

Nader Hakim

## **Droit privé et courant critique : le poids de la dogmatique juridique<sup>1</sup>**

Existe-t-il un courant critique en droit privé aujourd'hui ? Cette question peut sembler à la fois innocente et provocatrice. D'aucuns s'exclameront qu'il y a de toute évidence un courant critique puisqu'ils sont là, et que leurs travaux témoignent de la vitalité et de l'importance d'un tel mouvement. Il apparaît cependant que cette réalité toute subjective, et somme toute circonscrite à quelques individus, n'enlève rien à la possibilité de poser une telle question. Une simple enquête auprès de privatistes de plusieurs générations, de diverses spécialités et d'orientations politiques variées laisse en effet dubitatif sur l'importance, ne serait-ce que quantitative, de telles perspectives critiques, et donne à penser qu'il existe un certain consensus sur la rareté de ce type d'études à l'heure actuelle.

Il est ainsi possible de constater que les préoccupations doctrinales sont souvent bien éloignées d'une critique du droit systématisée et érigée en méthode. Le droit positif en expansion constante et en spécialisation croissante accapare de toute évidence une part substantielle du travail d'une doctrine privatiste qui peut sans doute être comparée en la matière à sa consœur publiciste. S'il faut remarquer un regain d'intérêt pour la pratique d'une certaine forme de controverse, de la théorie ou encore de l'histoire doctrinale, le passage au crible d'une rationalité critique ne semble pas être une priorité évidente (et majoritaire) au regard de la littérature juridique récente.

Il faut toutefois s'entendre sur les expressions « critique » et « courant critique ». Il ne s'agit certainement pas de nier l'existence d'opinions critiques ou de postures critiques au sein de la doctrine privatiste. Ces dernières semblent *a priori* aussi nombreuses aujourd'hui qu'hier, et elles sont d'ailleurs présentées comme une caractéristique majeure de la pensée juridique. Les auteurs d'aujourd'hui peuvent ainsi affirmer à raison que l'une de leurs fonctions essentielles est de produire des analyses et des opinions sur le droit. De plus, ces opinions sont jugées critiques dans la mesure où la liberté doctrinale permet de ne pas être en accord tant avec le reste de la doctrine qu'avec les normes produites par les sources de type législatif ou jurisprudentiel. Il faut toutefois d'ores et déjà noter que de telles opinions critiques restent des opinions juridiques, dans le sens où elles sont exprimées d'un point de vue interne au champ juridique.

Or, il n'en est pas de même pour les perspectives ou analyses prenant appui sur un point de vue externe, comme par exemple les critiques formulées sur la base de la grille d'analyse offerte par le matérialisme historique et dialectique ou par la sociologie générale. C'est donc au sujet de ces dernières critiques, celles qui remettent en cause la rationalité juridique, celles dont la volonté réformatrice est la plus évidente, que le constat d'un relatif silence actuel peut être formulé<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Article paru dans *Le droit en révolution(s). Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours*, sous la direction de X. Dupré de Boulois et M. Kaluszynski, Paris 2011, p. 78 et suiv.

<sup>2</sup> Cf. Philippe Jestaz et Christophe Jamin, *La doctrine*, Paris 2004, p. 155 ; Jean-Louis Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Paris 2001, nos 200-206, p. 291-301 ; Jacques Caillosse, « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs », *Droit et société*, n° 26, 1994, not. p. 130 ; Christian Atias, « Debout les ouvriers du droit ! Autorité et poids de la doctrine », dans *Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Paris 2005, n° 17, p. 270.

Quant à savoir s'il existe actuellement un « courant critique », il semble qu'une telle référence en droit privé soit, en partie au moins, devenue une question d'histoire du droit. Parfois avec regret et nostalgie, parfois également avec mépris, la référence à un tel « courant critique » renvoie à une période clairement délimitée comprise entre le milieu des années 1970 et la fin des années 1980.

Cette période n'est bien évidemment pas la seule à pouvoir être considérée comme un moment critique dans l'histoire de la pensée juridique, ne serait-ce que si l'on considère la seule histoire contemporaine. Le tournant des xviii<sup>e</sup> et xix<sup>e</sup> siècles et ses essais de « science de la législation »<sup>3</sup>, les années 1820-1830, notamment avec le groupe réuni autour de la *Thémis*<sup>4</sup>, ou encore la Belle Epoque, marquée par une intense réflexion méthodologique faisant écho aux grands problèmes sociaux et politiques du temps<sup>5</sup>, peuvent assurément être considérés comme des épisodes pendant lesquels diverses perspectives critiques du droit ont été développées avec des succès variables. L'après Seconde Guerre mondiale peut également être considérée comme propice au renouvellement critique, notamment avec le développement au sein des facultés de droit de la sociologie, avec le rôle que l'on connaît de Jean Carbonnier, mais également de l'histoire, de la théorie, de l'épistémologie et de la philosophie du droit dont l'un des mérites, et non des moindres, est de poser clairement le problème de la neutralité du droit et celui de ses présupposés philosophiques, sans oublier quelques travaux nourris par la psychanalyse<sup>6</sup> ou l'ethnologie<sup>7</sup>.

Il n'en demeure pas moins que la référence au « courant critique » reste aujourd'hui relativement univoque<sup>8</sup> et renvoie au projet porté par les auteurs réunis autour de la revue *Procès. Cahiers d'analyse politique et juridique* publiée de 1978 à 1990. Faisant écho avec quelque retard au mouvement qui anime les sciences sociales bousculées par de profonds courants critiques<sup>9</sup>, ce groupe de juristes, somme toute très minoritaire, a entendu adopter une démarche nourrie par la pensée politique, spécialement le marxisme. Des manifestations scientifiques et des études critiques inspirées d'une approche matérialiste et dialectique ont alors vu le jour, dans le prolongement des travaux d'inspiration marxiste

---

<sup>3</sup> Frédéric Audren, *Les juristes et les mondes de la science sociale en France. Deux moments de la rencontre entre droit et science sociale au tournant du XIX<sup>e</sup> siècle et au tournant du XX<sup>e</sup> siècle*, thèse droit Dijon, dactyl., 2005, p. 25 et s.

<sup>4</sup> Cf. not. l'article introductif de Léopold Warnkoenig, « De l'état actuel de la science du droit en Allemagne... », *Thémis*, tome 1, 1819, p.7-24 et Athanase Jourdan, « Coup-d'œil sur l'Histoire de la Science du Droit en France... », *Thémis*, tome 2, 1820, p.79-80. Comp. avec Eugène Lerminier, *Introduction générale à l'histoire du droit*, Paris 1829, p. 26.

<sup>5</sup> Outre les travaux antérieurs d'Emile Acollas, nous pouvons citer ceux de René Demogue, d'Emmanuel Levy, de Henri Lévy-Ullmann, de Paul Pic, d'Edouard Lambert ou encore d'Edmond Thaller. Sur la question, cf. not. Christophe Jamin et Pierre-Yves Verkindt, « Droit civil et droit social : l'invention du style néoclassique chez les juristes français au début du xx<sup>e</sup> siècle », dans *Le droit civil, avant tout un style ?*, sous la dir. de Nicholas Kasirer, Montréal 2003, p. 101-120 ; Nader Hakim et Fabrice Melleray (dir.), *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du xx<sup>e</sup> siècle*, Paris 2009.

<sup>6</sup> Cf. les travaux précurseurs de Pierre Legendre et ceux de Marcela Iacub.

<sup>7</sup> Cf. not. Gilda Nicoleau, Geneviève Pignarre et Régis Lafargue, *Ethnologie juridique. Autour de trois exercices*, Paris 2007.

<sup>8</sup> Cf. Michel Miaille, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris 1993, v<sup>o</sup> Critique du droit.

<sup>9</sup> Sur ceux-ci, cf. not. Paul Claval, *Les mythes fondateurs des sciences sociales*, Paris 1980, p. 205-225.

de l'après-guerre<sup>10</sup>.

Dans le domaine du droit privé, plusieurs catégories d'œuvres peuvent être distinguées. Les premières concernent logiquement le droit social<sup>11</sup>, discipline qui depuis ses origines fait l'objet de démarches variées et critiques. La deuxième regroupe un ensemble parfois qualifié de droit économique<sup>12</sup> dans lequel on retrouve classiquement le droit commercial et, plus particulièrement, le droit des entreprises en difficulté<sup>13</sup>. Moins nombreuses sont les études consacrées au droit des biens, au droit des contrats, à la responsabilité ou au droit des obligations<sup>14</sup>. Plus rares encore sont les études prenant pour objet le droit de la famille, droit pourtant éminemment politique, peut-être parce qu'il n'est pas en prise directe avec la lutte des classes. Enfin, d'autres études forment un ensemble plus hétéroclite comprenant des travaux sur la jurisprudence<sup>15</sup>, la philosophie du droit<sup>16</sup>, la sociologie juridique<sup>17</sup>, l'enseignement du droit<sup>18</sup> ou encore des essais sur le droit privé<sup>19</sup>.

L'objet de la présente contribution n'est pas toutefois de présenter un panorama complet des idées et des travaux produits par ce « courant critique » en droit privé. Plus modestement il est de tenter de comprendre les raisons de ce qu'il est possible d'appeler l'échec de ce mouvement dont l'ambition n'était rien moins que de réformer la science juridique en rompant les barrières traditionnelles qui la séparait des sciences sociales en

---

<sup>10</sup> Cf. not. les travaux de Gérard Lyon-Caen qui se joint d'ailleurs au mouvement « critique du droit » et ceux de Bernard Edelman.

<sup>11</sup> En la matière, cf. les travaux d'Antoine Jeammaud, notamment dans *Procès. Cahiers d'analyse politique et juridique* (dorénavant *Procès*) et « Propositions pour une compréhension matérialiste du droit du travail », *Droit social*, n° 11, novembre 1978, p. 237-345 et Francis Collin (*et alii*), *Le droit capitaliste du travail*, Grenoble 1980.

<sup>12</sup> Cf. Gérard Farjat, *Pour un droit économique*, Paris 2004. Cf. également Bernard Grelon, « Réflexion sur les sources du droit économique », *Procès*, n° 7, 1981, p. 61-70.

<sup>13</sup> Les travaux de Michel Jeantin sont ici nombreux. Cf. not. les différentes éditions de ses ouvrages *Droit commercial*, Paris 1988 ; *Droit des sociétés*, Paris 1989. Cf. également Laurence Boy (*et alii*), *Droit des faillites et restructuration du capital*, Grenoble 1982, ainsi que les travaux davantage sociologiques de Yves Dezalay et Alain Bancaud not.

<sup>14</sup> Cf. not. Gérard Farjat, *Droit privé de l'économie – Théorie des obligations*, Paris 1975. Cf. également les cours polycopiés de Michel Jeantin, Id., « Pour une approche critique du droit des biens... », *Procès*, n° 5, 1980, p.69-76 ; Antoine Jeammaud, « Philosophie de la responsabilité... », *Procès*, n° 3, 1979, p. 149-165 ; Guilhem Dezeuze, « A partir d'un objet archéologique, l'ordre naturel et la propriété », *Procès*, n° 11/12, 1983, p. 147-151.

<sup>15</sup> Cf. surtout Evelyne Serverin, « Les recueils d'arrêts et la jurisprudence. Pour une approche informationnelle du système juridique », *Procès*, n° 3, 1979, p. 1-49 ; *De la jurisprudence en droit privé : théorie d'une pratique*, pul, 1985.

<sup>16</sup> Outre les nombreux travaux d'André-Jean Arnaud, cf. la revue *Procès*.

<sup>17</sup> Cf. not. les études d'Evelyne Serverin et d'André-Jean Arnaud.

<sup>18</sup> Cf. les études d'André-Jean Arnaud dont *Les juristes face à la société, du XIX<sup>e</sup> siècle à nos jours*, Paris 1975 ; Jean-Jacques Gleizal, « La formation des juristes dans l'État français », *Procès*, n° 3, 1979, p. 50-77 ; Michel Miaille, « Sur l'enseignement des Facultés de droit en France », *ibid.*, p. 78-107 ; Jacqueline Gatti-Montain, *Le système d'enseignement du droit en France*, Lyon 1987.

<sup>19</sup> Cf. Géraud de La Pradelle, *L'homme juridique : essai critique de droit privé*, Grenoble 1979. On peut également citer ici certaines introductions générales au droit : Id., *Essai d'introduction au droit français*, Nanterre 1990 ; Michel Miaille, *Une introduction critique au droit*, Paris 1976. Cf. également, en marge du « courant critique », Suzanne Dalligny, *Essai sur les principes d'un droit civil socialiste*, Paris 1976 (thèse sous la direction de Jean Carbonnier).

particulier, et du politique en général.

En l'occurrence, une notion clef semble pouvoir permettre de rendre compte de l'hétérodoxie, voire du caractère iconoclaste, de ce mouvement réformiste, et donc du fait que la pensée juridique privatiste reste globalement réfractaire aux tentatives de renouvellement.

Cette notion est la dogmatique juridique que pratique quotidiennement la plupart des juristes et qui reste, aujourd'hui encore, inscrite au cœur du « modèle »<sup>20</sup> dominant de la pensée juridique française. Si les définitions de la dogmatique juridique sont diverses, celle-ci repose globalement sur l'admission de certains principes centraux. On peut objecter que la dogmatique n'est que le « domaine de la science du droit consacré à l'interprétation et à la systématisation des normes juridiques »<sup>21</sup>. Cependant, il est possible d'affirmer, avec Christophe Jamin et Philippe Jestaz, qu'elle est aussi et peut-être surtout l'« étude savante, raisonnée et construite du droit positif sous l'angle du devoir-être, c'est-à-dire de la solution souhaitable et applicable »<sup>22</sup> ou le « droit vu de l'intérieur ». Allant plus loin, Antoine Jeammaud y voit « l'activité de présentation synthétique et acritique du droit positif »<sup>23</sup>.

Il faut donc retenir qu'il s'agit d'un discours ayant une fonction pratique qui se situe d'emblée dans le champ juridique et dont la finalité est, pour les praticiens, de déterminer quelles sont les normes applicables et, pour la doctrine, d'accomplir un travail de systématisation<sup>24</sup>. La dogmatique est d'ailleurs présentée comme étant naturelle, puisqu'elle résulte directement de la nature du droit lui-même et est la simple conséquence des modes de production des règles juridiques. Elle est ainsi l'activité normale du juriste et constitue de la sorte le paradigme légitime qu'une large part des privatistes, à la différence de certains publicistes, présente souvent comme la science du droit elle-même<sup>25</sup>.

La dogmatique tend alors à se confondre avec les méthodes des juristes. Elle peut ainsi être assimilée au *modus operandi* du discours juridique et repose sur un certain nombre de croyances auxquelles s'attaquent inmanquablement les perspectives critiques de type externe. S'il ne s'agit pas de dogmes, il semble que cette dogmatique véhicule un régime de la vérité. Elle fixe alors les modalités d'expression de la doctrine et donc toute une typologie des arguments recevables dans ce champ. La dogmatique juridique est ainsi déterminée par la langue des juristes, leur culture et donc l'histoire de la pensée juridique. Son respect garantit une certaine orthodoxie, liée tant aux modes de production du droit

---

<sup>20</sup> Outre l'ouvrage précité de Philippe Jestaz et Christophe Jamin, cf. de ce dernier « La construction de la pensée juridique française : interrogations sur le modèle original à l'aune de son anti-modèle », dans *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris 2006, p. 501-517. Comp. avec Jean Carbonnier, *Droit civil. Introduction, les personnes*, 18<sup>ème</sup> éd., Paris 1990, n° 28, p. 66.

<sup>21</sup> André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique...*, *op. cit.*, v° Dogmatique juridique.

<sup>22</sup> *Op. cit.*, p. 172. Pour d'autres définitions, cf. not. Chaïm Perelman, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris 1979, n° 16, p. 25 ; François Ost et Michel van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, 1987, p. 98 ; Dominique Gros, « Le statut des juifs... », dans *La violence politique dans les démocraties européennes occidentales*, sous la dir. de Ph. Braud, Paris 1993, p. 165.

<sup>23</sup> « Droit du travail et/ou droit du capital », *Procès*, n° 2, 1978, p. 26.

<sup>24</sup> Michel Troper, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », dans *Théorie du droit et science*, sous la dir. de Paul Amsselek, Paris 1994, p. 219.

<sup>25</sup> Sur ce point, comp. avec Michel Troper, « Le constitutionnalisme entre droit et politique », dans *Droit et politique*, curapp, Paris 1993, p. 94 ; Jacques Chevallier, « Science du droit et science du politique, de l'opposition à la complémentarité », même ouvrage, p. 252, et, *Id.*, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et société*, n° 50, 2002, p. 103-119.

qu'aux pratiques doctrinales admises.

Analyser la relation entre doctrine privatiste et « courant critique » revient alors à interroger le fonctionnement de cette dogmatique ou, du moins, certains principes de celle-ci. Il semble en effet que la réception d'un courant critique, quel qu'il soit, suppose possible à la fois l'ouverture du champ de la dogmatique et l'admission du rôle politique et social du juriste. Autrement dit, cela implique, ne serait-ce que partiellement, d'admettre l'absence d'autonomie du droit et de la pensée juridique et l'absence de neutralité de l'un comme de l'autre.

Il apparaît en effet que, d'une part, autonomie et neutralité agissent comme autant de « certitudes scientifiques » qui immunisent la pensée juridique et lui permettent de demeurer à la fois légitime et efficace et que, d'autre part, le « courant critique » a ses fondements hors du droit ou du moins hors de la rationalité juridique traditionnelle, ce qui fait de lui un courant de type externe<sup>26</sup>. Cela ne signifie nullement que ses acteurs sont hors de la doctrine et de la pensée juridique, mais que leur source d'inspiration et leur modèle sont extérieurs, comme l'ont été d'ailleurs toutes les influences philosophiques et religieuses avant qu'elles ne soient reçues par la pensée juridique et donc considérées comme internes...

Quoi qu'il en soit, sans confondre une dogmatique considérée comme le fonctionnement normal de la pensée juridique et un dogmatisme qui demeure une anomalie, sans admettre non plus que le marxisme détient une sorte de monopole de la réflexion critique, il est possible de considérer qu'autonomie et neutralité structurent une pensée, par nature, réfractaire au « courant critique ».

## I/ L'autonomie du champ juridique

Que le droit repose sur la nature ou sur un ordre normatif hiérarchisé lié à l'existence de l'Etat, les juristes ont très souvent la conviction que le système juridique est autonome. Si nul ne nie l'évidente porosité fondamentale, mais seulement initiale, des sphères politiques et juridiques ou le jeu des influences respectives des savoirs scientifiques, il n'en demeure pas moins que le champ juridique est le plus souvent clairement isolé des sciences sociales et politiques. Assurément utile, ne serait-ce que d'un point de vue didactique ou professionnel, cette délimitation est si visible que l'on peut affirmer sans peine son efficacité épistémologique. Parler du droit n'est pas discourir d'autre chose que des règles du droit positif au risque de perdre tout crédit scientifique, et les programmes des facultés de droit n'admettent cette « autre chose » que dans le cadre d'unités d'ouverture qui confinent souvent au tourisme intellectuel et qui ne sont que trop rarement présentées comme un approfondissement disciplinaire.

Si la frontière est ténue entre identité et autonomie, il n'en demeure pas moins que loin de s'atténuer cette dernière reste affirmée avec force, rendant ainsi plus que délicate la posture de ceux qui, *a contrario*, souhaitent rompre ce qu'ils considèrent comme un isolement préjudiciable aux juristes. Cette autonomie nous semble comporter deux aspects complémentaires : le premier est politique et le second méthodologique.

Nous retrouvons ici l'ancienne distinction fondatrice entre droit et politique, partiellement et indirectement fondée sur la distinction chère au positivisme selon lequel il

---

<sup>26</sup> Cf. « But de la revue », *Procès*, n° 1, 1978 ; Michel Miaille, « La critique du droit », *Droit et société*, n° 20-21, 1992, p. 73-87.

faut distinguer la création et l'application du droit<sup>27</sup>. En l'occurrence, les privatistes s'inscrivent dans le droit fil de leurs devanciers du XIX<sup>e</sup> siècle dont l'œuvre n'a été possible qu'en distinguant les codes de leur contexte politique.

Aussi Jacques Chevallier peut-il noter à raison que ce type de positivisme, dont il faut remarquer qu'il n'a bien souvent qu'un lointain rapport avec les positivismes issus des grandes théories contemporaines, «exclut toute interrogation sur le processus de production du droit et présuppose une dissociation complète entre le monde du droit et l'univers politique»<sup>28</sup>.

Le problème essentiel n'est donc pas fondamentalement que le marxisme annonce la fin du droit, comme on ne cesse d'ailleurs de le rappeler, mais bien que la posture critique qu'il entend promouvoir n'est pas recevable en tant que telle en ce qu'elle excipe de titres inadmissibles. Il ne s'agit donc pas seulement d'objecter au «courant critique» que les privatistes sont par tradition hostiles à l'État et à l'interventionnisme de celui-ci<sup>29</sup>, mais bien de constater la pérennité d'une autonomie du droit face aux territoires impurs du politique et de l'économique<sup>30</sup>.

Or, l'un des premiers objectifs du «courant critique» est de mettre fin à cette dichotomie centrale pour «défaire et donner à voir fonctionnement de l'État et fonctionnement du droit»<sup>31</sup>. Le but est donc de montrer l'immersion complète du droit dans les sphères du politique et de l'économie. Il est ainsi immédiatement question d'intégrer à l'analyse des considérations extérieures, voire d'effectuer cette analyse à partir d'une grille étrangère au droit, en l'occurrence le marxisme.

On peut ainsi lire qu'il faut une «appréhension globale du juridique qui, d'un point de vue matérialiste historique, ne peut prétendre être scientifique qu'en renonçant à la prétention d'une connaissance limitée au droit et d'un droit en soi»<sup>32</sup>. Derechef, toute question juridique est alors posée dans son contexte social, politique et économique.

Il faut alors constater la réaction quasi-épidermique des privatistes face à une telle démarche, *a fortiori* lorsqu'elle se réclame du marxisme. L'analyse devient ainsi inaudible pour ceux qui considèrent le plus souvent le droit comme le fruit d'un consensus, d'une tradition et d'un équilibre nécessaire<sup>33</sup>. Ce point de vue commun constitue en réalité une fin de non-recevoir au «courant critique», puisqu'il situe le droit dans un champ distinct de celui du politique.

L'exigence de modération du propos, propre aux énoncés de la dogmatique juridique, vient ici illustrer cette distance face aux idéologies. Lorsque la référence au solidarisme est parfois considérée avec suspicion et lorsque celle faite au socialisme décrédibilise un travail académique, l'intrusion d'une analyse marxiste ne peut que ruiner la pertinence «juridique» des critiques formulées, et donc des opinions proposées.

On peut d'ailleurs aller plus loin et souligner que cette dichotomie dissimule mal ce que l'on pourrait appeler une «haine du politique» assez fréquente parmi les privatistes.

---

<sup>27</sup> Sur ce point, cf. notamment Michel Troper, «Le constitutionnalisme...», *op. cit.*, p. 87.

<sup>28</sup> «Science du droit...», *op. cit.*, p. 253.

<sup>29</sup> Cf. par exemple Albert Brimo, *Les grands courants de la philosophie du droit et de l'État*, Paris 1967, p. 241.

<sup>30</sup> Cf. not. Jacques Commaille, *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la dir. de D. Alland et St. Rials, Paris 2003, v<sup>o</sup> Droit et politique.

<sup>31</sup> «But de la revue», *op. cit.*

<sup>32</sup> Antoine Jeammaud, «Droit du travail...», *op. cit.*, p. 19.

<sup>33</sup> Outre la majorité des manuels, cf. Jean-Louis Bergel, *Théorie générale du droit*, 4<sup>ème</sup> éd., Paris 2003, p. 29.

Nous retrouvons ainsi une attitude ancienne selon laquelle le phénomène juridique est fondamentalement distinct des contingences méprisables. Phénomène considéré comme universel ou universalisable, reposant sur une tradition romano-canonique indiscutable, le droit échappe de la sorte à l'incertitude et à l'ambivalence des luttes politiques et supporte mal de voir rappeler les conflits et les enjeux qui le sous-tendent. Sans ignorer ces réalités, la doctrine tend alors à les sublimer en s'attelant aux tâches qui sont les siennes dans la tradition juridique.

Il est certes possible d'opposer ici la prise en compte consciente et revendiquée des réalités économiques et sociales, des revendications et des idées de l'interprète, notamment en droit social. Il semble cependant indéniable que la distinction entre le droit et le politique reste une frontière fondatrice de l'identité même du droit privé. Que penser alors de la place de ceux qui souhaitent constituer une « science de l'État, mieux encore, une science du politique qui rende enfin possible une science du droit »<sup>34</sup> ?

La problématique même du courant critique conduit alors à poser la question d'un renouvellement des méthodes et des concepts fondamentaux. Le but affiché est bien en effet de modifier la pratique des juristes en vue d'une transformation juridique de la société.

Or, pour ce faire, c'est toute une œuvre de dévoilement du non-dit de la dogmatique juridique qui est entreprise. Cette œuvre débute d'ailleurs par une réflexion sur les principes d'analyse, avant d'entamer toute réflexion critique<sup>35</sup>.

En la matière, la question du dépassement des spécialités et des disciplines, notamment de la séparation entre droit privé et droit public, est incontournable. Certaines analyses critiques, comme celles de Michel Jeantin, montrent que ces distinctions propres au droit sont susceptibles de dissimuler la réalité politique, sociale ou économique. C'est le cas par exemple de la distinction entre sociétés civiles et sociétés commerciales<sup>36</sup>, ou du droit des obligations devant être présenté « sans souci de la distinction du droit privé et du droit public afin de vérifier les postulats de l'analyse matérialiste du droit »<sup>37</sup>.

Pourtant, force est de constater que, malgré les phénomènes d'influences réciproques, les disciplines demeurent séparées, ne serait-ce que pour garantir la défense de savoirs acquis qui sont des ressources sociales<sup>38</sup> ou une forme de capital social qu'il s'agit de protéger face à la concurrence<sup>39</sup>.

Se pose également la question de l'enseignement du droit. En effet, le courant critique souligne que les facultés de droit ne produisent « que cette connaissance dont Jean Piaget remarque 'qu'elle n'est apte à connaître que du Droit comme tel, à l'exclusion de la société en sa totalité complexe' »<sup>40</sup>. Alors même que la distanciation critique est une condition de la démarche scientifique, les facultés de droit semblent peiner à offrir autre chose que les

---

<sup>34</sup> « But de la revue », *op. cit.*

<sup>35</sup> Cf. l'exemple donné par Michel Jeantin, « L'entreprise non capitaliste en économie de marché », *Procès*, n° 7, 1981, not. p. 44 et s. Cf. également la présentation du n° 6 par Jean-Jacques Gleizal, p. 5-6.

<sup>36</sup> « L'entreprise... », *op. cit.*, p. 28.

<sup>37</sup> *Procès*, n° 1, 1978, p. 176.

<sup>38</sup> Cf. Bastien François, « Du juridictionnel au juridique. Travail juridique, construction jurisprudentielle du droit et montée en généralité », dans *Droit et politique*, curapp, Paris 1993, p. 202

<sup>39</sup> Cf. Alain Bernard et Yves Poirmeur, « Doctrine civiliste et production normative », dans *La doctrine juridique*, Paris 1993, p. 127-180 ; Yves Dezalay, « La production doctrinale comme objet et terrain de luttes politiques et professionnelles », *ibid.*, p. 230-239.

<sup>40</sup> « But de la revue », *op. cit.*

certitudes d'une dogmatique dont il faut assurer la reproduction. Dans le droit fil des facultés napoléoniennes, malgré les réformes opérées et les nombreuses exceptions qu'il faut relever, notre enseignement juridique, peut-être surtout en droit privé et notamment grâce à l'univocité et la solennité des cours magistraux, forme essentiellement des praticiens présumés réfractaires à tout doute méthodologique<sup>41</sup>. De la même manière, les modes de recrutement de ces mêmes facultés contribuent à la reproduction fidèle du schéma dominant, et l'agrégation, qui permet une excellente sélection élitiste, fournit un moyen efficace de choisir les plus aptes à mettre en œuvre une telle dogmatique.

Malgré les critiques dont elle a fait l'objet, l'autonomie du champ juridique semble donc bien avoir été maintenue. L'étude des textes forme l'essentiel d'une dogmatique qui n'accède qu'indirectement aux faits le plus souvent filtrés par la jurisprudence. Toutes proportions gardées, cela nous renvoie à ce que Léon Tolstoï a pu écrire il y a plus d'un siècle : « dans sa fonction proprement dite, à savoir l'instruction judiciaire, Ivan Ilitch assimila rapidement l'art d'écartier de lui tous les éléments étrangers au service, et de couler n'importe quelle affaire, si complexe qu'elle fût, dans un moule ainsi fait que, dès lors, cette affaire ne se reflétait sur le papier que par ses contours extérieurs – ce qui excluait tout point de vue personnel sur elle et, surtout, obligeait à respecter intégralement les formes voulues »<sup>42</sup>.

Cette autonomie impose finalement que, pour être admise, la critique participe au jeu et corresponde à la méthode que constitue la dogmatique juridique. Ainsi, même les ruptures « doivent s'accomplir dans les règles » selon la formule de Bourdieu et l'exemple de la fameuse École dite scientifique confirme le fait. La porte est alors au moins partiellement fermée à toute perspective critique de type externe. Pour reprendre la formule de Jacques Caillosse, en droit privé demeure cette « certitude qu'au fond le droit ne saurait trouver qu'en lui son ultime explication »<sup>43</sup>.

Un constat similaire semble s'imposer lorsqu'il s'agit d'envisager le second principe fondateur de la dogmatique juridique : la neutralité du discours doctrinal.

## II/ La neutralité du discours doctrinal

Il semble, en effet, que le recours à la dogmatique implique toujours à l'heure actuelle une foi dans la neutralité du discours juridique. Si cette croyance est peut-être socialement et politiquement utile afin d'éviter « l'effrayante anarchie » en permettant la soumission et le respect aux lois, et si une bonne partie des juristes n'est bien évidemment pas dupe, il n'en demeure pas moins que l'ensemble du discours des juristes postule une telle neutralité<sup>44</sup>.

Cette dernière peut s'entendre de différentes manières et la controverse entre Danièle Lochak et Michel Troper est éclairante en ce qu'il faut sans doute distinguer clairement dogmatique et science du droit en la matière<sup>45</sup>. Ne faut-il pas cependant estimer que la grande majorité des privatistes reste largement étrangère aux impératifs méthodologiques

<sup>41</sup> Cf. Philippe Jestaz et Christophe Jamin, *op. cit.*, p. 173.

<sup>42</sup> *La mort d'Ivan Ilitch*, Paris 1997, p. 82.

<sup>43</sup> *Op. cit.*, p. 131.

<sup>44</sup> Sur cette question complexe, cf. le débat entre Danièle Lochak et Michel Troper, ainsi que les analyses de Fatiha Cherfouh, *Le juriste entre science et politique : la Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger (1877-1938)*, thèse droit, Bordeaux IV, 2010.

<sup>45</sup> Michel Troper, « Entre science et dogmatique... », *op. cit.*, p. 210-324.



de la science du droit telle qu'elle a pu notamment être définie par Hans Kelsen ? Que le droit lui-même soit composé de valeurs, nul ne peut le discuter, bien que cela soit parfois oublié. Que la doctrine participe à la diffusion et à la légitimation de ces valeurs, et qu'elle diffuse également ses propres valeurs, pose en revanche et de toute évidence problème, notamment parce que le « courant critique » insiste sur ce point tout en demeurant d'ailleurs parfois ambivalent sur le rôle qu'il donne à l'idéologie marxiste.

L'externalité d'une telle posture critique comme l'aveu d'une démarche fondée sur le marxisme se voient ainsi confrontés à une neutralité de la dogmatique impliquant à la fois une fidélité herméneutique et la croyance en l'indifférence des opinions personnelles des interprètes.

Le but fondamental de la dogmatique juridique est, à notre sens, de faire parler les textes. Dans une perspective classique renouvelée, l'interprète tend à s'effacer devant la source sur laquelle il se fonde. C'est sans doute le prix à payer pour participer à l'œuvre normative. C'est aussi le moyen de fonder la raison d'être d'une doctrine dénuée de tout pouvoir coercitif et de toute légitimité politique. En cela, la fidélité aux textes permet à la doctrine d'intervenir dans la production du sens des règles juridiques, tout en sauvegardant, au moins en apparence, le principe de sécurité. Puisqu'ils échappent ainsi à l'arbitraire qui aiguillonne la pensée juridique privatiste comme le montrent si bien Gény ou Saleilles, les auteurs peuvent produire des solutions nouvelles à partir de celles qui existent dans le système juridique en vigueur.

L'œuvre de la doctrine est alors conçue avant tout comme une description savante du droit privé accompagnée de propositions conformes au système juridique. Il est certes possible d'affirmer que l'expertise mise en scène dans le cadre de la dogmatique juridique n'exclut en rien la formulation d'opinions variées, voire contradictoires. Certains auteurs peuvent même se faire une spécialité des postures critiques. Il n'en demeure pas moins que ces dernières doivent, comme toute opinion recevable, être fondées sur un texte normatif et doivent être neutres, c'est-à-dire exemptes de toute référence externe. Comme l'écrit Danièle Lochak, « la neutralité, pour la dogmatique juridique, consisterait donc à décrire le droit tel qu'il est, sans faire interférer ses propres références ou les valeurs auxquelles on adhère avec cette description »<sup>46</sup>.

C'est ainsi poser le problème de l'autorité de l'opinion doctrinale, puisque seule la proximité avec la source, autrement dit le texte, octroie la légitimité au sein de la dogmatique juridique. L'autorité de la doctrine est alors certes cognitive, mais également dérivée d'une source positive. Ce n'est alors qu'à cette double condition que l'analyse sera considérée comme légitime et admissible par la dogmatique juridique.

On peut dès lors parler d'un verrouillage technicien<sup>47</sup> que favorise sans doute le rapprochement avec la pratique. Si on ne peut douter de l'indépendance d'une bonne part des juristes, il faut toutefois relever le développement, sans doute croissant au cours des années 90, de pressions de la part des « consommateurs » des productions doctrinales. Aussi la doctrine, de l'aveu même de certains de ses membres, prend-elle soin de fournir les expertises les plus neutres et les plus techniques à ses commanditaires, qu'ils soient éditeurs, professionnels (cabinets d'avocats), clients, ou ministères...

Ce facteur supplémentaire conduit à relever que la question du « comment » tend à

---

<sup>46</sup> « Une neutralité impossible », dans *Théorie du droit et science*, *op. cit.*, p. 294.

<sup>47</sup> Sur la notion essentielle de technique, cf. la stimulante étude de Raphaël Encinas de Munagorri, « Qu'est-ce que la technique juridique ? Observations sur l'apport des juristes au lien social », *Recueil Dalloz*, 2004, chron., p. 711-715.

l'emporter sur celle du « pourquoi ». Cette caractéristique globale ne tarit pas les travaux comportant une ouverture critique, notamment les études théoriques ou historiques qui tendent à se développer, mais la tendance de fond semble accroître encore la part d'une technique qui tend à caractériser une dogmatique juridique purifiée de toutes scories critiques. C'est d'ailleurs sans doute ce qui fonde son efficacité directement liée à l'impératif de cohérence et de neutralité que ne doit pas venir perturber l'irréductible complexité du social.

On aboutit alors à une certaine forme de pureté interprétative, à une « ascèse technicienne » conçue d'abord comme une œuvre interprétative fidèle qui fait rejeter tout ce qui n'est pas d'ores et déjà inclus dans ce champ juridique, et tout ce qui est susceptible de remettre en cause sa neutralité. Les idées non fondées sur un texte ou sur un principe général préalablement admis passent de cette manière pour être du « journalisme » ou de la philosophie...

Facteur indéniable d'unité de la doctrine, la dogmatique semble permettre, de façon quelque peu contradictoire d'ailleurs<sup>48</sup>, de légitimer les opinions doctrinales. Puisqu'elles ne sont que des opinions juridiquement fondées, c'est-à-dire reposant sur les textes et excluant tout apport externe, ces dernières acquièrent un statut confortable mais ambivalent. Ni normatives ni pleinement scientifiques, elles sont à la fois considérées comme essentielles et sans importance. Dénué du pouvoir de dire le droit, l'auteur est libre de formuler toutes les opinions qu'il souhaite et ne rend de compte à personne. Dans un même temps conditionné par les attentes des praticiens et de son auditoire, surdéterminé par l'« entité doctrinale »<sup>49</sup> et imprégné d'un savoir juridique chèrement acquis, ce même auteur est naturellement conduit à respecter une dogmatique incontournable, et donc à ne formuler que des opinions « juridiquement fondées ».

N'est-ce pas là que réside le formidable pouvoir du discours juridique ? Il est possible de reprendre en l'occurrence la notion de « pieuse hypocrisie » développée par Alain Bancaud à propos des magistrats<sup>50</sup> et reprise par Pierre Bourdieu. Ce dernier la définit comme « cette sorte de tour de passe-passe par lequel le juriste donne comme fondé *a priori*, déductivement, quelque chose qui est fondé *a posteriori*, empiriquement »<sup>51</sup>. Or, pour jouer ce jeu, il faut que les juristes croient, au moins partiellement, en sa validité<sup>52</sup>.

Cette notion participe bien au fonctionnement d'une dogmatique juridique qui commande d'absorber les faits économiques, politiques et sociaux pour les recycler et les déminer, et donc de privilégier un discours qui présente aux profanes, comme aux apprentis juristes, en somme aux non initiés, une réalité aseptisée, lissée et pacifiée. Alors que Michel Jeantin tente par exemple de montrer le rôle structurant et éminemment orienté du droit des entreprises en difficulté<sup>53</sup>, ou qu'Antoine Jammaud insiste sur les

---

<sup>48</sup> Cf. la critique hobbenne des « dogmatici » (*Les éléments du droit naturel et politique*, trad. par Louis Roux, Lyon 1977, n° 4, p. 197).

<sup>49</sup> Notons que celle-ci est parfois considérée comme d'inspiration marxiste ou « bourdeusienne ». Cf. François Terré, « La doctrine de la doctrine », dans *Etudes offertes au Doyen Philippe Simler*, Paris 2006, p. 59-74.

<sup>50</sup> « Considérations sur une 'pieuse hypocrisie' : la forme des arrêts de la Cour de cassation », *Droit et société*, n° 7, 1987, p. 265-378.

<sup>51</sup> « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », dans *Normes juridique et régulation sociale*, sous la dir. de F. Chazel et J. Commaille, Paris 1991, p. 96.

<sup>52</sup> Cf. not. les travaux de François Ost et Michel Van de Kerchove.

<sup>53</sup> « Le droit commercial de la crise », *Procès*, n° 6, 1980, p. 56-57.

soubassements politiques du droit du travail<sup>54</sup>, et alors que de très nombreux auteurs sont parfaitement lucides sur les enjeux réels des règles sur lesquelles ils travaillent, le discours dominant demeure que le droit, tout comme la doctrine, apporte une réponse adéquate et technique aux problèmes sociaux qui ne saurait dépendre de la moindre subjectivité. La dogmatique devient ainsi une grille de lecture du social qui assure des fonctions de neutralisation des opinions personnelles et de légitimation des solutions retenues.

Ainsi, « le traitement doctrinal de la loi la *dépolitise* »<sup>55</sup> et le droit privé opère un « déminage idéologique » indéniable. L'exemple du Pacte civil de solidarité, pour ne prendre que celui-ci, démontre à quel point la simple qualification de contrat a suffi à dépassionner officiellement le débat parmi les juristes, alors que chacun continue par ailleurs à traiter la question selon ses propres préférences personnelles.

Ce « déminage » n'est toutefois nullement le signe d'une réelle neutralité puisque, de toute évidence, le discours juridique participe au processus de légitimation des inévitables choix politiques et sociaux. En l'occurrence, la dogmatique juridique, parce qu'elle est animée par les principes de sécurité et de cohérence, demeure aujourd'hui largement cette « montée en généralité » qui aseptise la réalité sociale et participe à la perpétuation des rapports sociaux existants<sup>56</sup>.

Quoi que l'on puisse penser du marxisme et quelles que soient les affinités que l'on puisse avoir avec le « courant critique », le droit privé semble demeurer cette « science de l'ordre »<sup>57</sup> et cette « forteresse de mots » décrite par Pierre Legendre. Entre science et dogmatique, les juristes sont sommés de choisir. Ne préfèrent-ils pas cependant, le plus souvent, faire semblant de cumuler les deux, la science servant à la fois de superbe paravent à une dogmatique peut-être finalement indispensable, mais assurément dissimulée et travestie, et de fin de non recevoir à toute forme de perspective critique ?

---

<sup>54</sup> « Droit du travail... », *op. cit.*, p. 15-16.

<sup>55</sup> Philippe Jestaz et Christophe Jamin, *op. cit.*, p. 247.

<sup>56</sup> Cf. not. Michel Jeantin, « L'entreprise... », *op. cit.*, p. 59 ; Jacques Chevallier, « Science du droit... », *op. cit.*, p. 258 ; Antoine Jeammaud, « Droit du travail... », *op. cit.*, p. 14 ; Raphaël Encinas de Munagorri, *op. cit.*, p. 714-715.

<sup>57</sup> Il y a plus d'un siècle Charles Giraud a pu écrire : « Nous, professeurs de la science de l'ordre, retenons au moins comme un devoir, la charge d'enseigner le respect de l'ordre et de la loi ». Cité par Pierre Legendre, « Méditation sur l'esprit libéral. La leçon d'Édouard de Laboulaye, Juriste-témoin », *Revue du droit public et de la science politique*, 1971, n° 1, p. 96.