

# POUR UNE RESPONSABILITÉ ÉTHIQUE ET RÉFLEXIVE DE LA DOCTRINE

Aurore BENADIBA

Volume 118, Number 2, 2016

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1043451ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1043451ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

BENADIBA, A. (2016). POUR UNE RESPONSABILITÉ ÉTHIQUE ET RÉFLEXIVE DE LA DOCTRINE. *Revue du notariat*, 118(2), 243–281.  
<https://doi.org/10.7202/1043451ar>

# **POUR UNE RESPONSABILITÉ ÉTHIQUE ET RÉFLEXIVE DE LA DOCTRINE**

**Aurore BENADIBA\***

INTRODUCTION . . . . .	245
1. Définition et rôles de la doctrine dans la production normative. . . . .	248
1.1 Les possibles définitions de la doctrine . . . . .	249
1.1.1 La doctrine comme entité . . . . .	249
1.1.2 La doctrine comme moyen de diffusion du savoir. . . . .	252
1.2 Rôles de la doctrine . . . . .	253
1.2.1 La doctrine traditionnelle comme source du droit et outil d'influence . . . . .	253
1.2.1.1 La doctrine comme source formelle du droit. . . . .	253
1.2.1.2 La doctrine comme outil d'influence sur la jurisprudence et sur l'activité législative . . . . .	257
1.2.2 La doctrine postmoderne comme acteur critique de la pensée juridique . . . . .	259

---

\* Professeure, Faculté de droit, Université Laval.

2. Une responsabilité éthique et moderne réflexive de la doctrine . . . . .	263
2.1 La nature de la responsabilité de la doctrine. . . . .	263
2.1.1 Définitions de la responsabilité . . . . .	264
2.1.2 Une responsabilité d'ordre moral ou éthique . . . . .	266
2.1.3 Une responsabilité moderne réflexive de la doctrine du fait de sa pensée. . . . .	269
2.1.3.1 Une responsabilité moderne réflexive . . . . .	269
2.1.3.2 Les acteurs responsables . . . . .	272
2.2 Facteurs ayant une incidence sur la responsabilité . . . . .	276
2.2.1 Formation juridique d'hier, d'aujourd'hui et de demain . . . . .	277
2.2.2 Les enjeux liés à la recherche juridique . . . . .	279
CONCLUSION . . . . .	281

## INTRODUCTION

Ainsi donc la justice constitue la vertu finale,  
et ce, non de manière pure et simple,  
mais relativement à autrui.

Et c'est la raison pour laquelle, souvent, celle  
des vertus qui semble avoir la suprématie est  
la justice. On dit encore : « Ni l'étoile du soir,  
ni celle du matin, n'est aussi merveilleuse. »  
Et de manière proverbiale, nous prétendons :  
« Mais la justice résume en elle la vertu  
toute entière. »<sup>1</sup>

Selon cet extrait du livre *Éthique à Nicomaque*, Aristote considère la justice comme une vertu suprême. Si on adopte cette vision idéaliste de la justice, la doctrine devrait alors agir avec conscience, guidant sa plume et proférant sa parole, en s'éloignant le moins possible de cette étoile à atteindre. Or, l'histoire, même récente, nous apprend que cette mission est périlleuse pour la doctrine lorsque l'État produit du droit dans une période trouble sur le plan politique<sup>2</sup>. La doctrine, qu'il faudra nécessairement définir lors de nos développements, peut faillir et même refuser la singularité de la pensée juridique qu'elle véhicule. Nous verrons aussi que sa pensée juridique pourrait même avoir peu d'effet sur le système juridique qu'elle a construit et dont elle fait partie. Ici, on fait allusion à la doctrine universitaire. Mais la doctrine juridique est bien plus large, elle est composée d'autres juristes comme les juges, les avocats et les notaires. L'œuvre doctrinale peut être aussi représentée sous deux aspects. D'une part, de manière traditionnelle, le travail de la doctrine consiste à interpréter et à systématiser la loi et la jurisprudence. En ce sens, la doctrine participe à la construction d'un ordre juridique, en l'occurrence celui qui est issu du droit positif. D'autre part, elle apporte aussi sa contribution lorsqu'elle réfléchit au sujet du droit comme objet d'étude. Par ses écrits et ses opinions, elle alimente la pensée juridique, appelée plus largement pensée normative. Nous verrons également que les juges, notamment au Québec,

1. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Flammarion, 2004, p. 230, 1129 b 26-30.  
2. Danièle LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », dans *Les usages sociaux du droit*, Paris, P.U.F., 1989, p. 252.

sont les tenants d'une doctrine judiciaire spécifique ; ils disent le droit et leurs jugements font aussi œuvre doctrinale en raison de leur style et de leurs motivations. De cette cohabitation entre ces deux doctrines, une première impression survient : celle d'une doctrine universitaire positiviste placée dans l'attente d'une décision ou d'une loi à commenter, nourrissant l'espoir d'être à l'origine d'un changement législatif ou jurisprudentiel. Toutefois, nous y voyons davantage un dialogue<sup>3</sup> permanent et nécessaire à l'évolution de la pensée juridique.

Nous verrons aussi qu'au fil de l'histoire, la production doctrinale s'est diversifiée, tantôt praticienne, tantôt universitaire, ou les deux. L'activité doctrinale a aussi varié en fonction de plusieurs paramètres : la conception du droit, la méthode d'interprétation choisie, la formation des juristes, les contraintes intérieures et extérieures dénommées, ici, contingences<sup>4</sup>.

Dans ces conditions, le sujet annoncé qui porte sur la responsabilité de la doctrine nécessite au préalable que l'on s'intéresse aux différentes définitions possibles de la doctrine et, surtout, aux rôles qu'elle tient au sein de la communauté juridique et de la Cité. La doctrine est à la fois une source directe du droit et un agent de diffusion de la production normative. Ces premières réflexions seront l'occasion de montrer comment la doctrine a pris part à l'évolution du droit et de la pensée juridique au cours des siècles d'histoire, depuis Rome jusqu'à nos jours. En réalité, notre sujet s'inscrit dans une large réflexion sur le droit en tant que domaine de connaissance

---

3. Un auteur compare cet échange à « l'art du concerto » : Guy CANIVET, « La Cour de cassation et la doctrine. Effets d'optique », dans *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Paris, Dalloz, 2005, p. 373, 381. Toujours selon cet ancien Président de la Cour de cassation, les relations entre les juges et les auteurs seraient, notamment en France, « une correspondance en chaîne, épisodique ou continue, par décisions et commentaires interposées [...] » : *ibid.*, p. 381. Il parle aussi de « koiné juridique » : *ibid.*, p. 388.

4. Les contraintes intérieures sont celles reliées au statut professionnel et au rapport avec la hiérarchie. Par exemple, un professeur, en raison des règles relatives au recrutement et à l'évolution professionnelle, devra fournir un rendement en terme d'enseignement, de productions écrites et de communications. Le juge devra dire le droit au travers de ses jugements dans des délais courts avec des moyens réduits et sera soumis, entre autre, à un devoir de réserve. Les contraintes extérieures sont invisibles et peu explicitées ; elles guident consciemment ou non les juristes, justifiant leurs projets, leurs modes d'actions et se vérifient en termes de diffusion de leur travail. Elles pourraient se résumer à l'image, la réputation, la crédibilité et les principes moraux ou religieux.

spécifique<sup>5</sup> et sur les méthodes d'interprétation classique et pluridisciplinaire<sup>6</sup>. En effet, la doctrine peut offrir un discours en dedans et en périphérie du droit. Elle peut ainsi envisager d'aborder le droit de manière oblique grâce à d'autres disciplines comme la sociologie, l'analyse économique, mais aussi l'art<sup>7</sup> ou l'esthétisme. En résumé, nos réflexions sur l'existence d'une responsabilité de la doctrine reviennent indirectement à s'interroger, comme le font actuellement les juristes, de la manière suivante : comment fait-on le et du droit ? Peut-on faire de la recherche juridique ? Ainsi, nous tenterons de comprendre de quelle manière doit être entendu le rôle des juristes dans la société moderne et postmoderne, d'autant que le droit positiviste est en crise<sup>8</sup>. La rationalité du droit n'apporte plus toutes les réponses attendues. Le postmodernisme a affecté le domaine du droit et le constat est réel<sup>9</sup>. Ainsi, de nombreux juristes s'inscrivent dans une nouvelle perspective de recherche<sup>10</sup> : trouver d'autres

5. Rémy LIBCHABER, « Le juriste et ses objets. Trois exemples de construction en droit privé », *Enquête*, vol. 7, 1999, p. 251. Sur le droit appréhendé comme un métalangage : Yan THOMAS, « Le langage du droit romain. Problèmes et méthodes », (1974) 19 *Archives de philosophie du droit* 103, 116.
6. Pierre NOREAU, « L'épistémologie de la pensée juridique : de l'étrangeté... à la recherche de soi », (2011) 52 *C. de D.* 687 ; André-Jean ARNAUD, *Critique de la raison juridique*, vol. 1 « Où va la Sociologie du droit ? », Paris, L.G.D.J., 1981, p. 323 et s. ; Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29 *C. de D.* 91 ; Jean-Guy BELLEY, « Une métaphore chimique pour le droit », dans Jean-Guy BELLEY (dir.), *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 7 et 9.
7. Nicholas KASIRER, « What is vie commune ? Qu'est-ce que living together ? », dans *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1997, p. 487 ; Daniel JUTRAS, « Le ministre et le Code – Essai sur les commentaires », dans *ibid.*, p. 451.
8. Bruno OPPETT, « L'hypothèse du déclin du droit », (1986) 0-4 *Droits* 9.
9. Hervé CROZE, « Le droit malade de son information », (1986) 0-4 *Droits* 81. Pour un constat récent éclairant des méthodes utilisées quant à la formation des juristes dans les écoles de droit ou dans les institutions françaises qui pourraient, sous certaines réserves, être transposables dans les universités québécoises : Émilie BILAND et Liora ISRAËL, « À l'école du droit : les apports de la méthode ethnographique à l'analyse de la formation juridique », (2011) 52-3-4 *C. de D.* 619.
10. Contra Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 3<sup>e</sup> éd., traduit par Charles EISENMANN, coll. « Philosophie du droit », Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1999, p. 111-116 : défense de l'existence d'une science du droit normative ; Différentes conceptions : théorie de la science du droit, théorie de connaissance, science normative, science juridique, science du droit, épistémologie juridique, descriptive, pour une littérature non exhaustive voir notamment : François GÉNY, *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Sirey, 1913, p. 101 ; Christian ATIAS, *Épistémologie juridique*, Paris, Dalloz, 2002, p. 9 ; Henri LÉVY-BRUHL, « La science du droit ou "juristique" », *Cahiers internationaux de sociologie*, vol. 8, 1950, p. 123 ;  
(à suivre...)

méthodes par l'entremise des sciences sociales, d'autres formes d'expression afin d'alimenter la recherche juridique ou, pour certains, de la légitimer au même titre que la science<sup>11</sup>.

Dans une première partie, nous proposons de définir la doctrine, ou plutôt les doctrines, et d'analyser ses différents rôles dans la production normative. Cet exposé sera l'occasion d'expliquer la diversité de l'œuvre doctrinale, d'une part, en tant que source directe du droit et agent de diffusion du savoir et, d'autre part, en tant qu'acteur critique de la pensée juridique postmoderne.

Dans une seconde partie, nous exposons deux sortes de responsabilité des membres de la doctrine en tant que vecteurs de la production et de la pensée normatives. D'une part, le juriste-auteur doit répondre de ses écrits à l'égard de la communauté juridique ou de la Cité. Cette responsabilité relève de l'ordre moral ou éthique. D'autre part, la responsabilité des juristes est de type moderne réflexive en raison de leur pensée. Les juristes sont également amenés à réfléchir sur les conditions de formation des étudiants en droit, sur les méthodes d'apprentissage du droit ainsi que sur les conditions actuelles entourant la libre recherche juridique.

## **1. Définition et rôles de la doctrine dans la production normative**

Depuis quelques années, la doctrine juridique a suscité de nombreuses questions. Nous examinons les possibles définitions du concept de doctrine juridique dans un premier temps (1.1). Nous abordons ensuite les rôles de la doctrine juridique, d'une part, en tant que source formelle du droit et agent de diffusion du savoir et, d'autre part, en tant qu'acteur critique de la pensée juridique (1.2).

---

(suite...)

André-Jean ARNAUD et Maria José FARIÑAS DULCE, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 147 ; Roland RICCI, « Le statut épistémologique des théories juridiques : essai de définition d'une pratique scientifique juridique », (2002) 50 *Dr. et soc.* 151.

11. *Contra* Jacques CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », (2002) 50 *Dr. et soc.* 103, 109.

### 1.1 Les possibles définitions de la doctrine

Il est ici question d'expliquer les différentes perceptions possibles : la doctrine comme entité (1.1.1) ou comme agent de diffusion du savoir (1.1.2).

#### 1.1.1 La doctrine comme entité

Commençons par préciser l'étymologie du mot doctrine. Il vient du latin *doctrina* et du verbe *docere* qui signifie enseigner. Si on devait circonscrire la doctrine à l'enseignement, comme le propose son étymologie, on se heurterait à une conception trop restrictive. En effet, il est couramment admis que la doctrine trouve ses origines chez les juristes romains dont la mission ne se réduisait pas à un simple enseignement. Ils participaient très largement à la transmission d'un savoir sous diverses formes (compilation, conseils juridiques, rédaction d'actes, etc.). La doctrine juridique correspond en fait à plusieurs réalités. Elle est à la fois un *droit savant fondé sur un savoir construit*, une *recherche collective*, une *source directe ou indirecte du droit*<sup>12</sup>, et même un *discours sur le droit*. Elle serait, selon Michel Boudot, « le discours sur le droit, à la fois descriptif et prescriptif, à la fois savoir et action, à la fois analytique et rhétorique »<sup>13</sup>. Ces diverses réalités font l'objet de nombreux débats.

Ces dernières années, une controverse doctrinale a refait surface en France portant sur la définition et l'existence même d'une entité doctrinale<sup>14</sup>. Ce débat, réouvert par les professeurs Philippe Jestaz et Christophe Jamin, pose la question de la forme même de la doctrine. Elle constituerait une entité personnifiée. Elle aurait été créée subjectivement par des auteurs qui revendiquent leur appartenance à cette entité. Selon les professeurs Jestaz et Jamin, la

12. Edwina DUNN, « Point de vue sur la spécificité des universitaires dans les Facultés de droit : comparaisons franco-anglaises », (2009) 62 *R.I.E.J.* 33 ; Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, « L'entité doctrinale française », D. 1997.167.

13. Michel BOUDOT, « La doctrine de la doctrine de la doctrine... : une réflexion sur la suite des points de vue méta - ... - juridiques », (2007) 59 *R.I.E.J.* 35, 41 ; Michel BOUDOT, *Le dogme de la solution unique. Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, thèse de doctorat, Marseille, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 1999.

14. P. JESTAZ et C. JAMIN, « L'entité doctrinale française », préc., note 12 ; Laurent AYNÈS, Pierre-Yves GAUTIER, François TERRÉ, « Antithèse de « l'entité » (à propos d'une opinion sur la doctrine) », D. 1997.229 ; Philippe JESTAZ et Christophe JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004.

doctrine s'autoproclame comme telle<sup>15</sup>. La plupart des juristes invoquent la doctrine et certains s'en réclament même. La doctrine serait une entité exclusive et n'existerait qu'aux yeux des juristes. D'ailleurs, bien souvent, les non-juristes n'en perçoivent pas le sens.

En réponse à cette thèse, les professeurs Aynès, Gautier et Terré<sup>16</sup> ont contesté le concept même d'entité doctrinale qui suppose qu'elle puisse s'exprimer d'une seule voix alors que la réalité montre, au contraire, que la doctrine n'existe que par la pluralité des voix qui s'y expriment. La doctrine est constituée d'auteurs différents et d'opinions diverses sans lesquels il ne peut exister de droit puisque selon eux, « le droit, c'est la doctrine du droit ».

À côté de ce débat sur l'existence de la doctrine comme entité, on pourrait simplement percevoir la doctrine comme la composante d'une communauté plus large. Il existe en effet une communauté juridique comme il existe une communauté scientifique. La doctrine ne serait alors qu'un élément parmi d'autres (législation, pouvoir judiciaire, etc.) de cette communauté juridique. Au sein de cette dernière, la doctrine disposerait de la capacité de parler du droit avec autorité<sup>17</sup>. On constate également qu'il existe un discours sur la doctrine de la doctrine<sup>18</sup> et même, plus largement, un discours sur les théories de la connaissance juridique.

Généralement, la doctrine n'offre pas de discours en-dehors du droit, même si certains de ses membres se l'autorisent par des incursions dans d'autres disciplines comme les sciences sociales. La doctrine juridique abandonne<sup>19</sup> bien souvent l'idée d'une position d'extériorité scientifique<sup>20</sup> pour devenir un acteur influent dans le système juridique et plus largement dans la Cité. Ce rôle pourrait toutefois devenir asphyxiant<sup>21</sup> du fait de la surinformation juridique. Nous y reviendrons plus loin.

---

15. P. JESTAZ et C. JAMIN, « L'entité doctrinale française », préc., note 12.

16. L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, F. TERRÉ, préc., note 14.

17. J. CHEVALLIER, préc., note 11, p. 104.

18. M. BOUDOT, « La doctrine de la doctrine de la doctrine... : une réflexion sur la suite des points de vue méta - ... - juridiques », préc., note 13.

19. François TERRÉ, « À propos de la doctrine de la doctrine de la doctrine », R.D.A. 2011, p. 38, 40.

20. J. CHEVALLIER, préc., note 11, p. 105.

21. H. CROZE, préc., note 9, p. 85 ; Dominique BUREAU et Nicolas MOLFESSIS, « L'asphyxie doctrinale », dans *Études à la mémoire du professeur Oppetit*, Paris, Lexis Nexis, 2009, p. 45.

La doctrine est avant tout perçue comme un ensemble d'opinions des juristes qui la composent, à savoir professeurs, docteurs, avocats, notaires, juges. Elle n'aurait pas son équivalent dans les pays de tradition de common law, même si sous cette bannière peuvent être rangés les universitaires<sup>22</sup>. Dans une acception large, elle comprendrait « tout auteur d'écrit juridique qui participe au débat d'arguments et d'idées qui alimentent le droit »<sup>23</sup>. Dans une conception restrictive, elle regrouperait des juristes faisant chacun preuve d'indépendance et d'autorité. Des auteurs établissent aussi une autre distinction selon le contenu et la qualité des écrits<sup>24</sup>. Ils distinguent les écrits apportant une valeur ajoutée à la pensée juridique, des écrits qui se contentent de décrire ou de compiler les lois et la jurisprudence. Ainsi, il existerait un label réservé à la bonne doctrine.

Le juge Pierre J. Dalphond considère que tous les ouvrages consacrés aux questions juridiques ne peuvent être qualifiés de doctrine. À cette fin, il met de côté des ouvrages tels ceux de la collection « Alter Ego » ou les lois annotées puisque leurs auteurs ne tentent pas de dégager de grands principes écrits et non écrits du droit et, encore moins, ne se livrent à une analyse critique des décisions des tribunaux. Selon lui, l'essence de la doctrine réside dans « l'analyse raisonnée du droit concerné et un commentaire critique de la jurisprudence ou de la pratique »<sup>25</sup>. Par conséquent, la doctrine se distinguerait non pas par sa forme, mais par sa méthode d'analyse du droit. C'est aussi et peut-être une autre manière de définir la doctrine.

Dans une autre perspective, Christian Atias propose de concevoir la doctrine comme un groupe hétérogène non élitiste<sup>26</sup>. Il range dans cette catégorie tant les juristes brillants dont les qualités reposent sur leur savoir, leur rigueur et leurs raisonnements, que les

---

22. E. DUNN, préc., note 12.

23. Christian MOULY, « La doctrine, source d'unification internationale du droit », (1986) 2 *R.I.D.C.* 351, 352.

24. Pierre-Yves GAUTIER, « L'influence de la doctrine sur la jurisprudence », D. 2003.2839.

25. Pierre J. DALPHOND, « La doctrine a-t-elle un avenir au Québec », (2008) 53 *R.D. McGill* 517, 521.

26. Christian ATIAS, « Debout les ouvriers du droit ! (Autorité et poids de la doctrine) », dans *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, préc., note 3, p. 361, notamment p. 364, 365 et 371.

juristes ordinaires dont d'ailleurs il se revendique<sup>27</sup>. Il s'agirait pour cet auteur, qui reprend la formule de Portalis<sup>28</sup>, de percevoir la doctrine comme un « concert indélibéré » ou comme la somme de « ces échanges permanents, ces rencontres d'opinions, de méthodes, de conviction qui s'opèrent au sein de la collectivité des juristes ordinaires »<sup>29</sup>.

Nous considérons, pour notre part et dans un esprit de synthèse, que la doctrine juridique se définit avant tout par sa composition. Elle rassemble les juristes qui diffusent, au moyen de leurs connaissances savantes, leurs opinions sur le droit.

### 1.1.2 La doctrine comme moyen de diffusion du savoir

Les moyens de diffusion établissent des liens entre les différents acteurs du droit, à savoir le législateur, les juges, les universitaires et les praticiens. La publication des ouvrages ou des traités, manuels et articles, ainsi que la participation à des colloques, sont autant de marqueurs<sup>30</sup> visibles pour la doctrine en tant qu'agent de transmission du savoir du droit et sur le droit. Au fil du temps, la doctrine s'est même simplifiée ou « scolarisée »<sup>31</sup> par la production massive de manuels ou de précis qui aujourd'hui remplacent en partie les traités.

De plus, la doctrine se spécialise et se compartimente. Elle devient technicienne du droit au détriment de la connaissance générale<sup>32</sup>. L'inflation législative, l'éparpillement des textes légaux, la multiplication des revues spécialisées favorisent cette sur-spécialisation. Les actes de colloques, les notes d'arrêt, les chroniques sont devenus les produits en vogue du marché de l'édition juridique. La surspécialisation du juriste en raison de l'émergence de nouvelles disciplines (p. ex. : le droit des produits financiers et la protection de

27. *Ibid.*, p. 370 et 371.

28. Jean-Étienne-Marie PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Chicoutimi, Les classiques des sciences sociales, 2007, p. 27, [en ligne], <classiques.uqac.ca/collection\_documents/portalis/discours\_1er\_code\_civil/discours\_1er\_code\_civil.pdf>.

29. C. ATIAS, « Debout les ouvriers du droit ! (Autorité et poids de la doctrine) », préc., note 26, p. 369.

30. Philippe MALAURIE et Patrick MORVAN, *Introduction générale*, Paris, L.G.D.J., 2014, p. 356.

31. Christian ATIAS, « La doctrine française de droit privé (1900-1930) », (1981) 10 *R.R.J.* 189, 192.

32. D. BUREAU et N. MOLFESSIS, préc., note 21, p. 69.

l'environnement) conduit ce dernier à privilégier la règle technique au détriment des théories générales.

Compte tenu des nouvelles contingences du marché, il nous paraît difficile de réduire la définition de la doctrine à un moyen de diffusion du savoir juridique. En effet, la connaissance juridique générale est évacuée au profit d'un savoir personnalisé qui permet d'apporter une solution à un problème juridique précis comme le soulignent le juge Daphond ou le professeur Christian Atias par l'emploi des formules « prêt-à-porter juridique »<sup>33</sup> ou « prêt à juger »<sup>34</sup>.

Revenons à présent sur les rôles de la doctrine et notamment sur son action dans la production normative afin de comprendre sa place et sa portée au sein de la communauté juridique et de la Cité.

## **1.2 Rôles de la doctrine**

Les rôles de la doctrine juridique sont abordés sous deux angles. La doctrine sera considérée comme une source directe du droit, notamment lorsqu'elle assume un rôle traditionnel qui consiste pour l'essentiel à interpréter les textes de loi et les décisions de jurisprudence. L'élaboration de la pensée juridique moderne à travers l'histoire du droit nous le prouve. Également, la doctrine, depuis de nombreuses années, fournit un travail d'analyse critique du droit positif (1.2.1). Plus récemment, la doctrine postmoderne propose d'autres lectures du droit positif et se présente davantage comme un acteur critique de la pensée juridique (1.2.2).

### *1.2.1 La doctrine traditionnelle comme source du droit et outil d'influence*

#### 1.2.1.1 La doctrine comme source formelle du droit

La doctrine est souvent présentée dans les ouvrages contemporains comme une source informelle. Seules la loi et la jurisprudence mériteraient d'être classées parmi les sources dites formelles. L'histoire du droit démontre le contraire. La doctrine a contribué à produire du droit et même un droit nouveau à partir du droit ancien.

33. P.J. DALPHOND, préc., note 25, p. 530.

34. Christian ATIAS, « La controverse doctrinale dans le mouvement du droit privé », (1983) 16 *R.R.J.* 427, 460.

Cet aspect est souvent méconnu des juristes modernes<sup>35</sup>. Nous donnerons l'exemple de l'activité des doctes de la période médiévale jusqu'à la promulgation du Code civil français de 1804 et, incidemment, du *Code civil du Bas-Canada*<sup>36</sup>.

L'élaboration du droit romain sur près de six siècles<sup>37</sup> a nécessairement conduit à des contradictions et à des répétitions parmi ses multiples écrits. L'intervention des jurisconsultes médiévaux a permis à plusieurs égards de le clarifier. Ces juristes, glossateurs de l'école de Bologne, postglossateurs de l'école d'Orléans et bartolistes, ont joué un rôle déterminant dans la formation de la pensée juridique moderne<sup>38</sup>. Animée par une dialectique nouvelle et jouissant d'une certaine liberté à l'égard des matériaux, la glose a permis la renaissance du droit romain et notamment du Digeste<sup>39</sup>. La rivalité entre les écoles de pensée, le goût pour la controverse, l'influence de la philosophie et de la théologie visible au travers des *summae*, la volonté de systématiser la matière juridique et l'affirmation de principes généraux à partir des lois romaines laissent transparaître une production juridique intense et variée<sup>40</sup>.

Au XIII<sup>e</sup> siècle, les bartolistes, influencés par la philosophie aristotélicienne et thomiste, sont allés au-delà du travail de systématisation des lois romaines élaboré par leurs prédécesseurs. Ils ont réinterprété et questionné le droit romain en omettant le contexte socio-historique<sup>41</sup> dans lequel ce droit avait été produit. Le résultat de ce travail d'interprétation, notamment celui de Bartole, a conduit à des erreurs d'interprétation sur lesquelles se fondent certains principes civilistes actuels<sup>42</sup>.

35. Jean-Louis THIREAU, « La doctrine civiliste avant le code civil », dans *La doctrine juridique*, Paris, P.U.F., 1993, p. 13, 18.

36. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64

37. J.-L. THIREAU, préc., note 37, p. 27.

38. *Ibid.*, p. 18.

39. *Ibid.*, p. 19 et 20.

40. Georges CHEVRIER, « Sur l'art de l'argumentation chez quelques Romanistes médiévaux au XII<sup>e</sup> et au XIII<sup>e</sup> siècle », (1966) 11 *Archives de philosophie du droit* 115, 117.

41. J.-L. THIREAU, préc., note 35, p. 22-25.

42. Voir l'erreur d'interprétation du droit romain au sujet de la *summae divisio* entre les biens corporels et incorporels : Frédéric ZENATI, *La nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse de doctorat, Lyon, Faculté de droit de l'Université Jean Moulin, 1981, p. 788 ; Frédéric ZENATI, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993.305 ; Aurore BENADIBA, *Les sûretés mobilières sur les biens incorporels. Propositions pour une rénovation du système des sûretés mobilières en France et au Québec*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2016, p. 202 à 211.

Au XVI<sup>e</sup> siècle, la doctrine dite moderne s'appuie sur une conception humaniste et positiviste du droit. Elle dénonce certaines erreurs des bartolistes. Elle revient sur les méthodes d'interprétation des postglossateurs et prône un retour aux sources originales des textes romains.

Ces juristes modernes contribuent à l'émergence d'un droit positif français qui inclut, outre les lois royales, un droit coutumier qui a été compilé selon les méthodes du droit romain de l'époque du Digeste<sup>43</sup>.

À cette activité normative de la doctrine se substitue, à partir du XVII<sup>e</sup> siècle, une œuvre d'interprétation. La doctrine est moins proluxe. Les auteurs limitent leurs commentaires à l'exégèse des textes dans une logique déductive<sup>44</sup>.

Il importe de souligner que les juristes à la base de ce travail doctrinal sont en grande majorité des praticiens. Ce nouveau droit français commence à être enseigné en 1679 à l'université<sup>45</sup>. À partir de cette date, les universitaires apportent leurs contributions à la doctrine. Ainsi, la pensée juridique qui précède le Code civil français est véhiculée notamment à travers des ouvrages comme ceux de l'avocat Bourjon, du professeur Pothier ou de l'avocat du roi Domat<sup>46</sup>. Soulignons que cette doctrine brille par la neutralité de son contenu qui s'explique en grande partie par le visa royal préalable nécessaire à la publication des ouvrages.

En résumé, avant le code napoléonien, la doctrine a donc joué un rôle considérable d'unification du droit privé compte tenu du peu de textes issus des législations royales. Les auteurs, à partir des commentaires du droit romain, des coutumes, des décisions de

---

43. Philippe JESTAZ, *Doctrine et jurisprudence : une liaison de 25 siècles*, 4<sup>e</sup> conférence Albert-Mayrand, Montréal, Éditions Thémis, 2001, p. 8.

44. La comparaison de l'ouvrage de Claude de Ferrière de 1679 commentant la Coutume de Paris remaniée avec celui, rédigé un siècle plus tôt, de Du Moulin datant de 1540 sur l'Ancienne coutume de Paris. Claude De FERRIÈRE, *Nouveau commentaire sur la Coutume de la prévôté et vicomte de Paris*, t. 1, Paris, Libraires associés, 1788.

45. P. JESTAZ, *Doctrine et jurisprudence : une liaison de 25 siècles*, préc., note 43, p. 8.

46. *Ibid.*, p. 10.

jurisprudence et des ordonnances royales, ont effectué un travail majeur d'analyse et de codification<sup>47</sup>.

Les rédacteurs du Code civil de 1804, essentiellement des praticiens<sup>48</sup>, s'inspirent des commentaires des ouvrages de Bourjon, de Pothier ou de Domat, pour élaborer les règles positives du Code civil français<sup>49</sup>.

À partir de ce Code, la France connaît ensuite deux phases, qualifiées par le professeur Philippe Jestaz d'exégèse législative et d'exégèse jurisprudentielle<sup>50</sup>. On les retrouve également plus tard en droit civil québécois lors de la promulgation du *Code civil du Bas Canada* en 1866. La doctrine québécoise est principalement issue de la pratique. On peut citer parmi ses auteurs l'avocat François-Joseph Cugnet, commentateur de la coutume de Paris et rédacteur du *Code civil du Bas Canada*, ainsi que le juge Pierre-Basile Mignault, reconnu pour son *Traité de droit civil*.

Au XX<sup>e</sup> siècle, les tribunaux, à travers leurs décisions, tentent d'adapter certaines dispositions du Code de 1804 aux nouvelles réalités économiques et sociales<sup>51</sup>. La doctrine qui est passée sous influence des universitaires s'adonne aux commentaires critiques des arrêts. Ce travail d'analyse jurisprudentielle s'amplifie et réduit l'activité normative de la doctrine. La doctrine universitaire au Québec émerge, quant à elle, à partir du milieu du XX<sup>e</sup> siècle avec la mise en place d'un corps professoral de carrière<sup>52</sup>.

En conclusion, ces périodes successives de l'histoire nous montrent la doctrine, prise dans toute sa diversité, tant les juges, les praticiens que les universitaires, comme étant une source directe du

---

47. Pour deux exemples de formules codifiées attribuées au juriste Bourjon : le principe de l'effet translatif de propriété dans un contrat de vente ou l'adage « en fait de meuble possession vaut titre ». Par ailleurs, le plan du Code civil est calqué sur celui des *Institutes* romaines, vestige du travail des juristes du XVII<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles : André-Jean ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civil français*, Paris, L.G.D.J., 1969, p. 153 et s.

48. Marc BILLIAU, « La doctrine et les codes – Quelques réflexions d'un civiliste français », (2005) 46 *C. de D.* 445.

49. J.-E.-M. PORTALIS, préc., note 28, p. 24.

50. P. JESTAZ, *Doctrine et jurisprudence : une liaison de 25 siècles*, préc., note 43, p. 16.

51. Adhémar ESMEIN, « La jurisprudence et la doctrine », *RTD civ.* 1902.12.

52. P.J. DALPHOND, préc., note 25 ; Sylvio NORMAND, *Le droit comme discipline universitaire : une histoire de la Faculté de droit de l'Université Laval*, 2005, Les Presses de l'Université Laval, p. 187 à 194.

droit. En ce sens, la doctrine a participé à l'élaboration et à la production de la norme.

#### 1.2.1.2 La doctrine comme outil d'influence sur la jurisprudence et sur l'activité législative

La doctrine désormais universitaire, tant française que québécoise, semble exercer une influence limitée sur les juges et à l'égard du législateur.

Abordons en premier lieu la question de l'influence de la doctrine universitaire sur la jurisprudence. S'agissant du droit civil québécois, la jurisprudence qui fait référence à la doctrine universitaire s'appuie sur les ouvrages généraux produits par cette dernière (traités, manuels et précis). Plus rares sont les décisions qui intègrent dans leurs motivations des articles de doctrine ou des thèses de doctorat. Dans ce cas, elles émanent généralement de la Cour d'appel<sup>53</sup> ou de la Cour suprême du Canada<sup>54</sup>. La collecte du juge Dalphond est suffisamment éclairante sur ce point<sup>55</sup>. Les juges s'appuient en général sur les décisions antérieures qui ont réalisé une partie du travail d'analyse des ouvrages généraux et qui en profitent pour intégrer leurs propres raisonnements. La longueur des décisions jurisprudentielles québécoises et canadiennes qui permet au juge d'exposer dans le détail sa motivation est propice à un tel exercice.

L'ensemble de ces décisions nous porte à croire qu'au fil du temps s'est constituée une doctrine des juges. Elle apparaît d'autant plus dans les décisions de la Cour d'appel du Québec et de la Cour suprême du Canada lorsque les juges font état de leurs divergences dans le cadre d'opinions dissidentes.

53. Exemples donnés par le juge Dalphond dans P.J. DALPHOND, préc., note 25, p. 528 : *Laferrière c. Lawson*, [1989] R.J.Q. 27 (C.A.) ; *Montgrain c. Banque nationale du Canada*, 2006 QCCA 557, [2006] R.J.Q. 1009 (utilisation d'un article de Patrick Glenn) ; *Pelouse Agrostis Turf inc. c. Club de golf Balmoral*, [2003] R.J.Q. 3043 (C.A.) (utilisation des commentaires de Daniel Jutras).

54. Pour des exemples connus : *General Motors Products of Canada c. Kravitz*, [1979] 1 R.C.S. 790 ; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554. Dans ces deux causes, la doctrine française a servi à codifier par la suite deux règles : la transmission des droits à l'acquéreur subséquent de la garantie offerte à l'acheteur initial et le devoir d'information au profit d'une partie vulnérable. Voir notamment : P.J. DALPHOND, préc., note 25 ; *Houle c. Banque Canadienne Nationale*, [1990] 3 R.C.S. 122, où la juge Claire L'heureux-Dubé a puisé abondamment dans les sources doctrinales autant françaises que québécoises, notamment en se référant à Paul-André Crépeau, pour retenir une responsabilité pour abus d'un droit contractuel.

55. P.J. DALPHOND, préc., note 25.

On peut voir ici une émancipation de la jurisprudence à l'égard de la doctrine universitaire, ce qui nous conduit à nous interroger sur une possible existence d'une doctrine judiciaire qui dépasse le concept même de jurisprudence. Les juges commentent, interprètent le droit et, parfois, incluent les commentaires des autres juristes ou les rejettent pour fonder leur propre raisonnement. En ce sens, ils font œuvre doctrinale. Ce phénomène s'explique par le fait que le juge a été formé au contact de la doctrine universitaire en étudiant, outre les ouvrages classiques, la littérature critique du droit. Le juge peut même être qualifié d'« enfant de la doctrine »<sup>56</sup> et devient ensuite, selon nous, l'un des « pères de la doctrine ». Ce détachement du juge envers l'universitaire relève-t-il alors de son souci d'afficher son indépendance à l'égard des pouvoirs d'influence ? Nous reviendrons sur d'autres aspects de cette question dans la seconde partie.

S'agissant du droit français, abordé plus longuement dans la seconde partie, nous pouvons faire le même constat à propos seulement de la jurisprudence administrative. Si l'influence de la doctrine universitaire existe sur la jurisprudence de l'ordre judiciaire, celle-ci est beaucoup moins apparente. Il suffit de lire un arrêt de la Cour de cassation pour s'en convaincre. Cette influence relèverait, comme le mentionne l'ancien président de la Cour de Cassation, Guy Canivet, d'une synergie créatrice officieuse entre la doctrine et la magistrature<sup>57</sup>. Notons également que certains universitaires deviennent magistrats (tant en France qu'au Québec). Il serait donc pertinent d'étudier, dans le cadre d'une autre recherche empirique, le contenu des décisions jurisprudentielles afin d'examiner la part de doctrine universitaire que les juges intègrent.

Enfin, il arrive parfois que la doctrine universitaire soit à l'origine d'un revirement de jurisprudence. Toutefois, les interventions doctrinales suivies d'effet<sup>58</sup> portent en fait sur des propositions *techniques*, abordant un domaine *circonscrit* dans lequel le choix s'opère à partir d'opinions clairement définies. En revanche, il est plus rare que la doctrine serve à l'élaboration d'une politique juridique générale.

---

56. Jean-Denis BREDIN, « Remarques sur la doctrine », dans *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 111, 113.

57. G. CANIVET, préc., note 3, p. 388.

58. C. ATIAS, « La doctrine française de droit privé (1900-1930) », préc., note 31, p. 207.

Abordons maintenant et succinctement l'influence de la doctrine sur le législateur. Il ne disposerait guère de temps pour la lire. Il répond habituellement à des commandes politiques<sup>59</sup>. Selon nous, le processus législatif se situe fréquemment en dehors des études doctrinales<sup>60</sup> et empiriques. Il réagit bien souvent aux attentes de certains groupes d'intérêt dans des délais courts ou selon l'agenda gouvernemental.

Dans certaines circonstances, la doctrine peut aussi se présenter comme un contre-pouvoir. En France, par exemple, même si elle se fait entendre traditionnellement par la diffusion d'articles publiés dans des revues juridiques, elle peut aussi être comprise par des communiqués dans la presse écrite sous la forme de pétition. La doctrine participe parfois activement à l'élaboration d'un avant-projet regroupant un certain nombre d'universitaires ; elle porte alors le nom de « doctrine collective législatrice »<sup>61</sup>. Elle se positionne ainsi comme une force alternative au pouvoir en place lorsqu'elle est à l'origine d'une réforme législative.

Il convient maintenant de s'attarder au rôle critique de la doctrine dite postmoderne sur la pensée juridique.

### 1.2.2 *La doctrine postmoderne comme acteur critique de la pensée juridique*

Le droit positif a fait naître un processus normatif rationalisé que nous expliquons ci-dessous. Les juristes ont construit leur pensée (dans le droit et sur le droit) dans ce système positiviste. Au

---

59. Comme en témoignent les travaux parlementaires des deux derniers projets de loi, l'un datant de 2008, portant sur le gage sur les valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés (*Loi sur le transfert de valeurs mobilières et l'obtention de titres intermédiés*, projet de loi n° 47 (sanctionné – 20 juin 2008), 1<sup>re</sup> sess., 38<sup>e</sup> légis. (Qc)) et, l'autre, le projet de loi omnibus 28 sur l'équilibre budgétaire portant création dans le *Code civil du Québec* du gage sur certaines créances pécuniaires (*Loi concernant principalement la mise en œuvre de certaines dispositions du discours sur le budget du 4 juin 2014 et visant le retour à l'équilibre budgétaire en 2015-2016*, projet de loi n° 28 (sanctionné le 21 avril 2015), 1<sup>re</sup> sess., 41<sup>e</sup> légis. (Qc)) : Aurore BENADIBA, « La Loi sur le transfert des valeurs mobilières et l'obtention des titres intermédiés ou les excès d'un régime d'exception en matière de sûretés mobilières », (2012) 53 *C. de D.* 303.

60. Cela ressort en partie du constat de P.J. DALPHOND, préc., note 25, p. 527 et 529.

61. Pascale DEUMIER, « La doctrine collective législatrice : une nouvelle source du droit ? », *RTD civ.* 2006.63 ; exemple de l'avant-projet Catala, en matière de droit des obligations.

milieu du XX<sup>e</sup> siècle, cette posture positiviste dominante du droit a été remise en cause par un certain nombre de juristes<sup>62</sup>. Le passage de la modernité à la société postmoderne aurait été le point de bascule<sup>63</sup>. Certains membres de la doctrine universitaire proposent d'apporter une nouvelle réflexion critique sur le droit. Il faut souligner que cette doctrine n'est pas majoritaire puisqu'il s'agit d'un tout autre exercice que celui qui a traditionnellement cours dans les facultés de droit. Il revient à s'interroger sur l'évolution du droit en tant qu'objet ou discipline<sup>64</sup>.

Selon une conception traditionnelle du droit, l'État est le premier producteur de la norme. Viennent ensuite ses délégués qui sont chargés d'appliquer ou d'infléchir la norme comme le font les tribunaux, mais aussi les institutions et les organismes publics ou privés. Ils peuvent aussi être considérés comme les agents d'exécution de la norme. Le processus normatif consiste à qualifier un fait ou à émettre un jugement concernant un individu en fonction d'un standard ou d'une règle fixés selon une échelle de valeurs qui appartient à celui qui produit la norme<sup>65</sup>, c'est-à-dire l'État. Ce processus normatif permet de trier et de hiérarchiser les faits entre eux. Certains faits seront admissibles, d'autres écartés, par l'État ou son délégué. À partir de ce tri subjectif, l'État ou son délégué effectue l'opération de qualification juridique pour ensuite appliquer ou faire appliquer la norme appropriée<sup>66</sup>. Ce processus normatif est expliqué par la doctrine universitaire lorsque, par exemple, elle enseigne ou rédige des ouvrages juridiques. Il est même présenté par la doctrine comme un processus normal, voire standardisé, de production de la norme. Plus encore, la doctrine universitaire est elle-même partie prenante à ce processus de production du droit. Elle y apporte sa contribution ; on dit alors qu'elle fait œuvre dogmatique<sup>67</sup> lorsqu'elle effectue un travail d'interprétation et de systématisation<sup>68</sup>.

62. Pauline MAISANI et Florence WIENER, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », (1994) 27 *Dr. et soc.* 443.

63. André-Jean ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, P.U.F., 1991 ; Boaventura de SOUSA SANTOS, « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », (1988) 10 *Dr. et soc.* 363.

64. P. NOREAU, préc., note 6, p. 689.

65. Emmanuelle BERNHEIM, « De l'existence d'une *norme de l'anormal*. Portée et valeur de la recherche empirique au regard du droit vivant : une contribution à la sociologie du droit », (2011) 52 *C. de D.* 461, 468.

66. Michelle CUMYN, « Les catégories, la classification et la qualification juridiques : réflexions sur la systématisme du droit », (2011) 52 *C. de D.* 351.

67. J. CHEVALLIER, préc., note 11, p. 105.

68. *Ibid.*, p. 105-116.

Elle participe ainsi au bon fonctionnement de l'ordre juridique<sup>69</sup>. L'universitaire contribue à créer l'objet sur lequel il travaille<sup>70</sup>. Selon certains auteurs, et de manière triviale, la doctrine cuisine<sup>71</sup> ou bricole<sup>72</sup> lorsqu'elle accomplit ces tâches.

Lors de ce processus normatif, le juriste construit son propre raisonnement à l'aide de catégories juridiques. Il se dote d'un langage qui lui est propre<sup>73</sup> et, tout en privilégiant le syllogisme juridique, adopte une technique de rédaction qui lui est spécifique.

Il est intéressant de revenir sur la fictivité entretenue autour de ces catégories juridiques. Ces catégories sont des formes d'abstraction qui permettent au droit d'appréhender des objets ou de régir plus facilement des comportements. Elles n'existent que pour les besoins du droit. Le droit civil utilise de très nombreuses catégories juridiques comme les concepts de patrimoine ou de possession. La doctrine participe parfois directement à l'élaboration de ces représentations<sup>74</sup>. Pour reprendre l'exemple de la notion de patrimoine, le juriste allemand Zachariae et les professeurs Aubry et Rau ont façonné ce concept à partir d'une pure construction intellectuelle<sup>75</sup>. Ils ont créé une catégorie juridique établissant un lien entre une personne et ses biens. Il existe aussi des catégories juridiques qui coïncident avec des réalités tangibles (les biens immeubles), mais bien souvent leur conceptualisation se superpose avec la réalité<sup>76</sup>. Par exemple, l'animal de compagnie est désormais qualifié d'être doué de sensibilité ayant des impératifs biologiques, mais demeure, à défaut d'une catégorie nouvelle, classé dans la catégorie résiduelle des biens meubles<sup>77</sup>.

69. *Ibid.*, p. 105.

70. P. NOREAU, préc., note 6, p. 693.

71. Christophe JAMIN, *La cuisine du droit. L'École de Droit de Sciences Po : une expérimentation française*, Paris, L.G.D.J., 2012.

72. Pour quelques exemples : Jean-Denis Bredin, grand avocat et académicien français, se posait déjà la question à l'époque : « sommes-nous des consciencieux garagistes ? » (Jean-Denis BREDIN, préc., note 56, p. 113) ; Jean-François GAUDREAU-DESBIENS, « Libres propos sur l'essai juridique et l'élargissement souhaitable de la catégorie "doctrine" en droit », dans Karim BENYEKHLEF (dir.), *Le texte mis à nu*, Montréal, Éditions Thémis, 2009, p. 107, 147, parle de « plombier de luxe ».

73. Y. THOMAS, préc., note 5, p. 116.

74. J. CHEVALLIER, préc., note 11, p. 105-116.

75. Charles AUBRY et Charles-Frédéric RAU, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, Paris, Marchal et Billard, 1873, vol. 6, p. 229 et s. notamment p. 230, 232 et 240.

76. R. LIBCHABER, préc., note 5.

77. C.c.Q., art. 898.1.

Toutefois, la pensée positiviste dominante que l'on vient de décrire, animée par le souci de rationaliser les comportements des individus, fait depuis peu l'objet de critiques<sup>78</sup>. Ces constructions juridiques se révèlent parfois inadaptées aux transformations socio-économiques de la société dans laquelle elles interagissent et sont donc remises en cause par certains juristes.

Certains auteurs ont repris la thèse d'une rupture d'envergure qui se serait produite lors du passage de l'ère moderne à l'ère post-modernisme<sup>79</sup>. Le postmodernisme se caractérise par la survenance de plusieurs phénomènes conjoncturels comme la mondialisation des échanges, la fragmentation de l'identité de l'individu et la fragmentation de la société en plusieurs groupes ou sous-groupes. Cette fragmentation conduit à envisager un nouveau mode de régulation des rapports sociaux. Le domaine du droit est tout aussi affecté par cette fragmentation. À cet égard, plusieurs auteurs identifient au moins trois formes de crise du droit<sup>80</sup>. L'État connaîtrait des difficultés lors de la production des règles juridiques et dans sa fonction de régulation. La règle juridique serait, elle aussi, en crise, en raison de son incapacité de rendre compte du réel. Enfin, l'outil juridique serait contesté comme mode de régulation sociale.

Les tenants du postmodernisme pensent que la société est confrontée au risque de vivre avec un droit obsolète ou ignoré. Un nouveau paradigme, c'est-à-dire un nouveau modèle de pensée normative, doit alors être identifié. Parmi eux, certains auteurs<sup>81</sup> ont développé l'idée que l'État doit consentir à dévaluer ses règles en tant que référent normatif puisque d'autres acteurs privés ou publics et mêmes des individus isolés sont désormais producteurs de normes. Ainsi, l'État est concurrencé par d'autres groupes ou individus revendiquant leur participation dans l'établissement des règles.

Cette nouvelle doctrine postmoderne ressemble, à bien des égards, et notamment dans le choix d'une nouvelle posture, à celles développées par d'autres juristes militant pour un pluralisme

---

78. Sébastien PIMONT, « Peut-on réduire le droit en théories générales ? Exemples en droit du contrat », *RTD civ.* 2009.420.

79. P. MAISANI et F. WIENER, préc., note 62, p. 444 ; Jean-François LYOTARD, *La condition post-moderne. Rapport sur le savoir*, Paris, Éditions de Minuit, 1979.

80. B. OPPETIT, préc., note 8 ; P. MAISANI et F. WIENER, préc., note 62, p. 445-447.

81. A.-J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, préc., note 63 ; B. de SOUSA SANTOS, préc., note 63.

juridique<sup>82</sup> ou pour la réappropriation sociale de la norme<sup>83</sup>. Nous reviendrons sur ces thèmes de réflexion dans la seconde partie. Ces nouvelles opinions nous offrent un nouveau discours sur le droit. La doctrine universitaire contribue ainsi à la critique de la pensée normative.

En conclusion de cette première partie, à travers les différents rôles joués par la doctrine, on peut raisonnablement soutenir l'idée qu'elle exerce son influence à différents degrés. Les juristes composant la doctrine participent de près à la production de la norme et apportent leur soutien au discours normatif. Du fait de leurs actions et de leurs modes de pensée, les juristes composant cette doctrine devraient dès lors assumer une responsabilité éthique de type réflexive par analogie aux travaux du sociologue Ulrich Bech à propos de la société postmoderne. Cette responsabilité s'annonce comme le pendant nécessaire à cette prise de position envers la communauté juridique et même envers la société civile lorsque les valeurs universelles attachées au système juridique sont menacées.

## **2. Une responsabilité éthique et moderne réflexive de la doctrine**

La doctrine juridique est une source directe du droit et se présente comme un acteur critique de la pensée normative. À ce titre, les membres de la doctrine sont responsables d'une part, sur un plan éthique en raison de leurs écrits et, d'autre part, du fait de la pensée juridique qu'ils diffusent ; il s'agit ici d'une responsabilité de type moderne réflexive (2.1). Les juristes sont également amenés à s'interroger sur la portée de leur responsabilité eu égard à la formation des futurs étudiants en droit, aux modes d'apprentissage du droit ainsi qu'aux contingences actuelles liées à la recherche juridique (2.2).

### **2.1 La nature de la responsabilité de la doctrine**

Plusieurs définitions de la notion de responsabilité sont possibles ; nous n'en retiendrons qu'une seule, aux fins de notre propos, celle de Paul Ricœur (2.1.1). Cette définition nous paraît appropriée

---

82. P. NOREAU, préc., note 6 ; G. ROCHER, préc., note 6 ; J.-G. BELLEY, « Une métaphore chimique pour le droit », préc., note 6 ; Jean-Guy BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et société*, vol. 18, n° 1, 1986, p. 11.

83. E. BERNHEIM, préc., note 65.

compte tenu des différents rôles tenus par les membres de la doctrine dans la construction du droit. Il est ainsi permis d'envisager une responsabilité éthique de la doctrine quant à ses actes. L'affaire Duverger<sup>84</sup> nous permettra d'illustrer nos propos (2.1.2). Par ailleurs, les travaux d'Ulrich Beck sur la modernité réflexive nous seront également utiles. Selon Beck, la société postmoderne a créé un certain nombre de risques<sup>85</sup>. Le domaine du droit est aussi affecté par cette profusion de risques ou de crises, comme la surspécialisation du droit et des juristes, la fragmentation du droit ou l'inflation législative. La doctrine juridique doit alors amorcer un processus de réflexion sur son degré d'implication dans ce nouveau contexte social postmoderne (2.1.3).

### 2.1.1 Définitions de la responsabilité

Il est tentant de citer une définition extraite du *Larousse*<sup>86</sup> ou du nouveau *Petit Robert* pour respecter ce rituel des juristes, cherchant à se conformer au sens commun. Le professeur Pierre Noreau<sup>87</sup> a relevé ce fétichisme lexical. Selon le nouveau *Petit Robert*<sup>88</sup>, la responsabilité se définit, au sens commun, comme l'obligation ou nécessité morale, intellectuelle, de réparer une faute, de remplir un devoir, un engagement.

Dans un sens juridique, la responsabilité naît de la transgression d'un devoir ou d'une obligation envers autrui<sup>89</sup>. Selon la définition de la responsabilité civile extracontractuelle prévue à l'article 1457 C.c.Q., toute personne a le devoir de respecter les règles de conduite qui s'imposent à elle du fait des circonstances, des usages et de la loi, de manière à ne pas causer de préjudice à autrui. Toutefois, l'individu incapable de discernement quant aux conséquences

---

84. Cette affaire a été expliquée par D. LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », préc., note 2, p. 252.

85. Ulrich BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Flammarion, 2008, p. 35 à 43.

86. *Le Petit Larousse*, Paris, Éditions Larousse, s.v. « Responsabilité » : « Obligation ou nécessité morale de répondre, de se porter garant de ses actions ou de celles des autres. [...] Fonction, position qui donne des pouvoirs de décision, mais implique que l'on en rende compte. »

87. P. NOREAU, préc., note 6, p. 695.

88. Josette REY-DEBOVE et Alain REY (dir.), *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 2016, s.v. « Responsabilité ».

89. Jean-Louis BAUDOIN, Patrice DESLAURIERS et Benoît MOORE, *La responsabilité civile*, vol. 1, « Principes généraux », 8<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2014, n° 1-1.

de ses actes ne peut, en principe, être tenu responsable. Ce principe de la capacité aquilienne (c'est-à-dire la capacité de discerner le bien du mal) est repris à l'alinéa 2 de l'article 1457 C.c.Q.<sup>90</sup>. Ainsi, la responsabilité renvoie à la notion subjective d'imputabilité. Elle repose sur l'idée du reproche, de la réprobation morale du comportement. Par ailleurs, le but de la responsabilité civile étant la réparation du dommage causé à autrui, il faut prouver une faute, un préjudice et un lien de causalité entre la faute et le dommage. Sous l'angle de la responsabilité civile classique, il serait difficile d'établir une responsabilité de la doctrine notamment en raison de l'absence d'obligation légale.

Nous choisissons de nous tourner vers Paul Ricœur<sup>91</sup> pour son travail sur la justice comme vertu et comme institution. Ce philosophe souligne le flou qui entoure le concept de responsabilité puisqu'il s'agit à la fois de prendre acte de l'incertitude quant à la pertinence de nos choix et de se confronter à l'obligation d'en assumer les conséquences<sup>92</sup>. D'abord, Paul Ricœur montre la « filiation sémantique » entre les deux concepts de responsabilité et d'imputation. La responsabilité implique de pouvoir imputer une action à une personne ou encore, de la lui attribuer en tant que véritable auteur<sup>93</sup>. Sur le plan théologique, la responsabilité n'est envisageable que pour des individus autonomes et libres<sup>94</sup>. Ensuite, Paul Ricœur établit un lien entre responsabilité et gestion. Il utilise la métaphore du compte (passif et actif)<sup>95</sup>. L'homme responsable doit rendre des comptes, ce qui conduit aux idées d'évaluation et de réparation. Ricœur envisage clairement une responsabilité axée sur l'individu en tant qu'auteur réel. Paul Ricœur ne traite pas de la responsabilité de l'État, mais s'attache à comprendre celle de l'individu, seul redevable de ses actes. À l'instar de la définition donnée par Ricœur, la doctrine est ou doit être consciente de cette part d'incertitude lorsqu'elle s'investit dans un rôle d'enseignant, de commentateur, d'interprète, de théoricien ou simplement de chercheur. Elle ne s'en trouve pas moins obligée d'assumer ses opinions, ses méthodes et ses postulats. Cette liberté d'expression ne peut pas être absolue,

---

90. *Ibid.*, n° 1-101.

91. Paul RICŒUR, *Le concept de responsabilité : Essai d'analyse sémantique*, Esprit, vol. 206, 1994, p. 28 ; Marcel JAEGER, *Du principe de responsabilité au processus de responsabilisation*, Vie sociale, vol. 3, 2009, p. 71.

92. M. JAEGER, préc., note 91, p. 73 ; P. RICŒUR, préc., note 91.

93. P. RICŒUR, préc., note 91, p. 29 et 30.

94. *Ibid.*, p. 32 et 33.

95. *Ibid.*, p. 31.

la crédibilité de la doctrine et, surtout, sa légitimité en pâtiraient. L'affaire Duverger, dont il sera question dans la section suivante, illustre cette responsabilité particulière qui pourrait être imputée à tout membre de la doctrine.

### 2.1.2 Une responsabilité d'ordre moral ou éthique

Le juriste en tant qu'auteur doit assumer ses prises de position et en répondre envers sa communauté juridique et, le cas échéant, envers la société civile. La doctrine aurait donc à répondre de ses actes. Cette responsabilité relèverait-elle de la moralité ou de l'éthique ? La distinction est mince. En l'absence d'obligation légale, de norme imposée et contraignante, il semblerait qu'il s'agisse d'une responsabilité d'ordre éthique. On retrouve par ailleurs cette éthique appliquée dans les codes de déontologie des magistrats, des avocats et des notaires. Doit-on alors faire reposer cette éthique sur le libre arbitre ou le devoir ou le devoir-être ? Il serait dangereux de le faire, l'auteur pourrait trouver une excuse, une immunité pour échapper à sa responsabilité en invoquant le déterminisme ou l'obéissance à un autre ordre ou à sa hiérarchie. Il serait donc plus simple de faire reposer cette responsabilité sur l'identité<sup>96</sup>. La doctrine répond de sa conduite ou de ses écrits si elle les reconnaît comme siens. Il est vrai aussi que cette responsabilité de nature éthique induirait alors un jugement de valeur sur le travail doctrinal. À l'instar de Ricoeur, il faut toutefois préciser qu'il s'agirait d'une responsabilité rivée sur le juriste en tant qu'auteur, et non pas à l'égard du système positiviste au sein duquel il évolue. La doctrine, prise dans sa collectivité, ou le système juridique tout entier n'aurait pas à rendre des comptes.

Prenons l'exemple de l'affaire Duverger expliquée par Danièle Lochack dans son article intitulé « Les mésaventures du positivisme juridique »<sup>97</sup> où il est question, en filigrane, de la responsabilité de la doctrine sous l'angle de la moralité ou du moins de l'éthique.

Cette affaire concernant Maurice Duverger serait un argument majeur au soutien de l'affirmation d'une responsabilité éthique de la doctrine en raison de ses actes (ses opinions ou ses écrits) ou de son inertie ou de sa passivité. Comme nous l'avons démontré, la doc-

96. Hélène L'HEUILLET, *La question de la responsabilité chez Gabriel Tarde*, Champ pénal/Penal field, 2008, XXXIV<sup>e</sup> Congrès français de criminologie, [en ligne], <champpenal.revues.org/291> (1<sup>er</sup> juin 2016).

97. D. LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », préc., note 2, p. 252.

trine se caractérise tant par la diversité de ses opinions que par sa liberté de pensée en droit et sur le droit. En contrepartie, elle doit répondre de ses choix et de l'engagement de sa pensée. Par l'exercice d'un droit de réponse, elle peut aussi alimenter la controverse.

Dans cette affaire, il a été question de l'application mécanique et aveugle des règles de droit et de leurs commentaires objectifs émis sans jugement critique. Durant la période noire de l'occupation allemande en France, les magistrats et les universitaires ont produit des milliers de décisions de jurisprudence pour les premiers et de textes de doctrine pour les seconds au sujet des lois dites raciales anti-juives<sup>98</sup>. A été débattue, par exemple, la question de la qualification de la race juive (thèse de doctorat soutenue par André Broc en 1943, dirigée par Achille Mestre)<sup>99</sup>. Des professeurs, notamment de droit public et administratif comme Maurice Duverger, Roger Bonnard, Georges Ripert, même de droit civil, comme le doyen Carbonnier<sup>100</sup>, n'ont pas hésité à commenter, sans la moindre expression d'une quelconque sensibilité ou de compassion ou du moins de sens critique, ces lois anti-juives.

Leurs commentaires ne s'intéressaient qu'à la lettre de la loi. Ils consistaient, pour la plupart, à décortiquer les difficultés juridiques d'application sur le ton du détachement scientifique. Ils se sont cantonnés au rôle de technicien du droit évacuant ainsi tout jugement critique<sup>101</sup>. La majorité d'entre eux ont adopté un ton neutre, mesuré et détaché, sauf Maurice Duverger. Cette méthode a permis une banalisation, voire une légitimité, de ces lois raciales<sup>102</sup>. En

---

98. Michaël R. MARRUS et Robert O. PAXTON, *Vichy et les juifs*, Paris, Calmann-Lévy, 1981 ; Robert BADINTER, *Un antisémitisme ordinaire. Vichy et les avocats juifs (1940-1944)*, Paris, Fayard, 1997, p. 117 à 128 ; Olivier CAMY, « Le positivisme comme moindre mal ? Réflexions sur l'attitude des juristes français face au droit antisémite de Vichy », (1997) 39 *R.L.E.J.* 1 ; Dominique GROS, « Peut-on parler d'un "droit antisémite" ? », (1996) 30-31 *Le genre humain* 13.

99. D. LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », préc., note 2, p. 260.

100. Pour une critique de l'attitude du doyen Carbonnier sous Vichy : *ibid.*, p. 264 (selon les commentaires du doyen Carbonnier, sous l'arrêt Ferrand du Conseil d'État, les lois raciales anti-juives ne portaient pas atteinte à la liberté de religion, l'arrêté préfectoral n'aurait pas dû être annulé pour excès de compétence) ; Danièle LOCHAK, « Écrire, se taire... Réflexions sur l'attitude de la doctrine française », (1996) 30-31 *Le genre humain* 433, 450.

101. D. LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », préc., note 2, p. 254.

102. D. LOCHAK, « Écrire, se taire... Réflexions sur l'attitude de la doctrine française », préc., note 100.

analysant la loi pour déterminer dans quels cas le « métis juif » devait être considéré comme « aryen » ou, au contraire, comme « juif », la doctrine a converti « la logique antisémite en logique juridique »<sup>103</sup>. Un autre auteur, Jean Marcoux, a fait remarquer que les juristes « sous l'occupation faisaient du droit antisémite comme l'on fait du droit civil ou du droit administratif », classifiant, interprétant les normes avec abstraction ou détachement<sup>104</sup> sans se soucier des conséquences funestes liées à leur application.

Pour reprendre l'expression d'Henri Dupeyroux, « [l]e positivisme juridique ne doit pas être "le refuge le plus commode" »<sup>105</sup>. Ainsi, la doctrine sous Vichy a accompli sa tâche de manière mécanique sans état d'âme avec une conscience strictement professionnelle légitimant ainsi « la règle rien que la règle, rien que le commentaire de la règle ! »<sup>106</sup>. Comme le dénonçait déjà Dupeyroux en 1938, les dérives des juristes positivistes est de faire exclusivement du droit, de « construire à leur usage un droit qui n'emprunte plus rien à la morale ou à l'histoire, à la métaphysique ou à la sociologie, un droit qui vit sur son propre fonds [...] »<sup>107</sup>. Or, il n'est pas question ici de faire le procès du positivisme juridique<sup>108</sup>. Il suffit de comprendre la responsabilité d'un point de vue individuel.

Au regard de l'histoire, les auteurs composant la doctrine juridique devraient répondre de leur travail d'interprétation et de systématisation. Faudrait-il opérer des distinctions entre la variété des écrits doctrinaux qui impliquent aussi une diversité des discours ou postures juridiques possibles ? La doctrine sous Vichy n'a jamais analysé de manière critique le contenu des lois, mais seulement ses extensions d'interprétation permettant ainsi aux tribunaux ou aux

103. *Ibid.*, p. 434.

104. *Ibid.*, p. 254 et 255 ; Jean MARCOUX, *Le Conseil d'État sous Vichy*, thèse d'État en droit, Grenoble, Université de Grenoble II, 1984, p. 236.

105. Henri DUPEYROUX, « Les Grands Problèmes du Droit. Quelques réflexions personnelles, en marge », (1938) 1 *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique* 7, 32.

106. *Ibid.*

107. *Ibid.*, p. 15.

108. Début de controverse rédigé par Michel Troper en réaction à l'article de Danièle Lochak. Ce dernier était d'accord sur la justesse de son analyse concernant une partie importante de la doctrine française sous Vichy mais selon lui cette légitimation de la politique antisémite sous Vichy ne relevait pas du positivisme juridique mais bien au contraire. Finalement les auteurs se sont mis d'accord : Michel TROPER, « La doctrine et le positivisme (à propos d'un article de Danièle Lochak) », dans *Les usages sociaux du droit*, préc., note 2, p. 286

administrations d'exclure les juifs ou de les spolier<sup>109</sup>. Il nous semble que si ce travail doctrinal, consistant à émettre des commentaires ou à forger une analyse critique, porte atteinte à une valeur universellement reconnue ou cause un tort à autrui, l'auteur engage alors sa responsabilité éthique. La doctrine ne jouit donc pas d'une liberté absolue de pensée. Il lui appartient aussi d'user de la rhétorique du silence. Les auteurs peuvent choisir de se taire<sup>110</sup>, même si les retombées ne sont pas facilement perceptibles. On peut se demander, comme Danièle Lochak, si « le choix de l'abstention, du silence, n'[est] pas le seul choix éthique acceptable »<sup>111</sup> ? En tout état de cause, en se taisant, les juristes peuvent éviter d'apporter leur soutien moral et soutien moral et intellectuel à l'application d'une loi violant des principes universels et démocratiques. Reconnaître une liberté d'expression absolue aux juristes induirait l'existence d'une décharge de responsabilité ou d'une immunité à leur profit. Dans ces conditions, la production normative de la doctrine perdrait de sa crédibilité et, surtout, de sa légitimité. Si la doctrine entend jouer un rôle dans la création du droit, elle ne peut prétendre à la neutralité.

### 2.1.3 *Une responsabilité moderne réflexive de la doctrine du fait de sa pensée*

Il convient d'expliquer ce concept de responsabilité moderne réflexive (2.1.3.1) et de décrire le travail des acteurs concernés (2.1.3.2).

#### 2.1.3.1 Une responsabilité moderne réflexive

Nous qualifions cette responsabilité réflexive en adaptant l'idée développée par le sociologue allemand Ulrich Beck<sup>112</sup> sur la modernité réflexive à propos de l'émergence d'une société fondée sur le risque. Selon Ulrich Beck, la société postindustrielle moderne doit se repenser par elle-même face à une multitude de risques auxquels elle est confrontée. Au moyen d'un raisonnement analogique, nous partons du constat que la doctrine encourt de multiples risques<sup>113</sup>

---

109. D. LOCHAK, « Écrire, se taire... Réflexions sur l'attitude de la doctrine française », préc., note 100.

110. *Ibid.*, p. 439.

111. *Ibid.*

112. Expression empruntée à Ulrich Beck, préc., note 85, p. 51-52 : « notre société post-industrielle moderne doit se repenser par elle-même, face à l'émergence d'une société du risque ».

113. B. OPPEY, préc., note 8, p. 9.

et fait face à diverses crises qu'elle a elle-même provoquées : la fragmentation du droit en raison de sa surspécialisation<sup>114</sup>, l'inflation législative<sup>115</sup>, l'inflation de la production doctrinale, la technicité du commentaire de la règle, la posture « dogmatisante », la perte de l'identité doctrinale<sup>116</sup>. En bref, le passage de la société moderne à une société postmoderne a remis en cause la pensée juridique positiviste et a engendré des conséquences négatives sur le système juridique. Retraçons rapidement cette évolution dans ses grandes lignes afin de comprendre la responsabilité réflexive de la doctrine contemporaine.

Pendant longtemps, le droit et la philosophie étaient indissociables. Ces deux disciplines permettaient d'étudier l'homme dans son rapport aux autres et de trouver des explications dans l'observation de la nature et du cosmos. Platon, Aristote, saint Thomas d'Aquin, Montesquieu et la pensée utilitariste de Jeremy Bentham ont contribué à façonner le droit dans sa manière de penser l'homme dans ses relations aux autres<sup>117</sup>. Ces diverses pensées, sans méthodologie particulière, partaient du postulat d'une correspondance entre le droit et la société. Or, l'avènement de la modernité, l'incursion dans la pensée juridique d'autres disciplines comme la sociologie, l'anthropologie et l'économie<sup>118</sup> ont fait naître d'autres perspectives critiques. La société moderne a évacué les mythes religieux<sup>119</sup> et les grands récits. Ces explications d'ordre naturel ou philosophique ne permettaient plus de régir et d'expliquer les relations des individus entre eux et avec la nature. La modernité a imposé une pensée positiviste, c'est-à-dire que l'État a manifesté une volonté de rationaliser le droit<sup>120</sup>.

Dans la société moderne, les juristes positivistes ont utilisé plusieurs méthodes juridiques afin d'interpréter et de systématiser le droit. La doctrine juridique a joué un rôle prépondérant dans le choix des méthodes. L'école de l'exégèse<sup>121</sup>, l'une des premières

---

114. P. JESTAZ, *Doctrines et jurisprudence : une liaison de 25 siècles*, préc., note 43, p. 9.

115. René SAVATIER, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », D. 1977.43.

116. D. BUREAU et N. MOLFESSIS, préc., note 21, p. 70.

117. E. DUNN, préc., note 12, n° 89.

118. *Ibid.*

119. Claude LEVI-STRAUSS, *Tristes tropiques*, Paris, Plon, 1993.

120. E. DUNN, préc., note 22, n° 41.

121. C. ATIAS, « La doctrine française de droit privé (1900-1930) », préc., note 31, p. 196.

méthodes du XIX<sup>e</sup> siècle en France<sup>122</sup>, a été remplacée par la libre recherche scientifique. Ce nouveau modèle de pensée juridique datant du XX<sup>e</sup> siècle, proposé par Gény, constitue encore le modèle latent de la doctrine contemporaine même s'il fait aujourd'hui l'objet de critiques. Le Code civil de 1804 paraissait inadapté aux situations sociales et économiques nouvelles. Gény avait donc cessé de croire en la scientificité de l'exégèse<sup>123</sup>. Les techniques traditionnelles déductives et logiques prônées par l'école de l'exégèse devaient être remplacées par une méthode dite de « reconstruction » fondée sur le concept du social<sup>124</sup>. Les juges devaient désormais utiliser le champ social pour adapter la loi aux transformations de l'ère industrielle. Les méthodes d'interprétation intéressaient aussi d'autres figures importantes du droit comme Saleilles ou Demogue<sup>125</sup>.

Le postmodernisme a ensuite amené d'autres chercheurs à appréhender différemment le droit, par exemple, sous le prisme de la théorie du jeu<sup>126</sup>. Selon eux, la distanciation critique de l'objet du droit ne serait pas suffisante puisque ces réflexions sur la correspondance ou le défaut de correspondance entre la norme et les acteurs restent prisonnières des cadres de pensée positiviste<sup>127</sup>. Selon ces auteurs, les groupements d'intérêt, composés d'individus ou d'institutions diverses qui se revendiquent comme des nouveaux producteurs de la norme négociée, peuvent fournir de nouveaux instruments de régulation dans leurs domaines d'activité<sup>128</sup>.

---

122. Philippe RÉMY, « Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIX<sup>ème</sup> siècle », (1985) 2 *Ann. Hist. Fac. Dr.* 91, notamment p. 100.

123. Duncan KENNEDY et Marie-Claire BELLEAU, « François Gény aux États-Unis », dans Claude THOMASSET, Jacques VANDERLINDEN et Philippe JESTAZ (dir.), *François Gény. Mythe et réalités. 1899-1999, Centenaire de Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, essai critique*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2000, p. 295, 300.

124. *Ibid.*, p. 297-300.

125. Duncan KENNEDY et Marie-Claire BELLEAU, « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », (2006) 56 *R.I.E.J.* 163 ; Christophe JAMIN, « Demogue et son temps. Réflexions introductives sur son nihilisme juridique », (2006) *R.I.E.J.* 5.

126. B. de SOUSA SANTOS, préc., note 63 ; André-Jean ARNAUD, « Du jeu fini au jeu ouvert. Réflexions additionnelles sur le Droit postmoderne », (1991) 17 *Dr. et soc.* 39.

127. A.-J. ARNAUD, « Du jeu fini au jeu ouvert. Réflexions additionnelles sur le Droit postmoderne », préc., note 126.

128. B. de SOUSA SANTOS, préc., note 63 ; A.-J. ARNAUD, « Du jeu fini au jeu ouvert. Réflexions additionnelles sur le Droit postmoderne », préc., note 126.

Dans l'ère post-moderne, on assiste à ces crises du droit<sup>129</sup> qui, pour l'essentiel, se résument en une crise de la rationalité, soit l'incapacité qu'aurait le droit étatique à prendre en compte la réalité<sup>130</sup>.

Consciente de cette évolution liée à la postmodernité, la doctrine est en quête d'une nouvelle méthode d'analyse du droit. Elle s'interroge sur sa posture en ces termes : doit-elle se cantonner à décrire le droit posé ou doit-elle rechercher des moyens de garantir l'adéquation du droit à la réalité sociale qu'il a pour mission de réguler<sup>131</sup>.

Dans ces conditions, un travail réflexif s'impose dès lors aux membres composant la doctrine universitaire qui adoptent chacun à leur manière des postures variées, juxtaposées ou complémentaires. Nous pensons également que ce travail réflexif devrait être entrepris par la doctrine judiciaire puisque, selon nous, elle contribue aussi à la production normative. Une place particulière sera faite aux avocats et aux notaires car eux aussi participent, dans une certaine mesure et dans certains domaines, à cette production. Examinons, tour à tour, sous forme de réflexions, la responsabilité sous-jacente à leur posture lors de la production de la norme.

#### 2.1.3.2 Les acteurs responsables

Le juge se trouve dans une situation particulière. En l'absence de prescription légale claire, il doit rechercher une solution dans l'ensemble du droit sans avoir le temps de s'aventurer dans d'autres domaines telle la sociologie juridique. Il doit aussi utiliser d'autres méthodes comme l'empirie qui permettrait, selon certains, « de mettre en évidence le décalage entre le droit des textes et le droit vivant, entre le discours sur ce que le droit est ou devrait être et sa matérialité »<sup>132</sup>. En effet, selon certains théoriciens, la distanciation de la norme par l'utilisation de méthodes inspirées des sciences

---

129. B. OPPETIT, préc., note 8, p. 9.

130. Michel MIAILLE, « La critique du droit », (1992) 20 *Dr. et soc.* 73 ; André-Jean ARNAUD, « Droit et société : du constat à la constitution d'un champ commun », (1992) 20/21 *Dr. et soc.* 17 ; François OST, « Jupiter, Hercules, Hermès : trois modèles du juge », dans Pierre BOURETZ (dir.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris, Esprit, 1991, p. 241 ; P. MAISANI et F. WIENER, préc., note 62.

131. E. DUNN, préc., note 12.

132. E. BERNHEIM, préc., note 65, p. 496.

sociales permettrait de décentrer la pensée juridique afin d'aborder le droit comme une réalité, et non pas comme une vérité révélée<sup>133</sup>.

Or, le juge rencontre certaines difficultés à sortir de l'application de cette norme qui appartient au devoir être<sup>134</sup> et qui n'est, certes, pas toujours en harmonie avec la réalité des faits qu'elle est supposée avoir intégrée dans ses catégories juridiques.

Rappelons aussi que le juge dit le droit (il est « la bouche de la loi »<sup>135</sup>), il ne l'enseigne pas, il n'écrit pas sur le droit ; il contribue à l'écriture du droit<sup>136</sup>. Par ailleurs, contrairement à l'enseignant-chercheur, par exemple, qui peut raisonner de manière abstraite et sans conséquences pratiques, le juge est encadré par les faits propres à chaque espèce, il est lié par l'objet du litige. Même si ce dernier se plait à adopter une vision plus large du droit, cette évocation ne sera que partielle. Contrairement aux professeurs, le juge est ainsi confronté à des enjeux immédiats liés à l'objet du procès et au déroulement de la procédure ; deux plaideurs s'affrontent et l'un d'eux l'emportera. Certes, l'*obiter dictum* lui permet parfois de sortir du sentier tracé, mais le recours à cette technique n'est pas systématique. Ces considérations expliquent en partie la difficulté pour le juge d'élargir sa vision périphérique et de préférer la politique des petits pas<sup>137</sup>. Comme l'écrit le juge Joseph Hutcheson, le processus judiciaire implique alors de l'imagination, de l'intuition, du courage, des idéaux élevés et des sentiments personnels à propos de la justice<sup>138</sup>.

La lecture des décisions de jurisprudence permet aussi, par leur style et leur contenu, de comprendre la place de la doctrine judiciaire, et ce, à différentes époques de l'histoire du discours

---

133. P. NOREAU, préc., note 6, p. 705 et 706.

134. Jean PIAGET, *Épistémologie des sciences de l'homme*, Paris, Gallimard, 1972, p. 23.

135. À l'exception de certains écrits comme les rapports annuels de la Cour de cassation en France qui sont remis au garde des sceaux qui pourrait en sus de rendre compte de l'activité de la Cour de cassation, envisager des améliorations ou pronostiquer des tendances.

136. Pierre DRAI, Yves CHARTIER et Daniel TRICOT, « La Cour de cassation face à la doctrine : trois opinions », (1994) 20 *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques* 107, 109 et 110.

137. *Ibid.*, p. 112.

138. Joseph C. HUTCHESON JR., « Le jugement intuitif, la fonction du « hunch » dans la décision judiciaire », dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. 2, « Les sources générales des systèmes juridiques actuels », Paris, Sirey, 1934, p. 531.

juridique<sup>139</sup>. Ainsi, les juridictions civiles françaises se distinguent par la brièveté de leurs motivations<sup>140</sup>, à la différence des décisions rendues par les juridictions administratives. On reproche aujourd'hui au Conseil d'État la longueur de ses motivations<sup>141</sup>. Certains soulignent que les juridictions administratives françaises ressemblent, par certains aspects, à leurs homologues canadiennes ou britanniques<sup>142</sup>.

La doctrine universitaire, quant à elle, est dispensée de l'obligation de juger. Disposant d'une liberté d'expression, ses opinions constituent une forme de pouvoir<sup>143</sup>. Elle pourrait être un appui, un « point de départ pour une activité doctrinale sagement entendue » comme l'écrit Daniel Gutmann<sup>144</sup>, ou un « point de fuite pour projeter au loin l'avenir de la discipline juridique », comme l'explique Pierre Noreau<sup>145</sup>. À notre avis, la doctrine universitaire, du fait de

- 
139. Serge DAUCHY et Véronique DEMARS-SION, « La non-motivation des décisions judiciaires dans l'ancien-droit : principe ou usage », (2004) 82 *R.H.D.* 171 : c'est la doctrine médiévale qui a fortement suggéré l'absence de motivation des jugements de l'ancien régime pour des raisons de prudence, voulant éviter les erreurs d'interprétation et non le principe du secret de délibération.
140. Fanny MALHIÈRE, *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Paris, Dalloz, 2013.
141. En ce sens réforme initiée par un groupe de travail du Conseil d'État sur la rédaction des décisions des juridictions administratives publiant son rapport au mois d'avril 2012 et préconisant le retrait des considérant dans un souci de meilleure accessibilité au citoyen des décisions de justice : CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport du Groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative*, Paris, 2012, [en ligne], <[www.conseil-etat.fr/content/download/1690/5098/version/1/file/rapport\\_redaction\\_decisions\\_juradm\\_2012.pdf](http://www.conseil-etat.fr/content/download/1690/5098/version/1/file/rapport_redaction_decisions_juradm_2012.pdf)>. Voir aussi : Aurélien ANTOINE et Duncan FAIRGRIEVE, « Écrire les décisions de justice...une comparaison franco-britannique », *R.D.P.* 2014.759. Contrastant avec les motivations de la Cour de cassation s'apparentant pour l'auteur belge François Ost à des oracles plongeant même les spécialistes dans les abîmes de la perplexité : « Droit propre, motivation laconique et interprétation restrictive », note sous Cass., 2 décembre 1992, *Journal des tribunaux*, 22 mai 1993, p. 400. À ce titre, la Cour européenne des droits de l'Homme a condamné la France dans l'affaire *Agnelet c. France*, n° 61198/08, CEDH, 10 janvier 2013, par. 57 : « pour que les exigences d'un procès équitable soient respectées, le public et, au premier chef, l'accusé doivent être à même de comprendre le verdict qui a été rendu ».
142. A. ANTOINE et D. FARGRIEVE, préc., note 141.
143. Frederick H. LAWSON, *A Common Lawyer Looks at the Civil Law: Five Lectures Delivered at the University of Michigan*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1953, p. 70.
144. Voir « La fonction sociale de la doctrine juridique. Brèves réflexions à partir d'un ouvrage collectif sur *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique* », *RTD civ.* 2002.455.
145. P. NOREAU, préc., note 6, p. 696, 702 et 709.

son positionnement, ouvre le champ du possible par sa liberté d'esprit et son rapport au temps différent de celui du juge. Elle peut donc offrir à ce dernier un choix de couleurs en puisant dans l'approche comparatiste et l'interdisciplinarité. De ce partage de connaissances et d'opinions s'instaure un échange cinétique.

Le notaire a lui aussi un rôle important en tant qu'acteur de diffusion au sein de la communauté juridique. Il est plus discret que l'avocat, mais son opinion, ses compétences, sa proximité avec les individus le contraignent souvent à faire preuve d'ingéniosité et de création lors de la rédaction et l'interprétation des actes juridiques. Il doit aussi composer avec les lacunes ou l'absence de dispositions dans le Code civil. Il participe à l'évolution du droit et parfois à sa confection<sup>146</sup>.

L'avocat tient lui aussi une place particulière au sein de la communauté juridique. Il peut ressembler à la doctrine universitaire lorsqu'il prend sa plume ou intervient lors de colloques. Certains cabinets d'avocats sont réputés pour la qualité de leur expertise, leurs opinions sont également recherchées par la doctrine universitaire, sous réserve que leurs propos ne soient pas exprimés en fonction des intérêts particuliers de leurs clients. Se pose de nouveau la question de l'indépendance de la doctrine juridique. Mais, plus important, il convient ici de s'arrêter sur le rôle de l'avocat dans l'élaboration et l'évolution de la norme.

Prenons à cette fin l'exemple du droit de la faillite et de l'insolvabilité. Les tribunaux utilisent leur « juridiction inhérente », appelée aussi discrétion judiciaire, lors de l'application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*<sup>147</sup> et, à plus forte raison, de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies*<sup>148</sup>. Cette juridiction inhérente est utilisée par le juge lors du prononcé de certaines mesures de redressement des entreprises en difficulté. Ainsi, en vertu de la LACC, le juge peut autoriser un prêteur à consentir un financement temporaire à une entreprise insolvable. Cette autorisation est demandée par l'entreprise insolvable en vue de favoriser sa

---

146. Par exemple dans certains domaines techniques comme la copropriété divisée : Serge ALLARD, *Droit et pratique de la copropriété par phases*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014 ; Christine GAGNON, *La copropriété divisée*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Éditions Yvon Blais, 2015.

147. L.R.C. (1985), ch. B-3.

148. L.R.C. (1985), ch. C-36 (ci-après « LACC »).

restructuration, lui évitant ainsi la faillite. En contrepartie de l'avance de fonds, le juge accorde une charge dite prioritaire à l'investisseur. Il est particulièrement saisissant de constater que dans ce domaine, l'ingénuité, d'abord celle des avocats, puis celle des juges, a permis d'accorder durant des années des « super-priorités » à des créanciers investisseurs<sup>149</sup>. La loi a ensuite codifié ces pratiques élaborées de concert entre juges et avocats<sup>150</sup>.

Le droit de la faillite et de l'insolvabilité multiplie les exemples. Ce phénomène d'élaboration de la norme par le praticien et le juge s'explique en partie en raison de l'importation de la procédure et de la conception du droit issu de la common law dans le système québécois. En Angleterre, le savoir juridique naît d'un débat entre le juge et le *barrister*<sup>151</sup>. Le rôle du juge anglais est souvent comparé à un fabriquant du droit dépendant des propositions des *barristers*<sup>152</sup>. L'existence des opinions dissidentes permettant d'exposer l'éventail des choix dont disposent les juges contribue à cette spécificité du système juridique québécois. La grande place laissée à l'appréciation judiciaire, d'où l'expression de « juridiction inhérente », est aussi conceptuellement possible en raison du nombre réduit des dispositions de la LACC. À l'inverse, un droit très codifié, comme le droit civil, laisse en principe moins de place à la discrétion judiciaire.

Voyons à présent quels sont les différents facteurs ayant une incidence sur la portée de la responsabilité des membres de la doctrine.

## **2.2 Facteurs ayant une incidence sur la responsabilité**

La formation des juristes a certainement une incidence sur la production doctrinale normative. Il sera question de réfléchir sur les

---

149. *Boutiques San Francisco inc. v. Richter & Associés inc.*, 2003 CanLII 36955 (Q.C.S.) ; *MEI Computer Technology Group Inc. (Arrangement relatif à)*, [2005] R.J.Q. 1558 (C.S.). Voir aussi : *Papiers Gaspésia inc. (Arrangement relatif à)*, 2006 QCCS 1460 ; *Mine Jeffrey inc. (Arrangement relatif à)*, 2006 QCCS 5695 ; *Mecachrome International inc. (Plan de transaction ou arrangement de)*, 2009 QCCS 1575.

150. *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, préc., note 147, art. 50.6(5) ; LACC, préc., note 148, art. 11.2 ; Aurore BENADIBA, « La publicité des sûretés réelles au Québec : Évolution ou mutation ? », (2014) 116 R. du N. 333.

151. E. DUNN, préc., note 12, n° 78.

152. *Ibid.*, n° 77 : l'universitaire anglais est isolé du savoir pratique du droit, tel un spectateur. Ses opinions doctrinales ne parviennent guère jusqu'aux bancs.

méthodes d'apprentissage du droit et sur ses moyens pédagogiques (2.2.1). Il s'agira aussi de s'interroger sur les conditions actuelles dans lesquelles les enseignants-chercheurs effectuent la recherche juridique (2.2.2).

### 2.2.1 *Formation juridique d'hier, d'aujourd'hui et de demain*

La formation des juristes influence forcément leur méthodologie, leur conception du droit et, surtout, leur posture future appliquée dans leur milieu de travail. Les universitaires et leurs institutions ont une responsabilité immédiate et future dans la transmission du savoir et aussi, semble-t-il, de la pensée critique du droit.

L'université a une double mission : enseigner et prodiguer un savoir ; a-t-elle pour ambition d'élever des jurisconsultes ou simplement des praticiens<sup>153</sup> ?

La réforme du cursus universitaire est au cœur des préoccupations actuelles des universités françaises et québécoises. Ainsi, en France, l'instauration des écoles de droit dans les universités, comme à Science Po ou à Paris I, a provoqué de vives réactions au sein du corps professoral, réactions que l'on peut résumer en ces termes : l'université doit-elle se cantonner à proposer une école « professionnalisante » d'avocats ou de notaires, ou doit-elle réfléchir sur les nouveaux moyens dont elle dispose face à la mondialisation du droit et des échanges pour rester une école de formation de la pensée normative<sup>154</sup> ?

Par ailleurs, la surspécialisation des universitaires constitue, d'une certaine manière, un danger pour la production doctrinale : la doctrine gagne certes en précision, mais cette spécialisation peut noyer la propension à l'originalité ou à la réflexion interdisciplinaire ou internormative. Elle peut entraîner la dilution des théories juridiques. Le propre du droit spécial est de s'autojustifier en légitimant ses particularismes<sup>155</sup>.

---

153. Voir la réflexion de Colin et Capitant en 1914 : C. ATIAS, « La doctrine française de droit privé (1900-1930) », préc., note 31, p. 192.

154. D. BUREAU et N. MOLFESSIS, préc., note 21, p. 71.

155. J.-D. BREDIN, préc., note 72, p. 115 ; D. BUREAU et N. MOLFESSIS, préc., note 21.

Les modes d'enseignement et d'évaluation sont également des sujets sur lesquels l'université et les universitaires devront se pencher. Le programme scolaire des facultés de droit qui s'articule autour du contrôle permanent des connaissances alimente ses propres contradictions et demeure fortement anxiogène pour le pouvoir de l'imagination. L'enseignement de type magistral et semi-magistral reste prépondérant même si l'évolution des technologies notamment numériques et la mondialisation des échanges ont contraint les juristes à modifier leurs méthodes pédagogiques. Les exigences de performance et de rentabilité des milieux professionnels ont pénétré les murs des facultés de droit. La critique de l'apprentissage du droit comme dogme se fait entendre de l'extérieur, mais aussi de l'intérieur puisque d'autres disciplines sont invitées dans le cursus de l'étudiant en droit. Ce mouvement invite les juristes à envisager l'apprentissage autrement, notamment par l'emploi d'outils pédagogiques davantage interactifs reprenant, par certains aspects, la méthode socratique<sup>156</sup>. La pertinence de l'enseignement dans sa forme romano-germanique est dès lors remise en cause<sup>157</sup>.

L'utilisation de Twitter dans certaines facultés de droit françaises<sup>158</sup> (comme à Paris, Angers, Caen ou Toulouse pour des cours de droit des sociétés, de finances publiques, de droit administratif ou de droit des contrats) est symptomatique. Ainsi, par exemple, le professeur Bruno Dondero, dans le cadre de son enseignement en droit des sociétés, utilise cet instrument pour améliorer ses modes d'apprentissage. Ce professeur, à l'instar de plusieurs de ses collègues, annonce le thème du cours sur Twitter à ses étudiants de troisième année, envoie des liens vidéo à consulter et propose à ses étudiants de poser des questions par Twitter pendant le cours. Il répond en direct et leur suggère de poursuivre ces échanges sur Facebook en différé. Selon nous, ces échanges instantanés compor-

---

156. Socrate recourt à l'ironie et à la maïeutique pour faire accoucher les esprits : Platon, *Théétète*, 150, cd ; Claude-Henry DU BORD, *Panorama de la philosophie occidentale*, Didier, 2007, p. 35 et 36. Cette méthode philosophique de questionnements, axée sur le dialogue, permet à l'autre de se connaître. « La méthode socratique est subordonnée à cette fin : car la fin est ce qui commande la recherche, dit Socrate, et cette fin, c'est la vertu, l'âme même » : Jacques CHEVALIER, *Histoire de la pensée*, t. 1 la pensée antique, Paris, Flammarion, 1963, p. 164.

157. D. BUREAU et N. MOLFESSIS, préc., note 21, p. 46.

158. Nathalie BRAFMAN, « En amphi de droit, Twitter remplace la main levée », *Le Monde*, 20 avril 2016, [en ligne], <[www.lemonde.fr/campus/article/2016/04/20/en-amphi-de-droit-twitter-remplace-le-doigt-leve\\_4905168\\_4401467.html](http://www.lemonde.fr/campus/article/2016/04/20/en-amphi-de-droit-twitter-remplace-le-doigt-leve_4905168_4401467.html)> (28 mai 2016).

tent certains risques qui se traduisent en termes d'altération ou de dilution de la pensée juridique.

En France, l'émergence des blogs juridiques, encore timide au Québec, participe aussi à l'accroissement de la production doctrinale dominée par l'ère électronique, s'additionnant ainsi aux supports traditionnels écrits<sup>159</sup>. Cette démocratisation du droit qui se traduit parfois par le syndrome de la recherche juridique rapidement accessible et qu'illustre Wikipédia favorise la surinformation juridique au détriment sans doute de l'œuvre doctrinale. Cette tendance conduira nécessairement à établir une grille hiérarchique entre les écrits.

La mise en place de cliniques juridiques formant ainsi les étudiants à acquérir plus rapidement les réflexes pratiques accentue la tendance qui consiste à former des professionnels du droit plus que des juristes. L'université doit-elle céder aux contraintes extérieures ? Par ailleurs, la place des cours de méthodologie, de sociologie juridique ou d'analyse économique du droit, est souvent perçue comme accessoire dans la formation alors que – rappelons-le – les Grecs avaient pensé un programme de droit comme un programme d'éducation y incluant, aux côtés des contrats et de la propriété, la dialectique, les mathématiques, la musique, la géométrie<sup>160</sup>. Dans *La République* de Platon, le dialogue entre Socrate et Glaucon nous révèle que le philosophe-législateur, s'inspirant de la fameuse allégorie de la caverne, devait pouvoir trouver un moyen de s'évader du monde des apparences, entraves à la connaissance, pour s'élever aux idées intelligibles<sup>161</sup>.

### 2.2.2 Les enjeux liés à la recherche juridique

La recherche dans le domaine du droit pose un grand nombre de questions. Il s'agit ici de s'interroger sur les conditions dans lesquelles l'activité doctrinale peut être envisagée comme un vecteur de production de la norme. La doctrine assume une responsabilité dans le choix des méthodes de recherche. En revanche, de nom-

---

159. Dimitri HOUTCIEFF et Frédéric ROLIN, « Blogs juridiques contre Édition juridique traditionnelle. Concurrence ou complémentarité ? », D. 2006.596 ; Félix ROME, « Propos iconoclastes sur la “bloghorée” », D. 2007.361.

160. Michel VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, P.U.F., 2003, p. 69.

161. *Ibid.*, p. 72.

breuses questions restent en suspens : dans quelle mesure et selon quelles balises certains juristes (une minorité sans doute) peuvent offrir leur plume complaisante aux organismes qui les financent ou bien leur plume militante au profit d'associations ou d'autres organismes ? Est-ce encore le rôle de la doctrine ? Devra-t-elle répondre et jusqu'à quel degré d'implication ? La doctrine doit-elle être impartiale ou indépendante ? Au cours de l'histoire, la doctrine universitaire s'est très souvent engagée sous des formes variables et à des degrés divers. Les juristes sont parfois tentés d'abandonner la posture du savant pour celle de l'idéologue ou du moraliste<sup>162</sup>. Le juriste cherchera sans doute à concilier tant la neutralité de ses observations que ses réflexions intellectuelles avec ses convictions citoyennes<sup>163</sup>.

Parallèlement à cette kyrielle d'interrogations, un nouveau profil de chercheur tend à s'imposer : la recherche, notamment celle qui est financée par des organismes, impose un rendement quantitatif plutôt que qualitatif. Par exemple, la floraison des centres<sup>164</sup> ou des chaires de recherche bouscule la conception traditionnelle de l'activité doctrinale et modifie son empreinte.

Pour la doctrine universitaire, l'un des défis actuels est d'éviter la perte de son identité dans les transformations de l'économie du savoir<sup>165</sup>. Les nouvelles logiques d'évaluation et d'appréciation de la recherche raisonnent en volume et réduisent le facteur temps-production<sup>166</sup>, alors que volume et poids ne sont pas synonymes de pensée juridique féconde<sup>167</sup>. Les obligations en termes de publications individuelles ou collectives, visant à promouvoir la qualité et l'excellence du corps professoral, peuvent être anxiogènes pour la production de qualité. Ainsi, certaines interrogations demeurent au sujet des conditions entourant une libre recherche juridique.

---

162. Danièle LOCHAK, « La profession d'universitaire face à la question de l'engagement », dans Emmanuel DOCKÈS (dir.), *Aux cœurs des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, Paris, Dalloz, 2007, p. 31, 33-35.

163. *Ibid.*, p. 33-40.

164. Philippe CONTE, « La réflexion sur la recherche juridique universitaire ou l'art de faire prendre des vessies pour des lanternes (éloge de la découverte) », (1994) 0-20 *Droits* 143.

165. D. BUREAU et N. MOLFESSIS, préc., note 21, p. 70.

166. *Ibid.*

167. J.-D. BREDIN, préc., note 72, p. 113-115.

## CONCLUSION

La responsabilité de la doctrine tient à son existence et à sa contribution dans la production normative. Selon nous, il est impossible de l'exonérer de ses actes. Pour sa vivacité d'esprit, elle doit répondre, sur un plan éthique, d'abord envers elle-même, eu égard à sa propre conscience, ensuite envers ses pairs et puis, envers la société civile.

Ses défis seront de taille face à cette nouvelle ère post-moderne de la société de réseaux, à l'explosion des nouveaux moyens de diffusion qui pourraient la trahir. Une responsabilité numérique et diffuse se présage sous nos yeux.

Les travaux des juristes nous permettent de croire en une réflexion continue sur les conditions et l'évolution de la pensée juridique. Un nouveau programme d'enseignement du savoir et de la recherche juridique semble amorcé : penser le droit comme un objet de connaissance et non comme la connaissance en elle-même. Appréhendées comme des stratégies intellectuelles, les méthodes interdisciplinaires et comparatistes impulsent de nouvelles perspectives possibles dans le discours sur la norme, comme les travaux portant sur la réappropriation sociale de la norme. La responsabilité de la doctrine se traduit aussi pour certains par la recherche d'une théorie sur la normativité<sup>168</sup>. Or, le plus grand danger est de donner raison à ceux qui qualifient les auteurs composant la doctrine de « faiseurs de système »<sup>169</sup>.

---

168. P. NOREAU, préc., note 6, p. 704.

169. Jean RIVERO, « Apologie pour les “fiseurs de systèmes” », D. 1951.99.