

Les civilistes français vont-ils disparaître?*

Philippe Rémy**

Cette question, posée par un civiliste français, peut paraître bizarre, et même un peu déplacée. Ma mémoire — la vôtre aussi, peut-être — est remplie de noms de civilistes vivants, illustres, et qui méritent de l'être. Aussi bien, ces grandes statues vivantes du droit civil français ne sont pas mon sujet. Je m'intéresse au civiliste ordinaire,¹ mon frère, qui peuplait naguère encore les Facultés de droit françaises, et je me demande avec un légitime pincement d'angoisse si cette espèce, mon espèce, n'est pas en voie de disparition.

Nous autres, juristes, savons bien que toutes choses passent, et que nul n'est promis à l'éternité, dans ce monde sublunaire. L'âge d'or des civilistes français s'est peut-être accompli entre 1830 et 1890. Sans doute fatigués de cet accomplissement, nos pères ont goûté à toutes sortes de fruits verts. Et voilà que nous, les derniers fils de cette race, nous avons naturellement la dent agacée: nous ne savons plus ce qu'est le droit civil, ni comment le trouver, ni même pourquoi le chercher. C'est plus qu'un malaise, c'est une fuite.

Faites une expérience simple. À votre prochain voyage en France, promenez-vous dans les couloirs des Facultés en interrogeant les personnes qui portent une cravate et un complet — très souvent aussi un attaché-case. Demandez-leur ce qu'ils « professent ». Ils lèveront un sourcil, car ils préfèrent en général dire qu'ils « enseignent ». Puis ils vous répondront avec un sourire satisfait qu'ils enseignent le droit de l'urbanisme et de la construction, le droit de la santé, le droit du sport, le droit des communications, le droit de l'informatique, le droit de l'enfance ou de la vieillesse, le droit

*Texte d'une conférence donnée à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, le 1er octobre 1986.

**Professeur, Faculté de droit de l'Université de Poitiers.

¹On verra plus loin ce que le civiliste ordinaire doit à des non-civilistes peu ordinaires. La principale dette philosophique de l'auteur est très évidemment à l'endroit de Michel Villey, auquel les emprunts sont si fréquents qu'il aurait été fastidieux de les citer. Le lecteur les restituera sans peine, comme il observera l'entrecroisement d'autres influences — celles de Perelman et Hayek, notamment. Cet éclectisme est peu philosophique, on en conviendra. Tant pis.

des femmes, le droit du logement, le droit de la banque, le droit de l'artisanat, le droit des loisirs et du *caravaning*. Je serais étonné si, au cours de votre enquête, vous ne rencontriez pas un spécialiste du droit de la chaussure.

Dans certaines Facultés, vous rencontrerez de vieux étudiants aux cheveux longs, sans cravate, avec une besace en toile. Demandez-leur à eux aussi ce qu'ils enseignent; ils vous répondront qu'ils n'enseignent pas, mais qu'ils cherchent. Du droit? Non: ils cherchent sous le droit, et spécialement sous le droit civil, tout ce que les civilistes ont caché si longtemps et si hypocritement — les rapports de production ou de force, les pulsions refoulées et mal sublimées, les classes sociales oubliées, les sexes opprimés, le contrôle social déguisé et j'en passe. Ce sont les spécialistes de l'occulte et du non-dit, dont le métier est de dévoiler la vérité du droit — lequel est bien-sûr un énorme mensonge, spécialement le droit civil — le plus vieux et le plus énorme.

Peut-être enfin, au cours de votre enquête, rencontrerez-vous des hommes qui vous avoueront tristement qu'ils « font » du droit civil. Il faut bien qu'il y en ait, c'est le programme. Comprenez cette timidité. Il est tout à fait gênant de dire d'abord qu'on n'est spécialiste de rien, surtout quand ce rien n'est qu'une immense hypocrisie, ou au mieux qu'une énorme bulle de mots. Ce civiliste timide et traqué disparaîtra, ou se reconvertira bientôt dans le droit des affaires.

Mais si vous cherchez bien, au fond des Facultés de province, vous rencontrerez aussi un dernier carré d'enragés, qui proclameront sur un ton provocant qu'ils ne sont que des civilistes ordinaires — rien de moins et surtout rien de plus. Si vous ne craignez pas d'être aperçu en conversation avec des personnages aussi douteux, demandez-leur ce qu'ils professent (I) et ce qu'il craignent (II).

I

Avec ou sans cravate, le civiliste ordinaire vous dira qu'il professe quatre banalités antiques, qui n'ont pas changé depuis Paul, Ulpien ou Gaius — mais que, de façon fort surprenante, ces quatre banalités ont le don de susciter, chez la plupart de ses collègues, une réprobation ouverte ou silencieuse.

1.— Que la fin du droit civil n'est pas l'égalité, ni le bonheur, ni la vertu, ni la croissance économique, ni le bien-être social, mais simplement la justice. Comprenez bien, ajoute le civiliste, que cette justice-là s'écrit avec un petit « j »: l'affaire du juriste n'est pas de faire de chaque homme un juste, ni même de contraindre chaque homme à agir justement. Sa justice à lui, c'est celle du juge: reconnaître à chacun sa part de biens et de charges, en cas de conflit — *suum cuique tribuere*. Le civiliste ordinaire n'éprouve aucune gêne à citer Ulpien (Digeste, I, I, 10).

Si cette première banalité ne vous a pas découragé, écoutez la seconde.

2.— Cette justice-là, cette « petite justice », dit le civiliste, je ne la forge pas; elle ne se trouve pas dans un projet de société parfaite: elle existe à l'état naturel, dans l'ordre civil que j'ai sous les yeux. Toute société civile secrète un ordre spontané, qui ne résulte ni d'une imaginaire convention de tous, ni de la volonté de quelques uns. Cet ordre est le produit involontaire d'une infinité d'actions individuelles ou collectives, de tâtonnements successifs, d'essais et d'erreurs, d'expériences immémoriales.

Il demeure et il change tout seul; à moi, civiliste, il est donné, comme la nature est donnée au physicien qui l'observe. Je ne le découvrirai donc pas dans la spéculation abstraite ou dans l'utopie, mais dans les choses elles-mêmes; la juste proportion que je recherche a son siège *in medias res*. La justice n'est pas dans la règle, mais dans les choses observées. Cette deuxième banalité est d'Aristote. Mais le civiliste ordinaire trouve Aristote assez actuel pour lui.

3.— Ce que j'appelle droit civil est donc la simple déclaration imparfaite de cet ordre imparfait. Ce que j'appelle règle n'est pas un impératif ou commandement, ni une règle de conduite, mais la description d'une réalité tout à fait banale: par exemple, que les conventions lient les parties et s'exécutent de bonne foi; ou que la réparation couvre l'entier dommage; ou que le propriétaire est libre d'utiliser son bien tant qu'il ne s'en sert pas pour nuire à autrui. Cette troisième banalité est de Paul: *regula est quae rem breviter enarrat, not ut ex regula jus sumatur, sed ut ex jure regula fiat* (Digeste, 50, 17, 1).

4.— La quatrième banalité est que, dans cette opération déclarative ou descriptive, il convient de se montrer prudent si l'on veut être *jurisprudant*. Cette prudence est bien plus qu'une attitude mentale, c'est une méthode — une très vieille méthode, qui ne fournit pas les clefs d'une science, mais les recettes d'un art pratique. Le premier précepte de cet art est qu'il se pratique toujours à plusieurs: le *jurisprudant* n'est jamais seul; son devoir est de dialoguer, d'appeler les opinions, de les confronter. On peut discuter avec le législateur, avec les juges, avec d'autres prudents, avec les vivants ou avec les morts: l'objet de ce dialogue, de cette dialectique, est simplement de dégager l'opinion la plus vraisemblable et qu'on tiendra provisoirement pour la vérité.

Le second précepte (la seconde recette) est que cet art se pratique exclusivement sur des causes ou des cas: des hypothèses où, précisément, des intérêts sont en conflit, entre lesquels il va falloir trancher, en reconnaissant à chacun sa juste part. Cela ne signifie évidemment pas que l'art du civiliste se réduit à la controverse judiciaire: le législateur, comme le juge, émet une opinion pour la résolution d'un cas. Cette opinion se discute et s'évalue

selon les mêmes méthodes. Collection de décisions sur des cas, ce que l'on appelle abusivement le « système » civiliste n'est donc jamais un système fermé; d'autres cas viendront enrichir sa collection de figures variés; d'autres opinions meilleures feront changer les décisions. C'est pourquoi il serait tout à fait erroné de croire que le droit civil puisse être enfermé dans des règles. C'est pourquoi aussi le Digeste nous prévient que toute définition est périlleuse. Le droit civil est toujours à refaire.

Vous aurez noté, à ces banalités, l'immense modestie du civiliste ordinaire:

— il ne prétend pas forger une société nouvelle: l'idée de fabriquer une société avec du droit lui semble une incongruité totale ;

— il ne prétend pas posséder une science — à peine un art empirique: il éprouve quelque malaise quand on lui propose aimablement de classer le droit civil parmi les sciences humaines ou sociales ;

— il ne prétend pas non plus imposer de règles de conduite: il sait que de telles règles dépassent de très haut son art, et qu'elles viennent d'ailleurs ;

— ses solutions sont lacunaires, provisoires et imparfaites: il est toujours prêt à en accepter de plus probablement raisonnables, après examen et discussion.

Sa seule certitude est qu'il fait aujourd'hui à peu près le même métier que Demolombe, lequel faisait le même métier que Pothier, ou que Cujas, ou que Bartole, ou que Gaïus. Pourtant, ce passé ne le rassure guère sur son avenir. Et il se sent étrangement seul parmi des juristes qui ont très évidemment jeté par dessus les moulins les antiques banalités qui étaient sa raison d'être. Que craint-il exactement?

II

Quatre maux, quatre maladies enchaînées, liées l'une à l'autre comme l'étaient jadis la guerre, la famine, la peste et le choléra. La plus évidente est ce que l'on appelle « la spécialisation », laquelle postule « l'instrumentalisme », puis « l'optimisme positiviste » et, pour finir, la manie du « soupçon scientifique (ou pseudo-scientifique) ».

1.— La spécialisation prend deux formes — l'une vulgaire, l'autre savante.

Sous la forme vulgaire, la plus courante, la spécialisation est tout simplement l'éclatement du vieux droit civil en petits blocs de règles séparés: le droit des baux et le droit des ventes, le droit du contrat de travail et le droit du contrat d'entreprise, le droit des familles et le droit des biens. La justification ordinaire de cette spécialisation-là est que le stock total de règles a tant gonflé qu'il est tout bonnement impossible de les apprendre toutes, d'autant qu'elles changent assez souvent. Il faut une vie de spécialiste pour

apprendre, désapprendre et réapprendre encore les règles de calcul des loyers, ou la réglementation de la durée du travail. Le civiliste ordinaire ne les saura jamais.

Il est vain d'expliquer à cette première sorte de spécialiste que le droit n'est pas un stock de règles et que l'ambition d'un civiliste n'est pas de savoir des règles. Le résultat est simplement que, tous les dix ans à peu près, chaque spécialité se subdivise en sous-spécialités, toujours moins accessibles à une vue ordonnée du droit civil: cela n'est que le moindre mal.

Sous sa forme savante, la spécialisation revendique « l'autonomie ». Le spécialiste prétend alors que l'objet de son savoir est un objet distinct, généralement neuf et que sa méthode est neuve aussi, avec en général un très large appel à des disciplines auxiliaires non-juridiques: sociologie, économie, psychologie, biologie, informatique. Le résultat immédiat n'est pas différent de celui que produit la spécialisation vulgaire: c'est la création d'un cours, d'une revue et l'organisation de colloques. Mais le résultat lointain est un mal plus profond, car ce qui éclate alors ce n'est plus seulement l'unité disciplinaire du droit civil: c'est tout bonnement l'idée qu'il puisse y avoir un ordre civil, directement accessible au juriste pratiquant sa méthode dialectique ordinaire.

Le spécialiste savant vous expliquera qu'il arrive aux juristes ce qui est arrivé aux physiciens ou aux biologistes: que notre « science » est tout simplement sujette, comme toutes les sciences, à la loi de complexité-croissance. Il est vain d'expliquer à cette seconde sorte de spécialistes que le droit n'est pas une science, ou pas une science comme les autres, et que son objet propre — la recherche de la justice particulière dans l'ordre civil — n'est pas aujourd'hui une entreprise plus complexe qu'au III^e siècle de l'Empire, ou qu'en 1850. C'est que le spécialiste souffre d'un second mal — « l'instrumentalisme ».

2.— L'instrumentalisme est la conviction, très généralement répandue, que le droit n'est qu'une collection de techniques destinées à obtenir des résultats économiques ou sociaux déterminés: par exemple, protéger les locataires en place, tout en faisant construire des maisons; répandre la santé, tout en empêchant les médecins de s'enrichir; libérer les femmes mariées en leur faisant la condition des concubines et vice-versa; protéger l'emploi tout en garantissant l'accès; ou faciliter le crédit tout en dispensant le débiteur de payer.

Il est vain d'expliquer au technicien du droit que ses techniques ne marchent pas et produisent une foule de résultats non-prévus ou non-désirés. Cela peut à la rigueur le faire changer de technique; mais il restera convaincu du caractère instrumental de sa spécialité: le droit de la santé pour donner la santé; le droit du logement pour fournir un logement à tous; le droit de

la consommation pour garantir la consommation. Parce qu'il vise ces résultats, le technicien continuera de vouloir un réseau complet de règles de conduite précises, permettant d'obtenir de ceux qu'il appelle les sujets de droit un comportement précis. Evidemment, la seule branche du droit qui réponde à peu près à cette définition est le *Code de la route*. Mais le technicien instrumentaliste affecte de l'ignorer.

C'est qu'il est affecté d'un troisième mal — « l'optimisme positiviste ».

3.— Cette troisième maladie appelle un diagnostic précis. Il existe un positivisme aristocratique et désespéré, où l'on obéit à la norme parce qu'elle est la norme. Ce n'est pas de ce positivisme-là que souffre ordinairement le juriste français, qui, en général, n'a lu ni Kelsen, ni Kant. Son positivisme est optimiste, et le plus souvent inconscient: la règle doit être suivie parce que le fabricant de la règle — le législateur, le juge, un ministre ou un sous-directeur de bureau au ministère de la Sécurité sociale — n'a pas pu se tromper, ni voulu nous tromper. L'État, ses juges et ses administrateurs, en qui réside le pouvoir de fabriquer les règles, sont honnêtes et clairvoyants.

D'ailleurs, leurs buts sont nobles: répandre le bonheur et la vertu, la santé et la culture, le travail et les loisirs. Le seul métier du juriste est de faire appliquer les règles du bonheur, de la vertu, de la culture et des loisirs: il faudra beaucoup de règles, donc beaucoup de spécialistes, pour agencer ces règles et les faire respecter. Nous formerons ces techniciens optimistes. Mais, bien sûr, il sera interdit de leur enseigner que le législateur n'émet que des opinions et que ce que nous appellions « règle » n'était que la déclaration de régularités spontanées. Le crime majeur sera de dire que la fin du droit n'est pas le bien-être social et encore moins le bonheur, que ces idéaux-là ne sont pas à la portée du droit.

Le nouveau juriste soupçonnera alors le vieux civiliste de vouloir tout simplement cacher qu'il cherche à légitimer l'ordre social existant. Le nouveau juriste anathémisera le vieux civiliste au nom des « sciences du soupçon ».

4.— Cette quatrième manie est fort curieuse à observer dans ses développements successifs. Il y a encore trois-quarts de siècle, cette science du soupçon s'appelait « historicisme ». Aux civilistes français, qui en étaient encore à creuser les textes du *Code* de 1804 pour en faire sortir du droit, on expliquait que ce *Code*, produit nécessaire de l'histoire d'un peuple, ne devait pas être traité exégétiquement — c'est à dire, au fond, dialectiquement — mais historiquement, comme l'accomplissement historique de l'esprit français, peu à peu révélé. Les civilistes, qui avaient lu Portalis et ignoraient la pensée allemande, ne se sont généralement pas considérés comme les porte-parole de l'esprit du peuple français: ce premier soupçon a glissé sur eux sans les atteindre. Ils ont continué à chercher simplement le droit. Bienheureuse ignorance.

Il n'en est pas allé de même des « sciences sociales » auxquelles les Facultés de droit françaises se sont retrouvées accouplées après le grand carnaval de 1968. Privés depuis déjà longtemps d'une philosophie du droit explicite, les juristes ont été fascinés par ces sciences qui expliquaient tout: comment étaient apparus le mariage et la famille — et comment ils allaient disparaître; comment s'était constituée la propriété individuelle — et comment elle allait disparaître; comment le libre contrat était sorti du statut — et comment il allait y revenir.

Ne sachant plus quelles étaient les fins propres du droit civil, ils se sont jetés sur des « sciences » qui leur proposaient des objectifs métajuridiques: le planisme économique et la planification « à la française » nous ont fourni l'ordre public économique, l'analyse sociale des relations de travail nous a fourni l'ordre public social.

Ce qui me paraît le plus notable, dans cette fascination des « sciences sociales » est que les juristes les ont, en général, adorées sans les connaître, ni sérieusement les étudier. Ce qui en est passé dans le credo des juristes est une espèce de vulgate simple, faite de tics explicatifs et de schémas rudimentaires: « le contrat est un rapport de forces »; « la volonté n'est qu'un faisceau de pulsions irrationnelles »; « le consommateur est une espèce de chien de Pavlov que la publicité fait saliver »; « la propriété est à la fois le résultat et l'instrument de l'exploitation de classe »; « la famille est le lieu d'exploitation de la femme et des enfants ». Voici bientôt un demi-siècle que les juristes raffolent de ces ersatz explicatifs et ravageurs.

Ils les utilisent d'autant plus volontiers qu'ils se mettent ainsi dans l'avantageuse position du grand inquisiteur. Ces petits « Torquemada » sont devenus les maîtres du soupçon. Ils vous démontreront sans peine que le vieux droit civil, avec sa recherche tâtonnante de la justice particulière, n'était que le déguisement « bourgeois » d'un désordre infâme. Le civiliste ordinaire était aveugle ou bien de mauvaise foi.

Le nouveau juriste, à qui ces sciences du dévoilement ont enfin ouvert les yeux, construira un ordre nouveau à coup de règles de plus en plus techniques, précises, « effectives ». Dans cette tâche exaltante, il serait difficile de se montrer prudent — *jurisprudant*: on ne cherche plus à résoudre des cas au moyen d'opinions probables; on fabrique une société parfaite avec un système de droit parfait.

Ce n'était pas le métier de Demolombe, ni celui de Pothier, ni celui d'Ulpian — et ce n'est pas le mien. Je ne suis qu'un civiliste ordinaire; mais je n'ai pas du tout envie de disparaître.
