

mes  
Commentaires

Actes

# QU'EST-CE QU'UNE INTRODUCTION AU DROIT ?

Sous la direction de Rémy Cabrillac

DAJLOZ

# Qu'est-ce qu'une introduction au droit?

sous la direction de :

**Rémy Cabrillac**

avec les contributions de :

Pascal Ancel	Marta Infantino
Yolanda Bergel Sainz de Baranda	Carine Jallamion
Rémy Cabrillac	Daniel Mainguy
Jean-Marie Carbasse	Philippe Malaurie
John Cartwright	Reiner Schulze
Pascale Deumier	François Terré
Elisabeth Zoller	

**DALLOZ**

2017

# L'esprit des introductions générales au droit

Daniel Mainguy

Professeur à l'Université de Montpellier

« L'esprit » des introductions générales au droit : voilà bien un thème très difficile à discerner ; et à présenter. De quel ou quels esprits pourrait-il s'agir ? Des « grands esprits » qui introduisent ou ont introduit au droit depuis « l'invention » de la discipline<sup>1</sup>, à supposer que la discrimination entre « grands » esprits, et les autres soit possible, voire utile<sup>2</sup> ? Ou bien de l'esprit qui préside à l'enseignement de la discipline ? À moins qu'il ne s'agisse de l'esprit qui *devrait* présider à cette présentation ? Sans doute s'agit-il de l'ensemble de ces propositions dans le cadre d'une « discipline » qui n'en est pas vraiment une. À bien des égards, d'ailleurs, l'esprit « des » introductions générales au droit, cela n'existe pas, parce que « les » introductions générales au droit n'existent pas davantage, sinon une somme de cours ou d'ouvrages, tous différents, différences qui se fondent sur des méthodes et sans doute aussi des philosophies distinctes. On compte, en nombre, des ouvrages intitulés « introduction au droit » ou « introduction générales au droit », mais assez peu de titres déviant de cette forme sinon une introduction *critique* au droit<sup>3</sup>, un « antimanuel de droit »<sup>4</sup>, ou alors des ouvrages qui s'inscrivent délibérément dans une autre présentation, celle d'une théorie générale du droit ou bien des monographies présentant une conception d'une théorie générale du droit<sup>5</sup>, ou encore des

---

1. Comp. L. Fontaine, *Qu'est-ce qu'un grand juriste ?*, Lextenso, 2013.

2. D'une manière générale, n'étant ni censeur ni critique littéraire, nous ne procéderons pas à une analyse scrupuleuse, sinon traitresse, des ouvrages et travaux relatifs à la discipline « introduction générale au droit » ou « théorie générale du droit », sinon dans celles d'ouvrages anciens, dont les propos sont toutefois parfois repris encore aujourd'hui ; en d'autres termes, l'ensemble ne reflète que la pensée de l'auteur de ces lignes.

3. M. Miaille, *Introduction critique au droit*, Maspero, 1974.

4. E. Pierrat *Antimanuel de droit*, Bréal, 2007.

5. Comp. R. Libchaber, *L'ordre juridique et les discours du droit*, LGDJ, 2015 ; J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2012. V. aussi le très original A. Seriaux, *Le droit : une introduction*, Ellipse, 1998.

« notions fondamentales du droit privé » volontairement distinguées de l'introduction générale au droit au sens « classique » de ces termes, expérience initiée par René Demogue et poursuivie par Judith Rochfeld<sup>6</sup>. On remarquera que les quelques références ici envisagées sont essentiellement empruntées à des auteurs de *droit privé*, ce qui reproduit une constante de l'esprit des ouvrages d'introduction générale au droit, par une forme d'autocentrisme, évitant les rivages voisins, les ouvrages d'économie du droit notamment, mais aussi de théorie ou de philosophie du droit. L'un des révélateurs de cette forme d'autocentrisme juridique repose d'ailleurs sur la considération des autres sciences, dites parfois sciences « auxiliaires », c'est-à-dire ancillaires, du droit. La considération supposerait une démonstration préalable du caractère scientifique du droit, mais, surtout, elle présuppose une hiérarchie de ces sciences, toutes au service du droit et notamment les sciences sociales. À bien des égards, d'ailleurs, ce serait plutôt l'inverse, le droit au service des autres disciplines : le droit mobilisé pour organiser une question économique, première, de concurrence ou de relations financières par exemple. Le droit serait ainsi une affaire de scribe, le rédacteur des écrits d'un décideur qui n'est pas le juriste. Parmi toutes les introductions générales au droit publiées, rares sont celles qui citent Hans Kelsen<sup>7</sup>, autrement que pour faire référence à une « pyramide des normes » aussi pillée et dévastée que les pyramides d'Égypte, sans présenter les subtilités du normativisme juridique (autrement que pour reprendre la navrante considération du positivisme en nihilisme), sans même parler d'autres considérations, comme le *réalisme juridique*, le réalisme américain ou le réalisme français avec la pensée de Michel Troper<sup>8</sup> par exemple sans même parler de la très riche littérature juridique belge<sup>9</sup>.

Or ce vide peut aussi être considéré comme participant de l'esprit des introductions générales au droit, dont on pourrait encore dire qu'elles sont des introductions générales au droit *civil*, ou *privé*, le plus souvent, mais surtout des introductions générales au droit *privé français*. Même si on y trouve parfois des considérations sur le droit international, privé ou public, voire de droit comparé, aucune introduction générale au droit ne propose de réflexions de droit global, « *global law*<sup>10</sup> », par exemple. D'ailleurs, de plus en plus, le cours de « droit public » de première année qui était, jusqu'à la généralisation de la semestrialisation des enseignements, un cours de droit constitutionnel, est souvent un cours qui ressemble à une sorte d'introduction au droit *constitutionnel*, ou *public*, sans doute en une forme de

6. R. Demogue, *Notions fondamentales du droit privé. Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, 1911 ; J. Rochfeld, *Les grandes notions du droit privé*, Puf, 2013.

7. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. C. Eisenmann, Dalloz, 1962, rééd. LGDJ, 1999 ; *Théorie générale du droit et de l'État*, LGDJ, 1997.

8. M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, Puf, 1995 ; *Le droit, la théorie du droit, l'État*, Paris, Puf, 2001, *Le droit et la nécessité*, Puf, 2011.

9. Par ex. : B. Frydman, *Le sens des lois*, Bruylant, 2005.

10. J.-Y. Chérot et B. Frydman *La Science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2012. Adde M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994 ; *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, coll. « Essais », 1998, *Les forces imaginantes du droit (I, II, III et IV)*, 2004, 2006, 2008, 2011.

compétition avec l'introduction générale au droit enseignée par les privatistes, et comprenant, largement, les références théoriques au normativisme ou au réalisme, l'ensemble pouvant tristement laisser entendre aux étudiants que les réflexions de théorie du droit seraient réservées à la matière constitutionnelle, alors qu'il s'agit d'une tentative de description scientifique du droit qui vaut pour toutes les disciplines, histoire du droit comprise, l'enseignement de cette dernière matière ne manquant pas, d'ailleurs, de renommer le cours de première année en « introduction historique au droit<sup>11</sup> ».

Par conséquent, pour percer « l'esprit » des introductions générales au droit, il faudrait entrer profondément au cœur de chacun de ces ouvrages pour identifier l'esprit de l'introduction générale au droit du professeur(e) X ou celle de Y, même si quelques invariants se dégagent en général, avec quelques présentations plus originales. Une introduction générale au droit étant le plus souvent une introduction générale au droit *civil*, le roi du droit du XIX<sup>e</sup> siècle, voire au droit *privé*, en témoigne la présence, très majoritaire, d'un passage consacré à des « *institutes* », constituées d'une présentation des principales règles du droit civil, ou privé, ainsi que des règles relatives à la preuve des droits, question qui prend même, parfois, une part prépondérante des ouvrages consacrés à une introduction au droit pour des raisons historiques qu'il est bon de se remémorer<sup>12</sup>. Enfin les introductions générales au droit sont systématiquement, en France, enseignées en première année de droit et même au premier semestre, aux premières heures, au premier contact avec les études de droit, lorsque l'étudiant, finies les années de lycée, le « bac » en poche, entre dans cette immense inconnue qu'est l'Université, les amphithéâtres, des horizons fantastiques, doté d'un esprit curieux prêt à recevoir un enseignement, de qualité par ailleurs, qu'il envisage comme « supérieur ». C'est dire que la place de l'enseignement « introduction générale au droit », et son esprit, sont présentés comme essentiels à la formation des jeunes juristes, français, de droit privé.

Cette place n'est cependant pas tout à fait la même pour tous les juristes concernés par le thème « introduction générale au droit ». Il faudrait effectuer une recherche sur les types d'acheteurs ou de ceux qui les consultent en bibliothèque des quelque trente ouvrages d'introduction générale au droit en permanence en vente, ajouter les ouvrages de théorie générale du droit et les ouvrages plus spécifiques. Intuitivement on peut supposer que ce sont des étudiants de première année qui majoritairement achètent ou consultent ces ouvrages. On trouverait sans doute aussi quelques étudiants de master 2 qui les redécouvrent à travers une *conclusion générale au droit*, très utile, ou un retour sur quelques éléments de théorie du droit, mais également des étudiants en thèse qui préparent une recherche sur un des thèmes concernés par ces ouvrages, mais aussi peut-être quelques professionnels, qui se trouvent face à une question ardue de conflit de normes, d'interprétation,

11. Comp. J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit*, 6<sup>e</sup> éd., Puf, 2015. Comp. J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Puf, 2008.

12. H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, 1920.

etc. On peut supposer alors que chacun d'entre eux ne cherchent, donc ne trouvent, pas la même chose dans ces ouvrages, ne sont pas habités par le même « esprit » curieux.

L'étudiant de première année est habité par un esprit de prime découverte. Il cherche surtout à comprendre l'organisation du système juridique face à un vocabulaire, un langage et des concepts totalement nouveaux et ce dans un objectif terre à terre : tenter de comprendre la méthode lui permettant d'obtenir ses examens. L'étudiant de master 2 ou le doctorant a déjà éprouvé la complexité du système juridique, le fait que rien en droit n'est ni certain ni garanti sur le moyen et long terme et cherche quelques éléments d'explication de cette complexité. Le professionnel cherche des éléments techniques lui permettant d'identifier des arguments utiles à la résolution de la question qu'il se pose. Dès lors, tous les ouvrages d'introduction générale au droit ne sont pas équivalents, substituables pour employer un vocabulaire de droit de la concurrence, et, de ce fait, sont peu concurrents entre eux. Ils sont écrits, en général par des professeurs de droit, mais ils pourraient l'être par des magistrats, des avocats, des notaires, en fonction de leur expérience. Ils sont clairement destinés, en général aussi à des étudiants de première année. Plus rares sont ceux destinés à un public qui va de ce premier public vers un public plus averti, mêlant des propositions d'analyse plus approfondies, ajoutant une dimension de philosophie ou de théorie du droit, d'autres enfin, encore plus rares, sont nettement destinés à la communauté universitaire ou aux professionnels chevronnés.

Enfin, quel que soit le type d'ouvrage, on en trouve qui sont très clairement des introductions générales au droit de type « classique », c'est-à-dire, pour résumer avant d'y revenir, qui s'en tiennent à une présentation simple, pédagogique, cet esprit pédagogique n'étant cependant pas dénué d'objectif : faire *comme si* le système juridique était, effectivement, réellement, simple, cohérent, ordonné, connaissable, maîtrisé par l'auteur de l'ouvrage en question notamment. D'autres sont de type « moderne » c'est-à-dire prennent acte de la complexité du droit, dans toutes ses dimensions et présentent un système juridique complexe, aride, inconnaissable, fait d'arguments et non de recettes de cuisine. Cette division est très largement dominée par les ouvrages de la première catégorie, ce qui est dommage, dommage pour le public, dommage pour le droit, dommage pour l'esprit de ces introductions.

L'esprit des introductions générales au droit peut donc être, pour reprendre le terme central de l'ouvrage final de Ripert, *Les forces créatrices du droit* publié en 1955, dominé par un esprit conservateur, une conservation qui peut d'ailleurs être déconnectée du sens politique du terme. L'esprit des introductions au droit pourrait ainsi consister à présenter leurs auteurs comme des gardiens d'une certaine façon, disons, traditionnelle, d'étudier et comprendre le droit. Une introduction pédagogique à une discipline, le droit, consisterait ainsi en une présentation historique ou substantielle, résumée ou synthétique; une introduction générale *au droit civil*, voire au *droit privé* consisterait en une méthode, plus ou moins conservatrice ou au contraire ouverte, de présentation de ces règles, les règles du droit

civil, voire du droit privé. C'est ainsi que l'esprit des introductions générales au droit se présente souvent, comme un *esprit reproductif* qui aurait vocation à transcender tous les phénomènes normatifs autres que la loi, elle-même soumise à la méthode ainsi présentée. Aussi erronée qu'elle puisse paraître, on peut comprendre qu'une telle méthode ait pu prospérer jusqu'en 1958, voire jusqu'en 1971 : à bien des égards, le mystère du droit est devenu évident depuis que le Conseil constitutionnel a considéré, contre toute prévisibilité, que la matière constitutionnelle servant de base substantielle au contrôle de constitutionnalité s'étendait au préambule de la Constitution de la V<sup>e</sup> République, attirant celui de la Constitution de la IV<sup>e</sup> République et ce faisant, outre le contenu du Préambule de la Constitution de 1946 et ses droits sociaux issus du programme du Conseil national de la Résistance, les *PFRLR*, et le contenu de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, réactivée après un sommeil normatif de près de deux cents ans. Comment expliquer ce tournant interprétatif ? Qu'est-ce que cette interprétation créative, inventive, révèle-t-elle de la manière des juges souverains de produire des normes en déguisant cette production volontaire sous les délices formels de la brièveté de la motivation ? Comment l'ignorer alors, précisément, que la Cour de cassation envisage une réforme interne dont on peut supposer qu'elle sera aussi décisive que la décision du Conseil constitutionnel de 1971 ou l'arrêt *Blanco* du Conseil d'État en 1873 ? Depuis, d'ailleurs, la situation n'a fait que s'amplifier et il apparaît clairement que *l'esprit du droit* s'est positivé, à travers la technique de contrôle de constitutionnalité, y compris celle des questions prioritaires de constitutionnalité, les contrôles de conventionalité, mais aussi et peut-être surtout le rôle créateur de la jurisprudence que nul n'ose plus ne pas reconnaître. Disons-le sans ambages, cet esprit conservateur, loin d'être un esprit technique, qui ne s'en tient qu'à la technique du droit, cet esprit technique qui fait dire à Ripert qu'il est positiviste parce qu'un contrat sera toujours un contrat, un mariage toujours un mariage, etc., n'a rien de technique, de « matérialiste ». Au contraire d'ailleurs, il s'agit de la perpétuation de l'esprit platonicien qui, dominant la philosophie, domine la philosophie du droit et considère qu'il existe un (arrière-)monde des idées juridique, un arrière-monde juridique idéal, dans lequel un droit cohérent, simple, connaissable existe et permet de comprendre et supporter le monde juridique dans lequel nous vivons. Cette pensée juridique est ainsi idéologique, voire religieuse si l'on admet que toute religion se fonde sur un arrière-monde idéal qui justifie le monde dans lequel nous vivons, et ce faisant, cette pensée juridique peut être critiquée.

Si, alors, l'*esprit critique* des introductions au droit, ou si la formule « critique » gênent, ou disons si l'esprit dubitatif, mesuré, interrogatif des introductions au droit pouvait prévaloir, l'esprit des introductions au droit s'en trouverait singulièrement modifié et rendu particulièrement complexe. Il ne s'agit plus, en effet, de présenter un certain nombre de règles ou de notions comme immuables mais de présenter les méthodes permettant de comprendre la fabrication contemporaine de la norme juridique. Il n'est pas question non plus de brimer la part particulière d'originalité du droit français, la « rupture » à mesurer, révolutionnaire, le

phénomène de la codification, la modernisation du droit au tournant du xx<sup>e</sup> siècle, etc. Ainsi, il est difficilement niable que le droit français s'inscrit dans la tradition romano-germanique, laquelle se fonde sur le mythe d'un *jus commune* fait de coutumes écrites (donc sélectionnées, et dévitalisées) mêlées aux décisions du souverain qui explique peut-être un certain esprit de résistance aux supposées intrusions des méthodes de la *common law* ou du droit de l'Union européenne. Mais cette influence, ou son recul, relèvent davantage d'un cours de sociologie juridique que d'une introduction au droit. Il semble bien plus utile, pour l'étudiant novice, de comprendre que, derrière les prétendues maximes du droit naturel de Ripert, il existe des enjeux, des rapports de force, qui justifient les évolutions du droit lesquelles se retrouvent moins dans la loi que dans le procès, les litiges, et finalement dans la jurisprudence et donc dans le phénomène de l'interprétation, donc s'interroger sur l'interprète réel, celui qui « fait » le droit. L'esprit des introductions au droit a, de ce point de vue, muté, depuis Ripert, et le tournant pris par les études de droit pourrait permettre une nouvelle mutation, sur la base de l'esprit général de celles-ci, en mutation : des *introductions* générales au droit d'une part (I), des *introductions générales au droit* d'autre part (II) et enfin des *introductions générales* au droit (III).

### I. L'ESPRIT D'UNE « INTRODUCTION » GÉNÉRALE AU DROIT

Si nous — les universitaires, entre autres — sommes effectivement des nains juchés sur des épaules de géants, on peut constater que l'esprit reproductif des introductions générales au droit, comme de tout travail scientifique, est une constante dont on peut noter quelques traits. Si en effet, quel que soit le sujet, la pensée de l'auteur influera sur l'appréciation qu'en feront ses lecteurs, il demeure que le travail juridique est aussi marqué par un travail de glose : X montre qu'il a lu Y qui a lu Z, et ainsi de suite. On pourrait ainsi réaliser une généalogie des introductions générales au droit, et ce faisant, isoler les ruptures produites, au gré d'un changement dans l'univers universitaire, dans celui du droit ou du fait de l'apport d'un auteur proposant un nouveau modèle, qui fera, ou non, école.

Pour remonter le chemin conduisant à identifier « l'esprit » des « introductions générales au droit », il convient de remonter à l'origine, récente, de ces enseignements. Une « introduction générale au droit » s'inscrit en effet dans une tradition d'enseignement qui remonte à la fin du xix<sup>e</sup> siècle<sup>13</sup>, lorsque, par l'effet d'un arrêté

13. On trouve des introductions générales à l'étude du droit antérieures mais qui s'inscrivent dans une entreprise de légitimation du droit, contre toute idée volontariste, ou empirique (v. E. Accolas, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, 1895 : « Une doctrine — non pas, c'est trop haut pour nos temps — une pratique, au déclin de ce siècle, se propage de plus en plus, égare les esprits, éteint les

du 24 juillet 1895, les études de droit se sont divisées, d'une part pour réserver un enseignement (une « section » dans notre jargon universitaire) d'histoire du droit, puis de droit public. Il était par ailleurs concomitant avec la « révolution » méthodologique proposée par François Génny, en 1899<sup>14</sup>. Une introduction générale au droit avait ainsi une fonction pédagogique, dégagée de la considération historique ou internationale qui faisait jusqu'alors le miel de ce genre d'ouvrages. La première de la série des introductions générales au droit modernes est celle d'Henri Capitant, d'ailleurs intitulée *Introduction générale au droit civil*, et publiée en 1898<sup>15</sup>, un an avant l'ouvrage de Marcel Planiol, *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des Facultés de droit*, qui est essentiel, d'une part, parce qu'il fonde un nouveau modèle de traités et, d'autre part, parce que Planiol s'adjoindra ensuite la plume de Georges Ripert, dont on ne peut pas dire qu'il n'a pas eu d'influence sur le droit privé en général, la méthode des Introductions générales au droit en particulier<sup>16</sup>. Capitant se place délibérément dans l'esprit d'Aubry et Rau<sup>17</sup>, et ce faisant dans la tradition historique allemande, c'est-à-dire une forme de résistance du droit à la tyrannie de la loi, ou de « certaines » lois, celles qui seraient considérées comme des lois de circonstances, des lois mues par l'émotion, pour préférer une sorte de droit universel, mais français, un droit issu de la tradition juridique, celui du rappel à un certain « âge d'or » du droit, jamais circonscrit mais toujours présent, ceci sans craindre la tautologie, et maîtrisé par les juristes dont, en premier lieu, les professeurs de droit. Planiol et Ripert ne s'en cachent d'ailleurs qu'à

---

cœurs; d'après cette pratique, le Droit, s'il n'est pas une forme subtile, cachant un fond fréquemment vide, un art fallacieux de faire sortir d'une proposition ou d'un texte ce qu'ils ne contiennent pas, ou même le contraire de ce qu'ils contiennent, une méthode la mieux ordonnée, non la moins pernicieuse, d'équivoque et de probabilisme, le Droit serait une collection d'indications empiriques, ou, pour parler plus au vrai, un ensemble d'expédients au moyen desquels individus et nations s'en tireraient comme il pourraient, — espèce de rose des vents à consulter au jour le jour, en se gardant de choisir le vent du naufrage! C'est contre cette dégradation de la raison qu'il importe de réagir. Il existe une Idée du Droit; cette Idée est dans l'Histoire, elle s'y développe, elle y progresse! Il est un Idéal du Droit. C'est pour vous mettre, jeunes gens, dès le début de votre étude, à même de comprendre et d'affirmer cet Idéal que ces pages ont été écrites »); C. Beudant, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, 1891; F. Féron, *Introduction à la théorie générale du droit*, Laval, 1868; P. Eschbach, *Introduction générale à l'étude du droit*, 3<sup>e</sup> éd., Strasbourg, 1856, qui se présente comme « professeur de Code napoléon », voire et surtout de présentation d'une introduction à l'histoire du droit (E. Lerminier, *Introduction générale à l'histoire du droit*, Maris, 1835; J. Cauvière, *Introduction à l'étude du droit*, qui le présente ainsi : « Lorsqu'on créa, il y a quelques années, à la Faculté de Paris, ce cours d'introduction à l'histoire du droit qui fut bientôt supprimé et qu'il est maintenant question de rétablir, Bravard qui n'en concevait pas fort nettement le programme, ne cessait de l'appeler un Cours de je ne sais quoi », J. Minier, *Précis historique du droit français. Introduction à l'étude du droit*, Paris, 1865).

14. V., F. Génny, *Méthodes d'interprétation et sources*, préf. R. Saleilles, LGDJ, 1899.

15. V., H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, Pedone, 1898. Comp. toutefois, M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, 3<sup>e</sup> éd., 1904.

16. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, 1899.

17. H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, *op. cit.*, p. 2-3, « Un seul ouvrage, parmi les plus importants et les plus justement renommés, inspiré de la doctrine allemande, le livre de MM. Aubry et Rau, avait rompu dans une certaine mesure avec cette tyrannie [la présentation du droit dans l'ordre du Code civil], mais l'usage fut plus fort que la raison, et leur exemple n'eut pas d'imitateurs ».

peine : « le droit naturel existe, heureusement pour l'humanité, mais il est tout autre chose [qu'un droit idéal]. Il se compose d'un *petit nombre de maximes, fondées sur l'équité et le bon sens, qui s'imposent au législateur lui-même*, et d'après lesquelles l'œuvre législative pourra être appréciée, louée ou critiquée<sup>18</sup> ». Ces maximes, ces principes, ce sont bien entendu les professeurs de droit qui les sélectionnent et les valident, en référant, via ce « droit naturel », à cet « âge d'or » dont elles seraient issues et auxquelles, pour quelques mystérieuses raisons, non constitutionnelles ou juridiques, mais relevant d'un impératif catégorique de type kantien, il faudrait absolument se soumettre. Les professeurs qui valident ce discours se présentent ainsi comme des « aruspices » : ils invoquent la science pour mieux présenter des règles de droit naturel visant à contraindre le droit positif. Le rôle « politique » de ces enseignements et des ouvrages qui les ont accompagnés était implicite mais non neutre, dans une ambiance pour le moins complexe et pour satisfaire des besoins connus. Les mutations des besoins de droit au tournant du XIX<sup>e</sup> et du XX<sup>e</sup> siècle auraient pu conduire à un droit mixte, droit légal et droit jurisprudentiel, mais la peur d'une large subjectivité dans les choix du juge, dans le contexte des débuts angoissés du XX<sup>e</sup> siècle ont conduit les juristes à un « coup d'état doctrinal » accepté finalement par la communauté des juristes : le sacrifice de la jurisprudence sur l'autel d'un droit formel, le droit des théories et des concepts juridiques, dans un sens scientifique, voire scientiste. Ce « coup d'état » aurait quelque chose de platonicien s'il était réel : la République des professeurs-philosophes concrétisée dans les facultés de droit. Il y a tout lieu de penser cependant que ce coup d'état n'a de réalité que sur certaines chaires de droit. La foi dans ce droit-là est une foi de charbonnier : il suffirait d'étudier les règles techniques du droit pour les penser « efficaces » ou « justes » ou « adaptées » de sorte que si un doute survenait, il suffirait de demander à un professeur de droit son avis, ou de proposer un changement de jurisprudence ou une réforme législative<sup>19</sup>. Les problèmes juridiques, et leurs solutions sont ainsi intégralement situés dans cette manière de penser le droit et d'en déduire des solutions par une méthode de déduction supposée logique et formelle. Henri Capitant commence d'ailleurs ainsi, référant clairement à Savigny, lequel redécouvre Hobbes<sup>20</sup> pour intégrer son introduction au droit dans le strict

18. M. Planiol et G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, 10<sup>e</sup> éd., 1928, p. 2-3.

19. Comp. à nouveau M. Planiol et G. Ripert, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, *op. cit.*, p. 3, qui poursuivent : « Le droit naturel n'est ni la loi ni l'idéal de la loi ; il est la règle suprême de la législation. Si le législateur s'en écarte, il fait une loi injuste ou mauvaise je dirai volontiers, en prenant le contrepied de la définition d'Oudot, que le droit naturel se compose de principes supérieurs à la loi, qu'il serait inutile de formuler en articles de droit positif. Les principes du droit naturel sont en très petit nombre ; ils se réduisent à quelques notions élémentaires. Quand on a dit que le législateur doit assurer la vie et la liberté des hommes, protéger leur travail et leurs biens, réprimer les écarts dangereux pour l'ordre social et moral, reconnaître aux époux et aux parents des droits et des devoirs réciproques, on est encore loin d'avoir fondé une législation ; on est bien près d'avoir épuisé les préceptes de droit naturel. »

20. H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, *op. cit.*, p. 4-5 : « L'homme ne peut satisfaire à ses besoins qu'en soumettant à son pouvoir la nature non libre au milieu de laquelle il vit. Mais il ne peut s'emparer que de parcelles de cette nature, d'objets finis, déterminés, dont l'usage ou

cadre du droit civil, celui-ci étant formé de règles qui dérivent non de la loi, ou de manière indirecte, mais de règles issues en quelque sorte de la raison, autour de « principes » supérieurs à la loi : le plan de l'arrêté de 1895 « est élaboré d'après la méthode suivie depuis de longues années en Allemagne pour l'exposition du droit romain et de la législation actuelle, méthode qui s'est dégagée peu à peu de l'étude des principes juridiques, librement, en dehors de l'étroitesse de textes positifs, et dont l'emploi a fait reconnaître la valeur et les avantages, à tel point que tous les auteurs l'ont adopté<sup>21</sup> ». Pas un mot sur la jurisprudence<sup>22</sup>, rien sur la légitimité des normes juridiques. Le ton est donc donné, affranchi de l'étude de l'histoire du

---

la consommation présentent une utilité pour lui. Ces objets s'appellent des choses. Le rapport qui s'établit entre l'homme et la chose dont il s'est emparé est un rapport purement physique, matériel, un rapport de domination ; mais il devient un rapport de droit, parce que les tiers, les autres hommes, sont obligés de le respecter et doivent s'abstenir de tout acte qui y porterait atteinte. Ce rapport de droit qui relie la chose à l'homme et qui, indirectement, le met en relation avec ses semblables, est susceptible de varier quant à son étendue, à son contenu ; ou bien il attribue à l'homme toute l'utilité, tous les avantages que la chose est susceptible de produire, ou, au contraire, il ne lui en procure que quelques-uns ; en d'autres termes, les droits que l'homme exerce sur les objets du monde extérieur peuvent être de nature diverse. L'ensemble des institutions juridiques qui se rapportent aux choses, forme le droit des choses. Mais le nombre des choses que l'homme fait servir à la satisfaction de ses besoins est limité et, d'autre part, l'homme ne peut s'en emparer ou les produire qu'au prix d'efforts qui exigent dans la plupart des cas le concours de ses semblables, il est donc obligé de demander à autrui la chose que celui-ci possède et dont il n'a pas besoin, pour lui rendre à son tour le même service ; il est également obligé d'unir son activité à celle de son semblable pour augmenter sa puissance, ses moyens d'action sur le monde extérieur. De là, tout un ensemble de relations entre les hommes, ayant pour but l'échange de services et de forces, relations en vertu desquelles un rapport de droit se forme entre deux ou plusieurs personnes, rapport qui permet à l'une d'exiger de l'autre que celle-ci lui donne un objet, ou fasse quelque chose, accomplisse un acte dont la première retirera quelque utilité. Ces rapports de droit s'appellent des rapports d'obligations, et l'ensemble des institutions juridiques qui les régissent constitue le droit des obligations. » Il poursuit : « Telle est la première classe des rapports de droit, les rapports de droit dans lesquels l'homme est considéré comme un être isolé, étendant sa domination dans une certaine mesure sur le monde extérieur » et cite Savigny pour le « second groupe de rapports de droit », celui de la famille et donc du droit patrimonial de la famille.

21. H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, op. cit., p. 3.

22. Sinon dans les notes infrapaginales, pour présenter des solutions jurisprudentielles, mais avec un regard sinon critique du moins négligeant sur le rôle de l'institution jurisprudentielle. Ainsi à propos de la question de la personnalité morale : « À l'encontre de cette doctrine, la jurisprudence suit une voie toute différente. Elle s'attache de plus en plus à la conception de la personnalité morale, en élargit la sphère d'application et tend, d'une façon manifeste, à accorder à toutes les associations, quelles qu'elles soient, certains attributs de la personnalité. C'est ainsi, d'une part, que, contrairement à la théorie précédente, elle décide que les sociétés civiles comme les sociétés commerciales constituent des personnes morales et que, d'autre part, elle semble disposée à reconnaître une personnalité restreinte aux associations qui ont obtenu simplement l'autorisation administrative. Ces différentes analyses et les nombreux systèmes auxquels nous avons fait allusion montrent que la notion de la personnalité morale est encore confuse ; elle se dégagera certainement un jour ou l'autre de l'obscurité dans laquelle elle est plongée, grâce aux efforts des jurisconsultes qui se sont appliqués avec tant d'ardeur depuis quelques années à édifier une théorie trop longtemps négligée. Dans tous les cas, rien ne prouve mieux combien la notion de personnalité morale répond aux besoins de la vie moderne que le courant instinctif qui entraîne la jurisprudence à réunir de nouveau les deux idées d'association et de personnalité » (H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, op. cit., p. 129-130). Comp. cependant, H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5<sup>e</sup> éd., 1920, p. 42 s.

droit qui serait en quelque sorte intégrée à la méthode « moderne<sup>23</sup> ». Il s'agissait de proposer un cadre, plus ou moins strict plus ou moins réfuté, selon les auteurs et de présenter un certain nombre de « bases », de fondements, de concepts, de notions, des méthodes, des méthodes d'interprétation des règles de droit pour l'essentiel, permettant aux apprentis juristes d'aborder l'étude du Code civil dans la modernité de l'époque. L'ensemble a pour objet de proposer une technique de résistance au pouvoir judiciaire ou au pouvoir démocratique : il existerait ainsi un ensemble de règles immuables, c'est-à-dire de règles supérieures que ni le juge ni le législateur (démocratique) ne peut modifier. Les introductions générales au droit s'affinent, ensuite, sans doute pour faire échos aux débats sur la souveraineté, l'État de droit, l'autolimitation de l'État, etc., qui agitent alors la communauté voisine des publicistes, et comportent presque systématiquement une partie consacrée aux « sources du droit », en général d'ailleurs pour promouvoir la loi comme source majeure de droit « écrit » et limiter la portée des sources comme la coutume ou la jurisprudence, puis une partie consacrée aux « *institutes* », ou une partie consacrée à l'étude du « droit objectif » et une aux « droits subjectifs », division pratiquement indépassable dans la plupart des introductions « classiques » au droit<sup>24</sup>.

On observe donc que l'esprit des introductions générales au droit consiste en réalité à proposer une introduction générale au droit civil, notamment lorsque les principales institutions du droit civil, ou privé, y sont présentées. Rien d'extraordinaire dans un contexte où, d'une part, ce cours est assuré par un professeur de droit privé, et où il s'inscrit, d'autre part, administrativement dans un premier semestre d'un cours de droit privé.

On peut observer toutefois que la fonction de ces ouvrages ou de ces cours consiste précisément à cette finalité : introduire le cours de droit civil (privé) à venir pendant cinq ans et, ce faisant, reprendre les canons de la présentation du droit civil, faits de lois, sublimée par un Code, de décisions de jurisprudence et surtout d'un travail *doctrinal* extraordinaire, ayant visité pratiquement tous les interstices de toutes les institutions du droit privé à travers des centaines, des milliers de thèses, monographies, articles, manuels, traités, etc. On peut comprendre alors que, dans la tradition du droit civil, il soit particulièrement essentiel de présenter ce droit comme technique, et que par conséquent, si les principales sources du droit sont évoquées, si un certain nombre de propos adjacents sont également invités, de la philosophie, rapide (et platonicienne), du droit à quelques considérations

23. H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, op. cit., p. 14 : « De nombreux travaux publiés dans ces dernières années ont montré que l'enseignement du droit civil pouvait être renouvelé par un examen approfondi de l'ancien droit, et que les besoins de la pratique, manifestés par les courants de la jurisprudence, étaient, sur bien des points, déjà les mêmes dans notre ancienne France que de nos jours. L'introduction générale au système du droit civil n'est nullement en contradiction avec la méthode historique. »

24. Comp. P. Malaurie, *Introduction générale au droit*, Cujas, puis P. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale au droit*, Defrénois, qui revendique ouvertement une partie, première d'ailleurs, consacrée aux « *institutes* ». *Contra* : P. Deumier, *Introduction au droit*, 3<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2016, qui ne comporte pas, également volontairement, de partie consacrée aux « *Institutes* ».

d'économie ou d'histoire, on y insiste surtout sur la dimension profondément perpétuelle et doctrinale de la matière. Pas la peine donc d'encombrer des esprits débutants de considérations superfétatoires. Un esprit un peu plus chagrin pourrait considérer que la finalité implicite de telles introductions au droit était — est ? — également de présenter le droit et peut-être aussi apprendre le droit dans un sens, disons finalisé. À travers des éléments de *justification* ou de *légitimation* des règles applicables ou des méthodes de leur application, avec des apports en termes de *théorie du droit* ou de *philosophie du droit*, mais également une explication sur un mystère, la manière dont sont produites les normes juridiques, dite, en droit privé, la question des sources du droit, ou encore dont elles sont appliquées ou interprétées ou encore comment les normes juridiques peuvent être distinguées d'autres types de normes de comportement, normes sociales notamment, ou d'autres phénomènes normatifs, comme la morale, la religion, l'économie, etc. Sauf à concentrer sur les questions intéressant le seul droit civil, donc, une introduction générale au droit qui déborde vers les modes de production des normes juridiques se heurte assez rapidement à des difficultés, en termes d'interprétation des normes par exemple, qui dépassent, et de loin, les seules questions réservées traditionnellement à l'étude du droit civil. À bien des égards, une *introduction* générale au droit, éventuellement civil, mais qui pourrait être social économique, international, constitutionnel, etc., pourrait tout autant être envisagée comme une telle introduction à ces disciplines, voire comme une *conclusion* générale ou partielle au droit, tant il est utile, une fois les études de droit achevées, d'y revenir mais également parce qu'il est très difficile d'assimiler des notions fondamentales, sans les bases techniques sur lesquelles elles s'appuient, qui ne s'acquièrent qu'au long de l'expérience des études de droit, sauf à proposer une vision caricaturale ou dogmatique du droit. La première conclusion que l'on peut formuler est donc que la plupart des introductions générales au droit manifestent un tropisme affirmé autour d'un esprit reproductif et dogmatique, une sorte de mystique du droit, supposé propice à l'étude du droit civil.

## II. L'ESPRIT D'UNE INTRODUCTION GÉNÉRALE « AU DROIT »

Cette première conclusion n'appellerait pas de commentaire si le droit, même civil, n'avait pas profondément évolué. Le droit des personnes, dont les débats autour de la gestation pour autrui, du transsexualisme ou transgenre, du mariage avec une personne de même sexe, du droit à mourir, du droit animalier, etc., mais aussi et peut-être surtout le droit des obligations, des contrats, des contrats d'affaires, ont démontré que, non, décidément, les solutions à venir dans ces « cas difficiles », « *hard cases* » comme disent les Anglo-Américains qui connaissent le même souci malgré leur règle du précédent, n'étaient pas prévisibles, que, pour contreparaphraser Ripert, un contrat ne sera pas toujours un contrat, une famille ne sera

pas toujours une famille, un mariage ne sera pas toujours un mariage, etc., et donc que les régimes juridiques des institutions du droit civil subissaient, depuis une trentaine d'années, les assauts d'un peuple de justiciables assez rétifs à l'idée d'un droit civil immuable sauf de manière marginale et contrôlée en vue de mutations radicales du droit, notamment civil, que ce droit civil se fabriquait dans les tribunaux, y compris de Strasbourg ou de Luxembourg, mais également dans les assemblées parlementaires de telle sorte que oui la loi peut tout faire, y compris changer un homme en femme.

Une introduction *au droit* suppose en premier lieu de définir « le droit » et ce faisant de présenter l'infini des possibilités et de la complexité du droit. C'est d'ailleurs une constante, y compris dans les toutes premières introductions générales au droit, mais, avec cette précision que le droit étant cohérent, dominé, par la loi, il est *connaissable* en tant qu'il repose sur une méthode logique, laquelle s'empourpre de l'autorité supposée de la loi, via la fiction de l'intention du législateur (législateur qu'on est bien incapable de désigner, *a fortiori* d'en percevoir l'intention, sauf à faire tourner les tables) et de « principes juridiques », pourpre qui n'est autre, en réalité, que celle de la doctrine elle-même, ce que les premiers auteurs des introductions générales au droit, dont Planiol puis Ripert, avaient parfaitement saisi le caractère essentiel<sup>25</sup>. D'ailleurs la plupart des introductions générales au droit

25. Comp. l'embarras de M. Planiol (*Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, 3<sup>e</sup> éd., 1904, p. 88 s.; et spéc. p. 90) à propos de la question de « l'interprétation des lois », lorsque « la loi n'a pas statué ». On dirait aujourd'hui que l'interprète est libre, mais Planiol, comme dans toutes les introductions au droit, s'efforce de limiter cette proposition : « Dans ce cas la mission de l'interprète s'élargit; il peut se décider avec plus d'indépendance. Cependant il n'est pas absolument libre. Il est lié encore et par l'esprit général des lois, et par cet ensemble de règles scientifiques qu'on appelle les principes généraux du droit. Il doit alors deviner ce que serait la décision du législateur s'il était appelé à résoudre directement la question qui lui est soumise. » Un peu plus loin (p. 90-91), renvoyant aux propos de Gény, il articule dans un paragraphe intitulé « observations générales » des remarques sur la prise en compte du « social », alors la grande question qui divise les interprètes : « La logique judiciaire et l'utilité sociale. — Il existe ainsi, depuis bien des siècles, une logique judiciaire, qui a ses origines dans la jurisprudence romaine et son modèle dans l'habileté déployée par les jurisconsultes anciens, surtout ceux de la belle époque appelée le droit classique (1<sup>er</sup>-3<sup>e</sup> siècles ap. J.-C). Malheureusement il est sorti de là un art un peu étroit, qui borne son ambition à combiner des textes d'une manière presque mécanique, et à trouver des solutions sans prendre souci de leur valeur. Cette logique judiciaire, qui a eu sa littérature, tourne vite à l'abus et risque d'abaisser l'esprit du juriste. Si la science juridique se réduisait à cela, on pourrait sans grand dommage fermer les écoles de droit; les études d'avoué, les greffes, les bureaux du contentieux des grandes compagnies suffiraient pour former des praticiens; on se tirerait d'affaire avec quelques manuels, des répertoires alphabétiques et des recueils d'arrêts, et toute la raison humaine tiendrait, pour le juriste, dans quelques brocards. Mais la science du droit est autre chose : c'est une science véritable, qui ne se borne pas à la connaissance des textes de la loi et des décisions judiciaires, ni à l'art du raisonnement juridique. Elle suppose un ensemble de connaissances variées, des investigations poursuivies dans plusieurs directions différentes. Le jurisconsulte, vraiment digne de ce nom, ne se contente pas de résoudre des questions pratiques; il apprécie et juge les lois. Pour cela il a besoin de critique, et il ne peut posséder cette qualité que par une culture intellectuelle étendue : l'histoire du droit lui fera connaître l'origine des institutions; l'économie politique lui en fera voir les résultats pratiques; la législation comparée lui donnera des points de comparaison empruntés aux législations étrangères. C'est à cette condition seulement que le droit peut remplir sa mission. La méthode logique traite toutes les questions comme des théorèmes de géométrie, à l'aide d'un corps

insistent de manière plus moins explicite sur le fait que le droit est connaissable c'est-à-dire qu'il n'est pas incertain, qu'il n'est pas une question de volonté, celle du ou des juristes en charge de la résolution de telle question. Il existe certes des mouvements, des incertitudes, mais ce sont des écueils très faciles à éviter par une bonne maîtrise de la technique juridique, elle-même dominée par les professeurs de droit. Qu'une décision de la Cour de cassation consacre une position prise par la doctrine et celle-ci<sup>26</sup> louera l'élégance, la maîtrise technique, de la Cour. Que celle-ci, au contraire, résiste aux exigences de la doctrine, ou propose une solution que celle-ci condamne et cette solution sera considérée comme ne relevant pas du droit « sérieux » ; une décision en attente de renversement, en quelque sorte.

Or, une introduction *au droit* pourrait, au contraire, présenter le droit pour ce qu'il est : une inconnue, relevant de l'avenir. On connaît la formule de Flaubert, par exemple, qui, dans son *Dictionnaire des idées reçues*, au mot « droit », répond : « on ne sait pas ce que c'est<sup>27</sup> » parce que la réponse dépend notamment de la définition de la règle de droit mais aussi de la connaissance des mécanismes générateurs de ces règles, en sorte que l'existence du droit se manifeste par la conception que l'on s'en fait ou par l'observation de ses sources. On connaît moins la formule du juge Oliver W. Holmes, qui fut professeur à Harvard puis juge à la Cour suprême des États-Unis, dont celle-ci, au rebours de toute la tradition française : « La "prédiction" de ce que feront en fait les tribunaux, et rien de plus extraordinaire, voilà ce que j'appelle le droit<sup>28</sup>. »

---

d'axiomes (qui contiennent en eux virtuellement la solution de toutes les difficultés possibles). Cette méthode a l'inconvénient de faire fonctionner la jurisprudence à la façon d'une mécanique aveugle, indifférente au bien ou au mal qu'elle fait. Or les lois sont établies pour procurer aux hommes la plus grande somme d'utilité possible. Une science juridique qui aboutirait à des solutions injustes ou dangereuses serait fautive, elle irait contre son but. La méthode logique ne doit donc pas être employée seule ; elle doit être tempérée par des considérations d'utilité et d'équité. Il y a évidemment une mesure à garder, pour que le juge, qui n'est qu'un interprète, ne substitue pas sa pensée personnelle à l'autorité des lois ; mais il y a aussi quelque chose à faire pour que la loi, interprétée mécaniquement, ne se retourne pas contre son but qui est le bien social. » Étrange (ou très éclairant) passage, pour qui, en introduction, résume le droit naturel à quelques « principes » : le droit c'est l'affaire des scientifiques, les « vrais » juristes.

26. Sur le débat autour de la doctrine, comp. P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2004.

27. Comp. *Définir le droit I et II : Droits* 1989, t. 10 et 11, Adde H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, PU Saint Louis, 2005.

28. O. W. Holmes, « The Path of the law », *Harvard Law Review* 1897, vol. X, p. 457 s., spéc. n° 10 encadrant cette formule « En conséquence, il est manifeste que rien d'autre que la confusion de pensée ne peut naître du présupposé que les droits de l'homme au sens moral sont également des droits au sens de la Constitution et du droit. Indubitablement des cas simples et extrêmes peuvent être excipés de lois imaginaires que le législateur ne se hasarderait pas à voter même en l'absence d'interdictions constitutionnelles écrites parce que la communauté entrerait en lutte et en rébellion et cela donne une certaine plausibilité à la proposition selon laquelle le droit, s'il ne fait pas partie de la morale, est limité par elle. Cependant cette limite de pouvoir ne recouvre aucun système de morale. En grande partie, elle se situe loin à l'intérieur des lignes de tout système de ce type et, dans certains cas, elle peut passer loin à l'extérieur d'elles pour des raisons tirées des habitudes d'un peuple donné à un moment donné. J'ai entendu un jour le Professeur Agassiz dire qu'une population germanique se soulèverait si vous augmentiez de deux cents le prix d'un verre de bière. Une loi, en pareil cas, ne

En d'autres termes il existe un très sérieux doute sur le fait que le droit soit connaissable, entendons sur le fait de prétendre déterminer quelle sera la réponse, unique (donc juste, bonne, utile) à un problème juridique qui sera demain posé. La réponse française classique consiste à balayer le doute : le droit est cohérent, le droit est prévisible, parce que si l'on doit résumer la pensée de Holmes, il en résulterait qu'on substituerait à l'opinion des professeurs de droit celle des juges ou pire des députés. D'où l'idée, très largement répandue dans les introductions au droit, que les juges étant formés dans les universités ils sont un peu les enfants de la doctrine et ce faisant sont assimilés, intellectuellement, sinon à des professeurs au moins à des disciples, et que la doctrine est la gardienne d'une certaine manière de procéder. Cette fiction demeure privatiste (les publicistes ne s'offusquent pas de ce que le Conseil constitutionnel ou le Conseil d'État soit le faiseur de systèmes dont les professeurs sont les disciples). D'où l'idée que le fait de reconnaître que le juge fait le droit consiste à substituer la « pensée personnelle du juge à l'autorité des lois<sup>29</sup> », idée transformée dans l'épouvantail du « gouvernement des juges<sup>30</sup> », largement convenue d'ailleurs par une partie des juges eux-mêmes car le partage de l'idée ou de la fonction du caractère cohérent du droit justifie la fiction de l'indépendance politique des juges et du caractère neutre, non politique, de la fonction de juger<sup>31</sup>. D'où l'idée que la jurisprudence n'est décidément pas une « source » de

serait que des mots vides, non pas parce qu'elle serait mauvaise mais parce qu'elle ne pourrait pas être appliquée. Personne ne niera que des lois mauvaises peuvent être appliquées et le sont et nous devrions ne pas tomber tous d'accord sur celles dont il s'agit quand nous parlions de lois mauvaises.

10. La confusion qui me préoccupe, affecte des conceptions reconnues comme juridiques. Prenez la question fondamentale de ce qui constitue le droit. Vous trouverez quelques auteurs qui affirmeront que c'est différent de la jurisprudence des cours du Massachusetts ou d'Angleterre, qu'il s'agit d'un système de raison, qui repose sur une déduction à partir de principes d'éthique ou d'axiomes ou de je ne sais quoi encore qui peut coïncider ou non avec les décisions. Par contre, si nous nous plaçons du point de vue de notre ami, le méchant, nous allons découvrir qu'il n'attache aucune importance aux axiomes ou aux déductions mais qu'il veut savoir ce qu'en fait, les cours du Massachusetts ou d'Angleterre feront vraisemblablement. Je partage amplement son opinion. La « prédiction » de ce que feront en fait les tribunaux, et rien de plus extraordinaire, voilà ce que j'appelle le droit.

11. Prenez encore une notion qui populairement est considérée comme la conception la plus large de ce que contient le droit, la notion de devoir juridique à laquelle j'ai déjà fait référence. Nous remplissons ce mot de tout le contenu que nous tirons de la morale. Mais qu'est-ce qu'il signifie pour le méchant ? Principalement et en premier lieu, une prédiction que s'il fait certaines choses, il sera soumis à des conséquences désagréables sous la forme d'un emprisonnement ou d'une amende. Mais de son point de vue, quelle différence cela fait-il d'être condamné à une amende ou d'avoir à payer un impôt de la même somme pour faire une certaine chose ? Que son point de vue soit le test pour les principes du droit est démontré par les nombreuses discussions qui ont eu lieu devant les tribunaux à propos du caractère de sanction ou de taxe que revêt une responsabilité imposée par la loi. De la réponse à la question dépend la décision sur le caractère légal ou illégal d'une conduite et aussi sur la liberté ou l'obligation de l'acteur. »

29. V., M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, *op. et loc. cit. supra*.

30. Comp. D. de Béchillon, « Le Gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.* 2002. Chron. 976.

31. G. Canivet : « Des "professeurs-juges" aux "juges-professeurs" », in *La Cour de cassation, l'Université et le Droit. Études en l'honneur de A. Ponsard*, Litec, 2003, p. 121 : « l'introduction d'un esprit universitaire dans la construction de la jurisprudence permet de situer la décision dans un

normes juridiques et que la norme jurisprudentielle n'a pas le même statut que la norme juridique « ordinaire ».

De même, il existe un très sérieux doute sur le fait que le droit soit prévisible. Là encore il s'agit d'une question classique de théorie du droit. On observe en effet que la plupart des décisions de justice, celles de la Cour de cassation par exemple, sont globalement prévisibles, il demeure qu'une partie de ces décisions sort des canons de cette prévisibilité. Faut-il alors écarter ces quelques décisions, et privilégier — et renforcer — l'observation de la prévisibilité du droit ou, au contraire, convient-il de s'intéresser aux décisions « déviantes » notamment si l'on observe que ce sont souvent celles qui emportent le plus de débat parce qu'elles portent le plus souvent sur des « cas difficiles » lesquels sont le plus souvent posés en dehors ou au-delà de la loi ? Or l'enseignement de ce doute, y compris pour trancher, voire militer, dans le sens classique, est une forme, *réelle*, d'introduction *au droit*, dans toute sa dimension : il est possible que le droit soit formé de normes juridiques qui sont les significations d'un énoncé préalable interprété et délivré par une autorité dont la décision ne peut pas être juridiquement contestée, et que cette interprétation soit, par nature, une création de norme juridique fondée sur un acte volonté, un acte profondément politique, non neutre. Autre ensuite est l'observation et la critique éventuelle, du mode de formation de ces interprètes, de leurs désignations (aux États-Unis ce sont des professeurs de droit, souvent des anciens avocats, qui deviennent des membres des cours fédérales d'appel et éventuellement de la Cour suprême), etc.

La présentation d'une telle introduction *au droit*, et donc des éléments de réponse aux sens du mot *droit*, dépend de la méthode choisie pour le décrire et ce seront ces méthodes qui permettront de déterminer l'existence du droit, sur la base des techniques de production des normes juridiques, ce que l'on désigne en général à travers la notion de « sources de droit ».

La définition la plus usuellement donnée dans les introductions générales au droit consiste à considérer que le droit est fait de règles de conduite en société, présentées sous des formes particulières, assorties d'une sanction, acception première qui, bien entendu, ne permet pas de cerner les contours du droit ne serait-ce parce qu'elle ne permet aucunement de formuler une distinction entre les normes juridiques et non juridiques. On pourrait d'ailleurs considérer la difficulté comme plus ardue que de rechercher la nature de la sanction qui fait d'une norme une norme juridique et considérer qu'une norme est sanctionnée parce qu'elle est juridique, et non juridique parce qu'elle est une norme sanctionnée.

Ainsi, on considère aujourd'hui plusieurs acceptions au mot « droit ». En un premier sens, une personne peut considérer qu'elle dispose de « droits », qu'on désigne comme des « droits subjectifs » c'est-à-dire des potentialités d'agir (droit de propriété, droit de se marier) juridiquement protégées par des actions en justice, ou

---

ensemble et d'en percevoir la cohérence par une vue complète et parfaitement maîtrisée de la matière, de mesurer ses conséquences sur la construction générale du droit et de situer les règles interprétées dans l'ordre juridique ».

comme des libertés. Un autre sens identifie le mot « droit » comme un ensemble : le droit français, le droit civil, le droit des personnes. C'est le sens le plus couramment utilisé : il désigne alors un ensemble de règles, ou de normes et correspond à ce qui est désigné dans les introductions classiques comme le « Droit objectif ». Enfin, en un troisième sens, le « droit » est la science qui étudie les normes : on évoque ainsi les facultés de droit, la philosophie ou la théorie du droit. Trois sens donc, subjectif, objectif, épistémologique.

Il reste que pour simplifier ou par commodité, une définition pédagogique est souvent utilisée pour identifier le *droit* comme un ensemble de règles de conduite juridiquement sanctionnées, dont l'étalon est constitué de la loi. Le modèle présenté est alors simpliste : l'État produit des lois, par l'action du législateur, qui s'imposent à tous, les juges étant supposés les appliquer, l'ensemble formant un système cohérent, qu'on désigne comme le système juridique. C'est une définition élémentaire et très partielle, entièrement centrée sur le mode légistique de production des normes, comme si la loi (dont ces auteurs se méfient par ailleurs lorsqu'elle est nouvelle), incarnation parfaite, idéale et unique, de la norme juridique, ne connaissait aucune difficulté d'interprétation, aucun vide, qu'elle ne pouvait être contestée, comme si aucune place alternative ou complémentaire ne pouvait être envisagée face à d'autres *sources* de normes juridiques, la jurisprudence notamment. Surtout, cette proposition semble impliquer que « l'application » des règles de droit est effective, et qu'une sanction serait automatique et le tout serait merveilleusement harmonisé, coordonné et accepté par tous. C'est évidemment un univers magique qui serait ainsi décrit : il suffit de saisir une information à connotation juridique pour saisir que chaque problème juridique implique la mise en perspective d'un ensemble d'opinions, juridiques, mais aussi morales, sociales, économiques, etc., impliquant peut-être des règles supérieures ou fondamentales. Dès lors, si une décision survient, elle fera « droit », elle sera une manifestation du système juridique, le tout de manière parallèle ou distante d'une idée de Justice. Or, ce qui conduit à cette décision est un ensemble de notions, certaines assez précises, d'autres beaucoup plus floues, voire inconnues, comme le recours aux logiques d'équilibre, de raisonnable, d'équitable, de proportionnalité, etc., qui fondent une somme de discours possibles et discutables qui ont pour objectif d'assurer la justice par des moyens, des procédures et des règles, organisés. Cette complexité du droit, qui dépasse la complexité technique des résultats de la production des règles de droit, n'est ni nouvelle ni en voie d'expansion : elle est sans doute consubstantielle au droit lui-même.

Cette complexité se mesure donc en premier lieu au regard de la question de l'*interprétation* des normes juridiques, donc de la détermination du pouvoir d'interpréter, de l'étendue de ce pouvoir d'interprétation, de ses méthodes, etc. Or, cette question est elle-même complexe : l'auteur d'une norme propose une interprétation de la norme qu'il a créée, par exemple le Gouvernement commente la loi votée par le Parlement, rédige des circulaires, fait des communiqués, de même que la doctrine juridique fait profession de proposer des interprétations des normes juridiques, de

telle loi ou de telle décision de jurisprudence, ou d'une discipline juridique dans son ensemble et enfin, les juges interprètent les lois pour en assurer l'application aux cas qui leur sont soumis. La question se posera, alors, de savoir quelle autorité dispose du pouvoir d'interprétation réel, définitif, celui qui donne le sens juridique (au sens de valide) d'une norme à interpréter : le législateur, la doctrine, le juge.

La complexité du droit se mesure également au regard de thèmes relatifs à des questions plus générales comme celle dite de la « cohérence » du droit, de la prévisibilité des décisions de justice et du droit plus globalement, de la sécurité juridique, formules distinctes mais globalement voisines. La sécurité juridique, par exemple, en lien avec l'idée de prévisibilité est un mythe, fondé sur celui de l'immutabilité du droit. Le droit est évidemment variable au gré de circonstances difficilement mesurables. D'ailleurs le débat récent autour de la question de la « justice prédictive » montre l'actualité de la difficulté. Autre est la question portée sur l'appréciation donnée par un groupe donné sur cette évolution, dont les juristes, notamment lorsqu'ils se présentent comme des gardiens. Or, même les « gardiens » admettent la mutabilité du droit, dans des mesures correspondant toutefois à des propositions qu'ils ont faites. La sécurité juridique est, tout au plus, une Valeur, un objectif que certains juristes s'assignent comme mission de faire prévaloir, mais en rien un « principe ».

La complexité du droit se mesure en outre au regard de la question de la garantie de validité d'une norme juridique et notamment de la loi. Dans un système juridique qui admet qu'un contrôle de constitutionnalité ou de conformité avec une norme internationale (contrôle de conventionalité avec les règles du droit de l'Union européenne, ou de la Convention européenne des droits de l'homme) de la loi existe (et notamment un contrôle *a posteriori*, c'est-à-dire au cours d'un procès), il en résulte que chaque fois qu'une personne, ou l'État, engage une action judiciaire contre une autre personne, sur le fondement d'une règle juridique existante, la validité même de cette règle juridique pourra toujours être contrôlée, soit par le juge saisi soit par un autre juge, comme moyen de défense pour tendre à considérer que la règle juridique qui sert de fondement à l'action est anticonstitutionnelle ou inconventionnelle, de telle manière qu'un procès entre deux personnes, fondé sur une règle, ouvre toujours le principe d'un autre procès, contre la règle elle-même. Or, la discussion de la constitutionnalité d'une loi, ou de son inconventionnalité, face au droit de l'Union européenne ou de la Convention européenne des droits de l'homme ne se déroule pas de manière identique mais obéit à des méthodes, des procédures particulières.

Enfin, cette complexité peut se mesurer à l'aune de la considération du droit en « ordres » ou en « systèmes », les « systèmes de droit » et donc de leur combinaison qui pose la question des règles de droit applicables à une question, mais également du juge compétent pour la résoudre. La complexité, enfin, du droit se mesure à l'aune des limites de l'appréhension du droit : il n'est pas certain que les juristes tranchent toujours véritablement des problèmes de droit mais très souvent des problèmes adjacents, ou premiers, des questions de fait ou de valeur notamment,

qui pourraient aussi bien être réglés par des moyens extrajuridiques mais qui, faute d'efficacité de ces solutions, s'en remettent à la force contraignante du droit, alors que celui-ci offre en général une solution contrainte *potentielle*. L'inefficacité systématique de la contrainte potentielle est d'ailleurs l'une des manifestations de l'incertitude de la règle ou la mauvaise qualité du système judiciaire.

### III. L'ESPRIT D'UNE INTRODUCTION « GÉNÉRALE » AU DROIT

Une introduction au droit suppose également qu'elle soit *générale*. Or cette généralité suppose elle-même une prise en compte de tout le système juridique, pas seulement le système résumé au droit civil même s'il s'agit, aussi, de celui du droit civil, dont la singularité ne peut être évincée. Il est singulier que les introductions « classiques » au droit se soient lancées, dans la droite ligne de la méthode des historiens, à une considération des « sources du droit » et s'y soient tenues, d'une manière, au regard de la critique de la méthode, qui force le respect. Or la question des sources du droit repose sur l'idée, légaliste, que la loi, comme expression de la volonté générale est la seule source *légitime* de norme juridique, idée tirée de la philosophie moderne renforcée par le caractère démocratique de l'adoption des lois. La loi, comme norme, est juste parce qu'elle est la loi comme valeur et comme méthode de production des normes, dès lors la loi, seule, est juste, parce qu'elle est seule la loi. Le monopole de la loi, du moins dans les introductions classiques au droit, constitue cependant une forme d'aveuglement des juristes, autour de l'idée que les autres sources possibles seraient nécessairement soumises à la loi, voire éclipsées par celle-ci, comme l'a illustré, et l'illustre encore souvent, le débat sur la place de la jurisprudence. Or, une conception globale des « normes juridiques » pourrait vraisemblablement renouveler l'étude de celles-ci, notamment au sujet de leur interprétation et de leur application dans le temps.

Or, une introduction, qui serait véritablement *générale* au droit pourrait laisser une place particulière aux interrogations qui entourent la question, interrogations qui participent des débats de philosophie et de théorie du droit d'une manière qui évite le débat, souvent caricatural, posé en termes de concurrences des *doctrines du droit naturel* et des *doctrines du droit positif*<sup>32</sup>, pour faire systématiquement le procès des secondes par les premières, alors même que ces manières d'envisager le droit se présentent de manière radicalement différentes et infiniment plus complexes qu'une simple opposition entre la présentation d'un droit idéal et d'un droit sans valeur. En effet, la philosophie du droit propose deux fonctions. La première est

32. Comp. F. Terré, *Introduction générale au droit*, 10<sup>e</sup> éd., Dalloz, coll. « Précis », 2015, p. 112 s. Comp. D. Mainguy, « Qu'est-ce qu'un juriste dans la cité, promotion de la "description" », in *Mélanges P. Neau-Leduc*, à paraître, 2017.

une *fonction de légitimation* : les règles juridiques sont en effet censées être appliquées et pour cette raison, acceptées. La correspondance entre la règle et sa légitimité peut donc être établie, étant entendu qu'il existe autant d'arguments, en faveur ou en défaveur de la légitimité de telle règle, qu'il existe de conceptions philosophiques, ce qui fait d'ailleurs tout l'intérêt des débats. Une deuxième fonction est une *fonction de prescription* : la légitimité, réelle ou supposée, de telle règle, permet alors de justifier que les éléments de cette légitimité soient reproduits, pour fonder la solution à une règle nouvelle, par exemple la solution à un problème nouveau qui se pose en jurisprudence ou à une loi nouvelle présentée devant le parlement. La Justice est une valeur, « une propriété possible, mais non nécessaire, d'un ordre social<sup>33</sup> ». On admettra alors que le discours sur le droit est tantôt descriptif — le droit est — tantôt prescriptif — le droit devrait être — sans que l'on puisse considérer que telle tendance, théorie ou philosophie est ou n'est pas descriptive ou prescriptive. Par exemple, les doctrines du droit naturel sont tout autant descriptives que prescriptives. Simplement, la philosophie a un rapport avec le bonheur et la philosophie du droit avec la place des valeurs, tandis que la théorie du droit se contente d'observer le droit, de façon neutre. Pas d'opposition, *a priori*, mais complémentarité, autour d'une tentative de description d'un système juridique, avec ses qualités et ses défauts, qu'un effort de proposition, pris en termes de prescription sur la base d'une description efficace, pourra éventuellement permettre de corriger.

Ainsi, l'étudiant débutant se pose assez systématiquement la question de savoir si une solution juridique est « bonne » ou « juste ». Le juriste philosophe envisage cette difficulté comme une technique de légitimation des règles de droit. Il peut s'agir d'une forme de légitimité « faible », comme découlant de la logique du raisonnement juridique, que ce soit comme aboutissement d'un tel raisonnement intellectuel, ou comme résultat de la répétition de pratiques. Il peut s'agir d'une forme de légitimité « forte » aux fins de justifier une position juridique, déterminer un sens à la règle, un *fondement juridique*. Le juriste ou le philosophe identifieront des « valeurs », assimilées à la Morale ou à la Justice. La question posée cependant se distingue en plusieurs points de vue, qu'on résumera ici entre le point de vue du naturaliste, celui qui estime que le droit s'étudie en tant qu'il *doit* se conformer à des valeurs, et le point de vue du positiviste, qui considère que le droit s'étudie indépendamment de toute valeur, et qu'une fois le droit connu, il pourra proposer une légitimation ou une critique (à condition de préciser les origines idéologiques de sa proposition). C'est notamment l'objet de la science du droit, la *théorie pure du droit* développée au début du xx<sup>e</sup> siècle par Hans Kelsen. Cela ne signifie nullement que le jusnaturaliste est respectable, humain, et que le positiviste est nihiliste. L'opposition est vaine : la science du droit, le positivisme ne se conçoit pas comme une idéologie — quand bien même un faux positivisme comme idéologie se conçoit comme la croyance en la justice de la loi parce qu'elle est la loi, ce qu'on appelle le « légalisme » — mais comme une simple technique de description du droit et ce

33. V. H. Kelsen, *Qu'est-ce que la Justice?*, préf. V. Lasserre, éd. Markus Haller, 2012.

serait un faux procès que d'opposer aux valeurs les dérives de leur mauvais usage. En revanche, la différence repose sur l'attitude du juriste savant, du scientifique : le positiviste considère que les valeurs étant multiples et inconnaisables, il doit décrire le droit de manière neutre, indépendamment de ces valeurs, observer le droit tel qu'il est, y compris en tant qu'il repose sur des valeurs, s'il parvient à les identifier. À l'inverse, le juriste scientifique naturaliste considère qu'il doit observer le droit en tant qu'il se conforme à des valeurs qu'il définit et hiérarchise. Ce sont donc des méthodes scientifiques : une méthode de description non axiologique du droit ou au contraire axiologique, indépendamment ou en fonction de valeurs. L'exemple du « mariage pour tous » a été, à cet égard, un terrain d'observation formidable de ces conceptions. Autre est l'opinion du juriste scientifique : le positiviste peut parfaitement se considérer comme référant à des valeurs et le philosophe apprécier le droit tel qu'il est, bien entendu.

Il serait vain, et long, de poursuivre un inventaire de tout ce qui pourrait figurer dans cette généralité, d'abord parce que, par hypothèse, ces éléments sont globalement ignorés des juristes, sinon d'une poignée qui navigue aux confins des frontières traditionnelles du droit privé : on songe par exemple à l'analyse économique du droit qui substitue à la valeur morale traditionnelle du droit français celle de l'efficacité et dont on perçoit, même sans s'y attarder très scientifiquement, la présence permanente comme concurrente de l'analyse morale, ou encore des éléments de sociologie juridique, etc.

Il est assez évident toutefois qu'un petit semestre risque de ne pas y suffire, sauf à s'en tenir à des considérations vagues et imprécises, et donc sans doute inutiles. Il est assez vraisemblable, d'ailleurs, que l'importance de ces questions est sans doute aussi grande que l'enseignement des matières techniques qui abondent dans les quatre années qui suivent. Il n'est pas plus invraisemblable de penser qu'il serait possible d'envisager de fortifier ces enseignements dits d'introduction générale au droit. Ainsi, une introduction générale au droit mériterait sa désignation. C'est évidemment un débat qui dépasse, et de très loin, la portée de ces propos mais qui mérite quelques lignes. Les facultés de droit se sont, progressivement, orientées vers un enseignement de type professionnalisant, notamment depuis les années 1970 avec la vague des DESS et l'association d'enseignants non universitaires, pour le plus grand bien de l'ouverture de l'université. Toutefois, on peut constater que, d'une part, cette professionnalisation a gagné pratiquement tous les pans de l'enseignement, au point que les « master 2 » ne se distinguent plus selon qu'ils sont à vocation « recherche » ou « professionnelle » (sinon dans l'intimité des dossiers de demandes d'accréditation ou dans le souvenir de l'histoire de ces diplômes) et, d'autre part, que cette professionnalisation participe d'une considération sur le couple, souvent présenté comme une opposition, théorie-pratique. Les enseignements universitaires étaient — sont — galvaudés comme étant trop théoriques. Or, cette critique est erronée, les enseignements universitaires sont éventuellement « abstraits » ou « dogmatiques », mais finalement assez peu théoriques. Un enseignement théorique se préoccupe davantage de méthodes, de fondements, de doute,

de mise en expérience, et donc de pratique, qui sont les véritables invariants du droit, qu'un enseignement abstrait. À telle enseigne qu'à se tromper d'objectif, les enseignements ne sont plus du tout théoriques (à supposer qu'ils l'aient été) au sens de ce couple indissociable « théorie-pratique » ou « proposition-expérience ». Or les praticiens chevronnés sont tout autant demandeur de retour à ce qu'ils appellent souvent « les fondamentaux », c'est-à-dire un retour sur l'inertie juridique qui fonde ce qu'on appelle à tort « théorie » et qui sont des sortes d'invariants substantiels d'un droit, ou des variables mais sur une telle échelle de temps qu'ils peuvent aisément passer pour des invariants, ou des « principes », et une explication sur les justifications des changements observés, des questions rhétoriques, des arguments, etc. Tout ce qu'on pourrait trouver dans une *introduction générale au droit*, qui pourrait devenir une *conclusion générale au droit*, ou tout simplement une *théorie du droit*.