



HAL
open science

La fin du commentaire d'arrêt

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. La fin du commentaire d'arrêt. RTDCiv. Revue trimestrielle de droit civil, 2020, 02, pp.489. <halshs-02896211>

HAL Id: halshs-02896211

<https://shs.hal.science/halshs-02896211v1>

Submitted on 27 Jun 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

La fin du commentaire d'arrêt

B. Dondero, *Pour un droit plus systématique : vers la fin des notes de jurisprudence ?*, D. 2020. 292

Frédéric Rouvière

Professeur à l'Université d'Aix-Marseille

Laboratoire de théorie du droit

Bruno Dondero plaide pour une double rénovation dans l'analyse de la jurisprudence : mettre en évidence les mouvements d'ensemble par une approche exhaustive et identifier les nouvelles décisions qui s'intègrent dans ce mouvement (B. Dondero, n° 26). En un mot, il s'agirait de procéder à ce que l'auteur nomme des « synthèses de l'acquis jurisprudentiel ». En effet, la note d'arrêt, spécificité française (n° 9), conduit à reconstruire le droit autour de décisions isolées (n° 18). Elle répond certes à une évidente demande éditoriale (n° 6) mais débouche sur un exercice pédagogique (n° 13). Elle comble sans doute certains vides des arrêts (n° 12) mais tourne en définitive autour d'elle-même (n° 22). Aussi, il est temps d'adopter une approche plus systématique de la jurisprudence (n° 37).

Nous sommes entièrement convaincu par le constat de l'auteur. La note de jurisprudence (ou commentaire d'arrêt) repose sur un paradoxe troublant : elle est devenu l'unité de base de la pensée juridique alors que c'est un exercice qui ne sera jamais reproduit en dehors de l'université. Un avocat, un juge ou un notaire ne commentent pas des arrêts, ils les interprètent au regard d'un problème. Bien pire, la liste des effets nuisibles du commentaire d'arrêt est longue : volume inconsidéré des publications, perte de la signification d'ensemble des problèmes, course à la publication, absence de prise de recul sur les principes structurants d'une matière, négligence des questions transversales. En termes de formation universitaire, le bilan n'est guère meilleur : empilement de décisions, fiches d'arrêts compulsives, vision linéaire du droit comme catalogue de solutions, sollicitation de la mémoire à court terme, prépondérance donnée à l'actualité, accréditation d'une vision dogmatique et autoritaire du droit sans relief ni dynamique. C'est moins le commentaire en soi que la *pratique actuelle* de la note d'arrêt qui inhibe très largement ce que devraient être les qualités premières du juriste : le sens du problème, la capacité à la synthèse argumentative, voire l'imagination créatrice.

Aussi, ce que Bruno Dondero appelle la « synthèse de l'acquis jurisprudentiel » ne répond qu'imparfaitement au mal dénoncé. Certes, les effets bénéfiques de telles synthèses seraient déjà immenses et, là encore, nous ne pouvons qu'applaudir l'auteur pour l'idée qu'il soumet. Mieux vaut produire un article par an, voire tous les deux ans, qui synthétise en dix pages une argumentation relative à cinquante ans de jurisprudence que cinquante notes d'arrêts portant sur un même thème développé au fil de l'actualité. Nous savons que les articles qui durent et les références qui ne s'oublient pas existent déjà (P.-Y. Gautier, *Les articles fondateurs (réflexions sur la doctrine)*, *Études Catala*, Litec, 2001, p. 255). En d'autres termes, la dématérialisation et les bases de données aidant, il est urgent de distinguer entre la structuration de l'information disponible et le savoir juridique. Classer des décisions dans des catégories déjà établies n'est pas un travail de haute volée intellectuelle. En revanche, construire des structures de classement requiert un labeur qui se compte souvent en années et se réduit parfois en apparence à de modestes plans étalés sur quelques pages.

De même, la synthèse de l'acquis jurisprudentiel n'est selon nous qu'un pis-aller. La systématique que réclame Bruno Dondero est déjà celle que les manuels et traités classiques cherchent à atteindre. L'histoire est trop connue pour être répétée dans le détail (P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 128 s.). À la fin du XIX^e siècle, la synthèse dogmatique s'impose, le modèle d'Aubry et Rau et des théories générales triomphe quand la note d'arrêt, mise en avant par les fondateurs de la Revue trimestrielle de droit civil (mais sans les arrêts !), permettra de donner l'impulsion pour une réforme jurisprudentielle d'un corpus législatif considéré comme vieillissant. Au fond, la note d'arrêt n'est pas autre chose que l'exégèse des arrêts effectuée dans une perspective systématique. Mais cette systématique a connu une lente érosion au cours du XX^e siècle au point que le lustre des grands traités pâlit aujourd'hui devant les étincelles éphémères des notes de jurisprudence. En faisant feu de tout bois, on a perdu de vue la forêt.

Et soyons lucides : la systématisation de la jurisprudence suffira-t-elle à nous sauver ? Prenons l'exemple de la question du manquement contractuel invoqué par un tiers dont il a été question ci-dessus. Le problème vient moins de savoir si la solution est certaine (elle est majoritairement attestée dans les arrêts) mais si elle est *correcte*. Autrement dit, le problème n'est pas quantitatif (combien d'arrêts ?) mais qualitatif (quelles raisons ?). C'est l'architecture de l'argumentation qui est à reconstruire et elle ne peut l'être qu'avec un vrai recul temporel et conceptuel que la pratique exclusive de la note d'arrêt inhibe par principe.

Toutefois, attention à ne pas sombrer dans la caricature. Bien sûr, il existe des commentaires d'arrêts éclairants et intelligents mais c'est précisément parce qu'ils expriment une pensée déjà mûrie. Sur la systématité, nous rejoignons Bruno Dondero par un chemin de traverse : l'arrêt doit certes s'y intégrer mais elle est celle des auteurs et non des arrêts. En d'autres termes, la systématité n'est pas donnée *par* la série jurisprudentielle étudiée mais construite *pour* l'étude de la jurisprudence. Le droit résulte d'un effort conscient de rationalisation qui trouve sa raison d'être dans le fait que les arrêts soient disparates. Les juges, en dépit des efforts colossaux qu'ils déploient, ne peuvent à eux seuls garantir la cohérence et l'unité de leur propre domaine de spécialité, à plus forte raison du droit lui-même.

La critique est aisée rétorquera-t-on mais quelles sont vos propositions ? Nous y avons déjà répondu dans des études que nous résumons ici à grands traits. Pour la formation des juristes, il faudrait acter la fin du commentaire d'arrêt et privilégier l'argumentation et la synthèse. Traiter peu de questions mais en profondeur. Développer le sens de la pertinence des problèmes à partir des cas. Ils peuvent être ceux des arrêts mais ils seront abordés dans un authentique esprit casuistique qui n'exclut nullement la dimension systématique (F. Rouvière, *Apologie de la casuistique juridique*, D. 2017. 118). Pour la doctrine, acter pareillement la fin du commentaire d'arrêt et privilégier la pensée sur le long terme avec une certaine parcimonie dans la publication. Viser l'argumentation et la synthèse poussées à un degré supérieur, sous la forme de la construction de concepts juridiques réellement opératoires et tirés de l'analyse de cas jurisprudentiels (F. Rouvière, *La méthode casuistique : l'apport des cas critiques pour la construction des catégories juridiques*, RRJ 2018. 1981 ; *Le revers du principe « différence de nature (égale) différence de régime »*, *Mélanges Jean-Louis Bergel*, Bruylant, 2013, p. 427). Sans une réflexion sur le raisonnement juridique, sur les méthodes et les pratiques du droit, les juristes resteront à jamais dans la pénombre à peine éclairée par des arrêts mille fois commentés. Bien au contraire, il faut les penser dans la pleine lumière d'une construction d'ensemble. Le commentaire d'arrêt peut mourir mais non la jurisprudence. Elle doit redevenir ce que le mot dit déjà en lui-même, à la fois sagesse pratique et théorie du droit.