revanche, *"les lois se font avec le temps, à proprement parler on ne les fait pas"* avait affirmé Portalis ; de même, une doctrine se construit avec le temps et se complète au fil des ans. Elle est incapable de travailler "en temps réel". La doctrine ne peut plus maîtriser les sources du droit avec ses outils traditionnels.

Trop de lois tue, sans doute, le droit mais assassine, certainement, le "droit des professeurs".

### *Hypothèse 8 : trop de jurisprudence étouffe la doctrine*

La jurisprudence peut être définie comme *"l'ensemble des décisions de justice rendues pendant une certaine période soit dans une matière, soit dans une branche du droit, soit dans l'ensemble du droit"*<sup>84</sup>, mais également selon un critère plus sélectif qui ne confère le titre de jurisprudence qu'aux

81. Atias (Ch.), *précité*, note 76.

82. Oppetit (B.), *précité*, p. 18, note 80.

83. Savatier (R.), "Droit et accélération de l'histoire", *D.* 1951, chr. p. 29, V. Egalement "L'inflation législative et l'indigestion du corps social", *D.* 1977, chr. p. 43.

84. Cornu (G.), *Vocabulaire juridique, jurisprudence*, Association H. Capitant, PUF, 1990.

décisions publiées<sup>85</sup>. Cette deuxième définition présente l'avantage de souligner le lien entre la décision de justice et l'autorité qui prend l'initiative de la publication, c'est-à-dire la doctrine.

L'intérêt de la doctrine pour la jurisprudence s'est manifesté dès la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, période de stabilité législative durant laquelle les magistrats ont accompli un travail important d'adaptation du droit aux évolutions socio-économiques de l'époque. Il est possible d'énumérer la stipulation pour autrui, l'enrichissement sans cause, les troubles du voisinage, la responsabilité du fait des choses, l'abus de droit pour comprendre l'importance de son œuvre<sup>86</sup>. A présent, les grandes constructions de la jurisprudence semblent révolues. La multiplication et le caractère éphémère des lois ont engendré non seulement une instabilité jurisprudentielle mais également une augmentation du nombre des décisions rendues. M. Jestaz a récemment défini la jurisprudence comme *“un magma dont on ne connaît d'ailleurs qu'une faible partie, et cette faible partie reste un magma en ce sens qu'elle comporte beaucoup de fatras”*<sup>87</sup>. Cette définition peu académique souligne les difficultés actuelles d'une connaissance ordonnée de la jurisprudence.

Pourtant, au début du siècle, Esmein, dans le premier numéro de la *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, se livrait à une véritable apologie de la note d'arrêt. La connaissance de la jurisprudence semblait possible et centrale dans tout travail juridique. Cinquante ans après Esmein, Julliot de la Morandière<sup>88</sup> se demande si l'œuvre essentielle pour un civiliste est encore l'étude de la jurisprudence. Quelques années plus tard, Durand<sup>89</sup>, posant la même question, estime que ce labeur risque d'entraîner une déformation de la pensée juridique : les décisions judiciaires traduisent l'état pathologique des rapports juridiques et n'en représentent donc qu'une partie, de plus, toutes les décisions ne sont pas connues, dès lors, l'analyse de la jurisprudence ne peut être que partielle. La doctrine attacherait une importance trop grande à la jurisprudence, qui est actuellement considérée comme un genre mineur tant par des auteurs de droit privé que de droit public.

M. Atias estime que si *“la connaissance systématique de la jurisprudence est légitime de la part de l'avocat, cette démarche ne peut pas être celle de la doctrine. Bien souvent, rechercher l'arrêt sur la question, c'est se dispenser de la réflexion qui aurait conduit à la solution”*<sup>90</sup>. M. Bredin constate la multiplication des notes de jurisprudence : *“nous avons accumulé ces petits tra-*

85. Serverin (E.), *De la jurisprudence en droit privé, théorie d'une pratique*, Presses Universitaires de Lyon, 1985.

86. Cornu (G.), “La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une institution controversée”, *R.T.D. Civ.* 1992, p. 337.

87. Jestaz (Ph.), “La jurisprudence : réflexions sur un malentendu”, *D.* 1987, chr. p. 11 ; v. également “La jurisprudence, ombre portée du contentieux”, *D.* 1989, chr. p. 149.

88. Julliot de la Morandière (L.), “Le cinquantenaire de la revue”, *R.T.D.Civ.*, 1952, p. 1.

89. Durand (P.), “La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne en droit privé”, *D.* 1956, chr. p. 73.

90. Atias (Ch.), *chr. précit.*, note 76.

*vaux, vite et bien faits... le moindre jugement a trouvé son commentateur*<sup>91</sup>. M. Bienvenu, dans une formule plus lapidaire, estime que la note d'arrêt est "le degré zéro de l'écriture juridique"<sup>92</sup>.

De telles affirmations, loin d'être neutres, sont susceptibles de remettre en cause le rôle de censeur des décisions de justice, que la doctrine s'était octroyé, au XIX<sup>ème</sup> siècle. Mais, durant cette période de stabilité législative, la jurisprudence a beaucoup adapté le droit. Cette attitude permettait donc à la doctrine de dominer le champ juridique en appréciant les interprétations faites de la loi par la jurisprudence.

Toutefois, cette période est révolue. "L'âge d'or de la jurisprudence est derrière elle" a écrit M. Malaurie<sup>93</sup>. La jurisprudence est foisonnante et le "droit des professeurs" suppose peu de jurisprudence. Or, la multiplication des revues dont la doctrine est souvent responsable dévore la jurisprudence. L'inflation jurisprudentielle est aussi dangereuse pour la doctrine que l'inflation législative et pour les mêmes raisons. Si la doctrine pouvait prétendre contrôler la production de la Cour de cassation, cela n'est plus possible, lorsque le moindre jugement peut devenir jurisprudence en accédant à la publication, souvent d'ailleurs comme instrument de promotion de la doctrine. Une jurisprudence trop volumineuse étouffe la doctrine et se dérobe à toute analyse globale et cohérente.

### *B) Les facteurs extérieurs au modèle de droit dominé par la doctrine*

L'évolution qui s'est produite dans l'élaboration des normes juridiques a favorisé la multiplication des autorités susceptibles d'interpréter la règle de droit. Ce phénomène, à lui seul, établit une perturbation de l'ordre juridique. De surcroît, l'internationalisation de la vie des affaires met en concurrence le modèle français avec les systèmes étrangers - plus spécialement le modèle anglo-américain - ce qui accentue la déstabilisation d'un modèle de droit dominé par la doctrine.

#### *Hypothèse 9 : la multiplication des autorités*

La multiplication des normes juridiques édictées par l'Administration a eu pour corollaire l'émergence de nouvelles autorités d'interprétation et une évolution des rapports établis entre les autorités traditionnelles - législateur, doctrine, jurisprudence -.

91. Bredin (J.-D.), "Remarques sur la doctrine", *Mél. Hébraud*, p. 111.

92. Bienvenu (J.-J.), "Remarques sur quelques tendances de la doctrine contemporaine en droit administratif", *Rev. Droits*, n° 1, 1985, p. 156.

93. Malaurie (Ph.), *précité*, note n° 3.

La mutation dans l'interprétation juridique se manifeste, notamment, par la résurgence du rescrit<sup>94</sup>. Cette institution, qui avait pris naissance à Rome consistait, pour une personne privée ou un organisme public, à solliciter l'avis d'une autorité sur l'interprétation ou l'application d'une norme. Si le terme n'est pas toujours prononcé, l'idée du rescrit est présente dans de nombreuses institutions contemporaines.

Le droit fiscal permet d'illustrer ce phénomène. La loi du 8 juillet 1987 reconnaît le rescrit permettant à un contribuable d'obtenir, par avance, l'accord de l'administration des impôts sur une situation fiscale précise dont les conséquences, une fois acceptées, ne peuvent être remises en cause, au titre de l'abus de droit. De même, en matière boursière, par son règlement n° 90-07, la Commission des Opérations de Bourse a admis que "*consultée par écrit préalablement à la réalisation d'une opération sur une question relative à l'interprétation de ses règlements*" elle pouvait prendre, sous forme de rescrit, un avis précisant si, en fonction des éléments communiqués par l'intéressé, l'opération n'est pas contraire à ses règlements.

Dans d'autres hypothèses, si le terme de rescrit n'est pas prononcé, l'idée est présente : qu'il s'agisse des réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires<sup>95</sup> ou des avis donnés par le Conseil de la Concurrence aux juridictions qui l'interrogent sur des pratiques concurrentielles litigieuses, l'interprétation de textes juridiques est demandée. Très récemment, la loi du 15 mai 1991 a instauré la saisine pour avis de la Cour de cassation : toute juridiction de l'ordre judiciaire peut, à l'occasion d'une procédure, solliciter l'avis de la Cour de cassation, sur un problème juridique présentant une difficulté sérieuse<sup>96</sup>.

L'avis demandé à une autorité, à des fins d'interprétation est une caractéristique du droit contemporain. L'influence importante des avis qui sont ainsi donnés et la diversité des autorités qui les rendent témoignent de la fin du monopole d'interprétation réservé à la doctrine. D'ailleurs, le terme même de doctrine a, semble-t-il, évolué dès le début du siècle et ne paraît plus réservé à l'interprétation universitaire depuis cette époque. Une intervention de Poincaré, en 1927, devant la Chambre des Députés en atteste : "*Lorsqu'il y a un changement de jurisprudence ou de doctrine administrative, on ne réclamera pas les suppléments d'impôts qui pourront résulter, pour le passé, des nouvelles règles admises*"<sup>97</sup>. La protection du contribuable contre les changements

94. Decoopman (N.), "Le rescrit boursier", *Rev. Soc.* 1991, p. 449 ; Le Cannu (P.), "Le rescrit de la C.O.B., un nouvel instrument d'interprétation du droit boursier", *Bull. Joly*, 1990, p. 927 ; Oppetit (B.), "La résurgence du rescrit", *D.* 1991, chr. p. 105 ; Richer (L.) et Viandier (A.), "Le rescrit financier", *J.C.P.* (éd. E), 1991, I, 10.

95. Oppetit (B.), "Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l'interprétation des lois", *D.* 1974, chr. p. 107.

96. Une réforme identique avait eu lieu par la loi du 31 décembre 1987 relative au contentieux administratif.

97. *J.O. Débats*, Chambre des députés, 1ère séance du 11 décembre 1927, p. 3826, 2ème colonne.

de "doctrine" de l'Administration fut consacrée par la loi du 28 décembre 1959, dont les dispositions se trouvent actuellement à l'article L. 80 A du Livre des Procédures Fiscales<sup>98</sup>. La neutralité, qualité attribuée à la doctrine universitaire, est difficilement conciliable avec les impératifs pratiques et immédiats de l'administration fiscale !

Par ailleurs, les rapports établis entre les autorités traditionnelles évoluent. Un dialogue privilégié s'est instauré, depuis une vingtaine d'années, entre le juge et le législateur, au mépris du principe de la séparation des pouvoirs, édicté à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Deux axes principaux sont le révélateur de ce rapprochement.

Le premier axe est constitué par des décisions de la cour de cassation destinées à provoquer l'intervention du législateur. L'arrêt Desmares<sup>99</sup>, rendu en matière d'accident de la circulation est, à cet égard, significatif. La deuxième chambre civile de la cour de cassation, protégeant les piétons imprudents, avait décidé que la faute de la victime maintenait l'entière responsabilité du gardien. Cette solution allait à l'encontre de l'interprétation habituelle de l'article 1384 alinéa 1er du code civil selon laquelle la faute de la victime exonère partiellement le gardien de sa responsabilité. La cour de cassation, soucieuse d'une diffusion rapide de l'arrêt, l'adressa immédiatement à toutes les cours d'appel et indiqua qu'elle voulait ainsi convaincre le législateur d'adopter un texte spécifique aux accidents de la circulation. L'objectif fut atteint par la loi du 5 janvier 1985. Les accidents de la circulation sont à présent soustraits à l'application de l'article 1384 alinéa 1er du code civil. Depuis, la cour de cassation est revenue à l'interprétation classique de cet article : "*Le gardien de la chose instrument du dommage est partiellement exonéré de sa responsabilité s'il prouve que la faute de la victime a contribué au dommage*"<sup>100</sup>. Certes, la doctrine n'avait pas été avare de travail sur ce sujet. Mais, depuis vingt ans, les propositions émises n'aboutissaient pas<sup>101</sup>. La jurisprudence serait-elle une autorité à laquelle le législateur est plus attentif ? Un deuxième arrêt<sup>102</sup> montre que la question mérite d'être posée. Rendu en matière de clauses abusives, il "*peut se recommander d'une sorte de tradition : celle des arrêts qui sont des provocations aux réformes, comme l'a été le célèbre arrêt Desmares...*"<sup>103</sup>. Dans cette espèce, la cour de cassation a statué *contra legem*, en reconnaissant au juge la faculté de déclarer une clause contractuel-

98. Bern (Ph.), "La protection du contribuable contre les changements de doctrine administrative", *Rev. Sc. Financières*, 1971, p. 751 ; v. également *Rev. de jurisprudence fiscale*, 1976, chr. p. 293.

99. Civ., 2ème, 21 juillet 1982, *D.* 1982, p. 449, n. Ch. Larroumet et *D.* 1982, chr. p. 201, n. G. Viney. Viney (G.), "L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation", coll. *Droit des Affaires*, 19ème éd., L.G.D.J., 1992, p. 8.

100. Civ., 2ème, 6 avril 1987, n. Ch. Mouly, *D.* 1988, p. 32.

101. Tunc (A.), *La sécurité routière*, Paris, 1966 ; Savatier (R.), *D.* 1966, chr. p. 149.

102. Civ., 1ère, 14 mai 1991, *J.C.P.* 1991, éd. G., II, 21763, note G. Paisant.

103. Huet (J.), "Les hauts et les bas de la protection contre les clauses abusives (à propos de la loi du 18 janvier 1992 renforçant la protection du consommateur)", *J.C.P.*, 1992, éd. G., I, 13592.

le, abusive alors que l'article 35 de la loi Scrivener du 10 janvier 1978 confiait à l'autorité administrative le soin de dresser la liste des clauses abusives. Le législateur, le 18 janvier 1992, a entériné la solution de la cour de cassation en octroyant au juge le pouvoir de qualifier d'abusives une clause contractuelle. L'efficacité du dialogue établi entre le juge et le législateur n'est plus à démontrer.

Le deuxième axe, illustrant la collaboration entre les deux autorités, concerne le Rapport annuel de la cour de cassation, créé par décret du 22 décembre 1967. Dans son premier rapport, la cour de cassation concluait qu'il serait peut-être "*l'amorce d'une collaboration entre l'autorité judiciaire, d'une part, les pouvoirs législatif et exécutif de l'autre, dont tout permet d'espérer qu'elle sera féconde*". Une "passerelle institutionnelle" était ainsi créée. Vingt ans plus tard, le rapport annuel a acquis une autorité certaine ; il a permis l'adoption de cent cinquante propositions de modifications législatives ou réglementaires ; il est devenu une valeur doctrinale importante<sup>104</sup>.

L'audience de la doctrine serait-elle devenue plus ténue face à ce dialogue qui devient privilégié ? La question a été posée lors d'un litige relatif à un contrat de substitution de mère pour lequel la cour de cassation, afin de préparer sa décision, a pris l'avis d'une personnalité extérieure au monde juridique, puisqu'il s'agissait du Professeur Jean Bernard - Président du comité consultatif d'éthique. Le procédé était nouveau ; il n'a pas manqué d'inquiéter des représentants de la doctrine<sup>105</sup>.

Les évolutions actuelles permettent de constater qu'un modèle traditionnel de droit dominé par la doctrine est remis en cause. La pluralité des sources du droit a pour conséquence une multiplication d'autorités doctrinales et une modification des rapports établis entre les autorités traditionnelles. En outre, la doctrine d'origine pratique prend de l'ampleur. L'écriture est devenue un facteur de promotion et de reconnaissance pour le praticien qui, au sein de son milieu professionnel, tente par le biais des publications d'être consacré "spécialiste" d'une matière précise du droit. L'évolution actuelle favorise un décloisonnement des métiers du droit qui amoindrit la hiérarchie établie par la doctrine au XIX<sup>ème</sup> siècle, au profit d'un champ juridique unifié à l'instar du système anglo-américain.

#### *Hypothèse 10 : la mise en concurrence des modèles de droit*

Deux principaux modèles de droit s'affronteraient : le modèle anglo-américain et le modèle continental. Le système continental est caractérisé par

104. *Rapport de la cour de cassation*, 1989, 2<sup>ème</sup> partie, "A propos du 20<sup>ème</sup> anniversaire du rapport annuel de la cour de cassation : séparation et décloisonnement des pouvoirs", p. 23 et s., La Documentation française.

105. Gobert (M.), "Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et l'état des personnes", *R. T. D. Civ.* 1992, p. 489.

le rôle central de la doctrine : les professeurs de droit ont, au XIX<sup>ème</sup> siècle, organisé le champ juridique afin d'assurer sa domination, ce qui, par ricochet, a dévalorisé les praticiens du droit tenus au rang d'exécutants écartés de l'élaboration globale du droit.

A l'inverse, la doctrine n'est pas valorisée dans le système anglo-américain. La segmentation du champ juridique continental n'existe pas. Les grands cabinets d'affaires américains ont, à la fois, une mission technique et théorique. Au plan technique, ils assurent, grâce à des moyens financiers importants, l'ensemble de la fonction juridique par une politique d'hyper spécialisation et une stratégie de diversification, qui leur permet d'offrir une gamme étendue de services<sup>106</sup>. Mais, ils prennent également en charge la fonction doctrinale qui se traduit par l'organisation de colloques et la constitution de maisons d'édition - faire-valoir de leur production doctrinale -. Les avocats détiennent l'ensemble du système. Il n'existe pas aux Etats-Unis une réelle autonomie de la doctrine. La situation est identique en Grande-Bretagne : *“les juges sont des anciens avocats, les meilleurs avocats, et les arrêts retiennent beaucoup du style de la plaidoirie. En somme, les arrêts anglais remplissent eux-mêmes le rôle de la doctrine française. Cela se voit d'ailleurs dans le contenu des recueils de jurisprudence. Dalloz contient des arrêts, mais aussi, et peut-être même surtout, des notes et des chroniques. Les recueils de jurisprudence anglais - Law Reports - ne contiennent que les arrêts qui apparemment se suffisent à eux-mêmes”*<sup>107</sup>.

L'autorité des avocats continentaux paraît donc plus faible. Pourtant, la segmentation du champ juridique semble s'amoinrir sous l'influence d'une double évolution. Tout d'abord, les praticiens, afin de conquérir le pouvoir dévolu au “juriste pur” les concurrencent dans le domaine de la publication. *“Pour réussir dans leur entreprise, cette fraction de la doctrine joue d'un ressort puissant : elle dénonce l'inadaptation du système juridique à la réalité sociale”*<sup>108</sup>. Or, la doctrine traditionnelle est coupée de la vie sociale et même de la vie juridique. Ensuite, les professeurs de droit se sont rapprochés de la pratique par le biais de la consultation, qui est, à présent, devenue courante. M. Bredin y aperçoit *“une vraie prostitution de la pensée juridique”*<sup>109</sup>. Le bilan de cette activité présenterait un lourd passif car : *“les juges et justiciables en gardent au moins l'idée 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 au mépris du droit”*<sup>110</sup>.

106. Dezalay (Y.), “Marchands de droit, l'expansion du modèle “américain” et la construction d'un ordre juridique transnational”, *Travaux de recherches* n° 3, 1991, ch. 6 et 7, Centre de recherche interdisciplinaire de Vaucresson.

107. Pugsley (D.), “Rapport britannique sur la doctrine”, *Travaux Capitant*, 1980, p.

108. Bernard (A.), Poirmeur (Y.), *précité*, note n° 3.

109. Bredin (J.-D.), *précité*, p. 116, note n° 26.

110. Bredin (J.-D.), p. 117.

N'est-ce pas l'aveu d'un modèle de droit qui a vécu et la confirmation des propos de Weber : *“les besoins pratiques, notamment les intérêts de la bourgeoisie à un droit prévisible ne jouent pas un très grand rôle dans la mise en forme du droit. Comme le montre l'expérience, ces besoins de la bourgeoisie sont tout aussi bien satisfaits sinon mieux par un droit formel, empirique et lié à des antécédents”* ?

Le droit privé a permis l'élaboration logique d'un système de droit, qui a assuré la prééminence du “droit des professeurs”, depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle. Toutefois, ce modèle est actuellement remis en cause par de multiples facteurs : l'abondance des lois, la profusion de la jurisprudence, la prolifération des autorités, la concurrence du modèle de droit anglo-américain, le pragmatisme de la vie des affaires. La “crise du droit”, qui est actuellement dénoncée par la doctrine privatiste, serait, en fait, le déclin d'un modèle de droit décrit par Weber.

Pourtant, un autre phénomène peut être observé : la doctrine contemporaine, outre une fonction documentaire, accomplit un travail créateur qui est attesté par des publications de théorie juridique<sup>111</sup>.

Ce constat permet de se demander si la situation actuelle de la doctrine ne serait pas comparable à celle qui existait à la fin de l'Ancien Régime.

---

111. L'importance des *Archives de philosophie du droit*, le maintien des *Travaux H. Capitant*, la création récente de la revue *Droits* et de la *Revue de la Recherche juridique* le prouvent.