

Les Cahiers de droit



Quand dire, c'est faire l'inverse de ce qu'on dit. Une critique de l'opposition entre théorie et pratique juridiques

Christian Atias

Volume 28, numéro 1, 1987

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/042794ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/042794ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Résumé de l'article

This study is based on the following assumption : some legal theories are upset and then turned against the very interests they were supposed to defend. This phenomenon is quite revealing of the nature of the legal process and how legal thinking works. Many explanations have been advanced, however, they all have been rejected since they presume a unity of knowledge and, without proving their point, they assimilate legal reasoning into other sciences that are presented as models for legal thinkers. The upsetting of legal theories may be explained due to the extreme complexity found in the meaning of words used to express legal concepts: this produces a semantic sedimentation with lasting and multiple virtual meanings without there being any way of guessing which one meaning may prevail in any given set of circumstances.

Citer cet article

Atias, C. (1987). Quand dire, c'est faire l'inverse de ce qu'on dit. Une critique de l'opposition entre théorie et pratique juridiques. *Les Cahiers de droit*, 28(1), 89–108. <https://doi.org/10.7202/042794ar>

Tous droits réservés © Faculté de droit de l'Université Laval, 1987

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

Quand dire, c'est faire l'inverse de ce qu'on dit

Une critique de l'opposition entre théorie et pratique juridiques

Christian ATIAS *

This study is based on the following assumption : some legal theories are upset and then turned against the very interests they were supposed to defend. This phenomenon is quite revealing of the nature of the legal process and how legal thinking works. Many explanations have been advanced, however, they all have been rejected since they presume a unity of knowledge and, without proving their point, they assimilate legal reasoning into other sciences that are presented as models for legal thinkers. The upsetting of legal theories may be explained due to the extreme complexity found in the meaning of words used to express legal concepts : this produces a semantic sedimentation with lasting and multiple virtual meanings without there being any way of guessing which one meaning may prevail in any given set of circumstances.

	Pages
Introduction	90
0.1. Théorie contre pratique : une opposition de confort	90
0.2. Des malheurs des théories juridiques à succès	91
0.3. Des paradoxes ?	94
1. Les explications élémentaires	95
1.1. Des explications positivistes	95

* Professeur à la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille ; Boulton Senior Fellow, Université McGill. Le présent texte a donné lieu à une conférence présentée le 10 octobre 1986 à la Faculté de droit de l'Université Laval. L'auteur tient à remercier Madame la doyenne Thérèse Rousseau-Houle pour son aimable invitation et pour son chaleureux accueil, ainsi que tous les intervenants au débat qui a suivi la conférence.

	<i>Pages</i>
1.1.1. Le positivisme légaliste.....	95
1.1.2. Le positivisme sociologique.....	97
1.1.3. D'un rapprochement tentant.....	98
1.2. Une explication marxiste.....	100
2. Une explication globale.....	101
2.1. Le piège des mots.....	103
2.1.1. La théorie-alibi.....	103
2.1.2. La théorie-cheval de Troie.....	104
2.2. La force des idées.....	105
Conclusion : Retour sur l'opposition de la théorie et de la pratique juridiques.....	107

Introduction

0.1. Théorie contre pratique : une opposition de confort

Certaines théories connaissent le succès qui est refusé à d'autres. Cette inégalité de traitement a quelque chose de rassurant. Elle paraît démontrer qu'avant d'être reçue, chaque proposition doctrinale est soumise à une épreuve de sélection ; elle dépeint les juristes comme des gens sérieux qui ne se laissent pas convaincre trop facilement. Pour apprécier leurs exigences, il faudrait examiner chaque théorie, en la considérant comme une entité isolée ; cette analyse élémentaire devrait permettre de dévoiler les caractéristiques qui distinguent nécessairement et radicalement les bonnes théories des mauvaises. Dans l'histoire de la science du droit, il est des épisodes plus troublants. Certaines propositions sont acceptées, reconnues, consacrées, entérinées, voire célébrées et, pourtant, elles se renversent, se retournent sur elles-mêmes et *font l'inverse* de ce qu'elles *disent*. Telle théorie de la liberté ouvre la voie à de nouvelles contraintes. Tel formalisme accroît l'importance donnée à la substance, au fond, voire à la justice. Face à de tels retournements, à de tels paradoxes, l'analyse élémentaire, théorie par théorie, paraît bien rencontrer ses limites. Pour trouver une explication satisfaisante, ne faut-il pas envisager les théories juridiques globalement ? Ce sont leurs relations mutuelles qui peuvent rendre raison de leurs évolutions les plus inattendues.

Pourtant, beaucoup de juristes qui découvrent ces paradoxes n'en tirent aucune conséquence quant aux particularités de la science du droit ; ils préfèrent s'abandonner à l'emploi d'une formule de style, d'un poncif, presque d'un genre littéraire. C'est une habitude répandue que d'opposer la

théorie à la pratique. Ce serait seulement une mauvaise habitude s'il s'agissait de tenir pour acquis que certaines affirmations théoriques laissent légitimement de côté des aspects secondaires, éminemment variables et incertains, de la réalité¹. L'opposition systématique de la théorie et de la pratique juridiques devient un genre littéraire pernicieux lorsqu'elle tient lieu d'explication ou de justification. Prétendant expliquer, elle donne au juriste le confort intellectuel de s'en tenir à un principe qui a perdu toute signification ou qui n'en a jamais eu ; c'est le moyen d'attendre qu'une heureuse formulation générale des solutions nouvelles soit adoptée. Le principe posé en théorie ne sert plus alors que de guide formel pour la description apparemment ordonnée de règles qui le contredisent² ; il évoque ces merveilleux cadres anciens qui s'efforcent de donner quelque noblesse à une peinture dénuée d'intérêt. L'opposition de la théorie et de la pratique est aussi utilisée comme justification ; elle sert à distribuer les « bons points » et les anathèmes. Qui se dit praticien tient toute théorie pour fausse ou inutile. Qui se veut théoricien écarte négligemment, mais radicalement, tout argument considéré comme pratique³.

Kant a écrit pour rien. L'expression courante « c'est peut-être vrai en théorie, mais en pratique cela ne vaut rien »⁴ demeure d'usage courant. Les juristes, en particulier, s'adonnent à ce genre de divisions avec délice, avec enthousiasme et sans hésitation.

0.2. Des malheurs des théories juridiques à succès

Un phénomène de grande ampleur leur donne apparemment une excuse ; il semble même leur donner raison ; nombreuses sont les théories qui ont eu l'effet exactement inverse de celui dont la recherche avait motivé leur élaboration. N'est-ce pas là une manifestation éclatante et une preuve incontestable de l'opposition de la théorie et de la pratique juridiques ?

-
1. Il est inutile d'insister davantage sur le danger qu'il y a à diviser ainsi par principe et par construction *a priori* la réalité entre ce qui mérite d'être étudié et ce qui peut être négligé.
 2. M. TANCELIN, « Option et cumul : une mauvaise querelle », (1982) 27 *R. de d. McGill* 836, citant Monsieur le doyen Georges VEDEL.
 3. J. DE GUISE, « Pratique vs théorie. Action vs réflexion », 18 *Le Journal Barreau*, n. 11, 15 octobre 1986, p. 7.
 4. S. GOYARD-FABRE, *Kant et le problème du droit*, Paris, Vrin, 1975, coll. Bibl. d'histoire de la philosophie, p. 30 et note 39. A. PHILONENKO, *Théorie et praxis dans la pensée morale et politique de Kant et Fichte en 1793*, Paris, Vrin, 1974, p. 19. Comparer l'opposition radicale entre « le monde des idées » et « le monde de la pratique » in Rapport au Conseil de recherches en sciences humaines du Canada par le Groupe consultatif sur la recherche et les études en droit, *Le droit et le savoir*, Ottawa, 1983, p. 74-76.

L'abondance des exemples est d'autant plus significative que les théories du droit connaissent le même sort que les théories dans le droit ⁵.

Au titre des théories du droit, voici Emmanuel Kant ! Il combat pour la raison pure, pour la reconnaissance *a priori* de la source pure et transcendante d'un droit étranger à toute volonté empirique toujours fragile. Que devient sa « Doctrine du droit » ? Mal lue et peu lue, trahie, pervertie, elle ouvre la voie au positivisme étatique ; ce qui en restera, ce sera la primauté de la loi positive sur le droit et l'attribution à la loi de la fonction de gouverner les peuples ⁶. Kant n'en reviendrait pas de découvrir sa « Doctrine » transformée en théorie du paternalisme étatique et de la loi interventionniste vouée à l'instabilité permanente. Il n'avait sans doute pas mérité cela ; sa seule consolation est de se retrouver en bonne compagnie. Il côtoie, par exemple, François Gény qui emprunta aux philosophes la distinction de la science et de la technique, du donné et du construit ; son objectif avoué, ce faisant, était de sauver le droit naturel qui devrait être pris en considération au titre des données idéals et rationnels. Combien parmi les nombreux utilisateurs de cette distinction se souviennent du droit naturel à contenu variable dont elle devait être la sauvegarde ? La plupart, au contraire, n'envisage le donné du droit qu'en songeant aux conditions économiques. C'est avec les armes du jus-naturalisme qu'ils achèvent le jus-naturalisme. Le même Gény — faut-il le rappeler ? — avait mené croisade pour libérer l'interprétation des contraintes de l'exégèse. Aidés de sa théorie de la libre recherche scientifique, ses élèves seront généralement beaucoup plus assujettis au verbe législatif et jurisprudentiel que leurs prestigieux prédécesseurs ⁷. C'est avec les armes de la liberté d'interprétation qu'ils assassinent la liberté d'interprétation ⁸.

5. P. AMSELEK, « Les fondements ontologiques de la théorétique juridique », *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1984, t. 29, p. 201.

6. S. GOYARD-FABRE, « Kant et l'idée pure du droit », *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1981, t. 26, p. 152. Pour d'autres paradoxes autour de Kant, voir *infra*, à 1.1.1. et à la note 33. Comparer pour d'autres exemples (celui d'OCCAM notamment), J.-M. TRIGEAUD, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Bordeaux, Bière éd., 1985, t. 1, p. 97, 100 et 101.

7. Ph. RÉMY, « Éloge de l'Exégèse », *R.R.J.* 1982-2, n. VII-13, p. 254 et *Droits. Revue française de théorie juridique*, 1985, n. 1, p. 115.

8. Il faudrait encore citer ce jus-naturalisme abstrait qui prétend œuvrer pour la renaissance du droit naturel et recule frileusement devant l'injustice souveraine, notamment en condamnant la résistance à l'oppression. La théorie du précédent en common law pourrait sans doute être également évoquée dans certaines de ses conséquences ; voir, entre mille références, Louis L. JAFFE, *English and American Judges as Lawmakers*, Clarendon Press, Oxford, 1969, p. 20, 27-28, 37. Il faut songer aussi aux thèses du juge Brandeis ; voir John

Les théories dans le droit n'ont rien à envier aux précédentes ; elles aussi sont souvent bien malmenées par un sort contraire. Les efforts déployés pour séparer le régime juridique des personnes de celui des choses en fournissent un premier exemple ; le but était de proclamer et de sauvegarder l'éminente dignité de la personne humaine. Le résultat a été de multiplier les rapprochements, voire les assimilations, de ravalier l'être au rang de l'avoir⁹. Le deuxième exemple pourrait être celui de ce principe d'égalité des États, « qui signifie son contraire »¹⁰. Une troisième illustration est donnée par la théorie de la responsabilité contractuelle ; construite pour résister à l'invasion de la responsabilité délictuelle, elle l'a favorisée. Un dernier exemple est encore plus net ; il met en jeu deux théories associées. La première est celle selon laquelle le nombre des catégories de droits réels est illimité et la seconde affirme que le nombre des catégories de groupements civils est limité à deux. La particularité de ces théories est d'avoir été consacrée par la jurisprudence dans les termes les plus nets¹¹, avant de produire l'effet inverse de celui

W. Johnson, *American Legal Culture : 1908-1940*, Greenwood Press, Westport (Connecticut) and London, Contributions in legal studies, n. 16, p. 68 :

In retrospect, the search for order of the American legal profession in the early years of the twentieth century offers a good example of historical irony. A case method-trained professoriate, devoted to the scrutiny of appellate court cases as the route to an understanding of the law, devised several new sources of legal information intended to better this understanding and, hence, bring coherence to the study and practice of law. However, lawyers and appellate judges were so taken with the quality of these new sources of information that, instead of using them as research tools as they were generally intended by their formulators, they often referred to them in briefs and opinions as authorities in their own right, sometimes even in lieu of case authority. Furthermore, many of the new sources, far from convincing all members of the legal community that they provided satisfactory means of ordering the law, became grist for the cynical mills of the legal realists of the late twenties and the Depression.

Pour un autre exemple, voir LON L. FULLER, « Human Interaction and the Law », 14 *The American Journal of Jurisprudence* (1969) p. 24. Pour un autre exemple, voir encore J.-M. TRIGEAUD, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Bordeaux, Bière, 1985, t. I, coll. Bibl. de philosophie comparée, p. 97 (à propos de la double influence d'OCCAM : réalisme esthétique et nominalisme juridique), 100-101 (influences de la Seconde Scholastique et de la Réforme). Sur le thème général des paradoxes, voir R. POIRIER, « Rationalité juridique et rationalité scientifique », Archives de philosophie du droit, Paris, Sirey, 1978, t. 23, p. 27.

9. Voir notre ouvrage *Théorie contre arbitraire. Éléments pour une théorie des théories juridiques*, Paris, P.U.F., coll. Les voies du droit (à paraître).
10. J.-P. COLIN, « L'égalité entre les États ou d'un principe qui signifie son contraire », in LÉON INGBER, *L'égalité*, vol. VIII, Travaux du Centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, 1982.
11. La première par l'arrêt CAQUELARD : Req. 13 février 1834 : S. 1834, I, p. 205 ; D.P. 1834, I, 218 ; Dalloz *Jurisprudence générale*, v° Propriété, n. 68, note 1 ; la deuxième par l'arrêt : CH. Réun. 11 mars 1914, S. 1918.1919, I, p. 103 ; D.P. 1914, I, 257, note SARRUT.

qu'elles paraissent rechercher. La théorie de l'illimitation du nombre des catégories de droits réels paraît avoir contribué à en tarir la source ; la théorie de la limitation du nombre des catégories de groupements privés n'a pu en endiguer le flot. Au résultat, les questions précédemment résolues en termes réels le sont aujourd'hui par recours à des personnes morales ad hoc. Y a-t-il exagération à parler ici de paradoxes ? Faut-il simplement conclure que le juriste théoricien est celui qui *fait* toujours l'inverse de ce qu'il *dit* ? Ce serait une autre façon de s'en tenir à l'opposition radicale de la théorie et de la pratique juridiques.

0.3. Des paradoxes ?

Il est permis d'hésiter et de se défier de celui par qui le paradoxe arrive. Dans l'histoire des sciences, il y a comme un snobisme du paradoxe. Comme la controverse à certaines époques, il se porte en sautoir. Il y a le paradoxe de X, comme il y a le théorème d'Euclide. Ne nous abandonnons pas trop vite au luxe inutile, au plaisir pervers d'une analyse paradoxale.

Qui veut parler de paradoxes en science du droit doit d'abord éliminer de sa réflexion les simples échecs théoriques. Il n'y a nul paradoxe dans le fait qu'une théorie, si bonne soit-elle, ne parvienne pas à convaincre et tombe dans l'oubli. Tous les paradoxes législatifs ou jurisprudentiels doivent ensuite être laissés de côté. Nombreuses sont les lois qui ont été votées pour améliorer une situation qu'elles ont aggravée. La théorie juridique pouvait n'être pas directement en cause. Restent à examiner les démentis que l'histoire de la science du droit inflige à certaines propositions doctrinales en utilisant leurs propres armes. Ces paradoxes théoriques supposent qu'une proposition ait eu, à elle seule ou non, un effet différent de celui qui avait été recherché par son auteur ; il a renforcé ce qu'il voulait abattre ou détruit ce qu'il espérait sauvegarder. De telles situations pourraient passer pour anecdotiques. Elles sont pourtant trop fréquentes pour pouvoir être rangées dans le tiroir accueillant des simples épisodes malheureux, des ratés de la doctrine, des maladresses à oublier. C'est pourquoi plusieurs explications en ont déjà été proposées. Elles ont ceci de commun qu'elles mettent l'accent sur les particularités de chacune des théories en cause ; elles les envisagent comme autant de figures isolées. Une autre sorte de réflexion consisterait à raisonner sur l'ensemble de l'activité théorique, sur les relations entre les diverses thèses et propositions doctrinales. Des explications élémentaires, il s'agirait d'en venir à une explication globale.

1. Les explications élémentaires

Des présupposés implicites. Si une théorie juridique fait paradoxe, la cause doit en être recherchée dans ses caractéristiques propres ; telle est l'hypothèse émise ! Chacune des théories condamnées par une évolution indocile est passée au crible d'une critique vigilante pour déceler la faiblesse, la faille, le défaut. Ils doivent bien exister pour que les circonstances aient pu bouleverser des prévisions raisonnables. Les positivistes le croient, et avec eux, les marxistes. Les uns et les autres expliquent nos paradoxes en apposant l'étiquette « mauvaise théorie » sur celles qui semblent s'auto-détruire. La condamnation n'est pas fondée par le positivisme sur le même motif que celui invoqué par les marxistes ; les deux positions sont pourtant apparentées. Dans les deux cas, le savoir juridique théorique n'est pas considéré dans son ensemble ; dans les deux cas, il s'agit moins de philosophies élaborées, de conceptions explicites que de présupposés inconscients agissant sur les convictions des juristes ¹².

1.1. Des explications positivistes

1.1.1. Le positivisme légaliste

Le juriste positiviste pourrait être fort embarrassé d'assister à la défaite de ces théories qui ont reçu l'appui des autorités législative et jurisprudentielle. Pour éviter le malaise, il suffit de poser un postulat : il ne saurait y avoir aucune parenté entre le verbe législatif souverain et la raison théorique. Même lorsqu'il coordonne des solutions éparses et formule un principe ou une définition, le législateur n'émet pas de théories. Il n'a pas une doctrine ; il détient un pouvoir incontestable. Ce pouvoir est à considérer en lui-même sans référence à la réalité qui lui répond. Nul ne se demandera, par exemple, si les décisions inverses des codificateurs français et québécois quant au sort du droit antérieur ¹³ ont eu vraiment des effets opposés ; puisque les législateurs en avaient ainsi décidé, il est clair que le droit civil d'avant 1804 a disparu instantanément dans la France de Napoléon, tandis

12. Seront laissées de côté les nombreuses études relevant de l'analyse économique du droit, de la théorie des jeux, ... Elles raisonnent, en effet, sur des motivations individuelles et non sur la consécration de théories qui modifieraient des habitudes collectives de pensée. Voir Derek PARFIT, *Reasons and Persons*, Oxford Univ. Press, Oxford and New York, 1986 : « self-defeating theories ».

13. Voir, en droit français, Loi du 30 ventôse An XII (art. 7) et, en droit québécois, *Édition historique et critique du Code civil*, établie par P.-A. CRÉPEAU et J.E.C. BRIERLEY, Chambre des notaires du Québec, Montréal, 1981, p. XXXIX et s. et article 2712.

que les coutumes appliquées avant 1866 survivaient intactes au Québec après la promulgation du Code du Bas-Canada.

Dès lors, tout est simple. S'il advient qu'une théorie ait des effets paradoxaux, c'est nécessairement qu'elle était erronée. Elle ne reflétait pas cette réalité juridique que le positiviste se donne exclusivement à connaître, c'est-à-dire le droit positif. La théorie de la responsabilité contractuelle ne parvient pas à sauver le particularisme du régime de l'inexécution du contrat parce que le législateur et les juges en avaient sonné le glas ; son absorption par la responsabilité délictuelle ne pouvait qu'être inscrite sur leurs tablettes. L'erreur de la théorie était de ne l'avoir pas compris. Aucune autre explication ne serait recevable. Il n'y a aucun paradoxe à relever ; il n'y a que de l'obstination à déplorer. Il était certain que le droit positif aurait le dernier mot et ferait, si nécessaire, l'inverse de ce que disait la théorie.

À l'évidence, bien des épisodes de l'histoire des théories juridiques peuvent être expliqués par l'existence de certaines erreurs ; elles sont seulement, en général, beaucoup plus complexes que le voudrait le positivisme. Que la théorie de l'autonomie de la volonté ait fait le lit de l'ordre public et de l'interventionnisme étatique le plus envahissant n'a rien d'étonnant pour qui se souvient qu'elle se fondait sur deux anachronismes et un contresens. Premier anachronisme : elle était présentée comme reflétant l'influence exercée par Emmanuel Kant sur les rédacteurs du Code de 1804, alors que la philosophie kantienne est demeurée largement inconnue des milieux juridiques français durant toute la première moitié du XIX^e siècle¹⁴. Deuxième anachronisme : elle était attribuée aux auteurs du Code civil et imputée à leur libéralisme alors qu'elle naquit en 1899 sous la plume d'auteurs qui combattaient la liberté contractuelle¹⁵. Enfin le contresens consistait à transposer dans l'explication du droit positif une théorie construite, en termes de morale et de philosophie du droit, par un philosophe qui s'était principalement efforcé de lutter contre la confusion du droit et de la morale d'une part, du droit et de la philosophie du droit d'autre part. Ce nouveau paradoxe autour de la pensée d'Emmanuel Kant explique que le piège se soit refermé sur ces imprudents libéraux qui avaient cru pouvoir emprunter la théorie de l'autonomie de la volonté à leurs adversaires. Le

14. Le premier article paru dans la *Thémis* sous la signature de WARNKOENIG est révélateur à cet égard ; Kant y est présenté, dans un essai d'information des juristes français sur la pensée allemande, comme un pur philosophe du droit naturel : *Thémis ou Bibliothèque du Jurisconsulte*, T. I, 1819, p. 9 et 16.

15. Voir V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept*, Paris, P.U.F., coll. « Travaux et recherche de l'Univ. de droit, d'économie et des sciences sociales de Paris (Paris II) », série Sciences historiques, n. 12, 1980.

même genre d'erreur a, d'ailleurs, été commis par ceux qui ont voulu étudier l'exégèse du XIX^e siècle en droit civil français seulement à travers ses détracteurs¹⁶ ; ils seraient bien en peine d'expliquer comment cette soi-disant école, prétendument si rigide et si pauvre en imagination, a pu former les magistrats qui, à partir de 1870, ont donné à la France les créations prétoriennes les plus audacieuses. Dans une telle hypothèse, le paradoxe n'est qu'apparent. L'erreur dénoncée, tout devient clair. Ce qu'il faut seulement en retenir, c'est le rôle joué par la succession des générations de juristes dans la formation et la survie de ces erreurs ; il y a là une excellente raison de douter de la pertinence des explications élémentaires dans l'histoire des théories juridiques.

Les anachronismes, contresens et déformations de la vérité ne sauraient expliquer tous les paradoxes évoqués. La méconnaissance du droit positif ne produit pas toujours un tel résultat ; ce n'est évidemment pas elle qui explique le succès des théories à effets paradoxaux et l'évolution des lois et des jurisprudences a aussi ses propres paradoxes¹⁷. Pour que des théories consacrées puissent paraître démenties comme de l'intérieur, il faut une autre puissance que celle du législateur. Le positivisme sociologique est mieux à même que le positivisme légaliste d'en découvrir les modalités d'action.

1.1.2. Le positivisme sociologique

Son explication des paradoxes théoriques n'est pas moins simple que la précédente. Si une théorie semble tendre le bâton pour se faire battre, c'est seulement qu'elle est dénuée de pertinence. Que peut une pauvre petite proposition doctrinale contre la réalité sociale et économique, contre les lois de la sociologie ? Nul ne peut prétendre résister aux évolutions qu'elles exigent. Comme le droit doit s'adapter au fait, la théorie doit se soumettre... ou se démettre en se trahissant elle-même. Il n'y a pas de paradoxes théoriques. Ce ne sont pas les propositions doctrinales qui voient leurs effets s'inverser ; c'est la société qui poursuit son chemin en bousculant négligemment ces ambitieuses thèses irréalistes. Aucune théorie de l'inexécution du contrat ne peut empêcher l'absorption des règles auxquelles elle s'applique par la responsabilité délictuelle ; la victoire de celle-ci est inévitable, « inscrite

16. Ph. RÉMY, *supra*, note 7.

17. Cf. *supra*, à 0.3. Voir, par exemple, L. BAUDOUIN, « Conflits nés de la coexistence juridique au Canada », (1956) 3 *McGill Law Journal*, p. 66. Comparer B.N. CARDOZO, *The paradoxes of legal science*, New York, Columbia University Press, 1^{re} éd., 1928, 3^e éd., 1945, p. 21

dans les faits », dès lors qu'elle apparaît plus favorable à la victime et que l'amélioration du sort des demandeurs dans le procès en responsabilité constitue, à la fois, une tendance irréversible et la seule voie du progrès juridique¹⁸. De même, ce n'est pas la théorie de l'absolutisme de la propriété qui facilite paradoxalement la prolifération des restrictions imposées aux pouvoirs du propriétaire ; c'est la loi scientifique de l'évolution sociale qui transforme les droits en fonctions et assure le triomphe des relations de fait sur les rapports de droit¹⁹. Les exemples pourraient être multipliés. Dans chacun d'eux, le raisonnement effectué révèle le simplisme réducteur qui caractérise ce positivisme sociologique à usage des juristes. La distinction radicale de la théorie et de la pratique s'y retrouve ; la réflexion théorique y est confondue avec l'abstraction, le dogmatisme, le rêve, le jeu de l'esprit, l'artifice, voire l'hypocrisie, tandis que la pratique semble un reflet bienveillant de la réalité sociale. Celle-ci évolue de manière linéaire sous l'action principale des forces matérielles, des rapports économiques. Les théories sont donc quantités négligeables. Si elles peuvent favoriser une évolution ou l'accélérer, elles ne méritent pas d'être étudiées en elles-mêmes. Peu importe que leur auteur ait eu un projet inverse ! Elles ne sont que des « faits sociaux » parmi d'autres « faits sociaux » soustraits par la prétention scientifique à toute appréciation, à toute évaluation, à tout jugement. Une fois de plus, le positivisme reçoit l'appui de l'idéologie scientiste.

1.1.3. D'un rapprochement tentant...

Puisque de science il est question, le positivisme appellera à la rescousse des épisodes historiques bien connus ; ce sont ceux qui font décrire la science contemporaine comme la meilleure et la pire des choses. Il n'y aurait pas lieu de s'étonner du retournement sur elles-mêmes des théories juridiques, puisque toute découverte scientifique peut avoir simultanément des conséquences heureuses et malheureuses. C'est la même théorie atomique qui nous apporte la menace de destruction et l'espoir de guérison, la guerre nucléaire et la lutte contre le cancer. Par conséquent, il est normal que la même théorie de l'indisponibilité de la personne humaine ouvre la voie aux dons d'organes, mais aussi à la vente d'enfants et à l'exploitation des femmes utilisées à la procréation pour autrui. Le parallèle peut être poursuivi. Dans les deux

18. Voir les discussions menées autour de l'affaire *Wabasso* in (1982) 27 R. de d. McGill 788 (P.-A. CRÉPEAU, J.-L. BAUDOUIN, P.-G. JOBIN, M. TANCELIN, H.-P. GLENN, C. LARROUMET, M. BRIDGE).

19. Sur ce thème, voir notre ouvrage *Épistémologie juridique*, Paris, P.U.F., coll. droit fondamental, 1985, n. 87, p. 169.

hypothèses, l'idée et la réalité s'associent, la première permettant d'obtenir certains résultats de la seconde. Dans les deux cas, « un même opérateur se renverse »²⁰ ; ces résultats divers — bombe atomique ou quasi-prostitution d'un côté, bombe au cobalt ou greffe d'organes de l'autre — paraissent incomparables entre eux. Dans les deux cas, ce que la théorie nous permet de voir et de faire fournit ensemble le mauvais et le bon, comme si la réalité refusait de se laisser découvrir à moitié.

Et pourtant, le rapprochement des retournements théoriques dans les sciences naturelles et en science du droit est fallacieux, car dans le domaine juridique le lien entre la théorie et les résultats constatés est très différent de ce qu'il est dans la nature. En premier lieu, la théorie atomique ne pouvait révéler les usages destructeurs de l'atome sans mettre au jour ses effets curateurs, et vice-versa. En revanche, la protection de la personne humaine pouvait faire l'objet d'une théorie qui ne favoriserait pas son assimilation avec les choses. Contrairement à ce qu'un certain scientisme pourrait donner à croire, l'absence d'expérimentation rend plus facile le changement des théories juridiques ; il y a toujours des conceptions de rechange disponibles et même simultanément présentes²¹. Contrairement au mythe si répandu du conservatisme de la science du droit, le juriste, plus encore que l'expérimentateur, « peut non seulement adapter la théorie, mais encore la transformer entièrement »²². Les indications fournies par le droit positif sont toujours suffisamment lâches et vagues pour permettre d'élaborer plusieurs théories contradictoires et pourtant respectueuses de cette réalité-là. En second lieu, une théorie physique, chimique ou biologique peut être imaginée sans considération immédiate des utilisations possibles des découvertes ainsi réalisées. La théorie atomique n'est pas, d'abord, une théorie de la guerre nucléaire, ni, d'abord, une théorie de la lutte contre le cancer. En revanche, la théorie juridique de l'indisponibilité de la personne humaine se présente immédiatement comme protectrice de la personne ; il ne paraît pas possible

20. Michel SERRES, « Culture humaniste et culture scientifique. Existe-t-il une tierce voie ? », XI^e Conférence AUGUSTIN-FRIGON, École Polytechnique de l'Université de Montréal, 8 octobre 1986.

21. Sur le phénomène de sédimentation qui en est cause, voir *infra*, à 2. Il faut songer aux strates dont parle FOUCAULT ; ce sont « des formations historiques, positivités ou empiricités. "Couches sédimentaires", elles sont faites de choses et de mots, de voir et de parler, de visible et de dicible, de plages de visibilité et de champs de lisibilité, de contenus et d'expressions » (G. DELEUZE, *Foucault*, Paris, éd. de Minuit, 1986, p. 55). L'assimilation de ces deux modes de sédimentation serait pourtant tout à fait erronée puisque, dans notre présentation de l'ordre savant traditionnel, les énoncés ne sont évidemment pas seuls, ni même principalement, en cause.

22. R. POIRIER, *supra*, note 8, p. 21.

de penser distinctement l'objet et l'objectif. C'est parce que la théorie est d'emblée conçue comme une sauvegarde et se transforme en une menace que le paradoxe surgit. À tout prendre, seule la théorie juridique offre de véritables renversements. Ce n'est pas la réalité toute entière dévoilée qui va au-delà ou à côté de nos rêves ; c'est la théorie qui produit elle-même l'effet pervers, alors qu'une autre conception poursuivant les mêmes buts aurait pu l'éviter. L'idée n'est pas un simple guide de lecture de la réalité ; elle peut être le véhicule, l'instrument. Par les habitudes de pensée qu'elle crée, elle rend possible ce qu'elle prétendait empêcher. Ceux que le marxisme inspire savent par expérience la force d'un tel instrument et l'action qu'il peut avoir sur l'évolution sociale. Ils semblent donc mieux placés pour expliquer les paradoxes doctrinaux sans méconnaître leur caractéristique essentielle qui est d'être théorique.

1.2. Une explication marxiste

La victoire en dégénérant. L'une des analyses marxistes les plus vigoureuses portant sur le genre de phénomènes évoqués est d'ordre épistémologique. C'est bien de théories dont il est traité et ce sont bien leurs rapports avec la vérité qui sont examinés. À la question posée — pourquoi certaines théories ont-elles des effets en contradiction avec leur contenu explicite ? — le marxisme répond malheureusement avec cette haine du pouvoir, du savoir et de toute forme de succès qui l'anime ordinairement. Si une théorie semble se trahir elle-même, c'est qu'elle est victime de sa propre valeur. Tant qu'elle luttait pour s'imposer, elle était antithèse porteuse de progrès ; devenue thèse, elle dégénère nécessairement. « La métamorphose de la critique en affirmation touche également le contenu théorique ; sa vérité se volatilise »²³. Toute « pensée victorieuse » en puissance est nécessairement vaincue en valeur. Ceci expliquerait sans doute le raidissement, puis le vieillissement des propositions consacrées. Pour trouver la cause du renversement, il faut franchir une étape supplémentaire. En tant qu'antithèse, la proposition doctrinale a déjà pu œuvrer contre la thèse consacrée alors, en saper les fondements. Dès lors, « si elle sort volontairement de son élément critique pour devenir un instrument au service d'un ordre existant, elle tend malgré elle à transformer l'élément positif qu'elle a choisi en quelque chose de négatif, de destructeur »²⁴. Du combat de Gény ou de Kant pour le droit

23. Th. W. ADORNO et M. HORKHEIMER, *La dialectique de la raison. Fragments philosophiques*, Social Studies Assoc. Inc., New York, 1944, trad. E. KAUFHOLZ, Paris, Gallimard, 1974, 1983, coll. Tel, p. 14.

24. *Id.*, p. 14.

naturel ne survivent que les arguments opposés par eux aux précédentes conceptions du droit naturel. Plus nettement encore, les efforts déployés pour fonder la distinction radicale des choses et des personnes font apparaître des parentés, des similitudes, des affinités.

D'où vient le pessimisme absolu de l'alternative offerte par le marxisme à ces théories juridiques qui sont vouées à être vaincues ou à se détruire ? Il suppose que « la Raison elle-même (est) paralysée par la crainte que lui inspire la vérité »²⁵. C'est un tel *a priori* qui conduit à escamoter l'une des hypothèses, celle où la théorie est consacrée, non comme « un instrument au service d'un ordre existant », mais comme un moyen de transformation de cet ordre. Sous l'apparente interprétation épistémologique, se cache une condamnation beaucoup plus rudimentaire de la société dont aucune amélioration n'est concevable. Tout se ramène donc à ce marxisme sommaire qui se contente d'invoquer une prétendue identité d'intérêts de classes exprimés par les deux théories supposées en conflit. Les propositions qui croient pouvoir défendre la liberté préparent un renforcement des contraintes parce qu'elles sont émises au nom des mêmes intérêts que les théories de l'ordre public. En réalité, ces raisonnements reposent sur la conviction que toute idée consacrée est, par définition, mauvaise, fausse et condamnable. Le seul mérite d'une telle analyse est de mettre l'accent sur l'impossibilité d'examiner chaque théorie juridique isolément. Qui parle de thèse et d'antithèse prend acte de la concurrence de plusieurs conceptions ; ce sont les relations entre elles qui doivent être prises en considération pour tenter de comprendre leurs évolutions respectives. L'explication élémentaire des paradoxes théoriques est insuffisante ; c'est globalement qu'il faut envisager la science du droit.

2. Une explication globale

L'ordre savant traditionnel. Il n'y a pas, il n'y a jamais eu un unique théoricien, auteur d'une unique théorie juridique surgissant tout à coup dans un univers intellectuel vierge. Toute proposition émise est emportée dans le courant des idées qui animent, inspirent ou influencent la pensée des juristes de chaque pays à chaque époque. Quelles sont les caractéristiques de cet ensemble impressionnant ? La première est sa richesse. Elle explique l'extrême rareté des innovations en science du droit. Les thèses les plus originales ne sont généralement que les prolongements inédits de théories précédentes ;

25. *Id.*, p. 16. Sur théorie et pratique, voir A.-J. ARNAUD, « Regards marxistes français sur le droit actuel », *Archives de philosophie du droit*, 1972, t. 17, p. 482.

même celles qui paraissent venir de disciplines non juridiques au développement récent ont souvent des échos dans la pensée des juristes du passé. La deuxième caractéristique de cet ensemble est de se développer au sein d'une communauté particulière. Selon les lieux et les temps, la composition de ce groupe peut varier, ainsi que la formation dispensée à ses membres, leurs centres d'intérêt, leurs convictions, leurs moyens d'expression ; ces changements ne sont pas indifférents. L'existence d'une catégorie de personnes qui connaissent le droit et sont réputées le connaître est une considération majeure pour l'étude de l'évolution des théories juridiques. Celles-ci sont reçues dans un ordre, c'est-à-dire dans un ensemble complexe dont les mouvements sont provoqués par de multiples actions et réactions ; c'est parce qu'elles sont trop enchevêtrées qu'aucune intervention, si soigneusement préparée soit-elle, ne peut être assurée de son résultat. C'est cet ordre qui donne leur chance aux propositions doctrinales ou la leur refuse ; c'est lui qui leur donne sens en enrichissant ou en appauvrissant, en durcissant ou en assouplissant, en déformant toujours quelque peu la pensée de leur auteur. Enfin, cet ordre savant présente une troisième caractéristique ; il obéit à un mode de formation de type traditionnel. Entendons qu'il ne peut se comprendre hors de la durée et que son évolution s'opère par un double mouvement de sélection et de sédimentation. Le premier aboutit au rejet, éventuellement provisoire, de certaines idées, tandis que d'autres prennent un poids considérable ; il suffit d'être en mesure d'invoquer ces dernières pour être assuré d'emporter la conviction générale. Encore la sélection des idées accueillies dans l'ordre juridique savant est-elle rarement radicale ! Elle est, en effet, considérablement nuancée par la sédimentation qui maintient en réserve des conceptions apparemment abandonnées après quelque temps ou rejetées d'emblée ; elles ne sont plus sur le devant de la scène, mais demeurent présentes, voire influentes. Générations de juristes après générations de juristes, les mots se chargent ainsi de sens accumulés qui sont, en général, relativement complémentaires ; ils se sur-déterminent. Mais ces significations diverses peuvent être ou apparaître impossibles à associer, à concilier. En l'absence de réfutation radicale par l'échec expérimental réputé définitivement probant, cette situation se rencontre assez souvent. C'est alors que se trouvent réalisées les conditions du paradoxe théorique ; la proposition qui, se renversant, produit l'effet inverse de celui que son auteur avait recherché se comporte ainsi parce qu'elle s'est heurtée à une telle incompatibilité entre des idées concurrentes. Pour elle, l'alternative est simple : ou bien elle est victime d'une contradiction interne et tombe dans le piège des mots ; ou bien elle se heurte à d'autres théories et cède à la force des idées. C'est assez dire que l'opposition simpliste de la théorie et de la pratique ne saurait rendre compte du mode de formation des conceptions juridiques. La question à poser serait plutôt la suivante : théoriciens et

praticiens manient-ils les mêmes idées, les mêmes mots ? Ce qui est sûr, c'est qu'il ne suffit pas d'être praticien pour échapper au piège des mots ou à la force des idées.

2.1. Le piège des mots

2.1.1. La théorie-alibi

Un premier type de paradoxes théoriques se réalise lorsque les juristes ressentent le besoin de se ménager une période transitoire ; il s'agit de faciliter l'acclimatation et la réception d'une innovation. Une telle pré-occupation conduit souvent le législateur à user de fictions qui ont alors seulement une vocation provisoire à favoriser l'adoption de nouvelles habitudes intellectuelles. Certaines théories remplissent le même office ; c'est pourquoi elles sont dotées de multiples significations. Ainsi la théorie de l'indisponibilité de la personne humaine dit-elle simultanément deux choses. D'une part, elle dit que la personne est « hors du commerce », étrangère au monde des biens, réfractaire à leur régime juridique ; l'homme est ainsi, conformément à la meilleure des traditions, soustrait à l'évaluation, à la négociation, à la transaction. Derrière ce premier sens, se profile l'image-repoussoir de l'esclavage²⁶ ; et ce premier sens est mis en avant, célébré, invoqué pour tenter de résister aux théories selon lesquelles chacun serait propriétaire de son propre corps. D'autre part, la théorie de l'indisponibilité de la personne humaine use d'un vocabulaire patrimonial qui place seulement l'homme parmi les biens soumis à un régime dérogatoire ; il ne faudra plus beaucoup de temps pour que certains actes de disposition sur la personne soient admis. Une telle proposition théorique convient donc parfaitement à une génération de juristes qui veut applaudir à certaines innovations d'ordre biologique par exemple, tout en se donnant bonne conscience. La dignité de l'être humain et la liberté de la méconnaître sont affirmées simultanément. Plus rien ne manque pour que le paradoxe apparaisse. La théorie peut encore servir de rempart contre des pratiques immorales si les esprits sont préparés à ne pas confondre les choses et les personnes ; elle n'aura été qu'un alibi si une quelconque prétendue libération se produit, consommant l'assimilation des personnes et des choses. Il sera alors vrai de dire que la théorie aura

26. Il faut le remarquer : il y a là une sorte d'anachronisme. Ceux qui combattaient l'esclavage n'eurent pas besoin d'une théorie de l'indisponibilité de la personne humaine. Ce sont leurs successeurs dont les convictions eurent besoin d'être raffermies : ils avaient oublié ! sur les contradictions, comparer M.S. MOORE, « The semantics of judging », 54 *Southern California Law Review* (1981), p. 199.

préparé et facilité la réalisation d'un objectif inverse de celui qu'elle paraissait poursuivre ouvertement. Pourtant, l'absence de sélection théorique radicale laissera aussi à la théorie-alibi l'occasion de favoriser le retour à la distinction des choses et des personnes; il suffira que chacun sache reconnaître les siens.

2.1.2. La théorie-cheval de Troie

De l'alibi au cheval de Troie, de la théorie qui facilite la transition à celle qui contraint au changement, il n'y a qu'une nuance. L'une et l'autre comportent une contradiction interne qu'un mot révèle. La différence est seulement d'ordre chronologique. Lorsqu'est née la théorie de l'indisponibilité de la personne humaine²⁷, l'évolution vers la libre disposition n'était pas encore engagée; quelques esprits en formaient sans doute le projet, mais les applications concrètes demeuraient rares, exceptionnelles. C'est d'ailleurs ce qui a rendu possible la réception d'une théorie dont les dangers n'apparaissaient pas encore. Au contraire, ceux qui ont imaginé la théorie de la responsabilité contractuelle avaient des conséquences immédiates à en tirer; ils élaboraient une notion de combat contre l'invasion prochaine du droit civil par les règles de la responsabilité délictuelle²⁸ et espéraient mettre un peu d'ordre dans le régime de l'inexécution du contrat²⁹. Il faut bien reconnaître que le résultat obtenu a été inverse. L'ironie la plus cruelle est que les défenseurs de la responsabilité contractuelle aient forgé cette expression pour se mettre à l'abri de la responsabilité délictuelle. Ont-ils cru que l'emploi du même terme suffirait à provoquer le même développement des règles et distinctions? Ils ne savaient pas encore vers quel désordre progresserait le régime des délits. Le terme « responsabilité » fut le cheval de Troie d'où allaient sortir insidieusement les arguments favorables à l'extension des règles délictuelles. Les rédacteurs du Code civil n'avaient jamais

27. Elle est apparue progressivement sous couvert de principes tels que l'indisponibilité de l'état des personnes. Opp. M. MIALLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspéro, 1976, coll. Textes à l'appui, p. 183. Comparer R.A. MACDONALD, « Enforcing Rights in Corporeal Moveables: Revendication and Its Surrogates », (1986) 31 *R. de d. McGill* 575. L'expression « cheval de Troie » est utilisée par P. FEYERABEND, in *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, 1975, Londres, New Left Books, 1979, Paris, Seuil, traduction B. JURDANT et A. SCHLUMBERGER, collection « science ouverte », p. 79.

28. M. TANCELIN, *supra*, note 2, p. 834. Du même auteur, *Des obligations. Contrat et responsabilité*, Montréal, Wilson et Lafleur Ltée, 2^e éd., 1986, n. 400 et s., p. 205 et s., n. 733 à 735, p. 391 à 393, n. 738, p. 394.

29. Notamment par la distinction — dont l'avenir n'allait pas tarder à révéler les incertitudes — des obligations de moyens et de résultat.

parlé de responsabilité contractuelle ; ils avaient traité, au chapitre des effets de l'obligation, des dommages et intérêts pour inexécution. Ce faisant, ils avaient mis l'accent sur les particularités de la situation à régir. Un engagement a été pris ; il n'a pas été respecté. La gamme des mesures judiciaires disponibles, exécution forcée, résolution, dommages-intérêts, était présentée de manière cohérente. Dissocier l'un des éléments de l'ensemble était évidemment le condamner à bénéficier des mêmes difficultés et incertitudes que celles affrontées par les règles de la responsabilité délictuelle. La distinction des obligations de moyens et de résultat ne fut, dans cette évolution, qu'un expédient provisoire destiné à faciliter l'accueil du cheval de Troie. Il n'y eut guère à attendre pour que de nombreux juristes stigmatisent comme artificielle la distinction des responsabilités délictuelle et contractuelle.

Qu'il se cache dans une théorie-alibi ou dans une théorie-cheval de Troie, le piège des mots n'est pas moins tendu sous les pas du juriste. Le praticien n'y échappe pas davantage que le théoricien. La pratique est directement menacée, elle aussi, de se laisser attirée sur un terrain défavorable, dans une voie de traverse ; elle ne peut s'en garder qu'en ayant conscience de la sédimentation théorique progressivement réalisée à l'intérieur des mots dont elle use. À défaut, elle sera conduite au résultat qu'elle voulait éviter. Le même danger existe, pour la théorie comme pour la pratique, lorsqu'elles ont à lutter contre la puissance d'une idée.

2.2. La force des idées

Derrière la technique, ... Un unique exemple peut, à lui seul, révéler l'action d'une idée fondamentale cachée derrière le paravent des mots. Cette fois, il n'y a plus contradiction interne ; la théorie est parfaitement cohérente et l'est d'autant plus qu'elle se présente sous un jour technique. C'est la conception même des droits réels et personnels qui fonde l'affirmation de l'illimitation du nombre des prérogatives susceptibles de porter directement sur les choses³⁰ ; c'est la définition des sociétés et des associations qui interdit de concevoir d'autres personnes morales de droit privé. Pourquoi ces théories vont-elles provoquer le déclin des droits réels innommés et préparer la prolifération de nouvelles personnes morales ? Le volontarisme rationaliste en est cause. D'une part, la présentation du régime foncier en termes de droits subjectifs multipliés et juxtaposés conduit à préférer, pour chacun, un

30. M. CANTIN-CUMYN, « De l'existence et du régime juridique des droits réels de jouissance innommés : essai sur l'énumération limitative des droits réels », (1986) 46 *R. du B.* 3, n. 1, p. 3. R.A. MACDONALD, *supra*, note 27, p. 583-586.

titulaire unique. L'enchevêtrement de droits réels a quelque chose de désordonné, d'irrationnel qui choque. D'autre part, ces droits réels imbriqués ont une origine fort ancienne et difficile à préciser ; ce serait assez pour les condamner aux yeux de juristes imprégnés d'une théorie des sources du droit qui exige la reconnaissance claire d'un pouvoir, d'une décision institutionnelle au fondement de chaque phénomène juridique. Il est donc de bon ton de proclamer qu'ont disparu, avec le Code civil, les droits de vaine pâture, droits aux secondes herbes, droits d'évolage et d'assec, droits de tréjet, ...³¹. Le volontarisme rationaliste interdit de se rendre sur les lieux pour voir fonctionner ces usages ancestraux qui répondaient à des besoins concrets et précis. Ce qu'il attend au contraire, ce sont les oukases législatifs ou réglementaires ; c'est un interventionnisme étatique débridé. Cette fois, tout devient clair. Comme il est difficile de planifier, de rationaliser l'utilisation des sols soumis à des prérogatives enchevêtrées, celles-ci doivent disparaître ; une fois que la place sera nette, une fois que chaque chose sera attribuée à un sujet de droit — l'expression est révélatrice — déterminé, qu'il s'agisse d'un individu ou d'un groupement, la politique foncière pourra sévir avec son cortège d'interdictions, d'impositions et de subventions croisées, le tout dans la plus parfaite rationalité. Il se trouvera même des juristes pour croire que là est la vraie tradition civile et pour oublier tous les liens, toutes les communautés foncières systématiquement vouées à la destruction.

La force de l'idée qui entraîne la théorie tient, dans de telles circonstances, à son ampleur. Que peut une théorie technique, précise, une théorie parmi d'autres, une théorie dans le droit contre une théorie de grande portée, une théorie de politique juridique, une théorie du droit ? Le paradoxe se réduit à la victoire du plus fort. Il révèle une hiérarchie théorique qui conduit de la thèse majeure ou fondamentale à l'idée d'application ; cette pyramide-là a certainement beaucoup plus de signification que la hiérarchie formelle des normes. Encore faut-il se souvenir que la victoire d'une théorie, même majeure, est toujours provisoire et souvent éphémère. Il y a, dans le savoir juridique, de nombreuses failles, de nombreux interstices par lesquels la théorie trouve d'abord l'espace nécessaire à sa survie, puis le passage propice à son succès. Ces raisons d'espérer des corrections ultérieures ne doivent pas dissiper toutes les inquiétudes. S'il est vrai que bien des théories demeurent en réserve, il n'est pas moins certain que leur influence n'est pas toujours suffisante pour éclairer la recherche du bon droit. Elles peuvent favoriser l'adoption de solutions qui les contredisent. Elles courent ce risque chaque fois qu'elles s'inscrivent à l'intérieur de conceptions plus générales dont les

31. Voir notre ouvrage, *Droit civil, Les biens*, T. I, Paris, Litec, 1980, n. 39, p. 61 et s.

conséquences l'emportent sur les leurs et les neutralisent. C'est pourquoi, « le réformateur le plus honnête qui recommande une nouveauté en se servant d'un langage dévalué renforce, en adoptant l'appareil catégoriel préfabriqué et la mauvaise philosophie qui se cache derrière lui, le pouvoir de l'ordre existant qu'il voudrait pourtant briser »³²; en d'autres circonstances, ce réformateur pourrait renforcer une théorie jusque-là repoussée par « l'ordre existant », alors qu'il aurait voulu en modifier un autre aspect. L'important n'est pas que la proposition doctrinale œuvre, ou non, en faveur d'un ordre existant; il y a toujours une tendance de cet ensemble complexe qu'elle soutient et une autre qu'elle combat. L'important est que le bénéfice final soit pour le droit, c'est-à-dire pour le juste.

Dans cette action des théories, la succession des générations de juristes joue un grand rôle. Bien souvent, les disciples de ceux qui ont forgé un concept ou une théorie paraissent trahir leurs maîtres dont ils dénaturent la pensée³³. C'est qu'ils placent leurs propositions les plus précises dans un ordre savant qui n'est plus le même; les théories d'application ne sauraient conserver le même sens lorsqu'elles se trouvent soumises à des conceptions majeures totalement différentes.

Conclusion : Retour sur l'opposition de la théorie et de la pratique juridiques

Dans les hypothèses où une contradiction révèle le piège des mots ou la force des idées, la distinction de la théorie et de la pratique juridiques est manifestement prise en défaut. Elle ne saurait expliquer ni les erreurs des uns ou des autres, ni les évolutions inattendues des théories juridiques. L'étude du droit est indissolublement théorie et pratique; la théorie prend ses données dans la pratique³⁴ qui lui emprunte ses concepts. Quel praticien peut éviter d'employer des mots comme droit subjectif, propriété, contrat, pouvoir, service public... termes qui charrient avec eux de multiples conceptions théoriques complémentaires ou contradictoires? Lorsqu'une faiblesse

32. Th. W. ADORNO et M. HORKHEIMER, *supra*, note 23, p. 16.

33. Pour une illustration déjà évoquée, voir WARNKOENIG, *supra*, note 14, p. 16-17.

34. G. TIMSIT, « Science juridique et science politique selon Ch. EISENMANN », in *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris et Aix-en-Provence, Economica et Presses Univ. d'Aix-Marseille, 1986, p. 17. Comparer J. FREUND, « La rationalisation du droit selon Max Weber », *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1978, t. 23, p. 73-75. F.H. LAWSON, « The academic lawyer as jurist », V *The Journal of the Society of Public Teachers of Law*, (1959-1960), p. 185, 191. Ch. GRZEGORCZYK, « Statut et fonction de la théorie dans la science du droit », *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, t. 22, 1977, p. 177-211. Z. ZIEMBINSKI, « La place du raisonnement juridique par rapport au raisonnement théorique et pratique », *A.R.S.P.* 1972, n. 7, p. 132.

se révèle, la cause ne doit pas en être recherchée dans l'opposition entre théorie et pratique. L'explication vient toujours d'une réflexion insuffisante et celle-ci est souvent provoquée par une culture insuffisante. Le paradoxe le plus cuisant que les juristes aient à vivre est là : leur méthode de travail est trop littéraire pour être scientifique, mais aussi trop technique pour être cultivée. Puisque rien ne vient confirmer la thèse d'une progression nécessaire vers la science, il faut au moins tenter de sauver la culture des juristes, cette culture dont « l'horizon propre est l'intégralité de l'homme dans l'histoire »³⁵.

35. J.-M. TRIGEAUD, « Métaphysique de la culture et discours du droit », *Filosofia Oggi*, VIII, 1985, n. 1, p. 42. Comparer P. MIKKOLA, A. AARNIO et J. PÖYHONEN, *The Scientific Community and the Images of Legal Science. An Empirical Survey of the Paradigms in Finish Legal Science*, traduct. M. JOUTSEN, Helsinki, 1982, Oikeustieteellisen tutkimuksen tutkimus : Julkaisuja, notamment p. 14, 29-31, 83. Opp. A.M. HESPAHHA, « Colloque international : la sociologie historique de la science juridique », *Ius commune*, XIII, 1985, p. 243, spécialement p. 248.