

CE QU'ENSEIGNER LE DROIT EUROPÉEN DES CONTRATS VEUT DIRE

SÉBASTIEN PIMONT

Le *Livre Vert* «*relatif aux actions envisageables en vue de la création d'un droit européen des contrats pour les consommateurs et les entreprises*» (COM(2010) 348 final) pose la question de «*la nature juridique de l'instrument de droit européen des contrats*». Pour y répondre, il décline des «options» dont la première suggère que les travaux relatifs au droit européen des contrats (le texte d'un groupe d'experts¹) pourraient «*servir dans le cadre de l'enseignement supérieur ou de la formation professionnelle, sous la forme d'un recueil tiré des diverses traditions juridiques des États membres en matière de contrats*». Pour les rédacteurs du *Livre Vert*, l'enseignement du droit apparaît ainsi, tout à la fois, comme un moyen de «*contribuer à la convergence volontaire des droits nationaux des contrats*» «*à long terme*» et comme une façon de «*consolider le marché intérieur*». Dans les lignes qui suivent, même si une autre solution est aujourd'hui retenue², j'entends prendre au sérieux une telle proposition et en profiter pour réfléchir à ce qu'enseigner le droit européen des contrats veut dire.

Certains penseront peut-être qu'une telle «option» ne présente guère d'intérêt. La lecture du *Livre Vert* ne les détrompera pas. «*Cette solution*» n'est pas celle que préfèrent ses rédacteurs. Après l'avoir présentée, ils s'empressent de noter que, reposant sur «*un texte dépourvu de toute autorité ou de tout statut officiel pour les tribunaux et les législateurs*», elle «*n'éliminerait*» finalement «*pas les obstacles entravant le marché intérieur*». Ce qui est une façon de dire que pour être efficace, l'enseignement doit avoir pour objet un texte ayant une valeur contraignante. Alors seulement, comme un complément, un accessoire, il pourrait contribuer à réduire «*sensiblement les divergences existant en droit des contrats*», un peu à la façon dont les cours de code Napoléon ont assuré la diffusion, la compréhension et finalement le succès du système civil de 1804 sur l'ensemble du territoire français. Au-delà du projet d'améliorer le marché intérieur, s'agissant de droit, l'utilité de l'objet enseigné détermine logiquement l'intérêt de l'enseignement. Pour cela c'est le *droit positif* qu'on professe majoritairement dans les facultés de droit, c'est-à-dire un *droit*

1 En cours d'élaboration et sur lequel voyez H. CLARET, G. PIGNARRE et le groupe de travail du CDPPOC, «Les méthodes de la commission européenne : à quoi sert-il de convaincre quand on a déjà contraint?», *D.* 2011, p. 1981.

2 Voyez la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun de la vente du 11 octobre 2011, COM(2011) 635 final.

*utile*³. À quoi bon s'échiner, puisque le nombre d'heures de cours est limité, à faire comprendre des textes dont, au cas de non-respect, nos étudiants ne pourront pas demander l'application à un juge ? Par ailleurs, on devine le succès des cours (qu'on imagine optionnels) portant sur un tel « droit virtuel »⁴. À deux siècles d'écart, il pourrait ressembler à celui des enseignements de droit naturel moderne ... désertés par les futurs juristes.

La charge est sans doute sévère. Les rédacteurs du *Livre vert* suggèrent d'ailleurs, afin d'enseigner le droit européen des contrats, d'établir un rapport avec les droits nationaux (grâce à un « *recueil tiré des diverses traditions juridiques des États membres en matière de contrats* »). C'est-à-dire de lier un tel enseignement à celui des droits en vigueur. L'idée est *a priori* séduisante. Le droit européen des contrats pourrait alors devenir une matière proche du droit comparé – en fait, un appendice de celui-ci. Mais la médaille à son revers : le temps consacré à l'étude du premier empiéterait sur celui, souvent limité, alloué au second. Et par suite, son apprentissage présenterait sans doute les mêmes avantages et surtout les mêmes limites⁵.

Ce qui m'intéresse ici est de montrer qu'en dépit de ces arguments, l'enseignement d'un droit européen non positif des contrats ou, au moins, l'utilisation des principes et des concepts issus d'un tel droit dans l'enseignement du droit national des contrats, peut contribuer à la création d'une pensée juridique européenne commune. Et qu'ainsi, il peut rendre possible, sans doute plus vite qu'on ne l'imagine, le rapprochement des droits positifs nationaux. Pour parvenir à mes fins, je crois nécessaire de réfléchir sur « l'activité dogmatique » des professeurs de droit. Activité qui consiste d'abord à donner une « *description systématique et ordonnée du droit en vigueur* »⁶. Activité qui conduit aussi à interpréter celui-ci, à en chercher les principes⁷ voire à construire, à partir des matériaux qu'il offre, des théories générales⁸. Tel est la matière de l'enseignement du droit *lato sensu*, c'est-à-dire celle du travail qu'effectuent les professeurs de droit à destination des juristes

3 Voyez J. CARBONNIER, « Préface », *Prospectives du droit économique – Dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, republiée dans *Ecrits*, textes rassemblés par R. Verdier, PUF, 2008, p. 584 s., sp. pp. 585-586 : « *avant d'être une philosophie suspecte, le positivisme juridique a été très simplement un acte de conscience professionnelle envers les étudiants* ».

4 Sur cette expression voyez D. MAZEAUD, « À propos du droit virtuel des contrats : réflexions sur les principes d'UNIDROIT et de la Commission Lando », dans les *Mélanges Michel Cabrillac*, Dalloz, Litec, 1999, p. 205 s.

5 À propos du but de la comparaison voyez R. SACCO, *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*, Paris, Economica, 1991, p. 5 s.

6 Voyez la typologie des activités de recherches relatives au droit proposée par A. JEAMMAUD, « La part de la recherche dans l'enseignement du droit », *Jurisprudence Revue Critique*, 2010, p. 181 sp., pp. 187-190.

7 À propos des principes dans l'enseignement du droit civil voyez A. COLIN et H. CAPITANT, « Extrait de l'avant-propos de la première édition », *Cours élémentaire de droit civil français*, tome 1^{er}, 4^e édition, Paris, Dalloz, 1923, pp. VII-VIII ; H. CAPITANT, « Préface », *Espèces choisies empruntées à la jurisprudence*, 2^e édition, Paris, Dalloz, 1927, p. IV.

8 L'activité dogmatique devient alors, selon la typologie proposée par A. JEAMMAUD (*supra*), « *doctrinale* » ; deux activités qui se mêlent « *étroitement* » et « *dont la distinction [...] mérite d'être relativisée* » (*op. cit.*, p. 190).

et des futurs juristes. Un travail dont il ne faut pas minorer l'importance⁹. Les juristes savent (au moins d'expérience) que l'enseignement du droit est irréductible au simple exposé de la loi – pas plus qu'il ne correspond à la liste ordonnée des arrêts (mêmes importants). Plutôt que le législateur, qui je crois s'en moque souvent, je supposerai dans les lignes qui suivent que c'est le travail des professeurs de droit, la production d'un discours dogmatique, oral ou écrit qui, sans cesse recommencé, à propos de chaque loi, chaque décret, chaque arrêt, institue (*spontanément*¹⁰) l'ordre juridique¹¹. Comme l'écrivent les professeurs Jestaz et Jamin « la doctrine fait le système »¹². En acceptant une telle opinion, l'option qui consiste à simplement enseigner un droit européen des contrats, même virtuel, ne devrait plus être négligée. En intégrant ce « droit » dans son discours, la doctrine peut donner une image différente de l'ordre juridique. En outre, une telle affirmation laisse deviner la nature politique de l'acte d'enseigner – qui est l'exercice d'un « pouvoir »¹³. Un acte qui, s'agissant de droit européen des contrats, met en jeu la liberté académique du professeur, sa responsabilité donc, et une conception du droit située quelque part entre nationalisme et européenisme.

Dans les lignes qui suivent je voudrais développer ces idées en montrant d'abord que l'enseignement du droit est un acte fondateur (I) puis en l'analysant comme un acte politique (II).

I.

L'idée selon laquelle l'enseignement du droit est un acte fondateur surprendra peut-être. La dogmatique apparaît *a priori* comme un écho du droit « tel qu'il est »¹⁴. Ce qui est logique : le droit n'est pas la science du droit¹⁵ ; la seconde suppose de « connaître » le premier « et, sur la base de cette connaissance, de le décrire

9 Voyez B. FRANÇOIS, « Notations en forme de plaidoyer pour un point de vue a-disciplinaire mais néanmoins soucieux des impensés disciplinaires », *La juridicisation du politique*, J. Commaille, L. Dumoulin et C. Robert (dir.), Paris, LGDJ, Droit et société, classics, pp. 121-125.

10 Voyez « Droit civil, liberté et marché. À propos de quelques lectures de Jean Beauchard », *Mélanges dédiés à la mémoire de Jean Beauchard*, à paraître.

11 Le mot « ordre » ou « système » utilisé dans cet article le sera dans le sens de système ou d'ordre civil. Plus prosaïquement, j'entendrais aussi par ordre ou système l'image qu'un cours de droit donne du droit (des principes, des exceptions, des théories générales).

12 Voyez « L'entité doctrinale », *D.* 1997, p. 167 ; des mêmes auteurs, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 218 s.

13 Un tel pouvoir est une manifestation de la « *puissance intellectuelle* » des juristes (que RIPERT oppose à la « *puissance politique* » dans *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, LGDJ, 1949, n° 15) ; il s'agit d'une « *parcelle de pouvoir* » appartenant aux professeurs de droit selon CARBONNIER (« Préface », *Prospectives du droit économique – Dialogues avec Michel Jeantin*, préc.). Un tel pouvoir peut être rapproché du « *droit de nommer* » dont parle Nietzsche (*La généalogie de la morale*, Folio, Essais, Paris, 1971, p. 22).

14 Voyez CARBONNIER qui, dans son introduction au droit civil, cite IHERING : « *le droit doit être ... tel qu'il est* » : *Droit civil*, I, Paris, Thémis, Quadriga, PUF, 2004, n° 3.

15 J'entends ici la dogmatique comme une part de la science du droit et non pas, simplement, comme l'objet de celle-ci. Mais tout dépend de l'idée qu'on se fait de la science.

ou de l'analyser»¹⁶. Une telle idée s'explique aussi par l'existence d'un discours juridique (sur le droit), d'un «système de pensée juridique»¹⁷, sans doute hérité de la modernité (de la codification; des lumières; de l'École du droit naturel)¹⁸, qui conduit les civilistes à dissimuler sans le vouloir leur activité dogmatique derrière l'action d'un législateur démiurge¹⁹. J'ajoute que la critique du culte de la loi, pourtant menée par les auteurs du début du XX^e siècle, n'a guère modifié nos représentations sur ce point. Pire, dans notre langage, à la loi s'ajoute aujourd'hui la jurisprudence, nouveau mythe, pour rendre presque imperceptible le travail des professeurs de droit. Quelques exemples tirés de l'histoire récente peuvent aider à se dégager d'un tel carcan (A). Ils montrent tous, à des époques différentes, que l'enseignement du droit a pour résultat de créer un objet qui ne préexiste pas à sa formulation et qu'en cela, il est un acte fondateur (B).

A.

Le moment de la codification est important. La loi devient alors la source exclusive du droit. Et pourtant, elle ne peut totalement occulter la place de l'enseignement du droit dans l'élaboration du droit des contrats. Le code civil français est d'abord le réceptacle d'un travail dogmatique intense (comme le BGB le sera un siècle plus tard). Son contenu est grandement influencé par l'œuvre de Domat et Pothier. Il formalise les fruits d'un effort de rationalisation du droit (civil) à destination des étudiants et des praticiens²⁰. Bien plus, avant comme après l'entrée en vigueur du code, la doctrine participe à l'institution du droit des contrats, une institution par sa parole dans les amphithéâtres et par l'écriture. Ainsi, la rédaction des cours de droit des obligations, à la suite du *Traité* de Pothier, apparaît comme un véritable «genre littéraire»²¹ : un discours structuré selon certaines conventions ou normes. Et le célèbre «*mon code est perdu!*» lancé (dit-on) par Napoléon en découvrant l'un des premiers commentaires du code civil

16 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduit par C. EISENMANN, Bruylant, LGDJ, 1999, p. 79.

17 Telle est l'expression employée par VILLEY dans son cours sur *La formation de la pensée juridique moderne*, Léviathan, PUF, 2003, p. 491.

18 À propos de la «modernité juridique» voyez P. GROSSI, *L'Europe du droit*, Seuil, coll. «Faire l'Europe», 2011, p. 81 s.

19 Comparez A. SCHÜTZ, «L'immaculée conception de l'interprète et l'émergence du système juridique: à propos de «fiction» et «construction» en droit», *Droits, Revue française de théorie juridique*, 21, La fiction, PUF, 1995, p. 115 – «la 'gloire' historique du juriste occidental» (le fait qu'il représente un droit qui lui préexiste à part entière et auquel il n'ajoute rien) «*dépend tout entièrement*» d'un «*sale petit secret professionnel*»: l'interprète est le «*souverain du territoire des possibles juridiques*». Mais une telle souveraineté «*est invouable, car la déclarer, c'est renoncer à parler au nom de la loi*». «*L'interprète du droit décide et opère bel et bien, mais incognito; son originalité est d'avance absorbée par la loi pour le compte de laquelle il agit tout en l'interprétant*».

20 Sur l'importance du droit romain, sur celle de POTHIER et DOMAT (eux-mêmes influencés par le rationalisme juridique) dans le Titre III du Livre III du code civil voyez la présentation au corps législatif et l'exposé des motifs par BIGOT-PRAÉAMENEU dans le *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, A. FENET, tome 13, Réimpression de l'édition de 1827, Otto Zeller, Onasbrück, 1968, pp. 215-218.

21 Voyez J. CARBONNIER, *Droit civil*, 2, Paris, Thémis, PUF, Quadriga, 2004, n°919 – auteur qui parle d'un «genre littéraire des obligations».

(celui de Malleville²²), témoigne, tout à la fois, de l'originalité et de l'autorité d'une telle « littérature de manuel »²³ comme, plus largement, de celle de l'enseignement du droit. Dans sa version radicale, marquée par la philosophie des lumières, la promulgation des codes devait en effet réduire au silence les interprètes du droit²⁴. Or la promulgation du code civil n'a fait disparaître ni les civilistes²⁵ ni surtout la fonction constitutive de leur parole. Même après 1804, le système civil, devenu celui de la loi, demeure lié au discours doctrinal, c'est-à-dire au travail de la loi nouvelle par les professeurs de droit²⁶. Un exemple, parmi d'autres, est l'enseignement des articles 1108 et 1131 et suivants du code civil. Il s'agit de la construction dogmatique de la théorie de la cause – c'est-à-dire d'un objet qui ne préexiste pas à son enseignement. Selon la loi, « *une cause licite dans l'obligation* » est « *une condition pour la validité d'une convention* » (art. 1108) et « *l'obligation sans cause ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet* » (art. 1131). Tout en l'érigeant en une condition de validité du contrat, la loi ne dit pas ce qu'est la cause. Dès les premiers commentaires du code, s'appuyant sur le droit de Justinien et sur Pothier, sur un savoir irréductible à la loi, ce sont les auteurs qui le feront dans les cours de code civil²⁷. En donnant une définition abstraite de cette notion, ce sont eux qui constituent le système civil : leur théorie limite la faculté offerte à l'État de contrôler l'usage de liberté contractuelle ; cette construction participe à l'institution d'un ordre civil libéral.

Le phénomène de constitution du droit des contrats par le discours doctrinal, par l'enseignement du droit, apparaît plus clairement un siècle plus tard. Dans le sillage de la nouvelle école et des auteurs comme Géný ou Saleilles, une partie des civilistes, bien décidés à aller « *au-delà du Code civil* », contestent le monopole du législateur dans la confection du droit civil. Pour y parvenir, ils sollicitent la pensée juridique allemande du XIX^e siècle : la science pandectiste. Le savoir des auteurs qui, partant des matériaux du droit de Justinien, ont édifié, sans l'aide d'un législateur, un véritable système juridique²⁸. La doctrine française va ainsi

22 *Analyse raisonnée de la discussion au Conseil d'État*, 3^e éd., Paris, 1824.

23 Voyez PH. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 161.

24 Voyez A. DUFOUR, « Présentation générale », dans F. C. v. SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, Paris, Léviathan, PUF, 2006, p. 14.

25 Sur ce qu'on appelle « *l'école de l'exégèse* » voyez PH. RÉMY, « Éloge de l'exégèse », *RRJ* 1982, p. 254 s.

26 Sur leurs méthodes, qui consistent souvent à « *forger des principes sur la base des textes* » voyez PH. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, 2004, pp. 72-95 – adde F. BÉRIA DE SAINT-PRIX, *Notes théoriques sur le code civil*, tome 1^{er}, Paris, Videcoq, 1856, p. IX (à propos de l'enseignement du code) : « *chaque article, ou plutôt, chaque décision de la loi doit être rattachée au principe dont elle dérive, ou auquel elle forme exception [...] la science du droit est une collection de principes susceptibles de s'enchaîner rigoureusement les uns aux autres* ».

27 Voyez par exemple C.B.M. TOULLIER (qui est professeur de droit civil à la faculté de droit de Paris), *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, tome 6, 4^e éd., Paris, Warée, 1824, n° 166 s. – la note (2) est consacrée à la définition de la cause, toujours la même pour un même type de contrat. Par comparaison, voyez le *Cours de code Napoléon* de DEMOLOMBE (tome XXIV, Hachette, Paris, 1868, n° 344 s.), la théorie, toujours appuyée sur le droit romain, a gagné en précision.

28 À propos de la « *jurisprudence de droit commun* » voyez M. WEBER, *Sociologie du droit*, Quadriège, PUF, 2007, p. 43.

s'inspirer d'un « travail juridique » qui permet une rationalisation du droit²⁹ ; d'un enseignement universitaire qui « dégage » « des concepts » qui ont « le caractère de norme abstraite »³⁰. La théorie de l'acte juridique (*Rechtsgeschäft*) est un exemple significatif de l'application d'une telle méthode³¹. Inconnue du code civil de 1804, la doctrine du début du XX^e siècle la présentera pourtant comme une « source particulière du droit »³². Une telle théorie est alors « tirée » ou induite des textes du code. Puis elle est présentée comme l'une de celles « dont la connaissance préalable (ne fût-ce que par voie axiomatique) commande l'étude de l'ensemble du droit civil »³³. Elle est donc, si l'on veut, un principe qui, une fois créé par le travail dogmatique, structure le récit du droit des obligations. Dans son projet d'aller « au-delà du code civil », la doctrine du début du XX^e siècle s'appuiera aussi sur l'observation des faits sociaux³⁴, elle sollicitera le droit comparé. Et surtout, elle construira la figure de la jurisprudence³⁵. Grâce à celle-ci, alors érigée au rang de (quasi) source du droit, de nombreux concepts verront le jour (obligation de sécurité, responsabilité contractuelle, théorie moderne de la cause, etc.). Les attendus de la Cour de cassation offrent en effet une matière première fragmentaire sans cesse renouvelée, mal connue, parfois ignorée, que le travail dogmatique peut transformer en théorie générale. Ainsi, la théorie (dite moderne) de la cause, pour s'arrêter une nouvelle fois sur cet exemple, qu'enseigne Capitant³⁶, qui, plus subjective, se distingue de celle de ses prédécesseurs, ne préexiste pas, en tant que telle, à la systématisation des solutions jurisprudentielles qu'il présente³⁷. D'ailleurs, à la même époque, à partir des mêmes matériaux, Josserand en présente une autre, assez différente³⁸.

29 Sur ce travail juridique voyez M. WEBER, *op. cit.*, *eod. loc.*

30 M. WEBER, *op. cit.*, pp. 146-147 ; 201-202.

31 Tel est aussi le cas en France, dès la parution du *Cours de droit civil français* de AUBRY ET RAU, de la célèbre théorie du patrimoine (1844). Une théorie qui, à partir des matériaux du code civil, est instituée grâce à l'application de la méthode (pandectiste) de *Zachariae*.

32 Voyez A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, avec le concours de JULIOT DE LA MORANDIÈRE, tome 1^{er}, 8^e éd., Paris, Dalloz, 1938, n° 48, p. 61 s.

33 J. CARBONNIER, *Droit civil*, 1, préc., n° 161.

34 En sorte qu'elle appliquera, en même temps, la jurisprudence des concepts et celle des intérêts, la seconde devant corriger les excès de la première. – À propos d'un tel compromis voyez F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essais critique*, tome 2nd, nouveau tirage, Paris, LGDJ, n° 158 s., p. 82 s.

35 Voyez J. CARBONNIER, « La jurisprudence aujourd'hui », *RTD Civ.* 1992. 341.

36 Dans son *Cours élémentaire de droit civil français* (avec A. COLIN), Tome 2^e, 4^e édition, Paris, Dalloz, 1924, p. 298 s. – Théorie qui provient de sa monographie: *De la cause des obligations*, Paris, Dalloz, 1923.

37 Voyez l'affirmation de CAPITANT dans l'avant-propos à son ouvrage sur la cause des obligations, (v. *supra*), p. X: « nos tribunaux ont [...] élaboré peu à peu, au jour le jour, sans l'appui de la Doctrine et malgré ses observations et ses critiques, une théorie de la cause qui tient une place considérable dans le droit jurisprudentiel des contrats et des libéralités. Seulement les éléments de cette théorie se trouvent disséminés dans d'innombrables jugements; ils n'ont pas encore été groupés, classés et organisés en corps de doctrine [...] ».

38 *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, Paris, Dalloz, 1928.

B.

À partir de tels exemples, on mesure comment il est possible, pour un professeur, de modifier le récit du droit des contrats français, de forger de nouvelles théories générales, en s'appuyant, non plus sur le droit Justinien ou sur la jurisprudence de la Cour de cassation, mais sur des concepts issus du droit européen. Plus gravement, la tentation existe de penser que, grâce à l'enseignement qu'elle prodigue, la doctrine est une source du droit des contrats. Il ne faut pas y succomber. Bien sûr, l'histoire pourrait être convoquée : les universités occupaient avant la codification une place prépondérante dans l'élaboration du droit³⁹. Et les civilistes, au nom de leur science, ont jadis bataillé contre l'influence grandissante de la législation⁴⁰. Toutefois, confondre l'enseignement du droit et la création du droit positif empêche de saisir l'originalité du premier. L'enseignement n'a d'effet que sur la connaissance du droit. Pour autant, il procède à la *création d'un objet* et ne consiste pas simplement à décrire le droit « tel qu'il est »⁴¹.

L'activité dogmatique suppose la mise en œuvre d'opérations, comme celle de systématisation⁴², grâce auxquelles le droit devient objet de connaissance, celles par application desquelles il est ce que nous en savons. Pour employer une formule de Carbonnier, les professeurs de droit transforment un « magma confus », le droit, en une « source claire », un discours sur le droit. Ils procèdent à une construction discursive du droit en un système ou en un ordre. Une telle construction répond à un besoin. Il ne s'agit pas de celui de connaître le « droit tel qu'il est », c'est-

39 S'agissant de droit des contrats, le droit romain vient en premier. Le moment de la codification a été précédé par une période où, à partir du XII^e siècle, dans une grande partie de l'Europe, le *Corpus Juris Civilis* est appliqué par les princes et les juges (à titre principal ou subsidiaire; avec d'inévitables nuances) ; il le sera en France jusqu'en l'An XII et en Allemagne jusqu'en 1900. Or le *Digeste* et les *Institutes* contiennent alors presque tous les textes concernant le droit des contrats (le droit applicable à la vente, au louage, au mandat, à la société au prêt...). Et l'autorité de ces textes et leur(s) interprétation(s) tient pour beaucoup à la diffusion de leur enseignement dans les universités qui se multiplient dans l'Europe du Moyen Âge. Selon le professeur Grossi, à partir du XI^e siècle, s'appuyant sur le droit romain de Justinien, « la science est la seule source qui, en l'absence d'un pouvoir politique achevé, puisse réunir, organiser et unifier un énorme matériau factuel éparpillé, c'est-à-dire qui puisse lui conférer ce caractère ordonateur qui est le cachet substantiel du droit et de toute dimension juridique » (*L'Europe du droit*, préc., p. 57). Comme l'enseigne à propos de Bartole et de Balde, c'est-à-dire du *mos italicus*, le professeur Carbasse, « ce sont eux qui donnent au droit de Justinien, combiné au droit canonique et à leur premier commentaire, le statut de droit commun de l'Europe, jus commune. Plus que les compilations byzantines, c'est l'opinion commune des docteurs (communis opinio doctorum) qui le constitue » (*op. cit.*, n° 93).

40 Voyez F. C. SAVIGNY, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit*, Traduction, introduction et note A. DUFOUR, Léviathan, PUF, 2006. Cet auteur rappelle en 1814 que le droit (romain) tire son autorité de l'histoire du peuple mais aussi de la science, c'est-à-dire de l'activité des professeurs de droit.

41 Comme l'écrivent A. COLIN et H. CAPITANT, la doctrine joue « dans une certaine mesure un rôle créateur » : *Cours élémentaire de droit civil*, tome 1^{er}, 4^e éd., Paris, Dalloz, 1923, p. 34.

42 « Toute science » affirmait Carbonnier « systématise ; mais le droit, sous certains aspects, semble n'être que cela. Les sources formelles font connaître les règles de droit dans la dispersion et parfois l'incohérence (même la synthèse que tente une codification peut n'être pas satisfaisante) avec ses doubles emplois et, à l'inverse, des lacunes. Il faut classer, rassembler, compléter ou éventuellement éliminer, bref mettre un ordre, imprimer aux dispositions particulières d'unité d'un système ».

à-dire la vérité du droit. D'une part, une telle vérité, comprise comme la mise au jour des causes historiques des normes juridiques, proviendrait d'en dehors du droit; le discours satisfaisant un tel besoin ressemblerait donc plutôt à celui des réalistes américains ou, en Europe, à celui des sociologues du droit – ce que n'est évidemment pas la dogmatique. D'autre part, le droit «tel qu'il est», à l'heure du bouleversement de ses sources, apparaît comme totalement chaotique; contradictoire, indéterminé, insaisissable, il est un phénomène de mosaïque. Or, l'enseignement dogmatique du droit est utile précisément parce que la vérité du droit est insaisissable sans faire violence aux faits. Il répond à un besoin de «maîtrise des choses»⁴³, de prévisibilité. Grâce à lui, en dépit du désordre des règles juridiques, les solutions de droit demeurent calculables – et c'est ce calcul que les juristes apprennent à faire à la faculté⁴⁴. Plus qu'une description, la connaissance du droit offert par la dogmatique est une interprétation: elle *donne un sens* au chaos de la production normative⁴⁵; fabriquant des concepts elle protège les juristes d'un tel chaos.

Pour cela, le discours dogmatique est fondateur⁴⁶. Il prend la forme «d'une élaboration systématique et rationnelle du droit»⁴⁷. Par sa force performative, il institue l'ordre juridique. Je songe à l'affirmation de Barthes selon laquelle «*un fait n'a jamais qu'une existence linguistique*». De ce point de vue, le droit est constitué par le discours de la doctrine⁴⁸. Je veux dire qu'un tel discours, formalisant le droit (= lui conférant une existence autonome d'autres faits sociaux qui pourtant le déterminent⁴⁹), le fonde en même temps comme ordre ou comme système. Par suite et corrélativement, conformément à la logique juridique abstraite décrite par Weber,

43 Voyez M. FOUCAULT, *Leçon sur la volonté de savoir, Cours au collège de France. 1970-1971*, Paris, Hautes Études, Gallimard, Seuil, 2011, p. 200. Dans une «*leçon sur Nietzsche*», l'auteur rapporte la citation suivante «*Tout appareil de la connaissance est un appareil d'abstraction et de simplification organisé non pour la connaissance mais pour la maîtrise des choses*».

44 Rapprochez de la définition du droit et de l'utilité de l'apprentissage du droit donnée par O.W. HOLMES, *The Path of the Law, The Common Law, Classic of Law*, Kaplan, New York, p. 1. : «*the object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the court*».

45 Voyez M. FOUCAULT, *Leçon sur la volonté de savoir, Cours au collège de France. 1970-1971*, Paris, Hautes Études, Gallimard, Seuil, 2011, p. 204.

46 Il a peut-être quelque chose à voir avec «*le moment instituteur, fondateur et justificateur du droit*» dont parle DERRIDA: *Force de loi*, Galilée, Paris, 1994, p. 32 s.

47 Voyez M. WEBER, *Sociologie du droit*, préc., p. 142 – à propos de l'enseignement théorique du droit; voyez aussi *Économie et société / 2, L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie*, Paris, Pocket, Plon, 1995, p. 12: le juriste «*procède de manière à pouvoir donner de ces diverses dispositions juridiques, en partant de la signification reconnue qu'elles ont acquises dans l'application et en se conformant à leur signification logique, une interprétation telle qu'elles puissent être amalgamées en système logiquement cohérent. Ce système est 'l'ordre juridique' dans le sens juridique du mot*».

48 Comparez avec H. CAPITANT, «*Préface*», *Espèces choisies empruntées à la jurisprudence*, précité, p. V. Cet auteur précise que grâce à la découverte des principes de la loi et à «*la déduction des conséquences qui en découlent logiquement*», l'interprète qui enseigne le droit «*reconstitue dans son ensemble le système juridique dont le législateur n'indique que les principales dispositions*».

49 Rapprochez de D. SCHNAPPER, *Une sociologie au Conseil constitutionnel*, Paris, NFR, Essais, Gallimard, 2010, p. 27.

ce que les juristes ne peuvent pas « penser » et « construire » n'a pas « d'existence juridique »⁵⁰. En sorte que, comme le note le professeur Jeammaud à propos de ce qu'il nomme l'activité « dogmatico-doctrinale », « *la nécessaire distinction du droit, phénomène social normatif, et des savoirs dont il est l'objet, n'empêche que la substance de cet objet est en partie le fruit de ces savoirs* ». L'activité d'enseignement ne conduit pas à la création de droit (au sens de droit positif), mais lui donne, au terme d'un processus intellectuel complexe, un contenu ou un corps connaissable. Un corps ou un contenu qui n'existait pas comme tel avant d'être formalisé⁵¹.

II.

Définit de la sorte, dans son irréductibilité, l'enseignement du droit appelle une autre question : a-t-il un sens politique ? Rien ne garantit qu'il soit anodin, neutre ou impartial⁵². Il peut être pro ou anti européen. Ainsi, les critiques émises par une partie de la doctrine française à l'encontre du projet d'édifier un droit européen des contrats peuvent s'appliquer l'enseignement d'un tel droit. Portant sur une sorte de « volapük » juridique, il sera suspect aux yeux de ceux qui adoptent une conception juridique historique ou nationaliste. En allant plus loin, il me semble que deux raisons suggèrent de qualifier l'enseignement du droit d'acte politique. Il correspond à l'exercice d'un *pouvoir* appartenant aux professeurs de droit (A). Il est un *instrument* au service d'une conception de l'ordre social (B).

A.

L'enseignement donne un pouvoir aux professeurs de droit, un pouvoir interne au droit, un pouvoir sur les esprits ; il nourrit un espoir aussi : celui d'exercer une emprise sur le monde. Au début du XX^e siècle, la doctrine de la nouvelle école ne s'en cache pas. L'enseignement du droit sert d'abord à s'affranchir de l'influence de la loi. Thaller dans sa préface au *Traité de droit commercial* précise qu'il appartient à l'École « de pourvoir les magistrats et les avocats de demain » des « lignes directrices » qui, issues du travail doctrinal, ne se trouvent pas dans la loi. Tel est selon lui « la mission » des professeurs de droit : « former le magistrat

50 *Sociologie du droit*, préc., p. 201.

51 Voyez H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, traduit par C. EISENMANN, Bruylant, LGDJ, 1999, p. 80 : « conformément à la théorie de la connaissance de Kant, la science du droit en tant que connaissance du droit a, de même que toute connaissance, un caractère constitutif [...] elle « crée » donc son objet en tant qu'elle le comprend comme un tout présentant une signification, un tout intelligible. De même que le chaos des perceptions sensibles ne devient système doué d'unité – le cosmos, la nature – que par le travail de la connaissance scientifique qui y introduit l'ordre, de même la masse des normes juridiques générales et individuelles posées par les organes juridiques, c'est-à-dire les matériaux donnés à la science du droit, ne devient un système présentant une unité, exempt de contradictions, en d'autres termes un ordre – un ordre juridique – que par le travail de connaissance qu'effectue la science du droit ».

52 Comme l'écrit DUNCAN KENNEDY, « je soutiens que les facultés de droit sont de véritables arènes politiques, en dépit du fait qu'elles n'affichent pas de prétentions intellectuelles, qu'elles ne cautionnent aucune théorie en particulier et qu'elles ne présentent aucune vision réaliste de ce que devrait être la vie en société », *L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies. Une polémique autour d'un système*, « Préface », Montréal, Lux Éditeur, 2010, p. 7.

lorsqu'il est encore sur nos bancs », tant qu'il est « débutant », grâce à des « formules assez précises pour exercer un pli sur son esprit »⁵³. L'idée est claire. La faisant sienne, Planiol la professe sans hésitation au *Traité élémentaire de droit civil*: la « doctrine donne l'orientation » ; « elle prépare de loin beaucoup de changement, de législation et de jurisprudence par l'influence de l'enseignement ». Même « si les commentateurs ne disposent pas du pouvoir de contrainte », « c'est » ajoute-t-il « dans leurs livres [...] et par l'enseignement oral que se transmettent les principes scientifiques et les idées juridiques dont l'autorité domine la pensée des juges et du législateur lui-même et qu'on appelle la tradition ». Alors que Planiol parle de « tradition »⁵⁴, Saleilles, au *Livre du centenaire*, fera référence, aux « praticiens de toutes sortes », c'est-à-dire aux anciens étudiants des facultés de droit, à « l'organe de la coutume ». C'est ainsi, à propos de la portée de leur enseignement, l'autorité de Savigny que convoquent les civilistes français du début du XX^e siècle. Pour eux, l'enseignement du droit semble l'instrument d'une sorte de restauration, celle de l'autorité de la science juridique, « force interne et silencieuse »⁵⁵.

Dans cette mesure, l'enseignement du droit (français ou européen) des contrats peut, selon qu'il repose sur une approche nationaliste ou une perspective pro-européenne, donner à voir une image différente de l'ordre juridique ; et de cette façon, contribuer à influencer la pratique. Disposant d'un pouvoir sur les esprits⁵⁶, le professeur de droit peut ainsi décider d'intégrer, sans toujours le dire, un point de vue politique à son discours. Comme l'écrivait Ripert, « un juriste ne doit pas seulement être un technicien habile qui rédige ou explique avec toutes les ressources de l'esprit les textes de la loi ; il doit s'efforcer de faire passer dans le droit son idéal moral, et, parce qu'il a une parcelle de la puissance intellectuelle, il doit utiliser cette puissance en luttant pour ses croyances »⁵⁷.

Il est ainsi possible – en assumant le risque de se tromper – de déceler une intention politique dans certains cours de droit civil. Il me semble par exemple que le tome 2 consacré au droit des obligations du *Traité élémentaire de droit civil* de Planiol revue et corrigé par Ripert⁵⁸ (avec le concours de Boulanger) témoigne discrètement des partis pris de celui-ci⁵⁹. Les idées ne sont plus exactement celles de Planiol dont Ripert est pourtant le continuateur. L'inspiration germanique qui

53 *Traité élémentaire de droit commercial*, 2^e éd., Paris, Rousseau, 1900, pp.IV-VI.

54 Sur la « tradition » et les « autorités » voyez aussi F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, Essai critique*, tome 2nd, nouveau tirage, Paris, LGDJ, 1954, n°138 s., p. 3 s.

55 Voyez F. C. SAVIGNY, *op. cit.*, pp. 55-56.

56 Voyez D. KENNEDY, *L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies*, préc., p. 8 : « puisque la plupart des étudiants croient ce qu'on leur dit explicitement ou implicitement au sujet du monde dans lequel ils entrent, ils agissent de façon à réaliser les prédictions que le système fait à leur sujet et au sujet de ce monde ».

57 *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., Paris, LGDJ, 1949, p. 29.

58 *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, revue et complété par G. RIPERT avec le concours de J. BOULANGER, 2^e éd., tome 2, Paris, LGDJ, 1947.

59 « On a fini par s'apercevoir » écrit-il dans *La Règle morale dans les obligations civiles* (*op. cit.*, n° 4, p. 6) « que toutes les constructions techniques imaginées depuis une quarantaine d'années, et qui ont été en partie inspirées du Code civil allemand, ont singulièrement troublé notre conception du droit sans nous apporter rien de bien satisfaisant ».

habitait l'enseignement du premier est réduite⁶⁰. Le plan d'exposition du droit des obligations n'est ainsi plus inspiré du BGB, et de ses méthodes, mais du code civil⁶¹, et de son esprit⁶². Par ailleurs, conformément à la tradition française, la théorie de la cause est reconstruite, laissant à cette notion une place considérable, qui en fait un instrument de contrôle de la moralité du commerce juridique.

Au-delà de cet exemple, la portée politique de l'enseignement du droit doit être bien comprise. Elle est limitée par son objet, le droit positif⁶³. Et surtout, elle est neutralisée par l'application de la méthode dogmatique. C'est-à-dire par les règles de production d'un discours technique fondé sur une rationalité logico-formelle (ce qui ne peut pas être pensé par un juriste n'a pas d'existence juridique). Une méthode qui, disqualifiant les arguments non juridiques, limite mécaniquement la liberté des interprètes du droit – tout en assurant le monopole des juristes pour étudier le droit. Une méthode scientifique ou savante dont le respect, assuré par la communauté universitaire, permet de tracer une limite entre liberté académique et liberté d'expression⁶⁴. L'enseignement du droit des contrats, même s'il propose une critique du droit positif, ne peut donc qu'indirectement être marqué par des considérations politiques. Ainsi, l'espoir pour un professeur de droit d'influer sur les affaires publiques est mince. Corsetée par la méthode dogmatique, la restauration de l'autorité de la science juridique opérée dans le sillage de Gény n'équivaut pas à une prise de pouvoir politique par les universitaires⁶⁵.

B.

Une telle affirmation n'épuise pas la question du sens politique de l'enseignement du droit. Celui-ci, reposant sur l'interprétation et la systématisation des normes juridiques, reflète formellement une conception de l'ordre social. Par elle-même, l'application de la méthode dogmatique est un *mécanisme de pouvoir*.

60 Sur « l'influence allemande » ou la « fascination pour le droit allemand » de Planiol voyez G. BABERT, *Le système de Planiol (bilan d'un moment doctrinal)*, Thèse, Université de Poitiers, sous la direction de PH. RÉMY, p. 46 s.

61 Toutefois Ripert évoque des raisons pédagogiques voyez le *Traité élémentaire*, préc., n° 6, p. 2.

62 Sur l'importance des plans d'exposition du droit des obligations, sur ce qu'ils révèlent et sur les différences existantes, sur ce point, entre le code civil et le BGB voyez PH. RÉMY, « Plans d'exposition et catégories du droit des obligations » dans *Pour une réforme du droit des contrats*, sous la direction de F. TERRÉ, Paris, Dalloz, 2009, p. 83 s. ; « Réviser le Titre III du Livre troisième du Code civil? », *RDC*, 2004, p. 1169 s.

63 Une telle limite correspond au projet kantien de la Doctrine du droit et du Conflit des facultés : les juristes ne doivent répondre qu'à la question « *quid juris* » – voyez M. VILLEY, « La doctrine du droit dans l'histoire de la science juridique », « Préface », *Métaphysique des mœurs, Première partie, Doctrine du droit*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1971, p. 10 s. Un tel projet, et le dessein de vérifier son application, sera aussi celui de la théorie du droit.

64 Sur ce point voyez O. BEAUD, « Academic freedom : les chemins américains de la liberté universitaire » (à propos de l'ouvrage de M. W. Finkin et R. C. Post, *For the Common Good, Principles of American Academic Freedom*, *New Haven-Londres, Yale University Press*, 2009), *Critique*, avril 2010, p. 291.

65 Pour Savigny d'ailleurs la science juridique ou jurisprudence est l'« *élément technique* » dans la vie du droit, pas son « *élément politique* ».

Elle a un sens politique. Un sens qui donne aux professeurs de droit un rôle, parfois inconscient, dans la société.

Tout d'abord, la doctrine en général, l'enseignement dogmatique en particulier, légitime le droit. L'exemple du travail des professeurs de code civil au XIX^e siècle montre combien, s'agissant d'un droit nouveau, l'enseignement a joué un rôle important. Partant, le droit européen des contrats, même virtuel, pourrait bénéficier d'une telle légitimation. S'en saisissant, les professeurs l'habilleront « de vêtement classique », lui prêtant leur « science » et leur « langage savant », ils banaliseront l'innovation qu'il représente⁶⁶. En sorte que son enseignement pourrait, technicisant et corrélativement dépolitisant la question, préparer silencieusement la promulgation d'un droit européen positif des contrats.

Mais il y a plus. Au-delà d'une fonction de légitimation, l'enseignement dogmatique confère au droit ce qu'un auteur comme Hayek nomme sa « dynamique interne »⁶⁷. En ce sens, forgeant l'univers mental de chaque juriste, l'enseignement en fait l'anneau inconscient d'une chaîne, l'agent actif d'un mécanisme qui le dépasse. Tout part de l'idée, centrale dans le discours dogmatique, selon laquelle le droit est un système complet et cohérent et donc que chaque disposition a vocation à y trouver sa place. Résultat : « chaque juriste, lorsqu'il a à interpréter ou appliquer une règle qui ne s'accorde pas bien au reste du système, s'efforce de l'infléchir de telle sorte qu'elle soit conforme aux autres règles » ; il applique une technique qui l'amène à ajuster les éléments novateurs ou étrangers qu'il faut introduire dans le système juridique en les transformant de telle sorte qu'ils s'harmonisent avec l'ensemble⁶⁸. L'ordre se perpétue en dépit des réformes⁶⁹. Le droit fonctionne spontanément. Ainsi, la classe des juristes⁷⁰ forme une sorte de *force sociale conservatrice*. « Notre enseignement universitaire » écrit Lambert « a de tout temps été organisé en vue de faire des juristes les défenseurs spontanés de toutes les situations acquises et de développer en eux un esprit ultra-conservateur ». Un tel constat est aussi celui de Ripert pour qui « la science juridique crée un état d'esprit qui est commun à tous les juristes » ; « par la formation même de son esprit [...] le juriste est conservateur »⁷¹ ; un « conservateur par déformation professionnelle » approuverait Hayek⁷².

66 Voyez PH. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 246 s.

67 *Droit, législation et liberté*, préface PH. NÉMO, Quadrige, PUF, 2007, p. 175 – comparez avec J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Forum, Flammarion, 1996, p. 70 s. : « la classe juridique n'est pas neutre, ni inerte : elle a ses propres réflexions et ses réflexes. La présomption est que, par sa seule présence, elle infléchit le droit ».

68 Voyez F.A. HAYEK, *Droit, législation et liberté*, préc., p. 176.

69 « *Le juriste aime l'ordre* » affirme RIVERO : « La culture juridique », *Annales de l'Université de Poitiers*, 2^e série, n° 3, 1952.

70 CARBONNIER parle de « classe juridique » : *Droit et passion du droit sous la V^e République*, préc., p. 66.

71 Voyez *Les forces créatrices du droit*, Paris, LGDJ, 1955, p. 9.

72 *Op. cit.*, p. 176.

Une telle analyse, qui pourrait être discutée⁷³, permet de déduire quelques propositions. Certaines sont immédiatement perceptibles. (1) La formation systématique des juristes français au droit européen des contrats est un moyen permettant d'espérer l'eupéanisation *spontanée* du droit français. (2) Inversement, l'application en France d'un droit positif européen devrait se couler dans le système issu du Titre III du Livre troisième du code civil. (3) Corrélativement, lors de la présentation d'un cours de droit européen des contrats, un professeur de droit français nationaliserait mécaniquement les concepts et les méthodes objets de son enseignement.

Mais surtout, je crois que quel que soit l'objet enseigné (droit français ou européen des contrats) l'enseignement dogmatique aura toujours la même fonction. Au service de la sécurité juridique, il rend le droit calculable et apprend aux étudiants à en faire le calcul. Or il n'est pas certain qu'il n'existe pas une autre façon d'enseigner le droit des contrats. Au lieu de « dénaturer », de « truquer » et de « déformer » une « réalité juridique »⁷⁴ chaotique, pourquoi ne pas professer que le droit est indéterminé et incohérent ? Que si la formulation de théories ou de concepts, la dogmatique, est nécessaire, la recherche d'une solution ne peut simplement reposer sur l'application d'un syllogisme ? Qu'il n'y a pas pour les cas complexes de solution juridique mécanique ou totalement logique ? Qu'il n'y a peut-être même pas de cas complexe ? Que de nombreuses considérations (hors le droit) pèsent sur une décision juridique ? Bref, il existe sans doute d'autres voies que l'utilisation d'un discours dogmatique pour enseigner en Europe le droit des contrats. Il s'agirait de dépasser une conception exclusivement civiliste (basée sur un néo pandectisme) du contrat⁷⁵. Mais c'est une autre question⁷⁶.

73 Et qui surtout est réversible, comme l'explique HAYEK : les juristes, si le droit change entièrement, peuvent aussi être de redoutables agents au service d'une révolution juridique.

74 Voyez D. KENNEDY, *L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies*, préc., p. 32.

75 À propos de l'importance de l'enseignement du droit civil voyez S. RIALS, « Dogmatique et humanités, considérations françaises sur une séparation », *Droits, Revue française de théorie juridique et de culture juridique*, 50, PUF, 2010, p. 209.

76 Voyez V. FORRAY, *supra*.