

# Une doctrine politique

Rémy LIBCHABER

*Professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)*

1. L'université Paris 1 a été durement frappée par le décès de Philippe Neau-Leduc, en juillet 2015. Le présent ouvrage témoignera d'une émotion proportionnée à la place qu'il y avait prise. Juriste reconnu pour ses compétences bancaires et fiscales, il avait assumé des charges administratives redoutables, qu'il s'agisse de la direction d'un UFR, de la présidence du CNU ou de responsabilités internationales en matière de codification. Dans le même temps, il investissait d'autres domaines relevant de la pratique : celle du droit bien sûr, ce qui n'a rien d'inhabituel ; mais aussi bien la pratique politique, puisqu'il joignait à ses activités celle d'élu de la commune de Palavas-les-Flots, délégué au tourisme.

D'un point de vue institutionnel, Philippe Neau-Leduc avait réalisé une figure nouvelle : celle de l'universitaire investi dans les activités de la cité – et donc dans des activités de type politique. Cette interaction entre l'Université et la politique a suscité l'idée de la présente discussion, car cette façon d'être universitaire peut aboutir à des fécondations inattendues : l'Université s'ouvre à la vie de la cité ; en retour, celle-ci est conduite à mieux écouter les préoccupations juridiques, sous l'influence de passeurs nouveaux. Il est de mode d'évoquer la « pollinisation des savoirs » pour désigner le résultat de ces rencontres inattendues entre des préoccupations hétérogènes. Contentons-nous de signaler les mutations contemporaines du juriste savant : mieux il s'insère dans la société, plus ses conceptions évoluent quant à ce que le droit est ou doit être. Un universitaire informé des limites effectives de la règle ne devient-il pas un savant d'un autre type ?

La confrontation des juristes à la vie extra-universitaire n'est pas une nouveauté : par la consultation notamment, ils occupent depuis longtemps un statut ambigu mêlant le savoir à la pratique. Mais il y a plus à présent, avec l'apparition d'une tentation proprement politique : celle de participer à la substance du droit, en intervenant au cours de sa phase de construction. *Nihil novi sub sole* ? Ce n'est pas d'aujourd'hui que des universitaires réputés font des incursions dans la presse nationale<sup>1</sup>, formulent des propositions de textes<sup>2</sup> ou prennent la tête de

---

1. La figure la plus éminente est à cet égard celle du doyen Vedel (ARROYO J., « Vedel et les articles de presse : un juriste dans la cité », *RFDA* 2016, 371). M. Terré a également eu une activité journalistique constante (TERRÉ FR., *Le juriste & le politique. Trente ans de journalisme au Figaro*, 2003, Dalloz).

2. André Tunc, on le sait, avait proposé une loi sur les accidents de la circulation à partir de 1966 (TUNC A., *La sécurité routière. Esquisse d'une loi sur les accidents de la circulation*, 1966, Dalloz). Pour une reprise préalable à la loi de 1985, A. TUNC, *Pour une loi sur les accidents de la circulation*, 1981, Économica. Plus près de nous, on peut évoquer parmi d'autres l'initiative de BADINTER R. et LYON-CAEN A., *Le travail et la loi*, 2015, Fayard.

commissions pour porter des projets législatifs<sup>3</sup>. Tout change néanmoins quand de solitaires, ces activités deviennent collectives : le cumul des engagements emporte une évolution dans la nature de l'intervention. La même opinion journalistique se charge d'un contenu nouveau quand elle est signée par un collectif : elle devient pétitionnaire, et l'on a vu ce type d'entreprise enfler dans les années récentes au point de susciter une polémique d'apparence épistémologique<sup>4</sup>, et plus sérieusement d'alerter sur un renouvellement des missions de la doctrine<sup>5</sup>. On a prêté moins d'attention au fait que des avant-projets de loi étaient désormais élaborés, discutés et portés par des collectifs d'universitaires, dont la méthode de travail finissait par engager une très large participation doctrinale.

C'est donc dans son ensemble que la doctrine est en proie à une tentation politique qu'il importe d'interroger dans ses fondements (I), avant d'évoquer une de ses facettes les plus notables : la participation au processus de création de la loi (II).

## I. UNE DOCTRINE À L'ÉCART DE LA POLITIQUE

2. Depuis la stabilisation du droit que les codifications napoléoniennes ont apportée à la France, la doctrine s'est cantonnée dans une étude intrinsèque du droit tel qu'il était posé et appliqué par les juridictions supérieures. Cette étude interne avait pu être qualifiée de *positiviste*, en ce qu'elle périmait les tentations jusnaturalistes qui avaient eu cours dans la longue durée du travail juridique : il ne s'agissait plus de déterminer ce que les règles devaient être, au regard d'un certain idéal du *juste*, mais de s'incliner devant ce que le législateur et la pratique des juridictions façonnaient. De manière inattendue, ces tendances anciennes tendent à renaître aujourd'hui, avec une teneur politique qui les renouvelle.

3. Il est souvent arrivé que des universitaires participent à des entreprises réglementaires, en général parce que l'un d'eux dominait la matière. Roger Perrot, aidé de Philippe Théry, a porté la réforme des procédures civiles d'exécution sur les fonts baptismaux, avec une commission composée de magistrats et de praticiens, installée en 1984 (L. n° 91-650, 9 juill. 1991). De même, Jean Foyer a présidé les commissions qui devaient fournir les projets aboutissant au nouveau Code de procédure civile, avec l'aide effective de Pierre Raynaud et l'influence intellectuelle d'Henry Motulsky. En droit public, les commissions présidées par le doyen Vedel sont à peine dénombrables, même si elles n'ont pas toujours débouché sur une loi identifiée (BRAIBANT G., « Les "commissions Vedel" », *RFDA* 2002, 213).

4. Face à une pétition de 170 juristes contre le mariage pour tous (*Le Figaro*, 15 mars 2013), quatre professeurs de droit public de Nanterre leur ont intimé l'ordre de se taire (BRUNET P., CHAMPEIL-DESPLATS V., HENNETTE-VAUCHEZ S. et MILLARD E., « Mariage pour tous : juristes, taisons-nous ! », *Raison-publique.fr*, 20 mars 2013, repris sous un titre lénitif : « Mariage pour tous : les juristes peuvent-ils parler "au nom du droit" ? », *D.* 2013, 784). Cet événement n'a pas fait l'objet de l'étude attentive qu'il méritait ; v. néanmoins SUPIOT A., « Ontologie et déontologie de la doctrine », *D.* 2013, p. 1421 pour un point de vue critique du silence, et TROPER M., « Les topographes du droit. À propos de l'argumentation anti-mariage gay : que savent les professeurs de droit ? », *Grief* n° 1/2014, p. 68, pour un point de vue approbatif.

5. V. JESTAZ Ph. et JAMIN Chr., *La doctrine*, 2004, Dalloz, pp. 241 et s.

Pour éviter les méprises, il faut dire que l'on ne prend pas le mot *jusnaturalisme* dans une acception traditionnelle. Il ne s'agit pas de considérer les règles de droit comme étant dans la dépendance d'un idéal, issu d'une révélation – celle que permettrait l'observation du Cosmos, la lecture du grand Livre de la Nature, la prise en compte des données de la religion, ou les nécessités tirées de la singularité humaine, pour envisager des conceptions successives. Bien plutôt, la tentation jusnaturaliste est à l'œuvre toutes les fois qu'on se livre à une critique externe du droit positif, qui en confronte les règles à un système de valeur particulier, qui se révèle indifférent à son fonctionnement technique. Quand l'étude savante ne tend qu'à l'interprétation, à la systématique ou à la cohérence du droit tel qu'il a été posé, le juriste ne sort guère du plan positif – sinon à la marge. Son activité consiste à déterminer de quoi le droit est fait, dans le détail de chacune de ses branches, sans chercher des règles de substitution commandées par quelque *corpus* idéologique.

On cède à la tentation jusnaturaliste quand on estime que le droit établi doit être corrigé ou informé par la confrontation à des valeurs qui n'ont pas officiellement cours dans l'activité juridique. La question classique « *quid juris ?* » cesse d'être pertinente ; elle s'efface au profit d'une autre : de quelles règles la législation devrait-elle être constituée pour être idéologiquement acceptable aux yeux de l'interprète ? Sitôt qu'il se livre, à titre principal, à une critique politique ou à une appréciation économique, par exemple, ce dernier sort du domaine positif pour soumettre ses appréciations à des considérations idéologiques, ce qui aboutit à promouvoir des formes modernes de droit naturel.

Le jusnaturalisme ancien peut apparaître comme une conception historique quelque peu périmée, en ce qu'elle n'est plus guère défendue à visage découvert. Ce n'est pas le cas de l'acception dans laquelle on le considère ici : en désignant les considérations non positives qui pèsent sur l'appréciation de la règle, le terme devient objectif et signale une tentation devenue forte.

3. Nous sommes aujourd'hui confrontés à un certain retour de ce jusnaturalisme, au sens où les juristes se préoccupent de nouveau de la teneur substantielle de la règle, sans s'arrêter à l'efficacité de son régime. Certes, la tâche d'élaboration des règles par le consensus des juristes a pu exister, quoiqu'il faille en chercher les précédents dans un passé lointain. Quand ce type de travail a eu cours, à Rome, dans le Moyen Âge européen par exemple<sup>6</sup>, il était justifié par des insuffisances dans l'état du stock normatif : la rareté ou l'inadéquation des règles existantes aux besoins du jour poussait les juristes à un désir de création. Ce qui tenait moins à une volonté d'en orienter ou d'en réformer la substance, qu'à la nécessité de découvrir les règles adaptées à la résolution des difficultés auxquelles l'époque se trouvait confrontée : dans l'arsenal positif, aucune n'était disponible ou adéquate.

Cette pratique constructrice s'est progressivement interrompue entre l'élaboration des premières compilations royales et la fin de l'Ancien Régime, les codifications napoléoniennes y ayant mis le point final. Rupture fondamentale, car le pouvoir politique s'était alors annexé le monopole de l'édition des règles, sur

6. KANTOROWICZ E., « La royauté médiévale sous l'impact d'une conception scientifique du droit », *Politix* 1995, vol. 8, n° 32, p. 5.

un mode volontariste. Dès lors, la tâche des juristes ne pouvait plus être la création des règles, ce qui eût abouti à contester un apanage royal d'abord, étatique ensuite ; il ne s'agissait plus pour eux que d'exprimer la teneur des règles en décrivant leur fonctionnement de détail, selon les difficultés rencontrées et les solutions apportées par le législateur ou les tribunaux. En France notamment, la montée en puissance de l'État comme détenteur exclusif de la production normative a fait refluer les modes d'élaboration traditionnels : la coutume bien sûr, c'est-à-dire l'autorité reconnue à la tradition ; la jurisprudence, dans la mesure où elle émanait de parlements indépendants ; l'autorité des juristes enfin – ce que l'on appelait la doctrine –, puisqu'ils ont été réduits au rôle de techniciens, spécialistes de l'articulation des règles que le pouvoir leur fournissait. D'où le partage des prérogatives immédiatement établi : au législateur les choix juridiques, à forte teneur idéologique ou politique ; aux juristes l'explicitation du contenu du droit et le travail de lissage aux frontières, nécessaires pour en organiser le fonctionnement d'ensemble.

Comme les hommes dans la belle formule de Marx, l'ordre juridique secrète les règles positives par son activité constante, mais il ne sait pas quel droit positif il produit. L'activité savante a considéré que cette tâche spéculaire lui revenait, en dépit de son apparente modestie.

4. C'est avec une certaine surprise que l'on constate le renouvellement de cette activité créatrice, dans une perspective politique : nombre d'auteurs, individuellement ou en groupe, par diverses techniques, cherchent à influencer sur le droit en construction, à peser sur les évolutions de la législation ou des décisions de justice<sup>7</sup>. Non parce que des règles utiles feraient défaut, bien au contraire ; mais parce qu'ils sont insatisfaits de leur teneur substantielle. Ils critiquent un droit dont le contenu heurte leur sensibilité politique<sup>8</sup>. Les juristes excipent de leur compétence technique pour se glisser sur le champ de la création normative et réclamer des évolutions de la réglementation, sans d'ailleurs contester le monopole étatique.

Il est difficile de dire comment ils en sont venus à prétendre à ce rôle d'aiguillon normatif, qui n'était guère dans leur manière. L'explication du phénomène est d'autant plus délicate que cette prétention s'accorde mal à notre époque. Elle émerge avec vigueur depuis la fin du xx<sup>e</sup> siècle, dans un contexte dépolitisé par rapport à ce qu'étaient les années idéologiques de l'après-guerre. À l'époque, les tentatives marxistes de rénovation du droit s'épuisèrent sans prospérer, ne laissant d'autre

7. CHEVALLIER J. et LOCHAK D., « Les juristes dans l'espace public », *Droit et société* 2016/2, p. 359.

8. Dans sa tâche de structuration du droit, la doctrine a toujours cherché à faire évoluer la règle quand, par son fonctionnement technique, elle se révélait inadéquate à sa fonction – telle qu'elle était présumée ou établie. Mais ce réaménagement ne tendait pas à transformer la teneur de la règle, que les auteurs recevaient sans critique des mains du législateur. Si l'on considère une des plus belles inventions doctrinales de la fin du xix<sup>e</sup> siècle, la découverte de l'enrichissement sans cause, on constate qu'elle n'était pas due à une critique de la teneur idéologique du droit, mais au constat de son inachèvement. Il manquait une pièce au droit civil, sans laquelle son bon fonctionnement n'était pas assuré.

souvenir que celui d'une rébellion stérile<sup>9</sup>. C'est quand la contestation proprement politique de la société a commencé de se tarir que les juristes sont passés à l'intervention, en rupture avec un air du temps désabusé. Deux formes différentes ont manifesté cet engagement. D'une part, ils ont repris une critique politique de la société d'un autre âge : dans bien des textes, l'insistance sur la nécessaire protection de la partie faible reprend le ton du marxisme le plus éculé, évoquant la lutte des classes comme moteur de l'histoire<sup>10</sup>. Par ailleurs, nombre de juristes ont choisi d'accompagner l'étonnante transition idéologique contemporaine qui fait advenir, avec une stupéfiante rapidité, les revendications qui participaient du gauchisme culturel des années soixante-dix<sup>11</sup>, à une exception près<sup>12</sup>. Pour le dire simplement, l'individu qui se trouvait pris dans des cadres divers – l'âge, le sexe, la famille, la langue, la nation, la religion, l'entreprise... –, s'exige désaffilié de ce en quoi il ne voit plus que des constructions culturelles. Ce qui va jusqu'à revendiquer l'absence de toute contrainte juridique : dépourvu d'ancrage, il ne comprend ni n'accepte les limites qu'un monde ancien prétend lui opposer. D'où les secousses que vit actuellement le droit français, qui traduisent des ruptures successives avec les traditions. Libération par rapport aux servitudes corporelles, par un artificialisme renforcé dans la conception des enfants, l'administration de la mort et le recours à la réfection chirurgicale. Affranchissement de la situation individuelle par l'assomption du genre, la liberté sexuelle et l'institutionnalisation de choix de vie divers. Abolition de toute idée d'apprentissage dans l'éducation, qu'elle soit familiale ou scolaire, en tant qu'elle est vue comme une inscription autoritaire dans un cadre préexistant. Ruptures avec les héritages historiques, religieux ou culturels, qui ouvrent sur l'immense force pénitentielle d'un passé qui blesse sans jamais nourrir... Le seul ancrage admis nous confronte à la nature, là où elle résiste à l'idée de construction culturelle : la planète étant dérégulée, l'écologie nous somme de la respecter sur le mode de la repentance, une fois encore. Notre passé est vu comme une dégradation constante de l'environnement, par esprit de jouissance ; l'esprit de sacrifice peut seul procéder à sa réhabilitation<sup>13</sup>.

9. On évoque ici le mouvement *Critique du droit*. V. DUPRÉ DE BOULOIS X. et KALUSZYNSKI M. (dir.), *Le droit en Révolutions. Regards sur la critique du droit des années 70 à nos jours*, 2011, LGDJ, coll. Droit et Société.

10. À propos de la réforme des contrats, un auteur a évoqué un « traitement homéopathique administré à une société rongée par le cancer des injustices sociales et l'accroissement des inégalités », pour promouvoir une sorte de nationalisation du contrat, celui-ci n'étant plus la prérogative des opérateurs économiques mais d'un juge habilité à le refaire à sa guise (CHAZAL J.-P., « Quel programme idéologique pour la réforme du droit des contrats ? », *D.* 2015, p. 673).

11. LE GOFF J.-P., « Du gauchisme culturel et de ses avatars », *Le Débat* n° 176, sept.-oct. 2013, p. 40.

12. La seule résistance marquée aux mouvements revendicatifs des années d'après 1968 concerne la sexualité de l'enfant : alors que la liberté de certaines formes de pédophilie était fortement revendiquée, c'est aujourd'hui à la sacralisation absolue du corps de l'enfant que l'on assiste. Pour une tentative d'explication : VERDRAGER P., *L'enfant interdit. Comment la pédophilie est devenue scandaleuse*, Armand Colin, 2013.

13. La transcription doctrinale de cet écologisme adopte aujourd'hui les couleurs des *communs* : l'égoïsme du propriétaire doit céder, dans la prise en main des biens essentiels, à des collectivités aptes à en assurer la meilleure utilisation. V. par ex., PARANCE B. et DE SAINT-VICTOR J. (dir.), *Repenser les biens communs*, 2014, CNRS éd.

5. Peut-être faut-il admettre le travail souterrain d'un autre facteur d'évolution, tenant à la diversification personnelle des membres de la doctrine – à sa démocratisation. Évidemment, il est toujours hasardeux de prétendre, sans étude sociologique<sup>14</sup>, que les participants au débat juridique seraient aujourd'hui plus divers par leur origine sociale, leurs conceptions politiques ou ontologiques, qu'ils l'étaient hier. N'est-ce pas le fond de l'illusion présentiste que d'opposer à la complexité de l'heure, l'unité et la simplicité prétendues du passé ? Le fait de nous représenter les universitaires d'il y a un siècle et plus comme des savants à lorgnon et barbiche ne suffit pas à leur conférer quelque unité de pensée – quoique l'image de maturité et de sévérité qu'ils promènent nous empêche de les voir comme des contestataires.

Le mouvement dit de « fin des idéologies » suscite le sentiment d'une unité rétrospective – celle à laquelle nous échappons avec bonheur, nous qui ne serions pris dans aucune pensée globalisante. Ne pourrait-on dire avec quelque raison qu'il y a un siècle ou deux, les juristes savants étaient globalement issus d'une bourgeoisie catholique, ce qui les aurait marqués d'un air de famille qui n'est plus de saison<sup>15</sup> ? Admettons que ce fait sociologique soit avéré, ce qui n'est pas irréaliste ; faut-il en déduire l'alignement nécessaire de leurs conceptions du droit, comme si elles s'alimentaient à cette seule source socio-confessionnelle<sup>16</sup> ? N'est-ce pas notre sentiment d'affranchissement postérieur à Mai 68 qui nous donne le sentiment d'une liberté de pensée d'autant plus franche que nous nous figurons volontiers que nos devanciers en étaient dépourvus ?

Il reste qu'à l'examen, la critique politique du droit n'a jamais cessé, depuis 1804. Aux dénonciations du Code civil comme phénomène (Savigny, Jourdan, Klimrath), se sont bientôt ajoutées les contestations proprement politiques portant sur ses orientations d'ensemble : celle des réactionnaires, des techniciens de l'économie, des libéraux, des socialistes<sup>17</sup>. À partir de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et l'établissement de la République, le ton change radicalement : le Code étant entré dans les mœurs, ce sont les reproches de blocage qui sont articulés contre le droit français. Saleilles, Gény, Josserand, Emmanuel Lévy, pour ne citer que des civilistes, critiquent un droit qui n'a pas pris la mesure des transformations sociales parce que ses capacités d'évolution sont entravées. La doctrine retrouve alors une de ses fonctions anciennes, consistant à proposer des règles adaptées quand elles font défaut. Ce qui ne durera guère : des évolutions significatives auront lieu de l'avant-guerre jusqu'au régime de Vichy, qui réaliseront un *aggiornamento* qui relancera la critique dans une autre direction après le deuxième conflit mondial. Le droit français change dans un monde en interaction progressive : la critique s'idéologise parce que la mutabilité de

14. On trouve bon nombre d'éléments sociologiques dans un ouvrage consacré à une tout autre question : AUDREN Fr. et HALPÉRIN J.-L., *La culture juridique française*, 2013, CHRS éd.

15. C'est le sentiment que l'on retire de la lecture d'A.-J. ARNAUD, que ce soit pour les rédacteurs du Code civil (*Les origines doctrinales du Code civil*, préf. VILLEY M., 1969, LGDJ), ou la suite du XIX<sup>e</sup> siècle (*Les juristes face à la société, du XIX<sup>e</sup> siècle à nos jours*, 1975, PUF).

16. Répondant à A.-J. Arnaud, M. Rémy a montré l'étonnante diversité de la doctrine à l'époque de l'exégèse, en dénonçant les illusions d'unité rétrospectives que nous pourrions entretenir (RÉMY Ph., « Éloge de l'exégèse », *Droits* 1985, n° 1, p. 115, et spéc. pp. 116 et s.)

17. HALPÉRIN J.-L., *Histoire du droit français depuis 1804*, 1996, PUF, pp. 70 et s.

la loi est de mieux en mieux acquise dans les domaines techniques, mais pas en matière de mœurs. Les reproches ne s'adressent plus à des lois concrètes, toujours en évolution, mais procèdent comme par voie de conséquence : ce n'est pas la teneur du droit qui est contestée ; c'est en sens inverse la contestation de la société bourgeoise qui est projetée sur son droit, comme s'il en cristallisait immanquablement des rapports de force jugés détestables.

Avant le <sup>xxi</sup>e siècle, ni les contestations idéologiques ni les contestataires n'ont manqué. Pourtant, les critiques du passé n'ont pas les mêmes caractéristiques que celles du présent. Il semble qu'elles aient été plus globales : ce n'était pas la teneur d'une règle qui était prise pour cible, mais l'orientation générale dont elle témoignait. Et plus objectives aussi : les auteurs ne s'appuyaient pas sur des perceptions individuelles, singulières, pour critiquer telle ou telle règle ; ils se coulaient plutôt dans une idéologie politique ou sociale, dont ils actualisaient la portée sur le terrain juridique<sup>18</sup>. Dès lors, il ne serait pas étonnant que l'actuelle prise de parole des juristes soit un effet de cette valeur du jour, devenue fondamentale : l'individualisme. Affranchi de ses appartenances traditionnelles, chacun se considère comme libre dans ses pensées, et donc comme porteur d'un message dont l'expression doit avoir la plus importante diffusion. Comme si la subjectivité devait désormais être considérée comme une valeur en soi !

6. Sur le plan juridique, cette évolution est venue croiser la transformation de l'idéologie dominante, qui est aujourd'hui à peu près réalisée. Il s'agit du mouvement tectonique qui a fait passer les droits de l'homme au premier plan des fondements du droit, pour relire et rectifier l'essentiel de l'héritage normatif. Par nature, la création de telles règles ne peut plus être l'apanage de l'État, seul. Il continue certes de lui revenir de forger des règles, puisque telle est la mission volontariste qu'il assume depuis quelques siècles, qui est d'ailleurs inscrite dans ses gènes. Mais cette création est partagée. D'abord, parce qu'elle a lieu sous l'influence d'institutions diverses, internes ou étrangères, qui exercent ensuite leur contrôle sur les règles établies, telles qu'elles sont appliquées. Par ailleurs, les droits de l'homme trouvant leur origine dans une résistance de l'individu contre une emprise étatique excessive, la contestation du droit positif au nom des mêmes droits fondamentaux émane de la société civile. Ce qui permet aux juristes de prétendre en donner une formulation adéquate, informée de la sensibilité collective mais coulée dans un moule déjà juridiquement formé, capable de porter les revendications.

Dans une conception passée de l'élaboration du droit qui s'efforçait de forger des équilibres sociaux, ces derniers n'avaient guère de raisons d'être mieux à même que d'autres d'exprimer les conditions sociales du juste : leur familiarité avec la règle de droit leur permettait de maîtriser la forme, sans qu'ils aient de lumières particulières sur les exigences de fond de la matière juridique. Dès lors que cette façon complexe de faire du droit a cédé, que la règle s'est réorganisée autour des besoins

---

18. À quoi s'ajoute qu'ils ne portaient la critique que quand la pratique ne pouvait pas l'exprimer elle-même, faute de juristes dans ses rangs. C'est bien pourquoi la question sociale dévoile une intrusion doctrinale plus large, dans les années trente, que la critique des blocages économiques.

de l'individu, les juristes se trouvent comme aspirés au premier plan de la contestation car ils reçoivent subitement ce qui leur faisait défaut. Ils demeurent à l'aise dans la mise en forme des revendications, dont ils peuvent désormais exprimer le fond à travers leur subjectivité. Dans le monde des droits de l'homme, chacun représente un terrain d'expérience suffisant pour articuler une critique pertinente ! C'est pourquoi la transition vers les droits fondamentaux, sensible à partir des années soixante-dix du siècle dernier, s'accompagne d'une intensification de l'individualisme, qui apparaît bien souvent sous les aspects d'un moralisme débridé.

Les revendications individuelles conspirent ainsi avec l'esprit du temps pour dérouter les anciennes pratiques. Les juristes sont plus sensibles à la critique du droit, parce qu'ils admettent moins qu'avant de demeurer silencieux face à des évolutions qu'ils vivent personnellement. Telle est peut-être la justification de l'étonnant succès d'un article pourtant discutabile, qui a érigé en dogme la critique du droit tel que l'État le posait<sup>19</sup>, l'auteur ayant accusé le positivisme d'être responsable de la banalisation du droit antisémite de Vichy<sup>20</sup>. Telle est surtout l'explication des transformations doctrinales dont l'époque témoigne, où le droit national est constamment mis en accusation devant des perceptions fondamentalistes qu'il est impossible de discuter sans que les tenants de l'ordre moral n'exercent leur vigilant contrôle<sup>21</sup>.

19. LOCHAK D., « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in CURRAP, *Les usages sociaux du droit*, 1989, PUF, p. 252.

20. L'article était d'abord discutabile en ce qu'il dissimulait une critique *ad hominem* sous une position prétendument théorique. Il l'était encore en ce que l'intéressé pris pour cible avait lui-même évoqué son passé dans un article destiné à ses collègues universitaires, que l'auteur s'est d'abord abstenu de citer (DUVERGER M., « La perversion du droit », *Mél. J. ELLUL*, 1983, p. 705). Quand bien même il s'agirait d'un plaidoyer *pro domo*, il y posait une question décisive : « comment critiquer dans un régime qui n'admet pas la critique ? » (p. 706). Enfin, le positivisme n'est pour rien dans la querelle : une loi nouvelle existe ; quelque détestable qu'elle soit, il appartient à la doctrine de la prendre en considération, sauf à donner une image trompeuse du droit existant. On peut certes reprocher à tel juriste de la commenter par arrivisme ou par opportunisme ; mais il faut tout de même bien qu'elle soit évoquée dans des revues ou des ouvrages qui veulent être fidèles à leur mission d'information. Kelsen l'avait dit avec justesse : « du point de vue de la science juridique, le droit établi par le régime nazi est du droit. Nous pouvons le regretter, mais nous ne pouvons pas nier qu'il s'agit du droit. Le droit de l'Union soviétique est du droit ! Nous pouvons l'exécrer comme nous avons horreur d'un serpent venimeux, mais nous ne pouvons pas nier qu'il existe, ce qui veut dire qu'il vaut » (KELSEN H., Intervention à un congrès tenu à Vienne en 1963, cité par : FREUND J., « Droit et politique. Essai de définition du droit », *Arch. philo. dr.* 1971, 15, et spéc. note 2, p. 25).

On ne parierait pas que Mme Lochak ait été à l'aise avec cet article, ce qui expliquerait le nombre des retours sur la question comme le déplacement progressif du propos qui s'objective : « Une neutralité impossible », in AMSELEK P. (dir), *Théorie du droit et science*, 1994, PUF Léviathan, p. 293 ; « Écrire, se taire... Réflexions sur l'attitude de la doctrine française », *Le genre humain* n° 30-31, mai 1996, *Le droit antisémite de Vichy*, p. 433 ; « La profession d'universitaire face à la question de l'engagement », in DOCKÈS E. (dir), *Au cœur des combats juridiques*, 2007, Dalloz, p. 31.

21. Deux exemples : HENNETTE-VAUCHEZ S., « Droits de l'homme et tyrannie : de la différence entre esprit critique et esprit de critique », *D.* 2009, p. 238 ; MARGUÉNAUD J.-P., « Le sauvetage magistral de la prohibition du mariage entre alliés en ligne directe », *RTD civ* 2014, 307.



7. C'est en tout cas un étonnement de voir se manifester aussi ardemment une contestation parfois radicale de règles et de techniques éprouvées par l'histoire, dans une société où les projets de rénovation politique paraissent exténués. Comme si les juristes venaient seulement de s'aviser que le droit participait à la structuration de la société, et qu'ils n'acceptaient plus d'y *collaborer* – au sens que ce verbe a acquis en France avec la Seconde Guerre mondiale. Aussitôt le mouvement initié, on a pu observer une tendance de plus en plus marquée de ces juristes, jadis taiseux, à prétendre influencer sur le débat public<sup>22</sup>. Elle se marque notamment par des pétitions à finalité juridique, qui fleurissent aujourd'hui pour intimider tel ou tel projet au nom d'une maîtrise technique qui dicterait la seule voie à suivre<sup>23</sup>.

Ce phénomène étant aujourd'hui répertorié, on s'intéressera de préférence à une manifestation collective plus récente : l'élaboration doctrinale de modèles réglementaires obligamment fournis aux décideurs, à partir desquels un travail législatif leur sera plus facile<sup>24</sup>. Cette préparation de projets n'est sans doute pas étrangère à l'activité savante : le caractère engagé n'y est pas apparent, et l'effort fait fond sur une expertise certaine de la matière réglementée ; sans compter que l'*ethos* universitaire y retrouve son compte quand une discussion plus vaste s'organise autour des projets constitués. Ce qui n'empêche pas la prise de position d'apparaître de façon sous-jacente : selon l'audace ou la modestie de la réforme, son orientation créatrice ou fidèle à la jurisprudence, c'est tout une conception politique de l'évolution du droit qui se fait jour, sans toujours s'avouer !

## II. LA DOCTRINE AU SERVICE DU POUVOIR LÉGISLATIF

8. Dans divers domaines du droit civil, des universitaires se sont proposés pour assurer un type de travail qui ressortit en propre à l'activité législative. Dans un premier temps, au sein d'un groupe restreint, il s'agit d'élaborer de véritables avant-projets de lois concernant un domaine, livrés clefs en mains ; dans un second, de les soumettre à une discussion universitaire par voie de colloques ou d'articles, qui permet de les faire évoluer de manière à ce qu'ils soient adoptables, que ce soit par voie d'ordonnance ou au terme du processus parlementaire.

22. CHEVALLIER et LOCHAK, *eod. loc.*

23. Cependant, toute pétition appelant aujourd'hui une contre-pétition, les auteurs perdent collectivement en influence sociale : l'idée d'une doctrine autorisée se fragmente. Le meilleur exemple en est la lettre ouverte au Président de la République, signée par une quarantaine de professeurs de droit, contestant les pouvoirs illégitimes que s'arrogeraient les institutions communautaires (« L'Union européenne, la démocratie et l'État de droit : lettre ouverte au président de la République », *JCP* 2006, act. 586). Elle fut suivie d'une contre-lettre ouverte de légitimation de ces pouvoirs, signée par un nombre double d'enseignants d'égale notoriété (« Observations sur la lettre ouverte au président de la République, intitulée... », *JCP* 2007, act. 18). Une pétition n'est pourtant vraiment intimidante que si elle incarne la force du consensus ; à défaut, elle ne constitue qu'un bien mauvais article d'opinion, car les transactions entre signataires emportent souvent un texte neutralisé jusqu'à l'insignifiance.

24. DEUMIER P., « La doctrine collective législatrice : une nouvelle source du droit ? », *RTD civ* 2006, 63.

Comment les universitaires en sont-ils venus à se considérer comme des auxiliaires du pouvoir législatif, au point de lui fournir des textes sur lesquels il pourrait appuyer ses réformes ? De façon subliminale, ils ont pu être influencés par le souvenir du doyen Carbonnier, qui a marqué le droit de la famille des années soixante par une série d'avant-projets de loi, demandés par Jean Foyer, alors garde des Sceaux du général de Gaulle. Cette intervention universitaire a fait date : on portait atteinte au monument intouché du Code civil par une méthode si séduisante que la fortune législative s'est aussitôt trouvée au rendez-vous, à une institution près<sup>25</sup>. En la forme, les textes nouveaux retrouvaient l'expression économe et précise de 1804, comme s'il se fût agi d'un pastiche réussi ; au fond, une évolution profonde du contenu des règles applicables à la famille était proposée, à partir d'enquêtes sociologiques, ce qui a pu constituer une manière d'électrochoc<sup>26</sup>.

On ne parierait pas que cet exemple fameux ait joué un rôle d'entraînement. Dans les années quatre-vingts, il était d'ailleurs évoqué comme une espèce d'aventure solitaire, favorisée par des circonstances exceptionnelles qui n'avaient pas de raisons de se retrouver. Le mouvement créateur que l'on constate aujourd'hui puise à d'autres sources, qu'il faut chercher en dehors de France.

9. C'est l'Union européenne qui semble avoir joué le rôle déclenchant. Les juristes français vivaient depuis longtemps dans une tradition d'éloignement par rapport à la sphère juridique – législation comme décisions des Cours suprêmes –, qui n'a pas d'équivalent dans les pays comparables. Car l'activité d'assistance à l'élaboration juridique est monopolisée par le Conseil d'État, ce corps de technocrates largement ignorants du droit privé, qui a toujours réduit au minimum la participation des savants à l'élaboration du droit<sup>27</sup>. C'est sans doute pourquoi il a fallu l'incitation communautaire pour que le retour du refoulé produise ses effets – comme toujours avec vigueur.

25. La réforme du divorce, notamment, ne s'est pas déroulée dans la ligne de ce qui était souhaité : CARBONNIER J., « La question du divorce, mémoire à consulter », *D.* 1975, p. 115.

26. Sur cet épisode bien connu qui attend encore son historien, on pourra lire CARBONNIER J., *Essais sur les lois*, 1979, Répertoire du Notariat Defrénois. V. l'éclairage de VAUCHEZ A., « "Quand les juristes faisaient la loi..." Le moment Carbonnier (1963-1977), son histoire et son mythe », *Parlement[s], Revue d'histoire politique* 2009/1, p. 105.

27. Dans la plupart des pays comparables, toute initiative législative fait intervenir des universitaires qui viennent proposer leur aide. En France, les lumières sont l'apanage du Conseil d'État en dépit de toutes les preuves qu'il a données de son inculture juridique, de plus en plus nettement à partir de l'après-guerre. Si l'on choisit cette date, c'est parce qu'elle marque le recrutement des conseillers au sortir de l'ENA, et non plus par un concours organisé entre spécialistes. Du coup, les conseillers d'État ont perdu la maîtrise substantielle des matières de droit privé qu'ils tenaient auparavant de leurs études proprement juridiques. Mais cela n'a pas d'importance dans la conception française : conformément à sa mission, le Conseil d'État doit assurer la protection rapprochée de l'État – et d'abord dans sa souveraineté législative. Or, faire participer les savants à l'élaboration de projets de lois reviendrait à admettre un partage de cette souveraineté, ce qui n'est pas acceptable dans un pays qui n'a aucun égard pour la compétence technique. Quand il arrive que cette institution complexe reconnaisse ses faiblesses, trop rarement hélas, elle appelle des universitaires à la rejoindre – ce qui maintient un pouvoir normatif artificiellement interne !

Le droit des contrats est très emblématique de cette évolution. Jusqu'à la fin des années deux mille, les juristes français se bornaient à regretter qu'il fût laissé en friche par le législateur. Néanmoins, à la fin du xx<sup>e</sup> siècle comme au début du xxi<sup>e</sup>, des entreprises européennes commençaient de se développer, qui visaient à donner cohérence à un projet collectif qui concernât le droit des contrats : ainsi les *Principes européens du droit des contrats*, publiés sous la direction de M. Ole Lando ; ainsi le *Code européen des contrats*, mené sous la houlette de M. Giuseppe Gandolfi. Ces textes finement élaborés étaient mis à la disposition d'éventuels intéressés, mais demeuraient marginaux faute d'autorité juridique<sup>28</sup>. Ils ne servaient que de raison écrite à ceux qui militaient pour une évolution concertée de la matière au sein de l'Union.

La question devait toucher la France un peu plus tard, quand M. Christian von Bar, soutenu par une organisation efficace, décida de réunir des juristes de tous les pays de l'Union pour constituer un modèle ambitieux à soumettre aux autorités communautaires, qui pût devenir un Code européen des contrats<sup>29</sup>. La mise en place de ce projet suscita un véritable traumatisme en France : les juristes nationaux n'ayant guère participé aux entreprises européennes ou comparatistes, ils craignaient qu'une unification leur fût imposée de l'extérieur<sup>30</sup>. Presque seuls en Europe, ils furent dans leur ensemble réticents à participer à cette entreprise collective, de sorte qu'ils cherchèrent une façon de l'entraver. Comme un des motifs poussant à l'unification résidait dans l'idée que les législations nationales, souvent inspirées du Code de 1804, s'étaient progressivement révélées inadaptées à la modernité par peur de les actualiser, il fallait saper cet argument à la base en élaborant des projets de réforme qui montreraient que la France ne demeurait pas à la traîne, que son droit pouvait encore servir de modèle. C'est ainsi que Pierre Catala, le premier, mit sur pied un groupe destiné à proposer une réforme du droit des contrats<sup>31</sup>. Ce qui devait donner l'impulsion pour que d'autres projets voient ensuite le jour, qui conduisirent, après diverses péripéties, à un avant-projet de la Chancellerie, puis à l'ordonnance du 10 février 2016.

Peu importent les singularités nationales : que ce soit par l'effort français ou grâce à un travail européen, la doctrine se trouvait de la même façon placée au centre du renouvellement normatif. Qu'elle ait été nationaliste ou favorable à la construction européenne, elle décidait de sortir d'une réserve imposée par l'histoire en se saisissant de la création du droit – sans jamais y avoir été habilitée.

28. Ce sont des instruments qui, en revanche, ont été portés par une intense *force normative*, au sens proposé par THIBIERGE C. (dir), *La force normative. Naissance d'un concept*, 2009, LGDJ et Bruylant.

29. VON BAR Chr., « Le Groupe d'études sur un Code civil européen », *RIDC* 2001, 127 ; pour une critique très vive, LEQUETTE Y., « Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. Von Bar », *D.* 2002, p. 2202.

30. Pour un aperçu de la montée en puissance du projet communautaire et des discussions qu'il a suscitées, v. FAUVARQUE-COSSON B., « Faut-il un Code civil européen ? », *RTD civ* 2002, 463.

31. CATALA P. (dir), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, 2006, La documentation française.

10. Une fois le mouvement lancé, il ne s'est pas arrêté au droit des contrats : des entreprises privées de codification ont fleuri dans nombre de domaines, qui n'ont eu ni la même visibilité, ni le même succès<sup>32</sup>. On s'épuiserait à faire le compte de ces tentatives, qui ont d'ailleurs souvent débouché sur des propositions laissées à l'abandon. Il reste qu'à partir de cet ébranlement, les universitaires ont collectivement accepté de s'insérer dans un travail d'élaboration de la norme, même si le dernier mot ne leur revenait pas.

Cette participation au travail législatif, *lato sensu*, peut apparaître comme une activité doctrinale d'un type nouveau. Jamais les auteurs n'avaient fait corps pour se livrer à un travail de préparation législative, ou pour discuter d'un projet déjà établi de manière à le soumettre à des critiques constructives, en devenant de véritables auxiliaires du législateur – et presque des supplétifs<sup>33</sup>. Il n'est pourtant pas certain qu'il s'agisse d'une tâche effectivement doctrinale, en dépit de l'expertise technique qu'elle requiert. Car ce qui identifie la doctrine au-delà de ceux qui y participent, c'est l'originalité du travail de recherche fourni. Quand on réunit plusieurs auteurs au service d'un projet collectif, ils se neutralisent de façon à ce qu'émerge une position commune que chacun puisse assumer sans remords. Dès lors, la singularité de ton que l'on attend de l'effort doctrinal ne peut se retrouver dans le résultat : la contribution individuelle s'efface derrière la présence collective, et les qualités les plus singulières se trouvent rabotées par la nécessité du consensus. Ce qui rend discutable la tentation d'inscrire ce type de travail dans une quelconque entreprise doctrinale.

On peut d'autant plus s'étonner de cette participation qu'à l'examen, les projets qui ont été élaborés en groupe manquaient pour la plupart d'audace constructive. Ce n'est pas à dire qu'ils aient tous été neutres ou insignifiants ; trop souvent, ils ont pris pour base les solutions jurisprudentielles existantes au prix d'un léger effort de structuration, à la manière des *restatements* américains. Comme si l'intervention des auteurs devait se limiter à une compilation de jurisprudences constantes, sans guère de valeur ajoutée. Il ne s'agit pas de nier la nécessité ou l'utilité de codifier la jurisprudence, mais plutôt de signaler que l'on n'avait pas besoin d'universitaires pour cela : des magistrats auraient été plus à leur aise pour forger des formules législatives adaptées, sur le modèle des anciens attendus de principe de la Cour de cassation. De toute façon, confrontés à cette tâche d'élaboration, universitaires et magistrats souffraient du même handicap culturel : leur légitimité à entrer de plain-pied dans le processus législatif est par tradition trop discutable pour qu'ils s'inscrivent aisément dans des projets novateurs, en rupture avec la teneur du droit effectivement pratiqué.

Reste la question décisive : pourquoi les auteurs se sont-ils livrés avec un tel empressement à cette activité nouvelle, où leurs principales raisons de travailler se perdaient, presque par nature ?

32. ANDREU L., « L'intégration jurisprudentielle des projets de réforme dans le droit positif », *D.* 2013, p. 2108.

33. Comme tous les supplétifs, cette doctrine est à l'occasion maltraitée. En 2016, un projet de réforme de la responsabilité émanant de la Chancellerie lui était livré pour qu'elle en éprouve la qualité par des discussions internes. Une fois le programme universitaire lancé, le projet d'ordonnance était ajourné *sine die* par les élections – et tant pis pour le temps et le travail éventuellement gaspillés.

11. On peut proposer des justifications qui résident dans les modifications contemporaines des modes de production du droit. La doctrine de droit privé n'aurait rien fait d'autre que s'adapter à la transformation des équilibres anciens, qui est devenue sensible dans les années récentes au point d'apparaître comme une rupture. Ce que l'on peut résumer en deux points : d'une part, la doctrine a quelque peu perdu sa fonction oraculaire parce que la jurisprudence de la Cour de cassation est devenue erratique ; de l'autre, la fonction législative est de moins en moins bien assurée par le Parlement, de sorte que les auteurs sont intervenus pour prendre en charge des questions que personne d'autre ne pouvait affronter.

La première justification de la mutation tient au fait que la doctrine se trouve de plus en plus désemparée face aux évolutions internes de la Cour de cassation. On ne vise pas seulement la dégradation de la continuité ou de la stabilité de la jurisprudence, mais aussi le fait qu'avec l'intervention lourde de règles étrangères dans le *corpus* français, conjuguée à l'influence des principes fondamentaux, la mission traditionnelle de la Cour n'est plus assurée. Il y a de moins en moins de conceptions centrales que la Cour cherche à garantir, de conceptions que les auteurs pourraient se donner pour objectif de révéler. Avec la fragmentation des sources du droit, avec la multiplicité des influences pesant sur la création de la règle, directes ou non, l'idée de synthétiser une position jurisprudentielle tend à manquer de consistance. Il s'ensuit que les auteurs ne montrent plus la même ardeur à suivre et interpréter des arrêts dont la ligne est structurellement brouillée. À cet égard, les renouvellements en cours des missions de la Cour de cassation n'incitent pas à penser que la doctrine se mettra à son service, comme elle l'a été dans un passé séculaire.

Par ailleurs, cette doctrine démobilisée a pu tirer parti d'une conjoncture particulière, qui tient à l'épuisement de la capacité législative du Parlement. En raison de sa composition sociologique, les débats de technique juridique ne sont plus à sa portée : il s'ensuit qu'un certain nombre de textes à teneur juridique marquée doivent aujourd'hui être adoptés par voie d'ordonnance, si l'on veut éviter un débat parlementaire inutile et peut-être nocif. Dans les matières de droit civil, notamment, le Parlement n'a plus la maîtrise juridique qui lui permettrait d'assurer le bon déroulement du processus législatif : passe encore pour l'initiative, qui peut procéder d'un projet de loi plutôt que d'une proposition ; mais la discussion de pointe n'est plus possible avec des parlementaires insuffisamment avertis des enjeux des questions qui leur sont soumises, comme des difficultés de leur transcription normative. D'où l'utilisation renforcée des ordonnances, là même où la transposition de directives communautaires n'est pas en cause, ni le désir de l'exécutif de forcer la voie parlementaire. À bien des égards, le choix pour ce mode autoritaire d'adoption des lois dissimule la défaillance du Parlement dans la fonction législative, qui est pourtant son apanage. Ce qui justifie aussi l'intervention différenciée de la doctrine : en amont, pour améliorer ou pour assurer la qualité des avant-projets ; en aval, pour ressusciter par ses ressources propres une introuvable discussion apte à faire office de travaux préparatoires. Le débat universitaire n'a plus pour objectif un approfondissement de la connaissance du droit ; bien plutôt, il vise à améliorer la teneur des projets, en même

temps qu'il donne des indications sur les difficultés qu'ils ont suscitées, qui seront peut-être utiles pour les premières applications judiciaires.

12. Il y a donc quelques justifications objectives à la participation des universitaires à des missions qui s'écartent de la tradition. On ne peut toutefois pas se limiter à cette espèce de dynamique des fluides, selon laquelle les auteurs auraient été absorbés dans une position d'expertise qui se libérait par le jeu des sources du droit. S'ils ont occupé une place qui devenait vacante, c'est aussi parce qu'ils y trouvaient leur compte.

Il faut en cela faire leur place à d'autres motifs, tels que l'envie de peser sur le droit en train de se faire, de devenir les conseillers du prince. Tant que la création juridique a été un privilège étatique conscient et dûment assuré, les auteurs se tenaient à la place qui leur avait été assignée par le système institutionnel : positivistes par raison, ils se contentaient de refléter le dialogue entre le législateur et sa Cour suprême, poussant parfois l'audace jusqu'à des propositions constructives. À partir des années soixante-dix du dernier siècle, l'évolution des sources du droit a montré que le pouvoir de créer les règles n'appartenait plus en propre à l'État, et que nombre d'institutions pouvaient prétendre y avoir leur mot à dire. Le premier président de la Cour de cassation a même été jusqu'à suggérer que l'institution qu'il dirigeait était, à parité avec le législateur, créatrice de la règle de droit<sup>34</sup>. Et combien d'autres institutions auraient pu revendiquer leur bien dans ce partage des dépouilles de l'ancien pouvoir législatif. À leur façon, les universitaires s'y sont aussi invités pour chercher à intervenir, selon leur manière propre, dans la création de la règle de droit. On ne peut donc pas écarter les motifs personnels dans cette volonté nouvelle de jouer un rôle normatif de premier plan. Qui est peut-être quelque peu anachronique : de quel prince la doctrine peut-elle vraiment prétendre être le conseiller, dès lors que le pouvoir législatif s'est fragmenté ?

Derrière ce désir, on pourrait aussi exciper d'un certain épuisement du positivisme, dans sa conception technique. L'effort consistant à synthétiser la manière dont la règle de droit est conçue et appliquée n'a pas résisté à l'individualisme contemporain, au désir que chacun éprouve de prendre parti sur la teneur du droit, c'est-à-dire d'exprimer un point de vue subjectif sur les règles les mieux acquises. Après tout, la forme politique qu'est la démocratie a fini par imposer, quoiqu'avec un grand décalage de temps, une société effectivement démocratique – une société qui garantisse l'égal accès de tous à la discussion sur tous les sujets, quelles que soient la compétence et la légitimité de ceux qui exercent leur droit à la critique. Dans cette société où le droit à la parole s'est disséminé de façon impressionnante, les juristes peuvent estimer qu'ayant la pratique la plus courante de la règle de droit, ils sont les mieux placés pour dire ce qu'elle doit être – quand bien même ils s'exposeraient à confondre la bonne teneur de la loi avec leurs préférences personnelles<sup>35</sup>. Dans un paysage marqué par un appauvrissement de la

34. CANIVET G. et MOLFESSIS N., « La politique jurisprudentielle », *Mél. J. BORÉ*, p. 79.

35. On ne résiste pas à l'envie de citer cet incroyable morceau de bravoure de M. Marguénaud, à propos d'une proposition de loi relative à l'animal qui avait été élaborée dans la *Revue semestrielle de droit animalier*, mais que l'Assemblée avait heureusement négligé :

compétence juridique, ils peuvent du moins se targuer de ce que par profession, ils connaissent mieux le fonctionnement des règles de droit que beaucoup d'autres – cette compétence substantielle pouvant aisément se muer en compétence organique<sup>36</sup>. Et il en va d'autant plus ainsi que ceux qui se prononcent aujourd'hui sur le devenir de la création des lois sont souvent des économistes, dont on peut douter de la maîtrise technique dans la plupart des sujets où ils s'aventurent – ce qui ne les empêche d'ailleurs pas d'être devenus les oracles de notre temps, tous domaines confondus.

13. On a voulu évoquer quelques traits de cette inflexion politique de la doctrine, qui apparaît chez nous comme un fait nouveau. Faut-il l'approuver ? Un jugement de valeur est vain en présence d'une évolution qui se constate, sans doute sous l'effet de puissantes forces souterraines. L'air du temps a changé, et il faut prendre en considération cette activité nouvelle de la doctrine comme une mutation des missions qu'elle se donne. Plutôt que de suggérer une approbation ou une critique d'ensemble, on notera que là comme ailleurs, ce sont les excès qui sont susceptibles de donner prise à la critique.

Ce qui n'est pas un petit risque : sous couvert de la plus parfaite objectivité technique, les juristes prennent le risque d'un subjectivisme d'autant plus délétère qu'il ne s'avoue pas. Car l'idéologie s'exprime à travers chacun d'entre nous : on n'en repère l'influence que chez les autres, quand chacun croit exprimer sa pensée propre en toute transparence. Pourtant, la neutralité axiologique de la doctrine, patiemment conquise, peut et doit encore nous apparaître comme une valeur positive à laquelle il faut continuer de ménager une place. Pascal avait évoqué le risque de façon tranchante : « Tout le monde fait le Dieu en jugeant : “Cela est bon ou mauvais”, et s'affligeant ou se réjouissant trop des événements »<sup>37</sup>. L'émergence d'une tentation politique dans les activités doctrinales pourrait signaler le renouveau d'un jusnaturalisme qui a décidément la vie bien dure !

---

« Le contenu de la loi du 16 février 2015 est donc différent de ce qu'il aurait dû être si le législateur avait eu le tact et la délicatesse de recopier mot pour mot les propositions présentées dans la *RSDA* » (MARGUÉNAUD J.-P., « L'entrée en vigueur de “l'amendement Glavany” : un grand pas de plus vers la personnalité juridique des animaux », *RSDA* 2/2014, p. 15, et spéc. p. 16 pour les regrets). Autrefois, la doctrine ne participait pas au processus législatif ; voilà qu'il lui appartient subitement de le dominer si complètement que c'est le Parlement qui est à sa disposition, au point qu'il doit avoir le *tact* et la *délicatesse* de ne surtout rien changer à ses propositions – qui sont bien plutôt considérées comme des *diktats*.

36. On constate d'ailleurs qu'il y a des poches de résistance au désir créateur de la doctrine, notamment là où les abus du subjectivisme ont été naguère destructeurs. C'est ainsi qu'en droit pénal, notamment, le désir de rompre franchement avec la criminologie reste très puissant, si bien que les auteurs répugnent souvent à s'instituer critiques de la règle, législative ou jurisprudentielle, voire à sortir d'un travail de stricte teneur technique.

37. PASCAL B., *Pensées*, Paris, 2011, éd. Sellier, n° 751, Classiques Garnier, coll. jaune, p. 606.