

LE DROIT SANS DOCTRINE ?

Un droit sans doctrine ? Certains en rêvent ou le prédisent.

Voici ce qu'on trouvait à l'été 2005 dans les premières pages du Dalloz : « *il est toujours plus efficace d'invoquer devant un juge un arrêt récent rendu par l'un de ses pairs, plutôt qu'un avis d'un universitaire qui ne peut plus prétendre à la légitimité intellectuelle sur son seul titre* »¹.

En histoire, cette disparition annoncée, paraît impensable : par définition, il n'y a plus de lois, plus d'arrêts, pas de Traités ou de directives CE. Droit et doctrine sont consubstantiels.

Mais en droit positif ? Après tout, entre le site Internet Légifrance, ceux des Cours juridictionnelles et quelques CD Rom, le tour pourrait être joué, ainsi que le laisse entendre clairement l'article en question. Qu'a-t-on besoin des théoriciens qui « *s'autocélébrent* » ? Pas de jeu narcissique.

C'est une question pour nous faire peur ! Mais ce n'est pas une hypothèse d'école, au moins au sujet de la doctrine savante : il faut prendre la mesure d'un droit de plus en plus prolifique, national et européen, composé d'une foule de textes et d'arrêts, tous publiés dans de nombreuses revues juridiques (elles se multiplient) et disponibles sur CD Rom ou en ligne (« *J'avais trois jours, j'ai eu la réponse en deux heures, pas mal !* », proclame cette publicité pour une base en ligne, mettant en scène un avenant avocat d'affaires).

Bien sûr, il reste des commentaires, mais analytiques ou pire, rédigés par des faux savants qui cherchent à vendre leurs compétences.

Des encyclopédies, des ouvrages pratiques à foison, mais la synthèse, l'histoire du mécanisme étudié, la hauteur de vue, les idées ? Notre article du Dalloz n'en souffle mot.

Il y a une différence majeure entre l'histoire du droit et le droit civil : la première est matière de scientifiques, qui enseignent, cher-

1. C. Bigot, Réflexion d'un avocat sur la professionnalisation des études de droit, D. 2005, p. 1724 ; V. la répartition de J.F. Cesaro, P.Y. Gautier et F. Leduc, Peut-on cesser d'accabler les universités ? D. 2005, p. 2332.

chent et publient des réflexions savantes et utiles pour la compréhension du passé –et du présent.

Le second est entièrement « positif », en ce sens que c'est du droit vivant qui continue à être produit chaque jour par des autorités constituées, Parlement, tribunaux et a vocation à s'appliquer de façon normative, obligatoire, à tous les membres de la Cité, dont l'existence est encadrée par ces normes.

L'histoire du droit est une science doctrinale. Le droit civil est une science, mais surtout une technique. La technique passe avant la science : on pourrait se priver d'articles au Dalloz ou au JCP, mais pas de la loi sur le divorce ou les sociétés simplifiées, ou le licenciement, ni de l'arrêt rendu par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation entre Primus et Secundus.

Alors que la doctrine historique forme par définition sa propre matière d'étude (l'histoire du droit), l'objet d'étude de la doctrine positiviste (le droit positif) est totalement autonome de la doctrine qui l'étudie. Autrement dit, le Droit positif se « fait tout seul », il nous échappe.

En outre, l'explosion des publications juridiques depuis une vingtaine d'années, liée à l'essor constant de la jurisprudence, a entraîné une multiplication corrélative des écrits doctrinaux : pas la moindre décision de la Cour de cassation, qui ne soit commentée dans les semaines qui suivent par au moins quatre auteurs différents, ni de loi, pré-commentée, au stade de l'avant-projet ².

De sorte que l'autorité doctrinale en souffre : inflation, dévaluation.

En 2007, après tout ce qui a été pensé, enseigné et écrit depuis des siècles la doctrine civiliste serait-elle devenue un superflu ? Comme chez nos chers et anciens docteurs de la scolastique médiévale, on commencera par répondre oui (I), puis non, avec notre opinion (II).

Etant au milieu d'historiens, on s'affranchira de toute langue de bois.

Définition *a minima* de la doctrine : c'est une collectivité de penseurs.

2. Nos aînés prenaient leur temps : si on feuillette le Dalloz ou le Sirey, entre 1880 et 1970, il n'est pas rare de voir des arrêts commentés un ou deux ans après qu'ils ont été rendus. Même chose pour les lois. Nos aînés ne se précipitaient pas, mûrissaient leur réflexion. Autres temps...

I : LA DOCTRINE, SUPERFLUE.

On réfléchira dans quatre directions.

L'épuisement des idées. On pourrait commencer par se dire que l'âge d'or de la doctrine est derrière nous. Je ne parle pas des historiens, mais des civilistes. Y a-t-il encore quelque chose à dire et à penser, après Beudant, Planiol, Gény, Capitant, Ripert, etc ?

Il y a quelques années, j'avais rédigé une contribution de *Mélanges* sur « *les articles fondateurs* », publiés sur un siècle à la Revue trimestrielle de droit civil et l'ancienne Revue critique de législation et de jurisprudence, fondée par Demolombe et ses amis ³. Peu d'articles, serrés, écrits dans le marbre, pour les siècles à venir.

Aujourd'hui, c'est un torrent d'articles, toujours sur les mêmes terrains censés valoriser la recherche – premier au palmarès, le droit des obligations : y a-t-il encore quelque chose d'original à dire sur la nature de la responsabilité, l'article 1384 du code civil, les groupes de contrats, l'avant-projet de réforme etc. ? Et pourtant, les articles d'agrégatifs ou de docteurs en mal de CNU continuent à pleuvoir, imperturbablement.

La littérature juridique est devenue souvent indigente : l'avocat qui cherche à se placer pour sa clientèle, le docteur, à être qualifié pour la maîtrise de conférences, le jeune agrégé, à se ranger dans un créneau qui le fera connaître et il l'espère, lui apportera des consultations ⁴.

Et il y a ce mouvement irrésistible, consistant à commenter à chaud et sans la moindre distance intellectuelle, l'actualité juridique. A faire du « journalisme juridique », à coup de scoops ⁵.

Et jouer les faux savants.

Ce n'est pas notre rôle. C'est une activité qui doit être inconcevable pour les historiens !

Si la doctrine consiste à occuper le terrain en lissant sa surface sociale, ainsi que deux éminents auteurs le martèlent depuis quelques années, il vaudrait mieux que le droit se passe de la doctrine ⁶. Au contraire, il convient de mûrir, prendre du recul.

3. *Mélanges Pierre Catala*, Litec 2001, p. 255 s.

4. V. la charge de M. Gobert, *Le temps de penser de la doctrine*, *Droits* 1994, n° 20, p. 97 s.

5. Ce n'est pas pour rien si les nouvelles pages d'actualité, qu'on inaugure les principales revues juridiques périodiques, connaissent un vif succès. Sans même parler des blogs juridiques.

6. Ph. Jestaz et Chr. Jamin, *L'entité doctrinale*, D. 1997, chron. 167 ; et leur ouvrage sur la doctrine, *Dalloz* 2004, p. 171 s. Ainsi que C. Jamin, *La doctrine : explications de texte*, *Mélanges Jestaz*, *Dalloz* 2006, p. 225 s.

Fascinations dangereuses. On range souvent la doctrine dans le tableau des sources du droit, comme une autorité de raison, sage et incitative et évidemment non normative ⁷. Posons une question provocante : aujourd'hui, la doctrine civiliste serait-elle trop en prise avec le juge ? Il y a, entre les auteurs et les magistrats un rapport que certains considèrent comme devenu trop pesant : chacun s'observe et est peut-être trop à l'affût de l'autre. « *Trop d'attention, nuit* », pourrait être la maxime. On décèle un véritable culte de la jurisprudence.

L'attention portée par la Cour de cassation à la communication de ses arrêts (le fameux P+B+R+I sur la première page), la multiplication des colloques qui se déroulent dans ses locaux, montrent que juges et auteurs se donnent un écho mutuel sur les grandes questions juridiques du moment. C'est la Cour de cassation qui nous indique ce qu'elle considère comme arrêts importants et il ne nous reste plus qu'à les commenter.

Avec le risque de tomber dans le travers des arrêts tellement bien faits et généraux, qu'ils confinent aux arrêts de règlement, pourtant prohibés par l'art. 5 c. civ.

Le récent tollé provoqué par le rapport de la commission Molfesis (commandé par le Premier Président de la Cour de cassation), sur la possibilité de revirements de jurisprudence uniquement pour l'avenir, sur telle question de droit, au détriment du demandeur au pourvoi, montre que ce risque n'a rien de théorique ⁸.

C'est une autocritique que nous devons nous faire, au demeurant : ne commentons pas les arrêts comme nous commentons des lois. Les décisions de justice sont rendues entre deux particuliers, sur un litige concret qui les oppose, même s'il doit se trouver régi par une norme juridique. Nous ne sommes pas non plus des faire-valoir.

Relativité de la doctrine. Une des différences essentielles avec les sciences exactes est le caractère relatif des opinions juridiques : je le répète aux étudiants de licence-master-doctorat, à leur plus grand étonnement (scandale) – il est très rare, sur un sujet quelconque, que l'un des débatteurs ait complètement raison et l'autre, complètement tort. Cela encore, est un legs de la scolastique juridique. Il n'existe

7. V. par ex. ; P.Y. Gautier, L'influence de la doctrine sur la jurisprudence, D. 2003, chron. 2839. Comp. G. Canivet, La Cour de cassation et la doctrine, Mélanges Aubert, Dalloz 2005, p. 373 s.

8. Dans les deux sens : les revirements de jurisprudence rétroactifs font beaucoup de bruit et ceux uniquement pour l'avenir, tout autant ! V. P.Y. Gautier, RTD civ. 2005. 159.

aucune vérité absolue, en droit. J'ai mon interprétation, mon point de vue, c'est tout.

Ce n'est pas pour rien que l'interprétation est un des mécanismes les plus fondamentaux du droit, sans laquelle tout ne serait que confusion et obscurité.

Un exemple ? La fameuse querelle, récente, initiée par Jacques Ghestin, qui a reproché à Denis Mazeaud de n'avoir pas compris le sens d'un arrêt, relatif au droit des obligations ⁹.

Arbitre (musclé) : Alain Bénabent, qui a souligné que les deux interprétations se tenaient ¹⁰.

On voit que finalement, les disputes des docteurs du Moyen-Age se poursuivent et se renouvellent, au XXI^e siècle. Simplement, nous sommes devenus des glossateurs... d'arrêts et non point de lois, d'édits ou d'opinions. C'est la seule différence, mais elle est de taille.

Doctrinisme émoué. Dernier point, pas le moins délicat : les émotions de la doctrine – lorsque les auteurs se font moralistes et censeurs, parce qu'un sujet les touche personnellement, dans leurs convictions. Evidemment, on pense à l'arrêt « P... », ayant accepté d'indemniser l'enfant né handicapé à la suite d'une faute médicale, qui a suscité tant de colère dans la majorité des rangs des civilistes, en tout cas de ceux qui se sont exprimés par écrit ¹¹.

La controverse n'est pas la division et encore moins le mépris, ou les arguments vertueusement juridiques.

II : LA DOCTRINE, NÉCESSAIRE.

On vient de voir quelques imperfections. Mais celles-ci justifient-elles que le droit se passe de doctrine ? C'est la négative qui l'emporte. Quelles sont donc les tâches qui la rendent indispensable ?

D'abord, avoir du recul, ordonner, faire prendre de la hauteur, énoncer des idées, suggérer des plans, pour mieux comprendre et restituer les termes d'un problème et la solution logique et simple qui peut lui être donnée.

9. Ghestin, D. 2004, chron. 2239, Mazeaud, *ibid.*, Jur. 1754, sur Civ. 1^e, 16 mars 2004. Il s'agissait de la question technique de savoir comment interpréter un arrêt qui contenait une incidente, pas très claire, sur le possible devoir de renégociation dans le contrat, lorsque celui-ci devient déséquilibré au détriment d'une partie, imprévision.

10. Doctrinisme ou Dallas ? D. 2005, p. 852. Un titre qui fera fortune, c'est sûr !

11. V. Notes autour de l'affaire « P... », *Droits* 2002 (n° 35), p. 147 s. ; V. égal. P. Théry, Un grand bruit de doctrine, Autour de Michelle Gobert, *Economica* 2004, p. 113 s.

Prendre son temps, aussi, ainsi qu'il a déjà été remarqué.

Un autre point essentiel, pont avec nos collègues historiens : énoncer systématiquement auprès des étudiants et des lecteurs les origines, l'étymologie, les évolutions du mécanisme de droit positif qu'on examine, à l'occasion d'une loi ou d'un arrêt.

Le « droit savant », comme disait Bruno Oppetit, ne s'arrête pas aux thèses, exercices obligés, mais doit prospérer y compris dans le plus petit commentaire sur la révision du loyer du bail commercial ou les obligations du franchiseur.

Savant n'étant en rien synonyme de théoricien et de sexe des anges.

Insistons sur la fonction d'ordre : à l'heure où les sources du droit sont devenues si foisonnantes, diverses, nationale (lois, ordonnances, arrêts) et européenne (tout le droit dérivé communautaire et les interminables arrêts de la CJCE ; les décisions longues et délicates de la CEDH), il ne sert à rien de disposer de superbes moteurs de recherche pour savoir tout sur tout, en temps réel.

Il serait souhaitable que la doctrine influe à nouveau sur la confection de la loi. Il y a des signes positifs ¹². A cet égard, elle ne doit pas se contenter du seul dialogue avec le juge.

La jurisprudence, notamment est devenue si massive et envahissante que ceux qui rendent les arrêts ont à peine le temps de vérifier ce qu'ont écrit leurs aînés. C'est frappant, lorsqu'on fait sa propre recherche approfondie, en passant non par le Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, mais par les manuels de la doctrine.

Les juges ont également besoin de mesurer la portée de leurs arrêts, ce que la Cour de Strasbourg, par exemple, ne mesure pas toujours ¹³.

Le juriste de base, au barreau, au Palais, dans les entreprises, a besoin qu'on l'aide à y voir clair. L'information, il l'a (bientôt sur son téléphone mobile !) C'est l'analyse qui lui est précieuse et la mise en perspective.

Le droit sans rationalité ni cohérence n'est plus du droit. L'impressionnisme convient à la peinture, mais pas au droit.

La doctrine doit reprendre son emprise intellectuelle, en tant qu'elle esquisse des théories générales, donne des explications, ratio-

12. Textes du code civil sur la preuve électronique, sur les successions, les sûretés, la fiducie, les obligations.

13. V. par ex. son incroyable arrêt légitimant sur le principe les pratiques sado-masochistes entre adultes consentants : CEDH 17 févr. 2005, RTD civ. 2005. 341, obs. J.P. Marguénaud, D. 2005, chron. 2973 de M. Fabre-Magnan.

nalise la vie juridique ; à l'inverse, il convient d'éviter de légitimer ce qui ne le mérite pas. Pourquoi aurions-nous honte de ces fonctions de logique juridique et d'encadrement intellectuel ?

Parfois, la Cour de cassation reprend textuellement la doctrine. Un exemple récent, au sujet de l'interprétation stricte des lois et de la maxime *exceptio est strictissimae interpretationis* : Gérard Cornu, dans son Précis de droit civil, est un des rares auteurs à avoir considéré qu'il ne faut pas appliquer ce principe trop brutalement, parce que les exceptions sont elles-mêmes parfois des règles supérieures : « une exception... mérite d'être appliquée dans toute la mesure de sa raison d'être »¹⁴.

Et voici un arrêt rendu le 14 juin 2005 par la Cour de cassation, au sujet des exceptions du code de la prop int. : « l'application stricte d'une disposition dérogatoire n'exclut pas qu'elle soit faite dans toute la mesure de sa raison d'être »¹⁵.

La doctrine, ce n'est pas seulement l'ordre, c'est aussi la liberté et la distance : quelle serait la hauteur de vue de la jurisprudence, sans elle ? De même, elle joue un rôle de contre-pouvoir. Qu'on vérifie par exemple ce qui se passe en droit fiscal, ou en droit social, ou douanier, etc. Par le biais des circulaires, notamment, c'est l'administration qui occupe pratiquement tout le terrain et secrète sa propre doctrine. La doctrine, comme rempart intellectuel, de balance et d'équité.

Attention : la doctrine ne doit pas se confiner dans les notes d'arrêts, les articles périodiques ou la collaboration aux encyclopédies, ou bien aux colloques, devenus omniprésents, envahissants et dont certains sont un peu vains, car on n'y apprend pas grand-chose.

Les manuels, précis, traités, sont les endroits où l'on trouve la science du droit. Les derniers territoires de la doctrine savante. Il convient absolument de les conserver et les éditeurs juridiques doivent mesurer la responsabilité intellectuelle et morale considérable, qui est la leur à cet égard.

Faites un simple exercice : cinq thèmes de recherche, sur des sujets un peu pointus. Et comparez les résultats, après avoir utilisé deux encyclopédies et trois manuels, dans la matière concernée. Cela vaut non seulement pour les idées, mais encore pour les mises à jour.

14. G. Cornu, Droit civil, T. I, 12^e éd., Domat-Montchrestien 2005, n^o 417.

15. Civ. 1^e, 14 juin 2005, D. 2005, Jur. 1869, avis. J. Sainte-Rose. En 2000, j'avais de la même façon retrouvé dans un arrêt de cette même chambre une citation littérale de Planiol et Ripert, relative à l'usufruit, que j'avais reproduite dans un de mes Manuels (V. P.-Y. Gautier, Propriété littéraire et artistique, 5^e éd., PUF 2004, n^o 224, avec les réf.)

Autre test : nous utilisons encore couramment le *Traité de Planiol*, le *Cours d'Aubry et Rau*, etc., alors qu'ils ne sont plus à jour depuis cinquante ans pour l'un, quarante pour l'autre.

Parce qu'en matière d'idées, d'intelligence, d'histoire, le vieillissement est extrêmement lent.

Comparez avec l'édition d'une encyclopédie, qui a plus de trois ans.

Le temps où Isambert ou Duvergier réunissaient de façon méthodique les lois des temps passé où présent, où Labbé, Beudant et Planiol commentaient les arrêts marquants, où Bartin mettait trente ans pour achever la nouvelle édition d'Aubry et Rau, est résolument révolu.

Mais cela ne veut pas dire qu'il faille sombrer dans la nostalgie du passé, rien n'est perdu !

Ainsi et au total, on voit se dégager de nombreux points communs entre les doctrine civiliste et historienne.

Ce qui les réunit : le culte des anciens, parce qu'ils étaient sages (pas tous) et ont beaucoup à nous apprendre, l'enthousiasme pour la recherche, le service de l'intérêt général. Le succès d'un ouvrage récent d'histoire du droit, très consulté par les positivistes, montre qu'un droit sans doctrine, donc sans histoire, est un droit sans âme, sans fondements, sans perspective ¹⁶.

La doctrine est une « *puissance logique* » (J.J. Bienvenu), elle « *donne à penser* » (J.L. Souriou), au-delà des solutions ponctuelles et analytiques ¹⁷. Elle constitue une « *expertise* » (O. Gohin), esquissant des concepts et des fondements dans le ciel du droit, destinés à éclairer ceux qui le font, entre idéal et utilitarisme.

Pierre-Yves Gautier,

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

16. J.Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit privé*, Dalloz 2002.

17. V. égal. L. Aynès, *Liber amicorum Philippe Malaurie*, Defrénois 2005, p. VIII, au sujet du dédicataire : « mouvement permanent de l'intelligence, qui cherche à éclairer les situations, les règles, les attitudes, tendue vers un impossible achèvement ». F. Terri, *La doctrine de la doctrine*, Etudes Simler, Litec-Dalloz 2006, p. 59 s.