

LA CONTROVERSE ET L'ENSEIGNEMENT DU DROIT

Controverses doctrinales ou discussions byzantines ? Controverses théoriques ou hésitations passagères et regrettables ? Poser ces questions, c'est évoquer déjà l'une des difficultés à laquelle se heurte l'étude de la place de la controverse dans l'enseignement du droit ; elle ne peut être menée sans prendre parti sur le rôle de la controverse dans la formation du droit. Pour qui conçoit la discussion théorique des arguments *pro et contra* comme relevant de la pathologie de la connaissance, son élimination de l'enseignement paraît nécessaire. Il conviendrait de ne pas placer sous les yeux des étudiants ces signes des imperfections passagères du droit ; il faudrait éviter de semer, dans ces jeunes esprits, le moindre doute sur la netteté des règles et solutions juridiques. Cette tendance est fortement représentée chez les philosophes du droit, comme chez les juristes. Parmi les premiers, les auteurs du début du siècle sont là pour en témoigner. Leur aspiration au positivisme est souvent présentée comme un refus de ces discussions interminables et inutiles que la recherche d'un droit naturel idéal avait suscitées au siècle précédent. Le droit est la science de la certitude ; le positivisme lui permettra d'accéder à sa perfection en le purifiant de l'influence pernicieuse des convictions personnelles. Parmi les juristes, la même impression qu'il y a progrès à éliminer les controverses se manifeste très tôt. Relisons Domat. Toute la préface des *Loix civiles* est consacrée à l'explication de l'origine des difficultés rencontrées dans la recherche des solutions de droit ; c'est l'imperfection de la présentation des règles coutumières et romaines qui est principalement incriminée (1). Bien des juristes après lui regretteront le trop grand nombre de controverses surgies dans tel ou tel domaine du droit ; et l'un d'eux résume leur pensée en affirmant que « ces controverses

(1) DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris, nouvelle édition, 1766, Cavelier, t. 1^{er}, « Préface sur le dessein de ce livre, p. 1 : « Il faut reconnaître que de la manière dont ces lois sont recueillies dans les Livres du Droit Romain, qui en sont l'unique dépôt, il n'est pas aisé de les bien apprendre. Et c'est ce qui fait que, parmi ceux que leur profession oblige à les savoir, plusieurs les ignorent, et que personne n'y devient habile que par une longue et pénible étude ».

byzantines sont le propre des périodes transitoires » (2) ; en devenant adulte, en achevant de se former, le droit échappera à ces discussions.

La cause serait entendue, et la controverse doctrinale condamnée sans rémission, si l'histoire de l'enseignement du droit ne venait plaider en sens inverse. Sans doute, chacun sait que les plus célèbres controversistes tinrent parfois leur enseignement à l'abri des discussions qu'ils menaient par ailleurs. Si les ouvrages d'Hauriou paraissent conçus pour répondre à ceux de Duguit et si Duguit semble écrire seulement pour répondre à Hauriou (3), si Gény ne paraît prendre la plume que pour pourfendre l'exégèse, les enseignements oraux des uns et des autres n'étaient qu'assez peu affectés par ces controverses théoriques fondamentales (4). Le souci de clarté pédagogique, la préoccupation aussi de ne pas ternir l'image d'une Université qui s'enorgueillit de la cordialité instaurée entre ses membres et du respect porté aux plus anciens par les plus jeunes, dissuadent de porter la controverse jusque sur la chaire ; il serait malséant de la confondre avec une tribune. D'ailleurs, la réflexion confirme cette pratique ; Hobbes ne soulignait-il pas la « grande différence entre enseignement et persuasion : le signe de cette dernière est la controverse, le signe du premier qu'il n'y a pas de controverse » (5) ? Une connaissance ne peut donc se transmettre par voie d'enseignement que lorsqu'elle est suffisamment aboutie pour s'être libérée de l'hésitation, de l'incertitude et des oppositions d'écoles.

Et pourtant, la controverse est loin d'être bannie de l'enseignement. La tradition est là pour la sauvegarder contre tous les anathèmes, contre toutes les condamnations philosophiques, idéologiques ou pédagogiques. Au XIX^e siècle, les enseignements les plus célèbres, les mieux appréciés, le sont pour la richesse de leur argumentation. « Si beaucoup de professeurs, même des plus consciencieux, des plus justement honorés, n'ont pas su s'affranchir de cette soumission exagérée à la tradition, de ce respect pour l'autorité poussé jusqu'au fétichisme, il en est heureusement d'autres qui marchent depuis longtemps dans la voie contraire ; et, pour ne parler que de l'École de Paris, on sait ce que l'étude du Code civil présente de franche

(2) P. RECHT, *Le droit d'auteur, une nouvelle forme de propriété, Histoire et théorie*, Paris et Gembloux, 1969, L.G.D.J. et Duculot, p. 103-104. — Comparer, dans un ordre d'idées comparable, J.-L. SOURIOUX, « Source du droit en droit privé », *A.P.D.*, t. 27, 1982, Sirey, p. 34 : citation du Tribunal d'appel de Lyon critiquant le livre préliminaire du projet de Code civil composé, selon les magistrats consultés, d'« abstractions métaphysico-légales essentiellement sujettes, comme tout ce qui est métaphysique, à controverse, à discussion... ».

(3) Voir en particulier L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., 1920, et *Etudes de droit public*, Paris, 2 tomes, 1901 et 1903, Fontemoing, et M. HAURIOU, *Traité de droit constitutionnel*, 1896.

(4) C'est du moins ce qui ressort des témoignages recueillis auprès de leurs étudiants.

(5) Th. HOBBS, *Les éléments du droit naturel et politique*, traduction, introduction, conclusion et notes L. Roux, Lyon, 1977, p. 197, n. 3.

discussion, d'examen indépendant, de vivifiante critique dans les cours de MM. Bugnet, Oudot et Valette » (6). Laissons de côté les spécialistes de la querelle, mauvaise ou bonne, les amoureux de l'estocade doctrinale, les Marcadé et autre Troplong ou, beaucoup plus près de nous, le grand Maître que fut Charles Eisenmann (7). Considérons un autre Maître incontesté — que dis-je un Maître ? Un prince —, le prince de l'exégèse (8), Demolombe. Un bref examen, encore bien sommaire, portant sur son étude de la formation du contrat, sur l'existence et sur les vices du consentement, permet de décrire sa méthode d'exposition. Le tome premier du *Traité des contrats* de son *Cours de droit civil* consacre à peu près deux cents paragraphes à ces questions. Plus de 17 % de ces paragraphes comportent la discussion d'opinions contraires. Pour préciser la signification de ce chiffre brut, il faut ajouter qu'un peu plus de 20 % seulement de ces paragraphes font référence à la jurisprudence. Il est encore possible de remarquer que, par exemple, Larombière est cité dans trente-quatre paragraphes pour une opinion conforme à celle de l'auteur et dans dix paragraphes à titre d'opposant, que Duranton est cité *pro* dans vingt-huit paragraphes et *contra* dans dix, que les thèses d'Aubry et Rau sont citées treize fois au soutien de celle de Demolombe et sept fois pour être critiquées (9). Ces indications paraissent suffisamment révélatrices. Face à la première tendance défavorable à la controverse dans l'enseignement du droit, il se pourrait que certains juristes eussent résolument adopté une attitude contraire. Ce sont assez souvent ceux qui prêtaient une attention particulière à la méthode (10). Bufnoir, pourtant opposé par certains à Demolombe (11), s'adonne systématiquement à la controverse (12). Et s'il faut évoquer l'enseignement oral plus spécia-

(6) V. MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, Paris, 6^e éd., Delamotte, 1866, t. 1, p. XIX-XX.

(7) Voir en particulier, Ch. EISENMANN, *Cours de droit administratif*, édité par S. Rials, deux tomes, Paris, 1982, L.G.D.J.

(8) Il faut observer que ce surnom n'avait peut-être pas toujours la signification d'une louange. Certes, selon J. Bonnacase, « il était de tradition, parmi les juristes formés à l'école de Demolombe, de décerner au maître le titre de "prince de la science du droit", laissé vacant par Merlin », mais il semble bien que le titre de « prince de l'exégèse » soit dû à Bonnacase lui-même ; voir *La pensée juridique française de 1804 à l'heure présente, ses variations et ses traits essentiels*, t. 1, Bordeaux, 1933, Delmas, n. 162, p. 317-318. Il est significatif que Guillovard, continuateur de Demolombe, le rangeait, non parmi les membres de l'École de l'exégèse, mais parmi ceux de l'École dogmatique, qui, selon lui, lui avait succédé et avait marqué un progrès par rapport à elle : voir L. GUILLOUARD, introduction à Cl. Bufnoir, *Propriété et contrat, Théorie des modes d'acquisition des droits réels et des sources des obligations*, leçons recueillies par MM. Martin, Deschamps, Deslandres, Pillet, Saleilles, Timbal, Paris, 1900, Rousseau, p. XXII. Marcadé n'aurait pas admis cette opposition entre ce qu'il préférerait présenter, non comme des écoles, mais comme des méthodes, au demeurant complémentaires, voir *op. cit.*, p. XIV.

(9) Voir tableau en annexe à la présente étude.

(10) Ainsi Bufnoir (voir note 18 *infra*) ou Marcadé.

(11) Voir L. GUILLOUARD, *ibid.*

(12) Voir *infra*. Cet auteur sera particulièrement intéressant à étudier pour nous puisque son ouvrage nous montre, non son travail écrit, mais son enseignement oral recueilli par ses étudiants. Il est vrai que la liste de ceux-ci est exceptionnelle ; voir *supra*, note 8.

lement, laissons la parole à un ancien étudiant du Doyen Hubert (13). « Il excellait dans la discussion doctrinale : ses auditeurs avaient appris à sentir l'approche d'une discussion, comme les cultivateurs reconnaissent l'approche de la tornade ou du beau temps à des signes impondérables : un rapide éclair derrière les loignons, un léger sourire au coin des lèvres, la main droite caressant la barbe, M. Hubert, après avoir exposé la doctrine adverse, commençait la bataille par une phrase rituelle, une sorte de cri de guerre où le mot *pas* dominait d'un octave : " Je ne suis pas de cet avis ". Tout le monde dressait alors l'oreille et attendait, comme les spectateurs d'un championnat de fleuret peuvent attendre l'issue de la joute. Le rythme se faisait plus rapide, l'argumentation plus précise, la dialectique plus précise, l'argumentation plus serrée, et de l'adversaire — opinion doctrinale ou solution jurisprudentielle — mis en morceaux par une logique implacable, il ne restait sur le terrain que des débris épars, que le Doyen Hubert dispersait finalement au vent par une phrase comme celle-ci : " en conclusion, il me semble qu'en l'espèce, la jurisprudence ait payé son tribut à l'erreur " » (14).

Si nous passons de la période 1800-1930 environ à nos jours, qu'observons-nous ? L'impression est que la controverse a vu son rôle régressé dans l'enseignement du droit. Trois indices peuvent en être donnés. Le premier est que dans certains cas la controverse est conçue comme anachronique. Elle relèverait de méthodes d'enseignement dépassées, scholastiques, pire, influencées par l'Eglise. Le point n'est pas contestable, mais démontre seulement la pérennité de cette tradition des controversistes que rien n'autorise à tenir pour révolue. La deuxième manifestation du recul de la controverse serait à puiser dans tous ces écrits où elle est présentée comme un « mal nécessaire », un « mauvais moment à passer » ; ce serait le prix de l'adolescence du droit qu'il faudrait payer pour le voir accéder à l'âge adulte (15). Enfin — troisième indice — la controverse est souvent considérée comme inutile. Il semble évident à beaucoup que les controverses sur la personnalité morale ou celles sur les droits d'auteur n'ont été que des pertes de temps, des jeux de l'esprit qui auraient entretenu l'hésitation pour le plaisir, pour l'amour de l'art rhétorique, sans avoir en rien éclairé la recherche du bon droit et au mépris des intérêts concrets en cause (16). Les juristes d'aujourd'hui ne souscriraient sans doute plus au panégyrique de l'hésitation

(13) 1872-1941.

(14) R. FILHOL, in *Frédéric Hubert et Henri Rousseau, Doyens de la Faculté de Droit de l'Université de Poitiers, 1931-1941-1950*, ouvrage collectif, Ligugé, 1955, Aubin imprimeur, p. 13-14.

(15) La preuve en serait que les controverses prolifèrent dans les premiers temps de l'application des lois nouvelles. Ce sont les controverses-là qui ont animé dans les dernières décennies l'étude du droit civil. Il est permis de penser qu'elles sont moins révélatrices que les autres d'une préoccupation doctrinale d'approfondissement théorique : voir *infra*.

(16) Cl. COLOMBET, *Propriété littéraire et artistique*, Paris, 1980, 2^e éd., Dalloz, n. 13, p. 12.

— cette controverse avec soi-même — que dressait Georges Ripert : « Comment un juriste pourrait-il ne pas hésiter quand il ne croit pas dans un orgueil injustifié détenir la vérité absolue et que sa conscience l'oblige à peser tous les arguments pour ou contre une solution » (17).

L'hypothèse raisonnable est donc qu'il y a eu une évolution quant à la place de la controverse dans l'enseignement du droit. Au XIX^e siècle et au début de ce siècle encore, la controverse avait une importance variable, mais permanente et appréciée, dans la pédagogie juridique. Au XX^e siècle avancé, elle tend à s'estomper et disparaît le plus souvent. Pour préciser l'hypothèse, il convient de recenser les divers *aspects* de la controverse dans l'enseignement du droit, avant de tenter d'en préciser la *signification*.

Aspects de la controverse dans l'enseignement

Pour décrire le jeu de la controverse menée du haut de la chaire, il faut la saisir à ses débuts et à son terme. Pourquoi la discussion est-elle lancée ? Pourquoi paraît-elle devoir prendre fin ?

Le début de la controverse enseignée

Trois occasions se présentent de controverser en chaire ; les besoins de la recherche d'une solution, d'une qualification ou d'une interprétation peuvent donner son envol à l'argumentation développée.

1. — C'est le plus souvent une solution qui est discutée. Et la controverse peut alors s'épanouir entre les qualifications disponibles, entre les natures juridiques concevables. Que retiennent, par exemple, les étudiants de Claude Bufnoir de son cours de droit des obligations ? C'est la méthode d'exposition et d'argumentation qui marque leur souvenir. Le droit leur était présenté, non comme un objet d'observation, une évidence à laquelle l'esprit et la volonté doivent se soumettre, mais comme l'objet d'une quête méthodique et minutieuse. Le professeur ne regrette pas l'incertitude ou l'inachèvement d'un droit qui laisse place à l'hésitation ; il progresse par étapes rigoureusement déterminées vers la moins mauvaise des solutions possibles.

C'est à sa méthode que Claude Bufnoir dut d'exercer « une influence considérable, ... sur l'enseignement de la science du droit et le développement des idées juridiques » (18). Cette méthode se

(17) G. RIPERT, *Frédéric Hubert et Henri Rousseau*, précité, p. 6.

(18) Voir L. GUILLOUARD, *op. cit.*, p. XII. — Sur l'importance aux yeux de ses étudiants comme de ses collègues, de la méthode de Bufnoir, lire, p. I, II, III, IV, V, VI, VIII, IX, X, XI, XIV, XVI, XVII, XX.

caractérisait par l'effort accompli, non pour dresser le catalogue des résultats obtenus précédemment, mais pour montrer comment tenter de les découvrir (19). « La formule trouvée, ou du moins essayée, — car il n'y a pas d'essayiste, ..., plus accompli — il la retourne en tous sens, la creuse toujours plus à fond, l'illustrant d'exemples et d'applications pratiques, pliant à la rigueur des disciplines scientifiques ce qui est question d'espèces et phénomènes accidentels. Cela ..., il n'est pas un cahier de notes qui ne le révèle » (20). Ce que les étudiants retiennent surtout de « ces procédés de déblaiement » (21), c'est la conférence systématique des opinions soutenues et soutenables. Si le droit romain est invoqué, si des cas sont évoqués, c'est pour mettre en regard les diverses doctrines. Le plus souvent, il s'est trouvé des auteurs pour argumenter en leur faveur, soit que la tradition historique les ait influencés — à tort ou à raison, en justice, en opportunité et compte tenu de l'état actuel du droit, c'est l'objet de la controverse que de prendre position sur ce point —, soit que les particularités d'une espèce réelle ou imaginée les aient impressionnés. Le cas échéant, et plutôt que de renoncer à la controverse faute d'adversaire en lice, le professeur construira de toutes pièces les diverses opinions et se portera, à lui-même, la contradiction pour révéler à son auditoire plus ou moins pris au jeu toutes les fausses pistes et tous les pièges à éviter dans le raisonnement. Les illustrations de ces hypothèses fourmillent dans les notes prises par les étudiants de Bufnoir et publiées après sa mort. Voici la détermination des tiers auxquels la vente d'immeuble non transcrite est inopposable ! le cas qui est étudié (22) est celui où « la discussion s'est surtout élevée relativement à la formule exacte qu'il faut employer ». La définition doctrinale du tiers est ainsi éprouvée par confrontation aux autres conceptions proposées en mettant à profit les particularités d'une espèce typique et problématique. Rechercher ce cas, c'est rechercher la controverse là où elle a le plus de chances de se montrer éclairante. Ainsi, les doctrines contraires, d'abord seulement évoquées, sont-elles mises en concurrence dans la recherche d'une solution déterminée pour pouvoir être comparées sur leurs résultats. Après Boissonnade, c'est Valette qui est convoqué au tribunal du cas et de la controverse (23). La même progression se retrouve lorsque Bufnoir s'efforce de préciser le domaine de la transcription des actes à titre gratuit (24). Il envisage une opinion qu'il n'attribue à aucun auteur à seule fin de « mettre en garde » ses étudiants contre une interprétation dont la discussion révèle les dangers. C'est encore une controverse qui est exposée

(19) *op. cit.*, préface p. II, et L. GUILLOUARD, p. XVIII.

(20) *Op. cit.*, préface p. IV.

(21) L. GUILLOUARD, *op. cit.*, p. IX.

(22) Cl. BUFNOIR, *op. cit.*, p. 96.

(23) Même ouvrage, p. 90 et 98.

(24) Même ouvrage, p.135 et suiv. et 138.

lorsqu'il faut donner la liste de ceux qui peuvent opposer le défaut de transcription (25) ; les arguments, les objections et les réponses qui leur sont faites se succèdent au rythme d'un discours qui s'apparente généralement plus à un dialogue qu'à un exposé systématique. La même méthode est encore suivie pour dire — « question vivement controversée » (26) — si les créanciers peuvent se fonder sur l'article 1166 du Code civil pour s'opposer à la renonciation de leur débiteur à la prescription acquise en sa faveur. Un dernier exemple peut être décrit plus précisément. Bufnoir aborde l'étude de l'article 1110 du Code civil. Très rapidement, il traite d'un cas particulier et difficile dont le choix est révélateur : il s'arrête sur l'erreur commise par l'auteur d'une délégation et ne manque pas de présenter les solutions antérieures au Code (27). Guillouard aurait vu, dans la réflexion présentée à ce propos, la manifestation de cette « remarquable érudition » avec laquelle le Maître fait connaître l'origine historique des textes (28). C'est pourtant de tout autre chose dont il s'agit probablement ; la conclusion du paragraphe historique le démontre. L'objectif était bien plutôt de savoir si les juristes contemporains de Bufnoir étaient « autorisés à admettre chez nous une solution analogue » (29). L'interprétation du droit n'est donc considérée ici que comme une opinion parmi d'autres et dont il importe de déterminer la valeur sous le droit en vigueur afin de répondre aux juristes qui se laisseraient trop aisément tentés par la continuité historique, « raison écrite » ou miroir déformant. Le droit romain étant ainsi récusé, une autre opinion peut être analysée : « peut-être arriverons-nous au résultat désiré, en revenant à l'idée de cause ? » (30). Et la suite est de la même eau. Repoussant une interprétation, Claude Bufnoir nuance sa pensée, montrant ainsi à son auditoire qu'il y a toujours un enseignement à retirer de l'opinion adverse : « j'admettrais cependant, s'agissant d'une intention libérale... » (31). Enfin, le passage consacré au commentaire du mot « substance » dans l'article 1110 du Code civil est encore révélateur. C'est par opposition à la thèse d'Aubry et de Rau que raisonne le professeur (32), multipliant les renvois implicites — « on a dit... » — à des controverses sous-jacentes (33).

(25) Même ouvrage, p. 140 et suiv. et 142 notamment.

(26) Même ouvrage, p. 437.

(27) Même ouvrage, p. 592.

(28) L. GUILLOUARD, *op. cit.*, p. XVII.

(29) Même ouvrage, p. 593.

(30) Même ouvrage, p. 594.

(31) *Ibid.*

(32) Même ouvrage, p. 597-598. — *Adde* pour prendre une idée plus précise du style, quelques citations limitées aux articulations : « Telle est l'objection, il faudrait donc dire dans le système opposé au mien, et sauf peut-être si cette concession est admise... » (p. 601. Comparer p. 376) ; « On a dit... ce qui n'est pas douteux. Mais on ajoute... La réponse se trouve » (p. 601). La formule « on a dit... » revient très souvent. *Adde* encore p. 104 et suiv., p. 122 (contre Boissonnade).

(33) Même ouvrage, p. 601, 603 notamment.

2. — L'attitude du juriste pédagogue n'est pas différente lorsqu'il envisage, non plus une solution discutée, mais une qualification controversée. Quelle est la nature du droit du locataire ? Quelle est la nature des droits de l'auteur sur son œuvre ? Quel est le critère du service public ? Ces thèmes ne peuvent être évoqués que sous forme de questions. Chacune des thèses ne peut être exposée indépendamment de ses avantages et de ses faiblesses, sans faire la part des solutions dont elle rend compte et de celles qu'elle ne parvient pas à expliquer. Les professeurs du XIX^e siècle ne doutaient pas de l'utilité de ces controverses ; la réalité et la pratique quotidienne que leurs étudiants allaient affronter ne tarderaient pas à inventer des cas où ils auraient à tirer parti des éclairages ainsi jetés sur les différentes solutions concevables. De ces réflexions théoriques, c'est un peu de justice supplémentaire qui sortirait le cas échéant dans les espèces disputées. Ni Gounod, ni Gény, lorsqu'ils combattaient l'autonomie de la volonté, ni Gény encore, ni Bonnacase, ni Saleilles, lorsqu'ils fustigeaient l'exégèse, ni Paul Cuhe venant au secours des prétendus juristes romantiques (34), ni Charles Eisenmann ferrayant contre le service public dans sa conception commune, ou s'opposant à Monsieur le Doyen Vedel (35), ni les controversistes de la personnalité morale (36), ne pensaient mener des discussions purement théoriques ; ils préparaient l'avenir et la résolution des cas les plus épineux du futur. Bufnoir travaillant sur la qualification de pacte par succession future n'avait apparemment pas d'autre sentiment (37).

Dans toutes ces controverses enseignées, le droit n'est pas présenté comme certain, achevé et définitivement établi. Et cette situation peut être ressentie comme normale. Ces auteurs savent que le droit ne peut être enseigné comme certain qu'à un niveau de généralité auquel il n'est pas toujours souhaitable de se situer. Ils n'hésitent pas à affirmer, en particulier, qu'il n'appartient pas au législateur de trancher les controverses théoriques, en particulier celles qui tiennent à la définition des concepts (38). Ils n'attendent donc aucune certitude d'une quelconque décision, viendrait-elle de l'autorité législative. La controverse est leur lot d'enseignants-juristes

(34) *R.T.D. civ.* 1929, p. 57 et la réponse de J. Bonnacase à la page 359 de la même revue.

(35) *R.D.P.* 1972, p. 1345 et suiv. en réponse à G. VEDEL, « Les bases constitutionnelles du droit administratif », *E.D.C.E.* 1954, n° 8, p. 21 et suiv.

(36) C. ATIAS, *Les personnes, Les incapacités*, Paris, 1985, P.U.F., coll. Droit fondamental, dirigée par S. RIALS, n° 145, p. 239. De Vareilles-Sommières, Duguit, Hauriou, Planiol.

(37) Cf. BUFNOIR, *op. cit.*, p. 524.

(38) R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial de Georges Ripert*, Paris, 1984, L.G.D.J., t. 1, 11^e éd., n° 1387, p. 950. — R. RODIÈRE, *Droit commercial, Groupements commerciaux*, Paris, 1980, 10^e éd. par R. Rodière et B. Oppetit, n° 245, p. 266 : « Ce n'est pas au législateur de prononcer des diktats doctrinaux. Sa qualification, ..., est plus une indication qu'une règle normative ». — Et la réponse in J. HÉMARD, F. TERRÉ et P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, Paris, t. III, Dalloz, 1978, n° 256, p. 170. — Comparer R. DEMOGUE, *op. cit.*, p. 228.

et il est probablement souhaitable qu'elle le demeure. C'est sur ce point que la troisième hypothèse de controverse exposée en chaire peut apparaître assez différente.

3. — L'interprétation d'une réforme législative, voire d'une décision jurisprudentielle, peut également être l'occasion de discussions doctrinales de grande ampleur. Ce sont même ces controverses qui ont été les plus nombreuses en droit civil durant les dernières décennies. Il reste que leur signification, et notamment la conception de l'enseignement qu'elles révèlent, diffère de celle des querelles relatives à des solutions ou à des qualifications. Cette fois, en effet, ce n'est plus la préoccupation théorique et le souci d'approfondissement qui provoquent la controverse. C'est l'urgence des besoins de la pratique. Il faut répondre à des questions posées face à l'état nouveau du droit positif. Deux conséquences en découlent. En premier lieu, les controversistes risquent fort de limiter leur argumentation au texte et aux travaux préparatoires sans pouvoir encore étendre la réflexion à une recherche de fondements ou à l'élaboration d'une synthèse. En second lieu, le clivage entre les tenants des différentes thèses peut se faire, moins en considération de la qualité des solutions à appliquer, qu'en raison de positions de principes relatives à la valeur d'ensemble de la loi. Les uns se verront reprocher leur excessive soumission à l'autorité législative dont l'œuvre ne saurait pourtant être confondue avec le droit ; les autres seront parfois coupables de vouloir juger la loi nouvelle à l'aune du droit antérieur dont ils oublieront un peu trop vite les défauts (39). Le lent travail de réception de la réforme dans le droit ne peut se réaliser que par étapes successives ; la controverse qui y contribue ne peut sans doute porter ses fruits les mieux venus qu'après un certain temps d'adaptation et de décantation.

Soit qu'elle porte sur une solution à imaginer, soit qu'elle mette en cause une qualification, soit qu'elle affecte une interprétation, la controverse a pris place dans l'enseignement. Peut-elle en sortir et, dans l'affirmative, pourquoi ?

La fin de la controverse enseignée

C'est dans la détermination des modalités d'évolution des controverses que se révèle une opposition fondamentale entre deux conceptions du droit, c'est-à-dire entre deux conceptions de l'objet de l'enseignement juridique. Pour les uns, la controverse n'aura été que provisoire et ils se réjouiront d'en voir ou même d'en provoquer l'achèvement. Les autres en feront un instrument permanent de la réflexion juridique.

(39) Il est bien difficile d'éviter l'un ou l'autre écueil ; que celui, là encore, qui n'a jamais pêché...

1. — Beaucoup d'auteurs et de professeurs n'exposent les controverses que pour mieux mettre en valeur leur issue. C'est une loi, c'est une décision de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat qui ont tranché : la cause est entendue. Il n'est plus possible de soutenir que la personnalité morale, par exemple, est une fiction dès lors que la Cour de cassation a déclaré, dans un arrêt reconnu comme de principe, que « la personnalité morale n'est pas une création de la loi, qu'elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés » (40). Les exemples abondent de ces controverses tenues pour achevées, devenues par conséquent inutiles sauf pour l'historien du droit.

Et pourtant, il est permis de douter que l'issue d'une controverse juridique puisse être un phénomène aussi univoque, aussi net et aussi définitif. Tout d'abord, certaines discussions particulièrement vives où les arguments les plus serrés s'entrechoquent comme à plaisir, où le combat paraît aussi crucial que sans merci, finissent sans qu'une décision institutionnelle ne l'explique. La querelle de la personnalité morale en donne l'exemple le plus célèbre (41). Faut-il en conclure à la futilité complète de ces controverses ? Ce serait bien imprudent, même si l'application du droit français des personnes morales semble se passer actuellement de toute réponse décisive aux questions sur lesquelles roulait le débat du début du siècle. L'histoire des sciences — songez au trop célèbre phlogistique — montre bien qu'une thèse abandonnée peut retrouver une nouvelle jeunesse après bien des années (42). Une deuxième observation s'impose. D'autres discussions animées s'achèvent dans des conditions non moins troublantes ; les auteurs citent bien une décision pour expliquer « le calme après la tempête », mais il est clair que, compte tenu de la juridiction saisie, compte tenu de la vigueur des argumentations antérieures et compte tenu de la rédaction de l'arrêt, la controverse aurait normalement dû continuer. Voici, par exemple, le débat passionné né, après la réforme du droit des régimes matrimoniaux de 1965, sur la qualification des produits du travail des époux ! C'est un arrêt de Cour d'appel qui « fera cesser la controverse doctrinale » (43) dans laquelle les adversaires s'étaient engagés avec tant de fougue. Pour imposer le silence à une doctrine si fermement arrêtée sur ses divisions, suffit-il vraiment d'une telle décision ? Il est permis d'en douter et de s'enquérir d'une autre signification à donner à l'achèvement de la controverse.

(40) Cass. civ., 2^e sect. civ., 28 janvier 1954, *D.* 1954, p. 217, note G. Levasseur.

(41) E. PISIER-KOUCHNER, « La notion de personne morale dans l'œuvre de Léon Duguit », *Quaderni Fiorentini*, 1982-83, 11/12, t. 2, p. 667.

(42) Th. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, 1962, Paris, 1983, traduction L. Meyer, p. 83 et suiv., 105 et suiv.

(43) G. CORNU, *Les régimes matrimoniaux*, Paris, 1984, 4^e éd., P.U.F., p. 309.

2. — Le débat théorique en matière juridique offre l'irremplaçable avantage de mettre en regard de chacune des solutions imaginables ses avantages et ses inconvénients. Il éclaire donc les divers aspects de la question de droit, en révèle toute la complexité et dégage tous les intérêts en cause. Cette complexité, cette diversité d'intérêts à ménager sont des données permanentes de la recherche du meilleur droit. C'est pourquoi, la controverse est un instrument permanent de cette recherche. Rien ne permet d'affirmer qu'une espèce particulière à venir ne modifiera pas l'ordre des facteurs et surtout leur hiérarchie et ne fera pas apparaître tel inconvénient comme beaucoup moins considérable ; il se peut alors que la solution, apparemment consacrée à l'exclusion de toute autre, soit à abandonner. Elle ne pourra l'être que si les juristes que doivent devenir les étudiants savent retrouver sous toute décision la controverse latente et permanente dont elle est l'issue provisoire et dotée d'une autorité toute relative. C'est parce que de telles circonstances peuvent toujours se rencontrer dans l'application du droit qu'il est généralement fort présomptueux de dire d'une controverse qu'elle a été inutile ; seule la réalité — qui n'en a jamais fini de nous répondre — peut apporter une telle conclusion à un débat juridique de quelque ampleur.

Ces remarques sont-elles tout à fait hérétiques ? Il se peut qu'elles tendent à le devenir en raison de ce « malaise traditionnel » qu'éprouvent les juristes « devant les normes à faible détermination » (44). Ce malaise pourrait bien avoir son origine dans une certaine conception de l'enseignement du droit ; il pourrait être le reflet de celui qu'éprouve l'enseignant contraint de laisser paraître ses propres hésitations, ses propres incertitudes. Assurément, les principes et les brocards sont plus aisés à présenter à un millier d'étudiants condamnés par leur nombre même à la passivité de la prise de notes ; cela ne suffit pas à démontrer qu'ils représentent le meilleur droit, le droit le plus abouti et le plus juste. Bufnoir ne s'y trompait pas qui renonçait purement et simplement à enseigner les dispositions légales les plus précises — celles qui se prêtent le moins à la controverse ou à l'hésitation — ; c'est, semble-t-il par une formule rituelle, aisément reconnaissable par ses étudiants, que « tout ce qui (était) pure réglementation légale (était) écourté, à peine effleuré » (45).

Quel que soit le soin avec lequel le législateur, le juge ou le professeur imagine les formules qui leur servent à exprimer l'état du droit, ils ne peuvent y insérer toutes les considérations qu'il faut sous-entendre pour nuancer le propos et éviter que la règle n'excède

(44) S. RIALS, « Les incertitudes de la notion de constitution sous la V^e République », *R.D.P.* 1984, p. 587 et suiv., et notamment p. 589. — Et bien sûr, du même auteur, ce monument fondamental d'une importance théorique incomparable, *Le juge administratif français et la technique du standard, essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, 1980, L.G.D.J., Bibl. de droit public t. CXXXV, préface P. Weil, *passim*.

(45) Préface à Cl. BUFNOIR, *op. cit.*, p. IV.

les limites de sa raison d'être. Telle idéologie — qui pouvait avoir sa grandeur et même ses avantages pratiques — risque de raidir la formule, d'en accentuer telle ou telle signification ; la théorie de l'autonomie de la volonté n'est pas née autrement. Seule la controverse maintenue en permanence peut éviter que cette idéologie ne pervertisse la règle, n'en détourne la signification, n'en aggrave les inconvénients. Seule la controverse peut aider à retrouver le droit à travers ces principes trop généraux et trop abstraits derrière lesquels il est toujours tentant de l'enfermer. Ce dernier aspect de la discussion doctrinale révèle déjà la signification qu'elle peut revêtir dans l'enseignement du droit.

Signification de la controverse dans l'enseignement du droit

Ce que l'absence ou la présence de la controverse à la chaire montre est loin d'être négligeable. Entre un enseignement qui cherche à transmettre des connaissances et un cours qui expose des controverses, il y a des différences d'objet et de but. Ce qu'il s'agit de savoir, c'est ce qu'enseigne le professeur de droit et pourquoi il l'enseigne. Recourir à la controverse dans l'enseignement du droit, c'est prendre parti sur la nature du droit comme sur la méthode juridique.

La nature du droit

Admettre que l'enseignement juridique doit reposer sur une controverse active et permanente, sur la recherche aussi exigeante que possible de tous les arguments *pro et contra*, n'est pas seulement prendre position sur un type d'enseignement. La place accordée à la discussion, au dialogue des sources et de la réalité, ne peut se fonder que sur une conviction relative à la nature du droit. C'est la part des données scientifiques et des choix politiques, de la loi et du droit en quelque sorte, de la sécurité et de la justice aussi, qu'il s'agit de mesurer.

Engager résolument la controverse, c'est proclamer que le droit ne s'absorbe pas dans des règles ou dans des principes. C'est même la seule façon de le dire de manière à être entendu. Se contenter de l'affirmer dans une introduction de cours plus ou moins abandonnée à la philosophie du droit ne sera d'aucun effet si l'enseignement subséquent n'est consacré qu'à la description de ces règles et de ces principes. Peu importe la définition du droit dictée aux étudiants en début de première année si c'est une autre conception qui se fait jour à longueur de cours et de leçons. L'étudiant ne peut percevoir le droit comme un au-delà des règles que si son horizon juridique quotidien n'est pas limité à des règles présentées comme l'expression définitive et complète du droit.

Engager résolument la controverse, c'est accoutumer les étudiants à cet itinéraire juridique qui doit les conduire sans cesse du général au particulier et du particulier au général. Le choix qui s'offre est ici particulièrement clair. Ou bien l'étude du droit porte sur des décisions — décisions du législateur, décisions du juge — ; ou bien elle part à la recherche de raisons, des raisons de décider. Cette fois encore, il ne suffirait évidemment pas de présenter aux étudiants une belle théorie de la *ratio legis*. L'important est qu'ils ressentent le besoin de se convaincre, le besoin de convaincre de la valeur d'une telle solution. L'important, « l'essentiel pour les débutants est d'apprendre à raisonner, plutôt que d'avoir des raisonnements tout préparés » (46). L'exemple donné par le professeur qui, sur chaque question, s'efforce de découvrir les divers arguments en concurrence est le meilleur qui soit. Il est le seul qui prépare à la pratique d'un droit qui doit demeurer la recherche du juste à la lumière des enseignements historiques, législatifs et jurisprudentiels.

Engager résolument la controverse, c'est enfin engendrer, dans l'esprit des étudiants, l'idée de ce creuset où se forme le droit. Pour qui sait qu'il est un ordre complexe spontanément sécrété par la nature humaine placée dans une situation donnée compte tenu des circonstances matérielles, économiques et sociales, mais aussi des décisions des diverses autorités juridiques, il apparaît clairement que l'exposé d'une règle ne saurait en rendre raison. Pour tenter de le montrer ce droit, il faut le cerner ; il faut s'en approcher progressivement en éliminant tout ce qu'il n'est pas. La conférence des différents arguments est la première étape de ce travail de « déblaiement ». Ce dialogue imite le dialogue que les diverses sources du droit entretiennent pour composer l'ordre juridique ; il est ainsi la meilleure description possible de la formation du droit lui-même. Sa nature étant précisée, la méthode pour le connaître en découle ainsi nécessairement.

La méthode juridique

La célèbre distinction didactique des *Institutes* et des *quaestiones* est-elle anachronique ? Pour le prétendre, il faudrait supposer que quelque changement radical aurait affecté le droit depuis le temps où il fut merveilleusement enseigné selon cette démarche. A cette époque, l'enseignement faisait la part des définitions et des principes, mais aussi celle des questions disputées, des difficultés à résoudre, des controverses.

Les bienfaits d'un tel enseignement sont multiples. Sa vertu est

(46) E. THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, Paris, 1898, Rousseau, préface, p. IV.

de mettre l'accent sur la méthode même que les étudiants devront pratiquer lorsqu'ils seront devenus magistrats, avocats, ou même notaires. Ils peuvent se contenter d'appliquer des solutions antérieurement consacrées par telle ou telle autorité ; chacun sait que leur mission de juriste est autre. Ils ne pourront la remplir que s'ils savent imaginer et apprécier des solutions particulières à chaque espèce envisagée dans sa singularité comme dans sa signification générale. Entraînés à ce raisonnement propre aux juristes, ils sauront demeurer conscients du fonctionnement de cet ordre savant traditionnel que compose l'action coordinatrice de la communauté des juristes sur le droit.

Dotés d'une méthode de travail, ces apprentis juristes sauront résister à la tentation aussi permanente que pernicieuse des recettes. Ils sauront qu'il n'est pas de principe si hautement proclamé qu'il ne comporte ses conséquences douteuses ou perverses. Ils retiendront, par exemple, qu'il ne suffit pas d'interpréter strictement les exceptions pour trouver à coup sûr la bonne ligne de démarcation entre le principe et les règles qui l'écartent. Cette méthode des controversistes est aussi celle qui prépare les futurs magistrats, avocats ou notaires à affronter la foisonnante imagination de la réalité. Devant la circonstance inédite, ils ne chercheront pas en vain l'arrêt de la Cour de cassation qui les dispenserait de réfléchir par eux-mêmes. Ils disposeront des armes qui leur permettront probablement de trouver la moins mauvaise des solutions possibles.

Encore la controverse ne peut-elle rendre tous ces services qu'à une condition irremplaçable ! Elle ne peut être la méthode de recherche du bon droit que si elle est résolument ouverte. Dans la recherche des arguments à conférer, dans son effort pour en apprécier la valeur, le juriste ne peut avoir qu'une devise : « Libre, je suis ». Il est clair que le débat doctrinal ne peut prendre et donner toute sa richesse que si aucune considération n'est *a priori* exclue, rejetée, réprouvée. Par là apparaît que le pire ennemi de la controverse est le positivisme légaliste. En ramenant la discussion à un seul type d'arguments, il condamne les juristes à se soumettre ou à se démettre de leur fonction. Il ravale le droit au niveau d'un simple discours sans lien nécessaire avec une quelconque réalité. Cette réalité prise en compte par des textes serait définitivement et complètement exprimée dans ces textes et rien n'autoriserait à s'enquérir d'une autre réalité que celle retenue par le législateur ou par les juges... Et si l'un ou les autres avait « payé leur tribut à l'erreur » ou à l'ignorance d'un aspect de la réalité... ? Si l'un ou les autres avaient été victimes d'une idéologie réductrice qui les aurait empêchés de voir toutes les raisons de décider, seule la controverse permettrait de retrouver la liberté de rechercher le bon droit. Seule la controverse systématiquement menée et entretenue donnerait aux théoriciens l'occasion de tenir en réserve tous les arguments dont

un praticien aura peut-être besoin quelque jour pour défendre une cause perdue ou pour imaginer un « montage juridique » inusité.

En définitive, l'examen de la place de la controverse dans l'enseignement du droit conduit à une conclusion en demi-teinte et laisse partagé entre la crainte et l'espoir.

La crainte serait de ne plus enseigner que les conclusions partielles et incertaines de controverses qui ne peuvent être closes. La crainte serait que les conditions matérielles de l'enseignement du droit se dégradassent au point que les enseignants en prissent l'habitude et n'en eussent plus peur. La crainte serait qu'il n'y eût plus d'enseignement juridique possible.

L'espoir serait, en revanche, que chacune de nos opinions fût accueillie dans une communauté de savants suffisamment accoutumée à la controverse pour demeurer notre seul critère de vérité. L'espoir serait que cette communauté libre et ouverte à tous les arguments continuât de s'efforcer, par la controverse, de lever, chaque jour un peu plus, un coin du voile qui recouvre à tout jamais la réalité juridique. L'espoir serait enfin qu'entre l'activité permanente de cette communauté de savants et l'enseignement du droit, le passage continuât de se faire insensiblement. La controverse dans l'enseignement du droit, ce n'est peut-être après tout que le droit lui-même dans son enseignement.

Christian ATIAS,
Professeur à la Faculté de droit
d'Aix-Marseille

ANNEXE

Tableau analytique des références citées in C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, Paris, 1968, Durand et Hachette, 666 pages, n. 1 à 202, p. 1 à 182.

AUTEURS CITÉS	NOMBRE DE PARAGRAPHES DANS LESQUELS ILS SONT CITÉS	
	PRO	CONTRA
Auteurs romains (1)	47	3
Travaux préparatoires (2)	5	2
Accarias	1	
Aubry et Rau	13	7
Balde	3	
Barbeyrac	1	
Bédarride	3	
Boullanger	1	

AUTEURS CITÉS	NOMBRE DE PARAGRAPHES DANS LESQUELS ILS SONT CITÉS	
	PRO	CONTRA
Burlamaqui	1	
Brillaud-Laujardière	1	
Championnière et Rigaud	2	
Chardon	3	
Colmet de Santerre (3)	16	3
Coquille	1	
Delvincourt	6	1
Demante (4)	4	3
Despeisses	1	
Domenget	1	
Duranton	28	10
Duvergier	10	4
Frémont	1	
Gauthier-Lachapelle (5)	10	2
Gide	1	
Grotius		1
Henrys et Bretonnier	1	
Huberus	1	
Humbert	1	
Labéon	2	
Larombière	34	10
de Lépine de Grandville	1	
Louet	1	
Marcadé	8	2
Massé et Vergé	11	1
Merlin	9	1
Modestin	1	
Mourlon		1
Pardessus	2	1
Pont	1	1
Pothier	37	4
Puffendorf	2	
Rolland de Villargues	2	
Sacaze	1	
Savigny	6	

AUTEURS CITÉS	NOMBRE DE PARAGRAPHES DANS LESQUELS ILS SONT CITÉS	
	PRO	CONTRA
Solon	1	
Straccha	2	
Surdus	1	
Taulier		1
Thiroux	1	
Thomassius	1	
Toullier	17	7
Troplong	5	5
Valette		1
Vernet	2	1
Voët	1	
Totaux (6)	312	72

	NOMBRE DE PARAGRAPHES COMPORTANT DES CITATIONS D'AUTEURS		NOMBRE DE PARAGRAPHES COMPORTANT DES CITATIONS DE JURISPRUDENCE	
	PRO	CONTRA	SANS DOCTRINE	AVEC DOCTRINE
Chiffres bruts	141	35	8	33
Pourcentage	69,8 %	17,3 %	3,9 %	16,3 %

« Dans les sciences juridiques plus que dans les autres, seule la discussion est féconde, parce que, seule, elle permet de faire sortir de la loi ou de la sentence, les contraires dont elles ne sont que le provisoire repos » (7).

(1) En particulier Ulpian et Cicéron sont cités nominalement à plusieurs reprises.

(2) Les auteurs cités nominalement sont Portalis et Bigot-Préameneu notamment.

(3) Cité seul ou avec Demante.

(4) Cité seul ou avec Colmet de Santerre.

(5) Cité une fois Gauthier tout court.

(6) En nombre d'auteurs nommés.

(7) Jean CARBONNIER, « Le silence et la gloire », *D.* 1951, *Chr.* XXVIII, p. 119.