

## Que peut la doctrine en droit des sociétés (et ailleurs) ?

Nicolas Thirion

La question vaut bien entendu pour d'autres branches du droit que le droit des sociétés et, potentiellement, pour toutes les disciplines juridiques. Elle n'en mérite pas moins d'être posée dans le cadre d'une revue à prétention scientifique telle que la *Revue Pratique des Sociétés/Tijdschrift voor Rechtspersoon en Vennootschap* car elle ramène au débat récurrent, et jamais tranché, sur le statut épistémologique de la "science juridique". D'emblée, le mot "doctrine", pour désigner des travaux prétendant relever de la science, étonnera le non-juriste. Parfois même, il est question de "dogmatique juridique". Or quoi de plus étranger à l'activité scientifique que les dogmes ?

Ce paradoxe tient sans doute aux origines historiques du droit savant. C'est, on le sait, dans l'Europe médiévale que, les premiers, les glossateurs ont érigé le droit en art digne d'être enseigné dans les universités, en objet de controverses entre docteurs, en science recourant à des concepts, à des méthodes et à des raisonnements propres. Il se pourrait bien que le droit savant, invention de clercs au Moyen Âge, ne se soit jamais totalement dépris de cette origine et que la doctrine n'ait jamais complètement rompu les liens qui l'attachaient à la théologie ni renoncé à émettre des jugements de valeur (dire *ce qui doit être*), étrangers au domaine de la science, pour ne formuler que des jugements de réalité (dire *ce qui est*).

Or il y va, précisément, du statut proprement scientifique de l'étude du droit : là où les autres sciences sociales ont de longue date développé une réflexion approfondie sur les conditions de leur propre scientificité, un tel débat est relativement peu présent dans la communauté de ceux qui écrivent dans des revues juridiques autoproclamées "scientifiques". Dans le domaine du droit des affaires et, singulièrement, du droit des sociétés, comme dans d'autres disciplines, on peut identifier, parmi d'autres, trois types d'activités de nature à interroger le caractère proprement scientifique de la doctrine.

### **La participation à l'élaboration de la norme juridique : la doctrine comme conseiller du Prince**

De plus en plus, les autorités politiques aiment à faire appel, pour mener à bien une réforme, à une cohorte d'experts académiques, conviés à se substituer, en partie au moins, à l'administration et au cabinet du ministre compétent. Même s'ils sont invités en raison de leurs compétences techniques, ces experts acceptent ainsi de prêter la main à une politique, activité par définition étrangère à la science. Du reste, si leur intervention peut être bienvenue pour calibrer le débat, identifier les enjeux, pointer les difficultés éventuelles, il est rarissime que les instances politiques s'en tiennent aux recommandations expertales. Dès lors, ce qui, dans les cercles académiques, passe pour des qualités indispensables à l'élaboration d'une pensée digne de ce nom (rigueur conceptuelle, enchaînement rigoureux des propositions, souci de cohérence) et qui a pu inspirer les travaux des experts est souvent sacrifié, par la suite, sur l'autel des compromis politiques. En soi, de tels compromis n'ont rien de déshonorant mais ils sont la plupart du temps incompatibles avec les vertus cultivées dans la sphère proprement universitaire.

En acceptant de participer à de telles opérations, les juristes de faculté perpétuent il est vrai une tradition séculaire, qui a souvent vu les jurisconsultes exercer leur art au service du pouvoir politique. Un sociologue comme Pierre Bourdieu a par exemple montré combien la fiction de l'Etat est, historiquement, une invention de juristes et, qui plus est, combien cette invention a permis, entre autres, aux juristes de conforter leur capital symbolique<sup>(1)</sup>. Il faut toutefois avoir bien conscience que, lorsqu'elle participe à l'élaboration de la norme juridique, la doctrine s'éloigne des exigences propres aux savoirs scientifiques.

### **La participation à l'application de la norme juridique : la doctrine comme amicus curiae**

Sans participer directement à l'élaboration de la norme, la doctrine peut, d'une certaine manière, participer à son application en un sens bien particulier : dans la

\* Prise de position personnelle de l'auteur.

1. P. BOURDIEU, *Sur l'Etat. Cours au Collège de France 1989-1992*, Paris, Le Seuil/Raisons d'agir, 2012, coll. *Cours et travaux*.

mesure où l'objet de son étude est la norme juridique et sa mise en œuvre par les organes d'application du droit - en particulier, les juges -, ce que les professeurs de droit écrivent à propos du sens des textes législatifs et réglementaires et de la façon dont les juridictions interprètent ces textes est de nature à éclairer les praticiens (avocats, notaires, juristes d'entreprise et juges, bien entendu). Encore faut-il préciser le rôle exact de la doctrine dans ce processus.

Le grand Kelsen a montré que, dans un système juridique, la norme habilitante (ou supérieure) est un cadre à l'intérieur duquel plusieurs solutions - plusieurs interprétations - s'offrent à l'auteur de la norme habilitée (ou inférieure) : ainsi, un même texte législatif ou réglementaire autorise - en raison de la généralité de ses termes, de sa place dans le dispositif au sein duquel il s'insère, de son contexte, etc. - plusieurs solutions, entre lesquelles il incombe au juge de choisir. Ce choix, de son côté, n'est pas déterminé par les seules données juridiques dont le magistrat a connaissance; il dépend, en fin de compte, des conceptions morales, philosophiques, économiques, sociales, de l'organe d'application. Il ne s'agit donc pas d'un simple acte de connaissance mais aussi d'un acte de volonté. L'interprétation retenue par un tel organe d'application est dite "authentique", en ce qu'elle est formulée par un organe habilité à le faire par une norme supérieure du système<sup>(2)</sup>.

En revanche, en tant que "scientifiques du droit", les représentants de la doctrine devraient se borner à ne formuler, sur le droit positif, que des jugements de réalité; leur seul objectif devrait être l'amélioration de la connaissance du droit. A ce titre, ils n'ont aucun titre à plaider en faveur de telle interprétation plutôt que de telle autre, dès lors que, dans le cadre tracé par la norme habilitante, plusieurs interprétations sont possibles. Ils devraient plutôt, dès lors, analyser les normes juridiques dans toutes leurs potentialités, en faire apercevoir tous les ressorts possibles, en indiquer le cas échéant les présupposés extra-juridiques.

Or il est rare que la communauté des juristes de faculté s'astreigne à pareille ascèse : très souvent, l'arétiste qui commente une décision judiciaire l'approuve ou la critique un peu comme s'il prenait, l'instant d'une note d'arrêt, la place du juge<sup>(3)</sup>; de même, le commentateur d'une loi nouvelle privilégie souvent une présentation qui le hisse au rang de législateur idéal ou de contre-législateur. Le fait que nombre d'auteurs (magistrats, avocats, juristes d'entreprise,

etc.) issus de la doctrine soient par ailleurs souvent acteurs du système juridique dont ils commentent les normes explique sans doute cette propension, au reste pas toujours malintentionnée ou gouvernée par des intérêts étrangers à la science : sans doute ces auteurs se voient-ils en conseillers des juges et, plus largement, des praticiens et estiment-ils devoir leur proposer, dans ce cadre, l'interprétation du texte en cause qu'ils jugent la meilleure. Mais il s'agit bien, alors, d'un jugement de valeur qui les éloigne d'une analyse exclusivement scientifique du matériau juridique. La "plus-value" de la doctrine est donc ailleurs.

### **La contribution à l'analyse critique de la norme juridique : la doctrine comme activité à prétention scientifique**

- Cette plus-value consiste précisément dans le refus d'interférer avec les prises de décisions politiques ou les choix jurisprudentiels et dans le souci de présenter le plus objectivement possible (même si l'objectivité parfaite est sans doute une chimère), à propos d'une question juridique donnée, les données les plus complètes et de les éclairer le cas échéant au moyen de modèles théoriques, empruntés aussi bien à la théorie du droit qu'à d'autres sciences sociales, jugés les plus pertinents pour apporter l'éclairage souhaité.

"Non contents d'indiquer les solutions entre lesquelles un choix est offert, [les professeurs de droit] pourraient contribuer à éclairer celui-ci. Ils pourraient en effet expliquer, pour chaque branche de l'option, son incidence sur les divers intérêts en cause, ses implications morales et politiques, ses conséquences économiques, ses chances de succès, enfin tout ce qui permettrait au particulier ou à l'autorité (...) de prendre parti en connaissance de cause"<sup>(4)</sup> (*a contrario*, il ne revient pas à la doctrine de prendre parti).

L'ambition est élevée mais elle n'est pas utopique : les "grands" articles ou les "grands" ouvrages juridiques que nous gardons en mémoire sont précisément ceux qui, capables de se détacher du matériau juridique brut, offrent des éclairages nouveaux ou instructifs permettant non plus seulement de "penser dans le système", mais aussi de "penser ce système"<sup>(5)</sup>. On ne sait si une hirondelle fait le printemps mais le récent article de M. Aydogdu dans cette Revue<sup>(6)</sup> constitue une remarquable illustration de cette façon certes peu répandue d'analyser la norme juridique et son application. Il est le témoignage que c'est en situant l'exigence à cette hauteur de vues que la doctrine peut, à l'occasion, devenir science.

2. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e éd., trad. Fr. Ch. EISENMANN, Paris, Dalloz, 1962, p. 453 et s.

3. L. FRANÇOIS, *Le cap des Tempêtes. Essai de microscopie du droit*, 2e éd., Bruxelles-Paris, Bruylant-LGDJ, 2012, préface P. MAYER, p. 298 et s.

4. L. FRANÇOIS, *Le problème de la définition du droit*, Liège, Ed. Coll. scientifique de la Faculté de droit, 1978, p. 200.

5. L. FRANÇOIS, "Droit et révolution. Que sont-ils l'un par rapport à l'autre ?", *Le problème de l'existence de Dieu et autres sources de conflits de valeurs*, Bruxelles, L'Académie en poche, 2017, sous presse.

6. R. AYDOGDU, "La Corporate Social Responsibility. Le droit par-delà le marché et l'Etat", *RPS-TRV*, p. 669 et s., et 868 et s.