Jurisprudence
Revue critique

Pourquoi une nouvelle revue ?

Il existe de nombreuses et prestigieuses revues juridiques. Celle-ci voudrait trouver sa place en contrepoint. Son ambition est de faciliter l'accès à la culture des juristes, aujourd'hui négligée, parfois méprisée, souvent reléguée à peu de choses. Son nom est « *Jurisprudence, Revue critique* », ce qui appelle une explication.

« Jurisprudence »

En son sens premier, la jurisprudence est le nom de la science du droit et désigne l'œuvre des jurisconsultes ; le droit comme savoir. En Italie, l'endroit où l'on enseigne le droit, le savoir des juristes, s'appelle d'ailleurs une faculté de « jurisprudence ». En Allemagne, le mot renvoie à la science du droit (*Rechtwissenschaft*), comme en Angleterre ou aux États-Unis où la « jurisprudence » est « la science, la théorie ou la philosophie du droit ». En France, au tournant des deux siècles précédents, la doctrine a, jouant habilement avec le mot, quasiment exclu ce sens de la jurisprudence pour en préférer un autre : la collection concordante des solutions des arrêts des juridictions suprêmes (la jurisprudence des arrêts, *usus fori*), la solution généralement donnée par les tribunaux à une question de droit.

D'un sens du mot à l'autre, la chose est-elle si différente ? Les définitions en usage le suggèrent : la doctrine n'est pas la jurisprudence. Inéluctable en apparence, une telle distinction n'est pourtant pas sans faille. En cette jurisprudence-là, il y a encore la marque des auteurs ; le juge n'offre que des matériaux bruts ; les commentateurs travaillent les attendus jusqu'à dégager des principes, puis construisent des théories générales ; et à leur tour, celles-ci nourrissent l'argument des juristes, puis le corps des jugements.

Science ou art, le droit comme jurisprudence est un savoir. L'affirmation suggère une rupture. Le droit n'est pas seulement le droit positif, valide ou en vigueur ; il n'est pas non plus naturel, en devenir ou préférable. Mesurée, la rupture n'est qu'une redécouverte ; pendant longtemps le droit ne fut que cela, jadis, lorsqu'il s'appelait jurisprudence.

« Revue critique »

Conçu comme un savoir, le droit puise sa source immédiate dans des livres. *Simple* discours, il prête plus facilement le flanc aux critiques ; il n'est plus « positif », sans aucune prétention à être vrai ; fruit de l'histoire, il est relatif. L'idée d'un autre droit, d'autres droits, devient possible à penser.

Le droit n'attend pas la règle édictée ou la décision rendue pour s'activer. Ainsi conçu, il vient nourrir les argumentations soutenues demain devant le juge. Science pratique, le savoir juridique connaît une fin qui lui est propre : permettre la réalisation des intérêts qui s'affrontent dans une société ou devant un juge.

L'activité de transmission du savoir juridique – l'enseignement du droit – n'échappe pas à la critique. Les méthodes d'enseignement doivent aussi être discutées.

La revue s'organisera en trois parties :

Des articles

La revue accueille des articles à vocation internationale et des textes sur la pensée juridique. Les contributions pourront être publiées en une autre langue que le français. Tous les auteurs qui voudraient contribuer

sont invités à nous adresser leur article (voyez la charte éditoriale en dernière page).

La publication d'un séminaire

La revue organise et publie un séminaire par numéro. Le premier séminaire porte sur « *L'enseignement du droit au début du XXIe siècle, perspectives critiques* ». Il s'est déroulé le 3 juillet 2009 à l'Université de Savoie avec le soutien du CDPPOC, le concours matériel de l'Ordre des avocats du Barreau de Chambéry et de l'AOEJC Plusieurs centres de recherche étaient associés à cet événement : le CERCRID des Universités de Saint-Étienne et de Lyon II, le Centre René Demogue de l'Université de Lille, le CRDPCQ de l'Université McGill, Montréal, l'Équipe de recherche en droit privé de l'Université de Poitiers, le LAJP de l'Université de Paris I. À propos de ce séminaire :
http ://www.jurisprudence-revuecritique.com/
Le prochain séminaire portera sur *« genre et droit »*.

Une chronique des idées

La source du savoir juridique est dans les livres. Ces derniers alimenteront donc une partie importante de la revue. Il ne s'agira pas forcément de simples recensions. La revue entend publier de véritables études à propos d'un ou plusieurs livres, contemporains ou anciens. Sur le modèle des articles donnés aux « revues internationales des livres », chaque étude pourra comporter une analyse, l'interprétation et/ou la comparaison de plusieurs textes ; idéalement, elle sera aussi accompagnée d'éléments didactiques (notice sur le ou les auteurs, sur l'œuvre, bibliographie raisonnée…).

Why a new review ?

There are several prestigious legal reviews. The aim of this one is to appear in counterpoint. Its goal is to ensure access to legal culture, nowadays neglected, sometimes despised, often relegated to nothing. Its name is "Jurisprudence, Revue critique". This requires an explanation.

"Jurisprudence"

In its first meaning, jurisprudence is a word for science of law, which refers to the work of jurisconsults ; law as a knowledge. In Italy, the place where law is taught is actually called "faculty of jurisprudence" (*facoltà di giurisprudenza*). In Germany, the word refers to legal science (*Rechtwissenschaft)* as in England or in the United States where "jurisprudence" means "the science, the theory or the philosophy of law". In France, at the change of the last two centuries, scholars have skillfully corrupted this meaning, practically banning it in favour of the following : a collection of converging solutions provided by high courts ("la jurisprudence des arrêts", *usus fori*), the solutions commonly given by courts to legal questions.

Is there such a difference between both meanings? The usual definitions suggest so : legal doctrine is not jurisprudence. Apparently unavoidable, such a distinction shows weaknesses. This jurisprudence bears the hallmarks of scholars ; judges actually deliver raw material ; critics work on decisions, so as to formulate principles, giving birth to general theories. In turn, these theories generate arguments for lawyers and, ultimately, court decisions.

Either as science or as art, law as jurisprudence is knowledge. This statement suggests a rupture. Law is not only positive law, either valid or in force ; it is neither natural, developing, nor preferable. All things considered, such a rupture really is a revival : for a long period of time, that was the meaning of law, when it was called Jurisprudence.

"Revue critique"

Conceived as knowledge, law immediately draws from the source of books. As mere speech this knowledge is more easily exposed to criticism ; it is no longer "positive", and no longer intends to be true ; as a result of history, it is also relative. The idea of another law, of other laws, can then be taken into consideration.

Law does not depend on an enacted rule or a court's decision to activate. Conceived as such, it enriches future argumentations held forth before the courts. As a practical science, legal knowledge has a purpose of its own : to allow the satisfaction of interests in conflict within a society or before jurisdictions.

Passing on this legal knowledge – teaching law – is also open to criticism. The methods of legal education must also be debated.

The review is compiled under three sections :

Articles

The review welcomes papers with an international scope as well as texts about legal thinking. The papers may be published in a language other than French. Any author willing to contribute is welcome to send his article (see the last page).

The publication of a seminar

The review organizes and publishes a seminar for each issue. The theme of the first seminar was «*Teaching law at the beginning of the 21st century, critical approaches*». It took place at Savoy university on July the 3rd 2009. With the support of the CDPPOC, the financial backing of Chambéry's Ordre des avocats du Barreau and of the AOEJC Several research centers were also our partners in the event : the CERCRID from Saint-Étienne and Lyon II universities, the Center René Demogue from Lille university, the CRDPCQ from McGill university, Montreal, the Research team in private law from Poitiers university, the LAJP from Paris I university. Concerning the seminar, turn to :
http ://www.jurisprudence-revuecritique.com/
The next seminar will focus on "*gender and law*".

A review of ideas

The source of legal knowledge is in books. The latter will then be a major part of the review, and shall not only be an inventory. The review intends to publish genuine studies concerning one or a number of books, contemporary or not. Following the standard of articles published in "international reviews of books", each study may contain an analysis, an interpretation and a comparison of several texts ; each study can be accompanied by educational elements (author(s)'s background, information about the book, selected references…).

Sommaire

Varia 11

Les civilistes français vont-ils disparaître ?
Par Philippe REMY 13

Une alternative phénoménologique de gauche
aux théories de l'interprétation de HART et KELSEN
Par Duncan KENNEDY 19

L'image du « démembrement » dans la doctrine française
Par Michel BOUDOT 33

Positivisme et droits de l'homme
Par Éric MILLARD 47

Dignité et droits de l'homme
Par Ricardo A. GUIBOURG 53

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre,
Les fondements d'une théorie pure du droit
Présentation de la préface à la seconde édition des « Problèmes fondamentaux de la théorie juridique de l'État développés à partir de la théorie de la proposition juridique »
Par Sandrine PINA 61

Préface à la seconde édition des « Problèmes fondamentaux de la théorie juridique de l'État développés à partir de la théorie de la proposition juridique »
Par Hans KELSEN 71

L'enseignement du droit au début du XXIe siècle, perspectives critiques 87

Présentation
Par Sébastien PIMONT 89

Actes du séminaire du 3 juillet 2009

Le programme d'enseignement transsystémique du droit à l'Université McGill
Par Jean-Guy BELLEY 93
Discussion 100

L'enseignement du droit en Espagne
Par Yann FAVIER 103
Discussion : L'enseignement du droit romain 109

L'enseignement du droit aux États-Unis
Par Marie MERCAT-BRUNS 113
Discussion 121

L'enseignement du droit à Sciences Po :
autour de la polémique suscitée par l'arrêté du 21 mars 2007
Par Christophe JAMIN 125
Discussion 137

De l'enseignement universitaire du droit à une pratique juridictionnelle
Par Geneviève GONDOUIN 141
Discussion 149

L'enseignement du droit dans les écoles d'avocat
Par Jean-Pierre MAISONNAS 155

Enseigner et penser le droit avec des « non juristes »
et avec des juristes qui doutent
Par Gilda NICOLAU 163
Discussion 180

La part de la recherche dans l'enseignement du droit
Par Antoine JEAMMAUD 181
Discussion 207

Contributions sur l'enseignement du droit 215

Brèves notes sur l'enseignement du droit
Par Gilbert ORSONI 217

De l'enseignement du droit au droit à l'enseignement – Variations sur
l'éducation juridique et les moyens d'ascension sociale au Brésil
Par Wellerson MIRANDA PEREIRA 223

Pour une consécration du principe « *Docendo Discimus* » dans l'enseignement universitaire
Par Petr MUZNY 233

L'enseignement du droit. Un modèle en équilibre (précaire) entre théorie et pratique
Par Antonio DI ROSA 241

L'enseignement du droit. Bibliographie sélective 261

Chronique des idées 265

Enseigner le droit complexe, redéfinir le droit en compétence
Sur une analyse américaine du programme transsystémique de McGill
Par Vincent FORRAY 267

La jurisprudence de John Austin.
À propos de *The Province of Jurisprudence Determined*
et *The Uses of the Study of Jurisprudence*
Par Alexandre GUIGUE 277

L'étude du droit de l'Union européenne aux États-Unis
Par Sébastien MARCIALI 293

Pour aller plus loin et reconsidérer notre humanité en lisant l'ouvrage de Corinne Pelluchon :
L'autonomie brisée
Par Geneviève PIGNARRE 315

Sexy scholar. Les charmes de la pensée critique nord-américaine
À propos de *Sexy Dressing, violences sexuelles et érotisation de la domination*,
Duncan Kennedy, avant-propos M. Xifaras
Par Sébastien PIMONT 329

L'œuvre d'Antoine Favre, entre humanisme et rationalisme
Par Christophe QUEZEL-AMBRUNAZ 339

Varia

Les civilistes français vont-ils disparaître ?*

Par Philippe REMY**

Dans le texte de cette conférence donnée à la Faculté de droit de l'Université de Montréal, le 1er octobre 1986, publiée une première fois par la Revue de droit de McGill (vol. 32, décembre 1986, n° 1), l'auteur explique ce que professent et ce que craignent les « civilistes ordinaires » français.

This text in which the author explains what french « ordinary civilists » teach and fear, is taken from a lecture given at the law faculty of Montreal university, on october the 1st 1986. It was first published by the McGill legal review (vol. 32, december 1986, n° 1).

* Publié avec l'aimable autorisation de l'auteur et de la *Revue de droit de McGill*.

** Professeur émérite de l'Université de Poitiers.

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

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

Faites une expérience simple. À votre prochain voyage en France, promenez-vous dans les couloirs des Facultés en interrogeant les personnes qui portent une cravate et un complet – très souvent aussi un attaché-case. Demandez-leur ce qu'ils «professent». Ils lèveront un sourcil, car ils préfèrent en général dire qu'ils « enseignent ». Puis ils vous répondront avec un sourire satisfait qu'ils enseignent le droit de l'urbanisme et de la construction, le droit de la santé, le droit du sport, le droit des communications, le droit de l'informatique, le droit de l'enfance ou de la vieillesse, le droit des femmes, le droit du logement, le droit de la banque, le droit de l'artisanat, le droit des loisirs et du *caravaning*. Je serais étonné si, au cours de votre enquête, vous ne rencontriez pas un spécialiste du droit de la chaussure.

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

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

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

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

I.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

- il ne prétend pas forger une société nouvelle : l'idée de fabriquer une société avec du droit lui semble une incongruité totale ;
- il ne prétend pas posséder une science – à peine un art empirique : il éprouve quelque malaise quand on lui propose aimablement de classer le droit civil parmi les sciences humaines ou sociales ;
- il ne prétend pas non plus imposer de règles de conduite : il sait que de telles règles dépassent de très haut son art, et qu'elles viennent d'ailleurs ;
- ses solutions sont lacunaires, provisoires et imparfaites : il est toujours prêt à en accepter de plus probablement raisonnables, après examen et discussion.

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

II.

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

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

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

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

Sous sa forme savante, la spécialisation revendique « l'autonomie ». Le spécialiste prétend alors que l'objet de son savoir est un objet distinct, généralement neuf et que sa méthode est neuve aussi, avec en général un très large appel à des disciplines auxiliaires non juridiques : sociologie, économie, psychologie, biologie, informatique. Le résultat immédiat n'est pas différent de celui que produit la spécialisation vulgaire : c'est la création d'un cours, d'une revue et l'organisation de colloques. Mais le résultat lointain est un mal plus profond, car ce qui éclate alors ce n'est plus seulement l'unité disciplinaire

du droit civil : c'est tout bonnement l'idée qu'il puisse y avoir un ordre civil, directement accessible au juriste pratiquant sa méthode dialectique ordinaire.

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

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

Il est vain d'expliquer au technicien du droit que ses techniques ne marchent pas et produisent une foule de résultats non-prévus ou non-désirés. Cela peut à la rigueur le faire changer de technique ; mais il restera convaincu du caractère instrumental de sa spécialité : le droit de la santé pour donner la santé ; le droit du logement pour fournir un logement à tous ; le droit de la consommation pour garantir la consommation. Parce qu'il vise ces résultats, le technicien continuera de vouloir un réseau complet de règles de conduite précises, permettant d'obtenir de ceux qu'il appelle les sujets de droit un comportement précis. Évidemment, la seule branche du droit qui réponde à peu près à cette définition est le *Code de la route*. Mais le technicien instrumentaliste affecte de l'ignorer.

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

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

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

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

4. Cette quatrième manie est fort curieuse à observer dans ses développements successifs. Il y a encore

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

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

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

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

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

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

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

Une alternative phénoménologique de gauche à la théorie de l'interprétation juridique Hart/Kelsen

Par Duncan KENNEDY*

*A Left Phenomenological Alternative to the Hart/Kelsen Theory of Legal Interpretation***, Legal Reasoning, Collected Essays, The Davies Book Publishers, Aurora CO, 2008

Traduction par Vincent FORRAY et Alexandre GUIGUE***

Dans ce texte inédit en français, l'auteur élabore une phénoménologie de l'interprétation juridique à partir d'une discussion des théories de Hart et Kelsen. Il entend ainsi répondre à certaines critiques formulées à l'encontre des Critical Legal Studies (CLS) en précisant la position de l'approche dite « phénoménologique de gauche ».

In this paper, which had yet never been translated into french, the author develops a phenomenology of legal interpretation by questioning the Hart/Kelsen theories. He thus means to respond to certain critics aimed at the Critical Legal Studies (CLS) by clarifying the position of the «left phenomenological» approach.

* Carter Professor of General Jurisprudence, Harvard Law School.

** La première version de ce texte a été présentée pour une conférence à l'UNAM, *Problemas Contemporaneos de la Filosofia del Derecho* et publiée sous le titre *A left Phenomenological Critique of the Hart / Kelsen Theory of Legal Interpretation* dans les actes de cette conférence, Caceres *et al.*, eds., *Problemas Contemporaneos de la Filosofia del Derecho* (Mexico City, 2005). Cette première version a été traduite en hollandais et publiée sous le titre *Een linkse fenomenologische kritiek op de rechtsvindingstheorie van Hart en Kelsen* in *3 Nederlands tijdschrift voor Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 242 (2004). La version présente, substantiellement corrigée, a d'abord été publiée en anglais dans 40 Kritische Justiz 296 (2007) puis comme chapitre du livre *Legal Reasoning, Collected Essays* (The Davies Book Publishers, Aurora CO, 2008). Merci à Imer Flores et Brian Bix pour leurs précieux commentaires. Les erreurs ne sont imputables qu'à moi seul.

*** Merci à Duncan Kennedy du travail qu'il a consacré à cette traduction, du temps passé à préciser et enrichir le texte. Merci à Mikhaïl Xifaras pour son aide très précieuse. Merci à Sébastien Pimont pour ses relectures.

Cet article comprend trois parties. La première résume quelques points qui sont communs aux théories de l'interprétation juridique de HLA Hart et Hans Kelsen. La deuxième résume ce que pourrait être une alternative de gauche au positivisme juridique, telle qu'elle est développée par le courant phénomenologique de gauche, au sein des *Critical Legal Studies* (CLS). La troisième entend préciser en quoi consiste cette alternative, en réfutant l'un des nombreux contresens habituellement faits par le *mainstream* positiviste et post-positiviste de la théorie du droit étasunienne à propos des positions défendues par CLS.

I.

Cette première partie porte sur une idée qui se trouve aussi bien dans les textes brefs et canoniques de Hart que dans ceux de Kelsen sur l'interprétation juridique[1]. La norme qu'il s'agit d'interpréter se présente comme une zone, ou comme une aire, comportant deux parties. Chez Hart, on distingue un « noyau de certitude » et une « pénombre d'incertitude », encore appelée « frange d'imprécision » ou « aire de texture ouverte »[2]. Chez Kelsen, on distingue un « cadre ouvert à plusieurs possibilités d'application »[3]. Dans le noyau hartien, la norme contraint (ou « détermine ») la décision de l'interprète. Dans la pénombre, tout est question d'appréciation discrétionnaire, ou de mise en balance de considérations conflictuelles, ou de préférences législatives du juge (*judicial legislation*), ou de création de normes nouvelles. À l'extérieur du cadre kelsenien, la norme détermine la décision de l'interprète. Mais à l'intérieur du cadre, la norme est susceptible de diverses interprétations alternatives possibles, parmi lesquelles le juge est obligé de choisir, exerçant un pouvoir discrétionnaire, balançant des intérêts, ou créant des normes nouvelles. La norme ne détermine pas la décision de l'interprète.

La qualité propre qu'a une norme de déterminer la solution du cas auquel elle s'applique (parce qu'elle impose son unique signification possible aux interprètes qui ont la charge de l'appliquer), son caractère « déterminant » ou encore « contraignant » [*determinacy*] est, selon Kelsen et Hart, affaire de degré. Pour Kelsen, les normes constitutionnelles définissant l'exercice du pouvoir législatif sont relativement peu contraignantes pour ce qui est des lois que le législateur devrait adopter, mais sont relativement plus contraignantes pour ce qui est du contenu des décisions de justice qui sont réputées appliquer ces lois. De la même manière, chez Hart, les normes ont des zones de pénombre plus ou moins étendues, bien que même les standards juridiques (par exemple le « juste prix ») comportent un noyau de certitude.

Il me semble que les positivistes devraient attacher la plus haute importance au fait que Hart, aussi bien que Kelsen, affirment l'existence inévitable d'une zone dans laquelle la signification de chaque norme singulière est indéterminée, mais que ni l'un ni l'autre ne sont en mesure de nous expliquer clairement pourquoi cette zone existe. En outre, chez l'un comme chez l'autre, l'utilisation de la métaphore spatiale est un obstacle majeur à la compréhension de ce qu'ils veulent dire[4]. Cela étant, rien dans la discussion qui va suivre ne me semble dépendre de l'interprétation de leur position sur ce point.

1 HLA HART, *Le concept de droit,* 2e éd., trad. par M. van de Kerchove, Facultés universitaires Saint Louis, 2005, désormais cité : Hart. Hans KELSEN, *Introduction to the Problems of Legal Theory* (B. Paulson & S. Paulson, trans. Oxford, 1992 [1934], désormais cité : Kelsen (il s'agit de la traduction américaine de la première édition de la *Théorie pure du droit*; le lecteur francophone se reportera donc à la traduction française de la deuxième édition par Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, Bruylant L.G.D.J., 1999).

2 HART, par ex., 119-20, 123-26, 128, 131, 135, 143, 150.

3 KELSEN, 77-81.

4 Cf. pour d'utiles discussions Letizia GIANFORMAGGIO & Stanley PAULSON, *Cognition and Interpretation of Law* (Torino, 1995).

Dans le même ordre d'idées, il est étonnant que chacun de ces deux auteurs fasse un usage aussi confus du terme « caractère déteminant » [*determinacy*]. Parfois, le terme veut dire seulement qu'on peut prédire avec un haut degré de certitude ce que ferait l'interprète si tel ou tel cas lui était soumis[5]. Parfois, le terme indique que l'opération d'interprétation de la norme est « cognitive », au sens où elle est considérée comme une opération de reconnaissance de la signification que revêt la norme dans le contexte factuel du cas d'espèce, cette signification étant comprise comme indépendante de l'observateur, en sorte qu'elle peut être conçue comme la « vérité en la matière », quand bien même les interprètes seraient probablement en désaccord sur ce qu'est cette vérité[6]. Encore une fois, tout ceci ne sera pas discuté dans ce qui suit.

Ce qui sera souligné dans l'analyse qui va suivre, c'est que pour les cas situés dans l'aire de certitude, Hart et Kelsen font comme si la reconnaissance de la signification univoque de la norme, ou du très haut degré de certitude de ce que fera l'interprète chargé de son application, était une opération automatique, qui ne requiert aucun effort, dès lors qu'elle est accomplie de bonne foi. Kelsen semble n'avoir aucune conscience du problème, il présuppose toujours que la position du cas en cause, à l'intérieur ou à l'extérieur du cadre est connue par avance. Décider dans quelle situation se trouve le cas est pour lui un « acte de connaissance »[7]. Hart est plus nuancé dans sa description des cas où l'application de la norme est indéterminée. Pour lui, il se trouve que des « incertitudes » peuvent « surgir dans certains cas concrets particuliers », que de telles incertitudes sont « continuellement charriées par la nature ou l'invention humaine »[8]. Et pourtant, tel cas d'espèce donné est toujours simplement supposé *être* déjà *situé* dans l'un ou l'autre de ces deux espaces métaphoriques (noyau ou pénombre).

C'est peut-être la raison pour laquelle chacun de ces auteurs est parfois qualifié de « formaliste ». Lorsqu'ils affirment que, dans une situation particulière, il n'y a qu'une seule bonne réponse (*right answer*) à une question d'interprétation, leur lecture est littéraliste, quelle que soit par ailleurs l'insistance avec laquelle ils soulignent la nature discrétionnaire des interprétations faites dans la pénombre ou dans le cadre. Il est pourtant très clair que chacun de ces auteurs se percevait lui-même comme un ennemi déterminé du mode de raisonnement juridique qui était à leur époque appelé « formalisme », nommément la jurisprudence des concepts.

La jurisprudence des concepts accepte qu'il puisse y avoir des situations dans lesquelles il y a plus d'une norme valide (sections du code ou précédents jurisprudentiels) applicable au cas, chacune de ces normes valides, considérées isolément, étant susceptible de s'appliquer aux faits de la cause, et accepte aussi que l'application de l'une ou l'autre de ces normes puisse produire des résultats très différents. Les tenants de la jurisprudence des concepts (et leurs critiques cf. Gény dans *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*[9]) sont également disposés à penser que des cas « nouveaux » se présentent, au sens où il n'y a pas de norme juridique

5 Hart, par exemple : « Le cas évident, où les termes généraux ne semblent pas exiger d'interprétation et où la reconnaissance des instances semble ne pas poser de problème ou être « automatique » *sont seulement les cas ordinaires, qui se reposent toujours de la même manière dans des contextes similaires, pour lesquels existe un accord général sur la règle applicable et la qualification* », p. 123. Pour d'utiles discussions, cf. Brian Bix, *Law, Language and Legal Determinacy* (New York, 1993).

6 Hart évoque « des exemples évidents, indiscutables de ce qui satisfait ou pas les standards généraux », p. 128. La référence à un « accord général » a ici disparu. Lorsque Kelsen traite de la prise en compte de considérations extra-juridiques dans la création du droit au sein du cadre, il évoque « un espace pour des actes de connaissance qui se situent au-delà de la découverte du cadre à l'intérieur duquel l'acte d'application de la norme est inscrit », p. 83.

7 Cf. Kelsen, cf. note 6 *supra*.

8 Hart, 123, 132.

9 François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, 2e éd. (Paris, L.G.D.J., 1919).

qui aurait été spécialement posée par le législateur pour traiter ces cas.

La méthode de la jurisprudence des concepts attend du juge qu'il traite la question des conflits et des lacunes de la manière suivante : il doit d'abord présupposer la cohérence du « système » considéré comme un tout, et ensuite choisir parmi les normes en conflit applicables au cas, ou parmi les nouvelles normes susceptibles de l'être, celle qui « s'accorde » le mieux avec les normes voisines dans le système. Si la solution n'apparaît pas clairement, le juge passe au niveau des normes plus abstraites qui sont impliquées explicitement ou implicitement par « le système » d'où les normes particulières sont censées procéder (Savigny[10]). À nouveau, le juge choisit une norme ou en conçoit une nouvelle, mais sans avoir eu à exercer un pouvoir discrétionnaire, ni à balancer les intérêts en cause, ni à s'ériger en « juge législateur ».

Du point de vue de H/K, l'opération de « construction » par laquelle le juriste conceptuel se dépêtre des conflits de norme et des lacunes est un pouvoir discrétionnaire du « juge législateur ». Ils estiment que les tenants de la jurisprudence des concepts surestiment le caractère contraignant de l'ordre juridique, que ce soit des normes prises isolément ou du « système » considéré comme un tout. Une des vertus majeures du positivisme, tel qu'ils le conçoivent, est de reconnaître et même de souligner le pouvoir du juge législateur que la jurisprudence des concepts occulte.

Outre l'interprétation littérale et la jurisprudence des concepts, on trouve, dans la tradition juridique occidentale, une troisième méthode d'interprétation des normes : l'analyse en termes de politique juridictionnelle [*policy analysis*], ou encore la méthode de la balance des intérêts, ou proportionnalité. Ici, l'interprète se considère lui-même comme ayant à choisir entre des normes, ou des formulations de la norme, choix qui s'opère en faisant appel à diverses considérations antagoniques, dont il estime qu'elles sous-tendent le système juridique considéré comme un tout.

On trouve de très nombreuses variantes de cette méthode d'analyse en termes de politique juridictionnelle [*policy analysis*]. Dans la balance, on peut placer des droits, des pouvoirs, des principes ou des finalités instrumentales qu'on présume d'intérêt général, ou encore des intérêts de bonne administration du droit (par exemple sécurité juridique *versus* souplesse de l'équité), ou des intérêts liés à la conservation de l'architecture du système (par exemple : subsidiarité, séparation des pouvoirs). Ou tout ça à la fois[11].

Hart voit dans ce type de mise en balance la méthode appropriée pour résoudre les cas situés dans la pénombre, ou dans l'aire de texture ouverte[12]. Kelsen ajoute simplement qu'elle ne résout pas le problème du caractère discrétionnaire des interprétations, parce qu'elle « ne fournit pas l'étalon objectif à l'aide duquel on pourrait comparer les uns aux autres des intérêts opposés »[13].

Pour CLS, il est essentiel de souligner que l'antiformalisme de H/K *présuppose* un schéma dans lequel chaque cas est déjà situé *ou bien* dans l'aire de certitude, *ou bien* dans la pénombre (ou dans le cadre). Ce qui compte, dans la discussion qui suit ce n'est pas que H/K reconnaissent que l'analyse de politique juridictionnelle [*policy analysis*] est fréquemment et légitimement

10 Friedrich von Savigny, *Traité de droit romain,* trad. Ch. Guenoux, Paris, F. Didot frères, 1855-1860.

11 Cf. de manière générale, Duncan Kennedy, « *From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy : Lon Fuller's Consideration and Form* », 100 Colum. L. Rev. 94 (2000) ; Duncan Kennedy, « *The Disenchantment of Logically Formal Legal Rationality, or Max Weber's Sociology in the Genealogy of the Contemporary Mode of Western Legal Thought* », 55 Hastings L. J. 1031 (2004) ; Duncan Kennedy & Marie-Claire Belleau, « *La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine* », Revue interdisciplinaire d'études juridiques, vol. 56, p. 163 (2006).

12 Hart, par exemple 126-30.

13 Kelsen, 82.

mobilisée par les acteurs, mais qu'ils passent sous silence les raisons qui font que le cas sera (ou ne sera pas) situé dans la pénombre ou dans le cadre, et qu'on en concluera qu'aucune « bonne réponse » (*right answer*) n'est disponible pour le résoudre.

En d'autres termes, avant même que ne commence l'analyse de politique juridictionnelle [*policy analysis*], et quelque que soit son contenu, l'interprète a explicitement ou implicitement classé le cas dans la catégorie des cas qui impliquent un conflit de normes, ou une lacune, ce qui le délie de l'obligation élémentaire d'appliquer une norme dès lors que celle-ci est claire et qu'elle s'applique clairement aux faits de l'espèce. H/K ressemblent aux conceptualistes et aux inventeurs de la balance des intérêts en ceci qu'ils ne théorisent pas ce classement préalable.

II.

Cette deuxième partie propose, d'abord une étude de l'opération par laquelle les interprètes classent les cas dans une des deux catégories suivantes : soit la seule chose que requiert la résolution de ce cas est l'application automatique d'une norme, soit, parce que nous sommes dans la pénombre ou dans le cadre kelsénien, ou encore parce qu'il y a un conflit ou une lacune, la résolution du cas exige quelque chose de plus que la simple application automatique d'une norme (ce « quelque chose de plus » pouvant être un choix entre plusieurs interprétations plausibles, fondé sur l'intention du législateur, une analyse de la cohérence du système, une analyse téléologique, une analyse de politique juridictionnelle ou tout ce qu'on voudra). Ensuite, cette deuxième partie propose une étude du rôle de « l'idéologie » dans l'opération de classement puis de résolution des cas, lorsque ces derniers impliquent des enjeux significatifs. En troisième lieu, les résultats obtenus seront mobilisés pour comprendre le rôle que joue l'idéologie dans l'évolution et la stabilité du droit[14].

A.

Dans le schéma Hart/Kelsen, que partagent la jurisprudence des concepts et l'analyse des politiques juridictionnelles [*policy analysis*], aucune place n'est laissée pour une activité que je placerais pour ma part au centre d'une phénoménologie des noyaux, cadres, lacunes et conflits, une phénoménologie qui pourrait rendre compte du caractère déterminé ou indéterminé de l'application des normes aux cas. Cette activité est le « travail juridique », compris comme la transformation d'une appréhension initiale (Husserl[15]) de la solution au cas d'espèce que commande l'ensemble du matériau juridique que fournit le système (Cette notion de travail s'inspire de Marx, *Economic and Philosophical Manuscripts of 1844 – 1845*[16]).

Le travail juridique, dans le sens où j'utilise le terme, qu'il soit relatif aux noyaux, cadres, pénombres, conflits ou lacunes, est « stratégiquement » engagé. Le travailleur souhaite substituer à l'appréhension initiale de la norme applicable au cas d'espèce (telle que l'impose le matériau juridique que fournit le système), une appréhension nouvelle de ce matériau juridique, selon laquelle une solution différente, plus conforme à ses propres préférences extra-juridiques, sera donnée au cas.

Le travail juridique intervient après l'appréhension initiale des faits dans leur contexte et la prise de

14 Cette section est pour l'essentiel un résumé de l'approche proposée dans « *Freedom and Constraint in Adjudication* », *in* Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)* (Cambridge, Mass., 1997), Parties 1 & 3.

15 Edmund Husserl, « The Natural Attitude an its Exclusion » (1913) in Edmund Husserl, *The Essential Husserl: Basic Writings in Transcendental Phenomenology* (Donn Welton, ed., 1999) 60.

16 Karl Marx, « *Economic and Philosophical Manuscripts* » in *Writings of the Young Marx on Philosophy and Society* (L. Easton & K. Guddat, eds. & trans. New York, 1967 (1844)).

conscience pré-reflexive de la norme qui leur est applicable. L'interprète « saisit » la situation comme un tout auquel s'applique une norme donnée (c'est un processus de *mise en forme* (*Gestalt)*, comme dans la *Gestalt Psychology*[17] [*Psychologie de la forme*] de Kohler), et la question qui se pose à lui est celle de savoir si les faits dont l'existence aura été prouvée suffiront ou pas à déclencher l'application de cette norme. Quelqu'un est mort. La cour se demande, en premier lieu, si l'accusé a tué la personne et, ensuite, si l'acte peut être qualifié d'homicide, ce qui « dépend des faits ». Souvent, une fois ces faits prouvés, il ne viendra à l'idée de personne d'entreprendre un travail juridique orienté vers une autre interprétation de la norme qui définit et punit l'homicide. Les faits seront compris comme établissant « d'eux-mêmes » la culpabilité ou l'innocence, la norme sera comprise comme « s'appliquant d'elle-même » en apparence sans aucun façonnage de l'interprète.

Il est courant que les faits adviennent à l'existence juridique à travers le travail des enquêteurs, de sorte que les faits présentés dépendent des stratégies conduites et des efforts consentis par les autorités de poursuites et par les parties. Il est aussi courant que les avocats et le juge, et à un niveau plus abstrait, les juristes en général travaillent parfois à transformer l'appréhension initiale de la norme qui régit les faits de l'espèce et les conditions de son application. J'ai décrit ailleurs, sans doute de manière un peu trop détaillée, les divers moyens employés pour y arriver. Ces moyens, considérés ensemble, permettent « une conduite stratégique du travail d'interprétation ».

Voici trois types de conduite stratégique du travail d'interprétation :

- Premièrement, essayer de trouver des arguments de droit qui créeront la nécessité juridique d'appliquer une « règle-impliquée-par-les-faits-donnés », règle qui ne sera précisément pas celle qui avait initialement semblé s'imposer avec la force de l'évidence. Par exemple, en essayant de faire apparaître une exception nécessaire à la règle évidente censée trancher le litige, ou bien en affirmant que le « vrai sens » de cette règle évidente n'est pas celui qu'on lui attribuait à première vue.
- Deuxièmement, faire en sorte que le cas qui semblait appeler nécessairement une décision discrétionnaire du juge (un cas qui se situe donc dans la pénombre ou dans le cadre) apparaisse comme étant finalement, contrairement à l'intuition première, régi par une « règle-impliquée-par-les-faits-donnés » que le matériau juridique en cause impose de toute évidence (*i.e.* le cas d'espèce se trouve en fait dans le noyau ; hors du cadre kelsénien).
- Troisièmement, essayer de contrer une solution qui se présentait initialement comme allant de soi, en proposant une perception de la situation juridique qui permette désormais au juge de choisir parmi plusieurs solutions alternatives possibles, toutes également acceptables juridiquement (i.e réinterpréter le cas pour le déplacer du noyau vers la pénombre ; de l'extérieur à l'intérieur du cadre où s'exerce le pouvoir discrétionnaire du juge).

Quelle que soit l'option choisie, l'interprète travaille à créer ou à défaire l'apparente évidence qu'une solution donnée s'appliquerait nécessairement au cas, plutôt que de se contenter d'enregistrer cette norme ou de la ressentir comme un donné qui procède des faits de l'espèce.

Le travail présuppose la médiation d'un matériau que le travailleur « façonne ». Dans ce cas du travail juridique, le matériau est l'ensemble des éléments juridiques

17 Wolfgang KÖHLER, *Psychologie de la forme : introduction à de nouveaux concepts en psychologie,* trad. par Serge Bricianer, présentation par Jean-Maurice Monnoyer, nouvelle éd. Gallimard, 2000.

qui sont considérés comme pertinent pour établir la signification de la norme en sorte qu'elle soit applicable aux faits de l'espèce. Ce matériau comprendra certainement le dictionnaire et ses définitions, le dictionnaire juridique et d'autres définitions, passablement différentes des premières, le commentaire doctrinal, le corps complet des règles de droit valides, peut être quelques principes plus généraux et quelques droits [*rights*] plus fondamentaux, éventuellement les débats parlementaires, éventuellement encore la jurisprudence. De notre point de vue, la question n'est pas de savoir quelles sont officiellement les « sources du droit » mais de déterminer quels éléments sont effectivement recherchés et déployés dans le travail de défense des positions des parties et de justification des décisions.

Le travailleur utilise les divers éléments qui composent le matériau juridique pour convaincre un auditoire quelconque (et lui-même par la même occasion) que l'appréhension initiale (la sienne ou celle d'un tiers) du matériau juridique comme déterminant ou pas la solution du cas d'espèce n'était en fait pas correcte. Mais rien ne garantit que cette entreprise soit couronnée de succès. Le travail juridique n'est ni un acte de connaissance de ce que les normes imposent nécessairement ni le pouvoir discrétionnaire de définir le droit au gré de ses principes législatifs préférés. Il se trouve quelque part entre les deux. Le matériau juridique contraint le travail juridique, mais à la manière dont le médium qu'il façonne contraint l'activité de n'importe quel travailleur. Il ne contraint que l'effort qui vise à lui attribuer telle ou telle signification particulière.

Dire que l'interprétation de la règle était finalement « déterminée » revient simplement à dire qu'à la fin du processus de travail, l'interprète n'a pas été capable d'accomplir la ré-interprétation stratégique de la signification de la norme-appliquable-aux-faits qui se présentait initialement comme allant de soi. En d'autres termes, les *Critical Legal Studies*, telles que je les conçois, acceptent entièrement l'idée positiviste selon laquelle le droit est parfois déterminé et parfois indéterminé. CLS rejette à la fois l'idée d'une indétermination globale et l'idée selon laquelle il y aurait toujours une interprétation correcte unique, quelle que soit la difficulté ou l'opacité du chemin qui y mène. Mais CLS rejette aussi l'idée que le caractère contraignant ou pas d'une norme serait une « qualité » ou un « attribut » inhérents à cette dernière, indépendants du travail de l'interprète.

Le succès d'un travail juridique visant la transformation de l'appréhension initiale selon laquelle s'impose nécessairement (ou pas) une norme-applicable-aux-faits est affaire de temps, de stratégie, de talent, et des attributs « intrinsèques » ou essentiels, ou « objectifs » ou « réels » de la norme qu'on s'essaye à changer, tels que ces attributs apparaissent dans le contexte des faits de l'espèce.

La question qu'on pourrait appeler « ontologique » est celle de savoir s'il est pertinent d'affirmer que si, à la fin du délai imparti pour le travail sur la norme-applicable-aux-faits, son application se présente comme déterminée, c'est-à-dire d'affirmer que si la norme se présente comme absolument contraignante ou « valide », ce caractère d'être contraignante doit alors être considéré comme un attribut qui lui est propre, une qualité qui lui serait inhérente. On peut considérer au contraire que le caractère d'être déterminé ou indéterminé de l'application de la norme-appliquable-aux-faits ne peut être comprise que comme un « effet », l'« effet de la nécessité » ou l'« effet de la contrainte », produit de manière contingente par l'interaction entre d'un côté le temps, la stratégie, le talent de l'interprète et de l'autre cette *inconnaissable* « chose en soi » ou « essence » de la norme-applicable-aux-faits de l'espèce et leur contexte.

Le juriste au travail opère une réduction phénoménologique classique ou « mise entre parenthèses » [*epochè*] (Husserl) [18] de la question de savoir si la résis-

18 Husserl, *op. cit.* p. 65.

tance de la règle à la réinterprétation est un produit de ce qu'elle est « vraiment » ou si c'est simplement un problème de temps, de stratégie et de talent. Le travailleur procède en essayant de changer les choses, sans engagement ontologique préalable. Pour l'interprète stratégique, adopter un engagement ontologique fort à propos de l'essence de la norme ne servirait à rien. La position phénoménologique de gauche au sein de CLS adopte la même attitude que lui.

B.

L'ampleur du travail à fournir dépend des enjeux en cause. La distinction de Max Weber entre enjeux matériels et idéaux est ici utile[19]. Les parties peuvent avoir des motivations d'ordre matériel, de même que les juges d'ailleurs, mais il semblerait que les juges et les juristes en général ne soient le plus souvent conscients que de leurs motivations idéales. Ces juristes choisissent une stratégie de travail donnée parce qu'ils comprennent l'entreprise dans laquelle ils sont engagés comme ayant à voir avec « la justice », en un sens qui ne se confond pas avec la simple application du droit en vigueur.

Ils comprennent aussi leur devoir de réaliser la justice comme étant « subordonné » au droit. La réalisation de ce devoir ne peut donc être entreprise qu'une fois l'état du droit positif en vigueur établi. La définition courante de l'activité juridictionnelle (ou plus généralement juridique) ne dit rien du travail juridique que requiert l'établissement du droit positif parce que le modèle standard (positiviste) ne reconnaît que deux catégories d'actes, les actes de connaissance et les actes de volonté discrétionnaires, ce qui ne laisse aucune place pour concevoir un tel travail.

Ceux qui comprennent l'interprétation comme étant soit un acte de connaissance, soit un acte de volonté discrétionnaire sont enclins à considérer comme illégitime le travail juridique qui s'efforce de modifier la signification à première vue évidente d'une norme, dans un but stratégique, autrement dit extra-juridique. Mon avis est que cet argument de l'illégitimité ne tient pas.

D'abord, la plupart des gens accordent que les juges sont obligés de travailler aux interprétations qu'ils produisent, et doivent pour ce faire orienter leur travail. De fait, la plupart des juristes considéreraient que le juge manquerait à ses devoirs s'il se contentait d'enregistrer la signification de la norme qui semble aller de soi à première vue, quelle que soit cette signification, et quand bien même aurait été pointée la possibilité d'une interprétation alternative. On comprend pourquoi : le juge sait que son travail est susceptible de changer ce qui apparaissait initialement comme la signification de la norme-applicable-aux-faits. Il ne peut pas la considérer comme « vraie » simplement parce que cette signification se présentait au départ comme allant de soi.

Faisant face à la nécessité de travailler dans une direction ou une autre, les juges, et plus généralement les juristes, orientent souvent ce travail dans le but de traduire leurs inclinaisons extra-juridiques ou leurs préférences en matière de justice-selon-les-règles [*justice-in-rule-choice*] dans les décisions de justice. Dans le dialecte étasunien, on les appelle « activistes ». Dans la conscience juridique contemporaine les juges qui travaillent de cette manière s'exposent au reproche de faire leur travail « idéologiquement ».

Dans le discours juridique contemporain, une idéologie est un « projet d'universalisation » (Habermas[20]), qui engage l'affirmation de conceptions controversées de la justice, considérées par les détracteurs de l'idéologie comme de simples rationalisations d'intérêts partisans, et par les convaincus comme exprimant *non seulement* des intérêts

19 H. H. GERTH & C. Wright MILLS, « Introduction » à *From Max Weber : Essays in Sociology* 61-65 (New York, 1946).

20 Jurgen HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel, 1 Rationalité de l'agir et rationalisation de la société* trad. par J.-M. Ferry, Fayard, 1987, 16-19.

communs à tous (Mannheim[21]), *mais aussi* les intérêts particuliers que les détracteurs qualifient de partisans.

Poursuivre un projet juridique ouvertement idéologique est un problème pour les juges, et plus généralement pour les juristes, parce que même si nous reconnaissons que les juges sont contraints par leur office de travailler à la production d'un droit positif qui corresponde à la justice, la théorie démocratique et libérale de la séparation des pouvoirs repose sur la prémisse que l'idéologie est acceptable dans l'enceinte d'une assemblée démocratiquement élue, mais pas chez le juge (ou chez le juriste en général).

Les juges répondent souvent à ce dilemme en prétendant faire leur travail et en essayant effectivement de le faire, à l'abri des influences idéologiques – en mettant entre parenthèses leurs principes législatifs préférés lorsqu'ils décident dans quelle direction ils vont chercher à déplacer les noyaux et les cadres. Mais ce faisant, ils doivent composer avec le fait que leur public, et eux-mêmes, lisent les diverses interprétations qui s'offrent à leur choix, lorsque les enjeux sont importants, comme étant le reflet d'idéologies distinctes.

En présence de ce dilemme, les juges (et les juristes en général) adoptent très fréquemment soit une posture « bipolaire » [*bipolarity*], soit celle de « couper la poire en deux » [*difference splitting*]. Dans la première, le juge établit, pour lui et pour les autres, qu'il est idéologiquement « neutre » parce qu'au fil de ses décisions, il alterne de manière imprévisible des solutions qui engagent chacune des idéologies antagoniques. Dans la seconde, le juge établit sa neutralité en adoptant une position « centriste », dans laquelle il choisit à chaque fois une solution où les deux parties se voient accorder partiellement ce qu'elles revendiquent, sans qu'aucune ne voit jamais satisfait l'ensemble de ses demandes. Ces deux postures sont de mauvaise foi, au sens que Sartre donne à ce terme dans *l'Être et le néant*[22], parce qu'elles évitent un conflit de rôle par le déni (au sens que lui donnent Freud[23] et Anna Freud[24]).

La posture du juge « activiste » qui défend ses engagements idéologiques consciemment ou inconsciemment (au lieu d'affirmer sa neutralité en étant soit imprévisible soit centriste) me semble être un comportement éthiquement plus convainquant. Le juge sait que son travail peut conduire ou ne pas conduire à une décision qui se rapproche de ses principes législatifs préférés. Supposons qu'il soit convaincu d'être tenu d'appliquer la règle de droit, s'il ne parvient pas à la déstabiliser au moyen des méthodes habituelles de l'activité juridictionnelle, c'est-à-dire en procédant à l'examen du matériau juridique permettant sa réinterprétation, en accord avec les canons reçus du raisonnement juridique.

Pourquoi ne devrait-il pas consacrer son travail, son temps, sa stratégie et ses compétences, à dégager l'argument qui fera correspondre le droit à la justice selon sa conception ? Il me paraît clair que c'est en s'abstenant de le faire qu'il agirait de manière illégitime, c'est-à-dire en échouant à essayer de refaçonner le droit positif pour le faire correspondre à son idée de la justice. Le rôle du juge et plus généralement du juriste exige la fidélité au « droit », dans un sens complexe qui associe un élément positif et un élément idéal.

Cette position, parce qu'elle légitime l'effort fait pour infléchir le droit dans le sens de l'orientation idéologique préférée du juge (ou plus généralement du juriste) est, bien sûr, « anarchiste » (ou à tout le moins « pluraliste ») si on la compare au point de vue « jacobin » selon lequel la légitimité du droit se situe dans la seule volonté

21 Karl Mannheim, *Ideology and Utopia: An Introduction to the Sociology of Knowledge* (New York, 1936).

22 Jean-Paul Sartre, *L'Être et le néant: essai d'ontologie phénoménologique*, 1943, Gallimard, 1980.

23 Sigmund Freud, *Sexuality and the Psychology of Love* (New York, 1963).

24 Anna Freud, *Le moi et les mécanismes de défense,* trad. par A. Berman, 14e éd., PUF, 1996.

du peuple. Surtout, elle pose un problème de régression à l'infini quant à savoir si le juge a en fait déstabilisé la norme en utilisant seulement ce que je viens de décrire comme des « méthodes habituelles de l'activité juridictionnelle ». Mais les théories alternatives qui condamnent le travail juridique *a priori* sont encore moins satisfaisantes parce qu'elles ne sont pas cohérentes avec la compréhension que notre société se fait des devoirs associés à l'office du juge.

C.

Reconnaître que les juges peuvent travailler et travaillent effectivement à modifier les noyaux et les cadres (que ce travail soit ou non jugé légitime) sape une idée fondamentale de Hart/Kelsen. C'est ce que Kelsen appelle la « conception dynamique »[25], selon laquelle la création de normes va de l'abstrait au concret, ou au particulier. Chez Hart, c'est l'idée que l'activité juridictionnelle « complète » la pénombre, comme l'a fort bien exprimé MacCormick dans la citation suivante :

> « La thèse selon laquelle même les lois et les lignes les mieux dessinées laissent subsister une certaine pénombre de doute, qui appelle l'exercice de pouvoirs partiellement discrétionnaires pour lever ce doute, n'est pas particulièrement nouvelle, elle est même monnaie courante dans le positivisme juridique moderne.
>
> Un point essentiel, cependant, est qu'on ne devrait pas omettre ou sous-estimer l'importance de l'activité de tracer des lignes ou de la *determinatio*, dont il a déjà été question. Le droit peut résoudre et résout réellement des problèmes de primauté entre principes en fixant des règles, et même lorsque des questions d'interprétation de ces règles se posent, elles portent sur des points plus précisément définis que si les problèmes de primauté se posaient plus largement, au niveau des principes purs. Fixer des règles ne peut être fait que par la législation et la jurisprudence, et plus fréquemment, dans un système moderne, par une combinaison des deux. C'est un des dons que le droit fait à la civilisation que de pouvoir soumettre des questions pratiques à des formes argumentatives plus précisément définies que celles qui s'offrent à la raison pratique lorsqu'elle s'exerce sans restriction » [26].

Si le travail juridique stratégiquement orienté peut perturber les appréhensions initiales des noyaux ou des cadres, alors l'affirmation sur le « don du droit à la civilisation » est beaucoup trop optimiste. Lorsque j'ai traité de cette question de manière plus approfondie[27], je suggérais que les « petites » questions pouvaient engager des enjeux idéologiques majeurs. J'ai aussi défendu l'idée, à rebours de MacCormick, que les arguments de principes réapparaissent à chacun des différents niveaux d'abstraction, de sorte que résoudre des problèmes « tout en bas » de la pyramide impliquait l'usage, à chaque niveau, d'arguments qui n'étaient pas moins controversés que ceux qui s'appliquaient à son sommet. C'est l'argument tiré du phénomène de « l'entrecroisement » [*nesting*][28].

25 KELSEN, s. 43, p. 91.

26 Neil MACCORMICK, « Reconstruction after Deconstruction : A Response to CLS », 10 *Oxford J. Leg. Stud.* 539, 553-54 (1990).

27 *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, 172-173.

28 [29] « Nesting », qu'on peut traduire par « entrecroisement », est le nom que donne Duncan Kennedy à la réapparition, au sein de la solution offerte à un problème de droit, du conflit que cette solution était censée résoudre. Lorsqu'un couple de catégories contraires est mobilisé dans un argument, le phénomène de l'« entrecroisement » correspond au redoublement de la contradiction, sous la forme d'un chiasme, au sein de chacun des deux termes initiaux de la contradiction. Par exemple, pour décider d'une question donnée de compétence, il est fait appel à la distinction droit public/droit privé. On croit avoir offert une solution en affirmant que le problème relève du droit privé, mais l'opposition droit public / droit privé réapparaît au sein du « droit privé », le droit de la responsabilité civile pouvant être désigné comme la partie « publique » du droit des obligations, et le droit des contrats comme sa partie « privée », et ainsi de suite. [Note des Traducteurs]. Cf. « A Semiotics of Legal Argument » *in 3 Collected Courses of the Academy of European Law*, Book 2, 309-365 (Kluwer Academic Publishers, Netherlands 1994), particulièrement chapitre VI, p. 344 à 349 et p. 357 *sq.*

Pour notre propos ici, un autre point doit être souligné : même lorsqu'une interprétation a été fixée, le travail peut la déstabiliser. Cela signifie que le travail peut « infléchir » ou « déplacer » les noyaux et les cadres. Il y a dès lors une dynamique « de bas en haut » qui contrebalance plus ou moins la dynamique de haut en bas, de l'abstrait au concret chère à Hart et Kelsen. Au lieu de focaliser progressivement le terrain de la controverse dont parle MacCormick, le travailleur peut espérer fendre les noyaux, ou les dissoudre.

Ainsi, le travail fait plus que compléter dynamiquement le cadre, ou la pénombre, par des choix normatifs stratégiquement orientés. L'idéologie infléchit le travail juridique qui infléchit les noyaux et les cadres, qui à leur tour offrent, selon le point de vue de la cohérence les moyens de déstabiliser plus avant d'autres noyaux et d'autres cadres.

Dans cette perspective, le corps du droit positif en vigueur, c'est-à-dire le droit tel que les travailleurs juridiques le perçoivent au cours de la rencontre initiale avec le matériau juridique compris comme cadres ou comme noyaux, apparaît en premier lieu comme le produit d'un travail historique de production que réalisent les avocats, les juges, et les juristes en général, lorsqu'ils poursuivent (parfois consciemment, parfois inconsciemment) des projets idéologiques antagoniques projets qui peuvent être centristes au sens que j'ai donné à ce terme. Le droit positif apparaît en second lieu comme toujours soumis à de possibles et imprévisibles déstabilisations par de futurs travaux stratégiques idéologiquement orientés.

III.

Afin de comprendre la position exposée dans cet article – probablement la position devenue dominante vers 1985 au sein des *Critical Legal Studies*, et en tout cas, la seule position explicitement CLS qui soit encore défendue aujourd'hui – il n'est pas inutile de la contraster avec un contresens que commet classiquement le *mainstream* de la philosophie du droit anglo-américaine, ici représenté par mon ami Brian Bix :

> « En particulier, les théoriciens CLS ont affirmé la radicale indétermination du droit : c'est l'argument selon lequel le matériau juridique ne détermine jamais la solution d'un cas particulier. Les théoriciens CLS acceptent généralement que les solutions, dans la majeure partie des cas, sont prévisibles ; mais cela ne tient pas, affirment-ils, au caractère déterminant du droit mais plutôt à ce que les juges ont des préjugés connus ou prévisibles. Ils considèrent le matériau juridique, pris en lui-même, comme indéterminé parce que le langage est indéterminé, ou parce que les règles juridiques ont tendance à véhiculer des principes antagoniques qui autorisent les juges à justifier n'importe quel résultat. (Kelman, 1987). Les critiques de CLS ont généralement été considérées comme exagérées (Solum 1987) ; quoiqu'il soit parfaitement possible que dans certains cas le matériau juridique ne puisse produire un résultat clair, ou en tout cas pas un résultat qui puisse être immédiatement admis par tous, ce qui en tout état de cause, n'infirme ni la possibilité de résoudre facilement la vaste majorité des litiges potentiels, ni même celle de parvenir à trouver la bonne solution (right answer) même dans les cas les plus difficiles. »[29]

1. La tendance CLS phénoménologique de gauche (probablement la tendance dominante au sein de CLS) affirme que le matériau juridique contraint ou ne contraint pas la solution des cas d'espèce, selon le rapport que ce matériau entretient avec les stratégies argumentatives de juristes qui poursuivent leurs propres buts, dans un temps et des ressources limités. Le matériau juridique

29 Brian Bix, « Law as an Autonomous Discipline », in *The Oxford Handbook of Legal Studies* 983 (Peter Cane and Mark Tushnet, eds. New York : Oxford Univ. Press, 2003). La référence à Kelman renvoie à Mark Kelman, *A Guide to Critical Legal Studies* (Cambridge, Mass. : Harvard Univ. Press, 1987). La référence à Solum renvoie à Lawrence Solum, « On the Indeterminacy Crisis : Critiquing Critical Dogma », 54 *U. Chi. L. Rev. 462* (1987).

est un facteur déterminant, mais seulement en tant qu'il est combiné au travail d'interprétation, qui n'est pas une activité de connaissance, mais plutôt, consciemment ou inconsciemment, une activité stratégique. La position « le matériau juridique ne détermine pas la solution des cas particuliers » n'est pas et n'a jamais été la position de cette tendance au sein de CLS. Sa position, c'est bien plutôt que l'influence du matériau juridique est médiate, et que son caractère « intrinsèquement » ou « essentiellement » déterminant ou non déterminant est inconnaissable.

Le matériau juridique « ne détermine pas » la solution du cas uniquement dans le sens où il est parfois possible de déstabiliser les appréhensions initiales à travers le travail juridique, mais « intrinsèquement » ou « essentiellement » le matériau juridique ne détermine pas plus la solution qu'il ne la détermine pas. À la vérité, nous commençons souvent par appréhender ce matériau comme déterminant la solution du cas particulier qui nous est donné, ou, au contraire, comme ne déterminant aucune solution (parce que le cas relève de la pénombre ou du cadre). Lorsque la solution du cas apparaît d'emblée comme déterminée par le matériau juridique, il nous est possible de prédire le résultat *parce que nous anticipons que personne ne fera le travail juridique requis pour déstabiliser l'appréhension initiale*. Et il sera souvent possible de prédire que personne ne fera ce travail, parce que les projets idéologiques qui sont effectivement poursuivis par les juges sont en accord avec l'appréhension initiale, ou en accord avec l'idée que le résultat prévisible ne vaut pas la peine d'être déstabilisé. On peut penser qu'il en irait autrement si les juges ou les juristes influents étaient plus souvent des acteurs portant des projets idéologiques radicaux ou atypiques.

Il existe un second type de cas dans lequel le matériau juridique apparaît d'emblée comme contraignant la solution du cas particulier. Quand le temps et les ressources disponibles pour le travail juridique sont sur le point d'être épuisés, l'observateur qui cherche à prédire la solution se reconnaîtra peut-être lui-même (ou elle-même) dans l'incapacité de déstabiliser l'appréhension initiale selon laquelle une norme-applicable-aux-faits-donnés s'impose évidemment comme celle qui va trancher le cas en faveur de l'une ou l'autre des parties. Il (ou elle) prédira le résultat *parce qu'il/elle anticipe que le travail fait pour essayer de déstabiliser la norme va échouer*. La prédiction d'un résultat qui procède de l'interaction entre les faits-tels-qu'ils-sont-donnés, le travail d'interprétation et « l'essence » inconnaissable du matériau juridique s'appuie sur la conviction que celui qui prendra la décision ne sera pas capable de trouver un bon argument pour produire un résultat différent. Encore une fois, les idéologies centristes que partagent juges et juristes dans les pays capitalistes sont un facteur qui joue un rôle important dans ce genre de prédictions.

Les auteurs CLS ont essayé depuis le début, et encore aujourd'hui, d'éclairer la manière dont l'application des règles de droit produit massivement des injustices sur les groupes opprimés, particulièrement les règles relatives à la propriété et au contrat, qui semblent pouvoir résister à tous les efforts de transformation par l'interprétation, mêmes les plus soutenus, étant donné les préférences idéologiques de gauche et de droite modérées que partagent à peu près tous les juges dans tous les pays capitalistes. C'est la contribution de CLS à la sociologie du droit et à l'approche de gauche de l'analyse économique du droit.

2. L'idée selon laquelle l'indétermination du langage pourrait expliquer l'indétermination du droit a eu une certaine influence au sein des CLS, particulièrement sur les premiers travaux de Unger[30], et sur des auteurs comme Boyle[31] qui ont prétendu s'exprimer au nom de tout CLS. Dès le début, le courant le plus influent affir-

30 Roberto Unger, *Knowledge and Politics* 88 (New York, 1977).
31 James Boyle, « The Politics of Reason : Critical Legal Theory and Local Social Thought », 133 *U. Pa. L. Rev.* 685, 710-11 (1985).

mait que les règles de droit se distinguent les unes des autres selon qu'elles sont plus ou moins « réalisables » [*formal realizability*] ou « faciles à appliquer » [*administrability*]. Par conséquent la simple critique linguistique est souvent triviale, comme le sont d'ailleurs les arguments en faveur d'une indétermination « globale » du droit[32].

Il est déroutant que Bix ait attribué à CLS l'idée que « les règles juridiques ont tendance à véhiculer des principes contradictoires ». L'affirmation de CLS était, à la Dworkin[33], que les principes, les politiques juridictionnelles (*policies*), les droits (*rights*), et bien sûr les visions du monde, font partie intégrante des sources du droit couramment mobilisées, mais, contre Dworkin, qu'ils sont irréductiblement en conflit, entre nous, mais aussi au sein de chacun d'entre nous. Leur coexistence antagonique se reflète plus concrètement « dans les normes valides du système », que CLS, à la suite du réalisme juridique, comprend comme étant *toujours* le fruit de compromis complexes entre ces principes[34]. Parce que les règles sont moins le produit cohérent de la dérivation d'un quelconque super-principe qu'elles ne sont des compromis, elles sont beaucoup plus exposées aux entreprises variées de déstabilisation que ne le reconnaissent ceux qui théorisent leur cohérence.

3. Les « préjugés » des juges, et des juristes en général, sont un élément important parce qu'ils orientent dans une direction donnée leur travail juridique de transformation de l'appréhension initiale de ce que commande le matériau juridique. Cette direction est suggérée par les intérêts matériels des juristes et leurs idéaux (au sens faible, leur idéologie). On ne peut pas savoir à l'avance si les juristes vont parvenir à rendre le matériau juridique conforme à leurs motivations stratégiques extra-juridiques, matérielles ou idéologiques (même si, comme pour tout événement futur incertain, on peut parier). Rien n'est plus commun pour un juriste que d'avoir à accepter comme juridiquement correcte une interprétation qui contredit son idée de ce que devrait être le droit en vigueur, du point de vue de ses préférences morales ou politiques.

Surtout, les « préjugés », ou l'idéologie, ne déterminent pas plus les stratégies qui orientent le travail des juristes que le matériau juridique ne détermine les solutions données aux cas. Les idéologies sont aussi indéterminées que ne l'est le matériau. Il y a un cercle herméneutique à l'œuvre dans cette affaire, dans lequel les indéterminations de chaque niveau sont résolues en faisant appel à un niveau plus profond qui contient ses propres indéterminations, et ainsi de suite, jusqu'au point de départ, qui est que l'idéologie influence le droit autant que le droit influence l'idéologie[35].

4. Les critiques des CLS ont été jugées exagérées (ou témoignant de l'incompétence, ou de la folie de leurs auteurs) par le *mainstream*, sur la base de contresens qui sont à peu près les mêmes que ceux que fait Brian Bix dans le passage précité. Ces critiques sont aussi souvent mésinterprétées d'une autre manière, comme affirmant la « détermination en dernière instance » par la base matérielle, ou comme une thèse de la vulgate marxiste selon laquelle les juges sont « le comité exécutif de la classe dirigeante » défendant cas après cas « les intérêts du capital ». Ces mésinterprétations viennent pour une part de l'ignorance à peu près complète de la phénoménologie et de théorie sociale critique dans laquelle se trouve le courant qui domine la philosophie du droit étasunienne, pour une part à cause du peu de ressources que ce courant dominant consacre à discuter les courants plus mar-

32 Duncan Kennedy, « Legal Formality », 2 J. Leg. Stud. 351 (1973) ; Duncan Kennedy, « Form and Substance in Private Law Adjudication », 89 *Harv. L. Rev.* 1985 (1976).

33 Ronald Dworkin, « Le modèle des règles », in *Prendre les droits au sérieux,* trad. M.-J. Rossignol et F. Limare, traduction révisée et présentée par F. Michaut, préf. P. Bouretz, PUF, 1995.

34 « From the Will Theory », *supra ;* « The Disenchantment », *supra*.

35 *A Critique of Adjudication*, *supra*., 187-91.

ginaux (la familiarité que Bix entretient avec la littérature CLS est exceptionnelle), et enfin pour une part des efforts habituels que les courants dominants consacrent au maintien des courants marginaux dans la marginalité.

5. Chacun sait que « dans certains cas le matériau juridique ne [peut] produire un résultat clair ». Et qu'il y a des cas dans lesquels le résultat « ne [peut] pas être immédiatement admis par tous ». Mais c'est encore tout autre chose que de faire porter à aux critiques de type CLS la charge de « nier » la « possibilité de résoudre facilement la vaste majorité des litiges potentiels ». Cette affirmation quantitative occupe une place importante dans le schéma positiviste, au moins dans sa version hartienne. Elle sert à nous rassurer en posant que la reconnaissance d'une zone de pénombre ne vient pas menacer les valeurs libérales de l'état de droit. Selon Hart le « sceptique quant aux règles [*rule sceptic*] est le bienvenu, aussi longtemps qu'il n'oublie pas qu'il n'est bienvenu qu'à la marge ; et qu'il ne nous fait pas perdre de vue que ce qui rend possible les étonnants développements que les Cours donnent aux règles les plus fondamentales sont, dans une large mesure, fondées sur le prestige qu'elles ont accumulé grâce aux décisions qui procèdent d'indiscutables applications des règles dans les vastes aires centrales du droit »[36].

La thèse des CLS est que la question de savoir dans quelle proportion les litiges réels ou possibles admettent des résultats déterminés par le matériau juridique donné ne peut être tranchée qu'en prenant en charge la possibilité que le travail juridique vienne déstabiliser l'appréhension initiale de ce que commande ce matériau. Le caractère déterminé des résultats dépend du degré de précision des énoncés des normes valides qui intéressent le cas, du contenu des autres sources, *mais aussi* de leur interaction avec les ressources et les stratégies de quiconque a le pouvoir de les interpréter, et encore de la « facticité » du matériau juridique et des faits tels qu'ils sont donnés dans le cas d'espèce. Une fois que tout ceci est pris en compte, les affirmations relatives à la « vaste majorité des litiges » ou aux « vastes aires centrales du droit » n'ont tout simplement plus aucun sens.

6. D'après Bix, l'absence de résultat clair dans certains cas n'« infirme [pas] la possibilité de parvenir à trouver la bonne solution (*right answer*) même dans les cas les plus difficiles ». Du point de vue de l'approche phénoménologique ici proposée, la seule signification intelligible d'une « bonne réponse » (*right answer*) à un cas, facile ou difficile, c'est qu'ayant travaillé avec le temps et les ressources disponibles selon une stratégie donnée, l'interprète ne soit pas parvenu à trouver une alternative à une appréhension particulière de la norme applicable et ce que commande son application. En d'autres termes, après avoir réalisé la réduction phénoménologique, la « bonne réponse » est celle qui est produite par un argument ayant « l'effet de la nécessité ». Quant à savoir s'il y a une bonne réponse au sens d'une réponse vraie et connaissable comme telle, CLS adopte la position de Kant sur la « chose en soi ».

36 Hart, p. 150. Cf. aussi p. 149, 141-42, 132 .

L'image du « démembrement » dans la doctrine française*

Par Michel BOUDOT**

Le "démembrement" de la propriété est une métaphore utilisée par Pothier, consolidée et hypostasiée par la littérature juridique du XIXe siècle. Abandonnée par les droits qui se sont détournés du modèle napoléonien, elle conserve les faveurs de la plupart des auteurs français qui la rangent au rayon des évidences. Une réforme du Code civil l'aura même consacrée en 2009 devançant les propositions de réforme du Livre II qui en font un pilier de la définition des droits réels ; mais les métaphores, aussi vives soient-elles, ne sont que des artifices sophistiques quand on perd la trace de leurs origines, car la théorie du démembrement ne s'explique pas par elle-même. Les paralogismes qu'elle fait naître, immobilisent la propriété et les droits réels en laissant sur le côté les questions fondamentales posées par la destination des droits : propriétés intellectuelles, droit de l'environnement, propriété fiduciaire autant de domaines d'incompétence pour la prétendue « théorie » du démembrement.

The "dismemberment" of ownership is a metaphor that was first used by Pothier and then firmly established in legal scholarship during the nineteenth century. Although it was gradually abandoned by the legal systems that have drifted from the Napoleonic model, it retains the favour of a majority of French scholars who view it as an obvious and necessary institution. A reform proposal of the Civil Code in 2009 expressly recognized "dismemberments", ahead of proposals of reform of Book II which make it a central pillar of the definition of real rights. Because the theory of dismemberment is not self-explanatory, the "dismemberment" metaphor, as strong as it may be, is no more than a sophistic device when one loses trace of its origins. The paralogisms it creates entails the immobilization of ownership and of real rights while leaving aside the fundamental questions raised by the destination of rights : intellectual property, environmental law, fiduciary property, all fall outside the scope of the supposed "theory" of dismemberment.

* Ce texte est tiré d'une conférence prononcée lors des *Quarte giornate di studio Roma tre* – Poitiers, *Il problema della tipicità e del numero chiuso dei diritti reali*, Rome, 16 et 17 juin 2006.

** Maître de conférences, Université de Poitiers.

Introduction

1. La théorie du droit réel conçu comme un démembrement du droit de propriété est une vieille théorie ; toutes proportions gardées puisque son expression en droit français n'a guère plus de 200 ans, guère plus qu'un bicentenaire. Mais c'est une théorie qui a vieilli et qui a accompagné le vieillissement du deuxième Livre du Code civil français. Aujourd'hui, notre droit civil des biens n'est plus tout entier dans le Code, et les concepts du droit commun sont mal commodes pour comprendre les évolutions contemporaines du droit des propriétés intellectuelles et immatérielles ; car, ce qui pourrait paraître incongru est arrivé : nous traitons comme des choses corporelles tout un ensemble d'objets dont la préhension physique est impossible. C'est une impasse théorique dans laquelle une situation législative figée a plongé le droit des biens et de la propriété[1]. Notre droit commun des biens semble comme désemparé et parvient mal à expliquer l'usufruit des droits d'auteur[2], les droits réels sur les droits sociaux[3], les contrats de cession de volume, et les questions classiques en sont bouleversées : naissance des droits réels, révocation unilatérale des droits réels, et bien sûr, *numerus clausus* des droits réels.

2. La question du *numerus clausus* des droits réels et de leur typicité légale, comme l'on dit à Rome, est une difficulté révélatrice des apories qui jonchent le raisonnement juridique. La situation du droit français est paradoxale, et le paradoxe dure, et il vieillit lui aussi, formant comme un vieux couple avec la théorie du démembrement de propriété.

La dogmatique juridique française nous apprend premièrement que le droit français ne connaît de limite à la création des droits réels nouveaux, il n'y a pas de *numerus clausus* des droits réels[4] ; mais deuxièmement, que depuis les deux derniers siècles, il n'y a pas eu ou très peu eu de création de nouveaux types de droits réels, au moins de ceux qui ne seraient pas les accessoires d'une chose. En résumé, pas de *numerus clausus* des droits réels mais pas (ou très peu) de types réels nouveaux créés *ex contractu*.

L'explication de ce paradoxe tient à la fermeté et la rigidité de ce que l'on peut appeler en France *la théorie du démembrement*. D'abord, cette théorie, qui n'est guère plus qu'une image en vérité, s'appuie sur le postulat irréfragable que la propriété étant l'archétype des droits réels, le seul à être plein et entier, tous les droits réels autres que la propriété n'en seraient que des morceaux, des fractions, des divisions, des cisaillements.

Elle postule également que la qualité de propriétaire est tout entière dans le droit de disposer de la chose, de sorte que celui qui a le pouvoir d'aliéner, mais aussi de fragmenter et démembrer, est le propriétaire ; et ce sera à son profit que la propriété sera reconstituée [remembrée (?)][5] lorsque le démembrement cessera et le droit réel s'éteindra.

Enfin cette théorie conserve le principe que les droits réels principaux nommés par l'article 543[6] du Code civil français ont des régimes impératifs que la volonté individuelle ne saurait défaire : pas d'usufruit perpétuel, pas de servitude *in faciendo*, etc.

De ce triple postulat, la doctrine française en déduit un théorème : le propriétaire individuel ayant le droit de disposer de la chose (de la manière la plus

1 Voy. aussi le texte important de Libchaber, « La recodification du droit des biens » in *Livre du Bicentenaire*, 2004, p. 297 *sq.* ; Vidal, « La propriété dans l'école de l'exégèse en France », *Quaderni fiorentini* 5/6, 1976/77, tome 1, p. 7-40.

2 Par ex. Lucas & Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique,* 2001, n° 500.

3 Par ex. A. Rabreau, *L'usufruit des droits sociaux*, Litec, 2006.

4 Inversement en Italie, voy. M. Noccelli, *La tipicità dei diritti reali. affermazione e significato del numero chiuso dei diritti reali*, Tesi di Laurea 2000, [sous la dir. P. M. Vecchi].

5 Le mot « remembrement » n'est utilisé en français que pour désigner la réunion concrète de biens immobiliers.

6 « On peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre ».

absolue), il peut démembrer son droit de la manière que bon lui semble comme nous dit l'article 686 du Code civil français en matière de servitudes[7] ; mais cela ne veut pas pour autant dire qu'il puisse créer n'importe quel droit réel puisqu'il ne peut créer librement qu'un démembrement de la propriété. Autrement dit, les figures qui au lieu de diviser les droits et les prérogatives contenus dans le droit de propriété, combineraient démembrement et duplication (par ex. un véritable trust) sont évidemment difficilement compatibles avec la libre création des démembrements. Pour résoudre ce paradoxe, la catégorie des servitudes a dû s'adapter[8] ; sont nées les obligations réelles ; les usufruits des choses immatérielles se sont multipliés avec ces choses.

Aussi sous l'empire de la théorie du démembrement, le droit français connaît un *quasi numerus clausus des droits réels ;* signifiant tout juste que l'on peut librement créer des divisions inédites de la propriété individuelle. Et le problème est là : ou bien on change notre manière de concevoir la propriété, ou bien on conserve l'étau du *démembrement,* mais si on abandonne l'idéologie qui confond la propriété individuelle et le sacré, le risque sera de poser la nécessité d'un *numerus clausus* de droits portant sur la chose d'autrui. Un français du XXIe siècle qui travaille sur un Code du XIXe siècle peut-il accepter l'évolution qu'a connue le droit italien du XXe siècle ?

3. La situation géographique du « démembrement » est aussi intéressante à observer. L'Italie a abandonné la conception du *smembramento* héritée de la littérature pré-unitaire mais de nombreux pays hispanophones conservent les *desmembraciones* tout en posant le principe d'un *numerus clausus*. En Roumanie, mais aussi en Moldavie, on dira comme en France que « uzuzfructul este un *dezmembramînt* al dreptului de proprietate ». Au nord de l'Amérique, l'enclave francophone du Québec fait encore mieux, le terme est entré dans la loi.

Depuis 1991, les articles 947 et 1119 du Code civil du Québec disposent :

Art. 947. La propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi.

Elle est susceptible de modalités et de démembrements. (1991, c. 64, a. 947)[9].

Art. 1119. L'usufruit, l'usage, la servitude et l'emphytéose sont **des** démembrements du droit de propriété et constituent des droits réels. (1991, c. 64, a. 1119).

La doctrine québécoise considère comme valable la constitution de droits réels innomés en se fondant sur le caractère indéfini de la liste : usufruit, usage, servitude et emphytéose sont **des** démembrements et non **les** démembrements de la propriété. Il est cependant douteux que le terme *démembrement* en droit québécois désigne le même objet qu'en droit français[10]. Le doute est même très sérieux puisque le Code civil québécois admet la figure de la fiducie-trust.

7 « Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient pas imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public ».

8 La jurisprudence admet depuis 2004 les servitudes en copropriété des immeubles bâtis (Cass. 3e civ., 30 juin 2004, *Bull. civ.* III, n° 140), les servitudes de non-concurrence depuis 1987 (Cass. com., 15 juill. 1987, *Bull. civ.* IV, n° 184, D. 1988, p. 360, note Atias & Mouly).

9 Le titre IV du Livre IV Des biens est intitulé « les démembrements » et compte usufruit, usage, servitudes, emphytéose.

10 La différence est logique : le droit québécois est un droit dont la source historique n'est pas le Code napoléon mais la coutume de Paris, c'est un droit qui n'a pas rompu de manière révolutionnaire avec le système féodal au sein de l'empire britannique puis du canada.

Le grand comparatiste René David nous enseignait qu'il est « peu élégant de grouper sous le vocable *usus* le droit de faire usage de la chose (habiter une maison) celui de l'administrer (y faire des réparations ou en concéder l'usage à un tiers) ; il est presque ridicule de grouper sous le vocable *abusus* des prérogatives aussi différentes que le droit de détruire matériellement la chose et celui d'accomplir sur elle des actes de disposition. Lorsqu'on a compris tout ce que notre analyse du contenu de la propriété a d'insuffisant, on est prêt à comprendre le trust[11] ». Directement visée : la théorie du démembrement.

À travers l'étude des auteurs du XIXe et du XXe siècle, cette étude s'efforcera de présenter la manière dont la métaphore du « démembrement » est devenue une réalité intellectuelle, une hypostase qui résiste au temps.

Émergence (I), Omniprésence (II), Résistance (III).

I. Émergence de la théorie du démembrement

4. L'origine moderne de la métaphore se trouve chez Pothier. Dans son *Traité du domaine de propriété* (1764), Pothier entérine la thèse qui veut que le domaine utile soit celui qui reçoive « à l'égard des héritages le nom de domaine de propriété ». Cette thèse sera politiquement consacrée par la Révolution française qui éteindra législativement la controverse entre les théoriciens du domaine utile et les feudistes, partisans de la thèse qui faisait du domaine direct la seule et véritable propriété[12].

Pothier utilise la formulation moderne de la distinction entre *ius in re* et *ius ad rem* : « *ius in re* est le droit que nous avons dans une chose par laquelle elle nous appartient au moins à certains égards. *Ius ad rem* est le droit que nous avons, non pas dans la chose, mais seulement dans le rapport à la chose contre la personne qui a contracté envers nous l'obligation de nous la donner »[13]. Cette manière de voir, héritée des apports de Doneau et de l'École romano-hollandaise à la théorie des droits, a considérablement influencé Pothier qui dessine les contours unitaires du droit de propriété : la catégorie du droit réel comprend le droit de propriété **et** les droits sur la chose d'autrui incluant le gage et l'hypothèque, et se caractérise par la relation immédiate entre le titulaire et la chose sans égard pour un sujet passif. Pothier nous dit : « Il y a plusieurs espèces de *ius in re*, qu'on appelle aussi droits réels. La principale est le droit de domaine de propriété. Les autres espèces de droits réels qui émanent de celui-ci, et qui sont comme des démembrements sont les droits de domaine de supériorité, tels que les droits de seigneuries féodales ou censuelles ; le droit de rente foncière, les droits de servitudes, tant ceux des servitudes personnelles, ceux des servitudes prédiales ; le droit d'hypothèque »[14].

« Comme des démembrements » : Il faut noter que Pothier ne dit pas que les droits réels sont des démembrements, ils sont comme des démembrements. L'expression est utilisée pour signifier que la conception unitaire de la classe des droits réels dont l'archétype est

11 René David & Camille Jauffret-Spinosi, *Grands systèmes de droit contemporains*, 11e éd., 2002, n° 261

12 Le XVIIIe s. nourrit une importante controverse politico – juridique : les titulaires de fiefs (qui peuvent être des bourgeois enrichis) cherchent à reconstituer à leur profit les droits féodaux prétendument imprescriptibles dont la pratique avait été sinon abandonnée, du moins très largement mise en veille depuis deux siècles. La littérature juridique est nourrie par les feudistes pour qui la seule véritable propriété est au titulaire du domaine direct (à savoir le feudataire, dont la propriété est plus parfaite car plus noble que celle de son vassal). Ils reprennent en cela une opinion de Cujas pour qui le domaine utile était une sorte de servitude sur la propriété seigneuriale. Voy. sur ce point l'utile communication de notre éminent collègue Veillon, « L'évolution de la distinction du domaine direct et du domaine utile en France du XVIe au XVIIIe siècle », Quarte giornate di studio Roma tre – Poitiers, *Il problema della tipicità e del numero chiuso dei diritti reali*, Roma, 16 e 17 giugno 2006 ; disponible http ://droit.univ-poitiers.fr/poitiers-roma/spip.php ?article28.

13 Pothier, *Traité du domaine de propriété*, n° 1.

14 Pothier, *Traité du domaine de propriété*, n° 2.

la propriété, implique que les droits sur la chose d'autrui s'apparentent à des droits sur des objets séparés de la chose. Mais contrairement au démembrement foncier ou au démembrement de fiefs qui sont couramment et concrètement utilisés par la doctrine feudiste, Pothier paraît l'appliquer ***comme à*** un démembrement intellectuel. Les droits de supériorité féodale, comme les servitudes ou l'hypothèque, amputent intellectuellement le droit de propriété plein et entier : des parties sont **comme** retirées du tout, les droits réels sur la chose d'autrui sont **comme** des droits propres sur une part de la chose que l'on aurait intellectuellement extraite, détachée, séparée, démembrée.

Mais la métaphore n'est pas utilisée pour l'explication du domaine de propriété dans un dessein théorique, rien ne permet de dire que Pothier lui prête la consistance d'un élément de définition ou d'un caractère des droits réels ; du reste, il continue à raisonner en matière de fief selon une division physique des fonds : « Un même héritage peut être sous différents respects, et fief servant et fief dominant, et le propriétaire de cet héritage être en même temps, sous différents respects, seigneur et vassal ; car, si je démembre une partie de l'héritage que je tiens à titre de fief, c'est-à-dire, à la charge de la foi et hommage envers moi, la partie que j'ai retenue continuera d'être fief servant par rapport au fief dominant de qui je la tiens en fief, et sera en même temps dominant par rapport à la partie que j'en ai démembrée, et que j'ai donnée à titre de fief, et je serai en même temps et vassal par rapport au seigneur de qui je relève, et seigneur par rapport à celui à qui j'ai donné à titre de fief cette partie démembrée, lequel est mon vassal[15] ». En matière de fief, la répartition intellectuelle des droits n'a pas pour base symbolique les utilités de la chose ; c'est au contraire la foi en son seigneur, qui est le critère de répartition des charges et des droits.

Pothier écrit avant la Révolution et son analyse du domaine de propriété se situe dans une perspective plus globale d'explication des rapports juridiques à la fin de l'ancien Régime ; la suppression des droits de supériorité foncière, et la proclamation de l'identité entre droit de propriété et domaine utile vont conduire les auteurs du début du XIXe siècle à réécrire une théorie des droits réels affranchie des charges perpétuelles[16].

5. L'incidence du droit intermédiaire révolutionnaire est majeure. Les lois révolutionnaires ont supprimé les institutions et les contrats qui donnaient naissance au domaine direct, et par voie de conséquence à toutes sortes de droits réels dont Pothier nous disait qu'ils opéraient comme des démembrements : l'inféodation, l'accensement, le bail à rente seigneuriale ou à champart seigneurial, et l'emphytéose perpétuelle[17]. Tous sont des contrats prohibés pour donner à la définition de la propriété le caractère de droit le plus absolu (Art. 544). Le régime de la rente foncière est modifié ; elle est supprimée en tant que droit réel, et toujours rachetable : le bail à rente stipulé pour une durée inférieure à 99 ans laisse la propriété au bailleur, s'il était stipulé pour une durée supérieure, elle est transférée au preneur. À la veille de 1804, la diversité des coutumes locales subit les affres de l'uniformisation[18].

15 Pothier, *Traité des fiefs*, n° 3 ; voy. aussi Boucher d'Argis, *Code rural ou Maximes et règlements concernant les biens de campagne…*. Tome premier, p. 32 « Démembrements & jeu de fiefs » ; Argou, *Institutions au droit françois*, tome 1er, p. 132 ou encore Pothier, Traité des fiefs, 2nde partie, chapitre 3 , art. 1er : « Du démembrement » n° 789 *sq*.

16 V. pour l'étude des différentes conceptions de la propriété, Pugliese, « Dominium ex iure quiritium – proprietà – property », in *Studi in memoria di Salvatore Satta*, II, CEDAM, 1982, p. 1224, spéc. p. 1233 *sq.*

17 La directe féodale, qui était la base système, fut supprimée avec tous les droits qui tenaient à la féodalité par les lois des 20 août 1792 et 17 juillet 1793.

18 Chenon, *Les démembrements de la propriété foncière en France avant et après la Révolution*, 2e éd., 1923.

6. Pour les premiers commentateurs du Code civil, le traité du domaine de propriété de Pothier est le guide de l'interprétation des textes du Livre II. Une référence systématique y est faite chaque fois qu'il est jugé nécessaire de confronter la lecture du Code aux situations foncières persistantes de l'ancien Régime, et naturellement, ces premiers commentaires empruntent à Pothier plus que ce que lui-même avait exposé. Ils voient en Pothier à la fois un guide interprétatif et le support légitimant de leur exégèse. Et ainsi passe l'idée du démembrement intellectuel du droit de propriété chez **Toullier** (1811)[19] : « Les droits réels n'étant pas autre chose qu'une partie concédée à un tiers des droits dont la réunion forme la propriété parfaite, il est évident que ces droits peuvent se rapporter au droit de propriété, dont ils ne sont qu'un démembrement[20] ». Toullier utilise le substantif *démembrement* mais aussi le verbe *démembrer* et se demande « quels sont les droits qu'on peut séparer de la propriété parfaite, de combien de manières on peut la démembrer ». Pour lui, la faculté de *démembrer* intellectuellement la propriété repose sur le principe « que chacun pouvant librement disposer de sa propriété de la manière la plus absolue (art. 544) il peut en détacher les droits que bon lui semble, étendre ou limiter ces droits comme il le veut ; en un mot, démembrer sa propriété de toutes les manières qu'il le juge à propos[21] ».

7. L'image passe aussi chez **Duranton** (2e éd, 1828)[22] : « Sous plusieurs rapports, ces divers droits (ceux de l'article 543) sont en effet des atténuations de la propriété, du domaine, quoiqu'en principe on ne considère pas les servitudes comme des démembrements, mais bien comme des qualités actives et passives des héritages, l'usufruit lui-même comme un droit distinct de celui de propriété, qui, dans certains cas, n'empêche pas ce dernier d'être réputé plein et entier[23] ». La cause serait entendue et la métaphore ne vaudrait ni pour les servitudes, ni même pour l'usufruit[24] : les droits réels sont sous cet angle des droits indépendants du droit de propriété sur la chose grevée et n'ont pour effet que d'en freiner l'exercice sans pour autant amputer le droit. Ce sont des *atténuations de la propriété*. Mais Duranton poursuit l'analyse de l'usufruit : « Sous d'autres rapports, ce sont de véritables *diminutions du droit* de propriété, en ce que ce sont des restrictions apportées à son exercice ; car ce droit consiste dans la faculté de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou règlements (art. 544), et l'usufruit attribue à celui qui l'a, le droit de jouir de la chose comme propriétaire lui-même, à la charge d'en conserver la substance (art. 578) ; par conséquent tant qu'il subsiste, le propriétaire ne jouit pas : l'exercice de son droit, quant à la jouissance c'est-à-dire quant aux produits de la chose, est assoupi : or, la jouissance est un des principaux attributs de la propriété. L'usufruit est donc, sous ce rapport, un démembrement du domaine ». Cette deuxième manière de voir, qui a la préférence de l'auteur perçoit l'usufruit comme une série d'obstacles à la maîtrise concrète de la chose ; or, si le droit de propriété est bien le droit de domaine utile, et que le propriétaire est privé de l'usage concret de sa chose, c'est qu'une part du domaine utile a été transférée, et que le droit de propriété lui-même a été amputé, et donc démembré[25]. Pourtant, dans cette deuxième vue, Duranton utilise une autre métaphore contradictoire : passons sur l'opposition entre atténuation et diminution qui joue sur le droit

19 Toullier, *Droit civil français suivant l'ordre du Code*, III, 1811, n° 389 pour l'usufruit.

20 Toullier, III, n° 95.

21 Toullier, III, n° 96.

22 Duranton, *Cours de droit civil français,* IV, 2e éd, 1828, n° 74.

23 Duranton, IV, n° 459.

24 Quant au droit de superficie et à l'emphytéose, Duranton les traite à part ; il les analyse comme des droits de jouissance ayant pour objet la superficie sur le modèle de l'usufruit (arg. art. 543).

25 Opinion de Démante, *Cours analytique de Code Napoléon*, II, 1853, n° 414 à propos de l'usufruit, « on le considère démembré temporairement de la propriété et appartenant à un autre ».

et l'exercice, et constatons simplement qu'en présence d'un démembrement, le droit de propriété s'est *assoupi*. Il dort. Cette image somnolente conviendrait plutôt à la première vue : les droits réels s'exerçant sur la chose d'autrui mettent en sommeil l'exercice plein du droit de propriété, et il y a loin entre dormir et perdre un bras. Mais pour Duranton, qui a à l'esprit les baux à longues années, ce sommeil est un coma qui peut être fort long[26] : pendant que le droit dort, le propriétaire ne jouit pas utilement de la chose et sa propriété est diminuée par le fait qu'il n'a pas droit à tout ou partie des utilités de la chose. Il demeure cependant propriétaire, puisqu'au réveil, il retrouvera l'intégralité des attributs de sa propriété.

Pour son exposé sur la nature des servitudes au Tome V, n° 475, Duranton renonce à l'utilisation de l'image du démembrement qu'il semblait avoir préféré au Tome IV, n° 459 ; cette fois-ci, il nous dit : « La servitude est un droit dans le fonds même qui en est affecté, et dans celui au profit duquel elle est établie, un droit réel, pour employer le langage de la doctrine et même de la loi : c'est métaphoriquement parlant, une qualité active et passive des héritages qui en sont l'objet, mais non comme on le dit quelquefois, un démembrement de la propriété elle-même, qui n'en est pas moins entière, quoique son usage soit plus ou moins restreint ; car, autre chose est le domaine, autre chose est son exercice ; je suis propriétaire absolu de tel fonds quoique vous y ayez un droit de servitude ; j'en puis valablement disposer, je puis l'hypothéquer sans votre consentement, et intégralement[27] ». La servitude n'est pas un démembrement parce qu'elle maintient l'unité du domaine en laissant coïncider le droit du propriétaire du fonds grevé et la maîtrise du fonds ; et ce même si la charge qui pèse sur le fonds en diminue l'exercice.

Aux côtés de l'image du démembrement, les auteurs se tournent parfois vers la distinction entre propriété parfaite et propriété imparfaite : « elle est parfaite dans le cas où le droit du propriétaire n'est point sujet à s'évanouir par l'effet de quelque circonstance, telle qu'une clause résolutoire, le pacte de réméré, la charge de conserver et de rendre… Elle est imparfaite dans le cas contraire[28] ».

8. D'autres auteurs retiennent l'idée que les droits réels de jouissance sont séparés de la propriété, mais sans donner au démembrement une forte valeur explicative : c'est le cas de **Démante**[29] ou de **Marcadé**[30]. Bien plus, dans son *Traité des droits d'usufruit*, Proudhon reste attaché à la conception ancienne du droit sur la chose d'autrui[31], et la situation du *Cours de droit civil français* de **Zachariae** est une fois de plus exemplaire ; l'auteur ne se sert pas lui-même de la métaphore du *démembrement* dans les premières traductions (2e éd. de la trad. franç. par Aubry et Rau, 1843). En revanche, ce sont les traducteurs qui devenant les continuateurs de l'œuvre française à partir de la 4e éd., 1869, introduiront l'image du démembrement[32], sans toutefois que la définition de la propriété comme ensemble de pouvoirs sur la chose (corporelle) proposée par Zachariae, ne s'en trouve véritablement affectée. Ils se contenteront de dire que le droit démembré de l'usufruitier est patrimonialement distinct du droit de propriété[33].

26 Si l'usufruit est viager, les servitudes prédiales sont perpétuelles, et le bail emphytéotique peut durer beaucoup plus longtemps qu'une vie d'homme.

27 Duranton, V, n° 475.

28 Duranton, IV, n° 266.

29 Démante, II, n° 418.

30 Marcade, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, II, art. 543, n° 401.

31 Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie*, I, 1822, n° 4 ; VI, n° 3063.

32 Aubry & Rau, *Cours de droit civil français*, II, 4e éd., 1869, § 227.

33 Aubry & Rau, II, 4e éd., § 234 et la note « L'usufruit formant un démembrement de la propriété, et constituant pour l'usufruitier un bien compris dans son patrimoine, celui-ci ne peut en être privé qu'au moyen d'une usucapion réunissant, quant à lui, toutes les conditions requises par le droit commun ». Le démembrement est

À ce point, la métaphore du démembrement a un domaine restreint mais une base solide : elle repose sur l'idée que le droit de propriété se confond logiquement avec la catégorie même des droits réels[34], que tout propriétaire a causalement l'ensemble des droits sur sa propre chose : pour tout dire, la thèse du démembrement a fait ressurgir par la porte dérobée la thèse de l'usufruit causal[35]. Avec Demolombe, elle va devenir omniprésente et omni-explicative.

II. Omniprésence de la théorie du démembrement

9. Dans son cours de code civil (puis Code Napoléon), **Demolombe** fait le détail des modifications de la propriété permise par le législateur, et s'interroge sur les *divers démembrements dont le droit de propriété est susceptible*[36]. Il élabore une véritable explication de la nature des droits réels à partir des caractères du démembrement :

> Les divers démembrements dont le droit de propriété est susceptible, sont aussi nécessairement des droits réels : l'usufruit, l'usage et l'habitation, les servitudes (art. 543).
>
> Mais est-il vrai de dire, en sens inverse, que tout droit réel soit par cela même un démembrement du droit de propriété ? En d'autres termes, y a-t-il plusieurs espèces de droits réels, ou n'en existe-t-il, au contraire qu'un seul, à savoir : le droit de propriété, qui renfermerait tous les autres, et dont tous les autres, en effet, ne seraient qu'une émanation et un démembrement ?

Comme à son habitude, Demolombe répond à la question qu'il se pose de manière controversiste. Il admet qu'il est bon de regarder la propriété comme une source générale des droits réels, mais il conteste que tous les droits réels soient des démembrements. Son attention se porte sur les sûretés réelles, – hypothèque et nantissement –, dont il réfute qu'elles opèrent morcellement ou fractionnement du droit de propriété[37].

> La vérité, nous dit-il, est qu'en allant au fond des choses, on trouve qu'il existe deux sortes de droits réels :
> Les uns principaux qui constituent de véritables démembrements de la propriété, et qui ont en effet les mêmes caractères, en général, de stabilité et d'immutabilité qui la caractérise ;
> Les autres au contraire, simplement accessoires, hypothèque, privilèges, nantissement, antichrèse, droits de gage perfectionnés, droits réels sui generis, qui participent à la nature des créances qu'ils ont seulement pour but de garantir, et qui sont comme elles, sujets à toutes les causes d'extinction spéciales des créances.

En proposant de distinguer les démembrements des droits réels accessoires, Demolombe a constitué la classe des droits réels principaux, et a érigé le *démembrement* en critère des éléments de la classe. Il se sert ensuite de ce critère pour savoir s'il existe des droits réels principaux que l'article 543 n'aurait pas prévus[38]. Pour donner une assise théorique à sa présentation, Demolombe s'appuie sur les travaux du romaniste Pellat dont un important travail sur le droit de propriété a achevé de situer le concept de démembrement du droit de propriété dans une perspective historique. Tous deux affirment aussi bien en droit civil romain que français du XIXe s. « d'autres fois, les divers attributs de la propriété se trouvent répartis entre plusieurs personnes, de telle sorte qu'aucune d'elles ne participe à tous ces attributs, ou qu'elles n'y participent pas de manière égale : alors la propriété est démembrée,

ici conçu comme *usufructus formalis* par opposition à une division inhérente au droit de propriété *usufructus causalis.*

34 Trait de caractère de la propriété souligné pour la même période par Rescigno, *Introduzione al Codice civile*, 2001, p. 128 *sq.*, spéc. p. 130.

35 Marcadé, II, art. 578 ; voy. Rossi, *Duplex est usufructus : ricerche sulla natura dell'usufrutto nel diritto commune*, 1996.

36 Demolombe, *Cours de Code Napoléon,* IX, 471 *sq.*

37 Demolombe, IX, 472 ; voy. aussi Acollas, *La propriété*, p. 83 : démembrement signifie *fractionnement*

38 Demolombe, IX, n° 478.

et chacun de ses démembrements prend un nom différent[39] ».

10. À partir du milieu du XIXe siècle, la métaphore du démembrement est devenue un critère de distinction des droits réels principaux (les véritables démembrements) des droits accessoires (les garanties). Elle est justifiée historiquement par la division des prérogatives et des portions intellectuelles de la propriété individuelle. Le « démembrement » sert à discuter de la nature des droits : le possesseur n'a-t-il pas reçu du propriétaire une part de la jouissance puisqu'il a des actions pour défendre sa possession ? le superficiaire n'a-t-il pas une part du droit de disposer puisque son droit fait échec à l'accession ? l'emphytéote et le locataire à longues années n'ont-ils pas un fragment de la propriété sur la chose leur permettant de transmettre et d'hypothéquer leur droit ? Et les droits de chasse et les droits de pêche[40]… en Bresse et ailleurs.

La doctrine utilise le démembrement comme moyen de qualification de la catégorie des droits réels principaux et ce ressort méthodologique et rhétorique ne va cesser de se développer. Le critère du démembrement étant posé, la jurisprudence peut répondre :

> Attendu que le bail n'opère aucun démembrement de la propriété, qui reste entière entre les mains du bailleur, pour qui il n'est qu'un moyen de la rendre productive et d'en recueillir les fruits ; qu'à la différence de l'emphytéote et de l'usufruitier, le preneur n'a pas une possession qui lui soit propre et personnelle ; qu'il possède pour le propriétaire, dont il est, sous ce rapport, le représentant et le mandataire, et auquel, seul, sa possession profite.[41]

En somme, « Qu'est ce qu'un droit réel ? » se demande Laurent, « Sauf la propriété, qui est hors de cause, ce sont des démembrements de la propriété, c'est-à-dire des actes de propriété, des manières d'utiliser la propriété, d'en tirer profit[42] ». Et « quand la chose qui m'appartient est grevée d'usufruit, la propriété en est démembrée, en ce sens qu'un attribut essentiel en est séparé[43] ».

11. À la fin du XIXe siècle, la catégorie des démembrements (droits réels principaux) subit la concurrence de la catégorie générale des « servitudes personnelles et réelles ». L'influence des romanistes et des pandectes est forte à ce moment[44] ; Aubry et Rau, même s'ils introduisent occasionnellement l'idée du démembrement présentent l'usufruit comme une servitude personnelle, et Baudry-Lacantinerie en fait autant en notant bien à l'heure où il écrit qu'il n'y a plus de tabou à intituler le titre III du livre II « Des servitudes personnelles ». Mais cette présentation a un inconvénient majeur selon Planiol : du point de vue didactique, l'utilisation de « servitude personnelle » à propos de l'usufruit et des droits de jouissance conduit les étudiants à penser qu'il ne s'agit pas d'un droit réel ; et n'ayant pas de vertu explicative, il conseille de l'abandonner[45]. Il y a là un moment clé de notre histoire doctrinale où Planiol va à contresens de l'emprunt qu'il fera à la pandectistique allemande ; il ne conçoit pas l'usufruit, archétype des droits réels, comme une servitude personnelle, et n'en déduit pas qu'il s'agisse d'une charge sur la chose d'autrui[46].

Dans la doctrine italienne, à la même époque, les termes « smembramento » ou « frazione » sont utilisés pour indiquer la décomposition de la propriété parfaite

39 Pellat, *Exposé des principes généraux sur la propriété et ses principaux démembrements,* 2e éd., 1850, n° 3 ; mais également Ortolan, *Explication historique des Instituts de l'Empereur Justinien*, II, 6e éd., 1857, n° 437 *sq.* ; Accarias, *Précis de droit romain*, I, 2e éd., 1874, I, n° 264 *sq.*

40 Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, I, 2e éd., 1901, n° 1560

41 *Synd. Vollot c. Chaussergues du Bord*, Cass. civ., 6 mars 1861, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10e éd., n° 181.

42 Laurent, *Principes de droit civil,* VI, 2e éd., 1876, VI, n° 84.

43 Laurent, VI, n° 324.

44 Ortolan, Pellat, Accarias, Girard font coïncider servitudes et démembrement.

45 Planiol, I, n° 1563.

46 Présentation analogue chez Capitant ; comp. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, 1904, § 145 *sq.*

et pleine en d'autres droits réels (dénommés propriété imparfaite ou mi-pleine)[47] ; dans cette figure, les droits réels apparaissent distincts de la propriété non qualitativement, mais quantitativement. Il semble qu'une telle théorie des droits réels exprime la préoccupation des juristes de prêter au droit réel le même caractère absolu, qu'ils accordent à la propriété. Manière aussi de maintenir à la propriété ce caractère absolu face à la question de la relativité des droits.

La pandectistique va modifier cette présentation ; Winscheid avance l'idée que la propriété est une totalité qui ne peut être fragmentée, qu'elle ne peut être analysée comme la réunion d'une série de facultés ou de prérogatives. La propriété est un pouvoir illimité sur une chose, qui bien sûr peut être restreint par des droits extérieurs et extrinsèques ; des droits différents dont d'autres seraient titulaires. Les thèses de Windscheid vont être suivies en Allemagne et vont permettre à la doctrine italienne de se libérer de l'influence française[48].

12. En France, l'abandon du commentaire article par article, et l'adoption d'un mode synthétique d'exposition du droit civil sera un facteur d'affermissement des catégories juridiques. Dans le *Traité pratique* de Planiol et Ripert, la quatrième partie du volume consacrée aux biens est intitulée « Démembrements de la propriété ». À partir de cet instant, les traités, cours, manuels jusqu'aux plus petits ouvrages de droit civil français du XXe siècle vont presque tous (*l'exception est rarissime)* aborder la typologie des droits réels à travers la métaphore du démembrement[49]. Bien peu d'auteurs vont s'élever contre cette rhétorique. De Vareilles – Sommières adopte la position allemande au début du XXe siècle : « la propriété, nous dit-il, est la virtualité de l'omnipotence sur une chose, et peut n'avoir qu'un caractère résiduel quand des droits sont constitués sur la chose »[50]. Une telle conception exclut l'idée d'un démembrement. Plus tard, le professeur Zénati, sur les traces de Ginossar, va élaborer une approche excluant le droit de propriété de la catégorie des droits réels, portant nécessairement sur la chose d'autrui[51].

Mais ces exceptions mises à part, la métaphore du démembrement est bien présente dans la doctrine française du XXe siècle ; reste à en connaître la valeur et l'intensité. Formellement, et didactiquement, les « démembrements » apparaissent dans les plans des traités et manuels pour signifier la distinction des droits réels principaux et droits réels accessoires, des droits réels du premier degré et ceux du second degré, des droits réels démembrés et des droits réels de garantie ; mais le concept de « démembrement » n'a pas la grande portée explicative que lui prêtait Demolombe. Il peut même paraître curieux que l'usage de la « propriété démembrée » fasse l'objet de précautions de la part des auteurs qui en use. Josserand

47 par ex : F. Ricci, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, II, [1877, 2e éd. 1886], § 121 ; § 272. L'auteur voit encore l'usufruit et les servitudes comme des *smembramenti* : « *La servitù è una limitazione imposta all'altrui proprietà in vantaggio di un'altra. […] Parlando dell'usufrutto, vedemmo che esso è uno smembramento della proprietà, in quanto alcuni attributi della medesima passano dal proprietario nell'usufruttario. Al contrario la servitù se limita la proprietà, non importa lo smembramento della medesima a beneficio di un altro, nè l'avente diritto alla servitù può ritenersi che possega une porzione dell'altrui proprietà* ».

48 voy. G. Pugliese, *Usufrutto, uso e abitazione*, 2e éd., UTET, 1972, p. 46 ; Comporti, v° *servitu*, Enc. dir. p. 281 ; Grossi, « Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà », *Quaderni fiorentini*, 5/6, 1976/77, tome I, p. 201 *sq.* ; voy. aussi Noccelli, 2000, p. 64 *sq.*

49 La liste des grands auteurs du XXe siècle qui ont « démembré » la propriété est longue : Baudry – Lacantinerie & Chauveau (3e éd., 1905) et plus tard Bonnecase ; Planiol, (2e éd., 1901) ; Planiol & Ripert, III, 1926, par Picard, n° 756 *sq.* ; Colin, Capitant (1914) et plus tard Julliot de la Morandière, et jusqu'à aujourd'hui Weill, Terré, Simler, Les biens, 2002 ; Carbonnier (1955, dern. 2004) ; Marty et Raynaud, 1965, et plus tard Jourdain ; H. L. et J. Mazeaud & Chabas, *Leçons de droit civil, Biens,* Montchrestien, 1994 ; Atias, *Les biens*, Litec, 9e éd. 2007 ; Bergel, Bruschi, Cimamonti, *Traité de droit civil, Les biens*, LGDJ, 2000.

50 De Vareilles - Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD civ.* 1905, p. 447 *sq.*

51 Zenati, *Les biens,* (1988, 3e éd., 2008, avec Revet).

prend soin de dire qu'il ne range pas les charges foncières et les servitudes dans la catégorie du démembrement qui ne comporte au fond que l'usufruit ; Carbonnier qualifie l'usufruit et les différents baux conférant des droits réels de jouissance comme des modifications de la propriété emportant démembrement *au sens technique*[52] ; Marty et Raynaud font état des éléments qui ont sensiblement modifié la compréhension des rapports aux choses laissant entendre que la *théorie traditionnelle* du démembrement se trouve inadaptée pour expliquer ces réalités de plus en plus complexes : volume, espace, meubles incorporels etc.[53] ; MM. Malaurie et Aynès exposent encore l'analyse classique mais souligne ses faiblesses jusque et y compris pour expliquer l'usufruit[54] ou encore, MM. Terré et Simler semblent renoncer à reconnaître au démembrement plus que ce qu'il est, à savoir une simple métaphore :

> Le concept usuel de démembrement est une approximation commode, vivement critiquée par une fraction de la doctrine. […] La qualification de droit sur la chose d'autrui plutôt que de démembrement de la propriété ne se heurte à aucune objection, du moins pour les droits réels autres que le droit de superficie. Il est certain que les droits ainsi présentés ne se caractérisent pas par une redistribution rigoureuse des prérogatives attachées à la pleine propriété et ne constituent pas des fractions de celle-ci dont l'addition serait égale au tout que serait la pleine propriété. Ainsi n'a-t-on pas manqué de faire remarquer , s'agissant de la distinction entre usufruit et nue-propriété, que quantitativement, l'usufruitier a moins de pouvoir que le propriétaire n'en perd… ; quant au nu-propriétaire, il a moins de pouvoir que ce qu'il aurait si son droit était ce qu'il reste de la propriété après ablation de l'usus et du fructus. Il reste que, outre ses vertus didactiques, l'idée de démembrement, que ne récuse pas la doctrine majoritaire, n'est pas contraire à la réalité, si l'on admet qu'elle est plus une image que l'expression d'une vérité physique[55].

En résumé, nous en sommes revenus au point de départ et nous n'avons pas de théorie très claire de la propriété. Les critiques aujourd'hui sont sévères contre la manière dont la doctrine française n'est pas parvenue à régénérer les principes du droit des biens, figés, englués dans des catégories fondées sur une esthétique métaphorique. Concepts rudimentaires, théories vieillies, idiosyncrasies nationalistes, dictature de l'immeuble, les critiques ne manquent pas. Et pourtant, … elle tourne.

III. Résistance de la théorie du démembrement

13. Vieille et paralytique, la *théorie du démembrement* est loin d'avoir dit son dernier mot. C'est ainsi que, du point de vue de la dogmatique, l'exposition des concepts qui gouvernent l'explication du livre II du Code civil sont bien peu différents de ceux qu'avait proposés Demolombe, et le temps passant ils résistent toujours malgré la critique[56]. La vieille théorie du démembrement est aussi absurde que celle de l'usufruit causal, nous disent des auteurs italiens ; les comparatistes la trouvent si rudimentaire qu'il nous demande de l'oublier pour comprendre le trust-fiducie[57].

Pourquoi la théorie du démembrement a-t-elle une si grande capacité de résistance ? La première explication tiendrait à la paresse intellectuelle des juristes, à leur conservatisme naturel, mais ce serait trop simpliste. Une

52 Carbonnier, Droit civil, vol. 2 [2004], n° 846.

53 Marty & Raynaud, *Les biens,* 1965, n° 2 *sq.*

54 Malaurie & Aynès, *Les biens,* Defrénois, 3e éd., 2007, n° 810.

55 Terré & Simler, *Les biens,* Dalloz, 6e éd., 2002, n° 773 (précision ne figurant pas dans l'édition précédente).

56 Libchaber, au Livre du Bicentenaire du Code civil, et au colloque de l'ARISTEC à Poitiers en septembre 2005 ; Ginossar, *Droit réel, propriété et créance,* 1961 ; Zenati, *Essai sur la nature juridique de la propriété, contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse Lyon, 1981 ; « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993.305 *sq.*

57 A. Bianco, « Trust et fiducie : analyse de droit comparé », Mémoire pour le Master 2 *Contrats en droit européen*, Poitiers, 2008.

deuxième explication réside dans la coïncidence de plusieurs éléments fixateurs : d'un premier côté, la propriété individuelle conçue comme droit naturel, repousse les tentations « collectivistes », or ce premier point est loin de se mettre en retrait. Il faut noter qu'au début des années 1980, il existe un fort mouvement de défense de la propriété individuelle dans la doctrine française qui a coïncidé avec les résistances politiques aux lois de nationalisation ; ce mouvement montre clairement ses préférences en faveur d'une conception individualiste et volontariste de la propriété et des contrats. Coïncidence ou symptôme, l'arrêt Caquelard de 1834 qui avait opté pour le principe de la libre création des droits réels réapparaît dans ce débat. Curieusement, lorsqu'Henri Capitant en 1933 publie *les grands arrêts de la jurisprudence civile*, il n'y faisait pas figurer l'arrêt Caquelard pour illustrer le principe de liberté de création des types de droits réels mais un arrêt de 1899 relatif à des clauses de non-responsabilité pour des dommages causés aux propriétaires par les exploitants des mines en sous-sol[58]. Cet arrêt n'apparaîtra plus dans les éditions suivantes ; et la question du *numerus clausus* ne sera plus traitée jusqu'à la huitième édition de 1984, moment où les auteurs vont introduire pour la première fois l'arrêt Caquelard, et vont plaider pour la libre création des droits réels innomés.

D'un deuxième côté, la théorie du patrimoine héritée d'Aubry et Rau, et de laquelle dérive notre conception des personnes morales, a été à la fois un facteur limitant de la libre création des droits réels[59], (puisqu'il était plus simple de constituer des obligations personnelles entre personnes juridiques qui peuvent être éternelles), et un élément fixateur de l'image du démembrement. Du point de vue économique, en terme de stricte valeur, il est parfaitement exact de dire que l'usufruit transfère une partie de la valeur du bien à l'usufruitier ; de même le fonds servant vaut moins que s'il n'était pas grevé d'une charge[60]… mais ce partage des valeurs devrait conduire à dire que le preneur d'un bail de longue durée, et pas seulement l'emphytéote, a un démembrement de la valeur.

D'un troisième côté, proche du précédent, les mutations économiques ont accompagné le changement de statut de l'économie dans le monde des idées, et la pensée économique envahit le discours des légistes en induisant d'autres modes de compréhension du droit de propriété. L'associé est-il propriétaire des actions ? L'associé est-il propriétaire d'une fraction de la personne morale ? Des économistes répondraient par l'affirmative et sans difficulté à ces deux questions, alors que les juristes auront du mal à ne pas être nuancés sur la première question et dénonceront la confusion conceptuelle de la seconde. La différence tient à la conception des biens comme valeur.

14. Cette conception n'est pas neuve ; elle est entrée depuis longtemps dans le droit français par le fonds de commerce dont la valorisation en fait une universalité, plus récemment le fonds libéral, les monopoles d'exploitations (brevet, marque, droit d'exploitation des œuvres…). Si le bien est sa valeur, la répartition des pouvoirs sur la chose n'est plus limitée par le cadre unitaire de la propriété parfaite ; on peut concevoir toutes sortes de rapports juridiques, qui en droit français seront conçus comme autant de rapports sur des choses immatérielles et intellectuelles. L'usufruitier d'un brevet ou d'une œuvre de l'esprit peut-il accomplir des actes de disposition (conclure un contrat d'édition) ? S'il ne le peut, quelles sont ses prérogatives ? S'il le peut, que reste-t-il au nu-propriétaire ? Bien des apories dans lesquelles se trouvent les « démembrements » du droit d'auteur.

58 Cass. civ., 12 décembre 1899, *Grands arrêt, 1re éd.,* n° 76 ; voy. Geny, « De l'effet des clauses d'irresponsabilité de la mine à l'égard des ayants cause à titre particulier du superficiaire qui les a consenties », *Rev. bourguignonne*. 1897, p. 151 *sq.*

59 Atias, Les biens, 2007, n° 71, p. 51-52.

60 C'est l'opinion de Pugliese, *Usufrutto, uso e abitazione*, 2e éd., UTET, 1972, p. 46.

Et s'il y a identité entre le bien et sa valeur, toutes les modalités de la propriété sont comme des démembrements de valeur. Nous sommes arrivés à un état de confusion conceptuelle qui devrait nous amener à renoncer à la métaphore du démembrement.

15. C'est pourtant l'inverse que la doctrine protolégislative promeut. Le « démembrement » vient même de faire son entrée dans le Code civil français, pour l'heure par la petite porte, à l'occasion d'une modification de l'article 815-1 al. 1er [61] par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures[62]. Le législateur français aura vu en lui une source de clarté et de simplicité. Mais ce ne serait qu'une étape, les promoteurs de la réforme du Livre II du Code civil en font un véritable pilier du droit des biens nouveau[63]. D'un point de vue politique, le « démembrement » permet d'articuler une conception du droit de propriété qui conserve son primat absolutiste et son caractère non destiné quand les droits sectoriels de l'environnement, des propriétés immatérielles ou du logement, poussent en faveur d'une redéfinition de la propriété autour d'un axe qui ne ferait plus de la propriété immobilière l'archétype éternel du droit sur les biens. La proposition du groupe Périnet-Marquet campe le principe que « La propriété est le droit exclusif et perpétuel d'user, de jouir et de disposer des choses et des droits (al. 1er). Elle confère à son titulaire un pouvoir absolu sous réserve des lois qui la réglementent (al. 2) ». « Nul ne peut exercer son droit de propriété dans l'intention de nuire à autrui »[64], sans un mot sur la destination du droit de propriété[65]. Seuls les démembrements limités de la propriété permettraient ces aménagements de la jouissance, et les opinions faussement dissidentes de certains membres du groupe de travail, témoignent de l'étau dans lequel l'image du démembrement maintient les droits réels sur la chose d'autrui : l'invention d'un droit de jouissance spéciale taillé sur le modèle de l'usufruit autoriserait même l'avènement d'un *numerus clausus* des démembrements[66].

61 « Sauf en cas de **démembrement** de la propriété du bien ou si l'un des indivisaires se trouve dans l'un des cas prévus à l'article 836, l'aliénation d'un bien indivis peut être autorisée par le tribunal de grande instance, à la demande de l'un ou des indivisaires titulaires d'au moins deux tiers des droits indivis, suivant les conditions et modalités définies aux alinéas suivants ».

62 F. Rome, « *Oh, la belle loi* », D. 2009, p. 1329.

63 Périnet-Marquet et *alii*, *Proposition de réforme du livre II du Code civil relatif aux biens*, 2008. http://www.henricapitant.org/IMG/pdf/Avant-projet_de_reforme_du_droit_des_biens_19_11_08.pdf.

64 Art. 534 et 535 Prop. Liv. II.

65 Pour illustration, lire l'art. 1228 du Code civil du Brésil : « Le propriétaire a la faculté d'user, de jouir et disposer de la chose, et de la revendiquer entre les mains de celui qui la posséderait ou la détiendrait injustement.

§ 1o. Le droit de propriété doit être exercé selon ses finalités économiques et sociales et de manière à ce que soient préservés, conformément à ce qui est établi par les lois spéciales, la faune, la flore, les beautés naturelles, les équilibres écologiques et le patrimoine historique et artistique, et de façon à ce que soit évitée toute pollution de l'air et des eaux ».

66 Bergel, à la RDImm 2009, p. 137 « On peut déplorer… que la thèse du *numerus clausus* des droits réels l'ait ainsi emporté. Mais tant d'articles laissent place à la liberté contractuelle ou à des droits réels largement ouverts, comme le droit réel de jouissance spéciale ou les servitudes, que les réticences que suscitent ces choix s'estompent fortement et que la volonté d'éviter trop de dérives incontrôlées paraît se justifier. Il en est d'autant plus ainsi que les textes proposés renvoient à des législations spéciales existantes ou susceptibles d'intervenir dont ils réservent l'application de régimes spécifiques ». Pour poursuivre l'analyse, lire absolument : F. Zenati-Castaing, « La proposition de refonte du Livre II du Code civil », RTD civ. 2009, p. 211.

Positivisme et droits de l'homme*

Par Éric MILLARD**

Un argument assez classiquement utilisé à l'encontre du positivisme est qu'il serait inconciliable avec une philosophie fondée sur les droits de l'homme, voire dangereux pour ces droits. Dans ce texte, je veux montrer que cet argument est un dangereux sophisme, et que le positivisme, pour autant qu'il est pris comme une méta-éthique, insiste sur la possibilité de développer une stratégie recherchant l'effectivité des droits humains et de leur justification comme garantie nécessaire au fonctionnement de la démocratie procédurale.

A classical argument opposed to positivism would be its radical incoherency with any philosophy of human rights, or even its dangerosity for the human rights themselves. In this paper, I want to demonstrate that such an argument is a mere fallacy, and that positivism, as soon as it is understood as meta ethics, stresses on the capacity to enforce a strategy in favor of human rights efficacy, and provides their justification as a necessary guarantee to procedural democracy.

* Ce texte fait suite à une invitation à la table ronde de l'Université de Mar del Plata, Argentine, en mai 2008, à laquelle participaient également : Véronique Champeil-Desplats, Carla Huerta et Ricardo Guibourg. Je remercie les participants pour leurs observations et critiques sur des versions préalables du présent texte. Il reste de ce caractère oral des emprunts à des textes antérieurement publiés (et indiqués en notes), l'objet de la table ronde et l'éventuel intérêt de cette modeste contribution à la jeune et prometteuse revue *Jurisprudence - Revue Critique* résidant dans le rapprochement et la mise en perspective critique de ces recherches antérieures.

** Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense.

1. On adjoint généralement les droits de l'homme et le positivisme pour souligner une prétendue contradiction : le positivisme serait sinon toujours un adversaire résolu de la philosophie des droits de l'homme, du moins une dangereuse théorie qui constituerait un obstacle à la philosophie des droits de l'homme. Cette contradiction n'est qu'apparente et son existence n'est soutenue qu'au prix de plusieurs confusions, dont deux constituent des sophismes (*fallacies*), niant toute distinction entre positivisme méthodologique et positivisme idéologique, et toute parenté entre droits de l'homme et démocratie procédurale.

Ross plaidait (il y a bientôt un demi-siècle, lors d'une conférence donnée à Buenos Aires) pour que l'on comprenne qu'il « *est tout à fait possible, sans se contredire, de nier l'objectivité des valeurs et de la morale* – objectivité sur laquelle se fonde *la* philosophie *dominante* affirmant l'essence des droits de l'homme –, *et d'être en même temps un honnête homme, à qui on peut faire confiance pour lutter contre un régime de terreur, corrompu et inhumain. La croyance que les jugements moraux ne sont pas vrais (ou faux), qu'ils ne résultent pas d'un processus de cognition, qu'ils ne permettent pas une perception comparable à une cognition logique ou empirique, n'est en rien incompatible avec la formulation de tels jugements à partir de convictions morales fortes. La posture positiviste ne concerne pas la morale, mais la logique du discours moral ; elle n'a pas trait à l'éthique, mais à la métaéthique* »[1].

Les droits de l'homme sont pour le positivisme méthodologique un des objets de la science du droit, en tant qu'ils ne sont *droits* de l'homme que s'ils sont *droits*. Mais les positivistes peuvent affirmer par ailleurs, en fonction de leurs préférences bien entendu, toutes formes de jugements politiques et d'évaluation sur chaque système juridique, y compris sur la protection par un système positif des valeurs que défend la philosophie des droits de l'homme.

Il n'est pas nécessaire de refaire cette démonstration et je voudrais plutôt insister sur l'autre pan de la critique : le positivisme, en tant que méta-éthique, serait dangereux pour la philosophie des droits de l'homme. Je crois en réalité que le sophisme est plus dangereux pour les droits de l'homme que le positivisme : qu'il constitue une mauvaise stratégie pour un défenseur véritable et sincère des droits de l'homme.

2. En tant que philosophie politique, la philosophie des droits de l'homme, dans sa conception initiale du libéralisme politique, ou dans ses évolutions ultérieures, est en premier lieu une revendication. Bien que procédant de l'affirmation de l'existence de droits naturels, inaliénables et sacrés, consubstantiels de la qualité d'être humain, elle ne saurait se contenter de cette simple affirmation, même présentée comme constatation. En tant que philosophie politique, la philosophie des droits de l'homme vise aussi et surtout la consécration de ces droits par les systèmes de droit positif, voire contre les systèmes de droit positif ; en bref à faire des « *droits de l'homme* » des *droits* des hommes et des femmes ; et des *droits* au sens des positivistes.

Sans cela, le discours sur les droits de l'homme n'est qu'une métaphysique ou un jeu de l'esprit, une pure démarche esthétique ; il bute sur la question immémoriale du jusnaturalisme : quand bien même ces prétendus droits seraient justes ou évidents, ils ne sont, dépourvus d'effectivité, rien d'autres que des mots, avec cependant toute la portée politique et symbolique du discours[2].

1 A. Ross, *La validité et le conflit entre positivisme juridique et droit naturel*, in A. Ross, *Introduction à l'empirisme juridique*, LGDJ, Paris, 2004, p. 159.

2 Cf. É. Millard, *L'effectivité des droits de l'homme (V°)*, in J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguenaud, St. Rials et F. Sudre (dir.), Dictionnaire des droits de l'homme, PUF, 2008.

Le positivisme méthodologique permet de concevoir l'effectivité des droits de l'homme en au moins trois sens.

3. La recherche d'effectivité se traduit d'abord de manière positive, et en premier lieu, par la recherche d'une consécration dans les textes de droit positif. Les grandes déclarations de l'époque moderne (du *Bill of Rights* aux déclarations révolutionnaires américaines et françaises) relaient la pensée politique du libéralisme, en donnant à l'affirmation des droits de l'homme une portée officielle au cœur du pouvoir politique. On sait pourtant que ce fut avec une portée juridique limitée ou contestée, qui ne garantissait pas l'effectivité des droits affirmés : la *Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen* de 1789 notamment s'est vue refusée durant très longtemps toute portée juridique.

Avec l'émergence de la conception moderne d'une démocratie procédurale fondée sur une structure hiérarchisée des normes juridiques, la revendication d'effectivité s'est donné des moyens plus conséquents : l'inscription des droits de l'homme dans les documents normatifs hiérarchiquement les plus élevés et la mise en place de systèmes juridictionnels de contrôle du respect des normes par les autorités publiques, administratives et législatives.

Ces outils juridiques donnant à la revendication politique des droits de l'homme une forme d'effectivité peuvent apparaître comme insuffisants à deux égards au moins au regard de la philosophie des droits de l'homme, et de sa vocation à l'universalité.

D'abord, ils font reposer l'effectivité des droits de l'homme sur un double choix politique : le choix de donner valeur constitutionnelle à tout ou partie du corpus politique d'une philosophie des droits de l'homme qui n'est pas nécessairement uniforme, et à cet égard il peut apparaître une hiérarchisation entre des droits constitutionnellement reconnus et des droits ne reposant que sur une affirmation infra-constitutionnelle ; le choix d'interpréter et de concilier des droits de l'homme avec d'autres principes consacrés par des normes de même niveau (y compris d'autres droits de l'homme), qui peuvent fréquemment d'un point de vue pratique se trouver en concurrence (liberté de communication et droit de propriété des médias par exemple).

Ensuite, ils font dépendre l'effectivité des droits de l'homme du système de droit positif des États en premier lieu, et donc d'une forme de volonté politique qui s'exerce dans les États. À cet égard, ni la consécration constitutionnelle, ni l'existence de procédures de contrôles juridictionnels ne garantissent de manière absolue contre un changement politique de l'État, y compris par des voies conformes au système juridique positif (réforme constitutionnelle). L'idée d'une supra-constitutionnalité des droits de l'homme n'est de ce point de vue qu'un regrettable recul, qui tend à occulter le problème juridique lié à une forme (imparfaite) d'effectivité des droits par le retour à des procédés simplement affirmatifs, ne garantissant en rien la moindre effectivité. Le recours à un droit international des droits de l'homme achoppe sur le fait de la souveraineté des États, qui implique le recours à l'instrument conventionnel (donc à la volonté des États de s'engager) et qui peine à mettre en place, même dans ce cadre limité, une justice internationale.

Mais ce qui peut apparaître comme une insuffisance n'est en réalité que la démonstration d'un élément essentiel de la philosophie des droits de l'homme : elle constitue un projet politique fort. Concurrencé par d'autres projets politiques, elle ne peut se réaliser que dès lors que ses partisans prennent conscience de sa dimension politique, et de ce qu'elle implique en termes de revendication constante d'effectivité. En toute hypothèse, l'affirmation philosophique des droits de l'homme est insuffisante à sa réalisation.

D'un point de vue négatif, l'effectivité ne peut être obtenue que par une action également politique,

en présence de systèmes ne permettant pas l'effectivité des droits de l'homme, que ce soit à l'intérieur de ces systèmes par l'action politique légale (en ce que ces systèmes le permettraient), ou à l'encontre de ces systèmes, par des voies contraires au droit : désobéissance civique, ingérence, etc. ; mais dans ce dernier cas bien sûr se pose la question de la justification, qui ne peut être en rien juridique, mais dépend exclusivement d'une cohérence politique.

Ces deux affirmations ne sont en rien incompatibles avec les fondements du positivisme méthodologique. Au contraire, seule l'acceptation de ces fondements conduit à les accepter immédiatement et pleinement.

4. Dans les systèmes juridiques qui, adhérant à la philosophie politique des droits de l'homme, donnent une effectivité à ses revendications, et qui donc consacrent d'une part les droits de l'homme dans des textes normatifs au sommet de la hiérarchie des normes, d'autre part mettent en place des garanties juridictionnelles de ces droits consacrés, il est possible d'envisager l'effectivité dans un sens second, bien que lui aussi essentiel.

Tout d'abord, il s'agit d'enregistrer une mutation dans la conception philosophique des droits de l'homme, et notamment dans la tâche dévolue à l'État face aux prérogatives individuelles : de droits contre l'État ou opposables à l'État, les droits de l'homme ont investi un champ plus large. Pour partie, on peut envisager une addition (l'intégration de droits économiques et sociaux par exemple, aux côtés des libertés traditionnelles) ou un aménagement (revendication de politiques d'action positive) recherchant une créance sur l'État, à partir de la revendication renouvelée de droits réels, garants d'une effectivité des droits formellement affirmés. Mais en toute hypothèse, et donc y compris dans le cadre d'une stricte orthodoxie libérale, l'État peut se voir aussi requis de dépasser le simple respect par ses organes et textes des droits de l'homme, pour être invité, au moyen de ses politiques et organes, à les protéger effectivement, et à les promouvoir activement : protection par la mise en place de techniques juridiques telles que la prise en compte de l'effet horizontal des droits de l'homme (*Drittwirkung der Grundrechte*) dans les relations entre particuliers, dépassant la simple érection en infraction pénale des violations ; promotion par des politiques actives d'éveil et d'éducation aux problématiques des droits de l'homme.

Ensuite, les systèmes démocratiques attachés aux droits de l'homme enregistrent de plus en plus largement l'idée du droit au recours comme élément d'effectivité, y compris contre les autorités publiques, dès lors que sont en jeu des questions relatives à ces droits ; particulièrement en matière civile et pénale, ce recours doit permettre un procès équitable, devant un tribunal indépendant et impartial établi par la loi. Il ne suffit plus que l'État reconnaisse les droits de l'homme et s'abstienne d'y porter atteinte : il faut qu'effectivement les victimes prétendues des violations de ces droits aient une voie juridique pour faire constater la violation, et en faire tirer les conséquences.

Cette juridictionnalisation nécessaire des droits de l'homme est particulièrement nette dans le système européen de sauvegarde des droits de l'Homme et libertés fondamentales (Convention de Rome du 4 novembre 1950), qui non seulement requiert ces modalités visant à rendre les droits consacrés par la convention effectifs, mais encore met en place son propre système de contrôle, en permettant l'accès des requérants à une juridiction supranationale.

La jurisprudence issue de ce système a eu de notables conséquences en terme d'effectivité des droits. En premier lieu, elle a généré (avec l'accord des États qui l'ont mise en place) une vision commune des exigences juridiques liées à l'adhésion à la philosophie politique des droits de l'homme, ne laissant plus les États décider seuls de celles-ci. Surtout, elle a imposé une conception pragmatique et concrète des droits, vérifiant que leur

mise en œuvre ne s'arrête pas à l'énonciation de principes généraux, et que les mesures nécessaires de conciliation ou d'aménagement des droits ne les atteignent pas dans leur substance en les privant d'effectivité. Cela conduit la Cour à élargir parfois considérablement le champ interprétatif des droits, mais également à vérifier pratiquement dans chaque espèce les cadres et conséquences du cas.

L'effectivité devient alors le critère essentiel de respect des droits de l'homme dans l'action, au moins de ceux reconnus par la convention comme principes et dont la protection est confiée aux organes de la convention. La technique juridique rejoint ici les objectifs de la philosophie politique, parce que cette philosophie politique est au cœur du projet commun.

5. Si le positivisme méthodologique, loin de constituer un danger pour les droits de l'homme, permet au contraire une meilleure protection en permettant d'analyser les conditions techniques nécessaires à leur réelle consécration, c'est aussi parce qu'il souligne qu'il ne peut y avoir de théorie politique des droits de l'homme qui ne soit une théorie de l'effectivité des droits de l'homme, et qui n'envisage les modalités juridiques comme visant essentiellement à prévenir les atteintes aux droits de l'homme. La réparation n'est jamais en matière de droits de l'homme une alternative équivalente à la prévention des violations, car elle n'est pas conceptuellement sur le même terrain.

Dans ce troisième sens, même d'un point de vue cognitiviste, il ne peut y avoir de droits de l'homme qui ne soient des droits positifs.

6. Pour finir, il faut rappeler que le lien entre positivisme méthodologique et théorie de la démocratie, dans le cadre d'une méta-éthique non cognitiviste[3], a un effet sur la conception des droits de l'homme.

La défense de la démocratie chez Kelsen est liée au relativisme éthique : ne pouvant savoir *a priori* qu'elle est la décision vraie, il faut choisir une procédure de décision considérée comme légitime et efficace[4]. Or le choix de la démocratie procédurale comme légitime suppose l'adhésion préalable à des valeurs qui sont celles des droits de l'homme : les valeurs d'autonomie de l'individu et d'égalité de traitement par le droit entre eux.

Le fonctionnement honnête de la démocratie suppose que ces idées d'autonomie et d'égalité ne demeurent pas de simples procédés rhétoriques (justificatifs ou légitimants), et que toutes les libertés, qui ont un effet sur le jeu démocratique, soient constitutionnellement protégées.

On retrouverait un raisonnement comparable chez Bobbio, malgré une conception en apparence plus substantielle de la démocratie[5]. Et c'est bien la même approche qui existe chez Bentham (pourtant hostile à la *Déclaration* des droits de l'homme), dans sa défense résolue de toutes les libertés qui permettent un jeu démocratique non faussé, c'est-à-dire une recherche transparente de l'utilité[6].

7. Voilà l'exacte signification de *cette* prétendue opposition aux droits de l'homme du positivisme métho-

3 Rappr. É. Millard, *Quelques remarques sur la signification politique de la Théorie réaliste de l'interprétation*, in D. de Béchillon, P. Brunet, V. Champeil-Desplats & É. Millard (études réunies par), *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur du Professeur Michel Troper*, Economica, 2006, p. 725-734 ; et É. Millard, *Positivisme logique et réalisme juridique*, *Analisi e Diritto*, 2008, p. 177-189.

4 H. Kelsen, *La démocratie : sa nature, sa valeur*, Dalloz 2004.

5 Voir V. Champeil-Desplats, *Norberto Bobbio : Pourquoi la démocratie ?,* Michel Houdiard, « Les Sens du Droit », 2008.

6 J. Bentham, *Sophismes anarchiques (L'absurdité sur des échasses, ou la boîte de Pandore ouverte, ou la Déclaration française des droits en préambule de la Constitution de 1791 soumise à la critique et à l'exposition avec une esquisse comparative de ce qui a été fait sur le même sujet dans la Constitution de 1795, et un échantillon du citoyen Sieyès)* in B. Binoche et J.-P. Cléro « Bentham contre les droits de l'homme », PUF, Quadrige Manuels, Paris, février 2007 ; *adde* : G. Tusseau, *Jeremy Bentham et les droits de l'homme*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, Vol. 50, 2002, p. 407-431.

dologique : affirmer comme conviction non que la démocratie est la meilleure garantie des droits de l'homme, mais que c'est la démocratie qui prime, et que la justification des droits de l'homme tient à ce que leur garantie est nécessaire pour que la démocratie fonctionne.

Dignité et droits de l'homme

Par Ricardo A. GUIBOURG*

Ce texte, issu d'une conférence à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense (Centre de recherche sur les droits fondamentaux – Centre de théorie et analyse du droit), entend montrer l'arrière-plan philosophique du discours sur la dignité et les droits de l'homme du point de vue de la méta-éthique, et pointer les difficultés méthodologiques, et logiques à les considérer comme des réalités. Il réserve toutefois la possibilité d'un soutien volontaire et conscient, comme adhésion à un projet politique.

This text, a lecture held in Paris Ouest Nanterre La Défense University (Centre de recherche sur les droits fondamentaux – Centre de théorie et analyse du droit), aims to show what is the philosophical background of speeches on Human rights and Human dignity, from a meta ethical point of view. It also aims to stress on methodological and logical difficulties if we consider thoses rights as realities. However, it does not exclude the possibility of a deliberate support to human rights as a political project.

* Professeur, Université de Buenos Aires.

1. Croire ou soutenir

Lorsqu'il s'agit de valeurs, principes ou droits de l'homme, il faut d'abord distinguer le plan politique du plan ontologique. Je peux dire que je soutiens fortement les droits de l'homme, mais je dois dire aussi que je n'y crois pas.

Ceci mérite une explication. Le long de l'histoire, des catastrophes ont mené à des réactions humanitaires. Aux abus de l'Ancien Régime, on a réagi par les Lumières et la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. À l'horreur des massacres du nazisme, par les procès de Nuremberg et, sur le plan de la théorie du droit, avec la formule de Radbruch. Aux massacres renouvelés de la fin du xxe siècle, par des conventions sur les droits de l'homme, les tribunaux internationaux et la juridiction universelle. La conscience de ce que certaines actions ont été tolérées, protégées ou même produites par la loi locale dériva en un manque de confiance envers la loi en général et un fort refus d'accepter certaines lois en particulier. Dans plusieurs pays, dont le mien, les législateurs sont élus par le peuple mais ils ne jouissent pas de la véritable confiance des électeurs.

Autrefois, lorsqu'un citoyen ou un groupe de citoyens avait une pétition à formuler, il l'adressait aux pouvoirs politiques et la fondait sur des arguments politiques : « il y a ici un problème et il serait convenable de le résoudre au moyen d'une norme avec tel ou tel contenu ». Mais cette démarche a besoin d'une certaine confiance sur ce que le récepteur va écouter la pétition et, après une certaine délibération ou négociation, il prendra une décision raisonnable. Lorsque le citoyen pense que sa pétition finira dans un tiroir du fonctionnaire à moins qu'elle ne devienne appuyée par des manifestations ou des mesures d'action directe, il sent que la démarche est inutile. Cependant, il peut essayer un autre chemin. Les juges ont le devoir d'écouter les pétitions et de leur donner une réponse fondée, contre laquelle il est même permis d'appeler devant une cour supérieure. Or, lorsqu'on s'adresse à un juge, il n'est pas possible de fonder la pétition sur des raisons politiques : il faut donner des raisons juridiques. Le modèle de ces raisons est ceci : « j'ai un droit et ce droit a été violé. Vous êtes obligé, monsieur le juge, de protéger mon droit et de le rétablir ». Si le juge est obligé à quelque chose, cette obligation doit relever du système juridique préalable à la violation. Si ce système ne contient pas une loi explicite dont le droit invoqué puisse relever, il faut affirmer que ce droit relève d'une norme implicite, ou du droit naturel, ou des principes du droit qui sont le nom présent de l'ancien droit naturel.

Cette tendance à concentrer le pouvoir de donner des réponses sur la fonction juridictionnelle et, par conséquent, à bâtir un système de principes et valeurs placés dedans la loi ou par-dessus la loi, s'exprime maintenant par la tendance constitutionnelle à proclamer des droits généraux de plus en plus positifs et elle a sa contrepartie théorique chez Dworkin, Alexy et l'essentiel de la philosophie du droit actuelle, qui tend à rejeter le positivisme comme une relique du passé et à proposer pour le droit des limites morales que l'on croit retrouver dans la nature de l'homme, dans la tradition juridique ou dans l'évolution de la culture. Du point de vue épistémologique, c'est à peu près le même mécanisme du vieux droit naturel, fondé sur le plan de Dieu ou sur la nature de l'homme, mais du point de vue politique la situation est devenue différente : maintenant il s'agit d'imposer la démocratie, la liberté individuelle et la protection de l'environnement.

C'est donc du point de vue politique que je soutiens les droits de l'homme, mais c'est du point de vue épistémologique que je n'arrive pas à y croire.

Je ne veux pas m'étendre sur des questions de philosophie pure, mais il me faut tracer un certain cadre théorique dans lequel mon raisonnement se déroule. Je ne dispose, pour mon information, que des sensations qui se développent au-dedans de mon esprit. De ce point de vue extrêmement limité, il me faut adopter des déci-

sions méthodologiques qui ne peuvent se justifier que pragmatiquement. J'accepte donc qu'il y ait un monde extérieur à moi, dont je suis une petite parcelle, et que ce monde extérieur est le même pour tous les sujets, indépendamment de nos perceptions, de nos connaissances et de nos préférences. Cette réalité n'est que matérielle, non parce que je rejette les idées, mais parce que seuls les objets et les événements matériels sont ou peuvent être perçus par tous d'une façon uniforme ; leur existence devient donc démontrable à n'importe qui. Les classes d'objets ou d'événements, les classes de classes, les relations entre les classes et, en somme, toutes les idées abstraites ne sont que des constructions du langage, adoptées en fonction de leur utilité pour décrire la réalité, exprimer nos émotions, défendre nos préférences et discuter entre nous au moyen des arguments. Employer ces constructions abstraites est normalement justifié par leur utilité, mais leur attribuer une existence réelle entraîne le risque de multiplier les objets sans contrôle (contre le rasoir d'Occam) et de nous compromettre à exercer une méthode non empirique pour arriver à la connaissance des objets de nature métaphysique.

Les valeurs, les principes, les droits, la loi même, l'État, n'existent donc pas, tout comme la classe des chevaux et celle des chiens. Ceci ne veut pas dire qu'il ne faut pas monter à cheval, caresser un chien, respecter l'État ni soutenir un droit, mais seulement que, lorsque nous en parlons, il faut être assez sûr que l'usage de tels mots soit pragmatiquement justifié. Et cela veut dire, à son tour, que chaque mot employé, aussi abstrait qu'il soit, puisse être défini de telle sorte que, même à la fin d'une longue chaîne de définitions successives, on trouve des états de choses matériels susceptibles de vérification empirique.

Les valeurs et les principes appartiennent au segment de la langue que je viens de critiquer. À l'intérieur de leurs significations on ne peut trouver d'autre fait empirique que la préférence éprouvée par un ou plusieurs individus, pour un instant ou d'une façon répétée ; mais on insiste à leur attribuer une existence réelle indépendante, invérifiable et conséquemment métaphysique. Cette situation a une conséquence explicite : l'accord général sur notre attitude presque magique envers certains mots ; une conséquence cachée : le désaccord sur le contenu qu'on attribue à ces mots ; et une conséquence implicite : une trappe idéologique très efficace pour feindre un consensus inexistant.

Cela ne m'empêche pas d'exprimer mes préférences les plus solides, qui sont favorables à l'existence de certains états de choses que l'on nomme parfois comme des conséquences de respecter les droits de l'homme et la dignité humaine.

2. Des synonymes

Lorsqu'on analyse l'idée de dignité, il est facile d'avertir que, d'après son usage, elle est étroitement liée à celle de respect. Respecter une personne est, avant tout, s'abstenir d'interférer avec ses projets et ses actions. Montrer du respect envers une personne, c'est agir publiquement d'une façon telle que l'on puisse comprendre qu'on s'abstiendra d'y interférer, et même qu'on se sent obligé à maintenir cette attitude. Être digne, c'est être digne de respect, c'est-à-dire provoquer chez les autres cette attitude-là. La dignité n'est que le nom de la qualité d'être digne. Nous attribuons cette qualité, visiblement, à ceux que nous aimons ou approuvons, mais aussi, moins publiquement et comme conséquence de certains motifs de prudence, aux personnes dont nous craignons le pouvoir ; voilà pourquoi nous parlons souvent des dignitaires qui nous semblent indignes de la dignité qui leur a été attribuée et comment certains membres de la maffia sont appelés des « hommes de respect ». Par extension, lorsque nous attribuons dignité à une situation ou à un état de choses, nous voulons dire que nous refusons d'interférer avec cette circonstance si elle se vérifie et que nous

approuvons les actions qui tendent à la produire, même si nous n'y participons pas.

Si la dignité et le respect sont un mélange (qui sait en quelle proportion) d'approbation et de crainte, qui nous conduit à appuyer ou tout au moins à tolérer des actions d'autrui, il devient clair que leur contenu comprend des critères d'évaluation.

Quels sont les sujets dignes de respect ? Les plantes, les animaux, les humains ? Tous les humains, ou seuls ceux qui appartiennent à notre civilisation ? Même les pervers, les assassins, les violeurs ? Est-ce que nous attribuons quelque dignité aux fonctionnaires corrompus ? Peut-être oui, si par ce moyen ils sont devenus puissants ?

On peut bien soutenir qu'il n'est pas question de sujets, mais d'actions, ou de classes d'actions, ou de classes de situations. Y a-t-il une dignité de la vie ? De l'intégrité physique ? Du projet de vie de chaque individu ? De l'usage des biens que chacun a pu accumuler ? De la satisfaction des besoins de chacun ? Dans ce cas, de quels besoins s'agit-il ? Et jusqu'à quelle limite ?

D'ailleurs, ce respect et cette dignité, ont-ils une condition absolue, ou bien admettent-ils des exceptions ? Quelles exceptions ? Acceptons-nous que certaines dignités soient inférieures à d'autres dignités ? En général ? Ou bien selon les circonstances ? En ce cas, quelles sont les circonstances qui font qu'une dignité est supérieure à une autre, ou, pour ainsi dire, la *defeasibility* (défectibilité) du respect dû à une personne ou à une action ?

Il est possible que celui qui entend ces questions pense détenir les réponses. Ou, tout au moins, qu'il a la capacité de les trouver. Je ne veux pas discuter ce sentiment. Mais il faut avertir que probablement, et en dépit du conditionnement commun auquel nous sommes soumis par la culture à laquelle nous appartenons, une fois que l'occasion adviendra, nos réponses ne seront pas exactement les mêmes, et parfois elles seront complètement incompatibles.

Je me limite à énoncer un fait, d'après ma propre observation. Je trouve bien que chacun élabore et maintienne ses propres critères pour exercer le respect. Je trouve mieux encore que les individus se mettent d'accord, soit explicitement soit implicitement, pour élaborer et appliquer plus ou moins les mêmes critères. Mais, quand on exige un minimum de précision dans ces critères, on avertit que l'accord n'existe pas et que, en tout cas, on ne l'obtiendra pas très vite. Entre autres raisons, parce qu'il y a eu déjà une tentative imparfaite d'accorder et en même temps d'imposer des critères de respect. Nous avions donné à cette tentative le nom de loi, et le fait même que nous parlons avec tant d'intensité de la dignité et d'autres principes indique clairement que nous n'avons plus confiance en elle, et que nous voulons la laisser de côté pour rechercher quelque forme d'illumination plus directe.

Dans cette situation, l'usage de l'expression « dignité » est particulièrement équivoque. Non seulement parce qu'elle montre la pire des imprécisions, qui est celle qui dépend des intérêts ou des préférences morales du sujet. Mais aussi – et ceci est encore plus grave – parce qu'elle suppose qu'il y a dans l'univers une chose qui s'appelle dignité humaine, qu'elle appartient à la partie immatérielle de la réalité, prête donc à être découverte et connue par les personnes appropriées, capables d'employer des méthodes appropriées.

Cette question nous renvoie à la méta-éthique. Chaque réponse à propos de la signification des mots de la morale (bon, mauvais, juste, injuste) peut être soutenue par quiconque, mais elle ne peut devenir universelle que si l'on peut trouver une méthode, ouverte à tous, capable de distinguer le juste de l'injuste d'une façon acceptable par le discours moral prédominant.

Il est vrai que personne n'est capable d'énoncer pour cela une méthode uniforme qui puisse être appliquée par tous les sujets, et c'est comme cela que chaque groupe

peut se déclarer en possession de sa propre méthode pour signaler cet animal mythique appelé dignité.

Aussi la dignité, loin de servir à garantir ce que nous tous voulons garantir (parmi d'autres raisons, parce qu'il n'y pas de situation que véritablement nous voulons tous réellement garantir, vraiment dans tous les cas), remplit une fonction très différente : celle de devenir une arme rhétorique offensive à disposition de chaque sujet ou de chaque groupe pour défendre leurs préférences face aux autres.

J'emprunte à Véronique Champeil-Desplats des exemples très clairs. La dignité de la femme exige-t-elle que l'avortement soit permis ? La dignité de la vie réclame-t-elle qu'il soit interdit ? Pour maintenir la dignité des malades, convient-il d'autoriser l'euthanasie ? Ou l'euthanasie est-elle contraire à la dignité humaine ?

Je peux ajouter d'autres questions. Est-il propre à la dignité des habitants d'un pays, ou d'une communauté, de maintenir leur niveau de vie en rejetant les immigrants ? Est-ce qu'il convient à la dignité universelle de l'homme que soit garanti le droit d'émigrer où il veut ? Faut-il, pour assurer la dignité de la famille, maintenir le régime des successions ? Faudrait-il l'atténuer ou même l'éliminer pour assurer la dignité de ceux qui n'ont pas eu la fortune génétique de naître dans une famille riche ? Chacun de nous pourrait poser des questions pareilles, sans d'autre réponse que les préférences de chaque personne ou de chaque groupe, à mi-chemin entre leurs propres intérêts et les traditions culturelles que chacun a reçu de la culture où il est né.

Or, s'il y a une dignité de l'homme, c'est parce que l'homme, en tant que tel, est digne d'un certain traitement. Ce traitement que l'on proclame comme dû à tout être humain est ce qui reçoit le nom de droits de l'homme. Les droits de l'homme et la dignité humaine sont donc des expressions presque synonymes.

3. Le contenu des droits de l'homme

Il est une conséquence de cette synonymie : que ce que je viens de dire à propos de la dignité convient également aux droits de l'homme. Si nous croyons à la réalité de ces droits, il nous faut proposer une méthode capable de les détecter. Si cette méthode ne peut pas être appliquée par tous, on peut douter de la réalité proclamée. Si la méthode consiste en une foi religieuse ou en une illumination intérieure, il n'y a plus de doute : on nous parle d'une idée métaphysique, dont le contenu réel n'est que psychologique ; il s'agit de mots qui soulèvent des sentiments positifs, sans qu'ils aient de référence sémantique susceptible d'être signalées. Si, par contre, il ne s'agit que de constater un certain sentiment général, il faut d'abord que ce sentiment soit vraiment général ou bien redéfinir le mot « général » en le réduisant à une partie spécialement civilisée, ou illuminée, ou bien-pensante, ou riche, ou puissante, de l'humanité.

Une position sceptique comme celle-ci soulève immédiatement des réactions indignées. Le sceptique est souvent accusé d'être ennemi de l'humanité et d'avoir une opinion contraire aux droits de l'homme. Cette réaction naît de la certitude des droits de l'homme : ne sont-ils pas reconnus partout dans des déclarations, des traités internationaux et des constitutions ? Ne sommes-nous pas tous d'accord sur la valeur de la vie, de la liberté, de l'égalité et de la démocratie, de la protection des enfants et de la préservation du milieu ?

Je réponds : non. Nous sommes (presque tous) d'accord sur le culte rendu à ces mots, intense mais superficiel. Nous ne sommes pas d'accord sur les faits que chacun nomme avec de tels mots. J'ai déjà parlé de la vie, à propos de l'avortement et de l'euthanasie. Mais que dire de la guerre ? La guerre est quelque chose de mauvais, on le sait bien. Mais, dans la guerre, il faut tuer. Est-ce que cela se justifie ? Oui, si la guerre est juste, dit-on. Mais, y a-t-il une guerre juste ? Naturellement, la nôtre : celle

de l'ennemi est toujours injuste. L'ennemi nous attaque : nous nous défendons, même préventivement. Il suffit de revenir à l'œuf ou à la poule pour identifier une action de l'autre, qui serve à justifier notre guerre et à condamner celle d'autrui.

La liberté ? Avoir une liberté, au sens normatif et politique, veut dire qu'une certaine action est légalement facultative. Il serait facile d'assurer une liberté complète et égale pour tous, en éliminant toutes les lois, avec leurs interdictions et leurs obligations ; mais personne ne veut cela. Chacun pense emphatiquement à une certaine liberté, celle que lui a été enlevée autrefois ou qu'il craint qu'on lui enlève demain. On ne veut pas les libertés qu'on ne se sent pas en mesure d'exercer ou qu'on ne veut pas que les autres exercent. Pour elles, on réserve les noms de libertinage, désordre ou chaos.

L'égalité ? On parle souvent contre la discrimination par genre, par race, par religion, par idées politiques. Je suis d'accord. Mais, à la base de toutes les inégalités, on trouve celle de la richesse : les puissants méprisent et discriminent les impuissants et les conditions ethniques ou personnelles des impuissants ne jouent que le rôle de façades pour maintenir le pouvoir, synonyme historique de la richesse. J'ai demandé souvent à mes élèves s'ils croient que les biens et les services devraient être distribués également entre tous les individus. La réponse est négative, presque unanimement : il faut respecter des besoins divers, mais aussi des mérites divers, parmi lesquels l'effort intellectuel est très important (naturellement, ce sont des étudiants ou des licenciés en droit). Puis, il n'est pas question de l'effort seulement, mais aussi (et même principalement) des résultats obtenus par chacun. À la fin de l'analyse, la majorité finit par s'accorder que le libre marché est le meilleur juge de l'inégalité raisonnable, pourvu que l'on assure une base de survie pour tous (pour tous les compatriotes, bien entendu) et qu'il y ait un minimum d'éducation pour les pauvres, même si l'on sait bien que les enfants mal nourris et moins stimulés arrivent à l'éducation promise dans des conditions d'infériorité.

L'égalité qu'on propose n'est donc qu'un alibi pour la conscience politique des démocrates puissants, puisqu'il devient clair que le point de départ de l'effort humain, qui est fort inégal, doit rester inégal et se reproduire au moyen du mécanisme du marché, tout en laissant quelque espace pour les chanteurs, les joueurs de football ou les personnes qui, moyennant leur chance extraordinaire et un effort très supérieur à la moyenne, arrivent à surmonter leurs conditions désavantageuses.

Devant ce résultat, je n'ose jamais poser à mes élèves une question sur la fraternité, que je vois tranchée d'avance.

D'après les réflexions que je viens de faire, les droits de l'homme, conséquence de la dignité humaine, deviennent réduits à une idée ontologique qui relève de la culture européenne ; et, même de ce point de vue, d'un accord mythologique sur certaines expressions linguistiques prestigieuses.

Nous tous soutenons les droits de l'homme, qui sont d'ailleurs mentionnés dans nos constitutions. Mais chacun a sa propre interprétation sur leur contenu et, sachant quelque chose sur les sentiments des autres, n'ose pas aller plus loin à l'heure de les réclamer ou les assurer.

Un exemple de la fonction symbolique de ce discours est la mode américaine du langage « sensible au genre ». Il est vrai que le langage est sexiste, parce qu'il est le résultat historique d'une culture extrêmement sexiste. Si la culture est modifiée, le langage changera ou bien sa grammaire sexiste perdra son importance. Les anglophones ont choisi de dire « *his or her* », ce qui trouble assez peu une langue où les adjectifs n'ont pas de genre. Mais dans les langues latines, où le genre envahit les adjectifs, les articles, les pronoms et les participes passés, l'inclusion des deux genres dans le discours devient catastrophique pour la clarté et la simplicité : il serait préférable de compenser une habitude par une autre, et renverser la règle en

établissant que le genre mixte, inconnu ou indifférent doit être représenté par le féminin : on dirait donc que Gérard Depardieu, Juliette Binoche et Michel Serrault sont d'excellentes actrices françaises. Si cette solution nous semble trop radicale, il serait possible d'introduire un genre neutre pour tous les cas où il n'est pas nécessaire de spécifier un sexe. Cependant, les nouvelles constitutions de l'Amérique Latine insistent sur la nécessité de répéter les mots au masculin et au féminin, même aux dépens de la communication, pour exhiber symboliquement une égalité des sexes qui ne parvient pas à être assurée ni garantie dans la vie quotidienne réelle des êtres humains.

Ce que je viens d'exposer n'est qu'un exemple. Je soutiens qu'une partie considérable du discours sur les droits de l'homme et des lois fondées sur ce discours n'a qu'une fonction symbolique, même à l'insu de leurs auteurs de bonne foi, parce que l'accord sur le symbole nous fait perdre de vue le désaccord sur les actions concrètes que le symbole devrait représenter, tandis que c'est ce désaccord qui nous permettrait d'expliquer l'insuffisance des solutions pratiques que l'on arrive à appliquer.

4. L'hypertrophie des droits

En somme, l'idée des droits de l'homme, si traditionnelle et chère à tous, est devenue soumise à une double hypertrophie.

Il y a d'abord une hypertrophie politique. Puisque les droits de l'homme sont considérés comme très importants et presque sacrés, on tend à penser que la civilisation avance à mesure que les droits de l'homme s'amplifient. On en est déjà à la troisième ou quatrième génération. Mais on perd de vue que les droits ainsi amplifiés, surtout lorsque leur respect dépend d'une action positive de l'État ou des particuliers, deviennent de plus en plus conditionnés par la disponibilité des recours ou une certaine concurrence de priorités. Ceci tend à dissoudre la différence entre ce qu'on appelle des droits de l'homme, et le reste des droits assurés par les lois, et l'idée jadis sacralisée des droits de l'homme devient, pour ainsi dire, dévaluée.

Mais il y a aussi une hypertrophie méthodologique, bien plus grave que celle que je viens de mentionner, qui relève de la tendance à concevoir le droit du point de vue des droits en général. Je m'explique. Lorsque la loi établit une obligation, elle spécifie qui est obligé, quelle est l'action obligatoire, en quel moment elle doit être vérifiée et, directement ou indirectement, quelle est la sanction pour celui qui ne fait pas son devoir. Voilà une disposition complète, de laquelle on peut déduire facilement le bénéficiaire du droit correspondant. Par contre, si la loi (ou plus souvent la constitution) proclame un droit, elle en établit les bénéficiaires et le résultat voulu, mais laisse en blanc la conduite qu'il faut suivre pour atteindre ce résultat, l'auteur potentiel de cette conduite, l'opportunité dans laquelle il faudra la suivre et les conséquences du manque d'accomplissement. Et aucun de ces éléments ne peut se déduire facilement de la proclamation du droit.

C'est ainsi que la tendance à raisonner par des droits, si commune de nos jours, menace de convertir le discours juridique en quelque chose de semblable à la théologie. On postule des principes qui sont aussi vantés et immatériels que les anges : lorsque, dans un cas concret, il y a des principes pour et contre une certaine solution, il devient nécessaire de les pondérer, c'est-à-dire les peser sur la balance symbolique de la justice. Mais, pour ce faire, il nous faudrait une assignation de valeur abstraite à chaque principe et même une façon de mesurer la quantité de chaque principe présente dans le cas particulier. Alexy, qui a vu clairement ce besoin, n'arrive pas à le combler et c'est ainsi que la formule qu'il propose présente des variables dont la magnitude ne peut pas se déterminer objectivement.

De ce point de vue, l'hypertrophie méthodologique des droits et des principes, y compris les droits de l'homme, menace d'anéantir le seul avantage de la loi, qui

consiste à assurer que chacun connaisse ses obligations et ses droits indépendamment des préférences personnelles, et de soumettre les citoyens, encore plus qu'avant, à l'arbitre bien intentionné des tribunaux. Notre recherche acharnée de la justice nous aura donc privés de l'instrument, imparfait mais utile, que nous employions pour régler notre vie en commun.

5. Que reste-t-il?

Sur ce qui reste du discours sur les droits de l'homme, on peut répondre comme la chanson : « une photo, vieille photo, de ma jeunesse ». Mais il ne s'agit pas d'une photo inutile : elle représente le souvenir de nos rébellions d'antan contre l'autoritarisme de l'Ancien Régime, et de l'Église, et du fascisme, et des tyrannies en général. Et en faveur de la démocratie (ou, tout au moins, d'une certaine démocratie).

En parlant des droits de l'homme, nous renouvelons une attitude politique et nous retrouvons une énergie bien actuelle mise au service de certains droits. Ce n'est pas ce que le discours habituel croit mentionner, mais c'est de même quelque chose de valable, puisque cette attitude positive nous fait sentir encore que nous pouvons construire un monde plus heureux, dans le meilleur des cas, ou que nous pouvons combattre quelques causes du malheur, même si notre succès devient mauvais.

Cette énergie ne devrait pas être gaspillée en métaphysique ni en mythologie. Pour ce faire, il faut cesser de parler de mots et employer les mots pour bâtir des réalités. Il serait convenable de ne plus faire des lois et des constitutions qui proclament des droits, mais des normes opératives qui imposent les obligations et les devoirs dont l'accomplissement pourrait satisfaire ces expectatives que nous appelons des droits.

Naturellement, pour suivre ce chemin, il faudrait prendre conscience de ce que l'on veut, et peut, vraiment assurer à tous ; établir concrètement les obligations destinées à appliquer ces droits en pratique et abandonner les promesses vides avec lesquelles notre culture a trompé le monde durant deux cents ans. Les nouvelles promesses, que nous pourrions appeler loyalement des droits de l'homme, seraient donc valables pour n'importe qui, n'importe où, n'importe quand, et sans peur de limitations ni de situations d'exception ou d'urgence.

Dans ce contexte, il faudrait aussi prendre la vieille idée d'égalité un peu plus au sérieux, pour avertir qu'elle a toujours été médiatisée par la définition des « égaux ». Prendre plus au sérieux l'idée de démocratie pour se rendre compte qu'elle est presque inutile si le peuple n'est pas informé (et je ne parle pas seulement de la censure, mais aussi de la formation d'opinion par les moyens de communication et la publicité) ; ou s'il est soumis à une structure féodale, comme dans de diverses régions du monde, ou au clientélisme politique, comme il est commun en Amérique Latine, ou s'il est replié dans le château fort de ses privilèges, comme il est évident aujourd'hui dans les régions plus riches et puissantes.

J'ai dit au début que je ne crois pas aux droits de l'homme, mais que je les soutiens. Ma façon de les soutenir est philosophique, sémantique et logique. D'abord, parce je crois qu'il faut clarifier notre langage et débarrasser notre ontologie des obstacles qui nous empêchent de penser clairement. Et du point de vue logique parce que, si nous commençons par clarifier l'ontologie, la méthodologie et le langage, nous allons trouver des contradictions internes qu'un jour il nous faudra résoudre. Il s'agit d'une chirurgie philosophique pour laquelle on n'a pas encore trouvé d'anesthésie : l'idéologie, tant la bonne (c'est-à-dire la nôtre) comme la mauvaise (celle des autres) souffre toujours lorsqu'on la démasque. Mais une société plus transparente et un discours plus compréhensible valent la peine.

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, les fondements d'une théorie pure du droit

(présentation de la préface à la seconde édition des « Problèmes fondamentaux de la théorie juridique de l'État développés à partir de la théorie de la proposition juridique »)

Par Sandrine PINA*

Hans Kelsen a rédigé, en 1911, sa thèse d'habilitation intitulée Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Dans ce premier traité, il pose les fondements de sa future théorie pure du droit et critique déjà les doctrines publicistes de son époque. Il entend construire une véritable science du droit et vise une méthode juridique pure reposant sur des principes kantiens et néokantiens. Toutefois, Kelsen ne développe pas encore une conception dynamique du droit et ne s'interroge pas sur le problème de la création du droit. Ce n'est que dans ses travaux ultérieurs que le projet d'une théorie pure du droit sera abouti grâce à l'apport, notamment, de ses élèves de l'École de Vienne Adolf Merkl et Alfred Verdross. Ainsi, lors de la publication de la seconde édition des Hauptprobleme en 1923, Kelsen a rédigé une nouvelle préface retraçant ses influences et les évolutions de sa pensée.

Hans Kelsen published his first major treatise Hauptprobleme der Staatsrechtslehre in 1911. With this work, Kelsen sketchs the development of his Pure Theory of Law and criticizes traditional German legal science. He wants to establish legal science as a pure normative discipline with a Kantian and neokantian dimension. But this first work does not refer to a dynamic conception of Law and problem of law's creation. In his subsequent essays, The project of a pure theory of law will be accomplished with the contribution of, in particular, his pupils Adolf Merkl and Alfred Verdross. So Kelsen added a new Foreword to the second printing of Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (1923). This Text shows the influence and the evolution of Kelsen's legal theory.

* Maître de conférences en droit public, Université de Savoie.

Hans Kelsen (Prague, 1881- Berkeley, Californie, 1973) est l'auteur de la célèbre *Théorie pure du droit*, ouvrage dans lequel il entendait élaborer une théorie du droit positif – analysé comme un ordre normatif[1] – qui, par ses nombreux apports et développements, donne une nouvelle vision du droit et de la science. Par conséquent, il apparaît comme l'un des juristes ayant le plus marqué la pensée juridique contemporaine, il est « indiscutablement le principal juriste de notre époque »[2]. Le Doyen Georges Vedel estimait d'ailleurs qu'« après lui, on ne pourra plus écrire et parler du droit sans ressentir l'emprise de sa pensée »[3].

Toutefois, cette œuvre majeure puise ses racines dans un autre écrit beaucoup moins connu : *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*[4] (Problèmes fondamentaux de la théorie juridique de l'État développés à partir de la théorie de la proposition juridique). Cette étude – réalisée en 1911 – a été publiée aux éditions JCB Mohr (Paul Siebeck) puis rééditée en 1923. Elle a permis à Kelsen d'obtenir son habilitation en droit public et philosophie du droit *(Privatdozent für Staatsrecht und Rechtsphilosophie*[5]*)* à la Faculté de droit de Vienne.

Cette thèse d'habilitation de plus de 700 pages porte sur la théorie du droit public et sur la révision des fondements méthodologiques de la théorie du droit public. Cet ouvrage est composé de trois grandes parties.

En première partie, on retrouve les bases d'une théorie pure du droit. Ces développements préliminaires visent ainsi à distinguer loi naturelle et norme, loi morale et norme juridique. Kelsen analyse les buts du droit, la distinction entre l'être et le devoir-être (*Sein* et *Sollen*) et la distinction entre la causalité et l'imputation.

La seconde partie porte sur les formes d'apparition objective des propositions juridiques avec des développements relatifs à la volonté (volonté psychologique, volonté en droit privé et en droit pénal, volonté de l'État), à la forme logique des propositions juridiques (définition des propositions juridiques au sens strict et au sens large) et aux théories normatives de Binding et Thon.

Enfin, dans une troisième partie, Kelsen traite des formes d'apparition subjective des propositions juridiques. Il développe ici le concept de devoir (devoir moral et devoir juridique), le devoir juridique de l'État et des organes étatiques (étude du concept d'organe, des organes législatif et exécutif). Il analyse les grandes théories de l'État (notamment la théorie de l'auto-obligation de l'État de Jellinek) et le concept de droit subjectif.

Ce premier traité s'inscrit, certes, dans une continuité de la pensée juridique de l'époque, Kelsen faisant de nombreuses références notamment à Jhering, Stammler, Jellinek, Laband, Haenel, Windscheid ou encore Gerber. D'ailleurs, pour réaliser cette thèse, Kelsen a réalisé deux séjours d'études[6], entre 1908 et 1910, à Berlin auprès de Gerhard Anschütz (1867-1948) et à Heidelberg auprès de Georg Jellinek (1851-1911) dont il contestera les thèses. Il se réfère également à la philosophie à travers Kant, Fichte et Schleiermacher. Cependant, les *Hauptprobleme* interviennent en réaction aux théories juridiques dominantes

1 Hans Kelsen, « Was ist Juristischer Positivismus ? », *Die Wiener Rechtstheoretische Schule (WRS)*, I, p. 941.

2 Roscoe Pound, « Law and Science of Law in Recent Theories », *Yale Law Journal*, 43, 1933-4, p. 532.

3 Carlos Miguel Herrera, « Théorie et politique dans la réception de Kelsen en France », in *Actualité de Kelsen en France*, coll. « La pensée juridique », Bruylant, LGDJ, Paris, 2001, p. 13.

4 Hans Kelsen, *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (H.)*, Verlag von JCB Möhr, Paul Siebeck, Tübingen, 2e éd., 1923, 709 p.

5 Commune en Europe centrale, l'habilitation est une thèse post-doctorale pour être qualifié au poste de *Privatdozent*, qui autorise à la maîtrise de conférences des universités.

6 Rudolf Aladar Metall, *Hans Kelsen, Leben und Werk*, Franz Deuticke Verlag, Wien, 1969, p. 11 *sqq*. Dans la première édition des *Hauptprobleme*, Kelsen remercie les professeurs Edmund Bernatzik (1854-1919) et Adolf Menzel (1857-1938). Il fait référence, en outre, à Friedrich Tezner (1856-1925). *H.*, JCB Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1911, p. XIII.

en s'assignant un objectif radical de purification de la science du droit[7].

Ce premier ouvrage pose ainsi les bases de sa théorie du droit puisqu'il y développe la notion centrale de *Rechtssätze* (proposition juridique) et établit la distinction conceptuelle fondamentale dans son œuvre générale, celle de l'être et du devoir-être. Les *Hauptprobleme* apparaissent comme une étude liminaire ; ils fondent en partie la *Reine Rechtslehre* (*Théorie pure du droit)* même si Kelsen a opéré par la suite de nombreuses modifications.

Il faut noter, cependant, que l'écho des *Hauptprobleme* est resté extrêmement réservé. À l'époque, Kelsen a reçu l'approbation amicale de seulement deux personnes : Oscar Ewald (dans les *Kant-Studien*, « *Die deutsche Philosophie im Jahre 1911* ») et Franz Weyr (« *Eine neue Theorie des Staatsrechts* » et « *Über zwei Hauptpunke der Kelsenschen Staatsrechtslehre* »)[8]. De même, cette œuvre demeure assez méconnue en France. Elle n'a jamais fait l'objet de traduction alors que tous les autres grands traités kelséniens ont été traduits.

La traduction, dans ces pages, de la préface à la seconde édition des *Hauptprobleme* en 1923 est, par conséquent, intéressante à plus d'un titre.

Tout d'abord, cette œuvre est le premier grand traité élaboré par Kelsen sur les possibilités et les limites d'une connaissance scientifique du droit. Auparavant, Kelsen avait réalisé – lors de ces études – une thèse sur la théorie de l'État de Dante Alighieri (1905) et un commentaire de la loi autrichienne du 26 janvier 1907 relative au règlement électoral du *Reichsrat*.

Ensuite, si cette œuvre a été élaborée en 1911 et rééditée en la même forme en 1923, la pensée kelsénienne a profondément évolué dans l'intervalle. La direction épistémologique demeure la même mais Kelsen a apporté des évolutions notables à sa théorie à travers d'autres travaux développant, par exemple, la norme fondamentale ou la conception dynamique de l'ordre juridique. Ce texte pose donc les bases conceptuelles de la pensée kelsénienne et caractérise – selon les termes de Stanley L. Paulson – la période de constructivisme critique de Kelsen[9], *i.e.* l'élaboration première de la pensée kelsénienne consistant en la construction, la formation de concepts fondamentaux.

Enfin, il s'agit de l'un des rares textes où Kelsen mentionne ses influences. Il se réfère explicitement au néokantisme et plus particulièrement à Hermann Cohen. Il reconnaît, en outre, l'apport fondamental des travaux d'Adolf Julius Merkl, un élève et ami de Kelsen au sein de l'École de Vienne, devenu le « cofondateur » de la théorie pure du droit.

I. Les Hauptprobleme*: le projet d'une connaissance scientifique du droit*

Dès les *Hauptprobleme*, Kelsen met en œuvre une méthode juridique pure qu'il appliquera tout au long de son oeuvre. Il souhaite que sa théorie soit considérée comme une application de la méthode kantienne et néokantienne[10].

7 « Déjà mes *'Hauptprobleme'* prenaient le soin de se distancer des tendances politiques – habilement déguisées – dans la doctrine de l'État de Laband. Cela démontre que la Théorie Pure du Droit est née en opposition au labandisme ». Lettre de Hans Kelsen à Renato Trèves du 3 août 1933, *Revue Droit et société*, n° 7-1987, p. 326.

8 Rudolf Aladar Metall, *Hans Kelsen, Leben und Werk*, *op. cit.*, p. 15.

9 Stanley L. Paulson, « Toward a periodization of the Pure Theory of Law », in L. Gianformaggio (éd.), *Hans Kelsen's legal Theory. A Diachronic Point of View*, G. Giappichelli editore, Torino, 1990, p. 11-47.

10 Alida Wilson, « Is Kelsen really a Kantian ? », in *Essays on Hans Kelsen*, Richard Tur et Williams Twining (éditeurs), Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 39.

Une méthode juridique pure

Les *Hauptprobleme* constituent avant tout un projet méthodologique. L'effort kelsénien est d'établir une science du droit – en tant que discipline normative – avec un objet de connaissance unique : le droit. Il s'agit de bien distinguer l'objet (le droit, les normes) de sa connaissance (la science du droit). Il entend construire une science où le juriste se borne à connaître son objet et ne se préoccupe pas de questions intéressant le sociologue ou le psychologue[11].

Kelsen envisage le droit comme normatif par nature et, par conséquent, la théorie juridique ne peut être qu'une étude relative aux normes, aux propositions de droit. Il va alors utiliser le concept de *Rechtssätze* : la science du droit formule des propositions juridiques permettant de décrire la norme. La conception de la proposition juridique est centrale en tant que principe de connaissance et participe à la pureté de la théorie. Toutefois, dans ses premiers travaux, la distinction entre la norme juridique et la proposition juridique n'est pas toujours clairement exposée. Ultérieurement, Kelsen mettra en évidence cette distinction en ce que les propositions juridiques sont des jugements hypothétiques et les normes des prescriptions régissant la conduite humaine[12].

Dans sa thèse d'habilitation, Kelsen vise donc une méthode juridique pure. Il cherche à construire une science du droit autonome sur la base de la norme entendue comme norme valide. Il abolit toutes les distinctions opérées par la doctrine juridique : le dualisme entre droit objectif et droit subjectif, entre droit public et droit privé, et plus tard entre droit et État (dans les *Hauptprobleme*, l'unité du droit et de l'État est sous-jacente lorsqu'il écrit que droit et État sont les deux faces d'une même médaille mais cela n'est pas encore clairement affirmé[13]). Son système vise une connaissance unifiée du droit, dans la même optique que le juriste tchèque Franz Weyr (1879-1951). En effet, Weyr avait déjà posé les bases de l'unité du système juridique dans un article paru en 1908[14], en critiquant notamment la distinction entre le droit privé et le droit public issue du droit romain. Il souhaitait démontrer le caractère particulier de la jurisprudence en tant que construction scientifique pure[15].

Dans cette optique, les *Hauptprobleme* veulent « saisir la pureté de la théorie – entendue comme indépendance du droit – comme objet de la connaissance scientifique d'après deux directions : d'abord contre les prétentions des considérations dites sociologiques voulant s'emparer du droit comme une part de la réalité naturelle d'après une méthode scientifique causale, et également contre les théories du droit naturel qui ignorent les fondements des relations données exclusivement et seulement dans le droit positif et qui extraient la théorie du droit du domaine des propositions juridiques positives pour la ramener à des postulats éthico-politiques »[16]. Sur cette base, le jeune Kelsen rejette tout syncrétisme méthodologique. Il opère une réduction épistémologique fondamentale : la théorie pure du droit est une théorie du droit positif[17], expurgée de tout élément non juridique. Il s'intéresse à une méthode pure préservant le droit de toute revendication sociologique[18], politique, psychologique ou encore naturaliste. Kelsen pose les fondements de sa critique de l'idéologie. Les *Hauptprobleme* restent cependant davantage orientés vers une critique de la sociologie,

11 *H.*, 1911, p. VIII.

12 Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduit par Charles Eisenmann, coll. « Philosophie du droit », 2e éd., Dalloz, Paris, 1962, p. 110.

13 *H.*, p. 253.

14 Franz Weyr, « Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1908, p. 529-580.

15 *Ibid.*, p. 544.

16 *H.*, p. V-VI.

17 *H.*, p. 6.

18 Hans Kelsen, « Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode », *WRS*, I, p. 3-36.

le rejet du droit naturel apparaissant de façon plus indirecte. Le droit naturel est abordé ici dans le cadre de la critique de la sociologie. Ce rejet du droit naturel sera plus intensif dans ses travaux ultérieurs.

Une épistémologie influencée par le néokantisme

Cette phase de formation théorique de la pensée kelsénienne est une phase dite critique car elle est marquée d'une empreinte kantienne évidente sur certains points : la pureté, la construction d'une théorie de la connaissance… Il faut toutefois préciser que les *Hauptprobleme* de Kelsen sont une création purement intuitive. En effet, en 1911, Kelsen n'avait pas une profonde connaissance de Kant et encore moins du néokantien marbourgeois Hermann Cohen. Ce n'est que par la suite que Kelsen a approfondi ses postulats théoriques au regard du kantisme et du néokantisme. Avec les *Hauptprobleme*, l'inspiration kantienne de Kelsen est pourtant perceptible. Il procède déjà à la distinction kantienne fondamentale entre le *Sein* et le *Sollen*[19], distinction entre un monde physique, naturel et une sphère normative[20]. Cet héritage kantien est encore plus significatif dans la *Théorie pure du droit* en 1934, où il se réfère à plusieurs reprises à la démarche kantienne. Dès les premières pages de cet ouvrage, Kelsen entend constituer « une théorie pure du droit, […] une théorie du droit positif, du droit positif en général et non d'un droit particulier »[21]. Cette théorie de la réalité juridique « transpose le principe de la logique transcendantale de Kant en voyant dans le devoir, dans le *Sollen*, une catégorie logique des sciences normatives en général et de la science du droit en particulier »[22]. De ce dualisme entre l'être et le devoir-être découlera la distinction entre la causalité et l'imputation[23], entre les sciences causales explicatives et les sciences normatives. L'imputation est alors présentée comme une relation spécifique au droit[24].

Hans Kelsen a subi, en outre, l'influence des deux principales écoles néokantiennes : l'école de Marbourg et l'école du sud-ouest (appelée parfois école de Bade ou encore école d'Heidelberg). Kelsen se réfère, dans ses *Hauptprobleme*, à l'école du sud-ouest en reprenant des idées de Windelband et Simmel (notamment pour distinguer la norme de la loi naturelle[25]). Ultérieurement, il se référera aux écrits de Cohen (école de Marbourg). Ces deux écoles allemandes ont non seulement tenté de réhabiliter la pensée de Kant mais également de faire de la philosophie une science rigoureuse, application que l'on retrouve dans la science du droit kelsénienne. L'école de Marbourg a voulu développer une théorie de la connaissance soucieuse de pureté logique correspondant au développement des mathématiques et de la physique, et l'école de Bade a travaillé sur les sciences de l'Esprit, tout en dotant les sciences morales d'une structure philosophique rigoureuse, en élaborant une théorie de la connaissance.

Kelsen reconnaît lui-même que le fondement philosophique de la *Théorie pure du droit* repose sur l'interprétation cohénienne de la philosophie de Kant[26]. Il est possible de considérer que Kelsen a lu Cohen pour mieux comprendre Kant et que le système de Cohen a influencé

19 *H.*, p. VI.
20 *H.*, p. 7.
21 Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduit par Henri Thevenaz, coll. « Être et penser. Cahiers de philosophie » n° 37, 2e éd., éd. De la Baconnière, Neuchâtel, 1988, p. 25.
22 *Ibid.*, p. 69.
23 *H*, p. 57-72. L'imputation n'engendre pas une relation de cause à effet mais établit une connexion entre une condition et une conséquence. Elle permet d'établir une connexion entre une conduite délictueuse et une sanction.
24 Au début de sa carrière, Kelsen n'offre pas une définition précise de l'imputation. Elle est entendue comme une simple relation entre les éléments d'une proposition juridique exprimant un *Sollen*. *H.*, p. 71.
25 *H.*, p. 7-8.
26 Lettre de Hans Kelsen à Renato Treves, *op. cit.*, p. 334.

ses travaux à partir de 1912[27]. Lorsque Kelsen a écrit les *Hauptprobleme* en 1911, il ne connaissait pas encore les écrits de Cohen mais, à partir de 1912, il a travaillé sur ces travaux et a remarqué de nombreuses similitudes conceptuelles[28]. De là, il fut amené à préciser que c'est de la pensée de Cohen que l'on peut tirer les éléments décisifs pour la compréhension des concepts d'État et de droit et surtout, il a affirmé la grande valeur de l'école de Marbourg selon laquelle la connaissance constitue l'origine, la source créatrice de son propre objet. Selon Stanley L. Paulson, Kelsen aurait cependant exagéré « ses dettes » envers Cohen. Malgré cette position, il existe plusieurs rapprochements entre Cohen et Kelsen : le concept de personne, le concept de volonté, le recours à l'hypothèse et la connaissance. Lors de la réédition de sa thèse d'habilitation en 1923, Hans Kelsen, dans sa nouvelle préface, énumère les positions philosophiques qui furent d'une grande importance pour l'évolution de ses idées originelles, pour l'évolution de l'affirmation théorique du droit positif. Il renvoie notamment aux différentes interprétations kantiennes, à Windelband, à la philosophie du *Als-Ob* de Vaihinger, à la phénoménologie de Husserl[29] et, avant tout, à l'œuvre de Hermann Cohen. Kelsen écrira ainsi : « le point de vue épistémologique décisif à partir duquel il est uniquement possible de connaître la façon juste d'aborder les concepts d'État et de droit, je l'ai acquis grâce à l'interprétation que Cohen donne de Kant, en particulier grâce à son *Éthique de la volonté pure*. Une discussion parue en 1912 dans les études sur Kant (*Kant-Studien*), au sujet de mes *Hauptprobleme* dans laquelle cette œuvre fut reconnue comme une tentative d'appliquer la méthode transcendantale à la science du droit avait attiré mon attention sur les parallèles existant entre mon concept de volonté juridique et les conceptions de Cohen qui m'étaient inconnues jusqu'à présent. Désormais, en tant que conséquence consciente du point de vue épistémologique fondamental de Cohen – d'après lequel la direction épistémologique détermine l'objet de la connaissance et l'objet de la connaissance est produit logiquement à partir d'une origine (*Ursprung*) – il m'est apparu que l'État, si tant est qu'il soit l'objet de la connaissance juridique, ne peut être que le Droit […], il ne signifie rien d'autre que quelque chose compris en tant que droit »[30]. Cet extrait montre véritablement l'influence postérieure de Cohen sur Kelsen, et plus généralement, l'influence du néokantisme marbourgeois sur la *Théorie pure du droit*. La lecture de Cohen a sûrement été décisive pour Kelsen. Il semble avoir gagné une compréhension plus claire de la méthode philosophique et transcendantale avec la connaissance des écrits de Cohen. Cette lecture lui permettra également d'assimiler Droit et État. L'interprétation kantienne de Cohen a servi à Hans Kelsen pour mieux cerner l'objet de la connaissance juridique. Par ailleurs, on peut considérer que c'est grâce à son maître Georg Jellinek, que Kelsen a pu s'inspirer du néokantisme. Kelsen était effectivement élève de Jellinek, alors professeur à Heidelberg, et ce dernier, lecteur des œuvres néokantiennes, a transmis la connaissance du néokantisme à Kelsen.

27 Il faut préciser, par ailleurs, une brève référence à Cohen dans la *Théorie générale des normes* de Kelsen, en note de bas de page, p. 219. Hans Kelsen, *Théorie générale des normes*. Traduit par Olivier Beaud et Fabrice Malkani, coll. Léviathan, PUF, Paris, 1996, 616 p.

28 En 1912, dans une discussion dans les *Kant-Studien*, Oscar Ewald avait montré la grande ressemblance de la théorie de Hans Kelsen avec la fondation transcendantale du droit de Hermann Cohen, ce qui a permis à Kelsen de développer ses recherches. P. Leogar, M. Schaller, *Der Rechtsformalismus Kelsens und die thomistiche Rechtsphilosophie*, Freiburg, Schweiz, Kanisiusdruckerei, 1949, p. 15. Par ailleurs, en 1913, Kelsen a rencontré Cohen. Carlos Miguel Herrera, *Théorie juridique et politique chez Kelsen*, *op. cit.*, p. 41.

29 Husserl a consacré une part de son travail à la critique de la psychologie. Le rejet du psychologisme caractérise également les travaux de Herman Cohen et bien sûr de Hans Kelsen.

30 *H.*, p. XVII.

Les *Hauptprobleme* apportent donc une nouvelle vision de la science du droit cependant, cet ouvrage emporte un certain nombre de difficultés sur un plan structurel.

II. Les difficultés structurelles des **Hauptprobleme**

Dans cette œuvre, Kelsen ne prend pas encore en compte la création et l'application de la norme et, par conséquent, la dynamique du droit. Ce n'est qu'avec les travaux de Merkl et Verdross que la théorie de la construction de l'ordre juridique par degrés sera finalisée.

La prise en compte exclusive des normes générales

Kelsen reconnaît l'apport des travaux de ses élèves Alfred Verdross et Adolf Merkl, membres de l'École de Vienne. Kelsen définissait ainsi son école : « des hommes animés des mêmes préoccupations se sont rassemblés en un cercle plus étroit ; on les appelle mon 'école' : cette dénomination ne se justifie qu'en tant que chacun des membres de ce cercle essaie d'apprendre des autres sans renoncer pour autant à aller son chemin personnel »[31]. Un cercle de jeunes théoriciens s'est donc réuni entre 1911 et 1914, lors de séminaires privés (*Privatseminar*)[32] dirigés par Kelsen pour discuter de problèmes relatifs à la théorie du droit. Parmi eux, Verdross (1890-1980) a développé ses travaux dans le champ du droit international et a développé l'idée de constitution au sens logico-juridique. Merkl (1890-1970), quant à lui, a participé à l'élaboration de la théorie pure du droit qu'il a appliquée par la suite au droit de l'administration avec son traité de droit administratif général *Allgemeines Verwaltungsrecht* en 1927.

Les travaux de Merkl occupent une place importante dans la théorie kelsenienne. Il a apporté un tournant capital dans la méthode kelsénienne avec l'élaboration de l'ordre juridique conçu comme un système hiérarchisé et dynamique. La théorie de la hiérarchie dynamique de l'ordre juridique, dont Adolf Merkl est le fondateur, a pour objet de rendre compte des relations internes de l'ordre juridique, aspect qui n'est pas traité dans les *Hauptprobleme*.

En 1911, Kelsen ne prend en considération que les normes juridiques générales, ignorant les actes individuels. Selon lui, ces actes juridiques individuels ne requièrent pas une attention spéciale dès l'instant où ils sont déterminés *in abstracto* par une norme générale. Mais cette attention confinée aux normes juridiques générales ignore non seulement les actes juridiques individuels mais aussi tout un ensemble de normes juridiques allant des normes générales statutaires aux actes les plus concrets. Les *Hauptprobleme* n'offrent pas encore, par conséquent, une vision globale du système juridique.

Kelsen va alors identifier sa théorie à celle de Merkl, intégrant dans la hiérarchie juridique les normes générales et les normes individuelles. En effet, suite aux travaux de Merkl, les distinctions entre création et application et entre normes juridiques générales et normes individuelles sont atténuées. Chaque degré de l'édifice juridique est la base de création – ou règle de production – d'autres normes inférieures. Chaque norme sera application de la norme supérieure[33]. La norme supérieure permet la création du droit en ce qu'elle donne lieu à des normes inférieures. En même temps, chaque norme est application d'une norme supérieure. Par conséquent, une norme est toujours création et application[34]. Une

31 Hans Kelsen, *Théorie pure du droit,* traduit par Charles Eisenmann, *op. cit.*, préface, p. VII et VIII.

32 Rudolf Aladar Metall, *Hans Kelsen, Leben und Werk*, *op. cit.*, p. 29.

33 Ce que Merkl appelle principe général de concrétisation du droit, c'est-à-dire application du droit, subsomption des faits concrets sous une règle de droit abstraite et générale.

34 Merkl précise toutefois que cette affirmation n'est pas valable pour les deux extrémités de la hiérarchie juridique. En effet, au

norme est conditionnée par une norme supérieure et conditionne une norme inférieure. Il existe donc une dépendance normative entre les normes. C'est ce qui constitue le « double visage du droit » car les différents degrés peuvent apparaître « comme production du droit et également comme application du droit »[35]. Les normes juridiques concrètes, plus précises, sont une application particulière des normes générales. La hiérarchie part ainsi du plus général au plus concret, ce qui lui impute ce caractère dynamique.

La théorie de cette hiérarchie contribue de manière essentielle à la théorie pure du droit de Kelsen. Kelsen lui-même considère Merkl comme l'un des cofondateurs de la théorie pure du droit. Il écrit avec une belle franchise que « le profit revient de droit à Adolf Merkl qui a reconnu et exposé l'ordre juridique comme un système génétique de normes juridiques qui, par degrés de concrétisation, continue d'avancer de la Constitution, au-dessus des lois et règlements et autres étages intermédiaires jusqu'à l'acte juridique individuel d'exécution »[36]. Kelsen et Merkl ont un objectif commun : une construction hiérarchique pour fournir un cadre scientifique au droit. La théorie de la gradation des normes se veut un instrument de compréhension et d'explication du droit positif, de la structure de l'ordre juridique.

Une vision exclusivement statique du droit et le problème de la création du droit

Dans son premier travail fondamental, Kelsen reste également dans une considération purement statique du droit. Il caractérise le droit comme la volonté de l'État et, dans cette perspective, la norme apparaît comme l'expression de la volonté de l'État[37]. « Le contenu de la volonté de l'État est l'ordre juridique, le droit est la volonté de l'État »[38]. L'ordre juridique est unitaire et sera considéré du seul point de vue statique. Le mode statique permet de dire que les normes en vigueur d'un système juridique sont valides en raison de leur fond ou de leur contenu. À cette époque, Kelsen – en ne prenant en compte que les normes juridiques générales – construit un système unidimensionnel et réduit le droit à la loi, expression de la volonté étatique[39]. Le droit est principalement le droit législatif, seules les normes générales et abstraites caractérisent le système juridique[40]. D'ailleurs, dans cet ouvrage, Kelsen ne répond pas encore à la question de la création des normes et analyse la législation comme une fonction de la société et non comme une fonction étatique[41] introduisant, par là même, un « facteur de risque » dans une théorie pure.

L'ordre juridique à cette période n'est donc pas structuré rigoureusement comme dans la *Théorie pure du droit*. Avant les développements de Merkl, la théorie visait uniquement des normes générales et abstraites, les normes spéciales n'étant que l'application spéciale d'une norme générale à un état de fait. Le droit était considéré comme une pure unité statique. L'apport de Merkl est donc fondamental en ce qui concerne la dynamique du système juridique. En reprenant la *Stufenbaulehre*, Kelsen abandonne la vision purement statique du droit pour faire place également à la dynamique du droit. Il

sommet de l'ordre juridique se trouve une norme ultime qui n'est pas conditionnée par une autre norme. Elle est seulement création du droit. *A contrario*, les normes situées à l'échelon le plus bas de la hiérarchie ne font plus œuvre de création mais simplement d'application. Ce sont des actes de pure exécution.

35 Adolf Merkl, « Das doppelte Rechtsantlitz », *WRS*, I, p. 1097.

36 *H.*, p. XV.

37 *H.*, p. 388.

38 Hans Kelsen, « Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode », *op. cit.*, p. 18.

39 Cette réduction peut s'expliquer par la vision de la loi de Kelsen dans cet ouvrage. Si l'ouvrage porte sur la révision des fondements méthodologiques de la théorie du droit public, en dépit de ce titre, Kelsen utilise surtout des exemples issus du droit privé, du droit pénal.

40 *H.*, p. 510.

41 *H.*, p. 465 *sqq.*

honore ainsi l'accent énergique de la dynamique juridique insufflé par Merkl. Il intégrera en outre la conception de la norme fondamentale à partir de 1913-1914 afin de parachever ce système juridique, les *Hauptprobleme* ne tirant pas encore les conséquences de la question de la création du droit.

Kelsen abordera donc par la suite la délicate question de la norme fondamentale. Cette norme fondamentale présupposée – souvent controversée – sera la règle de création fondant l'unité de tout le système pour l'édiction des autres normes juridiques. Verdross a attribué à cette norme fondamentale la qualité de Constitution au sens logique juridique. Il assimile la norme fondamentale à la Constitution fondamentale (*Grundverfassung, Urverfassung*) au sens de la logique juridique. « La Constitution est juridiquement la plus grande unité et le plus grand ordre. Il n'y a aucune proposition juridique qui s'ajoute au-dessus d'elle »[42]. La norme fondamentale est une Constitution au sens de la logique juridique, une norme servant de fondement à la création du droit et à la création de la première Constitution positive. Kelsen – grâce à Verdross – attribuera à cette norme fondamentale le statut de Constitution au sens logico-juridique parce qu'elle est logiquement indispensable pour fonder la validité de la Constitution juridique positive et donc la validité objective du système. Cette affirmation permet de poser la norme fondamentale comme point de départ de la procédure juridique. Elle est la « source » de toutes les normes et en assure l'unité[43]. En tant que norme supposée, pensée, elle vient fonder logiquement la Constitution historiquement première. La norme fondamentale est une norme puisque seule une norme peut fonder la validité d'une autre norme, mais elle sera une norme supposée conférant à l'ordre juridique une signification objective, c'est-à-dire qu'il sera valide.

Ainsi, la connaissance du droit telle qu'elle est envisagée dans les *Hauptprobleme* sera améliorée grâce aux travaux de Merkl et Verdross en admettant la théorie hiérarchique du droit comme composante essentielle du système de la théorie pure du droit et en ayant recours à la norme fondamentale. Les *Hauptprobleme* constituent à cet égard une œuvre majeure préfigurant l'entreprise kelsénienne mais ils ne tirent pas encore toutes les conséquences de leurs présuppositions.

Avec les *Hauptprobleme*, Kelsen dévoile un véritable programme scientifique et pose les fondements de sa théorie. Cet ouvrage pose une question centrale qui sera développée de façon systématique dans tous ses autres travaux : la question de la pureté de la théorie du droit.

Cette théorie pure du droit apparaîtra, à travers l'ensemble de son œuvre, comme une théorie unitaire, systématique et cohérente. Kelsen se sera interrogé sur toutes les questions contemporaines en théorie du droit : la norme, l'ordre juridique, la validité et l'efficacité de cet ordre, le fondement du droit, l'interprétation et la garantie des normes… La théorie kelsénienne du droit aboutira, au final, à une véritable révolution épistémologique et méthodologique en fournissant un indispensable modèle de cohérence et d'unité du droit.

42 Alfred Verdross, « Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgeber », *WRS*, II, p. 1553.

43 Hans Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, tome 14, IV, Librairie Hachette, Paris, 1926, p. 265.

Préface à la seconde édition des « Problèmes fondamentaux de la théorie juridique de l'État développés à partir de la théorie de la proposition juridique »*

Par Hans KELSEN

Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze (H), Verlag von J.C.B Möhr (Paul Siebeck), Tübingen, seconde édition, 1923, 709 p.

Traduction par Sandrine PINA

* Avec l'autorisation de l'Institut Hans Kelsen (Vienne) et des éditions JCB Möhr Paul Siebeck (Tübingen).

La première édition de mon ouvrage d'habilitation en théorie du droit est parue depuis douze ans. Elle a marqué le début d'une révision des fondements méthodologiques de la théorie du droit public, révision qui a été poursuivie depuis dans d'autres travaux. Sa présentation a évolué et a été soumise à des modifications, mais la direction épistémologique adoptée est demeurée la même. Les bases posées dans les *Hautprobleme* ont, selon moi, fait leurs preuves malgré des modifications essentielles sur des questions particulièrement importantes. Parce qu'un nouveau travail aurait donné lieu à un nouvel ouvrage, je présente le livre dans une forme inchangée mais en indiquant ici tout au moins les progrès les plus importants dans ma vision des problèmes traités dans cet ouvrage.

I.

Le but assigné des *Hautprobleme* et de mes autres travaux écrits depuis est d'élaborer une théorie pure du droit comme théorie du droit positif. Je m'efforçais déjà dans mon premier ouvrage de saisir la pureté de la théorie – entendue comme indépendance du droit – comme objet de la connaissance scientifique d'après deux directions : d'abord contre les prétentions des considérations dites sociologiques voulant s'emparer du droit comme une part de la réalité naturelle d'après une méthode scientifique causale, et également contre les théories du droit naturel qui ignorent les fondements des relations données exclusivement et seulement dans le droit positif et qui extraient la théorie du droit du domaine des propositions juridiques positives pour la ramener à des postulats éthico-politiques. Les *Hauptprobleme* expriment également clairement leur opposition au droit naturel et soutiennent avec insistance la conception selon laquelle la science du droit peut former les propositions juridiques seulement à partir de la matière du droit positif et en particulier des lois (*H*., p. 510 *sqq*.). C'est avant tout la première tendance dirigée contre la sociologie en tant que science causale qui est ici particulièrement avancée. En général, il va de soi que la théorie du droit peut seulement être une théorie du droit positif. Et les nombreux dangers menaçant souvent la science du droit par la subordination inconsciente d'un point de vue éthico-politique ne sont soulignés ici qu'occasionnellement (*H*, p. 367, 416). Dans mes écrits ultérieurs, cet élément est particulièrement souligné et notamment dans ma dissertation de 1913 « Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft »[1]. Dans les *Hauptprobleme*, il dépend avant tout de gagner l'autonomie du droit contre la nature ou contre une réalité sociale déterminée d'après une sorte de nature.

C'est pourquoi les *Hauptprobleme* procèdent à une opposition fondamentale entre le *Sollen* (devoir-être) et le *Sein* (être) que Kant a pour ainsi dire découvert le premier dans l'effort de fonder l'indépendance de la raison pratique envers la raison théorique, de la valeur envers la réalité, de la morale envers la nature. En accord avec l'interprétation de Kant donnée par Windelband et Simmel, j'ai pris le *Sollen* pour exprimer l'autonomie du droit – droit à déterminer par la science du droit – et pour l'en distinguer du *Sein* social, appréhensible comme un *Sein* sociologique. La norme, présentée comme un jugement de *Sollen,* s'oppose à la loi naturelle et, la norme qualifiée de proposition juridique s'oppose à la loi causale spécifique à la sociologie. C'est pourquoi, selon moi, la proposition juridique se présente comme l'expression de la légalité spécifique du droit, la loi juridique se présente comme problème principal et il apparaît de ce point de vue que la science du droit décrit le droit comme un système de propositions juridiques, comme un ordre de jugements, de la même manière que la science de la nature décrit la nature pour la philosophie transcen-

1 Hans Kelsen, « Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft » (Théorie des actes juridiques de droit public), *AÖR*, 1913, bd 31, p. 247 *sqq*.

dantale comme un système de jugements. Seulement, le jugement de la légalité causale exprime un ordre naturel tandis que la légalité spécifique du droit se manifeste dans la proposition juridique. Ainsi, comme le jugement spécifique de la loi naturelle, la proposition juridique attache à une condition déterminée une conséquence déterminée, seulement ici, à la place du *nexus* causal attachant une conséquence à une condition, un autre principe d'enchaînement est posé. La signification par laquelle la proposition juridique réunit un fait comme condition avec un autre comme conséquence juridique s'exprime dans le *Soll* (devoir). Si la loi naturelle relie une cause et un effet avec la nécessité que le falloir (*Müssen*) ne souffre d'aucune exception, la loi juridique pose la synthèse des faits conditionnants et des faits conditionnés avec le *Sollen* non pas avec une moindre rigueur. Dans la sphère du droit que j'appelle « réalité juridique » dans un de mes essais plus tardifs (« Zur Theorie der juristischen Fiktionen »[2]), le délit est relié à la peine avec la même nécessité que la cause est reliée à l'effet dans la sphère de la nature ou réalité naturelle. Et le jugement « Quand quelqu'un vole, il doit être puni » n'a, dans le domaine d'un système juridique positif, aucune valeur moindre que la proposition « Quand un corps chauffe, il se dilate ».

Sur ce point, j'ai conscience de ne pas avoir peut-être encore suffisamment éclairé le sens jusqu'ici de mon énergique effort pour formuler la proposition juridique comme un jugement hypothétique. C'est pour cette raison que je rejette nettement depuis le début la conception dominante selon laquelle le droit est un ensemble d'impératifs qui sont par nature dirigés à des adressataires subjectifs et qui sont ainsi reçus et acceptés par ces adressataires. Après quoi, les *Hauptprobleme* réussissent manifestement à gagner l'objectivité de la validité avec laquelle seule la légalité juridique apparaît comme légalité. Sans loi juridique et sans connaissance juridique, il n'y a aucune science du droit. Donc, le jugement objectif n'est pas un impératif subjectif. « C'est pourquoi, la loi juridique ressemble en apparence à la loi naturelle en ce qu'elle est dirigée envers personne et est valide sans considérer si elle est connue ou reconnue » (*H.*, p. 395). Si l'analogie entre loi juridique et loi naturelle est limitée, c'est bien pour empêcher la confusion des deux et pour ne pas perdre, en raison de cette analogie, la légalité spécifique du droit, l'autonomie du droit envers la légalité causale de la nature. Ainsi, dans l'usage linguistique originel, le concept de *Sollen*, qui sert à exprimer l'autonomie objective du droit, admet maints éléments d'impératifs subjectifs, et je veux bien reconnaître que l'exposé des *Hauptprobleme* tombe, de temps à autre, dans cette sphère de la théorie de l'impératif. Il m'importe ici de découvrir la tendance fondamentale poursuivie dans mes travaux ultérieurs visant notoirement à sauvegarder dans toutes les directions l'objectivité du droit – en même temps que sa positivité.

II.

Ceci apparaît spécialement dans le traitement du problème des droits subjectifs : le refus du droit subjectif comme étant un droit différent du droit objectif et de cet ordre juridique en tant que droit objectif comme étant, en quelque sorte, extérieur au système des propositions juridiques objectives valides au regard de sa nature. Pour parler timidement de l'entreprise d'une réduction du droit subjectif au droit objectif – d'une « dérivation » du droit subjectif au droit objectif – les *Hauptprobleme* visent surtout l'abolition de ce dualisme inadmissible existant dans un système de connaissance unitaire et impliquent en même temps le retour de la théorie du droit de la sphère naturelle à la sphère du droit positif. L'accent

2 Hans Kelsen, « Zur Theorie der juristischen Fiktionen » (La théorie des fictions juridiques), *Annalen der Philosophie* 1919, Bd. I, p. 630 *sqq.*

mis sur le concept juridique du devoir est ici de la plus grande importance. En effet, avec la destruction de la représentation usuelle des droits subjectifs comme existants exclusivement dans le droit et prétendus dirigés vers l'État ou l'ordre juridique objectif, la théorie juridique se libère non seulement de l'un des instruments les plus douteux de la spéculation de droit naturel, mais aussi, en éliminant les facteurs de volonté et d'intérêt apparaissant dans le droit subjectif, elle exclut la principale cause de trouble de la réflexion juridique par des idées psychologiques et sociologiques. Par là, elle se libère d'un héritage dangereux reçu de la théorie jurisprudentielle romaine selon laquelle le droit est considéré seulement du point de vue des parties subjectives intéressées – sous la perspective : si c'est « mon » droit et dans quelle mesure ceci est « mon » droit. Le seul point de vue du droit subjectif ne permet pas de construire un système juridique, une science du droit. En effet, le droit a sa nature profonde dans la validité objective et est indépendant du sujet. Au reste, je renvoie à ce sujet aux explications de mon écrit « Rechtswissenschaft und Recht »[3] de 1922 (p. 101 *sqq.*).

De même, comme le dualisme entre droit objectif et droits subjectifs, le dualisme entre le droit public et le droit privé menace le système juridique unitaire, ce que les *Hauptprobleme* visent à éliminer. Cette opposition dominant toute notre systématique scientifique découle également de la théorie juridique romaine et, comme l'opposition entre droit objectif et droit subjectif avec laquelle on pose occasionnellement une certaine synonymie, elle est le masque sous lequel s'introduisent certains éléments politiques, des éléments de droit naturel dans la description du droit positif. C'est pourquoi les *Hauptprobleme* écartent cette distinction dans la mesure où elle exprime par principe les différences touchant à l'essence du droit. J'ai expliqué ce point plus en détail dans ma dissertation déjà citée « Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft ». Mais, déjà avant moi, Franz Weyr a expliqué cette idée décisive dans une dissertation fondamentale parue en 1908 « Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems »[4]. Il a ensuite contribué, à travers une série de travaux, à une théorie pure du droit. Sur les écrits parus en langue allemande : « Über zwei Hauptpunkte der Kelsenschen Staatsrechtslehre »[5] ; « Zum Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht »[6] ; « Zur Lehre von der konstitutiven und deklaratorischen Akten »[7] ; « Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft »[8].

III.

Dans les *Hauptprobleme*, j'ai introduit l'imputation (*Zurechnung*) en tant que légalité spécifique du droit correspondant à la légalité causale de la nature. Comme je le verrai plus tard à la page 71, je caractérise l'imputation comme un rapport existant entre les éléments réunis dans la proposition juridique, comme le rapport élaboré grammaticalement par le « *Soll* ». Cependant, l'exposé des *Hauptprobleme* souffre du fait que je ne distingue pas les cas de liaison des deux faits générateurs dans la propo-

3 Hans Kelsen, « Rechtswissenschaft und Recht » (Science du droit et droit), 1922.

4 Franz Weyr, « Zum Problem eines einheitlichen Rechtssystems » (Le problème d'un système juridique unitaire), *AÖR*, 1908, Bd 23, p. 529 *sqq.*

5 Franz Weyr, « Über zwei Hauptpunkte der Kelsenschen Staatsrechtslehre » (À propos de deux points essentiels de la théorie juridique de l'État de Kelsen), *Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, 1913, Bd XL, p. 175 *sqq.*

6 Franz Weyr, « Zum Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht » (De la distinction entre droit public et droit privé), *Österr. Zeitschr. f. öffentl. Recht*, 1914, Bd. I, p. 439 *sqq.*

7 Franz Weyr, « Zur Lehre von der konstitutiven und deklaratorischen Akten » (La théorie des actes constitutifs et déclaratifs), *Österr. Zeitschr. f. öffentl. Recht*, 1918, Bd. II, p. 490 *sqq.*

8 Franz Weyr, « Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft » (Philosophie du droit et science du droit), *ZÖR* 1921, Bd. II, p. 671 *sqq.*

sition juridique des autres cas pour caractériser l'imputation concernant le lien entre un fait générateur et une personne. C'est justement cette dernière définition de l'imputation qui sera de la plus grande importance pour les *Hauptprobleme* car, à partir du problème de l'imputation, nous connaîtrons la question de la nature de l'État dans la mesure où celui-ci est entendu traditionnellement comme une personne juridique, un sujet de volonté ou simplement comme volonté – puisque, dans le domaine de la pensée de la personnalité juridique, seule la volonté existe, la personne juridique et la volonté juridique étant identiques. Ainsi, l'État en tant que volonté ou la volonté de l'État se révèle comme point d'imputation, comme référent unique spécifique de la connaissance juridique. La « volonté » juridique spécifique se révèle également totalement différente de la volonté psychologique pour les autres domaines du droit. Cela ne représente pas un fait psychique réel (comme on est tenté, par cette ambiguïté, de le supposer de plus en plus) qui forme l'objet de la connaissance scientifique causale mais simplement un moyen de la connaissance juridique normative. Cependant, le concept du vouloir juridique est seulement une expression pour le *Sollen* juridique, plus exactement pour l'unité du *Sollen* juridique. Sa séparation rigoureuse avec le concept du vouloir au sens psychologique est un moyen efficace pour garantir la pureté de la théorie du droit contre tout empiètement psychologique et sociologique. En outre, le *Sollen* de la norme en tant que contenu de signification (*Sinngehalt*) spécifique se sépare clairement de l'acte psychique du vouloir, en particulier même du vouloir de la norme (*H.* p. 9). Ainsi, dans les *Hauptprobleme*, l'opposition entre la théorie pure du droit et la spéculation psychologique et sociologique est parallèle à l'opposition générale entre logicisme et psychologisme, classiquement présentée dans les *Recherches logiques* (« Logischen Untersuchungen ») de Husserl. Cette direction a été poursuivie dans mes travaux ultérieurs, notamment dans ma dissertation parue en 1916 « Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft »[9] et dans les travaux orientés vers la logique et la phénoménologie husserlienne de Félix Kaufmann (« Logik und Rechtswissenschaft » en 1922)[10] et Fritz Schreier (« Die Wiener rechtsphilosophische Schule »[11] ; « Grundbegriffe und Grundformen des Rechts »[12]). Voir également le traité de Ernst Seidler : « Die Theorie des Rechts und ihre Grenzen »[13].

IV.

En liaison avec la représentation largement répandue, les *Hauptprobleme* caractérisent le droit comme volonté de l'État et par conséquent, ils caractérisent la proposition juridique comme un jugement hypothétique sur la volonté de l'État quant à sa propre conduite. Ainsi, cela ne signifie rien d'autre que la proposition juridique relie deux faits entre eux dans une forme logique de condition et de conséquence. L'affirmation selon laquelle le fait-conséquence est voulu par l'État est simplement l'expression de l'imputation à l'État en tant qu'unité de l'ensemble des propositions juridiques et l'expression de la référence à l'unité de l'ordre juridique. D'un point de vue juridique, la proposition juridique ne signifie rien d'autre qu'un certain fait est posé comme

9 Hans Kelsen, « Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft » (La science du droit en tant que science de normes ou science de la culture), *Schmollers Jahrbuch*, 1916, Bd. XL, p. 1181 *sqq*.

10 Félix Kaufmann, « Logik und Rechtswissenschaft » (Logique et science du droit), Tübingen JCB Mohr, 1922.

11 Fritz Schreier, « Die Wiener rechtsphilosophische Schule » (L'école viennoise de philosophie du droit), *Logos*, 1923, Bd. XI, p. 310 *sqq*.

12 Fritz Schreier, « Grundbegriffe und Grundformen des Rechts » (Concept fondamental et forme fondamentale du droit), *Wiener staatswissenschaftliche Studien*, Neue Folge, Bd. IV, 1923.

13 Ernst Seidler, « Die Theorie des Rechts und ihre Grenzen » (La théorie du droit et ses limites), *Philosophie und Recht*, 1920-1921, fasc. 1-2.

conséquence d'un certain fait posé comme condition. Dire que la conséquence juridique est la « volonté » de l'État signifie seulement que le fait est compris dans l'unité d'un système de propositions juridiques ou faits juridiquement qualifiés. C'est la signification propre de la réduction du concept d' « État » ou de « volonté de l'État » au sens d'« unité de l'ordre », de « point d'imputation » ou de « point de référence ». Bien sûr, l'exposé des *Hauptprobleme* n'éclaire pas suffisamment ce sens. Bien qu'avec la caractérisation de l'État et de la volonté de l'État comme un point d'imputation on reconnaisse expressément ce point d'imputation comme étant par nature un simple expédient de la pensée, il apparaît parfois que, dans le principe selon lequel le droit est volonté de l'État comme l'entend la théorie dominante, la détermination conceptuelle du droit serait posée avec la phrase « étant voulu par l'État » comme un critérium objectif du droit, une marque essentielle de faits universels : le droit. Mais, il est impossible de réduire les concepts d'État et de volonté de l'État à un simple moyen de la connaissance juridique. L'exposé des *Hauptprobleme* contribue à ce malentendu en ce que la relation entre l'État et le droit ne trouve aucune solution satisfaisante et appropriée aux présuppositions méthodiques déjà envisagées dans les mêmes *Hauptprobleme*. Nous reviendrons sur ce problème ultérieurement.

Cette contradiction résulte du fait que les *Hauptprobleme* ne maîtrisent pas complètement les conséquences du concept de volonté étatique ainsi présenté. Elle apparaît en particulier dans la distinction entre les propositions juridiques au sens strict et les propositions juridiques au sens large. La détermination conceptuelle de la norme juridique – à travers la différence spécifique déjà évoquée entre la norme juridique et la norme morale – ne semble pas être possible sans l'aide du facteur de contrainte. Le droit est, par nature, une norme de contrainte, c'est-à-dire une norme réglant l'application de la contrainte aux hommes, une norme ordonnant la contrainte. C'est pourquoi les *Hauptprobleme* formulent la proposition juridique de cette manière : dans la conclusion du jugement hypothétique, le fait déterminé – la peine ou l'exécution – est un acte de contrainte. Mais à côté de cette proposition juridique – en tant que proposition juridique au sens strict – on distingue une proposition juridique au sens large selon laquelle la conclusion impute à l'État encore un autre fait comme acte de contrainte et le présente comme « voulu » par l'État. Ceci exprime le fait indéniable que l'État peut non seulement punir et exécuter des jugements mais peut aussi se soucier des pauvres, exploiter des chemins de fer, expédier du courrier, etc. Le cas d'un acte de contrainte étatique apparaît seulement comme un cas spécial parmi les multiples contenus possibles des actes étatiques et l'acte de contrainte apparaît seulement comme un fait possible parmi d'autres pouvant être imputés à l'État. Cependant, si sans aucun doute des actes étatiques autres que des actes de contrainte sont possibles, alors, il n'est pas moins certain que leur imputation à l'État s'effectuera dans un tout autre sens que celui de l'imputation d'un acte de contrainte – qui est toujours le fait conditionné dans la proposition juridique formulée essentiellement comme norme de contrainte. Cette imputation à l'État est seulement le rapport à l'unité de toutes les normes de contrainte. Un acte juridique au sens strict dépend d'un concept d'État tout autre que celui fondant la proposition juridique au sens large. Par là, le concept formel de la nature du droit ne signifie rien d'autre que le concept de l'unité de l'ordre juridique entier comme un système de normes ordonnant la contrainte. La théorie de l'État envisage ainsi l'État comme un « porteur » du droit. Le concept matériel du contenu du droit est un autre concept de l'État selon lequel l'État est une institution juridique concrète, une institution du droit existant à côté des autres institutions, une partie de l'ordre juridique caractérisée et individualisée par son contenu spécifique. Cette différence problématique est éclairée tout

simplement en ce que le fait conditionné de la proposition juridique au sens strict est considéré comme voulu par l'État et, en tant qu'acte étatique, il est uniquement un acte de contrainte dans la mesure où l'ordre étatique, en tant qu'ordre juridique, est équivalent à un ordre de contrainte et que les actes de l'État sont équivalents à une réaction du droit. Les actes étatiques apparaissant dans les conclusions des propositions juridiques au sens large sont des actions devant être posées de manière déterminée par des hommes juridiquement qualifiés, appelés ici « fonctionnaires » pour plus de simplicité, afin de délimiter un fait générateur très compliqué du droit positif. Le concept de proposition juridique au sens large employé dans les *Hauptprobleme* présuppose implicitement – de manière peu admissible – ce fait générateur, ce contenu juridique alors qu'il ne pouvait rien supposer d'autre que le concept de droit tout simplement. Avec ceci, on ne va pas outre ce qui caractérise la proposition juridique au sens strict. De quelle manière les propositions juridiques ordonnant la contrainte peuvent-elles être constituées à côté de celles statuant sur les comportements à éviter ? J'ai tenté d'examiner cette question dans une théorie relative aux normes primaires et secondaires (« Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes »)[14]. D'intensifs développements ultérieurs relatifs à la théorie des propositions juridiques, dans une direction partiellement différente à celle que j'avais moi-même adoptée, ont été produits dans les travaux déjà mentionnés de Félix Kaufmann et Fritz Schreier. Voir en outre : Rudolf Löbl, « Zum Problem der reinen Rechtslehre ».[15]

V.

Une modification considérable a mis à l'épreuve le système de la théorie pure du droit contre sa première conception dans les *Hauptprobleme* et consiste à avancer une considération dynamique en complément à la connaissance statique du droit, fixée en principe comme une méthode exclusive dans les *Hauptprobleme*. Certes, déjà dans les *Hauptprobleme*, les présuppositions menaçaient de perturber la représentation de l'ordre juridique comme un ordre reposant en soi sur un système de normes générales. La nature entièrement étatique du droit et la nature entièrement juridique de l'État sont reconnues (p. 253). Il faut retenir qu'il s'agit de la même volonté de l'État qui apparaît dans l'ordre juridique comme ensemble de normes générales et dans l'exécution des actes individuels de « l'État agissant » (p. 513). Tous les actes étatiques – non seulement les normes abstraites mais aussi les actes concrets dits d'exécution, les actes de l'administration et des juridictions de l'État – doivent être entendus comme actes de volonté étatique et, par conséquent, comme actes juridiques, c'est-à-dire en tant que contenus de propositions juridiques. Cette dernière exigence présentée catégoriquement dans les *Hauptprobleme* (p. 511) semble déjà être remplie. Les actes étatiques concrets sont déterminés *in abstracto* dans l'exécution des normes juridiques générales. Toutefois, les *Hauptprobleme* prennent absolument conscience qu'il existe une différence de contenu importante entre les normes juridiques abstraites et les actes étatiques concrets d'exécution, ces derniers ne sont pas seulement établis par les normes abstraites et ne contiennent pas seulement des éléments établis dans ces normes, mais ils contiennent un bien plus grand nombre d'éléments – des éléments qui ne sont pas et qui ne peuvent pas être tous déterminés dans les normes abstraites et qui ne peuvent être déduits formellement et logiquement des normes abstraites, ce qu'on m'a attribué à tort. Pour les actes d'exé-

14 Hans Kelsen, « Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechtes » (Le problème de la souveraineté et la théorie du droit international), 1920, p. 118.

15 Rudolf Löbl, « Zum Problem der reinen Rechtslehre », (Le problème de la théorie pure du droit), *ZÖR*, 1922, Bd. III, p. 402 *sqq*.

cution, la nécessité d'une détermination juridique par les normes générales est liée à une libre et inévitable appréciation. La relation entre les normes juridiques générales et les actes d'exécution individuels est comparable à la relation entre les concepts abstraits et les représentations concrètes. « Un arbre concret a innombrablement plus de qualités que le concept d'arbre et pourtant, dans sa totalité – c'est-à-dire avec toutes ses innombrables qualités – il est justement un arbre en raison de ces quelques qualités qui sont essentielles au concept. Ainsi, de la même manière, l'acte concret des organes (c'est-à-dire les organes exécutifs de l'État) est, dans sa variété individuelle et dans ses présuppositions particulières, imputable à l'État même si la règle d'imputation – la proposition juridique exprimant la volonté de l'État pour les actes concrets (c'est-à-dire les normes générales) – ne présente nullement tous les éléments de l'acte à imputer et de ses présuppositions, et même si l'imputation se produit seulement jusqu'à ce que les éléments exprimés dans la proposition juridique soient donnés dans l'acte étatique et ses présuppositions. Dans l'ordre juridique, la volonté de l'État est toujours plus ou moins abstraite ; en revanche, les actes de l'État sont toujours complètement concrets » (p. 505-506). Tout d'abord, l'exécution apparaît comme la concrétisation de normes abstraites qui elles seules sont caractérisées comme ordre juridique. Seuls les actes concrets d'exécution de l'État doivent être des actes juridiques – selon les prémisses propres des *Hauptprobleme* – lorsque c'est la même volonté de l'État qui apparaît en eux comme dans les normes abstraites. Ainsi, tel l'arbre concret qui est arbre en raison des quelques marques caractéristiques correspondant au concept abstrait mais, pourtant, est arbre dans sa totalité avec toutes ses marques caractéristiques, l'acte concret de l'État doit être Droit en raison de sa conformité au regard des normes générales (mais pas que de ce point de vue) ; il est Droit dans sa totalité. Les actes étatiques individuels d'exécution doivent être compris comme normes juridiques et leur contenu – dans la mesure où il empiète sur le contenu des normes générales – doit être entendu comme contenu de proposition juridique si tant est qu'il soit juridique. Ainsi, l'ordre juridique doit comprendre non seulement les normes juridiques générales mais aussi les normes juridiques individuelles. Si dans les *Hauptprobleme*, je n'ai pas tiré ces conséquences évidentes de mes propres présuppositions, c'est parce que je me suis toujours dérobé à franchir le dernier pas en cette direction et que j'ai toujours cru devoir différencier d'une manière ou d'une autre l'État et le droit.

Les normes juridiques générales comme les actes étatiques individuels doivent être saisis dans le système juridique unitaire. Ensuite, l'unité du système ainsi postulée entre les normes juridiques générales et individuelles ne peut pas être établie de telle manière que l'on pense – d'un point de vue statique – que les normes individuelles sont en quelque sorte enfermées *in nuce* dans les normes générales. En effet, selon cette présupposition, le contenu de la norme individuelle va plus loin que le contenu de la norme générale. Ici, une considération dynamique doit être évidemment posée. L'unité recherchée peut seulement être l'unité d'une règle de création. La création du droit, en tant que fait juridique important, doit elle-même être comprise comme le contenu d'une proposition juridique. Certes, les *Hauptprobleme* disent occasionnellement que les normes générales sont « actualisées » dans l'exécution (p. 511). Ils retiennent essentiellement un point de vue statique empêchant de prendre connaissance du problème de la création du droit comme d'un problème juridique. En outre, les *Hauptprobleme* voient la théorie du caractère non-étatique et donc métajuridique de la législation comme création de normes juridiques générales, conception en réception d'anciennes théories reflétant évidemment certaines tendances politiques.

Toutefois, cette notion de la nature métajuridique de la création du droit n'est pas entièrement erronée.

L'erreur des *Hauptprobleme* réside seulement dans l'introduction trop précoce de cette notion. Si le droit a la possibilité de normaliser sa propre création (dans le sens de son propre développement), et si on voit dans cette autodétermination du processus de création une marque caractéristique du droit, alors il ne faut pas omettre que, logiquement, la première norme juridique ne peut elle-même être inférieure à une règle juridique supérieure déterminant sa création. Ainsi, la norme fondamentale (*Grundnorm*) apparaît comme la norme la plus élevée, comme la règle de création fondant l'unité de tout le système pour l'édiction des autres normes juridiques. Mais, elle-même doit être admise comme une norme juridique présupposée et non comme une norme juridique posée conformément à d'autres normes. Sa création doit être envisagée comme un fait extérieur au système juridique. Dans ma dissertation parue en 1913 et déjà mentionnée « Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft », j'ai clairement pris conscience du problème juridique de la nécessité d'une considération dynamique du droit, du devenir (création) des normes à côté de l'être des normes (*Sein*). Et, dans ma dissertation parue en 1914 « Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung »[16], j'ai déjà clairement décrit le concept de *Grundnorm* comme la présupposition fondant l'unité des normes juridiques mais, à vrai dire, sans la distinction développée ensuite entre la *Grundnorm* en tant que Constitution au sens logico-juridique et la *Grundnorm* en tant que Constitution au sens du droit positif. La pensée de la *Grundnorm* en tant que Constitution au sens logico-juridique a été développée essentiellement par Alfred Verdross dans sa dissertation parue en 1916 « Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Gesetzgebers »[17]. Il connaît la norme fondamentale comme une hypothèse se référant au matériel du droit positif par analogie avec l'hypothèse dans la science de la nature. Sur la question de la détermination de la *Grundnorm* comme un présupposé de la connaissance juridique, Léonidas Pitamic a livré une précieuse contribution avec sa dissertation « Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft »[18]. Voir en outre sa dissertation « Eine juristische Grundlehre »[19], « Plato, Aristoteles und die reine Rechtslehre »[20], « Kritische Bemerkungen zum Gesellschafts- Staats- und Gottesbegriff bei Kelsen »[21]. Le profit revient de droit à Adolf Merkl qui a reconnu et exposé l'ordre juridique comme un système génétique de normes juridiques qui, par degrés de concrétisation, continue d'avancer de la Constitution, au-dessus des lois et règlements et autres étages intermédiaires jusqu'à l'acte juridique individuel d'exécution. Dans toute une série de travaux : « Das doppelte Rechtsanlitz »[22], « Das Recht im Lichte seiner Anwendung »[23], « Die Rechtsein-

16 Hans Kelsen, « Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung » (La loi de l'Empire et la loi du pays d'après la Constitution autrichienne), *AÖR*, 1914, Bd. 32, p. 219 *sqq.*

17 Alfred Verdross, « Zum Problem der Rechtsunterworfenheit des Geseztgebers » (Le problème de la soumission du législateur), *Juristische Blätter*, 1916, 45 Jahrg., p. 471 *sqq.*

18 Léonidas Pitamic, « Denkökonomische Voraussetzungen der Rechtswissenschaft » (Présupposés de l'économie de la pensée de la science du droit), *Österr. Zeitschr. f. öffentl. Recht*, 1918, Bd. III, p. 339 *sqq.*

19 Léonidas Pitamic, « Eine juristische Grundlehre » (La théorie juridique fondamentale), *Österr. Zeitschr. f. öffentl. Recht*, 1918, Bd. III, p. 734 *sqq.*

20 Léonidas Pitamic, « Plato, Aristoteles und die reine Rechtslehre » (Platon, Aristote et la théorie pure du droit), *ZÖR*, 1921, Bd. II, p. 683 *sqq.*

21 Léonidas Pitamic, « Kritische Bemerkungen zum Gesellschafts- Staats- und Gottesbegriff bei Kelsen » (Remarques critiques sur les concepts de société, d'État et de Dieu chez Kelsen), *ZÖR*, 1923, Bd. III.

22 Adolf Merkl, « Das doppelte Rechtsanlitz » (Le double visage du droit), *Juristische Blätter*, 1917.

23 Adolf Merkl, « Das Recht im Lichte seiner Anwendung » (Le droit à la lumière de son application), 1917.

heit des österreichischen Staates»[24], «Hans Kelsens System einer reinen Rechtstheorie»[25], «Die Lehre von der Rechtskraft»[26], Adolf Merkl a mené énergiquement cette théorie hiérarchique du droit comme théorie de la dynamique juridique contre le préjugé retenu par les *Hauptprobleme* selon lequel le champ du droit ne contient que des normes générales. Il a relativisé l'opposition figée dans l'absolu entre la loi et l'exécution, entre la création et l'application du droit, entre les normes générales et individuelles et entre les normes abstraites et concrètes. En me fondant sur les travaux de Merkl et de Verdross, j'ai admis dans mes écrits ultérieurs la théorie hiérarchique du droit comme composante essentielle du système de la théorie pure du droit.

VI.

Le développement le plus important du système de la théorie pure du droit – acquis bien sûr avec toutes les présuppositions déjà présentes dans les *Hauptprobleme* – est la connaissance de l'unité de l'État et de l'ordre juridique. En tant qu'ordre de contrainte des comportements humains relativement le plus élevé, l'État est identique à l'ordre juridique. En tant que «créateur» ou «porteur» de l'ordre juridique et également en tant que sujet soumis aux devoirs et ordres, l'État est seulement la personnification de l'ordre juridique et l'expression de l'unité de cet ordre. Déjà les *Hauptprobleme* rejetaient un concept métajuridique d'État et insistaient fermement sur la «nature entièrement juridique de l'État» (p. 253). Mais, en particulier, les *Hauptprobleme* excluaient la représentation fondamentale de la théorie dualiste dominante du droit et de l'État selon laquelle l'État – en tant que facteur historique précédant le droit – crée le droit (p. 406). Par rapport à la théorie du droit public, l'État n'est pas reconnu comme une réalité naturelle permanente dans la chaîne de cause à effet. On présuppose – peut-être pas encore avec une grande clarté – l'exigence méthodique selon laquelle l'État, juridique par nature, doit être construit juridiquement, c'est-à-dire à déterminer de manière purement juridique. En tant que personne, l'État est seulement, dans les *Hauptprobleme*, un point final à l'imputation juridique. L'État est envisagé comme un expédient conceptuel spécifique de la connaissance juridique. Les *Hauptprobleme* et les écrits qui ont immédiatement suivi rappellent constamment que l'État est seulement l'expression de l'unité de l'ordre juridique, qu'il en est seulement la personnification: «Über Staatsunrecht»[27], également dans les dissertations déjà mentionnées «Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft» et «Reichsgesetz und Landesgesetz». Seule l'absence d'une pleine compréhension de la nature de la personnification empêche la connaissance car l'objet personnifié et sa personnification ne sont pas deux objets différents mais seulement un objet et un moyen de connaissance. Certes, les *Hauptprobleme* sont déjà proches du bon résultat: «La nature étatique du droit et la nature juridique de l'État ne diffèrent pas matériellement dans leur signification. Ce sont seulement les deux faces d'une médaille dont le point principal ou le contenu est formé par une identité du droit et de l'État substantielle et non formelle» (p. 253). Evidemment, la distinction entre la forme et le contenu est seulement, ici, l'expression maladroite pour la relation qui est, par nature, justement comprise. Cependant, les *Hauptprobleme* ne vont pas

24 Adolf Merkl, «Die Rechtseinheit des österreichischen Staates» (L'unité du droit de l'État autrichien), *AÖR*, 1918, Bd. 37.

25 Adolf Merkl, «Hans Kelsens System einer reinen Rechtstheorie» (Le système de Hans Kelsen d'une théorie pure du droit), *AÖR*, 1921, Bd. 41.

26 Adolf Merkl, «Die Lehre von der Rechtskraft» (La théorie de la force juridique), *Wiener staatswissenschaftliche Studien*, Bd. 15, Heft 2, 1923.

27 Hans Kelsen, «Über Staatsunrecht» (À propos des actes illicites de l'État), *Grünhuts Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, 1913, p. 114.

plus loin dans leur description définitive de cette relation que la formule : « État et droit doivent être considérés comme les deux faces différentes du même fait » (p. 406). Ici, ce qui est par nature déjà conçu comme identique se prétend pourtant différent et la connaissance aboutissant déjà à l'identité revient craintivement ; ceci a son fondement dans le préjugé déjà établi plus tôt se référant au concept d'ordre juridique limité aux seules normes générales. L'État ne peut pas être identique avec un tel ordre juridique et il apparaît plus précisément dans les actes juridiques individuels. Mis à part le fait que le mot « État » a de nombreuses significations, le plus souvent dans un sens strict ou large comme le concept d'ordre juridique, les *Hauptprobleme* ne peuvent pas encore se décider pour l'une de ces significations parce qu'ils visent principalement l'État tel qu'il est conçu par la théorie générale de l'État, c'est-à-dire l'État qui est identique à l'ordre juridique.

Le point de vue épistémologique décisif à partir duquel il est uniquement possible de connaître la façon juste d'aborder les concepts d'État et de droit, je l'ai acquis grâce à l'interprétation que Cohen donne de Kant, en particulier grâce à son *Éthique de la volonté pure*. Une discussion parue en 1912 dans les études sur Kant (*Kant-Studien*) au sujet de mes *Hauptprobleme*, dans laquelle cette œuvre fut reconnue comme une tentative d'appliquer la méthode transcendantale à la science du droit, avait attiré mon attention sur les parallèles existants entre mon concept de volonté juridique et les conceptions de Cohen qui m'étaient inconnues jusqu'à présent. Désormais, en tant que conséquence consciente du point de vue épistémologique fondamental de Cohen – d'après lequel la direction épistémologique détermine l'objet de la connaissance et l'objet de la connaissance est produit logiquement à partir d'une origine (*Ursprung*) – il m'est apparu que l'État, si tant est qu'il soit l'objet de la connaissance juridique, ne peut être que le Droit pour connaître ou comprendre quelque chose du point de vue juridique parce qu'il ne signifie rien d'autre que quelque chose compris en tant que droit. À ce sujet, l'analyse des fictions personnificatrices de Hans Vaihinger (la philosophie du *Als-Ob*, du « comme si ») m'a apporté maints éclaircissements en me rendant attentif aux situations analogues dans d'autres sciences. En outre, l'analogie tirée occasionnellement dans mes *Hauptprobleme* de la personnification de l'univers en Dieu et de celle du Droit dans l'État – tout comme le parallélisme entamé dans un écrit paru en 1913 « Über Staatsunrecht » entre le problème de la théologie et la jurisprudence (théodicée et actes illicites de l'État) – reçoit ici une nouvelle impulsion. Cet approfondissement épistémologique est mis en valeur dans une dissertation parue en 1916 « Die Rechtswissenschaft als Norm- oder als Kulturwissenschaft », dans la dissertation parue en 1919 « Zur Theorie der juristischen Fiktionen » et en particulier dans l'ouvrage *Das Problem der souveränität und die Theorie des Völkerrechtes*.

C'est spécialement dans ce dernier ouvrage cité qu'est apportée la solution au problème du concept de personne unitaire, solution importante pour la relation de l'État et du droit. Certes, les *Hauptprobleme* insistent déjà expressément sur, d'une part, l'opposition entre la personne et l'homme et, d'autre part, sur le fait qu'il n'existe aucune distinction entre la personne dite « physique » et la personne dite juridique. D'un point de vue juridique, seule la personne juridique peut être donnée et en particulier l'État, en tant que personne juridique, doit être semblable aux autres personnes juridiques. Ce concept de personne est seulement postulé et, à vrai dire, il n'est pas entièrement réalisé. Les *Hauptprobleme* présentent donc une difficulté qui est surmontée dans *Das Problem der Souveränität* et dont la résolution libère la voie à l'unité du droit et de l'État. Il est déjà clair dans les *Hauptprobleme* que l'État en tant que « porteur » de l'ordre juridique est seulement l'expression de l'unité de l'ordre juridique. Mais, si l'État en tant que personne –

c'est-à-dire en tant que sujet d'obligations et de droits – est un sujet de l'ordre juridique, il semble différent de cet ordre juridique et ne peut se laisser identifier à cet ordre juridique. Et ce d'autant plus que l'État, en tant que sujet juridique, doit être coordonné avec les autres personnes (en particulier avec les personnes physiques) tandis que l'État en tant qu'ordre juridique semble superposé à ces sujets – dans la mesure où il est une autorité qui impose des obligations (*H.*, p. 648). Mais, cette « superposition » de l'ordre juridique, dans lequel s'expriment les obligations juridiquement obligatoires, se réfère non pas aux « personnes » mais aux hommes. En ce sens, l'ordre juridique oblige seulement les hommes. En ce sens, seuls les hommes « ont » des obligations ou des droits dans la mesure où ce sont précisément les comportements humains qui forment le contenu des normes juridiques. La « personne » – tant physique que juridique – n'est rien d'autre que la personnification d'un complexe de normes réglant les comportements humains ; spécifiquement, la personne physique est la personnification de la norme juridique obligeant un homme déterminé. Dans un tout autre sens, la personne « a » des obligations et des droits en tant qu'homme. Le fait que l'homme ait des obligations juridiques signifie que le comportement de cet homme est, de manière spécifique, le contenu de la norme juridique. Le fait qu'une personne ait des obligations signifie que le comportement humain établi comme obligation juridique se réfère à l'unité d'un système de normes et existe, dans l'unité du système, avec les autres propositions juridiques réglant le comportement humain. En réalité, on ne peut pas avoir de discours sur l'ordre juridique obligeant les personnes car les personnes sont seulement des parties de l'ordre juridique et ne se tiennent pas dans l'ordre juridique général dans une relation de subordination ou de superposition mais sont des parties d'un tout – à l'exception de l'État-personne qui est seulement et directement l'expression de la totalité elle-même, dans la mesure où l'État-personne est ordre juridique, qu'il « a » des droits et obligations dans le sens où il les « contient ». Il faut remplacer le dualisme opposant l'homme à l'ordre juridique et le tenant ainsi à l'extérieur – système juridique que l'on doit comprendre juridiquement mais qui ne peut l'être précisément dans la mesure où l'homme lui est extérieur – par des actions et omissions comme contenu des normes juridiques. Ces normes juridiques, réunies et personnifiées selon différents points de vue, donneront la personne juridique. Ainsi cela montre qu'on ne peut prendre connaissance de l'identité de l'État avec l'ordre juridique – dans la mesure où l'État est sujet juridique c'est-à-dire qu'il a des droits et obligations – qu'avec l'acquis du concept unitaire de personne : la personnification des normes.

Désormais, le dernier voile de la théorie dite de l'auto-obligation de l'État tombe également et montre qu'elle est vraiment une pseudo-solution à un pseudo-problème. Déjà, les *Hauptprobleme* rejetaient cette théorie qui veut éclairer l'existence des obligations juridiques de l'État en posant que l'État produit l'ordre juridique et qu'ensuite il se soumet de lui-même à cet ordre juridique. Une telle production de l'ordre juridique par l'État, en tant que création du droit par l'État, est impossible parce que contradictoire conceptuellement. On reconnaît la personne juridique comme la personnification d'un complexe de normes et on comprend par là dans quel sens une personne peut « avoir » des obligations, alors on voit la théorie de l'auto-obligation – selon laquelle un État métajuridique s'impose à lui-même, comme aux hommes, des obligations – comme le fait inadmissible d'hypostasier une personnification et comme un doublement induisant en erreur. La théorie de la fiction de Vaihinger a justement montré ceci (Voir *Problem der Souveränität*, p. 18, p. 190 *sqq.*).

De la position épistémologique exposant une connaissance de l'unité de l'État et du droit, on arrive à surmonter complètement la théorie dite des deux faces en vertu de laquelle l'État est en partie une réalité sociale

naturelle existant dans le monde de l'Être déterminé causalement et, en partie, d'un point de vue juridique, une personne juridique. De ce fait, il est l'objet de deux conceptions méthodologiques totalement disparates : une théorie sociale scientifiquement causale et une théorie du droit normative. L'affirmation de « la nature entièrement juridique de l'État » déjà posée dans les *Hauptprobleme* acquiert, tout d'abord, sa fondation logique dans le principe qu'un seul et même objet de connaissance ne peut être déterminé par deux orientations épistémologiques qui sont – conformément à leurs présuppositions – complètement différentes l'une de l'autre, telles que le sont la considération causale du *Sein* et la considération normative du *Sollen*. L'affirmation de Cohen selon laquelle toute théorie de l'État ne peut être qu'une théorie juridique de l'État doit se prouver dans un sens entièrement positiviste et non pas dans un sens éthique de droit naturel. Les *Hauptprobleme*, de même qu'un écrit paru en 1911 « Über Grenzen zwischen soziologischer und juristischer Methode »[28] posent déjà la question d'un concept de l'État comme une réalité déterminée dans un sens scientifico-causal et excluent dès le début que, dans la théorie normative du droit, l'État qui a son existence spécifique dans le domaine du *Sollen* juridique soit en même temps un État au sens de la sociologie orientée scientifiquement vers la causalité et dont l'objet se trouve uniquement dans la réalité de la nature. Évidemment, les *Hauptprobleme* se rendent coupables en tombant eux-mêmes occasionnellement dans une théorie des deux faces tout à fait analogue en affirmant que le droit et l'État sont deux faces d'une seule et même chose – quelle chose ? – ou en qualifiant le droit comme une forme normale de *Sollen* d'un phénomène dont les contenus sont naturellement réels et causalement déterminés par le processus du *Sein* de la vie sociale (p. 42, p. 92). Cette conception est certainement insoutenable parce qu'elle est inconciliable avec l'opposition supposée entre le *Sein* et le *Sollen*. J'ai déjà abandonné cette conception dans ma dissertation « Die Rechtswissenschaft als Norm- oder Kulturwissenschaft ». En séparant complètement la connaissance normative de la connaissance causale, mes travaux ultérieurs – *Das Problem der Souveränität* et en particulier mon ouvrage de 1922 « Der soziologische und juristische Staatsbegriff » consacré à la relation entre l'État et le droit – apportent une solution au problème déjà posé en 1911 selon laquelle le concept d'État n'est pas possible, excepté en tant que concept juridique et que la sociologie entend le concept juridique seulement sur ce fondement.

Dans la théorie traditionnelle de l'État, les hommes dans leur pluralité – en tant que « peuple de l'État » – forment ce qu'on appelle un élément de l'État à côté du territoire et du pouvoir d'État. Mais, la théorie pure du droit – qui est en même temps une théorie pure de l'État – ne peut pas prendre en considération « l'homme » dans le sens d'homme selon la connaissance biologico-psychologique, et elle ne peut le prendre en considération comme un objet confrontant l'ordre juridique et extérieur au système du droit et, par conséquent, dans un système étranger au droit. Au contraire, on doit remplacer ces « hommes » par des comportements humains en tant que contenus des normes juridiques et, les autres éléments de l'État, son territoire, sa situation en tant que réalité naturelle et géographique – tels qu'ils sont habituellement compris dans la théorie de l'État – doivent être transposés dans le domaine du droit et réduits en quelque sorte au même dénominateur commun que le peuple de l'État. Ceci doit être compris comme le domaine de validité spatial des normes juridiques formant l'ordre étatique. Le « pouvoir » d'État, considéré sous ce point de vue unitaire, peut seulement être entendu comme la validité obligatoire de l'ordre juridique ou comme cet ordre juridique lui-même ou encore

28 Hans Kelsen, « Über Grenzen zwischen soziologischer und juristischer Methode » (Sur les limites entre la méthode sociologique et la méthode juridique), Tübingen JCB Mohr, 1911.

comme un contenu spécial de cet ordre juridique, c'est-à-dire les actes de contraintes établis par l'ordre juridique et non pas comme une quelconque réalité naturelle. Voir *Problem der Souveränität*, p. 72 *sqq.* et « Der soziologische und juristische Staatsbegriff », p. 84. Walter Heinrich a fourni une précieuse contribution pour une réforme de la théorie des éléments de l'État dans son écrit de 1922 « Theorie des Staatsgebietes ». Voir aussi sa dissertation « Das Sollen als Grundlage der Rechtswissenschaft »[29].

Le fait que l'État en tant qu'ordre juridique normatif, en tant que système idéal de normes valides indique sa position dans le domaine de l'esprit ne doit pas cependant négliger le problème selon lequel quelque chose dans le système de cause à effet, dans le système de la nature correspondrait d'une manière ou d'une autre à cette validité idéale. La norme juridique en tant que contenu de signification spécifique est différente de l'acte psychique qui porte la norme. Pourtant, le fait demeure que seules les normes efficaces, c'est-à-dire les normes portant une présentation ou une prétention motivée, sont supposées être valides. La question séculaire de la relation du droit et du pouvoir (qui exclut en soi toute autre question et pourtant s'y réfère d'une manière ou d'une autre) a ici sa racine et le difficile problème de la positivité du droit atteint ici son sommet. Mon écrit déjà mentionné « Der soziologische und juristische Staatsbegriff » tente d'apporter une solution – si tant est qu'il y ait une chance de résoudre un tel problème.

La dernière connaissance dans la relation du droit et de l'État – ce problème principal de notre science qu'elle soit comprise comme théorie de l'État ou comme théorie du droit – peut être atteinte seulement par la voie de la connaissance critique. Justement, Fritz Sander a mis à profit cette direction à travers ses travaux : « Rechtswissenschaft und Materialismus »[30], « Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung »[31], « Die transzendentale Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtserfahrung »[32], « Alte und neue Staatsrechtslehre »[33]. En particulier, la découverte de l'analogie entre le concept de substance des sciences de la nature et le concept d'État ainsi que la tentative d'approfondir le parallèle entre le droit et la science de la nature ont apporté des éclaircissements. En admettant ceci, ne me font obstacle ni l'opposition matérielle ni l'animosité personnelle que cet auteur a cru devoir dresser contre moi dans ses derniers travaux dans lesquels il a abandonné la direction de la théorie pure du droit. Voir l'écrit de Sander « Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung » et ma réplique « Rechtswissenschaft und Recht »[34] en 1922. En outre, voir Sander, « Staat und Recht, Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung »[35] ; « Kelsens Rechtslehre »[36] en 1923. Également, Félix Kaufmann, « Theorie der Rechtserfahrung oder

29 Walter Heinrich, « Theorie des Staatsgebietes » (Théorie des domaines de l'État), Wien, Hölder-Pichler-Tempsky, 1922 et « Das Sollen als Grundlage der Rechtswissenschaft » (Le *Sollen* comme fondement de la science juridique), *ZÖR*, 1921, Bd. II, p. 131 *sqq.*

30 Fritz Sander, « Rechtswissenschaft und Materialismus » (Science du droit et matérialisme), *Juristische Blätter*, 1918.

31 Fritz Sander, « Das Faktum der Revolution und die Kontinuität der Rechtsordnung » (Le fait de la révolution et la continuité de l'ordre juridique), *ZÖR*, 1919, Bd. I, p. 132 *sqq.*

32 Fritz Sander, « Die transzendentale Methode der Rechtsphilosophie und der Begriff des Rechtserfahrung » (La méthode transcendantale de la philosophie du droit et le concept de l'expérience juridique), *ZÖR*, 1920, Bd. I, p. 468 *sqq.*

33 Fritz Sander, « Alte und neue Staatsrechtslehre » (Ancienne et nouvelle théorie juridique de l'État), *ZÖR*, 1921, Bd. II, p. 176 *sqq.*

34 Fritz Sander, « Rechtsdogmatik oder Theorie der Rechtserfahrung » (Dogmatique juridique ou théorie de l'expérience juridique), *ZÖR* 1921, Bd. II, p. 511 *sqq.* Hans Kelsen, « Rechtswissenschaft und Recht » (Science du droit et droit), réplique à Fritz Sander, en 1922.

35 Fritz Sander, « Staat und Recht, Prolegomena zu einer Theorie der Rechtserfahrung » (État et droit, prolégomènes à une théorie de l'expérience juridique), *Wiener staatswissenschaftliche Studien*, Neue Folge, Bd. I, 1922.

36 Fritz Sander, « Kelsens Rechtslehre » (La théorie du droit de Kelsen), Wien Franz Deuticke, 1923.

reine Rechtslehre »[37] et Emmanuel Winternitz, « Zum Streit um Kelsens Rechtslehre »[38] ; « Zum Gegenstandsproblem der Rechtstheorie »[39].

VII.

Les recherches des *Hauptprobleme* concernent seulement l'ordre juridique d'un État et laissent de côté la question des relations entre cet État et les autres ainsi qu'avec l'ordre juridique international. Dans ma dissertation sur les actes illicites de l'État (« *Staatsunrecht* »), la description de ces relations n'est en aucune manière différente de la conception conventionnelle selon laquelle le droit international et l'ordre juridique d'un État sont deux systèmes différents l'un de l'autre sans aucune relation unitaire. Certes, la dissertation subséquente relative à la loi de l'empire et à la loi du pays (« *Reichsgesetz und Landesgesetz* ») a déjà examiné le problème fondamental des relations entre deux complexes de normes juridiques et arrive, par une réflexion juridique logique, à l'exigence de son unité. Cette unité est élaborée lorsqu'un cercle de normes est superposé ou subordonné à un autre cercle de normes (p. 206 *sqq.* et p. 213 *sqq.*). Une application pratique est tirée seulement pour la relation du droit de l'Empire et du droit du pays (*Land*), seulement à l'intérieur de l'ordre juridique d'un État. C'est le mérite d'Alfred Verdross d'avoir posé pour la première fois le problème des relations entre le droit de l'État et le droit international du point de vue de la théorie pure du droit. Dans sa dissertation parue en 1914 « Zur Konstruktion des Völkerrechtes »[40], il a distingué deux possibilités : soit concevoir le droit international du point de vue de l'ordre juridique d'un État et le considérer alors comme un élément constituant, soit, dans un sens inverse, subordonner l'ordre juridique d'un État au droit international, c'est-à-dire l'incorporer. Alors qu'il n'exclut pas dans sa dissertation la construction dualiste et que le droit international est sans rapport avec l'ordre juridique d'un État, il pose expressément, dans son écrit paru en 1920 « Die völkerrechtswidrigen Kriegshandlungen und der Strafanspruch der Staaten »[41], l'exigence que « le droit international et le droit des pays doivent être contenus dans un système juridique unitaire » (p. 41 *sqq.*). Je me suis fondé sur les réflexions de Verdross dans mon ouvrage *Problem der Souveränität* pour traiter l'idée que le droit international, pour être Droit, doit être conçu dans un même système avec l'ordre juridique d'un État. Et, l'unité d'un système global comprenant le droit international et l'ordre juridique d'un État est la conséquence nécessaire de l'unité du point de vue de la connaissance juridique ainsi que les conséquences pour le concept de souveraineté. Alors que j'ai admis l'égale qualité théorique du primat de l'ordre juridique international et du primat de l'ordre juridique d'un État comme deux possibilités, comme hypothèses juridiques mutuellement exclusives pour établir, conformément à la connaissance, l'unité du système juridique global, Verdross a atteint l'unité du droit exclusivement à partir du droit international. Voir la dissertation de Verdross « Grundlagen und Grundlegungen des Völkerrecht »[42] et son travail « Die Einheit des rechtlichen

37 Félix Kaufmann, « Theorie der Rechtserfahrung oder reine Rechtslehre » (Théorie de l'expérience juridique ou théorie pure du droit), *ZÖR*, 1922, Bd. III, p. 236 *sqq.*

38 Emmanuel Winternitz, « Zum Streit um Kelsens Rechtslehre » (De la querelle sur la théorie pure du droit de Kelsen), *Juristische Blätter*, 1923.

39 Emmanuel Winternitz, « Zum Gegenstandsproblem der Rechtstheorie (Le problème de l'objet de la théorie du droit), *ZÖR*, 1923, Bd. III, p. 684 *sqq.*

40 Alfred Verdross, « Zur Konstruktion des Völkerrechtes » (De la construction du droit international), *ZÖR*, 1914, Bd. VIII, p. 329 *sqq.*

41 Alfred Verdross, « Die völkerrechtswidrigen Kriegshandlungen und der Strafanspruch der Staaten » (Les actes de guerre contraires au droit international et le droit pénal des États), Engelmann, Berlin, 1920.

42 Alfred Verdross, « Grundlagen und Grundlegungen des Völkerrecht » (Fondements et institution du droit international), *ZÖR,* 1921, Bd. 29, p. 65 *sqq.*

Weltbildes»[43] en 1923. En outre, Josef L. Kunz «Völkerrechtswissenschaft und reine Völkerlehre»[44].

La théorie pure du droit, dont les *Hauptprobleme* posent les fondements, est l'œuvre commune d'un cercle d'hommes ayant les mêmes conceptions théoriques et qui s'élargit en permanence. Aujourd'hui, l'intérêt pour cette théorie pure du droit dépasse déjà les frontières de la science allemande. Peut-être puis-je y puiser l'espoir que ses adversaires comprendront son effort pour approfondir les problèmes philosophiques de la théorie du droit et de l'État et pour les relier aux problèmes analogues des autres sciences, pour libérer ainsi notre science de son isolation malsaine et pour la déclarer comme un membre ayant pleine valeur dans le système scientifique.

Vienne, septembre 1923.

43 Alfred Verdross, «Die Einheit des rechtlichen Weltbildes» (L'unité de l'image juridique du monde), Tübingen JCB Mohr, 1923.

44 Josef L. Kunz «Völkerrechtswissenschaft und reine Völkerlehre» (Science du droit international et théorie pure internationale)*, Wiener staatswissenschaftliche Studien*, Neue Folge, Bd. III, 1922.

L'enseignement du droit au début du XXIe siècle, perspectives critiques

« *L'enseignement du droit au début du XXIe siècle, perspectives critiques* » est le thème du premier séminaire organisé par *Jurisprudence Revue Critique*. Ce séminaire s'est déroulé le 3 juillet 2009 à l'Université de Savoie. Nous en publions les actes dans les pages qui suivent ainsi que quelques contributions supplémentaires. Nos lecteurs trouveront aussi une bibliographie (très) sélective qui, nous l'espérons, contribuera à l'intelligence du sujet et pourra nourrir la réflexion de chacun.

« *Teaching law at the beginning of the 21st century, critical approaches* » is the theme of the first seminar organized by *Jurisprudence Revue Critique*. This seminar took place at Savoy university on July the 3rd 2009. The debates are published in the following pages along with added contributions. Readers will also find a (very) selective bibliography which, we hope, will contribute to the study of the subject and will provide food for thought.

Présentation

Par Sébastien PIMONT*

Organiser un séminaire sur l'enseignement du droit afin de le publier dans le premier numéro de *Jurisprudence Revue Critique* s'est imposé comme une évidence. Bien sûr, puisque l'objet de cette revue est le savoir des juristes, la transmission de celui-ci est naturellement l'une de ses préoccupations. Mais il y a plus. La question de l'enseignement du droit est aujourd'hui au cœur d'intenses débats. Une importante réforme de l'enseignement supérieur est, comme chacun sait, en cours. Elle inquiète toute la communauté universitaire. Et les juristes, habituellement peu enclins à protester, ont largement contribué à la critiquer. Dans cet environnement instable, alors que l'université tout entière se métamorphose, une autre question se pose, plus précise, mais pas moins importante, celles des méthodes d'enseignement du droit. À ce propos, une commission de professeurs de droit s'est prononcée[1] ; et dans différents cénacles, les conclusions d'un rapport sont débattues[2]. Et comme si tout cela ne suffisait pas, une dernière évolution se profile, majeure, angoissante aussi : celle de la concurrence naissante entre les universités et les grandes écoles pour l'enseignement du droit. Au-delà de l'écume de l'actualité, c'est probablement de ce dernier constat – *celui de la concurrence dans l'enseignement du droit* – que l'idée de ce séminaire est née. En effet, la chose – ou son expression – est inédite en France – où la structure de l'enseignement supérieur ne ressemble traditionnellement pas vraiment à *une projection de la logique du marché* mais plutôt à *une construction étatique rationnelle*. De sorte que les concepts manquent pour comprendre les bouleversements en cours – et que les préjugés l'emportent souvent.

D'où l'idée de réfléchir d'abord au **modèle français d'enseignement du droit** – si tant est qu'il existe bien sûr[3] – ou, au moins, aux pratiques françaises d'enseignement du droit. Un tel modèle, de telles pratiques, se découvrent (sans s'expliquer) en répondant à des questions simples : Qui enseigne ? Ou enseigne-t-on ? Comment enseigne-t-on ? Qu'enseigne-t-on ? Les réponses sont, depuis deux siècles, le fruit de réformes successives[4].

* Maître de conférences, Université de Savoie.

1 Conseil national du droit.

2 Rapport sur les professions du droit, mars 2009.

3 À ce propos, en général, voyez Y. Lichtenberger, *L'enseignement supérieur à la recherche d'un modèle universitaire*, *Leçons de Paris-Est*, Esprit, Université : vers quelle autonomie ?, Décembre 2007, p. 49 *sq.*

4 Ch. Chêne, *Enseignement du droit*, dans le *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. Alland et S. Rials, Lamy, PUF.

Il a donc semblé opportun, sans autrement l'identifier, de faire apparaître en creux le système français (les pratiques françaises) d'enseignement du droit, par **la confrontation avec d'autres modèles** – d'autres pratiques. Certains systèmes ne sont peut-être pas très éloignés des pratiques françaises ; tout du moins, ils affrontent depuis une quinzaine d'années les mêmes difficultés, comme en Espagne ou en Italie. Mais d'autres le sont. Qu'en est-il de l'enseignement du droit aux États-Unis d'Amérique ? Au Brésil ? Au Québec – plus précisément à McGill ? Au-delà des différences, des questions transversales se posent – comme celle de l'enseignement du droit romain (qui a donné lieu à une riche discussion). Des idées originales émergent, comme par exemple le « *docendo discimus* », inspiré par les pratiques suisses.

La concurrence dans l'enseignement du droit, nous l'avons dit, n'est pas une idée familière aux juristes français. Elle risque pourtant de le devenir. En effet, **l'I.E.P. de Paris développe sa propre école de droit**. Une école qui concurrence les universités, bien sûr. Mais aussi d'autres « écoles » (ou « collèges »), comme celles que créent, à qui mieux mieux, certaines universités françaises : Paris II, Paris I, Montpellier …– change-t-on la chose lorsqu'on l'appelle autrement ? Probablement pas : une université se définit d'abord par ses missions, pas par le nom qu'elle se donne. D'ailleurs, de l'aveu même de son directeur, l'I.E.P. de Paris prend modèle sur l'université[5]. On y perd son droit.

Que changera l'introduction de la concurrence dans le domaine de l'enseignement du droit ? Un tel bouleversement pourrait n'être pas sans conséquences sur **le contenu des enseignements**.

La vocation première des facultés de droit françaises, celles de 1806, était de délivrer **un enseignement pratique** – celui qui permettait alors à une nouvelle génération de praticiens d'appliquer le droit issu du Code civil. De telles exigences, celles de l'université napoléonienne, hyper centralisée, ne sont guère éloignées de celles qu'exacerbe la concurrence naissante. Finalement, ce qu'imposait l'État naguère ressemble à ce que demandent les étudiants des écoles de droit aujourd'hui : des connaissances utiles dans l'exercice pratique des professions juridiques. Que faut-il faire pour y parvenir ? Plus de travaux dirigés ? Plus d'études de cas ? Et d'ailleurs, est-ce le rôle des facultés de préparer à la pratique du droit ? N'est-ce pas empiéter sur le domaine des écoles professionnelles ?

On peut enfin imaginer que l'avènement de la concurrence ait des conséquences sur **les relations entre l'enseignement et la recherche**. Ne faut-il pas imaginer le pire ? Que l'attraction de la pratique conduise au déclin de la mission de recherche, à l'abandon d'un travail scientifique désintéressé. Tel était le projet de la grande université de Berlin (1810) ; une université dont le modèle influence l'université française depuis la fin du XIXe siècle, après la défaite de 1870. Cette université, rappelons-le, s'organisait autour d'« un principe pédagogique : la primauté de la formation du savant ; la formation du praticien doit venir en second lieu »[6].

Cela dit, une autre opinion peut aussi se défendre ; elle est moins pessimiste sur les effets du marché. La concurrence de l'enseignement peut engendrer de nouvelles façons de penser le droit. Elle « valorise l'innovation et encourage la critique » ; elle peut affranchir le savoir des juristes d'un dogmatisme excessif. L'organisation de ce séminaire – et l'on rejoint par là les thèmes de la Revue – est aussi liée à cette dernière intuition.

5 Esprit, *Université : vers quelle autonomie ?*, Décembre 2007, précité.

6 Voyez A. Giroux, *Le pacte faustien de l'université*, Liber, Montréal, 2006, p. 18.

Actes du séminaire du 3 juillet 2009

Le programme d'enseignement transsystémique du droit à l'Université McGill*

Par Jean-Guy BELLEY**

C'est la première fois que je visite ce beau pays de la Savoie. C'est un grand plaisir. Le plaisir est double, parce que ce séminaire sur « l'enseignement du droit au début du XXIe siècle, perspectives critiques » correspond tout à fait à ce qui a animé l'ensemble de ma carrière de professeur jusqu'à maintenant. Pendant les vingt premières années de cette carrière à l'Université Laval de Québec, je me suis spécialisé dans la pratique des sciences dites auxiliaires : l'analyse économique du droit, la sociologie du droit et l'épistémologie juridique, parallèlement à l'enseignement du droit des contrats.

Il y a dix ans, on m'a offert un poste à la faculté de droit de l'Université McGill pour le lancement du programme transsystémique. Ce fut pour moi l'occasion d'aborder l'enseignement d'une deuxième façon, toujours dans une perspective critique, mais d'une manière plutôt interne, c'est-à-dire en intégrant les sciences dites auxiliaires à l'intérieur de l'enseignement de base, en droit positif des contrats, en théorie du droit et, dans une moindre mesure, en obligations extra-contractuelles et en droit de la concurrence. C'est après une expérience d'une dizaine d'années dans ce programme transsystémique que j'arrive aujourd'hui pour vous livrer un point de vue interne sur la pratique de ce programme. Je présume que vous en avez une connaissance minimale. J'essaierai de donner un aspect davantage vécu de cette expérience collective, qui est pour chacun et chacune des professeurs une nouvelle manière de concevoir et d'organiser son enseignement. Ce sera un témoignage personnel : il y a plusieurs manières de pratiquer le transsystémisme juridique à McGill ; la mienne en est une parmi d'autres.

Partant d'un point de vue personnel, je ferai néanmoins le maximum de références descriptives de ce qu'est le programme pour vous permettre d'évaluer si ce modèle étranger est transposable, plus ou moins facilement à la France ; ce n'est pas à moi d'en juger. Mon but est d'informer pour faciliter votre réflexion. Je vais le faire en abordant quatre aspects du programme transsystémique. D'abord les aspects structurels, l'organisation générale du programme depuis 1999 ; ensuite, les aspects pédagogiques, comment on enseigne à l'intérieur de chacun des cours dans cette orientation transsystémique. Je soulignerai en troisième lieu comment le programme

* Ce texte conserve la substance et le style de l'exposé oral de l'auteur au Colloque de Chambéry, le 3 juillet 2009.

** Titulaire de la Chaire Sir William C. Macdonald, Faculté de droit, Université McGill, Montréal.

transsystémique peut se comprendre à la lumière de facteurs sociopolitiques propres au Canada, au Québec et à l'université McGill. Je terminerai par les aspects que j'appellerai psycho-sociaux, c'est-à-dire en posant la question de savoir quelle est la mentalité collective des professeurs de McGill qui peut permettre de comprendre à la fois l'adoption et la pratique du programme transsystémique.

1. Le changement structurel d'abord. Jusqu'en 1998, la faculté de droit de l'université McGill offrait au premier cycle trois programmes. Un programme pour des étudiants venant généralement du Canada anglais qui voulaient essentiellement faire une formation de *common law* et ensuite être admis dans un des barreaux des autres provinces du Canada, outre le Québec. Ensuite le programme de droit civil, principalement fréquenté par les étudiants du Québec en vue de leur intégration ultérieure au Barreau du Québec ou à la Chambre des notaires du Québec. Et finalement, la faculté offrait le programme dit « national », sorte de programme enrichi où, moyennant une 4e année d'étude, les étudiants pouvaient obtenir les deux programmes de *common law* et de droit civil en fréquentant les cours obligatoires de l'une et l'autre traditions.

En 1999, l'instauration du programme transsystémique ramène les études de 1er cycle à un seul programme de formation pour tous les étudiants. Que vous veniez du Canada anglais ou du Québec, il n'y a que le programme transsystémique qui est disponible : ce programme est une fusion, pour ce qui est des cours dont je vais maintenant parler, une fusion de la *common law* et du droit civil dans les matières de base. Le cœur de la réforme de 1999 est ce qu'on appelle l'enseignement intégré. Il intègre les deux traditions juridiques du Canada dans les cours de base du droit privé, principalement en 1re année, dans une moindre mesure en 2e année. Il n'y a pas, pour le moment, d'orientation transsystémique ferme dans les cours de droit public.

Le caractère le plus novateur de cette réforme – qui est bien plus qu'une révision – est, à mon avis, d'avoir introduit le changement en première année du programme de formation et non pas, comme on l'a toujours fait, en deuxième, troisième, quatrième, voire au deuxième cycle. Le nouveau n'allait pas s'ajouter à ce qui était déjà fait ; le nouveau allait prendre la place des piliers de la formation qu'en principe on diffuse dès la première année. Pour quel mobile ?

D'abord le mobile scientifique : développer une culture juridique de dialogisme entre les deux traditions juridiques. Il y avait là un objectif, un idéal, que la faculté de droit de McGill était prête à assumer avec beaucoup de conviction ; il ne suffisait plus d'initier de manière parallèle aux deux traditions juridiques. Le défi scientifique consistait à faire une hybridation de ces deux traditions.

Deuxièmement, il y avait un mobile pédagogique. L'objectif était de mettre fin au problème des classes mixtes qu'avait créées le programme national. Dans le programme ancien, les cours de base avaient une double clientèle : ceux qui commençaient, disons, par la *common law* étaient rejoints par des étudiants de deuxième année qui, eux, avaient commencé en droit civil et qui venaient suivre le cours de première année de *common law*. Donc les professeurs étaient placés, dans la même classe, devant deux catégories d'étudiants, certains en deuxième année de droit avaient vu les principes du droit des obligations dans une première tradition et les voyaient maintenant dans l'autre tradition juridique. Le grand problème pédagogique qui m'a été conté, que je n'ai pas connu personnellement car je n'enseignais pas avant 1999, était que les étudiants de deuxième année avaient l'impression de déjà-vu et se sentaient, à tort ou à raison, comme des seniors parmi les étudiants de cette classe. Cela causait des difficultés pédagogiques assez importantes, et ce n'est pas négligeable dans la motivation des professeurs d'intégrer l'enseignement plutôt que de le pratiquer de manière séquentielle.

Troisièmement, le mobile stratégique, celui du positionnement institutionnel. La faculté de droit de McGill, en le disant pour partie, mais aussi sans le dire clairement pour une autre part, a voulu développer un programme concurrentiel à l'échelle du Canada et idéalement à l'échelle mondiale. C'est-à-dire un programme qui pourrait se compléter en trois ans plutôt qu'en quatre ans. La plupart des programmes de droit au Canada et aux États-Unis peuvent se compléter en 3 ans. Le programme national d'avant 1999 exigeait quatre années d'études. C'était donc un avantage pour la faculté de pouvoir offrir à ses futurs étudiants de pratiquer le bi-juridisme à l'intérieur d'un programme de trois ans avec une valeur ajoutée qui serait celle d'un programme à la fois canadien, authentiquement canadien, puisqu'embrassant les deux traditions juridiques, et en même temps globalisé. Sans le dire d'une façon toujours expresse, le programme transsystémique, qui se référait, au sens strict, au métissage des traditions juridiques, était aussi une manière de dire : « nous préparons maintenant nos étudiants pour une culture juridique qui sera celle de la mondialisation du droit ». En tout cas, c'était perçu ainsi par les « clients », les étudiants qui fréquentent McGill, certains principalement pour le bi-juridisme et d'autres, probablement en nombre croissant, pour l'impression – qui n'est pas fausse mais qui n'est pas entièrement correcte non plus – qu'il y a là un programme décidément orienté vers une formation ouverte sur le monde. La manifestation concrète de cela, pour permettre précisément la fréquentation du programme en trois ans plutôt qu'en quatre, a été de ramener le nombre total de crédits de l'ancien programme national de 126 à 105 crédits. Environ cinquante pour cent des étudiants complètent maintenant ou réussissent maintenant ce programme en trois années.

Le dernier mobile est un mobile économique dont on n'a pas beaucoup parlé sauf peut-être chez les administrateurs de la faculté de droit : réduire le nombre de crédits, le nombre d'heures de cours et aussi le nombre d'allocations professorales à l'enseignement des cours de base. Le nombre de crédits dans ces matières – du fait qu'on ait procédé au métissage des deux traditions – a été diminué par rapport à ce qu'il était dans l'ancien programme national. On constate donc une économie de temps, de crédits, davantage de place pour les cours à option, et une économie de ressources professorales (modeste mais non négligeable) pour la faculté de droit.

De manière plus détaillée, on peut constater que, depuis 1999, douze cours de base de la faculté de droit, douze cours anciens qui se donnaient dans une seule tradition, ont été transsystémisés. Ils se donnent maintenant dans la même matière en embrassant simultanément les deux traditions juridiques de droit civil et de *common law*.

Trois cours sont obligatoires : « obligations contractuelles, extra-contractuelles et institutions judiciaires / procédure civile » ». Et puis neuf cours complémentaires qui ne sont pas obligatoires mais sont massivement suivis parce qu'ils correspondent à la conception traditionnelle d'une bonne formation de base en droit privé. À cela s'ajoutent deux nouveaux cours qui n'existaient pas avant 1999, les cours de deuxième année en droit civil avancé et en *common law* avancé ; ce ne sont pas des cours transsystémiques. Les cours de droit civil et de *common law* de deuxième année, pour trois crédits chacun, sont des cours dont la finalité est de s'assurer que, malgré le transsystémisme pratiqué en première année, les étudiants aient tout de même une compréhension suffisante du génie propre de chacune des traditions. Les cours avancés de droit civil et de *common law* introduisent de manière thématique à la méthodologie propre de chacune des deux traditions juridiques.

Au total, on pourrait quantifier à environ un tiers de l'ensemble du programme ce qui est proprement

transsystémique. Le programme transsystémique n'est pas transsystémique à cent pour cent. Il l'est, de façon obligatoire, pour environ trente à trente-six crédits sur les cent cinq crédits de l'ensemble du programme.

2. Le changement pédagogique maintenant. J'ai déjà indiqué que l'objectif essentiel était de passer du bi-juridisme séquentiel – d'abord le *common law*, ensuite le droit civil, ou d'abord le droit civil ensuite le *common law* – au bi-juridisme intégré de façon organique à l'intérieur d'un seul cours de base vu à travers les deux traditions.

Un dénominateur commun à tous les enseignements de cette nouvelle approche est ce qu'on pourrait appeler, ce qu'on appelle souvent, la comparaison dialogique des solutions, des méthodes, des approches de chaque matière de droit.

La comparaison dialogique est toutefois pratiquée de façon assez clairement différente selon les professeurs, selon leur expérience antérieure, selon leur formation. Il y a par exemple, très certainement, un accent inégal sur les similitudes ou sur les différences entre les traditions juridiques, selon les cours qui sont donnés. Tous les cours mettent sans doute en évidence les similitudes et les différences mais la pédagogie particulière d'un professeur peut faire en sorte que l'accent est plutôt mis sur les similitudes – c'est mon cas – et dans d'autre cas, sur les différences.

Dans cette pédagogie, on a également des approches ou des niveaux différents de comparaison. Certains professeurs pratiquent ce dialogisme au niveau des règles de droit, les règles d'un code civil, et par ailleurs les *doctrines* de *common law* exposées dans la jurisprudence. La comparaison se fait avec l'intention de montrer, si tant est qu'il se manifeste des différences significatives, le substrat historique ou philosophique qui expliquerait ces différences entre la *common law* et le droit civil. Par exemple pourquoi l'exécution en nature ou la réclamation de dommages-intérêts est en principe au choix du créancier en droit civil, alors que la *common law* opte plus clairement comme solution de principe pour l'octroi de *damages* et n'admet qu'à titre vraiment exceptionnel la demande de *specific performance*. Il s'agit de comprendre dans quelle mesure l'évolution historique et idéologique des deux traditions permet de comprendre la différence notable dans les règles ou dans les doctrines des deux traditions.

D'autres professeurs mettent directement l'accent en deçà des règles de droit elles-mêmes, sur les raisons philosophiques ou sur les justifications théoriques de ces règles. Ils comparent donc les raisons qui prévalent dans chacune des deux traditions, qu'elles soient de nature déontique ou basées sur une logique instrumentale.

Une troisième possibilité est de pratiquer ce dialogue comparatif au niveau des fonctions socio-économiques, fonctions de facilitation de l'activité économique, fonctions de contrôle au nom de l'ordre public ou autres. L'objectif est alors de montrer comment, du point de vue des fonctions socio-économiques, deux traditions juridiques, par ailleurs liées à des sociétés et des économies capitalistes, ont développé des réflexes, soit similaires, soit différents. C'est une approche que j'ai adoptée pendant les quatre ou cinq premières années de mon enseignement du droit des contrats pour avancer graduellement vers une autre approche, et peut-être un quatrième niveau de comparaison transsystémique. Je me réfère à un niveau davantage épistémologique où les systèmes qui sont mis en présence l'un de l'autre ne sont plus des systèmes de règles de droit, systèmes juridiques au sens strict, mais plutôt des systèmes de pensée juridique. Par exemple, non seulement le système de pensée propre à chaque tradition, mais aussi le système de pensée du XIXe siècle, celui du XXe siècle et celui du XXIe siècle.

3. Troisième aspect : l'élargissement du domaine des sources pertinentes. C'est une caractéristique largement partagée par la plupart des professeurs : elle se

constate dans les recueils de textes utilisés en complément de l'enseignement. On pourrait dire ici que l'évolution se fait du local au global et même vers l'a-juridictionnel, l'absence de juridiction déterminée. On parle souvent chez les étudiants et les professeurs de « transsystémia », comme étant l'entité juridique utopique qui n'est pas rattachée à un État, pas rattachée à un territoire ou à une communauté particulière, et qui serait le lieu où l'on se projette intellectuellement pour faire la comparaison des droits.

On peut parler de cosmopolitisme des sources utilisées, et ce cosmopolitisme vaut à l'intérieur de chaque tradition. La tendance est d'utiliser non seulement des références aux systèmes de droit québécois et français à l'intérieur de la tradition civiliste, mais aussi de plus en plus à la Suisse, à la Belgique, à l'Argentine ; même chose pour la tradition de *common law* qu'on ne réduit plus au seul système juridique de l'Angleterre. Il y a là un élargissement très net de la palette des systèmes juridiques où l'on emprunte les documents utilisés. Le cosmopolitisme est aussi inter-traditions. On retrouve de plus en plus, dans les recueils de textes, des documents qui n'appartiennent pas à une seule tradition, qui sont plutôt des cas de mixité ou d'absence de juridiction proprement dite, comme les *Principes d'Unidroit* et les conventions internationales.

4. Quatrième aspect : la marge de manœuvre pour les professeurs. Le transsystémisme est une ouverture assez fantastique sur la possibilité d'aménager l'enseignement comparatif selon la philosophie propre de chaque professeur. Je ne suis pas un diplômé de McGill ; je suis d'orientation « droit et société » plutôt que droit comparé… Je suis arrivé en 1999 avec l'intention d'ajouter le comparatisme sans perdre de vue la perspective « droit et société » qui était la mienne jusqu'alors. C'était possible. D'autres font la même chose à partir de leur expérience antérieure. Le programme n'empêche pas de continuer de pratiquer ce qui semble à chacun la manière souhaitable d'enseigner le droit. Si l'on regardait comparativement les documents pédagogiques, on constaterait pour le droit des contrats, par exemple, un accent interdisciplinaire en ce qui me concerne, un accent romaniste chez mon collègue Helge Dedek qui est d'origine allemande ; d'autres pratiquent davantage l'accent anthropologique, c'est le cas de mon collègue et doyen Daniel Jutras.

Finalement le programme transsystémique, par son objectif même et par la fusion obligatoire des traditions dans les cours de base, induit des changements d'ordre scientifique qui s'accompagnent nécessairement de changements pédagogiques.

a) L'enseignement transsystémique nous fait passer du droit qui s'impose au droit qui illustre. Les documents que l'on étudie, les règles de droit auxquelles on fait référence, ont plutôt vocation à illustrer des manières de répondre à un problème, d'organiser, par exemple, la régulation juridique d'un aspect de l'activité économique, etc. On illustre par des sources de droit positif empruntées à droite et à gauche plutôt que d'enseigner le droit qui s'impose dans la juridiction pertinente qui serait en l'occurrence le Québec ou le Canada. On pourrait dire sans trop exagérer et en empruntant l'expression de Pierre Legendre, que la philosophie de l'enseignement passe de « l'amour du censeur » *i.e.* du droit qui s'impose au professeur et à ses étudiants, à « la recherche ou au culte du droit héros ». On cherche quelque part ailleurs, dans un système de droit, la règle ou l'approche qui illustrerait la manière peut-être idéale de répondre à un problème socio-économique.

b) Le deuxième changement pédagogique induit de façon notable est le passage d'un formalisme analytique centré sur l'expression positive des règles de droit à ce que j'appellerais un certain idéalisme

jusnaturaliste. Il y a, de manière non articulée mais perceptible, une propension des professeurs du transsystémisme à proposer une lecture jusnaturaliste de ce que devrait être, de ce que peut être le droit, en insistant davantage sur les idées juridiques que sur les règles elles-mêmes. Et ces idées juridiques tournent souvent aujourd'hui autour d'un mélange plus ou moins équilibré d'orientation néo-libérale et d'orientation de droit humanitaire. Ce mélange instable traduit à mon avis une influence assez nette de la globalisation sur la pensée juridique contemporaine à McGill comme ailleurs.

On peut concevoir deux autres innovations virtuelles qui seraient logiques, mais qui ne sont pas encore véritablement actualisées. Pour le moment, le programme transsystémique ne s'impose pas comme un moyen de reconnecter l'enseignement universitaire et les besoins de la pratique professionnelle. La préoccupation de ce programme, la philosophie de la plupart des professeurs de McGill, n'est pas une philosophie clinique. Elle n'est pas dictée ou inspirée par le sentiment qu'il faut rapprocher l'enseignement de la pratique du droit et adopter donc une perspective qu'on appelle très souvent du côté des États-Unis une orientation clinique. Cela pourrait être le cas, ce ne l'est pas, ne serait-ce que par tradition. L'image de McGill, et la plupart des professeurs y tiennent, est celle d'une faculté de théorie du droit, davantage que celle d'une école professionnelle. Les étudiants le savent, choisissent en conséquence et les professeurs n'essaient pas de leur livrer autre chose.

D'autre part, le programme transsystémique aurait pu ou pourrait encore être le lieu d'une expérimentation collective d'une nouvelle pédagogie d'enseignement du droit. Ce n'est pas véritablement le cas. L'orientation pédagogique est restée très libérale ; chaque professeur reprend sa méthode ancienne ou la renouvelle, mais sans qu'il y ait une impulsion technocratique au nom d'une transformation de la pédagogie d'ensemble.

Je conclurai en parlant très brièvement des aspects sociopolitiques et psychosociaux. Je crois que le programme transsystémique, en dehors de ses mobiles scientifiques et pédagogiques, n'existerait pas sans l'exceptionnalisme sociopolitique de la Faculté de droit de McGill à Montréal, au Québec et au Canada. Le programme transsystémique est spécial et la Faculté de droit de McGill est distincte. Elle est historiquement différente de toutes les autres facultés du Québec et de toutes les autres facultés du Canada. Elle est plus québécoise que celle de l'Université de Toronto, elle est plus canadienne que celles de l'Université de Montréal ou de Sherbrooke ; elle est plus montréalaise (parce que plus cosmopolite) que celle de l'Université du Québec à Montréal.

Cet exceptionnalisme sociopolitique s'explique historiquement par la clientèle de futurs praticiens du droit qu'a eue à servir cette Faculté. Elle s'explique aussi par ce que j'appellerais la psyché collective du groupe de professeurs de McGill qui a été à l'origine de ce changement. Une quinzaine de personnes qui, entre 1990 et 1999, ont bataillé ferme pour introduire ce changement majeur. Or, quand on regarde d'un point de vue psychosocial les attentes et les aspirations de ces professeurs, on ne peut pas faire abstraction de l'inconfort dans lequel les a placés la situation politique qui était celle du Québec pendant les années de gestation du nouveau programme. En 1990, l'accord du lac Meech qui devait réconcilier les deux nations, a été un échec. En 1994, le Parti québécois souverainiste a été réélu. En 1995, un référendum sur la sécession du Québec s'est soldé pratiquement à égalité des voix.

Les professeurs de McGill ne sont pas à cent pour cent québécois, ne sont pas à cent pour cent canadiens. Ils vivent, je dirais, de manière consciente et inconsciente, cette tension politique qui est irrésolue à l'intérieur du

Canada. Je crois que le programme transsystémique et l'ambition, l'énergie, qu'on a mise à le faire adopter – ce qui n'était pas simple – s'explique en partie par une sublimation de cette tension politique canadienne irrésolue : puisque ce qu'on a devant nous au Canada n'est guère réjouissant, ne correspond pas à nos valeurs, alors, aussi bien regarder ailleurs, aussi bien aller en avant, en espérant qu'éventuellement la situation politique se clarifie, ce qui n'est probablement pas pour demain.

Discussion

C. JAMIN : Cela fait maintenant près de vingt-cinq ans que je vais à McGill ; et j'y ai suivi quelques expériences d'enseignement transsystémiques, ce qui m'incite à poser une question très concrète : j'ai l'impression qu'on peut traiter beaucoup moins de questions en cours, en raison d'un processus d'enseignement qui est beaucoup plus lent, parce qu'on déconstruit, parce qu'on va regarder d'un côté et de l'autre, etc. Ce n'est donc pas de vingt-cinq heures de cours dont il faudrait disposer, mais de cinquante, soixante, soixante-dix heures… Comment ceux qui ont choisi cette manière-là d'enseigner ont-ils résolu cette difficulté concrète ?

J.-G. BELLEY : Je pense que la façon probablement la plus répandue est d'éliminer un certain nombre de problèmes, d'aspects de la matière. Il y a un changement dans l'ordre des priorités ; on ne peut pas l'éviter…

C. JAMIN :… et la question du programme n'est plus une question.

J.-G. BELLEY : Mais sur l'idée de couvrir intégralement la matière même en éliminant les aspects secondaires, il y a probablement deux philosophies partagées variablement. Certains ne s'embarrassent pas de l'exhaustivité de la matière estimant qu'il faut développer l'esprit juridique transsystémique, qu'il vaut mieux approfondir le dialogisme à l'occasion de thèmes choisis plutôt que d'essayer de les envisager tous et de manière plus superficielle. D'autres considèrent qu'il faut malgré tout être fidèle ou honnête avec l'essentiel de la matière, ce qui implique qu'il ne sera pas possible d'être aussi organiquement transsystémique à chaque minute du cours. Il y a des moments où le propos sera probablement plus superficiel.

En ce qui me concerne, je suis plutôt de la deuxième école, c'est-à-dire que je me sens tout de même contraint de ne pas oublier un des problèmes fondamentaux du droit des contrats, ce qui impose non seulement d'éliminer les aspects plus secondaires mais ce qui impose aussi de ne pas pratiquer systématiquement au maximum de sa profondeur la comparaison transsystémique.

Dans l'approche anglo-saxonne il n'y a pas une telle contrainte de l'exhaustivité de la matière comme on en a en droit civil. Alors on est habitué, soit au nom du socratisme, soit au nom d'une autre philosophie probablement plus empirique, à ne pas se sentir encarcané dans la matière officielle… et puis probablement beaucoup de profs de McGill vous diraient : « nos étudiants sont excellents, ce qu'ils ne font pas en classe ils le font d'eux-mêmes », est-ce vrai ou faux… ?

P. ANCEL : Tu as dit que le programme n'avait pas du tout été construit dans un esprit clinique, de formation à la pratique. Mais comment les étudiants sont-ils ensuite reçus dans la pratique ; comment passent-ils de ce type d'enseignement qui me fascine je dois dire, à la pratique ?

J.-G. BELLEY : Il est possible que la fréquentation des cours de formation professionnelle et la préparation des examens pour l'école du barreau ou de la chambre des notaires leur soient un peu plus difficiles dans la mesure où ils doivent probablement étudier une partie des matières qui n'ont pas été vues et les étudier de façon je dirais plus formaliste ou au texte même. Mais en tout cas, ils font cet exercice-là et ils réussissent très bien aux deux chambres professionnelles du Québec. Apparemment, c'est la même chose du côté du Canada anglais. Quinze à vingt pour cent des étudiants de McGill – c'était déjà un peu là et ça s'est renforcé depuis le transsystémisme – sont courtisés assez nettement par les grands bureaux de New York et de Washington et par les grands bureaux de Toronto. Depuis l'instauration du programme transsystémique, pas en fonction de ce qu'il est concrètement, mais en fonction de l'image institutionnelle que cela donne et notamment de l'image de cette ouverture vers une culture juridique mondiale, les étudiants sont davantage recherchés par les grands bureaux, les très grands bureaux qu'ils ne l'étaient avant 1999. Par les plus petits bureaux, je ne pense pas. Autrement dit, de ce point de vue, les répercussions quant aux carrières de ceux qui fréquentent le programme tiennent probablement davantage à ce que l'on perçoit comme ce que doit être probablement le programme transsystémique, sans que l'on connaisse nécessairement dans le détail ce qu'il est réellement. En ce sens-là, je crois que le programme est fréquenté par les étudiants sur une base exogène : ils n'ont pas connu la tradition interne de cette faculté, ils n'adhèrent pas au transsystémique pour les mêmes raisons que ceux qui enseignaient auparavant dans le programme national ; ils y viennent avec les aspirations professionnelles d'aujourd'hui et en se disant : « la carte de visite traditionnelle de McGill ajoutée au programme transsystémique sera une carte professionnellement payante et s'il faut pour cela travailler plus pour réussir les examens davantage locaux et bien on le fera ».

A. JEAMMAUD : Ça tourne sur quel effectif ? Ça fonctionne avec quel nombre d'étudiants en classe et y a-t-il un taux d'échec significatif, plus significatif, moins significatif ?

J.-G. BELLEY : Traditionnellement je crois qu'il y a toujours eu extrêmement peu d'échecs, et il y en a encore très peu, sans doute moins de deux pour cent. Une très forte sélection existe à l'entrée : une candidature admise sur quatorze, enfin douze à quatorze, et, pour des cours transsystémiques proprement dits, donc les cours des trois premiers trimestres, je dirais des classes en moyenne de soixante, donc chaque cohorte admise comporte environ cent soixante-dix personnes et on subdivise chacun des cours en trois groupes dont un groupe en français. Dans les cours de deuxième et de troisième années ça peut varier de vingt jusqu'à quatre-vingt. Mais en tout cas, il n'y a jamais de grand cours en amphithéâtre.

A. JEAMMAUD : Y a-t-il un accroissement des candidatures ?

J.-G. BELLEY : Il y a un accroissement, avec une certaine diversification, un peu plus venant des États-Unis mais relativement peu, c'est essentiellement une clientèle canadienne. Aux deuxième et troisième cycles c'est beaucoup plus international : il y a plus d'étudiants internationaux à McGill aux deuxième et troisième cycles que d'étudiants locaux, mais pour le programme transsystémique je dirais qu'essentiellement notre clientèle est canadienne.

L'enseignement du droit en Espagne

Par Yann FAVIER*

Si les juristes universitaires espagnols ont pris conscience plus tôt qu'en France de l'importance d'une réflexion globale sur l'enseignement du droit (le troisième congrès national sur l'innovation universitaire en sciences juridiques s'est tenu en septembre 2008 à Séville), c'est que l'intégration dans l'Espace européen de l'enseignement supérieur y est sans doute plus difficile qu'ailleurs. Alors que le processus dit « de Bologne » continue de susciter de nombreuses manifestations étudiantes dans toute l'Espagne, de nombreux enseignants-chercheurs se sont publiquement émus des directives données par le ministère de l'Enseignement supérieur pour des raisons diverses.

Dans le contexte universitaire espagnol, l'intégration dans l'espace européen de l'enseignement supérieur a été ressentie comme une atteinte à la liberté universitaire dans un pays où les universités ont toujours joui d'une très grande autonomie à l'image de l'organisation politique du Royaume très « décentralisée » car divisée en Communautés autonomes dotés de pouvoirs importants, mais aussi et peut-être surtout parce qu'elles sont héritières d'une tradition d'autonomie et de liberté datant du Moyen Âge dans ce pays qui compte quelques-unes de plus anciennes universités d'Europe. Sur le fond, l'éclatement des matières et la remise en cause du droit comme une discipline autonome et fortement structurée autour de grands « domaines » (lesquels regroupent la composition actuelle des facultés de droit en départements spécialisés) semble remettre en cause l'enseignement du droit et, plus généralement, la formation du juriste. Pour autant, même chez les opposants les plus farouches à la remise en cause du « plan d'études » caractérisé par un système de crédits compensables, il a semblé nécessaire de réfléchir à la formation du juriste proposée par l'université espagnole.

Le débat est aussi ancien que l'idée d'un plan d'études du droit en Espagne. Un décret royal de Charles III définit le premier plan d'études en 1776 en même temps qu'il réunit en une seule faculté de droit, la faculté des Lois et celle des Canons et créait sept chaires pour chaque année d'études : une chaire d'histoire du Droit naturel et du droit civil et une autre d'histoire du Droit canonique (première année), deux chaires d'Institutes (deuxième et troisième années), une chaire d'institutions du Droit canon et de Droit ecclésiastique (quatrième et cinquième années), une chaire de Lois du

* Maître de conférences, Université de Savoie.

royaume conformément aux Compilations des lois de Castille et des Indes (sixième année) et enfin une chaire d'étude du Droit public (septième et dernière année). Cette « centralisation » inédite qui suivit celle engagée au plan politique avec l'arrivée des Bourbons au début du XVIIIe siècle eut assez peu d'impact dans les universités espagnoles mais elle marque un tournant symbolique dans les rapports qu'entretient le pouvoir royal avec les universités[1]. Que le plan d'études ait touché principalement les études de droit, du moins celles dirigées vers les docteurs ou les *parfaits* (*perfectos* : ayant suivi les sept années d'études) n'est évidemment pas un hasard dans le contexte politique du règne d'un roi législateur. Dans la seconde moitié du XVIIIe siècle, Charles III s'entoure de juristes recrutés non pas dans l'élite traditionnelle des conseils du roi formés par les *Colegios Mayores* mais dans celle passée par les universités, des étudiants dits libres (*manteistas*) remarqués par la suite comme avocats et parvenus à de hautes fonctions gouvernementales[2]. Il a fallu attendre 1836, dans le contexte troublé des luttes dynastiques et des tensions internes, pour que les plans d'études du droit soient réformés laissant une plus grande place à l'étude d'un droit commun au royaume et anticipant les efforts de codification du droit qui aboutirent à la fin du XIXe siècle. C'est alors que les facultés de droit espagnoles se structurent autour de départements et non plus de chaires, chargés de domaines précis dans la connaissance du droit tels qu'on les connaît encore aujourd'hui : histoire du droit, droit romain, droit canonique, droit civil, droit politique, droit et finances publiques, droit international public, droit international privé, droit commercial, philosophie du droit puis beaucoup plus tard, le droit du travail (dans les années 1960). Jusqu'au tournant de la moitié du vingtième siècle, la formation du juriste reste complémentaire d'une formation aux humanités (littérature grecque et latine, philosophie, histoire politique et sociales, littérature…).

Dès 1953, les études de droit se spécialisent mais l'étude du droit positif au sens strict ne gagne pas la totalité des enseignements : le droit romain, le droit canonique, l'histoire du droit continuent d'avoir une place importante, surtout dans les premières années. Toutefois, le plan d'études de 1953 est présenté comme laissant plus de places à l'étude pratique du droit, même si ce que l'on entendait par « études pratiques » n'avait sans doute pas la même signification qu'aujourd'hui… Il s'agissait en effet d'étudier davantage le droit positif et de donner la possibilité aux étudiants de se spécialiser davantage. L'idée de ce plan d'étude restée en vigueur jusqu'à une époque très récente, était selon ses promoteurs, de créer un type idéal de jurisconsulte pouvant être aussi bien avocat que professeur de droit, magistrat ou légiste (travaillant dans les ministères notamment). En cinq ans, l'objectif était de créer une formation unique au travers de la connaissance des outils du droit autant que de son esprit. On déplore à l'époque que l'enseignement du droit se résume le plus souvent à une leçon bien apprise et à des cours sous forme de leçons théoriques sans liens avec la pratique du droit. Pourtant, une fois encore, la notion de « pratique » s'entendait différemment qu'aujourd'hui en ce sens que la pratique judiciaire ou notariale s'acquiert toujours dans les tribunaux ou dans les études mais pas à la faculté. Tout juste, le droit du procès est-il enseigné par des praticiens, juges ou avocats (ce qui explique d'ailleurs le statut particulier de la procédure civile et pénale, tardivement investie par la doctrine universitaire et envisagée sous l'appellation globale de *derecho procesal*).

Avec quelques modifications, le plan d'études de 1953 est resté en vigueur dans ses grandes lignes jusqu'à l'introduction du système de crédits par un décret du 5

1 J. J. Gil CREMADES, « La enseñanza del derecho : seminario de profesores de la facultad de derecho », Institución Fernando el Católico, 1985.

2 B. Bennassar (dir), *Histoire des Espagnols*, Laffont coll. « Bouquins » éd. révisée, 1992, p. 528.

septembre 2003[3] destiné à adapter les études universitaires à l'espace européen de l'enseignement supérieur. Toutefois, certaines facultés de droit avaient antérieurement introduit une réforme du plan d'études visant à placer leur niveau *grado* (*graduate*) à 8 semestres soit 4 années au moins afin de développer de nouveaux diplômes de *Master* professionnels sur le modèle des universités anglo-américaines, non sans un certain flou sur le contenu exact de cette nouvelle dénomination avant 2005[4]. Les études doctorales ont toujours été envisagées séparément du cursus dit professionnel, les doctorants suivant un programme propre à chaque université et faculté de droit pour valider des crédits sous forme d'enseignements théoriques et passer une première thèse qui s'apparente davantage à un gros mémoire (*tesina*) avant la thèse doctorale proprement dite.

Mais la réforme des études de droit va connaître un nouveau tournant en 2006 avec la loi du 31 octobre 2006 portant sur l'accès à la profession d'avocat (avocats et avoués) qui devrait entrer en vigueur le 31 octobre 2011. Jusqu'à cette date, la profession d'avocat est accessible à tout *licenciado* ayant obtenu ses 5 années ou ses 8 semestres ou ses 300 crédits selon le plan d'étude propre à chaque université. Désormais, cette profession ne sera accessible qu'aux *postgraduados,* ce qui instaure un accès sélectif à ces professions. Curieusement, le cadre général des études de droit n'est pas modifié par le décret du 29 octobre 2007 qui réorganise le schéma général des études et des diplômes en application d'une loi organique du 12 avril 2007 et dont l'objectif est d'adapter les grades et les crédits au nouveau système élaboré dans le cadre de l'espace européen de l'enseignement supérieur ou processus de Bologne. Le droit y apparaît au passage comme une composante des sciences sociales dans la distribution des « domaines de connaissance » propres à chaque type d'enseignement[5].

Dans le débat très vif en Espagne sur l'adaptation des études au système de Bologne, deux conceptions semblent s'affronter. La première défend l'idée que la formation du juriste est une formation à la carte, destinée à lui donner la connaissance la plus pratique d'un outil au service de l'entreprise ou destinée aux services ou à l'exercice de professions réglementées et qui est prioritairement destinée à développer des « aptitudes ». La seconde met en avant le caractère nécessairement généraliste des études de droit autour des grandes matières qui le structurent, complété le cas échéant de séminaires de pratiques professionnelles, mais qui reste prioritairement axé sur la réflexion critique, conformément à une longue tradition universitaire. La virulence du débat engagé depuis peu sur l'intégration des facultés de droit au système de Bologne cache évidemment un enjeu idéologique qui dépasse le seul problème posé par le plan d'études des facultés de droit. La question n'est d'ailleurs pas différemment posée dans de très nombreux pays européens, surtout continentaux mais pas exclusivement.

Il apparaît surtout choquant à beaucoup que cette réforme prenne la forme d'une injonction, à plus forte raison si elle vient d'une institution centrale[6], au prétexte qu'il est nécessaire de s'engager dans un processus européen visant à rendre les universités plus « compétitives » par rapport à leurs homologues états-uniennes, canadiennes, chinoises ou australiennes. Si l'intégration de l'Espagne à l'Europe communautaire a été vécue, pour

3 RD 1125/2003 de 5 de sept. 2003 ; BOE 18 de sept. 2003, 17643.

4 RD 55/2005 de 21 de enero 2005 ; BOE 21 de enero 2005.

5 RD 1393/2007, art. 4

6 L'organisation des pouvoirs issue de la constitution de 1978 a fait dépendre les universités des communautés autonomes (qui sont des régions juridiques, administratives et politiques aux pouvoirs étendus). L'objectif gouvernemental est de faire approuver les maquettes par le ministère de l'enseignement supérieur dans le cadre de l'harmonisation européenne des diplômes et pour en vérifier la « conformité ».

la grande majorité des Espagnols et spécialement par les universitaires comme très positives pour des raisons historiques et politiques autant que financières, les universitaires espagnols prennent aujourd'hui conscience de l'utilisation quelque peu perverse, selon certains, de l'injonction européenne telle qu'elle est relayée et surtout interprétée par le pouvoir central.

Au plan quantitatif, le passage d'une formation en cinq années à une formation en quatre années ou huit semestres a déjà été difficile à mettre en place mais de nombreux établissements avaient anticipé les réformes dès le début des années 2000 en ramenant la formation « générale » du juriste à huit semestres et en créant des masters très sélectifs et, pour les plus réputés, très coûteux. Toutefois, les facultés de droit avaient pu maintenir pour le socle de base des 4 ou 5 années selon les plans d'études, c'est-à-dire le système des « grands cours » fondamentaux : le droit romain, l'histoire du droit, le droit canonique, la philosophie du droit souvent enseignés dans les deux premières années y ont la même place que les matières de droit positif au sens strict telles que le droit civil ou le droit commercial. S'il existe une grande diversité de plans d'études, c'est que dans les universités, publique ou privée (il existe quelques grandes universités privées catholiques de très bonne réputation, et depuis peu des universités privées « commerciales » et souvent moins prestigieuses) chaque faculté garde une grande autonomie dans la définition de ses programmes.

Le « bloc » des enseignements du droit, s'entend encore comme une base de cours fondamentaux complétée par des enseignements optionnels et des enseignements pratiques qui sont dispensés (« *practicum* ») dès la quatrième année, mais sans spécialisation formelle des étudiants. L'objectif étant de former le futur « *licenciado* » qui, en Espagne, comme dans de nombreux pays latino-américains y désigne le maître en droit tout comme l'avocat à vocation « généraliste », à l'image du médecin. L'accès à la profession d'avocat est le prolongement « naturel » car il n'existe aucun examen ni concours d'accès à cette profession, contrairement à la profession de notaire dont l'accès par concours est très sélectif. En quelque sorte, la pratique du droit se confond traditionnellement avec celle de l'avocat, sorte d'étalon-maître de toute formation professionnalisée en droit – le terme de « juriste » y est plus marginal ou d'une utilisation plus récente – mais qui, avec l'augmentation importante des effectifs des facultés de droit espagnoles dans les années 1970 et surtout 1980, a eu pour conséquence de dévaloriser le titre d'avocat sans que cela soit d'ailleurs très justifié si l'on considère les cinq années d'études requises tout autant que le contenu très riche des enseignements qui y sont traditionnellement dispensés.

Sur un plan plus qualitatif, ramener une formation « de base » de licence à trois années signe l'arrêt de mort de certaines matières et donc de départements entiers dans les facultés de droit (souvent organisés autour des départements de droit civil, de droit pénal, d'histoire du droit, de droit romain...). Contraint de se spécialiser plus tôt, à partir de la quatrième année, le *licenciado* candidat au master, va devoir apprendre des matières enseignées dans un but professionnel aux côtés de matières non juridiques qui auront peu ou prou la même valeur. En effet, par la combinaison des matières que le cursus en droit permettrait dès la quatrième année, l'étudiant en droit pourrait choisir des matières non juridiques et l'étudiant en sciences sociales ou économiques, faire du droit une matière « de plus ». Rapporté aux sciences sociales, le droit est dilué et son aspect disciplinaire profondément remis en question. C'est ce que contestent beaucoup de professeurs de droit qui se réfèrent plus volontiers au modèle allemand pour en vanter les mérites, d'autant plus grands à leurs yeux, qu'il s'écarte résolument des direc-

tives de l'espace européen de l'enseignement supérieur[7]. Un nouveau mot d'ordre semble apparaître en Espagne « *Saquemos los estudios de Derecho del proceso de Bolonia* » : sortons les études de droit du processus de Bologne[8]…

Quant aux méthodes d'enseignement, elles sont en débat. Le cours magistral en droit est menacé par les directives données par le gouvernement central qui exige des formations « pratiques ». Or ce cours qui est depuis longtemps critiqué non seulement dans sa forme a évolué dans un pays où l'évaluation des enseignements et des enseignants est devenue presque banale, mais aussi dans son contenu. Des cours de pratique professionnelle sont dispensés dès la quatrième année dans le plan d'études actuel. Les TIC apparaissent comme un nouveau mode d'enseignement, complémentaire des classes magistrales[9]. Une rénovation des modes d'enseignement est en réflexion depuis plusieurs années en Espagne tant le modèle traditionnel du cours semble pour beaucoup dépassé avec son système d'évaluation basé sur l'apprentissage de note de cours complété le cas échéant de quelques manuels de référence. Toutefois, avec le système nouveau, on craint que le cours magistral devienne l'exception, le cours dit « pratique », la règle, sans que l'on sache vraiment ce que l'on doit y mettre. C'est pourquoi il est proposé de s'inspirer de modèles étrangers en les adaptant au système des grands cours en les complétant avec des apprentissages dits « collaboratifs », entre les fondamentaux et les cours sur les « outils » (communication écrite et orale, recherche de l'information juridique, rhétorique et logique etc.)[10].

Les juristes universitaires sont très attachés à la permanence du lien entre l'enseignement et la recherche et veulent défendre la discipline juridique (plutôt que la « science juridique ») envisagée comme un tout. Le lien avec la recherche est un acquis relativement récent dans l'enseignement supérieur espagnol car un des enjeux de l'évolution de l'université espagnole ces dernières décennies a été précisément le développement de la recherche. Il a fallu attendre les années 1970 pour qu'elle soit comprise dans les obligations de services des enseignants du supérieur. Deux lois en 1983 et 1986 ont par la suite réorganisé la recherche scientifique en liant étroitement ce volet au métier d'enseignant-chercheur[11]. Cela ne veut évidemment pas dire que la recherche doctorale et post-doctorale n'était pas prise en considération.

La recherche a toujours constitué le critère essentiel dans le recrutement et la promotion des personnels dans un corps au moins aussi fortement hiérarchisé qu'en France mais plus éclaté depuis que la loi universitaire autorise le recrutement de professeurs contractuels qui accèdent avec difficulté aux postes de titulaires réservés à leurs aînés. Il reste que dans les sciences sociales et juridiques, comme il convient maintenant de les appeler, la recherche ne se fait qu'à l'université.

À ce titre, si l'Espagne ne connaît pas le système des grandes écoles à la française et échappe ainsi au débat sur la création des « écoles de droit », les facultés de droit espagnoles sont inscrites dans un environnement concurrentiel au travers des masters plus ou moins prestigieux (et coûteux[12]) qui captent les meilleurs étudiants des facultés

7 F. Sosa Wagner « Bolonia y los estudios de derecho », *El Mundo,* 16 déc. 2008.

8 A. Boix Palop, selon les termes de la pétition déposée le 3 juin 2009, qui a été signée par plus de 300 professeurs de droit en Espagne.

9 Garcia Añon, J. et alt., « Diseño y elaboracion de materiales utilizando TIC para el aprentizaje de habilidades juridicas fundamentales », ATIC n°1 p. 37-34 cit. par Garcia Añon J. (ed.), Los estudios de Derecho en Europa » PUV, 2008.

10 Garcia Añon J., *op. cit.*

11 G. Champeau, « Espagne : l'université en développement », 2007 : www.universite-democratique.org

12 Par exemple la seule inscription administrative à un master de droit pénal effectué sur un à deux années à l'université Pompeu Fabra de Barcelone coûte 4 800 euros. Mais ces tarifs peuvent être

de droit, lesquels se préparent soit à la pratique du barreau (master de procédure et de pratique judiciaire) soit aux concours d'État (notariat, magistrature, corps de hauts fonctionnaires…) dans des cycles préparatoires. Les propositions de stages y sont plus ou moins nombreuses, les réseaux d'anciens élèves plus ou moins efficaces.

Ce marché de l'enseignement du droit reste dominé par les universités publiques et privées aux côtés de quelques écoles de commerce ou instituts qui ne forment pas encore les juristes mais qui comptent des spécialités mêlant le droit à la gestion financière ou à l'économie et qui connaissent un grand succès. À l'échelle du Master ce cursus est complémentaire des années de *grado* effectuées à l'Université. On comprend que le passage de 5 à 3 années de la formation de base du juriste, favorise l'émergence de ces formations privées de *posgrado* de haut niveau, d'autant que l'ouverture de l'université vers le système privé engagée au début des années 2000, leur ouvre de larges possibilités. Une fois que l'université publique a formé et sélectionné les meilleurs étudiants en droit, ces derniers peuvent se tourner plus facilement et surtout plus rapidement vers une formation prestigieuse et qui promet une insertion optimale sur le marché du travail.

En effet, le sous-emploi des diplômés en droit dans les années 1980 et 1990, lié en grande partie à l'explosion des effectifs dans les universités espagnoles et tout particulièrement dans les facultés de droit, a laissé de très mauvais souvenirs. Cela justifie sans doute une approche plus directive des formes et contenus des enseignements par le pouvoir central qui est très mal ressentie par les enseignants-chercheurs. Le processus de Bologne semble donner le coup de grâce à la faculté de droit traditionnelle, héritière d'une longue tradition médiévale et humaniste qui semble aujourd'hui aux yeux de certains, totalement dépassée[13]. Il n'est pas sûr qu'elle le soit autant qu'on veuille bien le prétendre et l'étonnante vitalité de la doctrine, la qualité de la recherche universitaire, l'érudition du juriste et la connaissance encore transmise du droit comme une institution historique et politique mais aussi l'intérêt pour une approche renouvelée de l'enseignement du droit et l'ouverture beaucoup plus marquée qu'en France pour les droits étrangers prouveraient plutôt le contraire. L'avenir dira si les facultés de droit espagnoles parviendront à réaliser cette synthèse délicate mais nécessaire entre une conception technocratique du droit au service d'outils plus nobles car plus utiles et la conception traditionnelle qui le considère comme une discipline et une pensée. Sur ces points, il sera particulièrement intéressant d'observer les évolutions que connaîtront nos voisins espagnols dans le débat qui agite aujourd'hui les facultés de droit des deux côtés des Pyrénées.

bien plus élevés pour des masters en droit des affaires par exemple ou bien plus faible (environ 600 euros) dans d'autres spécialités et universités.

13 Mª Concepción Molina Blázquez, « Bolonia, una oportunidad para los estudios jurídicos », Notario, Juill-Août 2009.

Discussion

L'enseignement du droit romain

V. FORRAY : La place de l'enseignement du droit romain en Espagne m'a frappée. En France, on n'enseigne plus systématiquement le droit romain. Est-ce que la France est isolée en Europe ou dans le monde ?

P. ANCEL : Je discutais en début de semaine avec une collègue autrichienne qui expliquait qu'en Autriche, on enseigne le droit romain dès la première année, et on l'enseigne de manière curieusement presque transsystémique. Cette collègue m'expliquait que ses premiers cours consistaient à donner d'emblée aux étudiants les solutions du droit romain, les solutions du droit autrichien, les solutions du droit allemand, les solutions du droit français, et à faire les cours à partir de cette diversité de solutions pour convaincre les étudiants de l'intérêt qu'il y avait à étudier le droit romain comme système et pas, évidemment comme matière historique. Le droit romain n'est pas, d'après ce que j'ai compris, étudié comme une matière historique mais comme système modèle.

A. BIANCO : En Italie, on a un examen obligatoire de droit romain en première année, puis un examen obligatoire en quatrième année sur l'exégèse des sources du droit romain : c'est plutôt une étude de juristes allemands… mais c'est quand même du droit romain. Mais chez nous, peut-être par légitimation culturelle, on conserve une perspective historique. L'étude du droit romain serait un peu différente du fait du sentiment de son appartenance à notre culture.

M. BOUDOT : Mais en Italie, néanmoins, les comparatistes sont des romanistes.

F. LIMBACH : Si je peux prendre la parole pour le droit allemand, enfin, pour les Universités allemandes... Le droit romain avait effectivement une tradition assez importante dans l'enseignement en Allemagne mais elle a été, bien sûr, comme en France, peut-être dans une moindre mesure, repoussée et écartée par d'autres matières plus nouvelles, plus modernes. Mais on peut toujours faire des études très poussées en droit romain, et des thèses très spécialisées en droit romain existent toujours. Une chose a marqué l'université allemande traditionnelle. La faculté juridique allemande, c'est la scission entre les historiens germanistes et les historiens romanistes. Ils ne s'entendaient pas très bien traditionnellement et se retrouvent un petit peu maintenant, depuis que l'histoire du droit perd du terrain dans l'enseignement en Allemagne. Ceci fait que le droit romain a une certaine importance, a une certaine brillance aussi, qui intéresse un certain nombre d'étudiants. On remarque

aussi que parmi ceux qui entrent à l'université, un certain nombre a déjà fait du latin très poussé au lycée, ce qui fait qu'ils s'intéressent naturellement plus au droit romain que ce n'est le cas peut-être en France où les mathématiques, les sciences naturelles ont plus de place. Le droit romain est donc pris au sérieux par une minorité de dix, vingt pour cent qui font des études de droit romain plus poussées.

W. PEREIRA : Si je puis dire un mot sur l'enseignement au Brésil… Il est intéressant de constater que, lors de la création des premiers cursus juridiques en 1827, les parlementaires de l'époque, qui avaient sûrement des sujets beaucoup plus importants à traiter, ont investi une trentaine de séances parlementaires afin de déterminer si l'enseignement du droit romain ferait partie de l'enseignement juridique. La plupart d'entre eux était défavorable. Cela s'explique par leur volonté de s'écarter du droit du Portugal qui était la métropole – le Brésil venait d'obtenir son indépendance. Ils ont donc décidé : surtout pas de droit romain… Pendant presque deux siècles le droit romain n'a pas été enseigné, sauf peut-être de façon très localisée par quelques universités (au Brésil le principe d'autonomie universitaire existe depuis le XIXe siècle).

Après 1995, certaines universités comportent l'enseignement de cette matière : la question ressurgit avec l'intégration régionale en Amérique du sud, et en Amérique latine de façon plus générale. Certains affirment que l'intégration des pays latino-américains pourrait être facilitée en récupérant les traditions du droit romain, puisque le droit de pratiquement tous ces pays se fonde sur une tradition romano-germanique. J'ai eu, en première année de licence, des cours de droit romain à l'Université de Brasília, mais ce n'est pas le cas partout, et ce n'est pas obligatoire non plus.

M. XIFARAS : J'ai la plus grande difficulté à comprendre le débat à propos de : « faut-il enseigner le droit romain, ne pas enseigner le droit romain ? » D'abord parce que, et je rejoins entièrement ce que disait le professeur Ancel, je pense qu'il y a plusieurs « droits romains », plusieurs sens du mot « droit romain ». Si je suis Jhering par exemple, le droit romain, c'est le droit en vigueur à Rome sous la République et l'Empire, c'est aussi le Corpus Iuris civilis et la tradition de commentaire qui en procède, c'est aussi une « culture juridique », la conception commune du droit que se font les juristes occidentaux. Pour comprendre ces choses de manière un peu fine, je crois qu'on a besoin de faire de l'histoire, et surtout de l'histoire de l'histoire du droit romain. Or je m'étonne que les défenseurs du droit romain ne fassent pas énormément d'histoire de leur discipline. Quand on fait l'histoire de la discipline, on se rend compte que la mobilisation de la référence romaine est toujours traversée de très lourds enjeux dogmatiques et politiques. On se rend compte aussi que la question de la place de l'enseignement du droit romain dans la formation des juristes se pose continûment, qu'on la retrouve à chaque fois que les systèmes d'enseignement du droit traversent une crise, dans chaque débat sur le présent et l'avenir de l'éducation juridique. Je ne suis donc pas étonné de la retrouver aujourd'hui. Mais ce qui est intéressant, c'est qu'à chaque crise, *la question change de signification*. Par exemple, et à très grands traits, après la RF, la question est celle des rapports entre le Code civil et le *Corpus Iuris civilis* : faut-il interpréter le Code à la lumière de la tradition de commentaires du *Corpus* ? C'est la question que pose quelqu'un comme Athanase Jourdan par exemple. Et puis vers 1850, le problème se déplace, c'est celui de la place de l'histoire dans l'interprétation des lois : peut-on concevoir l'exposé systématique du droit français sans faire l'histoire de ses racines romaines ? Vers 1880, les partisans du droit romain y voient le langage et le modèle d'une science juridique qui serait la science sociale *par excellence*. En 1920, quelqu'un comme Jèze ne juge pas

nécessaire de passer par le droit romain pour faire de la science sociale parce qu'il prend un parti pris empiriste. C'est ça l'enjeu qui le conduit à jouer la science sociale et l'économie *contre* les romanistes.

Et aujourd'hui ? Je vois d'abord une défense antiquaire du droit romain qui consiste à dire que le droit romain c'est bien et qu'il faut le défendre, au titre des traditions universitaires. Défense conservatrice sur le mode « c'était mieux avant » donc. Je vois aussi une défense liée au projet d'unification du droit civil européen. L'idée, c'est que pour faire un droit civil européen commun, il faut revenir à la seule chose qui soit commune aux divers droits nationaux, le droit romain comme *ius commune*. Mais dans un cas comme dans l'autre, j'aimerais que l'on discute les prémisses des arguments : pourquoi c'était mieux avant ? Seulement parce que c'était avant ? Et pourquoi le droit civil européen devrait être romain ? Parce que la racine commune de l'Europe, c'est Rome et uniquement Rome ? Et pas Jérusalem ou Athènes par exemple ? Là, il y a des enjeux politiques et dogmatiques considérables. Je plaide pour que ces enjeux soient sur la table, pour qu'on ne se contente pas d'être pour ou contre le droit romain, mais pour qu'on révèle les enjeux politiques et dogmatiques de la question.

Je crois donc qu'au fond, le problème n'est pas de savoir si c'est bien ou pas d'enseigner le droit romain mais : à quoi cela peut bien servir d'enseigner le droit romain aujourd'hui, est-il important ou pas aujourd'hui de connaître les enjeux que soulève la querelle du romanisme ? Pour ma part, je réponds oui à cette dernière question.

A. Di ROSA : C'est un vieux problème. Je me souviens que déjà au XIIIe siècle la bulle *Super Speculam* de Honorius III interdisait l'enseignement du droit romain à l'Université de Paris. Le droit romain concurrençait la faculté de théologie. Pourquoi ? Parce qu'il y avait beaucoup d'étudiants qui payaient pour apprendre le droit, et beaucoup de professeurs qui s'enrichissaient. Le droit romain représentait un enjeu politique majeur.

Il ne faut pas oublier que Max Weber a fait une thèse en droit romain sur l'importance de l'histoire agraire romaine et il est le fondateur de la sociologie compréhensive. Oublier l'apport de l'histoire et de la sociologie dans l'enseignement du droit entraîne la perte d'une partie fondamentale de la pensée juridique.

S. PIMONT : Je ne pense pas que les gens qui défendent le droit romain soient aussi naïfs que cela, les gens savent bien qu'il y a un intérêt politique derrière le droit romain. D'ailleurs l'idée selon laquelle il s'agit d'une pensée commune (européenne) est souvent une posture anti-nationaliste, donc clairement politique.

M. XIFARAS : Ce que je veux dire simplement, c'est que si on veut faire de l'histoire et de la comparaison, comme Saleilles par exemple, pourquoi est-ce qu'il faudrait nécessairement en passer par le droit romain ? C'est ça la question… Et c'est une question qui est rarement abordée. On ne nous a jamais vraiment expliqué pourquoi le droit romain était le lieu où se passaient l'histoire et la comparaison. Et évidemment la prémisse implicite est : parce que le droit romain est précisément ce qui nous unit et que c'est la mesure de toute comparaison. Ça me paraît une lourde prémisse qui mérite discussion, et c'est l'occultation de cette prémisse-là dans laquelle je vois un défaut de politisation de la question.

V. FORRAY : Je me demande si le droit romain ne permet pas aussi la construction d'un langage commun – n'est pas créateur d'une possibilité de dialogue. Lorsqu'on se rend à l'étranger, on constate que la communication s'établit plus facilement avec les juristes lorsqu'on utilise un concept de droit romain. Il importe peu d'ailleurs que ce soit un concept issu d'un livre et pas du « vrai » droit romain.

L'enseignement du droit aux États-Unis

Par Marie MERCAT-BRUNS*

In the last analysis, the law is what the lawyers are. And the law and the lawyers are what the law schools make them.
Felix Frankfurter[1]

La circulation des modèles juridiques est une question bien connue des comparatistes[2]. Il n'est pas question ici de la circulation des modèles d'enseignements étrangers mais plutôt de mieux comprendre les caractéristiques et les mutations de la formation juridique aux États-Unis et les leçons que l'on peut en tirer afin d'enrichir la réflexion menée en France notamment. Ce « benchmarking » ne traduit en aucun cas une volonté de transposer un modèle d'outre atlantique[3] mais en s'éloignant du débat national, il est alors plus facile de prendre du recul face aux positionnements souvent idéologiques qui animent les controverses sur la réforme universitaire dans son ensemble. Deux questions peuvent présenter un intérêt : un bref aperçu de l'impact « avoué » de la concurrence entre établissements sur la formation juridique et un panorama plus approfondi des traits principaux des études juridiques aux États-Unis et leur évolution.

I. La concurrence entre écoles de droit aux États-Unis : catalyseur de changement ?

La compétition entre écoles est bien vivante aux États-Unis et n'est absolument pas remise en cause, fidèle à la tradition libérale américaine. Elle peut parfois même être catalyseur de changement dans le cadre d'un réseau d'écoles quasiment toutes privées[4]. À première vue, cette concurrence se décline de plusieurs façons.

* Maître de conférences à la Chaire de Droit social du CNAM. Enseignante et consultante à l'École de Droit de Sciences-Po.

1 Traduction : « En dernière analyse, le droit c'est ce que sont les avocats. Et le droit et les avocats sont façonnés par les écoles de droit ». Citation de Frankfurter reprise dans plusieurs articles sur la formation juridique aux États-Unis, *Lettre de Felix Frankfurter, Professeur, Harvard Law School, à M. Rosenwald 3 (13 mai 1927)*, Felix Frankfurter papers, Harvard Law School library.

2 R. Sacco, *Introduction au droit comparé*, Giapichelli, Turin 1989, p. 211-252.

3 On préfère parler d'influence américaine que de réception d'un modèle : V. B. Audit, *L'américanisation du droit*, Introduction, Archives. Phil. Du droit Tome 45 Dalloz 2001, p. 7.

4 Les universités d'État fédéré comme celle de Berkeley, nommée *Boalt Hall* (Université de Californie) ont des frais de scolarité qui sont de plus en plus élevés notamment pour les non-résidents.

En premier lieu, il existe une concurrence entre les écoles afin d'attirer les meilleurs candidats d'un « pool » en déclin en raison, entre autres, de l'évolution démographique. En outre, les meilleures écoles se font concurrence non seulement pour recruter les meilleurs étudiants mais aussi pour attirer les meilleurs professeurs dans les meilleures conditions (leur assurer des temps de recherche suffisants et des congés sabbatiques afin d'approfondir ces recherches aux États-Unis ou à l'étranger[5]).

Par ailleurs, les « consommateurs » des services/conseils juridiques (les clients des cabinets d'avocats notamment) et les candidats aux écoles de droit réclament de plus en plus d'instruments qui permettent de mesurer, le plus objectivement possible, les différences de formation entre les écoles et leur qualité relative. Il s'agit des *rankings (classement des écoles)* par exemple[6] qui servent à aiguiller la demande dans un marché concurrentiel où l'étudiant veut mieux cerner l'offre. Sans revenir sur l'établissement de ces classements qui sont parfois contestés ou contestables en soi, ils astreignent les écoles de droit à tenir compte de différents critères précis ou généraux d'évaluation possible des cursus en fonction des attentes des candidats : quel est le ratio étudiants/enseignants ? Quel est le niveau de salaire du diplômé à l'entrée sur le marché du travail ? Quel est le niveau d'insertion professionnelle à la sortie ? Quelle est la diversité du *curriculum* ? Quel est le nombre de spécialisations offertes ? Quel est le niveau de participation financière de l'école aux frais de scolarité des étudiants ? Il semblerait que les étudiants américains exigent aujourd'hui une qualité de formation qui correspond à la hauteur de leurs frais d'inscription et cette attente se ferait de plus en plus ressentir.

Face à cette exigence accrue de qualité et cette nécessité d'attirer les meilleurs enseignants, les principales écoles de droit de premier rang se sont éloignées d'une stratégie de financement fondée sur les frais de scolarité comme principale ressource financière. Les établissements cherchent davantage à augmenter les contributions des *alumni*[7] et de puiser dans les gains dérivés des *endowments*[8]. Toutes les écoles mènent des campagnes régulières de levée de fonds auprès des anciens diplômés, des entreprises et des cabinets d'avocats.

En somme, nonobstant le fait que l'accès aux écoles demeure coûteux et que les établissements peuvent acquérir les moyens d'entrer dans la compétition, le jeu de la concurrence peut, en partie, tourner en faveur de l'étudiant. La recherche d'excellence et la valorisation des enseignants et des étudiants peuvent constituer des objectifs de l'école la rendant plus compétitive, l'augmentation des frais de scolarité n'étant pas la panacée pour attirer les futurs candidats à fort potentiel.

Ce contexte de concurrence entre les écoles explique aussi l'évolution des formations juridiques aux États-Unis dans le but de s'adapter aux besoins des professions juridiques.

II. Les caractéristiques et l'évolution de la formation juridique aux États-Unis

Les observations suivantes sont le fruit d'une réflexion menée à Sciences Po sur les modèles de formation juridique dans le monde dans la perspective de la nouvelle école de droit qui se situe au niveau « graduate » comme aux États-Unis[9]. Il ne s'agit évidemment

5 On sait qu'en France, le droit aux congés sabbatiques est restreint et n'est pas une pratique toujours considérée comme indispensable alors qu'elle favorise les séjours dans d'autres établissements à l'étranger et les échanges scientifiques.

6 V. celle de la revue *US NEWS and World Report.*

7 Anciens, diplômés.

8 Fonds de placement dont les intérêts sont supposés permettre de financer les universités. Il faut rajouter qu'avec la mauvaise conjoncture économique, cette source de financement s'est parfois drastiquement réduite comme une peau de chagrin.

9 Étude du modèle américain qui présente un intérêt pour l'école de droit de Sciences Po. Elle s'oriente vers un modèle de formation en

pas d'opérer un transplant du modèle américain compte tenu des différences de culture et de système juridique mais permettre de mener un sondage critique sur l'offre de formation en France à la lumière des facteurs d'évolution du modèle américain[10]. En outre, en France et aux États-Unis, les comparaisons ne sont possibles que si l'on prend en compte la dynamique des systèmes de formation dans le temps qui révèle la véritable nature des outils pédagogiques et décèle l'avenir de l'offre de formation.

Certaines évolutions de la formation juridique aux États-Unis sont dues à des pressions internes au sein des établissements ou externes, liées à l'évolution de la profession juridique. Les écoles ont surmonté ces défis grâce à une réforme de leur *curriculum* et de leurs méthodes pédagogiques. Cette mutation des études juridiques n'est pas sans suites. Certaines institutions et certaines revues se chargent de diffuser une réflexion sur le devenir des professions juridiques et la recherche d'une formation optimale des futurs juristes.

Les défis de la formation juridique aux États-Unis

Le modèle américain qui va retenir notre attention, le *juris doctor* (JD) recèle certaines caractéristiques qui se sont façonnées avec le temps[11]. Il s'agit d'une formation au niveau du Master en trois ans qui se prolonge presque systématiquement par le passage du barreau d'un État même si une certaine proportion de diplômés ne poursuit pas longtemps la carrière d'avocat. Le passage du barreau est considéré comme l'achèvement normal de la formation juridique.

Cette formation juridique se caractérise par un enseignement qui, assez tôt, s'est voulu plus pragmatique dans sa méthode en raison de la tradition de *common law* des États-Unis. En effet, à partir de 1870, Christopher Langdell, Dean de Harvard a institué de manière plus formelle la « case method » qui existait apparemment déjà dans d'autres écoles[12]. Suivi par d'autres[13], il a incité les professeurs à se détacher d'un enseignement plus théorique d'analyses des règles de droit par matière. Au contraire, la méthode socratique privilégie une approche dialectique des règles induites des arrêts et jugements étudiés[14]. Plus adaptée à la pratique du droit, cette pédagogie favorise l'apprentissage du raisonnement juridique inductif, propre à la construction de la *common law* à partir de la jurisprudence. Oliver Wendell Holmes[15], magistrat célèbre aux États-Unis, était également un grand défenseur de la pédagogie de Langdell[16]. Holmes était par ailleurs de la mouvance doctrinale réaliste qui reconnaissait le fait que le juge est un homme « situé ». Ce pragmatisme pénètre ainsi depuis toujours l'ensemble de la réflexion sur la profession juridique favorisant la for-

Master et Doctorat seulement (pas de formation diplômante en 1er cycle en droit).

10 De la comparaison, peut naître la critique de son propre système. V H. Muir Watt, La fonction subversive du droit comparé, RIDC 2000, n°52, p. 503-527.

11 Nous nous limitons à l'observation du JD qui est la formation principale en droit (niveau Master). Il existe aussi le LLM surtout pour les juristes étrangers (Master en un an) et des SJD (sorte de doctorat en droit mais qui ne sont pas issus de la même configuration que les Phd américains). Peu de juristes américains suivent ces cursus et préfèrent obtenir un Phd dans une autre matière en plus de leurs études de droit. De plus en plus de professeurs de droit suivent ce parcours (JD et avant ou après un Phd dans une autre matière).

12 Appliquée déjà par Thomas Wythe, professeur de droit, au College of William and Mary en 1779, d'après les travaux de l'historien Paul Carrington de Duke University Law School.

13 Notamment Dean James Barr Ames, Dean de Harvard de 1895 à 1910.

14 De nombreux cours débutent avec une question à l'étudiant sur la présentation des faits d'une décision : «Mr. Fox, will you state the facts in the case of *Payne v. Cave?*».

15 O. W. Holmes, *The common law*, Dover Publications, décembre 1991.

16 Le premier ouvrage écrit avec la méthode casuistique, C. Langdell, *Selection of Cases on the Law of Contracts* (1871, réédité en 1877) ; V. aussi C. Jamin, P. Jestaz, *La doctrine*, PUF 2004, p. 269 *sq*.

mation continue des avocats et des juges[17] et une vision critique du droit qui atteint son paroxysme avec les mouvements *Critical Legal Studies*[18] et *Law and Economics*[19] aux deux extrêmes du débat critique idéologique.

Il n'est donc pas étonnant qu'aujourd'hui une nouvelle vague de remise en question de l'efficacité de la formation juridique initiale est vue le jour. Ce pont de comparaison entre formation et pratique était déjà établi depuis la fin du XIXe siècle. La critique est venue à la fois de l'intérieur des établissements et de l'extérieur.

Les praticiens, juges et avocats, d'abord constituent les premiers, de l'extérieur, à considérer que les deuxième et troisième années de droit sont trop doctrinales avec une série de cours et séminaires dans des multitudes de domaines spécialisés du droit sans forcément approfondir ou acquérir de compétences spécifiques.

« La formation juridique doit s'adapter. Comment un avocat peut-il comprendre et appréhender un litige complexe de propriété intellectuelle sans discerner les tenants et aboutissants de la technologie qui est au centre du conflit ? »[20] Il doit pouvoir réfléchir avec une équipe de professionnels de différentes disciplines liées aux technologies d'où l'utilité d'une formation en *law clinic*[21] à l'école de droit[22]. Ces ateliers de pratique en situation mettent l'étudiant face au problème juridique dans le contexte réel de la matière dont il relève. La question centrale pour de nombreux cabinets d'avocat est également d'apprendre aux étudiants à travailler dans un contexte global de pratique du droit à dimension transnationale. Historiquement, la « case method » leur permet d'**identifier les problèmes** et, par analogie, les arrêts qui s'appliquent au cas mais, de plus en plus, la **pratique exige des techniques de résolution des problèmes**. Dans cette perspective, certains rapports tentent de « repenser le fait d'apprendre à « réfléchir comme un avocat »[23]. Les critiques viennent également des juges qui font apparaître le décalage entre les cours de deuxième et troisième années encore trop théoriques et la pratique professionnelle plus commerciale parfois dépourvue d'éthique[24].

En outre, un questionnement au sein même des écoles de droit a aussi émergé. Les étudiants diplômés reprochaient une inadéquation du *curriculum* de deuxième et troisième année avec les attentes de leurs futurs employeurs. Comme l'évoque ce témoignage d'un professeur de droit : « Parlez aux étudiants de deuxième et troisième année et ils vous diront qu'ils sont de moins en moins investis en deuxième et troisième année[25]. Ils apprennent la doctrine qui est précieuse mais doivent acquérir une expertise ». Après la première année assez intensive, les étudiants préparent effectivement leur insertion professionnelle ou vont étudier de plus en plus à l'étranger. Certains professeurs issus des mouvements critiques alimentent également les critiques de la forma-

17 V. L'énorme machine que constitue aujourd'hui le CLE, Continuing Legal Education, la formation continue, souvent animée par les barreaux des États fédérés et le barreau américain, American Bar Association. Site : http//www.abanet.org/

18 V. R.M. Unger, *The Critical legal Studies Movement*, Cambridge, Mass. Harvard University Press 1986.

19 R. Posner, *The economic analysis of law*, Aspen Ed. 2007.

20 Propos recueillis par Larry Kramer, Doyen de Stanford Law School.

21 Une law clinic est un atelier de pratique de la matière où les étudiants encadrés par des praticiens confrontent des vrais clients et des vrais dossiers selon la matière dont traite la law clinic qui peut être plus ou moins spécialisée (voir *infra*).

22 Évoqués plus loin, V. *infra.*

23 William M. Sullivan, Anne Colby, Judith Welch Wegner, Lloyd Bond, Lee S. Shulman, *Educating lawyers : preparation for the profession of law*, Carnegie Foundation for the Advancement of Teaching, Report 2007 Jossey-Bass, San Francisco.

24 V. l'article du juge d'une cour d'appel fédérale américaine, H. Edwards, *The growing disjunction between legal education and the legal profession*, Michigan L. Rev .Vol. 91, 1992, p. 34.

25 « *Talk to any lawyer or law school graduate and they will tell you they were increasingly disengaged in their second and third year.* »

tion juridique en y voyant un mode de reproduction des élites[26] ou qui ne favorise pas la diversité[27].

Le sens des réformes dans les écoles de droit

Prenant acte de ces pressions « endogènes » et « exogènes » pour faire évoluer l'enseignement du droit, les écoles ont cherché à modifier leur offre de formation. Certains exemples de réformes d'écoles telles que Harvard, Stanford, Berkeley et New York University (NYU) Law School méritent examen. Pour résumer, les ajustements académiques comportent essentiellement deux volets : l'introduction de nouveaux cours en phase avec l'évolution du droit et le développement d'ateliers mobilisant des méthodes pédagogiques tirées de la pratique (*law clinics*)[28].

Des nouveaux cours

À Harvard notamment, la réforme a porté sur le choix des nouveaux cours en première année supposait refléter l'évolution de la profession d'avocat : l'internationalisation croissante des litiges, le rôle plus proactif de l'avocat comme décideur et la place grandissante de la législation et de la réglementation dans l'application du droit américain.

Ainsi, il existe la possibilité pour l'étudiant dès la première année de prendre des cours en droit international et en droit comparé. Ils couvrent les sources du droit, les institutions et les cultures sous un angle comparé. A été introduit un cours en « Problem solving » c'est-à-dire littéralement la résolution de problèmes. Selon Harvard, Stanford et Northwestern Law Schools, l'avocat moderne aide à résoudre des problèmes pour les clients en dehors des tribunaux et des réunions de direction. Les avocats doivent pouvoir animer des réunions, gérer des équipes, développer et explorer des solutions au-delà de la simple catégorisation et qualification des faits dans un cadre légal.

Pour être efficace, les avocats ont besoin de compétences, « skills » en communication orale et écrite afin de diriger un entretien, négocier, concilier les parties, respecter une éthique, proposer des solutions, former des coalitions, prendre des décisions, travailler en équipe, et savoir diriger. Dans cette perspective, ce cours envisage : le conseil au client et la technique d'entretien ; la communication dans un cabinet d'avocat ; la négociation et la gestion des conflits ; la compréhension des données financières ; les techniques interactives d'improvisations. Les cabinets d'avocats peuvent être sponsors de ce cours comme ils bénéficieront à terme des résultats.

Il existe aussi un nouveau cours de première année sur « La législation et la réglementation » *(Legislation-Regulation* Course à Harvard). Il montre aujourd'hui, au-delà de la jurisprudence cardinale en droit américain, l'importance à la fois de l'étude des lois et de la procédure législative comme outil en droit américain. Beaucoup d'avocats travaillent avec des lobbys ou rédigent des propositions et projets de lois. Cela reflète aussi la complexité et la profusion des sources réglementaire (*executive orders, guidelines*) et les sources législatives de l'État fédéral et des États fédérés. Le corps professoral de Harvard qui ne distingue pas le droit public du droit privé[29], a considéré qu'il fallait des compétences (*skills*) propres pour manier ces sources très techniques, enchevêtrées qui empruntent un chemin de production normative complexe et peu transparent.

Par ailleurs, les réformes du *curriculum* à Harvard, Stanford et à NYU cherchent l'équilibre entre la formation critique nécessaire et la formation pratique et donc

26 D. Kennedy, *Legal education and the reproduction of hierarchy,* Paul Carrington 2004.

27 A. Harris, *Women of Color in Legal Education : representing La Mestiza*, 6 Berkeley Women's Law J., n°6, 107 (1991).

28 L'autre méthode pédagogique pratique stimulante qui ne sera pas évoquée ici ce sont les moot courts ou les mock trials, simulation de procès pour mettre en situation les étudiants.

29 Césure française.

veulent donner à l'étudiant non seulement une connaissance des spécialisations du droit les plus en vogue mais une **réelle expertise dans une sphère du droit précise** pour lui permettre de **progresser en approfondissant** un champ de compétences plutôt que de "papillonner" d'un cours à l'autre. Dans cette optique, Harvard, par exemple, a créé des parcours d'étude. Ils sont au nombre de cinq : Droit et activité commerciale ; Droit et action publique ; Droit, science et technologie ; Droit et changement social ; Droit international et comparatif.

Pour garantir cette progression de l'étudiant dans un des champs et éviter le saupoudrage des connaissances, l'étudiant, s'il le souhaite, est dirigé dans le cadre d'un des parcours afin d'élaborer de manière cohérente de son *curriculum* en fonction de ses centres d'intérêts. Pour chaque parcours, l'étudiant apprend les bases dans certains cours, suit des cours plus pratiques et des *clinics* pour acquérir des *skills,* compétences, et participent à des *fellowships*[30] ou séminaires selon les parcours (cours plus spécialisé, de réflexion, ou de construction d'un projet de recherche). On les oriente vers les « revues fondatrices » dans le domaine ; des conseillers pédagogiques professeurs de Harvard (*advisors*) les suivent pour le choix de leurs cours ou leurs recherches. Les associations d'étudiants intéressées par ces domaines sont impliquées dans le suivi et les activités des étudiants de chaque cohorte qui s'inscrivent dans le parcours. Une vision critique du droit est encouragée au-delà du parcours par la participation à un cours en histoire du droit ou théorie du droit…

Stanford encourage, en outre, les étudiants à mener des études pluridisciplinaires en croisant le droit avec des études diplômantes en sciences dures, médecine et sciences sociales ou économiques sur le même campus. NYU a mis en place un cadre dans lequel des études plus poussées dans un domaine juridique peuvent être menées : Le Centre de politique et droit des affaires, le Centre de droit financier, le Centre de droit international, le Centre de pratique et valeurs professionnelles et enfin le Centre de Justice, Action et Pratique.

De nouvelles compétences pratiques :

Dans une optique de réforme de la formation, les écoles investissent dans le développement des *law clinics* à l'instar de Stanford et Berkeley. Un legal ou law *clinic* (atelier d'apprentissage du droit) est un programme dans une école de droit qui prévoit une expérience pratique pour les étudiants en droit et des services à différents types de clients[31]. Ces « *clinics* » sont habituellement dirigés par des *clinical professors*. Une large part des *clinics* offre une aide, un conseil juridictionnel gratuit (pro bono) aux clients dans un domaine particulier du droit. Donc les *law clinics* peuvent solliciter des cabinets d'avocat, le barreau, l'école de droit et des associations ou ONG selon le droit en cause. Ils sont souvent dans l'enceinte même de l'école.

Les étudiants contribuent en effectuant les recherches juridiques nécessaires, rédigent les conclusions des clients et rencontrent les clients encadrés le plus souvent par des avocats. Dans la plupart des cas, un des professeurs des *clinics* s'occupera de la plaidoirie au procès. Cependant, dans certains États fédérés américains, certaines juridictions ont des règles de pratique ouvertes aux étudiants qui leur permettent de plaider dans de vrais procès.

Ces law clinics peuvent être dans des domaines spécialisés du droit mais aussi tout simplement pour

30 *Fellowship* : projet de recherches.

31 V. la réflexion importante autour de la formation issue des *clinics* sur les sites et les bonnes pratiques : Association pour la formation clinique : : http://cleaweb.org/
Bibliographie sur les clinics : http://faculty.cua.edu/ogilvy/Biblio05clr.pdf
Bonnes pratiques : http://cleaweb.org/documents/bestpractices/best_practices-full.pdf
Revue sur Clinical Law :
http://www.law.nyu.edu/journals/clinicallawreview/index.htm

venir en aide à une population qui n'a pas forcément accès aux conseils juridiques (en dehors de l'aide juridictionnelle). Ils peuvent aussi mettre en pratique les techniques de médiation.

La diversité de ces ateliers à travers quatre exemples étudiés mérite d'être mentionnée. Un premier type « plus classique » de *law clinic* observé : celle du East Bay Community Law Center près de Berkeley Law School (Boalt)[32]. C'est en fait un lieu de conseils gratuits, d'aide juridictionnelle de quartier. Encadrés par des avocats et un professeur de *clinic*, les étudiants de Berkeley qui participent à cet atelier prennent d'abord un cours qui intègre des séminaires et des discussions sur le rôle de l'avocat vis-à-vis de clients de milieux moins favorisés et des règles de conduite[33] professionnelles édictées par l'ABA. Les étudiants instruisent un à deux dossiers par semestre et présentent un projet de recherche sur des thèmes comme le droit et la pauvreté, l'avocat comme acteur moral, le conseil juridique multiculturel ou l'avocat militant.

Le deuxième exemple de *clinic* observé s'intéresse au contentieux de la Cour Suprême comme celui de Stanford. Encadrés par des professeurs avocats, les étudiants apprennent l'ensemble de la procédure devant la Cour suprême, l'originalité des argumentaires devant la Cour Suprême et participent à un ou deux dossiers sur le semestre. Les étudiants apprennent à rédiger des « briefs », conclusions pour la Cour Suprême et apprennent à écrire en droit. Ils assistent à la présentation de l'argumentaire, par leur professeur, devant la Cour Suprême.

Le troisième type d'exemple de *clinics* présent aussi à Stanford est « l'*Organization and Transaction Clinic*. Il s'agit de conseiller des PME ou des organisations à but non lucratif sur leur statut, leur fusion ou une série d'actes juridiques que leurs dirigeants souhaiteraient accomplir. Les étudiants apprennent à écouter, conseiller des clients et gérer le temps selon le rythme réel des activités économiques.

Enfin, il existe des *clinics* dans des domaines spécialisés du droit comme le droit de la discrimination : « Employment Discrimination Law Clinic ». Des études ont été consacrées à observer comment une école de droit, grâce à l'interface des étudiants et leur professeur, peut servir de conseil à l'organe administrative indépendant local chargé de la réception de plaintes pour discrimination[34]. Bref, la pratique des « law clinics » est étendue, ancienne dans les écoles de droit américaines et elle se diversifie.

Une réflexion régulière sur la formation juridique au regard de l'évolution du droit

Un espace de discussion et de réflexion constante sur la formation juridique existe à travers une série d'institutions. *American Law Institute*, organisation fondée en 1923 par des juges, des avocats et des professeurs cherchent à consolider et compiler des rapports sur certaines questions en *common law* et prendre en compte la disparité en droit que génère le fédéralisme américain comme l'a si bien énoncé le célèbre Juge Cardozo. Plus axé sur l'enseignement du droit, l'*American Association of Law Schools* (AALS) réunit régulièrement ceux qui s'intéressent à l'évolution des écoles de droit et a réfléchi récemment au rôle de « l'avocat citoyen qui devrait devenir l'architecte d'un droit plus tourné vers l'intérêt général »[35]. Enfin, il

32 V. site http://www.ebclc.org

33 Pamela S. Karlan, Thomas C. Goldstein, and Amy Howe, Go East, *Young lawyers: The Stanford Law School Supreme Court* Litigation Clinic, 3/9/2006 Pdf

34 D. Oppenheimer, *Boalt Hall's Employment Discrimination Clinic: A Model for Law School/Government Cooperation in Integrating Substance and Practice*, 7 Industrial Relations Law Journal 245 (1985).

35 V. sur le site du « American Association of Law Schools », le discours de Rachel Moran, la nouvelle présidente, professeur à Berkeley, sur « The citizen-lawyer as the architect of transformative law ». Il existe aussi une version internationale de cette organisation : the International Association of Law Schools.

existe l'Association du Barreau Américain (ABA), association privée fédérale de tous les juristes (car tous sont avocats). Grâce à ses multiples commissions dont une sur la formation juridique (Legal Education) et grâce à son pouvoir d'accréditation des formations en droit, l'ABA est en quelque sorte un des gardiens du temple de la formation juridique. L'ABA exerce aussi un rôle comme *think tank* sur la formation juridique, sur les spécialisations du droit et réfléchit à l'évolution des cursus[36].

Ce dernier point sur l'existence d'une réflexion pérenne relative à la formation juridique incite à envisager comment favoriser, à l'échelle internationale, un débat perpétuel sur l'enseignement en droit qui est en constante mutation à l'image de l'évolution du droit et des professions juridiques.

En somme, le débat aux États-Unis n'est pas si éloigné des préoccupations européennes dans la recherche d'un équilibre subtil entre l'enseignement pratique et théorique qui correspondrait aux traditions juridiques. Il reste à retenir pour mémoire la pratique plus courante des « *law clinics* » aux États-Unis, très enrichissants pour les étudiants, et le souci, de plus en plus présent aux États-Unis, de transmettre une éthique professionnelle aux futurs avocats, véritables acteurs clé de la société civile. D'ailleurs, la discussion sur la responsabilité professionnelle des juristes dans les cursus de droit peut sans doute être un pont idéal entre l'enseignement théorique et la pratique.

36 Certaines revues américaines sont aussi consacrées à l'étude de l'enseignement du droit.

Discussion

M. XIFARAS : Je voudrais souligner le fait que les étudiants américains commencent leurs études en post-grade.

J.-G. BELLEY : A McGill également sauf les étudiants qui viennent du Québec, soit environ 20 %.

C. JAMIN : Une autre différence mérite d'être soulignée. Les étudiants qui sortent des facultés de droit américaines passent l'examen du Barreau et rentrent directement dans des cabinets, alors que, pour notre part, nous avons une espèce de sas – les écoles professionnelles – dans toutes les professions d'ailleurs : les notaires, les avocats… etc. Aux États-Unis, les universitaires sont obligés de réfléchir à la question de l'articulation de la théorie et de la pratique dans les facultés de droit elles-mêmes (articulation qu'elles ne traitent d'ailleurs pas toutes de la même façon). Alors que chez nous, il y a une espèce de partage implicite des rôles : la faculté ferait de la dogmatique pendant quatre ou cinq ans, et puis après on aurait un sas à vocation professionnelle d'une année ou plus (songeons à l'ENM) dont les universitaires ne se préoccupent pas beaucoup. Il y a donc vraiment deux différences majeures : le *postgraduate* d'un côté et de l'autre cette répartition des rôles entre faculté de droit et écoles professionnelles.

M. MERCAT-BRUNS : Il existe aussi une différence financière.

F. LIMBACH : Est-ce qu'on a réfléchi à introduire un cursus juridique unique, monolithique, qui regroupe l'undergrade et le post-grade en Amérique, est-ce qu'il y a une discussion à ce sujet ?

M. MERCAT-BRUNS : Absolument pas. Je pense qu'il y a une grosse tradition du *liberal arts college* où, déjà même du point de vue de la concentration au niveau du premier cycle vous pouvez très bien en deuxième ou troisième année seulement choisir votre concentration, qu'elle soit dans le domaine scientifique ou des « *humanities* ». On considère que vous êtes là pour vous cultiver globalement, et que vous vous professionnalisez au niveau du master. Il y a même des universités qui vont plus loin comme Brown qui préconisent ce que l'on appelle le *open curriculum*, c'est-à-dire qu'il n'y a aucune concentration ; il n'y a même aucune note. On considère que c'est une expérience et que vous êtes là en train de vous épanouir grâce à un ensemble de matières. En tout cas, personnellement, je n'ai pas connaissance d'une réflexion sur la mise en place d'une formation juridique an niveau « undergraduate » (équivalent licence).

L. FONTAINE : En vous écoutant sur la façon dont les Américains réfléchissaient sur l'enseignement du

droit et sur ce qu'est un bon juriste, j'étais assez frappée, parce qu'en lisant la proposition du Conseil national du droit, en gros c'est à peu près la même chose : c'est de la contribution à la décision, de la déontologie etc. On a l'impression que c'est exactement le même raisonnement. Voilà donc la question que je me suis posée. A-t-on simplement recopié sans s'interroger sur notre système ou est ce que deux systèmes complètement différents conduisent aux mêmes réflexions ?

M. MERCAT-BRUNS : Je pense qu'aujourd'hui dans un monde global, les mêmes questions se posent à certains types d'avocats, donc je ne sais pas si c'est copier… C'est tenir compte d'un monde qui change pour tous et une pratique juridique qui doit, en conséquence évoluer.

L. FONTAINE : … Dans les deux cas, les systèmes qui existent aussi bien chez nous que là-bas ne répondent pas…

M. MERCAT-BRUNS : Certains le font. Quelques grands cabinets d'avocats dans lesquels il faut absolument avoir une vision globale, une capacité de décider, faire du conseil, avoir les capacités de gérer, comme un homme d'affaires, gérer ses dossiers, gérer son équipe ; donc en cela, les préoccupations des deux côtés de l'Atlantique se rejoignent. La difficulté qui se pose est qu'il n'y a pas que la formation pour être avocat, il y a toutes sortes de professions qui puisent des talents chez les juristes. En Europe aussi, c'est un tremplin pour plein de choses, et on se rend compte que c'est la même chose aux États-Unis : on rembourse ses prêts et beaucoup de gens ne restent pas dans les grands cabinets d'avocats. Donc la question est là : est-ce que la formation juridique doit davantage tenir compte de cette préparation au travail en cabinet ou est ce qu'on doit penser au-delà ? Et je pense que là où il y a une réflexion critique sur le droit, une certaine déontologie ; là où beaucoup de professeurs font de la clinique réfléchissent, c'est ce qui se dit, que peut-être qu'il y a autre chose après ces deux-trois années de sas dans les grand cabinets.

Et il faut, en outre, rajouter que la nouvelle présidente de l'*American Association of law schools* (AALS) souhaite que se mette en place une espèce de « service civil » d'avocat d'intérêt général. Cela se pratique dans beaucoup de facultés. Et pour ces gens-là, on accorde une remise de dette : si vous décidez de faire du conseil juridique pour les plus défavorisés pendant trois ans, vous n'avez pas à payer vos dettes ou qu'une partie de la dette. Cela permet d'enrôler un certain nombre de personnes qui auraient une vocation pour être avocat « de la veuve et de l'orphelin » (*public interest lawyer*) et qui ne pourraient le faire que si on les aide à rembourser leurs frais de scolarité au lieu de devoir travailler comme avocat d'affaires.

M. XIFARAS : À propos des échanges transatlantiques, la question de savoir si l'on copie, je retiens ce que vous dites : l'idée que nous n'avons pas beaucoup réfléchi à notre système. Il faut faire attention à une chose ; là aussi l'histoire aide. Le système américain procède aussi du système européen. Ceux qui fondent le modèle des *law school*s au début du XXe siècle, le *curriculum*… etc., ont l'école historique allemande et les auteurs français sur les genoux. Au moment où se met en place le système éducatif américain d'aujourd'hui, les fondateurs (Langdell, Pound etc) lisent du Saleilles, du Duguit, du Gény, du Demogue et ils en font autre chose, évidemment : il se passe quelque chose qui fait que ça devient autre chose. Mais ce que je veux dire c'est que la question n'est pas de savoir qui copie qui ; ce sont des aller-retours et dans ces aller-retours la question n'est pas savoir qui copie qui, mais qu'est ce que chacun comprend de l'autre, et comment il l'utilise pour se réinventer. Je crois d'ailleurs que, souvent, quand on lit chez les américains quelque chose qui nous intéresse, ça nous intéresse parce que c'est déjà là, parce que c'est déjà nous, mais parce qu'on le voit sous la forme d'un miroir déformant. La métaphore de

la copie ne dit pas assez les va-et-vient et la richesse des échanges entre les deux côtés de l'Atlantique.

M. MERCAT-BRUNS : Et on peut donner l'exemple de Foucault et de Derrida. Dans les facultés américaines, la plupart des grands professeurs s'en sert pour déconstruire le droit positif – après ils reconstruisent selon la problématique en jeu… Ils s'y réfèrent souvent comme première grille de lecture des grandes questions d'actualité.

S. PIMONT : … Étant entendu que sa réception dans les facultés de droit françaises n'est pas assurée…

M. XIFARAS : … Peut être que cet effet d'étrangeté est justement que ça nous dit quelque chose…

S. PIMONT : … Indéniablement.

J.-P. MAISONNAS : Je ne crois pas qu'il faille s'interroger indéfiniment sur la copie des uns par les autres. Je crois, et je parle en tant que praticien, que les problèmes qui se posent aux avocats français, américains ou chinois sont radicalement identiques. La déontologie à laquelle vous faites références est bien la même, même si on a la directive blanchiment qui nous pose quelques difficultés et qui n'existe pas aux États-Unis, pour le reste globalement, le rapport avec le client, le rapport avec le juge, le rapport avec le tiers est radicalement identique. C'est un problème de culture. Il n'y a pas de copie, il y a nécessairement une analogie ; c'est une nécessité professionnelle. Le certificat d'avocat n'existe pas partout dans le monde mais c'est toujours la même nécessité qui commande, il n'y a pas de difficulté à cet égard.

Vous parliez de l'aide juridictionnelle, il y a d'autres systèmes que la remise de dette. Je ne sais plus dans quel État, il y a un ensemble d'avocats qui ne font que cela et qui sont fonctionnaires de l'État. C'est une formation comme une autre. Autre point commun : le diplôme américain d'avocat a de la valeur dans le privé et, en France, le certificat d'avocat a de plus en plus la valeur dans le privé. Beaucoup de gens passent ce certificat mais ne vont pas rester longtemps avocats. Ils vont exercer dans le privé en tant que juriste d'entreprise, ils auront une plus-value qui devient conséquente.

M. MERCAT-BRUNS : Et beaucoup d'avocats restent avocats ?

J.-P. MAISONNAS : Non pas en France. Les statistiques montrent que les avocats restent avocats six à sept ans.

L'enseignement du droit à Sciences Po : autour de la polémique suscitée par l'arrêté du 21 mars 2007

Par Christophe JAMIN*

Parler de l'enseignement du droit à Sciences Po en introduction d'un séminaire consacré à des réflexions critiques sur l'enseignement du droit au début du XXIe siècle n'est pas un acte anodin. On se souvient en effet de la violence avec laquelle l'arrêté du 21 mars 2007 qui, rappelons-le, confère aux diplômés de Sciences Po dans les filières « droit économique » et « carrières judiciaires et juridiques » le droit de se présenter à l'examen d'entrée aux écoles de formation du barreau, fut reçu par la communauté universitaire, du moins celle des juristes.

La réaction a d'abord commencé par un geste très spectaculaire : l'organisation, par un blog juridique, d'une pétition qui fut signée par plus de 400 professeurs et maîtres de conférences des facultés de droit. Une pétition accompagnée de réactions telles qu'elles finirent par attirer l'attention des médias nationaux, au point que le journal *Le Monde* s'en fit l'écho en première page le jour même où il annonçait les résultats du premier tour de l'élection à la présidence de la République[1] ! Puis le relais fut pris par une seconde pétition signée par la quasi-totalité des directeurs d'IEJ[2]. Ceux-ci entendaient répondre aux personnes qui soutenaient que l'arrêté ne faisait qu'autoriser les étudiants de Sciences Po à se présenter à l'examen d'entrée aux écoles du barreau et que, si ces derniers étaient mal formés au droit, ils ne seraient tout simplement pas reçus… Les directeurs d'IEJ entendaient révoquer en doute l'argument, au motif que cet examen n'était en définitive pas assez juridique – entendez : insuffisamment technique – et que les qualités qu'il mettait en avant avantageaient outrageusement les diplômés de Sciences Po, en raison du type d'enseignement qu'ils recevaient dans cet établissement. Autrement dit, l'argument n'était pas recevable, car c'était l'examen lui-même qui n'était pas en mesure de détecter les qualités d'un futur bon avocat…

Outre ces pétitions, la publication de l'arrêté allait entraîner divers recours devant le Conseil d'État, tant en référé que sur le fond, qui devaient tous être rejetés[3].

* Directeur de l'École de droit de Science Po.

1 En l'occurrence, *Le Monde* des 22-23 avril 2007, en pages 1 et 12 (avec en prime un dessin humoristique de Pessin).

2 « L'inquiétude des directeurs d'IEJ », *Gaz. Pal.* 11-12 mai 2007, p. 3.

3 V. en particulier, CE, 4e et 5e sous-sections réunies, 23 juillet 2008, n° 306321, inédit, qui retient plus spécialement « que le diplôme de l'Institut d'études politiques de Paris, mentions carrières juridiques et judiciaires et droit économique, sanctionne un cursus de cinq années d'études supérieures qui comporte, pour ces deux

Et l'on peut même se demander si la décision de créer le Conseil national du droit, qui tint sa première réunion le 3 mai 2007 ne fut pas au moins accélérée par la publication de l'arrêté, moins d'un mois et demi auparavant, surtout quand on sait que l'un des objectifs du CND est d'éviter que les écoles de commerce en particulier ne s'engouffrent dans la brèche prétendument ouverte par Sciences Po, en soumettant à l'avis préalable de cet organisme tout projet de texte du genre de celui de l'arrêté.

Bref, nul ne niera que la réaction fut violente et fit grand bruit, hors même le cénacle des juristes universitaires. De très nombreux écrits fort critiques furent ainsi publiés en réaction à l'arrêté, alors que d'autres, qui n'avaient *a priori* absolument rien à voir avec lui, contenaient une incidente à l'égard de l'enseignement du droit dispensé à Sciences Po[4]. Le tout au point que le conseil de l'ordre du Barreau de Paris jugea nécessaire d'organiser, sous l'autorité du bâtonnier Repiquet, un débat réunissant deux universitaires (l'un de Paris II, l'autre de Sciences Po) pour tenter de comprendre les raisons d'une telle controverse.

La vivacité de la réaction suscitée par l'arrêté s'explique de différentes manières qu'on peut classer en trois catégories, du moins à lire ce qui a été publié ici ou là (ce qui ne confère donc aucune exhaustivité aux arguments qui vont être présentés et discutés plus avant).

1re catégorie : elle ressort du non dit. Il y a quelque chose de très parisien dans cette réaction. Elle tient à la lutte plus ou moins feutrée que se livrent différentes institutions pour obtenir prestige et reconnaissance de la part des principaux cabinets d'avocats, avec tous les avantages qui s'en suivent. Disons clairement les choses : cette lutte opposait de manière traditionnelle Paris I à Paris II ; or voici qu'arrive sur ce marché restreint un troisième acteur, qui dispose d'un capital symbolique au moins égal, voire supérieur aux leurs, dans les milieux professionnels. Sur ce point, il est inutile de disserter. C'est au fond un grand classique de l'économie : les agents, qui ont un quasi-monopole sur un marché dominé par la rareté, tentent toujours d'évincer les nouveaux entrants, tout en mobilisant souvent des arguments tirés de la défense de l'intérêt général, ce qui ne manqua pas d'être le cas (qualité ou durée de la formation juridique à Sciences Po, etc.).

2e catégorie : elle tient à la façon dont de nombreux universitaires ont reçu cet arrêté, alors qu'ils exercent en majorité en province ou dans la périphérie parisienne et ne sont donc pas directement concernés par cette lutte pour la conquête d'un marché très spécifique. À lire certains, ils l'auraient reçu comme une « véritable provocation »[5] de la part de l'administration centrale, une marque supplémentaire d'un manque de considération à leur égard, alors même qu'ils se débattent dans des difficultés sans nom tenant à une augmentation insuffisante de moyens au regard des missions sans cesse plus nombreuses qui sont les leurs et de la difficulté qu'il y a pour les facultés de droit à gérer de grandes masses d'étudiants.

S'il est un fait exact, c'est que Sciences Po ne gère pas ces grandes masses au même titre que les facultés de droit, – encore que le nombre d'étudiants qui fréquentent aujourd'hui cette institution dépasse au total les 9 000. Il est aussi tout à fait exact que la possibilité réservée à Sciences Po – du fait de son statut juridique de grand

mentions, trois années d'études pluridisciplinaires dans lesquelles le droit tient une place importante et deux années presqu'exclusivement consacrées aux disciplines juridiques ; que, par suite, les auteurs de l'arrêté attaqué ont pu, sans méconnaître l'article L. 621-1 du code de l'éducation, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation ni méconnaître le principe d'égalité vis-à-vis des étudiants titulaires de la maîtrise en droit, reconnaître ce diplôme comme équivalent à la maîtrise en droit délivrée par les universités pour l'exercice de la profession d'avocat ».

4 V. par ex., J.-F. Cesaro, « Le scepticisme et la loi », *in* C. Puigelier (dir.), *La loi*, Economica, 2005, p. 289.

5 Selon l'expression de MM. Antonmattei et Maistre du Chambon : « Formation des avocats, la colère des juristes », *Le Monde* du 23 mai 2007, p. 20.

établissement – de sélectionner les étudiants constitue un avantage indéniable. Encore qu'il faille ici apporter une nuance. Si les facultés de droit ne peuvent officiellement pas sélectionner leurs étudiants, elles procèdent néanmoins à cette sélection. Il suffit de regarder le pourcentage d'étudiants qui accèdent en master 2 par rapport à ceux qui commencent leur licence pour constater que cette sélection a bien lieu. Et si donc l'on comparait un peu attentivement le profil sociologique des étudiants en master à Sciences Po de celui de leurs homologues inscrits en master 2 à Paris I ou II, voire dans les principales facultés de droit de province, on conclurait certainement à l'existence d'une assez grande homogénéité. Ce qui, je le redis, n'enlève rien à la contrainte formidable que constituent pour la plupart de ces facultés la gestion de masses très importantes d'étudiants durant les trois ou quatre premières années de cursus.

Est-ce que néanmoins cette gestion des masses absorbe l'essentiel des moyens des facultés de droit qui en seraient ainsi dénués, au rebours de Sciences Po ? Sur ce point, je ne peux faire état que d'une expérience personnelle de douze années passées en qualité de professeur au sein d'une grande faculté de droit de province (Lille II) où j'ai exercé diverses fonctions administratives (membre de différents conseils tant universitaires que facultaires, vice-doyen de ma faculté etc.), créé un centre de recherches et un diplôme de troisième cycle. En douze ans, je crois ne jamais avoir manqué de moyens, ni en termes de locaux, ni pour nos fournitures diverses, ni pour nos commandes d'ouvrages en bibliothèque ou quoi que ce soit d'autre – il est vrai que nous avions bénéficié du plan « Université 2000 ». Et si, comme la plupart de mes collègues, je me suis parfois plaint d'un excès de charges administratives qui m'éloignaient de l'enseignement et de la recherche, plaintes qui ne constituent cependant pas une spécificité française ni d'ailleurs une réelle nouveauté, j'ai toujours pu facilement trouver auprès d'organismes publics ou privés divers les moyens de financer à peu près tous les genres de manifestations (organisation de colloques, déplacements d'étudiants, etc.). Sciences Po dispose peut-être de plus de moyens, mais cela ne signifie pas pour autant que les facultés de droit soient pauvres. Qui plus est, la fameuse loi sur l'autonomie des universités contient, au moins pour les plus grandes universités, tous les ingrédients qui devraient à terme permettre de combler le fossé avec Sciences Po, dont l'un des avantages consiste à pouvoir s'adosser à une fondation.

Ce sont là autant de raisons qui me font prendre avec une certaine circonspection l'argument sans cesse répété tiré d'une concurrence déloyale faite par Sciences Po à l'endroit des facultés de droit. Cette concurrence, je ne crois pas qu'elle existe avec bon nombre de facultés de province, dont le public et les missions ne sont pas tout à fait les mêmes, leur vocation première étant plutôt, outre la dimension scientifique, d'alimenter les marchés professionnels locaux, en créant le cas échéant de grands pôles régionaux. Et s'il s'agit de comparer la situation de Paris I et II avec celle de Sciences Po sous d'autres angles, par exemple celui du nombre de professeurs titulaires – ou sous celui des charges administratives qui incombent à ces derniers –, l'avantage ne joue vraiment pas au bénéfice de Sciences Po dont les membres pourraient à leur tour s'estimer victimes d'une concurrence déloyale…

Reste le manque de considération dont les enseignants en droit sont ou seraient les victimes. Certains d'entre eux soutiennent en effet qu'en prenant cet arrêté, l'administration donnerait une nouvelle fois plus aux grandes écoles (que Sciences Po n'est pas) en retirant le meilleur aux universités. Le meilleur, en l'occurrence, consistant dans la possibilité pour les facultés de droit de dégager une élite (au sein de quelques masters 2) tout en gérant la masse des étudiants (durant les premières années). Or en conférant aux étudiants de Sciences Po le droit de se présenter à l'examen d'entrée aux écoles du barreau, cette administration aurait pris le risque de

vider les facultés de droit de leurs meilleurs étudiants, qui pourraient être attirés par le prestige symbolique de l'établissement de la rue Saint Guillaume, et donc de renvoyer les facultés de droit à la seule gestion des masses. D'où le mépris de cette administration pour les facultés de droit et ceux qui les animent.

L'argument manque d'abord de cohérence, parce qu'on ne peut tout à la fois soutenir que l'enseignement du droit à Sciences Po est de mauvaise qualité – ce qui, redisons-le, est sans cesse mis en avant dans tout ce qui s'est publié après l'arrêté[6] – et que cette institution va néanmoins y attirer massivement les meilleurs… Je veux bien admettre que le prestige de l'établissement – voire la « marque » constitué par Sciences Po – attire les meilleurs étudiants dans un premier temps, mais ceux-ci sont des agents rationnels et je ne les vois pas continuer à être attirés par la formation juridique qui y est dispensée si celle-ci est de mauvaise qualité, autrement dit si elle ne leur permet pas de réussir à l'examen du barreau et surtout si elle ne jouit pas d'une excellente réputation à long terme auprès des employeurs – qui sont eux-mêmes très rationnels. Aussi je me demande si cet argument ne révèle pas plutôt les doutes de ceux qui l'invoquent. Un corps des professeurs convaincu de sa puissance et de la qualité de l'enseignement qu'il dispense se mobiliserait-il vraiment ? Cet argument ne révélerait-il pas quelque chose de plus diffus qui tient au statut et au rôle de professeurs de droit qui sont particulièrement attentifs à l'attention – ou au manque d'attention – que leur portent les pouvoirs publics ? Parce que les professeurs de droit ne sont plus les notables qu'ils ont été durant la première moitié du XXe siècle, parce qu'ils estiment ne pas être suffisamment écoutés de ces pouvoirs publics sur les grandes questions juridiques, alors même qu'ils se sont constitués en « gardiens du temple » depuis cette même époque, etc. etc. Dans cette optique, la critique exercée à l'endroit de Sciences Po ne serait que le reflet d'autre chose, cette institution jouant en quelque sorte le rôle de bouc émissaire dans un débat qui ne serait pas tout à fait le sien…

L'argument manque ensuite de pertinence, car je ne crois pas qu'il soit invoqué à bon escient. Il faut bien avoir à l'esprit que l'arrêté de mars 2007 n'a pu être pris sans l'assentiment des organes représentatifs du barreau. Le projet de texte a été débattu aussi bien devant le CNB qu'au sein de l'UJA de Paris et de la FNUJA. Et si le barreau a souhaité que cet arrêté soit pris, c'est parce qu'il considère – à tort ou à raison – que l'enseignement dispensé au sein des facultés de droit ne répond pas ou plus aux exigences de leur exercice professionnel qui ont-elles mêmes considérablement évolué. Pour le barreau, la question de l'enseignement du droit et de son adéquation avec les attentes du marché a été déterminante. Une partie des avocats reproche en effet aux facultés de droit de privilégier l'enseignement des matières les plus classiques, ou encore de favoriser une conception dogmatique du droit qui ne correspond plus à l'exercice de la profession. Or le traitement de cette question n'a pas nécessairement un lien direct avec la contrainte qu'exerce la gestion des masses. Mais c'est déjà aborder le point suivant, qui me paraît être le plus important.

3e catégorie de raisons qui a pu expliquer la vivacité de la réaction de certains membres des facultés de droit : l'insuffisance de l'enseignement juridique dispensé à Sciences Po[7], ce qui renvoie en creux à un modèle de ce qui constitue une bonne manière d'enseigner le droit. Ce modèle tiendrait tout à la fois à la durée requise pour former un juriste et à la substance même de cet enseignement. Reprenons ces deux points successivement (durée et substance).

6 V. par ex., F. Terré, « Rénovation rime avec formation », *Le Figaro* du 30 avril 2007, p. 14, qui relève incidemment que « *plus que jamais il ne faut pas d'avocats formés au rabais, notamment par Sciences Po interposées* ».

7 V. par ex., Ch. de la Mardière, « Le droit ne s'improvise pas », *JCP G* 2007, Libres propos, 230.

Une durée insuffisante

1 000 = 2 000[8]. Voici le slogan mis en avant par certains pour dire qu'on ne peut former un juriste en 1 000 heures de cours (Sciences Po) comme on le forme en 2000 heures de cours (au sein des facultés de droit). Dit autrement : il est impossible de former un juriste de qualité en deux ans à Sciences Po, alors que quatre années sont nécessaires au sein des facultés de droit. Et cela parce qu'il faut du temps pour donner aux étudiants une certaine « patine », seule en mesure de leur faire « acquérir un réel esprit juridique », alors qu'une formation plus courte (celle de Sciences Po) ne leur permettrait tout au plus que de faire « l'apprentissage de règles de droit », et rien de plus. Le temps de la formation (2 ou 4 ans) et son contenu (l'acquisition d'un esprit juridique ou d'un simple vernis) seraient donc liés. Une équation qui mérite d'être vérifiée avec soin.

Je ne suis d'abord pas tout à fait certain que ceux qui mettent en avant ce genre d'argument soient totalement convaincus de sa pertinence. Ne serait-ce que parce que plusieurs facultés de droit (dont les plus prestigieuses) acceptent directement en L2 ou en L3, voire en M2, des étudiants qui ont passé deux ou trois ans en classes préparatoires ou qui sont étudiants au sein d'écoles de commerce diverses, avec lesquelles ces facultés sont liées par des accords plus ou moins formels. Si vraiment il fallait quatre années d'enseignement du droit pour former de « vrais » juristes, ces accords n'auraient pas lieu d'être. Et les étudiants qui en bénéficient ne devraient pas être de bons juristes. Or nous pouvons à peu près tous témoigner du contraire. Je ferai ici une nouvelle fois état de ma propre expérience (même si certains ne me pardonneront pas cette sociologie sans rigueur) : directeur pendant de longues années du DEA de droit des contrats à Lille II, j'avais conclu – avec l'assentiment du conseil scientifique de l'Université – une convention avec l'EDHEC (qui possède une majeure juridique) aux termes de laquelle j'acceptais tous les ans deux diplômés de cet établissement directement au sein de ce DEA. Or aucun des étudiants que j'ai accepté n'a jamais terminé son année au-delà du premier tiers des diplômés, et tous ceux que je connais encore ont poursuivi de très honorables carrières professionnelles en tant que juristes.

Passons sur cette petite hypocrisie qui consiste à soutenir que quatre années minimum sont nécessaires tout en concluant des accords de ce genre. Revenons à l'essentiel : le fait qu'il n'a jamais été démontré que quatre années d'apprentissage au sein d'une faculté de droit étaient nécessaires à l'acquisition d'un esprit juridique. Pour commencer à s'en convaincre, on peut d'abord porter son regard hors de nos frontières.

Prenons d'abord l'exemple des États-Unis : l'obtention du JD, nécessaire aux étudiants pour se présenter aux examens du barreau, se déroule en trois ans seulement. Et chacun sait que la troisième année dispose d'un statut particulier, ne serait-ce que parce les étudiants sont déjà en *internship* une dizaine d'heures par semaine chez leur futur employeur. Et l'on sait aussi que les étudiants nord-américains ne vont pas au-delà de la troisième année, les LLM étant monopolisés par les étudiants étrangers… Mais il est un fait important : tous les étudiants qui entament un cursus juridique aux États-Unis sont d'ores et déjà titulaires d'un diplôme sanctionnant un premier cycle d'études supérieures de quatre années, quand ils ne bénéficient pas d'une première expérience professionnelle (souvenons-nous de l'exemple du président Obama). Cette expérience permet à ces étudiants d'aborder l'étude du droit un peu différemment que des étudiants nettement moins âgés qui sont titulaires d'un seul baccalauréat, fût-il obtenu avec mention… Les étudiants américains sont-ils pour autant de piètres juristes ? J'en doute, même si certains considèrent en France qu'ils

8 V. en particulier, C. Lucas de Leyssac, « 1.000 = 2.000 ou l'égalité troublante d'une équivalence douteuse », *Petites Affiches*, 20 avril 2007, n° 80, p. 7.

ne sont pas d'excellents techniciens… C'est un débat que nous pourrions avoir, même si je pense que cette critique nous en dit peut-être moins sur les juristes américains que sur leurs homologues français – ou du moins certains d'entre eux – qui considèrent que le bon juriste est avant tout un excellent technicien, car cela procède à mon sens d'une surévaluation de la part de la technique juridique tout à la fois dans le droit et dans la définition de ce qui fait un bon professionnel (qui doit souvent s'abstraire des contraintes de la technique pour être créatif, ou qui doit encore savoir manier les idées générales pour affronter certains questions inédites).

Passons (car sur cette question je vais bientôt revenir)… et disons plutôt un mot de la formation des juristes en Angleterre. Il n'est pas obligatoire d'y suivre des études de droit à un niveau *undergraduate*. Si la plupart des étudiants choisissent cette voie, qui dure trois et non quatre ans, nombreux sont aussi ceux qui choisissent de suivre des études dans d'autres disciplines avant de suivre un *conversion course* d'une année qui leur permettra d'acquérir les *Foundations of Legal Knowledge* (composées de sept branches : *Public Law*, *Obligations I and II*, *Criminal Law*, *Property Law*, *Equity & Trusts*, *Law of the European Union*). Si tous ces étudiants veulent ensuite devenir *solicitors*, ils devront encore suivre une année de cours à vocation pratique dénommée le *Legal Practice Course* (le *LCP*), avant de rejoindre un cabinet au sein duquel ils recevront une formation à vocation professionnelle (*client care and professionnal standards*, *advocacy and communication skills*…) durant deux ans. Si ces étudiants veulent devenir *barristers*, ils devront non seulement s'inscrire auprès de l'un des *Inns of Court*, mais encore suivre une année de cours à vocation professionnelle, le *Bar Vocational Course* (le BVC) avant de valider un an de *pupillage* (auprès de *barristers*). Les Anglais sont donc assez loin du modèle des facultés de droit françaises ; or je ne vois pas que leurs juristes soient moins compétents qu'en France (de mauvais esprit disent même que le droit anglais est d'une rare subtilité – au point que ceux qui l'ont pratiqué y voient parfois le paradis des juristes).

Et ce que je viens de dire à propos des États-Unis ou de l'Angleterre, je pourrais encore le dire à propos du plus civiliste Québec. Il se trouve que je me rends très régulièrement depuis plus de vingt ans à la faculté de droit de l'université McGill où l'on enseigne tout à la fois le droit civil et le *common law* – ce qui en fait un excellent laboratoire de la comparaison juridique. Or ce qui m'a formidablement séduit dès mon premier séjour, c'est de pouvoir enseigner le droit à des étudiants qui avaient suivi un premier cursus universitaire dans des domaines très variés (histoire, sciences politiques, mathématiques etc.) avant de rejoindre la faculté de droit où ils restent entre trois et quatre années (les 105 crédits nécessaires à l'obtention du diplôme s'obtenant en moyenne en 7 semestres), le tout pour s'y former dans la double tradition du droit civil et du *common law*… Et je dois reconnaître que je n'ai pas vu que les juristes formés à McGill étaient de piètres civilistes. Bien plus, ce sont à mon sens des civilistes qui ont ce grand avantage de porter sur le droit civil un regard plus distancié et critique que d'autres, en raison de l'enseignement « transsystémique » dont ils bénéficient, alors même que leur formation antérieure leur permet de tirer tout le bénéfice d'un enseignement qui fait une place très importante à la pluridisciplinarité, comme c'est désormais le cas dans les universités nord-américaines.

Pour autant, c'est peut-être l'expérience japonaise en cours qui est la plus instructive, même si elle demeure controversée : il y a déjà quelques années, les Japonais ont créé des écoles de droit au sein de leurs facultés de droit. Ces écoles ont cette particularité d'accueillir des étudiants qui n'ont jamais étudié le droit auparavant aux côtés d'étudiants issus de ces facultés (ce qui ressemble à la situation de Sciences Po). Les premiers suivent une formation en trois ans, au rebours des seconds qui accomplissent leur cursus en deux ans seulement. Les trois

années de formation que suivent les non-juristes ne se comparent pas exactement aux nôtres, car elles comprennent des cours de pratique professionnelle (équivalents à ce que nous connaissons dans les écoles du barreau ou à l'ENM). Ce qui fait que ces trois années pourraient bien ressembler à deux années chez nous… Or, en discutant avec des collègues japonais, j'ai compris que la brièveté de ces études pouvait ne pas être un obstacle à la formation de bons juristes, à la condition de faire très attention à quelques ingrédients… *Primo*, prendre grand soin du recrutement des étudiants : certains de ces collègues ont par exemple constaté une certaine corrélation entre les capacités linguistiques de leurs étudiants et les résultats qu'ils obtiennent à l'issue de leur formation (ce qui les incite à recourir au score du TOEFL comme un des critères de sélection) ; et ils sont convaincus qu'un jeune ingénieur ne fera pas nécessairement un bon juriste, ce qui les pousse à retenir des modes de sélection destinés à vérifier en particulier si les candidats sont aptes à mobiliser rapidement leurs connaissances pour la résolution de cas concrets, une très bonne aptitude à l'abstraction révélée par des études antérieures pouvant s'avérer insuffisante. *Secundo*, privilégier des méthodes d'enseignement interactives par petits groupes qui ont un double avantage : permettre un apprentissage plus rapide et surtout favoriser la créativité des étudiants. Interactivité dont il faut néanmoins souligner qu'elle n'est pas facile à mettre en œuvre, tant le meilleur spécialiste d'une discipline n'est pas nécessairement le meilleur enseignant. Interactivité qui exige donc de cultiver l'art de la pédagogie… *Tertio*, s'en tenir aux enseignements de base (dispensés par branches plutôt que par objets, du moins dans un premier temps) sans souci d'exhaustivité, même s'il est vrai qu'au Japon cette question demeure fort discutée, dans la mesure où les étudiants sont tenus d'ingurgiter un programme considérable pour passer les examens communs au barreau et à la magistrature.

Bref, les exemples étrangers ou les expériences menées à l'étranger démontrent à mon sens l'absence de standard international concernant la durée idéale des études de droit nécessaires à la formation d'un juriste. Le tout s'accompagnant de deux enseignements complémentaires : (1) l'apprentissage du droit peut être plus rapide quand les étudiants sont d'ores et déjà diplômés de l'enseignement supérieur ; (2) la pratique professionnelle peut être un élément important dans la formation des juristes. Sur ce dernier point, j'aurais pu ajouter l'exemple de l'Allemagne où les études sont certes longues et de facture très dogmatique, mais qui comprend deux années de formation pratique en stage – le *Referendariat* – après l'obtention du 1er examen d'État, qui sanctionne quatre années d'études juridiques théoriques.

En définitive, il ne m'apparaît pas que l'apprentissage du droit dépende du nombre d'années qu'un étudiant y consacre au sein d'une faculté de droit, – ou d'un quelconque établissement dont la vocation serait identique. J'ai donc du mal à comprendre la distinction entre l'apprentissage des règles (formation courte) et la maîtrise d'une « culture juridique » (formation longue). Sauf à émettre une hypothèse que me suggère ce détour par l'étranger : plus une communauté de juristes croit à la valeur de la dogmatique juridique, plus les études sont longues, car il faut beaucoup de temps pour s'en imprégner et espérer maîtriser le langage très codé qu'elle engendre (Allemagne ou France) ; moins elle y croit, moins la durée des études a d'importance (Angleterre et États-Unis). Une hypothèse qui m'incline à penser que les promoteurs d'une formation de longue durée préjugent de ce qu'est la « culture juridique » qu'ils assimilent à la maîtrise de la dogmatique. Or si l'on met l'accent sur d'autres éléments que celle-ci, on peut tout à fait aboutir à un résultat différent (en termes de durée)…

Un manque de substance

La dogmatique est au centre du débat. Il me faut donc y revenir en m'attachant à la façon dont la majorité des juristes français la perçoivent. Leur croyance repose à mon sens sur un présupposé que certains qualifieraient de propre à la tradition civiliste au sens le plus englobant de l'expression[9], à savoir que le droit constitue en quelque sorte une totalité dont il faudrait idéalement maîtriser à peu près tous les aspects pour être en mesure de se prévaloir précisément du titre de juriste (d'où la longueur des études)… Et cela va même un peu plus loin, me semble-t-il. Je crois qu'une bonne partie des juristes français est tout à la fois convaincue que le droit est une discipline autonome et que la réflexion juridique n'atteint vraiment sa plénitude que lorsqu'il est possible d'en tirer une « théorie générale ». Autrement dit, quand il est devenu possible de tisser des liens de multiple nature (d'analogie, de cohérence, d'opposition, etc. etc.) entre les éléments d'un puzzle qui ne serait qu'apparent parce qu'il constituerait en réalité un système – un ordre caché étant présent sous le fatras des textes en tous genres, le droit disposant d'un sens et d'une cohérence sous-jacents qu'il faudrait beaucoup de temps pour apprendre à « dé-voiler ». Bref! la dogmatique se confondrait plus ou moins avec un « droit de professeurs » cohérent, harmonieux, évolutif (depuis Saleilles) et isolé des autres théorisations des mêmes phénomènes sociaux (ravalées au rang singulier de « sciences auxiliaires »)…

Pour étayer mon hypothèse, je voudrais citer un exemple. J'avais été très frappé par le propos tenu notre éminent collègue Goubeaux dans une « tribune libre » sur l'enseignement du droit civil à la fin du XXe siècle que j'avais organisée à la *Revue trimestrielle de droit civil* il y a maintenant plus de dix ans : « *il doit*, écrivait-il à propos du civiliste, *fournir une information raisonnée sur le droit positif dans certains domaines… ; mais on attend de lui en plus qu'il fournisse une méthode, qu'il organise et structure l'ensemble du système juridique, bref, qu'il expose une théorie générale* »[10]. Et quand je lis maintenant un ouvrage de base d'introduction au droit – ouvrage qui est éminemment important, car c'est celui-là que lira au premier chef l'étudiant, j'y lis que la doctrine a pour rôle principal de faire « *comprendre les principes qui dominent le système juridique* », tout en mettant « *en lumière des imperfections et contradictions* » dudit système[11]. Autrement dit, le bon apprentissage du droit – dont on ne cesse de nous dire qu'il est l'apanage de la doctrine – nécessiterait la connaissance d'un maximum d'éléments du système, à défaut de quoi les étudiants ne pourraient arriver à le faire fonctionner, à en comprendre la mécanique interne, à manier les bonnes analogies, voire à le critiquer et à le réformer.

Pour autant, tout cela me paraît terriblement daté. Pour le dire autrement, cette manière de voir me fait penser (on ne se refait pas) à Gény reprochant en 1911 à Demogue sa vision kaléidoscopique du droit, voire son « *nihilisme doctrinaire* », avant de s'échiner à rédiger son fameux essai *Science et technique en droit privé positif*, dont l'objet était de gonfler la part de la technique juridique – cette part propre aux juristes, selon Gény – pour donner à ces derniers les moyens d'accéder à la bonne réponse et

9 V. par ex., J. H. Merryman & R. Pérez-Perdomo, *The civil law tradition*, Stanford UP, 3e éd., 2007.

10 G. Goubeaux, « Le poids de la tradition », *RTDciv.* 1998, p. 298. Notons que cette manière de penser ne constitue pas l'apanage des civilistes. Quand ils entendent retrouver « *une véritable activité doctrinale* » en matière de droit des contrats administratifs, les publicistes songent à poser les bases d'« *une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs* », selon le titre évocateur d'un colloque organisé par le Centre de recherches sur le droit public de l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense les 24 et 25 septembre 2009.

11 P. Courbe, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 11e éd., 2009, p. 84.

donc de ne pas céder à cette vision d'un droit en miettes, d'un droit fait d'une multitude de petits arrangements[12].

Pour autant, ma référence à Demogue n'est pas totalement anodine, car je demeure convaincu qu'en rejetant violemment ses idées, les juristes français ont manqué le tournant réaliste qui a eu lieu ailleurs durant les années 1920, un tournant qui a permis à d'autres que nous de s'affranchir de cette conviction que le droit est autonome et qu'il se confond peu ou prou avec un système gouverné par une cohérence interne[13]. Or cet affranchissement, loin d'avoir été préjudiciable (comme on le tient pour acquis en France depuis ces mêmes années), me semble avoir été tout à fait bénéfique sur un plan à la fois scientifique et pédagogique.

Sur le plan scientifique, cet affranchissement a permis de déplacer la question qui n'est plus vraiment celle de savoir ce qu'est le droit, mais ce que font les juristes, ce qu'ils font concrètement. Ce qui constitue un déplacement radical, parce qu'il a permis de mettre en pleine lumière des aspects laissés dans l'ombre de leur activité, de s'ouvrir aux intérêts réels qui traversent le droit, aux conceptualisations qui en structurent l'activité, aux effets pratiques qu'il induit, donc à sa signification politique, sociale etc. Or cette ouverture a rendu tout à la fois possible et nécessaire l'appel aux autres disciplines, puisque le droit n'était plus vu comme une simple technique de production de règles, mais comme un instrument de production de la vie politique et sociale. Un appel (massif depuis les années 1970) qui a étendu considérablement le champ et la profondeur de la réflexion juridique. Le tout sans croire pour autant que le recours à d'autres disciplines allait permettre de résoudre des questions que les juristes se posaient sans y parvenir avec les instruments de la dogmatique (encore que les plus férus d'analyse économique du droit l'aient cru, du moins au cours des années 1970).

Les effets produits du côté scientifique ont eu leur versant pédagogique : enseigner le droit dans une salle de classe est devenu beaucoup plus intéressant. Au lieu d'enseigner seulement des règles (car je crois bien que ceux qui reprochent à Sciences Po de se borner à l'apprentissage des règles sont ceux-là mêmes qui se limitent à l'enseignement de ces règles), le professeur enseigne aussi une autre dimension du droit : un droit perçu comme un élément essentiel de la gouvernance, ce qui produit très concrètement de tout autres juristes.

Pour me faire comprendre, je voudrais revenir à un exemple. On connaît le caractère dogmatique des études juridiques en Allemagne[14] ; on sait aussi que les étudiants allemands ne s'en satisfont pas tous – ni tous leurs enseignants, ce qui engendre des expériences pédagogiques du genre de celles menées aujourd'hui, par exemple, à la *Bucerius Law School Hochschule für Rechtswissenschaft* à Hambourg. Or je me souviens de plusieurs discussions que j'ai eues aux États-Unis avec des étudiants allemands qui se plaignaient précisément du caractère excessivement dogmatique de l'enseignement qu'ils avaient reçu en Allemagne, avant de me dire à quel point ils appréciaient la liberté intellectuelle dont ils jouissaient en ayant la possibilité de suivre une année d'études aux États-Unis au sein d'un LLM, liberté intellectuelle à laquelle ils associaient la créativité… et je me souviens aussi de conversations avec certains excellents juristes français exerçant au sein d'entreprises multina-

12 Sur ce thème, je me permets de renvoyer à Ch. Jamin et Ph. Jestaz, *La doctrine*, Dalloz, 2004, spéc. p. 147-155.

13 V. sur le lien entre Demogue et le tournant réaliste aux États-Unis, D. Kennedy et M.-C. Belleau, « La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 2006, vol. 56, p. 163 *sq*.

14 V. pour une présentation générale du système allemand facilement accessible, le rapport d'information n° 383 (2006-2007) de MM. Fauchon et Gautier fait au nom de la commission des lois et de la mission d'information de la commission des lois du Sénat : *Un recrutement diversifié, une formation ambitieuse. Les impératifs d'une justice de qualité.*

tionales qui m'ont dit à quel point leurs homologues allemands manquaient de la souplesse et du pragmatisme nécessaires à la pratique du droit des affaires… Or il me semble que les États-Unis doivent beaucoup de cette liberté, de cette créativité, de ce pragmatisme aux effets lointains du tournant réaliste, dont sont issus l'analyse économique du droit ou le discours critique.

En disant cela, je ne voudrais pas être mal compris : je ne suis pas en train de vanter la méthode des juristes nord-américains en l'opposant à la tradition civiliste. D'abord parce qu'on le sait trop peu, mais les juristes universitaires américains – et donc les études de droit telles qu'ils les conçoivent aujourd'hui – doivent beaucoup à la jeune génération des civilistes français des années 1900-1920 (si bien que le « modèle » américain est un peu le nôtre)… Surtout parce que tel n'est pas mon propos : je suis simplement en train d'opposer une conception professorale du droit à une autre façon de le percevoir : plus pluraliste, pragmatique, dynamique ; à une autre façon de le pratiquer : moins celle du technicien, de l'administrateur – j'allais dire du notaire – que du décideur, du chef de projet, du négociateur (ce que deviennent de plus en plus les avocats ou les juristes d'entreprise) qui peut être un juriste par profession ou exercer un tout autre métier (parce que le droit lui aura donné les instruments intellectuels pour diriger une entreprise ou entrer en politique).

Le lecteur m'aura compris : critiquer l'enseignement du droit à Sciences Po sur un plan substantiel revient en définitive à promouvoir un certain modèle de ce qu'est la « culture juridique » (assimilée à la dogmatique), le bon apprentissage du droit (qui se confond avec la maîtrise d'une technique juridique qui fait la part belle aux « théories générales ») et en dernière analyse le bon juriste (avant tout technicien au sens où cette technique est comprise et enseignée au sein des facultés de droit). Or, le lecteur l'aura aussi compris : ce modèle n'est pas nécessairement universel…

Ce sont là autant de considérations (sur la durée des études et sur leur substance) qui ont conduit Sciences Po à privilégier plusieurs orientations (énumérés dans le désordre) :

1. Commencer l'apprentissage du droit après trois ou quatre années d'études supérieures où l'on espère que seront privilégiées les « humanités », selon la réforme en cours à Sciences Po. En ce sens, on ne le dit pas assez, mais il y a beaucoup de droit en premier cycle à Sciences Po ; pour autant il s'agit d'un droit perçu comme un élément essentiel de ces humanités. Car l'idée est que les étudiants ont besoin de celles-ci plutôt que d'une formation mono-disciplinaire. Pour le dire autrement, la « culture juridique » ne peut se passer de culture tout court, de la grande tradition des humanités (philosophie, sciences, histoire).
2. Insister sur les fondamentaux, parce qu'ils sont absolument indispensables à la formation d'un juriste, mais ne pas croire que les élèves doivent tout absorber (autrement dit, connaître l'ensemble du « système » ou prétendu tel) pour devenir de « vrais » juristes et surtout ne pas leur laisser penser que cette absorption sera nécessaire à leur future pratique professionnelle. Ce qui signifie très concrètement que les étudiants ont besoin d'apprendre le droit des biens, mais peut-être pas tout le droit des biens : la structure de la propriété plus certainement que le régime de la copropriété, sauf dans une perspective de spécialisation.
3. Ne plus penser l'enseignement du droit comme si celui-ci était une discipline isolée, comme s'il trouvait sa cohérence dans les théories des professeurs de droit, à cause de l'interpénétration des logiques et des langages juridiques. Dit plus concrètement : le droit européen ne fonctionne pas sur les mêmes logiques, les mêmes langages, les mêmes modèles

que le droit administratif français, et l'européanisation du droit administratif bouleverse la science du droit et la manière de l'enseigner. Quant à la globalisation, elle est un événement d'une ampleur colossale qui transforme de fond en comble notre activité de juriste et notre manière même de penser le droit et ses pratiques, puisque l'interpénétration des droits, l'émergence de normativités inédites, l'apparition de nouvelles conflictualités, la circulation des pensées juridiques etc., que cette globalisation implique, exigent désormais des juristes qu'ils soient multi-linguistes, en ce sens qu'ils devront être capables d'intégrer une multitude de connaissances, de modes de raisonnement, etc.

4. Favoriser la pluridisciplinarité dans l'enseignement du droit, ce que facilite beaucoup l'origine des étudiants qui ont suivi un cursus antérieur au cours duquel ils ont mis l'accent sur telle ou telle discipline (histoire, économie, philosophie, sociologie, mathématiques, etc.), mais nécessite un effort de la part des enseignants dont la formation n'est pas toujours adaptée à cet objectif (car il faut avoir reçu une double formation). Pluridisciplinarité rendue nécessaire, non pour trouver mieux qu'avec la dogmatique la solution à telle ou telle question, mais pour réinscrire le droit dans le concert des sciences politiques et sociales, ce qui permet en retour d'utiliser la fécondité des outils produits par ces sciences pour mieux comprendre ce que font les juristes (tout en espérant contribuer à mettre fin à l'anti-juridisme des mondes des sciences politiques et sociales).
5. Favoriser la part de l'expérience dans la formation des élèves, ceux-ci étant encouragés à procéder à une année de césure entre leur première et leur seconde année de formation proprement juridique, afin d'aller acquérir l'expérience pratique qui leur est indispensable au cours de deux stages de six mois effectués auprès de deux professionnels distincts, qu'ils choisiront parmi des cabinets d'avocats, des services juridiques de grandes entreprises, des autorités de régulation de l'économique, des institutions internationales, etc. Pour rompre avec le caractère très abstrait de l'enseignement du droit dans les murs des facultés, rien de mieux que d'aller voir comment un avocat traite stratégiquement un dossier, peut-être même avant de se donner les outils théoriques propres à comprendre cette stratégie.
6. Essayer de ne pas s'en tenir à cet entre-deux que constitue la dogmatique, qui est certes utile en ce qu'elle constitue en quelque sorte un point de départ à la réflexion quand il s'agit d'aborder une question de droit positif, mais qui pêche à la fois du côté de la théorie et du côté de la pratique. D'où la volonté de faire vraiment de la théorie au sens le plus exigeant du terme d'un côté, et de la pratique au sens le plus concret du terme, de l'autre. De la théorie parce qu'il est plus facile d'acquérir les modes de raisonnement et les logiques à l'œuvre dans la réflexion juridique quand on en connaît l'histoire ou les prémisses philosophiques, et parce qu'un enseignement du droit propre à former des praticiens gagne à utiliser les outils des sciences sociales, économiques ou politiques ; sérieusement et certainement avec rigueur. De la pratique parce que ces futurs praticiens (mais aussi ceux qui ont vocation à devenir des universitaires) doivent être au plus vite amenés à se plonger dans des situations réelles, vraies, complexes. Ce qui exige l'intervention massive de praticiens.
7. Parce qu'il est en particulier propre à favoriser la créativité, développer l'enseignement interactif qui exige des étudiants qu'ils lisent avant le cours

une masse importante de documents (car on ne dira jamais assez combien les étudiants lisent peu, voire pas du tout, et l'urgence qu'il y a à y remédier), et qui conduira à rompre avec le modèle dominant des cours magistraux accompagnés de conférences de méthode, ou encore des cours-conférences qui font la part belle aux exposés[15]. Le tout au sein de groupes qui devraient osciller à terme entre 10 et 60 étudiants.

Faut-il en dire plus à ce stade ? Je ne le crois pas. Mon seul objectif était ici de vous dire que l'arrêté de mars 2007 n'avait pas vraiment pour objet de permettre à Sciences Po d'investir un nouveau marché, sauf dans l'esprit de ses détracteurs. J'espère que la formation juridique à Sciences Po a d'autres visées, et que ces visées viennent d'un peu plus loin, peut-être d'une certaine insatisfaction à l'égard de la manière dont le droit est enseigné en France dans la plupart des facultés de droit, mais aussi de la volonté de contribuer efficacement à une réflexion commune sur la formation des juristes en posant quelques questions : le droit doit-il être enseigné dès après l'obtention du baccalauréat ? Quatre ou cinq années de formation initiale en droit sont-elles vraiment nécessaires ? Faut-il maintenir le format des cours magistraux ou privilégier une méthode plus interactive ? La dogmatique juridique, telle qu'elle s'est mise en place dans notre pays durant les premières années du XXe siècle, n'a-t-elle pas aujourd'hui atteint ses limites ? Faut-il désormais favoriser la pluridisciplinarité dans l'enseignement juridique ? Quelle part faut-il faire à l'enseignement pratique (les études de cas) et à l'enseignement de la théorie (qui ne se confond pas avec la dogmatique) ? Quelle place doit-on réserver à l'expérience pratique au cours de la formation des juristes ? etc. etc.

Je n'ai aucune certitude sur la manière de répondre à ces questions et la démarche de Sciences Po demeure expérimentale et évolutive. Pour autant, j'ose croire qu'au-delà des polémiques ces questions n'auront pas été posées en vain : Paris I et II n'ont-elles pas conclu des accords avec deux grandes écoles de commerce ? Plusieurs grandes facultés de droit (Paris I, II et XI, Montpellier, Lyon III à ma connaissance) ne sont-elles pas en train de mettre sur pied des projets de collèges ou d'écoles de droit sur des registres qui sont d'ailleurs très différents ? Le Conseil national du droit n'a-t-il pas mis au cœur de sa réflexion la rénovation de l'enseignement juridique ? Pour ma part, c'est le principal effet pertinent que je retiens du trop fameux arrêté de mars 2007 : un certain bouillonnement des idées depuis près de deux ans et demi…

15 On ne dira jamais assez à quel point la forme magistrale d'un cours favorise une conception dogmatique du droit. Quand on se retrouve face à quelques centaines d'étudiants qui ne peuvent répliquer, la tentation est grande de leur présenter un cours en bon ordre…

Discussion

A. Di ROSA : La formation dispensée à Faculté de droit me suggère une interrogation : est-ce que l'Université peut être aujourd'hui un lieu de critique et de transmission « des savoirs » ? doit-elle exclusivement devenir un lieu de formation à une profession ? Et puis, doit-elle, pour survivre, renforcer ce « tri » élitiste des étudiants ? Je suis assez critique lorsque je constate la construction d'écoles au sein de la Faculté qui, désespérée, essaye de répondre à la concurrence des « écoles ». Je suis critique quand j'observe les corps élitistes, les grandes écoles etc., dans la mesure où les enseignements offerts dans un « collège » ou dans une « école » sont réservés à un groupe limité d'étudiants en droit. En Italie, le problème est qu'il y a trop d'étudiants et on ne sait pas comment « trier » car les « grandes écoles » n'existent pas. En France, il est difficile de créer un modèle alternatif ; les écoles se perpétuent parce que les parents veulent que leurs enfants aient tout de suite une bonne formation pour réussir, au barreau par exemple ou à l'école nationale de la magistrature. Dans cette société de « produits », il faut toujours réussir et le taux d'échec comme le taux de réussite sont les critères les plus importants parce qu'ils permettent de « vendre » des inscriptions. Les étudiants doivent être efficaces, faire un bon plan en deux parties, ils doivent être brillants. Les classes préparatoires sont des usines à produire des « machines ». Je caricature un peu et veuillez m'en excuser, mais je pense qu'il faut dire ces choses-là.

Au cours de mes enquêtes en sociologie du droit, sur l'enseignement du droit, j'ai interrogé des étudiants à propos de la méthode pédagogique… Et finalement ce n'est pas vraiment le message, le type de savoir qui compte mais plutôt comment bien présenter les choses pour que le discours soit efficace. Cela permet de réussir les concours, et réussir les concours mène à un métier, à des revenus et à une position sociale. Un étudiant en droit sait bien que s'il le veut, il sera avocat, juge, juriste d'entreprise. Il faut entrer dans la compétition. L'enseignement du droit devient un véritable marché. Les universités se livrent à une lutte sur un marché où le calcul de rentabilité rentre dans le « temple » du savoir. Il faut défendre cette idée d'université : un lieu critique, philanthropique, sans qu'il soit soumis au « pouvoir ». Peut-être que ce que je dis est utopique. Mais il faut défendre l'université, au sens plus noble. Pour les besoins pratiques : a-t-on vraiment besoin de l'université pour pratiquer ? Les étudiants pourront pratiquer dans un cabinet... L'université, à mon avis, doit rester le lieu de la critique et du savoir, même en droit.

M. XIFARAS : Vous parlez d'une université comme Temple du Savoir, donc en vous entendant je

pensais que ça existait… mais de quoi parlez-vous exactement ? Si, par exemple, vous parlez de la France, le droit des professeurs de droit de choisir le plan de leur cours a été octroyé près d'un siècle après la création des écoles de droit sous Napoléon et ça n'a évidemment pas réglé tous les problèmes avec la tutelle étatique. L'autonomie des Universités Françaises comme lieu de production et l'enseignement des savoirs n'a jamais existé, et n'existe toujours pas. Je ne vous fais pas de dessin parce que chacun d'entre nous a l'expérience de discuter des affaires de postes, de budget, de programme et de diplômes avec son autorité de tutelle. Donc, de quel Temple parlez-vous ?

A. Di ROSA : … En fait c'est de l'utopie…

M. XIFARAS : donc vous ne cherchez pas à la défendre, puisqu'elle n'existe pas mais plutôt, vous cherchez à la produire…

A. Di ROSA : Il est possible de sortir du stade de la production. Mais le problème reste l'essence même du droit : est-ce que l'on peut parler d'un savoir ? La connaissance du monde commence par la connaissance de soi. Après 3 ou 4 ans à la Faculté de droit est-on capable de tenir une réflexion et de rendre la justice ?

M. XIFARAS : Pardonnez-moi, mais je voulais clarifier cela, car personnellement cet idéal je le partage, mais je ne l'articule pas seulement à un discours de défense, de résistance, et cette distinction me paraissait absolument essentielle. On peut partager cette idée-là sans avoir envie de se contenter de « défendre ».

A. Di ROSA : Un bon professeur, un bon pédagogue, peut créer des dynamiques pédagogiques différentes. L'enseignement est libre, dans une certaine mesure, mais l'est-il vraiment ? si l'on interroge les chargés de TD, les ATER, les professeurs, ils disent qu'ils sont très critiques, qu'ils essayent de faire réfléchir les étudiants... Tout le monde dit la même chose. Alors je me dis qu'ils ont tous de bonnes intentions, mais en pratique, ils sont l'expression d'une pensée unique.

F. ROUVIERE : Pour revenir au centre du propos, je voudrais demander le sentiment du professeur JAMIN sur deux questions qui sont en relation avec les deux parties de son exposé. Premièrement, d'après vous, pourquoi personne ne s'est-il offusqué du fait que l'IEP de Paris place un grand nombre de ses étudiants à la magistrature, alors qu'en revanche, on a eu une réaction de défense pour les avocats ? Deuxièmement, sur l'argument d'autonomie du savoir juridique qui est défendu, de façon dogmatique, est-ce que pour vous, au fond ce qui est dérangeant c'est le fait qu'il soit idéologique, c'est-à-dire qu'aujourd'hui on est incapable de fonder théoriquement une véritable autonomie du savoir juridique ?

C. JAMIN : S'agissant de votre première question, je crois qu'un certain nombre de gens s'offusque du fait que les étudiants simplement diplômés de Sciences Po puissent accéder au concours de la magistrature. S'agissant du barreau, il faut avoir à l'esprit que le point de départ de l'arrêté réside dans une revendication des étudiants qui nous ont dit en substance : « nous avons la possibilité de préparer le concours d'accès à la magistrature, nous ne faisons pas du droit qu'en master mais aussi en 1er cycle à Sciences Po, aussi nous voudrions avoir accès à l'examen du barreau ». Autrement dit, nos étudiants souhaitaient être traités de la même manière qu'il s'agisse du concours de l'ENM ou de l'examen d'entrée aux écoles du barreau. Et il faut dire aussi que cette revendication a rejoint une forte demande des avocats, qui voulaient une diversification de l'origine de ceux qui rejoignaient le barreau, en ne cessant de dire que le métier d'avocat change, qu'on fait de moins en moins de droit ou, du moins, plus du tout de la même manière.

Par ailleurs, j'ai souvent l'occasion de discuter avec de nombreux recruteurs (essentiellement dans des grands cabinets d'avocats). Or ceux-ci me disent recruter trois types profils : le profil qu'ils semblent préférer, c'est celui des « écoles de commerce », car, dans ces écoles, les étudiants sont capables de s'attaquer de front à un dossier,

de le décortiquer, et cela parce qu'ils ont été formés de cette manière-là, ils ont été formés à la méthode des cas. Néanmoins, bien souvent ils ne disposent pas d'outils conceptuels suffisants, et de ce fait ils sont incapables de gérer des situations de crise où tout est chamboulé. Deuxième profil : les étudiants des facultés de droit qui sont les meilleurs techniciens, mais qui ne comprennent pas vraiment le monde dans lequel ils travaillent et les exigences de leur clientèle, spécialement dans le domaine des affaires. Certains finissent par s'y adapter, évidemment, mais c'est une question de personne, de tempérament individuel ; ils n'ont pas été formés pour cela. Le troisième profil correspond aux diplômés de Sciences Po ou ses équivalents qui sont de bons juristes mais qui présentent un défaut : quand ils reçoivent un dossier, ils s'interrogent sur la légitimité même de l'envoi du dossier dans le cabinet, les raisons qui ont pu pousser au choix de telle ou telle stratégie de la part du client… Bref, le reproche qui est adressé à ces étudiants est d'être en quelque sorte trop conceptuels et insuffisamment pratiques, au rebours exact de leurs homologues des écoles de commerce.

Les avocats ne sont pleinement satisfaits par aucun de ces profils, nous demandent d'évoluer, mais disent qu'ils se heurtent à des interlocuteurs, dont je ne sais s'ils sont représentatifs, qui leur répondent que leur méthode est la bonne. Or c'est un discours dont, à tort ou à raison, ils ne se satisfont pas.

Vous me posez une seconde question, sur l'autonomie, à laquelle je ne sais pas comment répondre, car il y a, à dire vrai, plein de manière d'y répondre. L'expérience qui est la mienne me conforte dans l'idée qu'il y a deux représentations majeures de la manière de travailler des juristes La première est la plus anglaise. Les Anglais perçoivent le marché du droit comme un « *implementation market* », ce qui signifie que la fonction des juristes est de mettre en œuvre de ce qui a été conçu et pensé par d'autres, ce qui implique d'avoir une très grande maîtrise technique du droit. Le paradoxe, c'est que cette manière de voir, *a priori* très modeste, permet aux juristes d'exercer un pouvoir considérable, fût-il en aval. De l'autre côté, certains Américains soutiennent que ce n'est pas de cette manière qu'il faut concevoir le travail des juristes. Il faut, disent-ils, le penser comme un instrument de gouvernance, ce qui implique, en matière d'enseignement, d'insister moins sur l'apprentissage des règles que sur les méthodes de raisonnement propres au droit. Autrement dit, au lieu de partir du droit positif, il faut favoriser en quelque sorte la table rase : que feriez-vous – vous juristes – si vous aviez en quelque sorte le monde à reconstruire sur telle ou telle question ? Dans cette mesure, on peut comprendre que l'apprentissage des droits nationaux, ou des droits des différentes États est d'un intérêt somme tout restreint, et même que la question de l'autonomie du droit n'est plus vraiment une question. Au surplus, cette manière de procéder produit cet effet particulier d'aboutir à la formation de juristes qui iront certes envahir des cabinets d'avocats où ils finiront par être d'excellents stratèges, mais qui investiront aussi les administrations, les grandes entreprises, etc. et qui pourront même devenir président des États-Unis… Si on prend l'exemple de l'Université Harvard, sa *Law School* produit pour moitié seulement des étudiants qui deviendront avocats et je crois pouvoir dire qu'il y a à peu près autant de dirigeants de grandes entreprises issus de ladite *Law School* que de la *Business School*… Cela dit, je m'arrête là, car je ne suis plus très sûr de répondre à votre question… Pour le dire brièvement, je crois que cette question de l'autonomie du droit est vraiment une question de juriste continental qui ne se pose guère à la plupart de ceux qui n'ont pas été formés de la même manière que nous. Dans une tradition juridique où la pluridisciplinarité est de mise, pour les raisons que je viens de vous exposer, elle se pose avec nettement moins d'acuité…

A. DEBORDE : Je voulais poser une question à M. JAMIN. Vous voulez créer une communauté scienti-

fique. On imagine qu'elle va être ouverte au niveau international. Qu'en sera-t-il de l'intégration des universités françaises dans cette communauté ? On peut facilement imaginer que ça va aller du milieu universitaire vers le milieu Sciences-po, mais sûrement plus difficilement dans l'autre sens.

C. JAMIN : Mais que voulez vous dire ? Tout le monde sera accueilli.

A. DEBORDE : Ne voulez-vous pas créer une élite française propre à Sciences-po ? Les étudiants des universités vont aller à Sciences-po, mais pas l'inverse.

C. JAMIN : Il est vrai que Sciences Po est une institution d'excellence. Pour autant, c'est une institution qui a fait d'énormes efforts pour diversifier son recrutement en attirant massivement des étudiants étrangers, ce qui a modifié très profondément l'ambiance de travail au sein de l'institution, en créant un concours spécifique pour faire venir des étudiants de milieux défavorisés d'un peu partout en France, etc. Cela dit, le recrutement des étudiants est une chose, la création d'une communauté scientifique en est une autre et je ne vois pas qu'il ne puisse pas y avoir des échanges réciproques. Sur ce point, je me sens pleinement appartenir au milieu universitaire dont vous parlez, et je ne me sens pas reclus à Sciences Po, loin de là… Nous fonctionnons désormais tous en réseaux, et ceux-ci permettent de créer des liens scientifiques qui transcendent les institutions auxquelles nous appartenons.

De l'enseignement universitaire du droit à une pratique juridictionnelle

Par Geneviève GONDOUIN*

Les organisateurs de cette journée, que je remercie vivement, m'ont demandé de présenter très brièvement quelques réflexions à partir d'une expérience qui, pour l'instant, a duré 6 ans dans le cadre d'un détachement dans le corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Cette possibilité de détachement dans ce corps est prévue par l'article L. 233-5 du code de justice administrative.

Conformément à l'article R. 233-2 de ce code, j'ai donc commencé par effectuer six mois de stage de formation au Conseil d'État, où ont alterné participation aux travaux d'une sous-section du contentieux, cours assurés soit par des membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, soit par des membres du Conseil d'État et initiation à l'élaboration de dossiers contentieux avec apprentissage de ce qui fait le cœur du métier : le dossier en trois parties, visas, note du rapporteur et projet de jugement ou arrêt.

En janvier 2004, j'ai été nommée au Tribunal administratif de Lyon où j'ai exercé pendant quatre ans et trois mois des fonctions de rapporteur (deux ans) et de commissaire du gouvernement (deux ans, trois mois), dans une chambre chargée de l'urbanisme, des installations classées et d'une partie du contentieux des étrangers. Comme tout juge administratif en 1re instance, j'ai également exercé des fonctions de juge unique dans le cadre du contentieux de la reconduite à la frontière et assuré, en outre, la présidence de diverses commissions administratives, en l'occurrence conseil de discipline de la fonction publique territoriale, commission électorale de l'INSA de Lyon, commission d'inscription sur la liste des commissaires enquêteurs de l'Ardèche.

En avril 2008, j'ai obtenu ma mutation à la Cour administrative d'appel de Lyon où j'ai retrouvé des fonctions de rapporteur, en changeant presque inévitablement (car cela limite les risques d'incompatibilité) de spécialité puisque la chambre dans laquelle j'ai été affectée traite des contrats, de la police administrative et d'une partie du contentieux des étrangers. À partir du mois de septembre, j'assurerai à nouveau des fonctions de commissaire du gouvernement, ou plutôt de rapporteur public puisque telle est sa nouvelle dénomination, toujours dans la même chambre.

Lorsque je suis arrivée au Tribunal administratif de Lyon au début du mois de janvier 2004, après ces quelques semaines de formation au Conseil d'État qui ne m'ont donné qu'un très bref et vague aperçu de ce qui

* Professeur des universités, en détachement à la Cour administrative d'appel de Lyon.

m'attendait, le greffier en chef m'a accompagnée dans le bureau du président de la juridiction qui m'a accueillie d'un « Bienvenue parmi nous, chère collègue », et m'a installée dans mes fonctions. À partir de là, et pour ainsi dire sans autre forme de procès, j'ai compris que les choses très sérieuses commençaient et que j'allais, avec d'autres le plus souvent, rendre la justice administrative «Au nom du Peuple français ».

Puis mon président de chambre m'a présentée à tous les collègues et aux agents du greffe, m'a aussi expliqué comment, grâce au système Skipper, consulter mon stock, c'est-à-dire les dossiers qui m'avaient été légués par le précédent magistrat appelé à d'autres fonctions, et m'a informée de la norme en cours au Tribunal administratif de Lyon. La norme, autre terme important dans les juridictions, qui désigne non pas la norme qui doit être appliquée, mais le nombre de dossiers que l'on doit préparer soit par audience, soit dans l'année. Dans les tribunaux administratifs, la norme est en général décomptée par audience.

Une fois dans mon bureau, j'ai très vite compris aussi tout ce que me racontaient mes anciens étudiants qui, arrivés dans la vie active, ont éprouvé le choc du passage dans un monde inconnu auquel ils n'étaient pas du tout préparés.

Je me propose d'évoquer devant vous ce cheminement de l'universitaire devenu juge administratif, puis du juge administratif redevenu universitaire, étant entendu que cette seconde partie peut tout aussi bien relever de la fiction que de la prévision.

L'universitaire devenu juge administratif

De ma vie d'universitaire, je n'avais retenu qu'une infime partie de ce que sont les juridictions administratives. Comme tout publiciste, je ne connaissais en réalité que le Conseil d'État et, encore, le Conseil d'État vu exclusivement sous l'angle des arrêts importants ou des grands arrêts. Si le GAJA ne conservait, alors, pour moi que quelques secrets, la vie juridictionnelle, le travail et la pratique en particulier des juges de première instance et d'appel, m'étaient en fin de compte totalement inconnus ou presque. Ce qui n'était peut-être pas si étonnant compte tenu des matières dans lesquelles j'enseignais – droit constitutionnel, contentieux constitutionnel, libertés fondamentales et droit administratif général.

J'ai donc découvert tout à la fois un métier et ceux qui exercent ce métier.

La découverte d'un métier

L'enseignement général reçu à la faculté de droit, et c'est une première certitude, ne prépare absolument pas au métier de juge administratif, pas plus, sans doute, qu'il ne prépare aux autres métiers ou professions du droit. Mais peut-il et doit-il en être autrement ? Car loin d'être simplement un savoir, ou un ensemble de connaissances, un métier est aussi et surtout un savoir-faire et un savoir-être, que seuls l'apprentissage avec les collègues et l'expérience permettent d'acquérir.

Le métier de juge, bien plus encore, ce n'est un secret pour personne, celui de juge administratif, est quasi exclusivement un travail de dossier, avec des exigences particulières tenant au travail juridictionnel. Bien des fonctionnaires ont également un travail de dossier et pourtant le processus qui mène à la décision administrative est complètement différent de celui qui va mener à la décision juridictionnelle, les impératifs et les marges d'appréciation sont également différents. C'est ainsi un métier où l'on doit apprendre à se dissocier, voire à se méfier, de ses habitudes intellectuelles, de ses penchants naturels et de ses émotions.

L'audience n'étant pas le moment le plus important, même si les réformes en cours de la juridiction administrative tendent à lui donner un peu plus de vigueur, tout se déroule donc essentiellement en amont :

- le rapporteur prépare le dossier, en rédigeant les visas, c'est-à-dire la présentation résumée de l'ensemble des conclusions et des moyens à partir des mémoires des parties, une note qui peut être plus ou moins longue selon le rapporteur, document dans lequel apparaissent toutes les étapes de son raisonnement et dans lequel il traite tous les problèmes juridiques qui se posent dans le dossier (recevabilité, non-lieu, désistement, moyens de fond…) enfin un projet de jugement ou d'arrêt, ce dernier pouvant être parfois beaucoup plus court que ne l'est la note ;

- ensuite, et la procédure diffère selon que l'on est en première instance ou en appel, le dossier est revu éventuellement par le président de chambre en tribunal administratif, il fait l'objet d'une révision en Cour (comme au Conseil d'État) par un réviseur, qui est le plus souvent le président ou le président-assesseur de la chambre ;

- le dossier est ensuite transmis au commissaire du gouvernement ou, comme on l'appelle aujourd'hui, le rapporteur public.

- En 1re instance, même si cela varie d'un tribunal administratif à l'autre, il y a en principe un prédélibéré quelques jours avant l'audience, le rapporteur public a vu les dossiers à ce moment-là.

Dans les cours (comme au Conseil d'État), les dossiers les plus épineux sont présentés à la chambre lors d'une séance d'instruction, à un moment où ils ne sont pas encore enrôlés et le rapporteur public ne les a pas encore traités.

- Après l'audience, l'après-midi en principe voire le lendemain, a lieu le délibéré, la chambre revoit les projets qui sont ensuite corrigés par le rapporteur, puis le réviseur ou président de chambre, enfin mis en forme par le greffe. Après d'ultimes vérifications par le rapporteur et le réviseur, les jugements et les arrêts sont signés, puis notifiés aux parties.

Encore faut-il préciser que ce qui précède ne vaut pas pour les référés, ni pour un contentieux comme celui de la reconduite à la frontière en première instance, qui est confié à un juge unique qui statue sans conclusions du commissaire du gouvernement / rapporteur public et dans lequel la procédure est un peu écrite mais largement orale, et exige que le jugement soit rendu rapidement.

Il est donc nécessaire, c'est une autre certitude, d'acquérir rapidement des techniques adaptées à chaque type de contentieux, des méthodes de travail, de recherche, de discussion, puisque la collégialité reste importante, voire aussi d'apprivoiser de nouvelles matières. Un nouveau venu dans le corps ou la juridiction n'est, en effet, pas forcément affecté dans une chambre relevant de domaines qu'il connaît.

Il faut apprendre à aborder les dossiers, à interpréter s'il y a lieu les demandes et les requêtes, requalifier un moyen pour lui donner un aspect un peu plus juridique. En fait, le juge administratif se demande très souvent jusqu'où il peut aller, c'est l'une des principales difficultés du métier, sans doute aussi l'un de ses principaux attraits. Comment interpréter une requête, un moyen ? Ce moyen, est-il ou non soulevé ? Est-ce ou non un moyen d'ordre public ? Quel est le contrôle exercé ? Faut-il ou non le faire évoluer ? Est-ce le bon dossier pour opérer cette évolution ?...

Il faut aussi apprendre à travailler de plus en plus vite, puisque la norme s'alourdit surtout en 1re instance.

Si certains dossiers sont répétitifs, par exemple en contentieux des étrangers ou du permis de conduire à points, où l'on retrouve presque toujours les mêmes moyens, il existe des contentieux autrement plus délicats, par ex. en marchés publics, responsabilité hospitalière, urbanisme, installations classées. Même si l'universitaire peut être passionné par un aspect d'une affaire, et brûle

de proposer une évolution jurisprudentielle, il doit toujours se souvenir que le juge est lié par le dossier, par les demandes des parties, que tous les moyens ne se soulèvent pas d'office et qu'il ne peut pas refaire le droit à chaque affaire intéressante.

Il doit aussi apprendre à rédiger, selon un style qui n'a rien à voir avec celui des cours ou des articles qu'il publie, des jugements ou arrêts dont la solution est parfois aux antipodes de ce qu'il a proposé en tant que rapporteur, même s'il est persuadé que sa solution était bien meilleure que celle finalement retenue par la majorité de la chambre. Il faut aussi qu'il apprenne à revenir trois ou quatre fois, parfois, sur un arrêt : projet, projet revu après la séance d'instruction, projet revu avant l'audience pour cause de nouveaux mémoires, projet revu après le délibéré.

C'est donc un métier où, en permanence, il faut faire preuve d'humilité intellectuelle parce que toutes les connaissances que l'on a pu acquérir par ailleurs ne sont pas toujours directement utilisables, dans un premier temps du moins, où ce que l'on a imaginé ou appris ne correspond pas toujours à la réalité. Il me semblait me souvenir de mes études universitaires que le juge administratif dirige l'instruction, a d'importants pouvoirs d'instruction, qu'il peut même se rendre sur les lieux… C'est un peu différent dans la pratique, l'instruction, s'agissant des mesures les plus courantes, est largement confiée au greffe et le juge administratif reste souvent frileux pour ordonner des mesures plus énergiques.

La découverte du corps des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel

La 1re caractéristique de ce corps est la variété de son recrutement : s'il reste en principe un corps recruté par la voie de l'ENA, le concours complémentaire, le détachement et le tour extérieur contribuent à l'enrichir des expériences des uns et des autres : anciens inspecteurs des impôts, du trésor, du travail, des affaires sanitaires et sociales, directeurs d'hôpital, enseignants du secondaire et du supérieur, magistrats judiciaires ou des chambres régionales des comptes, sous-préfets, attachés ou directeurs de préfecture, attachés territoriaux, attachés d'administration centrale, avocats, militaires…

Dans une même chambre, et sans que cette cohabitation de générations et d'origines professionnelles, ne pose beaucoup de problèmes, peuvent se côtoyer un ancien agrégé de l'enseignement secondaire, un ancien fonctionnaire de l'équipement, un ancien avocat ou juge judiciaire, un jeune conseiller issu du concours complémentaire ou un énarque issu du concours étudiant, qui n'ont jamais eu d'expérience professionnelle

Dans le même temps cette variété des recrutements est sans doute à l'origine de l'absence d'un véritable esprit de corps. Nous n'avons pas l'équivalent dans les juridictions administratives de l'ENM et l'ENA ne forme pas au métier de juge administratif. Il n'existe donc pas de creuset où pourrait se former un esprit de corps.

- Le métier exige ainsi, et c'est une autre caractéristique, une très grande capacité d'adaptation, que l'on passe : – d'une fonction à l'autre : de rapporteur à rapporteur public à président de chambre, président de juridiction ;
- d'une matière à l'autre, en changeant de chambre ou en changeant de juridiction à la suite d'une mutation ;
- d'une juridiction à l'autre avec ou sans promotion, les cours ont eu tendance à attirer les magistrats des tribunaux administratifs. Le « métier de l'appel » est ainsi différent du métier de juge de première instance ;
- et d'un corps à l'autre, puisque le passage au grade de président exige que l'on fasse une mobilité en principe dans d'autres administrations. Le fait d'exercer des fonctions juridictionnelles pendant trois ans dans une cour administrative d'appel

vaut mobilité (dans ce cas-là il n'y a pas changement de corps). Sinon la mobilité peut s'accomplir dans les administrations centrales de l'État (ministères), dans les services déconcentrés, auprès d'autorités administratives indépendantes, dans les juridictions, judiciaires ou plus souvent financières, dans les collectivités territoriales, dans des organismes internationaux.

Ceci implique la nécessité de se former en permanence, soit dans le cadre de formations organisées ponctuellement et régulièrement par le Conseil d'État, soit « sur le tas », dossier après dossier. Ce dernier type de formation est sans aucun doute le plus efficace et suppose, pour la bonne organisation de la juridiction, qu'il y ait toujours dans la chambre des magistrats très compétents dans la matière donnée, qui assurent en quelque sorte une continuité et permettent la relève.

Quels enseignements tirer de cette expérience ?

Le juge administratif redevenu universitaire

Toute expérience est le fruit d'un cheminement individuel et produit des changements, quand il ne s'agit pas de bouleversements, personnels. Alors doit-on, peut-on, en tirer des enseignements pour les autres ?

De surcroît, il ne s'agit que d'une expérience de quelques années dans deux juridictions administratives, or tous les étudiants n'ont pas vocation à devenir juges, tous les publicistes ne deviendront pas juges administratifs. Néanmoins cette plongée dans les juridictions administratives a forgé, en ce qui me concerne, quelques convictions tout en laissant sans réponses bien des questions.

Quelques convictions

D'abord, on peut devenir juriste, et même un très bon juriste, sans être passé par les facultés de droit et même sans avoir fait d'études de droit, au sens de cursus sanctionné par un diplôme. Bien des personnes que j'ai côtoyées ont rencontré le droit, plus précisément le droit et le contentieux administratifs, au moment de la préparation d'un concours, lors d'un stage de formation, puis se sont formées au cours de leur carrière et au gré de leurs affectations. Cette voie-là n'est pas la plus facile, ni la moins douloureuse, car la formation « sur le tard et sur le tas » est encore plus exigeante que la formation initiale sur les bancs des universités. Qui dira et qui peut croire que le caillou devient galet sous la seule caresse de la mer ?

Mais, de cette pratique du droit, naît souvent une réflexion très féconde sur le droit lui-même et sur les juridictions, très largement complémentaire de celle que peuvent nourrir les juristes originaires ou de formation.

Ensuite, on ne peut pas se dire juriste si l'on se borne à faire de la théorie ou, ce n'est pas la même chose, à délivrer un enseignement abstrait et dogmatique sans jamais voir les implications pratiques de ce sur quoi l'on théorise ou de ce que l'on enseigne. À un moment ou un autre, il faut « se frotter » à la réalité des dossiers, qu'il s'agisse ou non de dossiers contentieux : le droit, parce qu'il est justement le droit, ne peut être réduit à un objet d'étude. Je me souviens à ce propos d'une boutade d'un conseiller à la Cour de cassation qui disait, à propos des candidats au concours de l'ENM affirmant tout de go « adorer le droit », « on voit bien qu'ils n'en ont jamais fait ».

Puisque les facultés de droit gardent encore un rôle important dans la formation, initiale ou continue, des juristes, il convient, si l'on veut garder un enseignement universitaire digne de ce nom en droit, de ne surtout pas abandonner le caractère général des matières juridiques enseignées dans la formation de base. Compte tenu de la variété des débouchés pour les juristes, un enseignement général fondamental est le gage d'une meilleure adaptation aux métiers du droit et aux évolutions de ceux-là et de celui-ci.

Rien ne serait pire, au cours des premières années (niveau licence), que de vouloir former des étudiants à tel ou tel métier qui, par hypothèse aura déjà évolué lorsqu'ils arriveront sur le marché du travail. Peut-être même vaudrait-il mieux insister sur les matières juridiques fondamentales, sans multiplier les cours très techniques où l'on donne simplement l'aperçu d'une matière.

Il est intéressant de constater, pour en revenir aux magistrats administratifs, que les jeunes recrues issues des facultés de droit ou des IEP, se sentent plus juges que jamais. Lorsque j'étais étudiante et que nous étaient présentées les juridictions administratives (à une époque où n'existaient pas encore les cours administratives d'appel), on insistait surtout sur la spécificité de ces juges par rapport aux juges judiciaires, sur le côté administratif plus que sur l'aspect juridictionnel. Là où prédominait l'aspect administratif du métier, on trouve désormais la volonté bien affirmée d'être juge. Cette évolution de mentalité doit sans aucun doute être reliée à l'évolution générale de notre droit mais aussi des cours qui sont dispensés notamment dans les facultés de droit dans lesquels on réserve une large part à l'étude du droit processuel ou du contentieux (administratif, constitutionnel, contentieux des Cours européennes…)

Comme le juriste ne doit pas être non plus un simple technicien, il doit avoir une formation qui lui permette de toujours mettre en perspective les règles qu'il doit appliquer ou contribuer à former.

Dans cette mise en perspective, le rôle des historiens du droit est irremplaçable, tant en droit public qu'en droit privé, et d'autant plus important que l'on assiste à un développement du droit comparé. Les comparatistes ne doivent jamais oublier ce qui fait le génie d'un système juridique, ni sacrifier à la séduction des similitudes du présent la connaissance profonde des spécificités venues du passé.

Dans la période de bouleversement que connaissent, par exemple, les juridictions en général et les juridictions administratives en particulier, et cela vaut pour toutes les institutions, il n'est pas inutile de savoir d'où elles viennent, pourquoi telle ou telle procédure a été mise en place à tel moment, ce qui est essentiel à l'institution et ce qui peut être, sans risque, abandonné.

Si j'avais à préparer un cours sur les marchés publics, j'insisterais bien évidemment sur les dernières modifications du code des marchés publics, les dernières directives communautaires, car, outre que c'est très intéressant, il importe que les étudiants aient un cours à jour. Mais quand on traite, par exemple, à la Cour administrative d'appel de Lyon d'un dossier enregistré en 2007, cela signifie que le tribunal administratif dont le jugement est frappé d'appel aura statué soit en 2007 soit en 2006 sur une affaire enregistrée peut-être trois ans avant, pour un contrat passé à la fin des années quatre-vingt-dix. Ni le juge, ni les avocats ne peuvent se retrancher derrière les nouveaux textes !

En d'autres termes, dispenser un cours très à jour, très détaillé, avec les derniers arrêts du Conseil d'État, est important, mais il est encore plus important que les étudiants comprennent la raison d'être des règles, de leurs modifications, le pourquoi et le comment des exceptions posées par le législateur.

Cet enseignement général dans les premières années doit se combiner avec la mise en place dans les masters (et plus précisément les masters 2) de formations très spécialisées, et de préparations sérieuses aux divers concours. De jeunes magistrats administratifs, lorsqu'ils n'ont pas été formés dans les IEP, ont effectué par exemple un DESS ou master en contentieux puis suivi un stage au Conseil d'État. C'est à ce moment-là, lorsqu'arrive le temps de la spécialisation qu'il faut déboucher sur un enseignement plus en phase avec la réalité qui doit également faire la part belle à la formation continue.

Quelques interrogations

Faut-il changer les méthodes d'enseignement ? On ne pourra pas longtemps faire l'économie d'une réflexion sur cette question. Le temps de l'enseignement en amphis, où des dizaines voire centaines d'étudiants prennent passivement des notes, très inconfortablement installés, pendant deux ou trois heures, semble révolu. Cette façon d'enseigner, qui est sans doute la moins chère en termes budgétaires à court terme, est aussi la moins pédagogique qui soit.

Mais faudrait-il supprimer tous les cours en amphis ou certains seulement ?

Dans un premier temps, et surtout dans les formations de niveau licence, la révolution consistant à supprimer ces cours, du moins dans leur forme actuelle, semble compromise, ne serait-ce que pour des raisons financières. En revanche dans les masters, surtout dans les facultés de moyenne importance, la suppression des cours en amphi et leur remplacement par des conférences de méthodes où les étudiants auraient un rôle plus actif, à partir du cours dispensé en ligne, et des documents sur lesquels s'appuie le cours, pourraient être envisagés. La disparition du sacro-saint cours en amphi aurait, il est vrai, des conséquences importantes dans le corps enseignant lui-même et surtout en droit. Mais les conférences de méthodes dans lesquelles l'enseignant « de rang magistral » explique de grandes parties de son cours à des étudiants qui sont censés l'avoir travaillé et dont ils disposent, n'excluraient pas les travaux dirigés.

Comment, tout en gardant le caractère universitaire des formations proposées, permettre une ouverture sur les professions juridiques ?

Cette interrogation rejoint en partie la précédente sur la modification des méthodes d'enseignement mais pose aussi la redoutable question du temps et des moyens.

Il n'est ni nécessaire, ni souhaitable, de remettre en cause le caractère académique des exercices que les universitaires font faire aux étudiants (commentaires, dissertations, « cas pratiques »). Ces exercices ont au moins le mérite d'apprendre aux étudiants à structurer leur raisonnement et la présentation de celui-ci.

Mais à côté de ces « classiques », les étudiants devraient bénéficier dès les premières années de quelques conférences dispensées par des professionnels. Que l'on nous comprenne bien, il ne s'agit pas de demander à ces derniers de remplacer les universitaires dans ce qu'ils savent très bien faire, il faudrait simplement que des professionnels – avocats, juges, policiers, administrateurs territoriaux, fonctionnaires des préfectures, notaires… – puissent illustrer, grâce à des exemples tirés de leur pratique, quelques aspects du cours dispensé, et puissent expliquer la façon dont ils travaillent, exercices à l'appui.

J'ai évoqué plus haut les matières que j'ai enseignées avant d'être nommée dans les juridictions administratives. Figure au programme de la 2e année, en droit administratif général, la notion d'acte administratif. Il m'est donc arrivé, comme à tous les collègues chargés de ce cours, d'insister sur le fait que tout acte de l'administration n'est pas forcément un acte administratif, et d'exposer les subtilités de la circulaire, de la directive, de la mesure d'ordre intérieur, de la mesure préparatoire… Toutes explications qui, selon d'anciens étudiants rencontrés voici peu, étaient très théoriques ! Mais en tant que commissaire du gouvernement au Tribunal administratif de Lyon, j'ai dû faire des conclusions sur une circulaire dont on ne savait pas trop si au fond ce n'était pas une directive, et cela n'avait rien de théorique pour des centaines d'étrangers qui auraient pu éventuellement s'en prévaloir. Je ne suis pas certaine que mes conclusions aient été très différentes des cours que j'avais faits par le passé, j'ai même dû m'en inspirer. Je suis en revanche convaincue que si j'avais expliqué à des étudiants, en tant que commissaire du gouvernement ayant prononcé des conclusions dans une affaire précise, comment j'avais

alors procédé, ils n'auraient pas pensé que c'était théorique et coupé de la réalité.

Tout ceci implique, je ne l'ignore pas, une grande organisation que les contraintes du calendrier universitaire ne facilitent pas et un réseau de relations professionnelles aisément mobilisables important.

D'une manière générale, il faut encourager les liens entre les universités et les professions.

Cela passe d'abord par les enseignants : ne pourrait-on pas envisager, par exemple, que la mobilité professionnelle des universitaires soit encouragée, déjà en ne les sanctionnant pas dans leur évolution de carrière si, à un moment ou à un autre, ils vont exercer une autre profession, ou, même, en créant une voie « professionnelle » pour l'accès au grade de professeur ? Ce ne serait pas renier l'importance de la recherche dans l'accès à ce grade, mais reviendrait à prendre en compte d'autres capacités et talents.

Cela passe ensuite par les stages, d'autant plus faciles à trouver si le réseau de relations professionnelles évoqué plus haut est dense. Les stages ne peuvent être utiles et efficaces que s'ils sont suffisamment longs pour permettre à l'étudiant de découvrir véritablement un métier et au service qui l'accueille de l'intégrer dans la profession, même si cela ne dure que quelques mois.

Pourrait-on même, dès le master I, développer l'enseignement en alternance ?

Cela passe, enfin, par la formation continue : il faut adapter les formations aux besoins de ceux qui sont déjà en activité et cherchent à parfaire leur cursus, avec des enseignements de haut niveau qui leur soient directement utiles dans leur profession et qui soient aménagés (cours par correspondance, en ligne, sur deux ans…) pour tenir compte des contraintes de cette dernière. Peut-être faudrait-il en l'espèce parler davantage en termes de modules qu'en termes de diplômes. Là encore, les universités, et surtout les plus petites d'entre elles, auront-elles les moyens financiers et humains pour s'adapter à une véritable demande de formation ?

Voilà donc, de façon très provisoire et inachevée, les quelques réflexions que je souhaitais présenter après quelques années dans les juridictions administratives. Puisque tout métier exige, quelle que soit la formation reçue au départ, un apprentissage particulier, l'enseignement idéal (ou idéalisé ?) est celui qui permet de s'adapter le plus vite aux exigences du ou des milieu(x) dans le(s) quel(s) on doit évoluer.

Discussion

A. GUIGUE : Formation initiale, formation continue … je retrouve ici un fil rouge de ce matin : l'expérience. Est-ce qu'on se forme vraiment sur le tas ? Je me doutais en tout cas que « la part de la pratique » renverrait à « la part de la théorie ».

A. JEAMMEAUD : Nous discutions avec Pascal Ancel à l'instant. Le propos, c'est la formation universitaire. Une carrière universitaire d'expert du droit ne prépare pas à être juge administratif. Certes. Mais qu'en serait-il si vous n'aviez pas cette expérience universitaire ?

G. GONDOUIN : … Vous avez tout à fait raison …

A. JEAMMEAUD : Je voulais juste relever l'équivoque.

G. GONDOUIN : J'ai dit l'enseignement. Précisons : un enseignement très général ne peut pas préparer à cette expérience de juge administratif. Mais il est bien évident qu'il y a un fond de connaissances. Je ne voulais pas que ce soit pris en mauvaise part. Je ne suis pas en train de critiquer l'enseignement universitaire, je n'ai pas eu le temps d'exposer la deuxième partie, parce que je pense que l'on en parlera lors de la table ronde. Il y a bien évidemment un fond de connaissances. Grâce à quoi je ne passe pas mon temps à me demander quel est le délai pour faire un recours devant le juge administratif, je ne passe pas mon temps à me demander ce qu'est une délégation de signature ou une délégation de compétence. Mais je passe mon temps à vérifier. Je passe mon temps à vérifier parce que tous les dossiers effectivement ne se ressemblent pas. Tout à l'heure on a parlé de clinique, moi j'aurais envie de parler de droit pathologique parce que nous n'avons que les cas pathologiques par hypothèse dans les juridictions. Nous n'avons que les cas pathologiques, donc effectivement on se dit : là c'est comme ça, je sais que c'est comme ça. Mais quand même, on est dans un cas particulier parce que etc. Donc on va toujours vérifier si ce que nous trouvons dans le dossier a déjà eu une réponse générale, s'il y a eu des arrêts du Conseil d'État, si la cour a déjà statué en ce sens, etc.

Mais encore une fois, j'avais fait un enseignement universitaire général, je n'étais pas juge, je n'étais pas, pardon, professeur de contentieux administratif ou professeur de droit administratif en droit administratif spécial comme l'urbanisme ou la fonction publique ou autre. J'étais constitutionnaliste, ce qui ne m'avait pas préparé au contentieux administratif.

A. JEAMMEAUD : La question est de savoir si l'enseignement universitaire juridique d'aujourd'hui, tel qu'il est actuellement passé au crible, est quand même apte à permettre une adaptation.

G. GONDOUIN : Mais bien sûr, c'est ce que j'allais dire après…

A. JEAMMEAUD : … Je suis convaincu que les collègues universitaires qui font cette forme de clinique qu'on appelle la consultation passent eux aussi leur temps à vérifier.

G. GONDOUIN : Mais oui. Vous avez tout à fait raison et c'est ce que j'allais dire en deuxième partie, donc vous me forcez presque à commencer ma deuxième partie. Qu'est-ce que je retiens de ce passage dans les juridictions administratives ? J'ai une conviction, et d'ailleurs on en a parlé ce matin. Il faut absolument garder un enseignement général parce qu'il n'y a que cela qui nous permet l'adaptation. Plus on fait un enseignement spécialisé, ciblé, moins on est apte à s'adapter. C'est un peu ce que je voulais dire en prenant l'exemple de ces collègues qui ne cessent de s'adapter, qui passent de formation en formation de jugement, qui passent d'un métier à l'autre. Ils ont appris à s'adapter. À mon avis c'est la bonne formation universitaire de base, bien générale, qui permet cette adaptation. Alors, après on peut faire des formations plus spécialisées, dans les dernières années, au niveau du master, mais il faut une formation générale, ça, c'est une conviction.

Un étudiant : Mais « générale » ça veut dire quoi ?

G. GONDOUIN : Les principes juridiques de base…

Un étudiant : vous avez parlé de « connaissances de base qui nous servent tous les jours ». Est-ce tout ?

G. GONDOUIN : Je veux parler du raisonnement. Lorsque je suis arrivée en chambre des marchés publics, j'ai dit à mon président que je n'y connaissais rien. Je n'ai jamais fait de marchés publics, je n'ai ni étudié, ni enseigné le droit des marchés publics. Et j'ai même alors pensé que si j'étais privatiste, ce serait bien mieux, si j'avais eu des cours en droit des obligations, je serais mieux formée aux marchés publics qu'en tant que constitutionnaliste. Et il m'a répondu : « ne t'en fais pas, de toute façon notre métier n'est pas un métier de connaissances, c'est un métier de réflexion »…

Dans la salle : Et d'imagination ?

G. GONDOUIN : Oui, et d'imagination aussi, mais enfin il ne faut pas trop être imaginatif avec certains mémoires parce qu'ils le sont déjà beaucoup ou, alors, il faut être imaginatif dans l'autre sens pour établir un peu de rationalité. C'est vraiment donner aux étudiants l'aptitude à la réflexion, après tout s'ils ne savent pas tout, s'ils ne savent pas le petit b du deuxièmement du A … etc., qu'importe, peu importe. Mais l'aptitude, au raisonnement, à la réflexion c'est cela qui est important.

Un étudiant : ce n'est pas que le métier de juge finalement… C'est tous les métiers... Donc c'est partout.

G. GONDOUIN : Mais bien sûr. Encore une fois, j'ai dit que je parlais de ce que je connaissais un peu, et pour moi le meilleur gage de l'adaptation à tous les métiers y compris à celui de juge administratif au départ c'est de donner une solide formation juridique aux étudiants et la solide formation juridique pour moi, ce n'est pas tant les connaissances que la réflexion et l'aptitude à la réflexion.

Un étudiant : Et en termes de matières, ça donne quoi ?

G. GONDOUIN : Écoutez en termes de matières : le droit civil notamment, le droit constitutionnel dans les premières années, les grands principes de droit administratif. En droit administratif, si quelqu'un n'a jamais fait de droit de la fonction publique, ce n'est pas un problème. Il vaut mieux avoir les bases en droit administratif que de connaître tout le droit de la fonction publique.

J.-P. MAISONNAS : Justement je voulais venir à l'appui de ce que vous dites. Là où dans la pratique on voit les capacités des juristes à être bon ou mauvais, c'est dans l'urgence. Le juge administratif n'a pas encore l'habitude de l'urgence, jusqu'à encore récemment. Et aujourd'hui avec le droit des étrangers en pleine explosion avec des contentieux sur 24 heures, il faut quand

même une réponse sous 24 heures, on a là des magistrats qui sont dans l'extrême urgence sans aucun secours, parfois de manière complètement laconique, et là se dessine le vrai juriste c'est-à-dire celui qui a reçu l'instruction de base et qui lui permet de se retourner dans toutes les hypothèses. C'est pour ça que je suis d'accord avec l'aspect nécessairement général de l'enseignement.

P.-Y. VERKINDT : Pour aller dans le même sens sur l'importance de l'approche du général, d'une construction d'une aptitude à la réflexion, à l'imagination mais aussi apprendre à chercher, juste une anecdote. Je suis rentré au barreau – à l'époque il n'y avait pas encore l'école des avocats – après une maîtrise et le CAPA. Je crois que je n'oublierai jamais le premier dossier qui est arrivé sur mon bureau : c'était une injonction de payer. Je ne savais même pas que ça existait ; j'étais complètement tétanisé. Personne ne m'avait jamais parlé de cette procédure de base. J'ai donc fait comme beaucoup, j'ai pris mon code de procédure civile, et j'ai passé une demi-journée à faire mon acte, ce qui était assez peu rentable. Ce que je veux dire par là, c'est que la distinction dans laquelle on nous implique entre la recherche et la professionnalisation, entre les master recherche et les master pro, n'a pas beaucoup de sens en réalité. L'apprentissage de la recherche, l'apprentissage de l'imagination, se fait aussi bien dans un master recherche que dans un master pro, et la pire des choses serait de penser que le master pro serait uniquement destiné à forger ce que Christophe [JAMIN, N.D.L.R.] appelait les bons petits soldats du droit, c'est-à-dire des gens sans imagination qui vont appliquer des recettes. Je sais que la distinction pro/recherche a du plomb dans l'aile et j'espère qu'elle va cesser un jour parce qu'elle a enfermé aujourd'hui des enseignements dans des rubriques qui ne paraissent pas avoir beaucoup de sens par rapport aux nécessités de l'application du droit aujourd'hui, y compris dans les professions.

P. ANCEL : Ce que j'entends me fait penser à une phrase que j'ai trouvé dans un des textes que vous nous avez transmis. Il est écrit : « je ne donne pas le poisson à manger aux étudiants, j'apprends aux étudiants à le pêcher ». J'en ai une autre version que j'écris au tableau à chaque fois que je commence mes cours de premier cycle – on m'a présenté ça comme un proverbe chinois. J'écris toujours au tableau : « le maître dit à l'élève où est le puits et où se trouve le seau, l'élève va puiser l'eau dans le puits ». Et je trouve que c'est un petit peu cela que j'essaie de faire. Plutôt que de gaver mes étudiants de l'eau qui, de toute façon, croupira très vite compte tenu du renouvellement continuel ; essayer de leur apprendre effectivement à puiser l'eau dans le puits. Et je crois qu'il faut peut-être aller plus loin et leur dire aussi qu'il y a beaucoup de puits où il y a de l'eau à puiser et qu'ils peuvent peut-être creuser eux-mêmes de nouveaux puits. C'est là que l'imagination entre en jeu, pour trouver les solutions aux multiples problèmes qui leur sont posés dans la pratique. Je crois que l'objectif principal, c'est permettre l'adaptation des étudiants quand ils sortent, quand ils vont dans la vie professionnelle.

C. JAMIN : Un mot simplement… Tu ne savais pas, Pierre-Yves, ce qu'était une injonction de payer au moment où tu as commencé à exercer la profession d'avocat. À quoi ta formation t'avait-elle servie pour comprendre ce qu'était cette injonction de payer et la manière dont tu voulais t'en servir ? Et est-ce que tu as plus appris par l'expérience que tu as acquise dans le cabinet d'avocat plutôt que sur les bancs de la faculté ? Je dis la même chose autrement : beaucoup de membres du Conseil d'État ne sont jamais passés par la faculté de droit, mais ont eu une formation généraliste de très bonne qualité. À chaque fois que j'ai le plaisir de discuter avec eux, ils me disent à peu près tous que c'est durant les premières années passées au Conseil d'État à travailler de manière intense sur des dossiers, qu'ils ont à peu près tout appris. Qu'on me comprenne bien, je ne suis pas en

train de faire l'apologie du Conseil d'État ou de dire que les études de droit sur les bancs d'une faculté ne servent à rien. Ce que je veux dire, c'est que la description de la nature juridique de l'injonction de payer dans un manuel ou l'apprentissage abstrait de ce qu'est un billet à ordre sans réelle référence à la pratique est non seulement bien ennuyeux, mais ne permet pas de saisir toutes les dimensions du droit.

V. FORRAY : Et même – je caricature délibérément – à quoi servent ces études s'il s'agit de se dire : « après toutes ses années, je sais ouvrir un code et chercher à l'intérieur… ».

Je voudrais poser une question à Geneviève Gondouin. Est-ce que votre expérience dans la juridiction administrative vous conduirait à changer votre manière d'enseigner si, demain, vous reveniez à la faculté ?

G. GONDOUIN : Je pense qu'en première année, je ne changerais pas mon enseignement, parce que je fais du droit constitutionnel, donc je ne vois pas à quel moment je pourrais expliquer en droit constitutionnel, ce que fait le juge administratif. Pour la première année, je resterais dans les principes de droit constitutionnel, mais je sais que j'éviterais à tout prix les détails, les détails inutiles. Mais ensuite, à partir de la 4e/ 5e année, donc à partir du master, alors je crois que je ne voudrais plus faire de cours magistral -et on revient sur ce que l'on disait ce matin. Mais se pose alors le problème des moyens. Je pense que les cours en amphi à partir de la 4e et de la 5e année, c'est dépassé et qu'il ne faut plus en faire. Il ne faudrait faire que des conférences de méthode avec des études de cas.

M. BOUDOT : Je crois qu'on est tous d'accord pour dire que l'enseignement des détails est inutile. Maintenant la question est : « doit-on enseigner de la théorie ou des généralités ? » Est-ce qu'on doit enseigner la philosophie et la théorie du droit ou bien des principes généraux ?

Réponse : Pourquoi pas les deux ?

M. BOUDOT : Pour l'instant, on ne fait que des généralités ; on enseigne ni philosophie, ni théorie du droit…

P. ANCEL : … Ou on le fait plus tard.

M. BOUDOT : Or nos étudiants sont prêts, en première année, à étudier la philosophie : ils sortent de terminale, et c'est le seul endroit, le seul moment, où ils entendent parler de droit et de justice : dans un cours de philosophie. Et nous, en première année, on considère que la philosophie, c'est trop difficile pour eux… ou pour nous…

Donc, soit on fait des généralités – mais ça revient à enseigner des détails finalement – soit on fait de la théorie du droit et de la philosophie, de l'anthropologie, de la sociologie, c'est-à-dire des humanités. On se retrouve finalement à se poser la question : mais, bon sang, est-ce que Sciences po a raison ?

P. ANCEL : … Et Sciences po, si j'ai bien compris ce que disait Christophe [JAMIN, N.D.L.R.] ce matin, complète cette formation théorique, vraiment théorique, par une formation sur dossiers, et donc il y a une sorte de grand écart entre deux formations : de la vraie théorie et de la vraie pratique.

G. GONDOUIN : Je voudrais simplement faire une remarque parce que j'ai été interpellée par la question : « est-ce que c'est utile ? » Je voudrais bien que l'on me comprenne. Je n'ai pas dit que ce que j'avais fait avant était inutile, j'ai dit que ce que j'avais fait avant ne m'avait pas préparée à ce métier, c'est tout à fait différent, et je crois que rien ne peut y préparer. Quand je me suis retrouvée pour la première fois en audience de reconduite à la frontière, j'ai pris conscience que je pouvais annuler toute seule un arrêté préfectoral, un acte de la puissance publique. La salle d'audience est pleine ; vous avez un étranger en face de vous qui raconte un bout de sa vie – qui est épouvantable – et vous vous dites : « mais moi je n'ai pas été préparée à cela ». Humainement, je n'ai pas été préparée à cela. Je peux bien savoir qu'il y a la légalité

interne, la légalité externe, la convention européenne des droits de l'homme et tout d'un coup, j'ai quelqu'un en face de moi qui me dit : « mais moi, si on me renvoie chez moi, je vais me faire tuer ». Je veux faire cette précision pour qu'il n'y ait pas d'erreur et j'ai eu peur à un moment donné que l'on dérive un peu. Tout ce que j'ai appris ou enseigné à l'Université, bien sûr, constitue mon fond de connaissances, mais le métier lui-même, tout ce que j'ai fait ne pouvait pas m'y préparer et même ce que j'ai vu au Conseil d'État, parce qu'au Conseil d'État, on ne juge pas comme en première instance.

É. MILLARD : Même si on avait un enseignement clinique ?

G. GONDOUIN : … Et bien, je n'ai pas eu d'enseignement clinique.

É. MILLARD : … L'enseignement qui consiste à mettre dans cette situation les étudiants et les professeurs.

G. GONDOUIN : Peut-être…

M. XIFARAS : … Et même si en parallèle à l'enseignement clinique, vous aviez eu un cours intéressant de relations internationales sur les enjeux politiques des migrations et un cours de philosophie sur le cosmopolitisme ?

G. GONDOUIN : Non, c'est tout à fait différent. Juge de la reconduite à la frontière, j'ai passé des nuits à ne pas dormir. Quand, entre l'audience et le lendemain, je me disais : « il faut que je prenne le jugement toute seule ». Vous avez en face de vous quelqu'un dont vous avez bien conscience que vous êtes son seul recours et qu'il n'y a plus rien après. Et il vous dit : « moi, j'ai vu mon père qui a été coupé à la machette, moi j'étais planqué dans le plafond et j'ai pu m'échapper en camionnette avec quelqu'un ; on m'a mis avec mon frère dans un avion, on est venu d'Angola, et puis on s'est retrouvé sur le trottoir à Lyon et puis, on a pu être récupéré par une association humanitaire ». Alors il faut faire la part des choses. Est-ce que c'est crédible ? Est-ce que c'est vrai ? Est-ce qu'il y a des éléments dans le dossier ou autres ? Et vous vous préparez petit à petit. Sauf que lorsque vous travaillez en collégiale, les collègues vous préparent et vous épaulent, mais quand vous êtes tout seul c'est autre chose.

L'enseignement du droit dans les écoles d'avocat

Par Jean-Pierre MAISONNAS*

Propos préalables

À l'examen global de la matière, le professionnel chargé de l'enseignement de ses pairs pressent un double constat :

- L'argent a investi le savoir.
- La distinction théorie/pratique semble plus que jamais d'un maniement fort délicat.

Laissons à d'autres, plus compétents, l'appréciation générale de ces phénomènes aux plans économique, sociologique ou philosophique. Sur le seul terrain pédagogique, nous nous limiterons à des apports ponctuels issus de l'expérience tout en restant dans notre champ d'investigation : les Écoles d'Avocats.

Il convient aussi préalablement de bien rappeler que notre propos pourrait se trouver bouleversé en profondeur si subitement le Pouvoir Politique décidait, ainsi qu'il en est actuellement discuté conformément à nos souhaits, d'ouvrir les portes de l'École à d'autres professionnels.

Introduction

Jusqu'en 2005, la formation des avocats se concentrait autour d'un principe simple : l'essentiel s'effectuait en cabinet d'avocats sous forme de stage d'une durée de 3 à 5 années. Pendant ce délai, l'avocat-stagiaire ne pouvait pas s'installer ; il devait suivre des cours de formation complémentaires (notamment de déontologie) dispensés par des Centres de Formation locaux puis régionaux, (comprendre par Cour d'Appel), d'où la dénomination encore en vigueur par pure convenance CRFPA (Centre Régional de Formation Professionnelle d'Avocats). Le CAPA (Certificat d'Aptitude à la Profession d'Avocat) s'obtenait soit à l'issue de l'IEJ soit plus tard après une brève formation dans les « Centres ».

Sous l'impulsion d'une poignée d'avocats et d'un syndicat le système a été bouleversé par la loi n° 2004-130 du 11 février 2004 et le décret n° 2004-1386 du 21 décembre 2004 sans que la profession, qui y était hostile (et le demeure) eût été consultée sérieusement.

Dorénavant donc :

- Le « stage » est supprimé de sorte que l'avocat peut s'installer dès la réussite au CAPA.
- Le CAPA ne s'obtient qu'à l'issue d'une scolarité de 2 ans après l'IEJ ou le doctorat découpée

* Avocat, Président de l'École Rhône-Alpes Gap des avocats.

en trois périodes de six mois chacune consacrées à l'étude des « fondamentaux », à un PPI (Projet Pédagogique Individualisé) généralement un stage en entreprise ou en juridiction ou le suivi d'un M2 et un stage en cabinet d'avocat.

- La formation aboutissant au CAPA, dite « formation initiale », est dispensée dans des Écoles « Régionales » correspondant cette fois-ci au regroupement (farfelu parfois) des anciens Centres de plusieurs Cours d'Appel ou de départements (L'EDA de Lyon regroupe les Cours de Lyon, Grenoble et Chambéry ainsi que le département de l'Ardèche) ; les onze écoles françaises bénéficient d'un monopole ;
- L'avocat déjà installé est astreint à une formation permanente obligatoire, dite « formation continue », de 20 heures par an. Les Écoles n'ont aucun monopole.

Cette réforme a donné lieu, dès sa création à des dérives diverses. Elle est actuellement très vivement contestée à l'exclusion de la formation continue. Le rapport DARROIS envisage d'ailleurs, sans le dire vraiment, la suppression des Écoles d'Avocats et leur remplacement par des « Écoles des Professionnels du Droit » qui regrouperaient toutes les professions pour une formation commune avec des matières optionnelles d'une durée d'un an. Après obtention du CAPA, l'avocat deviendrait « collaborateur-stagiaire » pendant un an, astreint alors à des obligations de formation dans une École (le rapport ne dit pas laquelle), ce qui, là encore en dépit des précautions sémantiques, ressemble à s'y méprendre à un retour en arrière.

Ce rapport présente le mérite de pointer du doigt un certain nombre de dysfonctionnements dans l'enseignement du droit y compris de l'Université ou de l'enseignement français en général. Les Écoles n'échappent pas à ces problèmes.

Néanmoins, les difficultés s'avèrent extrêmement différentes selon qu'il s'agit de formation initiale ou de formation continue. C'est pourquoi, il convient de distinguer l'enseignement du droit dans chacune de ces deux branches même si la présentation en paraît de suite dénuée d'imagination.

Sachez que de toute manière, le système se cherche aujourd'hui. Le CNB (Conseil National des Barreaux, organisme national) grâce à sa nouvelle équipe, issue de la mandature élue en 2009, procède actuellement à marche forcée à une refondation complète. Le sentiment personnel que l'on peut dégager de ce bouillonnement actuel serait plutôt que la formation initiale est à bout de souffle tandis que la formation continue connaîtrait plutôt une nouvelle jeunesse.

Ainsi l'examen de l'enseignement du droit dans les EDA s'entend-il nécessairement de :

- La formation Initiale : à bout de souffle ? (I)
- La formation Continue : un nouveau souffle ? (II).

I. La formation initiale, à bout de souffle ?

La gageure est double :

- D'une part, Grande École certes, l'EDA est hélas probablement celle située le plus en aval des cursus longs universitaires. De la sorte, elle hérite de toutes les tares du système en amont.
- D'autre part, école pratique, l'EDA doit former un avocat alors que s'il existe une seule profession il existe de multiples métiers. Curieusement ainsi, l'École s'évertue à fabriquer des avocats généralistes à partir de… spécialistes universitaires !

La formation initiale est donc malade tout à la fois du poids de cette succession non négociable (A) et d'une absence de visibilité à terme sur l'objectif réellement poursuivi (B).

A. Un passif sans bénéfice d'inventaire

Nous nous cantonnerons à égrener, dans le fond comme la forme, les forces rétrogrades et de proposer des solutions.

1. Dans le fond

L'enseignement universitaire en amont de l'EDA souffre d'un mauvais calibrage, soit sous-dimensionnement soit sur-dimensionnement.

a. Le sous-dimensionnement

- **L'humanisme** se révèle en perte de vitesse bien en amont de la faculté ; le français, l'histoire, la culture générale s'affaiblissent constamment. L'enseignement de masse a non seulement produit une chute du niveau général mais, à l'opposé même de ses objectifs, de profondes inégalités selon les origines sociales. À l'université le droit romain disparaît peu à peu, lui qui explique sans doute le plus gros pourcentage de notre législation ! L'EDA doit rétablir un niveau, notamment en français et en philosophie, ce qui n'est pas son rôle et n'est pas prévu par les textes, tout en jouant sur les inégalités.
- **Le droit communautaire matériel et le droit fiscal** : le droit communautaire, pourtant fondamental, paraît enseigné parfaitement sur le plan institutionnel plus rarement au plan matériel ; le droit fiscal quant à lui fait l'objet de peu d'attentions soit directement pour le faire-valoir, soit indirectement pour l'introduire dans toutes les matières car il est par hypothèse transversal (droit de la famille, droit civil des successions, droit des assurances etc.).

À l'inverse, certains pans de l'enseignement en amont de l'EDA semblent sur dimensionnés.

b. Le surdimensionnement

- **Le dogme de la jurisprudence** paraît prégnant alors que tout avocat sait bien ou apprendra vite que la jurisprudence, loin de former le droit, se constitue d'une « auberge espagnole ».
- **Le dogme de l'idée révolutionnaire** pèse lourd également dans le déficit de vision historique des élèves avocats car l'enseignement tend à faire admettre qu'avant la Révolution il n'était rien (sauf Rome) ; pour la bonne conscience, il est souvent fait une brève référence à l'Ancien Régime puis enfin l'Histoire démarre au XIXe siècle. Il est temps de remarier la France juridique avec l'époque des Parlements.

2. Dans la forme :

Là encore, l'EDA souffre de deux travers :

a. L'absence de coordination nationale

Cette carence est constante :

- **À l'entrée** : il n'existe aucun rapport entre les IEJ, ni en termes de sujets posés, de corrections et d'objectifs ; l'EDA reçoit, des élèves d'horizons extrêmement divers et se voit contrainte de réaliser des groupes afin au moins de ne pas affaiblir les plus forts !
- **Dans le cours des études** : il n'existe que des « recommandations » du CNB qui ne peuvent tout envisager et ne fournissent aucune véritable définition des « fondamentaux » que les Écoles interprètent à leur guise. Un programme national permettrait d'unifier un peu l'enseignement. L'avocat peut, selon l'École dont il est issu, se révéler très différent d'un autre. Tel n'est pas le but ! Que dire des contrôles continus ?
- **Au niveau du CAPA** : organisé régionalement cet examen est délivré à 98 % des prétendants. Présente-t-il, en l'absence de toute note éliminatoire,

le caractère d'un vrai diplôme (pourtant recherché par le monde de l'entreprise) ? En outre, il n'existe aucun sujet national, ni consignes de correction de sorte que l'inégalité règne en maître. Enfin, l'examen est réalisé aux frais des Écoles pour un montant très important au détriment des capacités pédagogiques (60.000 € par an en Rhône Alpes).

b. Le drame de l'hyperspécialisation précoce

La commission DARROIS relate également ce problème qui renvoie à la stratégie des Universités : professionnalisation ou non ?

L'hyperspécialisation précoce pose plusieurs difficultés de formation des avocats :

- Comment en faire des généralistes du barreau ? Comment, en effet, enseigner la procédure pénale pratique à celui qui n'en a jamais étudiée la théorie ou les subtilités du procès civil au publiciste effréné ?
- Comment en faire des humanistes avant que des techniciens ?
- Comment éviter la déception et le départ de la profession d'avocat trop mal payée pour la science que ces étudiants croient détenir ?
- À quoi bon la spécialisation à outrance si les élèves n'ont aucune intention de mobilité géographique, ce qui se vérifie hélas ?

Ainsi se dessine le trouble majeur : former des avocats, oui, mais quels avocats pour demain ? Nul ne fournit de réponse. La stratégie manque singulièrement de limpidité.

B. Une stratégie myope

Il est demandé aux Écoles d'enseigner le droit à de futurs avocats mais sans savoir ce dont cet avocat aura besoin (1). Il est demandé aussi une pédagogie pratique en dépit d'une multitude de limites (2).

1. Quel avocat demain ?

La stratégie de l'enseignement se doit de poser deux questions : y aura-t-il un unique avocat et, sinon, comment adapter l'élève au marché qui se dessinerait alors ?

a. Unicité de profession et pluralité de métiers

Quelle ressemblance entre un avocat installé seul et acceptant l'aide juridictionnelle pour des affaires familiales notamment et celui qui, associé dans une grande structure nationale, part en Chine négocier des contrats internationaux ? Comment l'École peut-elle concilier les deux ?

b. L'adaptation au marché

- Première difficulté : la question jamais résolue du ***numerus clausus*** qui révolutionnerait les études et serait peu souhaitable au regard de la diversité des avocats.
- Deuxième difficulté : **les secteurs en déshérence**. Le droit fiscal, pour des raisons d'âge des professionnels spécialistes, et le droit public, ce mal aimé, n'auront bientôt plus assez d'avocats au regard de la demande. L'École ne peut l'ignorer. Elle s'évertue, contre son rôle, à former des spécialistes ou à susciter des vocations.

À supposer d'ailleurs que ces questions trouvent des réponses positives, encore les Écoles devraient-elles surmonter certaines limites.

2. Les limites à toute pédagogie

Les contraintes sont d'ordre financier ; elles ont une conséquence sociale.

a. Les contraintes budgétaires

- La formation pratique exclut pour bonne part les amphithéâtres. Mais créer des ateliers d'une vingtaine d'élèves représente un coût important puisqu'il faut multiplier par un coefficient de 20,

d'une part, les locaux d'enseignement et d'autre part, les enseignants. En revanche, ce qui ne facilite rien, le tarif est fixé nationalement à un prix unique (1 600 € pour deux ans) non négociable. Le rapport DARROIS aggraverait encore la situation en créant des postes d'enseignants permanents.

- Le caractère strictement privé des Écoles financées par les cotisations des barreaux et le FIFPL pour l'essentiel limite encore plus la marge de manœuvre, tout en démontrant le désengagement du service public.

b. Les limites sociales

Elles sont gravement contraires aux principes de la République et tiennent à deux considérations :

- **Le risque de l'élitisme financier** : de tels coûts d'inscription après bac + 5 en moyenne, pour suivre une scolarité à assiduité obligatoire puis des stages à peine rémunérés en application de la Loi de Modernisation de 2006, pour des élèves dont l'âge moyen atteint 25 ans en première année n'est pas sans laisser craindre que l'accès ne soit réservé finalement à une élite financière, ce qui, d'une part, viole le principe d'égalité des citoyens, mais de surcroît n'offre aucune garantie d'élite intellectuelle et d'ouverture. Un système mal organisé de bourses ne suffit pas à obvier à ce danger.
- **Le risque de la désaffection** : le rapport NUGUE remis au CNB a, en son temps, démontré une chute considérable de l'attrait de la profession d'avocat. Les Écoles contiennent deux tiers de femmes qui de toute façon ne resteront pas plus de six ou sept ans dans cette activité. Les hommes préfèrent les secteurs scientifiques qui leur procureront plus vite des revenus plus importants et plus sûrs et des retraites tout autant meilleures que certaines. C'est la liberté même de choix de l'avocat qui se trouve alors en péril dans un avenir proche. L'avenir ? Qu'en est-il pour la formation initiale qui, contrairement à sa sœur jumelle, semble actuellement se remettre un peu.

II. La formation continue, un souffle nouveau ?

Pour l'essentiel, la formation continue dépend du sentiment qu'ont les avocats de son intérêt et de sa nécessité. Ce sont ces caractères qu'il faut donc rappeler sans cesse, même si pour l'instant le caractère obligatoire constitue un facteur puissant d'incitation. Il semble que tous les efforts n'aient pas été vains si l'on en juge par la crainte qu'elle inspire dorénavant aux initiateurs privés. Dès le départ, les types d'enseignement ont été assez vite cernés et corrigés mais à peine. En la matière on assiste plutôt à un éternel recommencement (A). Toutefois, depuis très peu, apparaissent de nouveaux vecteurs, sources de promesses d'amélioration (B).

A. L'éternel recommencement

Pour dispenser la formation continue des avocats « l'organisme » doit recevoir l'homologation du CNB sauf pour les Écoles et les Ordres des avocats qui l'ont de droit. Les Écoles doivent donc désormais combattre la concurrence, situation inattendue dans l'enseignement. Celle-ci favorise-t-elle l'enseignement du droit (1) ? En tout cas, les Écoles utilisent toujours les mêmes méthodes qu'elles affinent (2).

1. Concurrence et amélioration de la formation ?

Pour mieux comprendre la situation il faut distinguer la personnalité des concurrents et les modalités de cette concurrence.

a. Quels concurrents ?

Les Écoles font face à trois séries de concurrents avec lesquels les combats ne sont pas de même nature ni d'efficacité identique.

- **La concurrence marchande** : souvent coûteuse mais aussi de qualité elle a parfaitement su s'adapter aux besoins du marché ; elle touche néanmoins, compte tenu de son coût, une minorité des avocats ; elle participe d'une amélioration de l'offre et contraint les Écoles à se bonifier.
- **La concurrence ordinale** : les grands Ordres ont eu tendance à organiser des formations de tous types, parfois même en anticipant une formation de l'École et souvent gratuitement ou à un prix réduit ; l'Ordre de Lyon a passé un accord avec l'EDA. Cette dernière est la seule en charge de la formation ; l'Ordre se réserve seul tous les grands colloques relatifs à la profession et sans but formatif. Il a pu arriver, si les Écoles ne remplissaient pas vraiment leur mission, que les Ordres pallient cette carence. Sinon, cette concurrence n'a pas d'incidence positive sur la qualité de la formation, le seul objectif poursuivi étant celui de la publicité.
- **La concurrence interne** : certains cabinets reçoivent l'homologation ; ils doivent « ouvrir » leurs formations internes à tous les avocats, ce qu'ils font à la manière d'un alibi pur et simple ; les avocats concernés échappent totalement à l'EDA ainsi, ce qui est plus gênant, que les besoins qu'ils pourraient exprimer et qui pourraient bénéficier à tous (est-ce le problème ?). Ainsi l'éducation égale pour tous ne devient-elle qu'un principe désuet. Il existe aussi une concurrence émanant d'avocats individuels ou regroupés qui ont cru trouver par ce biais un complément de recettes. Ils ne présentent guère de danger car pour être rentables leurs formations doivent passer par la location de salles, tellement coûteuse que l'École représente toujours une alternative intéressante. Ces deux modes n'ont aucune incidence positive sur la formation.

Encore convient-il de déterminer de quel type de concurrence il s'agit.

b. Quels moyens de concurrence ?

- **La concurrence par le prix ou la gratuité** : la gratuité a une incidence immédiate dans la mesure où la formation est obligatoire. Rappelons que la loi rend obligatoirement gratuites les formations de déontologie (les séances sur les honoraires bénéficient ainsi d'un grand public) ; la tendance monopolistique n'existe que dans un cas en France, à Nanterre, où les cinq plus grands cabinets ont leurs sièges et concentrent l'essentiel des avocats des Hauts de Seine. Ces sociétés organisent des formations internes. Nous ne connaissons pas, en l'état, l'impact de cette situation exceptionnelle sur la formation.
- **La concurrence par le contenu** : il serait d'évidence quelque peu prétentieux de définir ce qu'est une « bonne » ou une « mauvaise » formation. Il apparaît toutefois nécessaire d'établir un outil statistique qui permettrait de connaître d'une part les besoins et d'autre part le sentiment des avocats sur leur formation. Les Écoles procèdent mais sans aucune centralisation ni exploitation véritable à l'aide des « fiches d'évaluation » remplies par ceux qui assistent, s'ils le veulent bien, et si leurs propos sont crédibles (nous avons vu une fiche d'université d'hiver ainsi libellée : « bel homme » !). En outre, le questionnaire s'avère délicat à mettre au point.

Avec ces instruments de bord, il deviendrait donc possible d'affiner encore les méthodes utilisées.

2. Les méthodes en cours d'affinement

Certaines sont en voie d'extinction. D'autres, à l'inverse, en pleine expansion. Ce n'est pas un phénomène de mode mais bien plutôt le fruit d'une expérience somme toute récente. Il faut réserver le cas du colloque qui ne relève pas spécialement de la formation *stricto sensu*. Il s'agit souvent d'un exercice intellectuel, de haute élévation, qui comporte beaucoup d'invités et que les avocats fréquentent finalement peu. Ce genre de manifestation s'avère très lourd à organiser et souvent déficitaire. L'EDA peut participer à l'occasion mais de façon ponctuelle.

a. Vers la suppression

- **Les formations de courte durée**: la loi limite à deux heures le minimum de durée des formations pour bénéficier de l'homologation. L'engouement initial pour ces faibles durées semble s'anéantir lentement au moins dans les grandes villes. Il faut en effet pour atteindre le total obligatoire suivre DIX FOIS des formations avec les déplacements correspondants et le temps perdu en transports. En outre, le contenu en si peu de temps, ne peut qu'être moindre ou ressenti tel. L'EDA Rhône-Alpes a complètement supprimé cette méthode.
- **Les cours magistraux**: les avocats semblent privilégier selon la terminologie moderne l'interactivité. Le cours depuis la chaire rappelle trop l'université et rend, il est vrai, l'exercice trop académique pour constituer une formation permanente. D'autres méthodes permettent d'agrémenter celle-ci de manière positive. Elles sont en expansion.

b. En expansion

- **Le binôme**: la formation est dispensée par un avocat et un universitaire ou un professionnel tiers (fonctionnaire, médecin par exemple); les « fiches d'évaluation » démontrent la montée en puissance de cette méthode qui allie le magistral et le pratique.
- **L'actualisation**: il s'agit là du cœur même de la formation continue telle qu'on pourrait l'entendre restrictivement. Ce n'est pas un hasard si bénéficie des suffrages cette méthode dans des matières où la jurisprudence nous a habitués à des soubresauts constants ou bien dans lesquelles le législateur excelle en production (le droit social, droit des baux commerciaux)
- **L'Université**: l'EDA Rhône-Alpes a inauguré il y a trois ans une Université d'été et l'année passée une Université d'Hiver. Il s'agit de cumuler sur quatre jours un grand nombre d'enseignements dans diverses matières en même temps sur un schéma toujours identique: une formation plutôt théorique le matin avec des enseignants connus non parce qu'ils sont avocats mais compétents et des ateliers l'après midi en nombre de public restreint.
- **La convivialité**: il apparaît nettement de toutes les investigations menées que les avocats apprécient de pouvoir se retrouver en ces occasions autour d'un repas. Il est de plus en plus fréquemment donc proposé des formations d'une journée complète interrompue pour le déjeuner (partiellement compté en heure de formation).

Mais les Écoles continuent leurs recherches, comme le CNB, et se sont emparés de moyens nouveaux de formation.

B. L'émergence de médias prometteurs

Il en est deux au moins en cours d'investissement par l'EDA.

L'e-learning

Cette formation informatique qui inclut le contrôle du temps passé est utilisée par l'EDA en matière de complément de langues vivantes (50 heures en « présentiel » et 50 heures sur ordinateur).

Le CNB envisage de généraliser cette méthode pour d'évidentes raisons de coût ; le présentiel serait maintenu en complément cette fois-ci de l'e-learning.

L'e-learning a tendance à s'appliquer de plus en plus en matière de formation initiale.

L'École de Paris a mis au point une formation à la déontologie et celle de Marseille, une sur la procédure pénale.

Le danger provient en l'espèce du risque de confusion entre coût de réalisation fort élevé et intérêt pédagogique. Il est à craindre que les promoteurs de certains logiciels n'aient pas compris qu'il n'y avait aucun rapport…

La visio conférence

Coûteuse et contraignante en termes de plages horaires pour ceux qui n'en sont pas équipés et doivent recourir aux services de tiers (juridictions notamment), elle demeure très avantageuse en termes de convivialité, de maniement et de désenclavement. L'EDA est la première à l'utiliser. Les essais sont terminés et devraient permettre la formation d'avocats ardéchois et hauts alpins. Elle doit servir également à exporter le droit français, en Arménie prochainement.

Enseigner et penser le droit avec des « non juristes » et avec des juristes qui doutent

Par Gilda NICOLAU*

> *Faire l'expérience de quoi que ce soit, qu'il s'agisse d'une chose, d'un être humain ou d'un dieu, signifie qu'on le fasse venir à notre encontre, nous affecter, nous tomber dessus, nous bousculer et nous changer.*
> Martin Heidegger, Traduction de Pierre Legrand[1]

Ce titre n'est que le résumé de ma vision de vingt-cinq années d'expériences d'enseignement, de recherche et de responsabilités administratives, dans six universités françaises en province, à Paris, et outre mer, et particulièrement depuis peu, auprès de jeunes chercheurs étrangers et français, ensemble. Il convoque l'essentiel de ce qui fait ma conception de l'enseignement et de la recherche, et se suffirait à lui-même moyennant un petit exercice herméneutique, si je n'étais ici pour introduire, avec mes deux collègues spécialistes du droit vivant[2] Geneviève Pignarre et Antoine Jeammaud[3], une table ronde, relative aux relations entre enseignement et recherche.

Je n'irai pas par quatre chemins. L'opposition entre enseignement et recherche est fausse, ou en tout état de cause, n'est posée que pour évaluer et gérer la carrière des chercheurs-enseignants et enseignants-chercheurs, entre université, écoles et CNRS. On sait en effet que les universitaires ont des obligations de service d'enseignement statutaire, que les chercheurs n'ont pas, même si ces derniers enseignent bien souvent, ou tout au moins communiquent, et colloquent ensemble, pour des raisons qui vont être soulignées ici.

Ainsi, l'enseignement en tant que tel est une activité de recherche, sauf à considérer que le soit dit enseignant est un simple répétiteur ; quand on enseigne, on se pose énormément de questions, y compris sur soi-même, et on est confronté aux questions et donc aux

* Directrice du master 2 recherche en droit comparé, spécialité anthropologie du droit de l'université Paris 1 Panthéon Sorbonne, co-directrice du laboratoire d'anthropologie juridique de Paris (LAJP).

1 Pierre Legrand, « Au lieu de soi », in Pierre Legrand (dir), *Comparer les droits résolument*, PUF, les voies du droit, 2009, p. 35, note 39. Pierre Legrand dirige la spécialité « Études juridiques comparatives » du master de droit comparé précité.

2 Le droit du travail, un des lieux d'observation privilégiés des changements de société à venir.

3 Le point de départ de ce propos est la lecture de sa contribution « Une typologie des activités savantes prenant le droit pour objet », *Sciences de l'homme et de la société* n° 54 « la recherche en sciences juridiques », mai 1999.

représentations des autres, ne serait-ce qu'à leur perception de l'enseignement et de la recherche eux-mêmes[4]. Le questionnement sur les conceptions-représentations des choses, leur cadre, historique et culturel, et leur rapport à soi-même, est l'élément clé, tant de la démarche de recherche, que de celle d'enseignement. Transmettre un savoir n'est pas autre chose que transmettre l'envie, le goût, la nécessité vitale de chercher, bref, pour le chercheur, comme pour le pédagogue, le sens est le chemin.

Il me semble à cet égard que l'anthropologie juridique, que j'enseigne désormais, n'est que l'aboutissement de cette symbiose, et ce, à quelque niveau d'échelle que ce soit, jusqu'au colloque singulier avec l'autre en soi.

En ce sens, l'enseignant ne peut que transmettre ce qu'il s'applique à lui-même. Pour transmettre, l'obligation de bonheur (ou recherche de l'expérience optimale) est un requis indispensable, du moins si l'on compte avoir des résultats, et il me semble, peut-être naïvement, que nous ne sommes pas payés pour exclure. Il y a là un engagement primordial, dont l'amitié payée en retour est le contre don en jeu[5]. Avant tout, être lucide sur le fait que l'on ne plaît pas à tous, et sur l'importance de la dimension affective dans la transmission. À cet égard également, opposer enseignement et recherche, signifierait que l'enseignement doit être l'implémentation (dans le disque dur de nos têtes blondes) de certitudes par un dominant sur des dominés, ce qui est une caricature tant de la notion de savoir que de relation humaine. Ceci pour ne parler que de la relation avec l'étudiant, car on peut aussi, bien sûr, réfléchir le droit avec ses pairs si l'emploi du temps de chacun le permet, ainsi en coordonnant des équipes de chargés de travaux dirigés, mais également lorsqu'on en a le privilège, avec des collègues étrangers, voire avec des non-juristes parmi lesquels des sachants, issus de peuples qui ne ressentent même pas le besoin d'enseigner le droit et de l'isoler des autres normes[6].

4 Le frère d'une amie me faisait la remarque suivante au moment des grèves qui ont secoué l'université à l'annonce de leur privatisation annoncée : « On ne comprend pas ce que vous faites… Ne serait-il pas plus simple de dire que vous préparez vos cours ? ». Je lui répondais que l'essentiel se passe pendant et après, bien que cela participe en effet, à l'amélioration des cours suivants.

5 Marina Eudes, « Que signifie « L'engagement » pour un universitaire ? », Véronique Champeil-Desplats et Nathalie Ferré (éd), *Frontières du droit, critique des droits, Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, droit et société, recherches et travaux n° 14, 2007, p. 331. Pour l'amitié, le beau témoignage dans le même ouvrage de Jean Claude Colliard, « Je te fais une lettre. », *ibid.*, p. 375 *sqq.* Un hommage personnel à Monique Chemillier-Gendreau, dont on visitera le portrait documentaire réalisé par les studios de cinéma de Paris 7, à Régine Dhoquois, et à Ramdane Babadji.

6 À cet égard, lorsque l'on se penche sur la question traitée par des collègues étrangers, il est remarquable de noter l'indexation des propos au contexte culturel. Par exemple, un collègue juriste européen traitera de la globalisation en termes de droit international, et en termes de pluralisme soft (ou pluralisme juridique des juristes), tandis qu'un collègue sud-américain, davantage confronté à la diversité sous toutes ses formes, reliera plus volontiers le local et le global, et se positionnera en termes de démocratie, de dialogue transculturel des droits l'homme, de médiation. A ma connaissance, pour l'université allemande, cf. Christophe Wulf, *Anthropologie de l'éducation*, L'Harmattan, coll savoir et formation, p. 209 *sqq.* : « L'interculturalité, Nouvelles missions des formations universitaires ». Au Brésil, (et pour dia-loguer avec la communication de Wellerson Miranda Pereira, dans ce colloque), cf le travail inédit et remarquable de Miracy Barbosa de Sousa Gustin, et notamment sur le sujet, « (Re) pensando a inserçâo da universidade na sociedade Brasiliera atual », in José Geraldo de Sousa Jr et *alii* (org) *Educando para os Direitos humanos- pautas pedagogicas para cidadania na universidade*, disponible sur http ://www.dhdnet.org.br/memoria/posters :brasil/brasil/html. De la même auteure avec Maria Tereza Fonseca Dias, *(Re-)pensando a pesquisa juridica : teoria e pratica*, 2e ed, Belo horizonte : Del Rey, 2006.

Il y a aussi des Européens qui voyagent et écrivent dans plusieurs langues ! On visitera à cet égard avec profit le site DHDI de Christoph Eberhard, et parmi ses derniers écrits « Préliminaires pour des approches participatives du droit, de la gouvernance et du développement durable, *RIEJ* 2009.62, p. 125 *sqq.*, et « Le dialogue interculturel : outil et horizon d'action pour s'ouvrir à l'altérité dans les politiques publiques et les services sociaux ? » in Gilda Farell/Conseil de l'Europe (dir), *Accommodements institutionnels et citoyens dans les sociétés à pluralité identitaire ou hétérogène : concepts, cadres légaux et politiques pour vivre ensemble dans la diversité,* à paraître, 2009. De même pour les lecteurs anglophones, le site de Pierre

Je crois pourtant, en la quête d'équivalents conceptuels ou fonctionnels dans les autres civilisations, de ce que nous nommons droit, et en la comparaison des différents *homo juridicus*[7].

Revenons, près de nous, au royaume de l'exogénèse, qui depuis environ le XVIIe siècle a consacré en Occident la prééminence du droit écrit, de la preuve écrite du droit. Pour y être considéré (ou déconsidéré – ce qui équivaut à faire de la considération une valeur) comme chercheur, il faut aussi publier, le faire utilement, et même valoriser ses publications. Ceci pose aussi la question du contrôle scientifique de cette valeur et du double arsenal de pouvoir que constitue la présence des mêmes décideurs dans les jurys d'attribution des qualifications pour l'université et dans les revues, sans contre-pouvoirs équivalents. Mais cela mériterait un autre colloque, sans doute.

Nous le voyons, le problème est très indexé culturellement à un type particulier de société, dans laquelle nous nous trouvons, société qui s'apprête à affronter des défis inédits, qui remettent en cause la manière dont le droit va être mobilisé pour générer cohérence et sécurité, au sein d'un ensemble de lieux de productions juridiques de plus en plus éloignés de la monologie positiviste, globalisation et démocratisation obligeant (du moins faut-il le rêver, tout en gardant sa distance critique[8]).

Ce colloque pose plus de questions que je n'en ai jamais vu poser dans les universités, surtout si l'on compte que la plupart des rares contributions écrites par des juristes et relevant de ces préoccupations, sont antérieures à mon expérience. Il est vrai, ainsi que le souligne justement une de nos collègues[9] lors de l'un des colloques dédiés récemment à Jean Carbonnier, qu'aborder de manière critique ce genre de débat, n'est pas bon pour la carrière.

Pourtant, la prudence[10] est de mise dans les questions posées, alliant modération et souci pour la nature profondément violente du changement culturel. À méditer en soi, lorsque nous exportons notre droit, ou l'imposons avec autant d'ignorance que d'arrogance. Néanmoins, en sens inverse, l'improbable occidentalisation du monde entier, nourrit depuis plusieurs années les théories critiques du droit. De nouveaux mouvements émancipés du marxisme, nourris des études de genre, et assumant à la fois un idéalisme rationnel et un pragmatisme réaliste, constituent une myriade de postures critiques, côtoyant des masses d'individus atomisés et dépolitisés. En sciences sociales, l'évolutionnisme n'a plus cours et le développement durable devient social et éthique.

Il demeure que la réalité des perversions quotidiennes et insidieuses de la notion d'éthique comme de service public (ou encore d'intérêt général), ne sont pas moins problématiques que les changements violents précités. La première partie de cette journée, tournée vers les modalités de l'enseignement, a procédé à la recherche de modèles, et s'est servie de la comparaison, avec un penchant uniformisant de la démarche comparative, qui consiste à se rassurer, en appuyant le bien-fondé des ressemblances formelles, et à regarder les différences, au mieux pour s'en inspirer, ou les minimiser (puisqu'elles n'entrent pas dans nos catégories). On retrouve là le caractère ancillaire de l'autre-mouche-du-coche. Or la recherche, même si nous n'avons guère le choix que de partir d'un état actuel des connaissances, dans une

Legrand. Je citerai bien sûr au fur et à mesure la « sociologie des émergences » de Boaventura de Sousa Santos (Portugal) publiés également en Français, en Espagnol, et en Anglais.

7 Alain Supiot, *Homo juridicus-Essai sur la fonction anthropologique du droit*, SEUIL, La couleur des idées, 2005.

8 Roger Chartier, *Avant propos*, in Norbert Elias, *La société des individus*, Agora, Pocket, Fayard, 1987, p. 22,23.

9 Jacqueline Domenach, Colloque *Jean Carbonnier. Le droit, les sciences humaines, sociales et religieuses*, Raymond Verdier (dir), Paris ouest- Nanterre La Défense, 7, 8 novembre 2008, à paraître.

10 Objectif de la revue oblige.

culture et une langue, fût-ce pour les déconstruire, en réinterroger les cadres, ré-ouvrir les possibles, ne devrait pas obéir à cette propension à la normalisation. Cette question en amène une autre, qui est celle des manières dont nous faisons de la recherche, et de nos rapports avec le pouvoir (et donc avec l'argent). Là où l'on consacre la liberté, il n'en reste déjà plus grand-chose : des principes, et du gaspillage. Combien d'ineffectivités justifiées par la mise en adéquation des textes par les acteurs, pour des monceaux de lettres mortes dans l'œuf ? Le devoir-être juridique est la plupart du temps bien loin des réalités[11].

Le problème de l'enseignant-chercheur en droit, est donc bien celui du grand écart entre sa fonction immédiatement utile qui est de former des juristes opérationnels pour sa génération, alimentée au besoin des réflexions de la pratique, et sa fonction de chercheur qui devrait, au nom de la liberté juridiquement consacrée, lui autoriser toutes les audaces prospectives. Or, cette liberté semble écrasée, tant par le vent d'uniformisation qui affecte la première, que par son asphyxie financière, et non accessoirement par l'énormité de tâches administratives, diplomatiques et communicationnelles (je ne parle pas des consultations qui ont le même rôle que l'hospitalisation privée dans les hôpitaux publics)[12]. Peut-on ainsi demander à tout juriste de se livrer à ce grand écart ?

Je ne le pense pas. Toute culture a besoin de mythes qui se tiennent, ou d'étalons de mesure des économies de la grandeur, et il y a bien des manières d'instiller la pensée en droit. Mais je crois qu'on ne peut pas l'en empêcher, au risque d'aller dans le mur. La normalité n'est qu'une moyenne, qui a ses conformismes et ses écarts types, qui associés (bon gré mal gré), autorisent un changement sans révolutions.

Enseigner et chercher finalement, c'est un peu féconder un projet, comme un don de vie plein de promesses. Cela consiste à concevoir ensemble l'objet de la transmission, puis à aller le plus loin possible, et enfin, ce qui est l'objet même de transmettre au sens de passer le flambeau, organiser le changement, pour qu'il soit possible et progressif. C'est probablement là notre mission la plus neuve.

Jamais me semble-t-il ce troisième point ne s'est autant imposé à des enseignants du droit et par conséquent, jamais la recherche n'a eu un enjeu aussi fort dans leur fonction.

I. Concevoir

Former des juristes repose, comme toutes les formations, sur l'instauration d'habitus, au sens de dispositions durables incarnées, au point de devenir naturelles. Il faut donc persévérer dans une direction, au risque de se tromper. Les plus grandes avancées se font à partir des erreurs scientifiques, les siennes comme celles des autres. La plupart des savoirs s'acquièrent ainsi, par un travail régulier et constant, un entraînement du corps et de l'esprit. Cela suppose de mobiliser du temps, et même du temps long, ce qui va à l'encontre de l'hyperspécialisation du savoir juridique que nous avons vu développer ces dernières années. Sait-on encore transmettre, par l'exemple, comme par le développement de la surprise, la capacité de s'indigner qui fait les esprits critiques et les hommes libres ? L'informatisation des données par la société de l'information, la création de nouveaux espaces publics et d'accès inédits à une plus grande part d'information indépendante des pouvoirs, donne inévitablement naissance à de nouvelles générations de chercheurs, plus critiques, et qui, en lisant au kilomètre, fabriquent d'autres rapports à l'écriture. Je souscris donc à ces commentaires

11 Jean Carbonnier, *Flexible droit-Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10e éd, LGDJ, 2001, p. 136 *sqq.* : « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit ».

12 Sur le cumul, mais aussi l'engagement de l'enseignant-chercheur, Éric Millard, « Sur un argument d'analogie entre l'activité universitaire des juristes et des médecins », *Frontières du droit critique des droits-Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochack, op. cit.* p. 343 *sqq.*

que nous avons entendus cet après midi, sur la nécessité de réapprendre à aller au fond des raisonnements, quitte à abandonner des pans entiers de « matière ». La question qui en découle rejoint également l'enseignement et le droit par une autre voie. L'enseignement du droit ne gagnerait-il pas à s'affranchir, tant de la notion de sujet / destinataire de droits[13], que de celle de l'étudiant (ou de l'élève) destinataires d'un programme (et ce, en dehors bien sûr de ce qui est nécessaire au dialogue avec le professeur sur un même objet) ? Au fond qu'y perdrait le droit si ce n'est le deuil d'une présomption de légitimité devenue vite irréfragable ? Pour autant, il n'est pas obligatoire en liberté publique, de s'assoupir définitivement sur la question de l'échec de la représentation.

Au fond, ce que savent faire les juristes, c'est reconnaître des formes juridiques et les traduire en langue officielle si besoin, mettre la vie juridique en formes reconnaissables comme légitimes pour le plus grand nombre (en démocratie, théoriquement !). Le droit a la mémoire des engagements, et les clés de l'oubli. Ce savoir se parle en bien des dialectes, sur bien des tonalités et à des échelles incommensurables. Comme nous l'avons entendu souvent, il y a d'innombrables métiers dans celui de juriste, et il y en aura de plus en plus. À quoi bon ce débat entre écoles, petites ou grandes, généralistes ou spécialistes, du moment qu'elles ouvrent à des métiers différents et complémentaires ? Le concept de différence se pense de moins en moins en termes de droit étranger, ou de droit français appliqué à des milliers de kilomètres[14].

Au législateur et au peuple de construire le monde partageable. Le juriste instrument de la loi étatique, voire de la coutume, n'a ni le monopole du droit, ni nécessairement la grâce de l'accueillir. Le droit, comme la musique n'appartient ni à l'instrument ni à l'instrumentiste, et ils seraient de tristes choses sans « public », pour en faire advenir l'énergie. Le droit comme la musique, «c'est ce qu'il y a entre les notes… C'est la manière dont on se rend d'une note à l'autre »[15]. Ils existent depuis que les hommes sont hommes : ceux qui ont donné de nouvelles formes au vivant social[16].

Si la démocratie est fragile et connaît de sévères régressions, la gouvernance participative éclôt comme aux paradis primitifs dans les lieux les plus improbables. De la famille nucléaire où un pédiatre[17] ne craint pas « d'avouer » son amitié et son admiration pour ses enfants, au village indigène, là où la domination recule, c'est l'humanité qui avance.

Les anthropo-juristes et les parajuristes découvrent l'exotisme, ou le quart-monde, sur le pas de nos portes.

Et pour toutes ces raisons aussi, je pense que l'université doit défendre son universalité, et son ouverture.

Certes, nous pouvons nous inquiéter de savoir, parmi les milliers d'étudiants qui viennent dans les amphithéâtres des premières années, combien serviront le droit étatique ? Combien en comprendront les limites et les ambivalences ? Combien le pervertiront ? Combien

13 Sur cette question, on se reportera à l'éclairante critique de Michel Miaille, *Une introduction critique au droit, François Maspéro/textes à l'appui, 1977,* p. 161-173.

14 Éric Hoppenot, Alain Milon (dir), *Emmanuel Lévinas, Maurice Blanchot-penser la différence*, Presses universitaires de Paris 10, 2007. *A contrario*, Norbert Rouland (dir), *Le droit à la différence*, PUAM 2002. Carole Younès, *Le droit et la différence*, thèse Paris 1, Étienne Le Roy (dir), 2006.

15 Interview du violoncelliste Isaac Stern par Dominique Simonnet le 21 décembre 2000, et qu'il tient probablement de Mozart lui-même.

16 Sur l'aptitude de chacun à accueillir le droit : Léon Pétrazycki, *Théorie du droit et de l'État en association avec la théorie de la morale*, traduit en Français par Boguslawa Belska Serpette, dans sa thèse sous la direction de François Terré, sous le titre : *Morale individuelle et droit intuitif*. Cf. de l'auteure, « Théorie pétrazyckienne : les multiformes de manifestations du droit », in colloque *Jean Carbonnier-Le droit, les sciences humaines, sociales et religieuses, op. cit.*
En musique, Edgard Willems, *La valeur humaine de l'éducation musicale*, Pro musica, 1975.

17 Edwige Antier et Aldo Nouri, *Faut-il être plus sévère avec nos enfants*?, éd Mordicus, 2008.

le mobiliseront pour accompagner et anticiper le changement.

Or de tous les savoirs, le savoir juridique est particulier, car il véhicule un ordre dogmatique, lequel permet la transmission de la vie de la société, ou en tous les cas, de la parcelle de société en question[18] en autant de particules de civilisation.

La transformation de ce savoir se fait donc en étroite symbiose et en interaction avec les transformations de la société elle-même. Le droit, d'une certaine manière, modèle et transforme la société, comme la société transforme le droit, par un mouvement continu d'acculturations, de métissages, de syncrétismes inaperçus, car encore trop faiblement objets de recherche empirique. (Les stages pratiques qui en tiennent lieu sont déjà inscrits dans une logique partisane ou un enjeu économique).

Dans les facultés de droit des universités, la transmission du savoir est très largement une transmission d'une histoire officielle, en d'autres termes d'un mythe[19], et par conséquent, cette histoire est structurellement inachevée. Ensuite, dans la vie « active » *sic*., vient la part la plus obscure, souterraine, officieuse, tumultueuse du droit spontané, qui n'est autre que ce droit qui émerge des paradoxes de l'habitude[20].

On connaît le célèbre passage de Jean Carbonnier, dans flexible droit, au sujet de l'heureux citoyen qui parvient à passer toute une vie sans rencontrer un gendarme ou un juge, ce « slalom magnifique », pour le protestant rigoureux, qui porterait à penser que l'homme pourrait bien se passer de droit. Mais le Doyen parle là de droit étatique, et pose dans le même temps, la question de savoir quel est ce droit qui se forge en dehors des prétoires, en dehors de la pratique acculturée au positivisme, en dehors des villes, ou dans les *down towns*, et qui cependant constitue, en volume, et pas nécessairement en archaïsme, la part la plus importante de l'iceberg.

Il est inutile, dans un colloque critique, je l'espère, de dénoncer le gouffre d'ignorance et de mépris que ne légitime plus le silence sur les richesses économiques, politiques et culturelles mobilisées par les tâches domestiques et microsociales, les œuvres de solidarité entre les générations, de gestion des conflits et de transmission, refoulés dans un infra-droit honteux. *A contrario*, le Droit, au service de la production mercantile et de la sécurisation des acquis patrimoniaux, est évalué et promu au rang de la richesse par l'économie officielle. D'aucuns y verront des justifications « ontonomiques », voire anthropologiques : le droit, le vrai, serait celui que caractérise l'exogénéité tant de la limite, posée ou prononcée, que de la sanction. L'endogène serait le domaine de la morale et de sa sombre peine alors que rien n'est moins simple que cette distinction[21] ! La féminisation des professions ayant en charge la gestion de l'intérêt général semble osciller entre un désir de conquête de la sphère publique, d'un « genre » nouveau, et une paupérisation des fonctions publiques. Mais je me hasarde là sur le pro-

18 Je crois donc au pluralisme juridique, comme réalité empiriquement observable, et comme épistémologie à construire (penser le pluralisme de manière pluraliste et complexe).

19 Entendons-nous sur le fait que le mythe n'est pas un terme péjoratif sous ma plume, mais le fondement de tout projet collectif. La rationalité d'un certain type de droit n'a jamais aboli ses soubassements mythiques. Par ailleurs et en sens inverse, le fétichisme à l'égard de la loi ou d'un droit supposément neutre, me semble peu rationnel, et plutôt archaïque. Ceci faisant partie de l'étude des civilisations.

20 « Les paradoxes de l'habitude », Conférence du LACRIJ, http://sigu7.jussieu.fr, Pascale Deumier (juriste) Nathalie Depraz, (philosophe) ; Olivier Sigaud (sciences cognitives), réal. G. Nicolau.

21 Qui peut dire si c'est le contentement, sentiment de plénitude éprouvé à faire le bien, ou la peur du jugement de l'Autre, Dieu ou prochain, ou les deux, qui conduit les hommes dans le « droit » chemin selon les moments de sa vie ? Sur cette distinction, B. Serpette, *op cit*.

chain numéro de la revue ! Je suis certaine que le concept de féminin, est escroqué à cette promotion[22].

Or le droit dans son ensemble, est fait de strates superposées, bien plus complexes que la théorie de la hiérarchie des normes ne nous le laisse concevoir.

Il faut alors, selon la célèbre invitation du Doyen Carbonnier, aller plus loin.

II. Aller plus loin

Je voudrais repartir de cette méthode mise au point dans le Thémis[23], où l'on trouve une analyse claire et concise, systématisée à destination de l'étudiant, puis, en petits caractères cette autorisation à l'envol dès que l'on a suffisamment incorporé la partition, pour non seulement en réinterroger les paradigmes[24], les rythmes, les modulations, mais pour improviser tout bonnement. Dans cette rubrique « aller plus loin », la foire à la curiosité : tous les écrits, toutes les disciplines, pourvu qu'il y ait un enseignement à retenir.

Le droit spontané, comme le non-droit (entre autres encore plus Autres : l'amour, la spiritualité, la créativité, le sens artistique) n'existent qu'au prix de cette maîtrise, quels que soient d'ailleurs la culture ou le style de départ[25].

Geneviève Pignarre me demandait quel enseignement d'une autre discipline apporter dans nos facultés de droit. Je suis bien en peine de répondre à une telle question mais j'aime particulièrement la formule de Pascal Ancel, lors de nos discussions : « Il faut apprendre à trouver les puits et savoir remplir son seau ». Toutes les solutions en matière de découvertes d'autres disciplines ont leurs limites, qui tiennent beaucoup à la motivation symétrique et interactive de l'étudiant comme du professeur. Toutes deux méritent d'être impulsées par les enseignements fondamentaux, qui les présenteraient comme utiles voire indispensables, en lieu d'auxiliaires. Il me semble impossible de convaincre chaque étudiant par un choix fermé d'une ou deux matières à options vulgarisées et je trouve préférable de franchir les frontières disciplinaires, favorisant les rencontres entre collègues, en offrant aux étudiants des parcours et des options libres chaque fois que possible. Il suffit d'en adapter les modalités de validation. Apporter de l'altérité permet en tout état de cause de douter de sa vérité. Douter pour en faire une force, ne plus avoir peur de la panne de solution, mais plutôt de la panne de questions adéquates.

Aller plus loin sur les objets, comme sur les méthodes, à partir de l'invitation d'un manuel, cela ne signifie-t-il pas faire de la recherche dès la première année d'université ? Et au passage abolir la distinction entre intellectuel et acteur en revisitant l'accès au savoir ? Quelques exemples pour appuyer mon propos, d'objets et de méthodes.

A. Dans les objets

La « sociologie des émergences »[26], qui a mobilisé davantage l'anthropologie et la sociologie que le droit, en ce qui concernait l'étude des pratiques populaires ou citoyennes de droit, et les réseaux d'action pour l'accès à la citoyenneté et à « l'empowerment » juridique, s'est aussi alliée à la philosophie politique et à l'économie,

22 Jules FALQUET, *De gré ou de force. Les femmes dans la mondialisation*, la dispute, Le genre du monde, 2007.

23 Cette mention, développant de manière transdisciplinaire et ouverte les questions abordées dans un premier temps, de manière systématique, est représentative de la pensée de l'auteur comme de ses talents pédagogiques ; elle est désormais reprise par certains auteurs.

24 Egon g. Guba (ed), *The paradigm Dialog*, Sage Publications, Londres, New Delhi, 1990.

25 Gilda NICOLAU, « La prophétie du non droit », in Colloque *Jean Carbonnier - Le droit, les sciences humaines, sociales et religieuses*, *op. cit.*, à paraître.

26 L'expression est de Boaventura de SOUSA SANTOS, *Vers un nouveau sens commun juridique, droit science et politique dans la transition paradigmatique,* trad de Nathalie Gonzales Lajoie, LGDJ, n° 39, 2004.

pour traiter des droits de l'homme et du développement durable.

Des formations de troisième cycle se sont multipliées, devant la demande croissante des jeunes juristes de contribuer au développement durable ici et ailleurs. Le droit étatique en est-il lui-même l'objet[27]? Le rêve désenchanté de Claude Lévi Strauss, de modéliser mathématiquement l'ensemble des scénarios possibles de l'invention culturelle humaine, n'aura eu pour contrepoids intime que son intuition pessimiste de l'extension inexorable de la culture occidentale aux quatre coins de la planète. Pourtant, ni l'une ni l'autre de ces idées essentialistes n'ont résisté à la complexité de la réalité, aux syncrétismes et acculturations comme aux résistances des cultures à préserver leurs valeurs essentielles.

Aux recherches qui ont suivi, se sont ajoutées des expériences pédagogiques, militantes, parfois portées par les mêmes hommes, et médiatisées grâce à l'internet comme jamais l'univers des civilisations ne l'aura connu.

Ainsi, ce que nous désignons par globalisation, pour remplacer une mondialisation (à l'ancienne) plus régionale, confronte toutes les disciplines à des défis nouveaux où beaucoup appellent à plus de droit, mais autrement. La dérive normative étatique à laquelle le droit français est encore parti prenante, avec ses effets pervers d'écrasement des initiatives, de perte d'engagement citoyen et par conséquent d'énergie et de croyance en l'avenir, est déjà relayée par d'autres logiques juridiques.

La médiation a fait son apparition dans le paysage juridique et normatif, encore très occultée, écrasée, maintenue dans l'ombre, par le paradigme officiel. Cet attachement un peu désespéré à un pseudo statu quo ante qui n'a au fond que quelques centaines d'années, et se décline de manières variables entre pays de civil law et de common law, coexiste désormais avec le constat que la moitié du monde ne partage ni cette vision du monde, ni cette organisation, et s'emploie même énergiquement à ne pas le faire.

J'ai été très frappée par le débat autour de l'enseignement du droit romain. Il est certes très important pour le futur juriste d'apprendre à situer un savoir juridique, et de mesurer l'impérialisme des transferts de droit. Mais les velléités d'empire sont plus que jamais contrariées par l'immensité des lieux où le droit romain ou ses diverses déclinaisons officielles n'ont jamais eu cours. Le droit romain, l'enseignement du droit romain, les diverses renaissances du droit romain, peuvent être aussi relues à l'aune de la concurrence disciplinaire récente en France entre anthropologie et histoire[28]. Loin de moi l'idée de ne pas regretter fortement la pénurie en historiens de certaines périodes. Encore moins d'oublier une différence fondamentale entre histoire et ethnologie, qui tient à ce qu'en ethnologie, on peut vérifier dans la vie des gens, l'impact de ce droit, tant qu'il est vivant.

Or, et probablement pour cela, l'ethnologie et l'anthropologie font face à une demande, et ce, en dépit du peu de postes à l'université. Dans le même temps, les formes de « tourisme » ont changé, et aller s'altérer est devenu un contrepoids pensable à la manipulation des médias, comme à leur contrôle politique. Or parmi les enjeux des siècles qui s'annoncent, tout au moins au nom de l'idéalisme de la consécration de droits de l'homme ou de droits fondamentaux plus étendus, figurent la maîtrise de la conservation du pluralisme et de la liberté, et la régulation des conflits[29].

Questionner le rapport entre l'offre d'enseignement et la demande de savoir, celui du besoin d'action

27 Bruno Oppetit, « Le concept de développement s'applique-t-il au droit? », *Droit et modernité*, PUF, doctrine juridique, 1998, p. 95 *sqq*.

28 Pour ceux qui ont regardé cela de très loin, l'ethnologie a bien failli disparaître comme discipline, au CNRS comme à l'université, pour être « embrassée » ou mangée par l'histoire.

29 Dont la guerre que nous menons à « la nature », laquelle est déjà pour certains, perdue d'avance.

et la recherche, permet en outre de porter un regard critique sur le désengagement des jeunes générations des scènes officielles du politique et du juridique. Or les défis que se préparent à relever les jeunes juristes me semblent sans précédent. Celui de la coexistence de générations n'est pas des moindres.

Je reprendrai seulement, pour le croiser avec la problématique du genre, un mot d'esprit de Boris Cyrulnik lors d'une conférence à Boisseuil (Haute Vienne) sur « la transmission d'une génération à l'autre ». Ce propos devait servir de point de départ aux habitants de Boisseuil pour penser autrement le dialogue entre jeunes et anciens[30].

> Quand je suis venu au monde – je suis de la qualité d'avant-guerre ! (On disait ça des camemberts)–, je n'étais que de la matière grasse, pas un poil de muscle ! – le monde était alors peuplé de vieux. Que de vieux autour de moi ! 71 ans après, il n'y a que des jeunes autour de moi ! Et moi bien sûr, je n'ai pas changé. Quel est ce mystère ? C'est que la définition « vieux à 60 ans » date du XIXe siècle. Pour moi, aujourd'hui, je pense qu'à 60 ans on vient de naître ! Les âges de la vie sont des repères purement sociaux : parce que, il y a peu de temps, on disait qu'un garçon de 7 ans devait aller au chantier, alors que maintenant, c'est formellement interdit par la loi… Jusqu'à la découverte en 1846 par Semmelweis, chirurgien et obstétricien hongrois, de la prophylaxie de l'accouchement, l'espérance de vie des femmes était de 36 ans ! Elles mouraient souvent en couches. Les hommes, eux, atteignaient de 50 à 60 ans. À cette époque, on pensait donc la vie de manière totalement différente. Aujourd'hui, au XXIe siècle, une petite fille qui vient au monde a toutes les chances de devenir centenaire. Comme elle aura pratiquement la maîtrise de sa fécondité, elle pourra se dire : « Comme toutes les femmes, je vais avoir 1,7 enfant… je vais donc passer deux ans de ma vie à porter un enfant et à le pouponner. Qu'est-ce que je vais faire des 98 ans qui me restent ? » À partir du moment où une petite fille se représente ainsi, elle se pense socialement de façon totalement différente de ses ancêtres : « Il faut que je participe à l'aventure sociale, il faut que je m'épanouisse du mieux que je peux ». […]

Ne nous appartient-il pas, comme cet auteur de nous réjouir avec nos étudiants que cette longue vie s'annonce si passionnante ?

Certes, Boris Cyrulnik ne décrit là qu'une expérience possible de petite fille, née ici et maintenant, et ne pose qu'une des questions qu'elle est « en droit » de se poser dans notre société. Et pourtant, ce « simple » changement biologico-culturel, nous incite à nous interroger sur ses conséquences technologiques, juridiques, économiques, philosophiques, et touche à l'écologie, à la maîtrise de la fécondité, à la religion, au politique… Ce qui revient d'une autre manière à penser le lien entre le local (les rapports entre générations dans la municipalité de Boisseuil) et le global (la comparaison entre les petites filles qui ont cette espérance de vie et celles qui ne l'ont pas)[31].

La qualité de l'accès à l'information a augmenté le niveau d'exigence de la production académique, comme privée. Les chercheurs ne sont plus seuls à se déplacer, à réfléchir. Le creuset entre riches et pauvres économiquement, est aussi venu concurrencer celui entre pauvres et riches intellectuellement, affectivement, existentiellement,

30 Nicolas Martin, Antoine Spire, François Vincent, *La résilience*, Entretiens avec Boris Cyrulnik, préface d'Antoine spire, Éd Le bord de l'eau, 2009, p 82.

31 Cette manière récente de relier les relations du proche, au lointain dont nous sommes les destinataires, au lieu de leur stratification verticale par la discipline juridique, constitue en soi une revendication de l'abandon du concept de sujet de droit pour l'acteur. En anthropologie, Clifford Geertz, *Savoir local, savoir global, les lieux du savoir*, PUF, sociologie d'aujourd'hui, 1986. Voir aussi la synthèse récente de Mondher Kilani, *Anthropologie, Du local au global*, Armand Colin, 2009, p. 329 *sqq.* En anthropologie du droit, Christoph Eberhard (dir), *Traduire nos responsabilités planétaires, recomposer nos paysages juridiques*, Bruylant, bibliothèque de l'académie européenne de théorie du droit, 2008.

spirituellement. Le pouvoir religieux, comme, en occident, l'émergence du pouvoir psy, y trouvent des marchés inédits. Les opiums traversent les classes et les peuples.

La sortie des grands paradigmes (existentialisme, matérialisme, fonctionnalisme, structuralisme…) qui ont permis de questionner le passé comme l'avenir, d'instaurer un dialogue critique fécond entre les disciplines, nous place, vieux comme jeunes chercheurs à des inventions inédites de croisements de paradigmes[32] et de dialogue transculturel sur fond de globalisation.

La transformation concerne aussi la méthode.

B. Dans la méthode

Je voudrais souligner trois éléments utiles pour la participation de l'enseignement du droit aux projets de rénovations qui s'annoncent depuis une vingtaine d'années : transdisciplinarité et empirisme, et comparaison, menés dans une perspective critique.

1. Transdisciplinarité et empirisme

Nous[33] avons eu l'occasion d'aborder la question de l'urgence épistémologique, de nous détacher nettement du positivisme étatique[34], et en ce sens de tâcher de déprovincialiser une certaine vision du droit. L'anthropologie du droit française, qui est une manière d'enseigner-chercher le droit avec des étudiants-juristes, se réclame tout autant de la transdisciplinarité que des études de terrain. En ce sens, elle relève tout à la fois de l'ethnologie, que du droit, ce qui justifie son appellation.

Par transdisciplinarité, il faut entendre dans ce propos l'aptitude à la recherche ouverte, à la traduction d'une discipline vers une autre sur un objet donné, et la confrontation de leurs hypothèses à ses propres expériences empiriques. Pour cette dernière opération, les avancées les plus remarquables viennent tant de la philosophie (en particulier de la phénoménologie et de l'interactionnisme symbolique[35]) que de l'ethnologie (et donc des philosophies indigènes). Ce que l'ethnologie entend par « terrain », est bien le paradigme majeur de la discipline, auquel il est requis de venir s'altérer.

Ce décentrage disciplinaire a des effets épistémologiques importants en termes de réalisation de méthodologies transculturelles applicables. Il augure un décentrage du sujet, jusqu'à son oubli, et une modification de nos rapports à la transcendance. Or, pour revenir sur la citation en exergue, et parce que ces méthodologies sont toujours singulières, fruit d'une expérience individuelle (ou de groupe de recherche relativement réduit), et de l'élaboration constante de méthodologies *sui generis*, elles contribuent à former des juristes qui doutent. Pour ne prendre pour exemple que les deux disciplines nommées pour les besoins de la séquence figée, les juristes ont un regard critique sur le « droit des anthropologues », comme les anthropologues ont un regard critique sur le « droit des juristes »[36].

Le reste n'est qu'affaire de culture du conflit. On a peu étudié, il me semble, le rôle du déni du conflit, et de son refoulement, dans nos sociétés, sur la fermeture des disciplines. Or la concurrence que se font les disciplines entre elles a maintenant atteint celles des subdivisions

32 Norbert Elias, *La société des individus*, Agora, Pocket, Fayard, 1987, p. 207 *sqq.* : « Les transformations de l'équilibre « nous je » écrit en 1987.

33 Geneviève Pignarre, Régis Lafargue et moi-même, *Ethnologie juridique – autour de trois exercices*, Dalloz, coll. méthodes du droit, 2008.

34 Sur une analyse théorique de sa cécité « coupable » ?, Xavier Magnon, « En quoi le positivisme-normativiste-est-il diabolique ? », *Revue trimestrielle de droit civil*, Avril - juin 2009, p. 269 *sq.*

35 Aux origines également de l'ethnométhodologie et une des sources fondatrices de l'anthropologie du droit, Gorges.H. Mead, *L'esprit, le soi et la société*, Présenté par Daniel Cefaï et Louis Quéré, PUF, Le lien social, 2006.

36 D'ailleurs, si j'ai bien compris l'article de M Magnon précité, les anthropologues, composeraient le gros des juristes, tandis que la discipline juridique oscillerait dans des proportions variables, entre naturalistes, positivistes normativistes, et juristes (ceux qui s'intéressent aux faits !). Quant aux sociologues, je les trouve (ceux que je connais !) assez normativistes, ethnocentrisme oblige !

internes aux disciplines prenant le droit pour objet[37]. Peut-être n'est-ce qu'un effet de période. Mes aînés de dix ans me confirment qu'il y a trente ans, la plupart des thèses comportaient une part substantielle de considérations pluridisciplinaires (certes encore ancillaires), et de droit comparé. Je ne reviendrai pas sur la théorie des sources qui nous entraînerait trop loin, et que la revue trimestrielle de droit civil a eu le mérite de remettre sur la table de travail.

Aujourd'hui pourtant, et au sein même des instances de recrutement aux fonctions de l'enseignement supérieur, l'heure est à la discrimination intellectuelle. Ceux qui sont jugés à la « marge »[38], et elle est large, occupent au mieux des sièges éjectables. S'ils ne sont même pas admis à faire grève, les plus combatifs ont sans doute beaucoup à gagner aux réformes qui nous sont actuellement imposées. La démocratie a porté avec elle un vent de diversité de parcours de vie inédit ; les périodes d'espoir semblent s'être délitées à la reconstruction des après-guerres. En trente ans, les jeunes générations ont été progressivement assujetties à une censure stérilisante, qui bouche l'entrée vers l'enseignement supérieur à ceux qui portent peut-être les meilleures idées pour le droit de demain. C'est dans la postmodernité qu'il y a lieu d'entrer, autant dire dans l'inconnu. Avons-nous le droit de capturer et d'enfermer encore et à quel prix, le droit de l'ère que nous ne connaîtrons pas ?

2. Comparaison

Les disciplines comparatives me semblent intimement liées au traitement de la question du partage du monde. La poser, suppose d'abord de l'envisager autrement qu'en termes de domination économique et d'extermination culturelle, mais de reconnaissance mutuelle des choix et des valeurs, et d'invitation aux partages et aux échanges. Tout en effet, n'est pas partageable. Le changement fondamental vient du troc de la domination pour la négociation. Saurons-nous accepter d'attendre ? Ceci nécessite que l'on repense le principe de reconnaissance mutuelle en termes plus énergiques que le droit communautaire n'a su le faire, et en définitive que l'on généralise la diplomatie, à savoir la médiation et la négociation, et donc des lieux de relations d'intérêt général, à l'échelle internationale comme interne aux États.

En effet, l'appropriation de façade du droit étatique et de ses logiques par les sociétés colonisées partout dans le monde, avec ses résultats catastrophiques tant en termes d'acculturation que de déculturation, ont conduit l'anthropologie du droit (ou la socio- anthropologie), des vingt dernières années, à se pencher sur la manière dont ce droit est réellement appliqué en occident et risque de l'être au fur et à mesure que la crise de la modernité (ou la modernité comme crise), va sacrifier plus de monde ; et ce, alors même que ce monde aura cru et se sera construit sur les promesses qui lui ont été faites.

Or ces deux échelles[39] des études comparatives, sont tout aussi confinées par l'enseignement supérieur que ne le sont les « peuples autochtones » au sein de leurs réserves ; protégés de leur disparition annoncée certes, mais sous ce prétexte, assignées et fixées dans un droit

37 La division du colloque en l'honneur du Doyen Carbonnier en trois lieux et dates Jean Carbonnier législateur, au Sénat, Jean Carbonnier et la justice à l'ENM, et Jean Carbonnier et les sciences humaines sociales et religieuses (à Nanterre), qui a réuni à peu près les mêmes juristes devant des publics différents, en est significative.

38 Sur cette question, l'étude de Norbert Elias sur les populations immigrées et développées ensuite avec les juifs dans l'Allemagne de l'Empire et de la république e Weimar, qui se considéraient comme « established » et qui étaient jugés de l'extérieur, comme « outsiders ». *The established and the outsiders, a sociological inquiry into community problems,* Londres, Frank Cass, 1965.

39 Sur les comparaisons d'échelles, cf., Boaventura de Sousa Santos, *Vers un nouveau sens commun juridique, droit science et politique dans la transition paradigmatique, op. cit.* p. 537 *sqq.* Et « Droit : une carte déformée-pour une conception post-moderne du droit, *Droit et société* n°10/1988, disponible en ligne.

archaïque[40]. Autant comparer les réserves à des bocaux de formol ! Sur la première, je voudrais citer Pierre Legrand, qui, au sujet des « *agrégations qui confinent les études juridiques comparatives à l'illégalité* », ne craint pas de parler de « *scandale épistémologique* »[41].

> […] la comparaison des droits opérant au plus près d'un idiome (chaque droit) et d'une signature (chaque comparatiste), n'est surtout pas une méthode au sens d'un ensemble de règles ou de procédures transposables d'un cas à l'autre. La comparaison, ça nous tombe dessus, c'est une expérience[42]. Et c'est donc autre chose qu'une méthode, au sens de technique plus ou moins automatisée de recherche d'information. La comparaison, ce n'est pas des étapes qu'on franchit systématiquement pour en arriver à la bonne réponse, comme on le ferait pour résoudre une équation mathématique. S'étant soustraite au positivisme, la comparaison se multiplie, se divise, s'ajoute… Penser la comparaison des droits comme activité pleine, comme activisme aussi, comme plateforme contestataire, voire comme moyen de sauver la planète… [43]

Un programme qu'il serait judicieux de préparer. Il me semble important de faire un état des lieux de la fuite des jeunes juristes en dehors de l'université, si ce n'est à l'étranger, pas seulement pour des raisons financières ou matérielles, mais à cause de nos modes de recrutement, et de l'idéologie qu'ils imposent. À quand les quotas de thèses et travaux atypiques, l'innovation par l'enseignant de nouvelles méthodes récompensées par les conseils nationaux des universités ? Quelle responsabilité pour les nouveaux comités d'évaluation pluridisciplinaires ? Plus que de l'obstruer, il nous incombe d'accompagner, voire d'organiser le changement.

III. Accompagner et organiser le changement

Que l'on se place à l'échelle locale ou globale, il semble paradoxal qu'à l'heure où l'inflation normative isole de plus en plus les spécialités et sépare les justiciables du droit, nombreux sont ceux qui réclament encore plus de droit. Il semble désormais établi, et ce en dépit des résistances au changement que cela implique dans les écrits de la doctrine juridique, qu'au droit Étatique, s'ajoute désormais toute une palette de formes de juridicité, plus ou moins harmonisées avec lui, et entrant parfois en concurrence, voire en opposition. Les mécanismes de la peur sont d'une grande banalité. Par une sorte de politique de l'autruche, le droit souple, conséquence inéluctable du désir d'efficacité des politiques publiques, semble inquiéter davantage, au royaume normativiste, que la corruption, laquelle obéit à des règles et à une emprise bien plus générale, mais refoulée[44], dans une illicéité couverte par un grand silence doctrinal. Il est plus sécurisant de songer que le pluralisme juridique puisse, lorsque le besoin en est exprimé démocratiquement, devenir un pluralisme normatif.

---

40 Pour une contribution récente et éclairante de cette résistance à l'ethnocide, Régis Lafargue, « Les statuts personnels dans le droit de l'outre mer Français –Entre droit et non droit », in Marc Aoun (dir) *Les statuts personnels en droit comparé. Évolutions récentes et implications pratiques,* Peeters Leuven-Paris, Dudley MA, Law and religion studies n° 5, 2009, p. 25 *sqq.*

41 Pierre Legrand, *Comparer les droits résolument*, *op. cit.*, p. 31 note 32. Voir également le concept d'épistémicide de Boaventura de Sousa Santos, qui le rapporte à l'ensemble des sciences sociales, *A Critica da razao indolente: contra o desperdicio da experiencia*, Sao Paulo, Cortez, 2005.
Para um novo senso comum: a ciencia, o direito e a politica na transiçao paradigmatica. 2. Sao Paolo, Cortez, 2000. En Français, *Vers un nouveau sens commun juridique, droit science et politique dans la transition paradigmatique,* trad de Nathalie Gonzales Lajoie, LGDJ, n° 39, 2004.

42 Cf. en avant-propos, citation traduite par l'auteur.

43 *Ibid.* ; p. 35. Je découpe le passage en deux tronçons bien à regret mais pour respecter mon obligation de courte citation !

44 Bruno Oppetit, « Le paradoxe de la corruption », in *Droit et modernité*, PUF, doctrine juridique, 1998, p. 23 *sqq.* On relira également dans le même ouvrage « L'hypothèse du déclin du droit », p. 99 *sqq.*, et « L'apparition de tendances régressives », p. 113 *sqq.*

Qui sont donc ces futurs juristes, qui vont occuper les scènes de l'entre-deux… droits – systèmes – ordres juridiques à toutes les échelles ? Je voudrais tenter d'aller regarder du côté des places qu'ils sont susceptibles d'occuper et des compétences qui y seront requises.

A. De nouvelles places pour les juristes

Ces nouvelles places se déploient, tant à l'intérieur des sociétés civiles, qu'à l'extérieur, dans le monde assez fermé des relations multilatérales, comme celui des hautes sphères de la mondialisation[45]. A la lecture critique des normes en concours par les acteurs citoyens, ne peut dialoguer que celle de juristes conscients de leurs enjeux, et donc engagés dans leur expérimentation, si ce n'est dans leur production elle-même.

Le droit de la consommation est un exemple éloquent de la vitesse à laquelle le changement peut nous gagner moyennant juste un peu d'information. Est-il permis d'imaginer que le sujet – acteur citoyen –, que l'idéal-pluralisme appelle de ses vœux, puisse être utilement relayé par un consommateur – citoyen plus responsable ? Un sondage IPSOS en France, conclut que 96 % des consommateurs se disent prêts à consommer des produits de bonne qualité sociale, même si cela implique un prix plus élevé. Ils souhaiteraient en outre, être mieux informés de la traçabilité des produits de consommation, afin de jouer de leur influence sur l'éthique des affaires, en termes de protection de la santé, de protection des producteurs et travailleurs, comme de l'environnement[46].

Or dans une économie mondiale comme locale qui pâtit d'inégalités croissantes, le combat pour les droits des travailleurs, la protection de l'environnement et l'éthique a besoin d'armes lourdes.

Un certain nombre a vocation à rester du ressort des États, d'autres devront mobiliser la stratégie politico-juridique : fonds structurels, coordination interétatique, actions diplomatiques, mobilisation des instances communautaires et internationales.

Il est bien difficile de concilier une éthique universaliste avec les spécificités de chaque pays. Des médiations aux différents niveaux des cultures juridiques et économiques, seront nécessaires qui demanderont des juristes ayant une forte capacité d'adaptation. De ce point de vue, l'articulation entre le *soft law* et le *hard law*[47], sera un des enjeux de l'adaptation aux situations. Il y a lieu de porter la réflexion sur l'alternance de sanction incitatives ou plus coercitives. Or ce travail est me semble-t-il du travail de juriste. Les travaux en anthropologie du droit confirment la faible portée du chantage économique en matière d'application des droits fondamentaux. En revanche, la promotion de l'image des entreprises, bien

45 Outre les travaux de Boaventura de Sousa Santos précités, on lira avec profit les développements nombreux d'Etienne le Roy, et notamment «Mondialisations et expansions des cultures au tournant du XXIe siècle - un point de vue anthropologique», Communication aux *Jornadas de la mundiliazation y el regresso de las culturas,* 15, 16 et 17 novembre 2005, *Palacio Kursal de la ciudad de San Sebastian, Pais Vasco*. À paraître, et prochainement en ligne sur le site du LAJP.

46 Un exemple de cette dynamique est donné par le collectif «L'éthique sur l'étiquette» qui vise à mobiliser les consommateurs afin de les inciter à acheter des produits éthiques, de bonne qualité et produits dans des conditions décentes ; Le collectif est composé de 55 organisations regroupant à la fois des associations de solidarité internationale, des syndicats et des associations de défense des consommateurs. Le collectif engage des campagnes de mobilisation, tant des consommateurs privés que des collectivités publiques. L'une des propositions centrales du collectif est de créer un label social garantissant au consommateur la production de biens respectueux des droits sociaux fondamentaux. Les normes produites par les conventions de l'OIT concernent l'interdiction de l'exploitation des enfants, l'interdiction du travail forcé, le respect de la liberté syndicale, la non discrimination et le respect de conditions de travail et de rémunération décentes. Pour créer ce label social, le collectif s'appuie sur le système international de normalisation et de certification (ISO, CEN, AFNOR). http:// www.éthique-sur-étiquette.org consulté le 24 juillet 2009.
Cf. également le livre vert de la commission européenne. Unité EMPL/D1, *«Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises»,* http://europa.eu.int

47 Par les approches trans-systémiques canadiennes ?

comprise si l'on en croit la surmédiatisation de celles qui contribuent au respect des normes éthiques, est véritablement incitative.

Ces différents secteurs ont été largement investis par les programmes de développement durable, d'abord à l'initiative des ONG, vite rattrapés par les entreprises elles-mêmes et les gouvernements. Devant les innombrables codes de conduites générés par le souci éthique d'un certain nombre d'acteurs du système capitaliste, la question s'est posée de l'évaluation des normalisations, en termes de référentiels incontestables soutenus et accompagnés par des institutions respectées susceptibles de susciter un nombre élevé d'adhésions, et en termes d'impartialité des organismes d'évaluation. En outre, le problème endémique de la corruption à tous les stades de la chaîne, qui vient parasiter les efforts entrepris, est traité dans des instances distinctes et les faits illégitimes (mauvaise corruption) sont peu sanctionnés[48].

La dynamique actuelle semble être porteuse d'un dialogue tripartite entre les États, la société civile et les entreprises. Les ONG vouées à la promotion de la responsabilité environnementale, éthique et sociale, comme les entreprises confrontées à la trop grande dispersion du marché de l'éthique appellent des interventions publiques de leurs vœux. Elles souhaitent dans un même temps en prévenir les effets pervers : des référentiels communs, mais pas trop rigides, au risque de détournements de trafic et de relocalisations sauvages.

À cet égard, les syndicats soulignent le risque de faire du social ou de l'environnement un élément au sein du rapport de forces économiques, et ce, particulièrement dans les relations avec les pays du Sud.

Pas plus les démarches éthiques, que les démarches juridiques ne pourront fonctionner sans acteurs démocratiquement désignés et compétents sur place, et donc, sans déclencher une véritable dynamique d'ensemble. La société internationale est à bâtir et l'occident n'est plus en mesure d'en imposer la mesure.

Ce droit en réseaux annoncé par François Ost et Michel van de Kerchove[49], réclame désormais le développement de nouvelles compétences tant chez les professionnels que chez les profanes, tous destinés à devenir non plus des serviteurs sujets, mais des acteurs de droit.

B. De nouvelles compétences

Parmi les concepts en vogue dans nombre de disciplines, la médiation provoque à la fois engouements et rejets. Quelle place pour la médiation, en période de démocratisation et de justice participative, et pour quel droit ? Le droit spontané n'est autre que le signe de la présence de l'esprit critique dans une culture. Longtemps occulté par la coutume officielle, statufiée à l'autel du culte de la loi, n'est-il pas tout simplement ce résultat du paradoxe de l'habitude, qui bien installée dans une culture juridique, quelle qu'elle soit, permet l'émergence du nouveau, à la fois contingent, fugace, soluble et anarchiste, parce que solidement installé dans la maîtrise d'une culture juridique endogène [50] ?

La médiation permet de faire une place à toutes les manières d'occuper l'entre-deux, les passages des frontières normatives, en conjuguant, en fonction des acteurs et des situations (plus ou moins investies émotionnellement), du droit imposé, du droit négocié, du droit accepté, par les parties en conflit potentiel ou avéré. L'anthropologie du droit cible dans la fonction de médiation une compétence d'acteurs, capables de traduire ce qu'ils transportent, de le redéfinir, de le redéployer, de le trahir aussi. Il n'y a pas plus de médiation pure que

48 Bruno Oppetit, *op. cit.*, p 25, note 1.

49 *De la pyramide au réseau-pour une théorie dialectique du droit*, publications des FUSL, Bruxelles, 2002.

50 Jean-Guy Belley, *Le droit soluble-Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, 1996, préface de Jean Carbonnier. Gustavo Zagrebelsky, *Le droit en douceur*, trad Michel Leroy, Economica, PUAM, 2000.

de droit pur. Si un tiers médiateur doit être incarné, il ne peut être que l'égal des parties, à savoir des autres acteurs en médiation ; garant du processus certes, médiateur culturel également lorsqu'il y a lieu de proposer des modèles ou des questionnements, passeur et pédagogue, thérapeute de la circulation du sens. Il y a là un phénomène d'auto-transcendance, mais seul le droit émergeant de ce processus est transcendant. Il me semble que le médiateur doit aussi puiser aux méthodes artistiques. Il y a là aussi une différence avec le droit étatique, comparable à celle qui existe entre le gymnaste et le danseur. L'un vise à la performance, l'autre à la poésie, les deux à l'harmonie[51]. Un juriste qui sait sortir du doute est un instinctellectuel.

La première tâche du médiateur est donc de faire émerger un ou des conflits (en général un autre conflit sous celui qui le masque) qui n'arrive ni à se déclarer, ni à s'analyser en termes juridiques (la peur, nourrissant la haine, le désir de vengeance, le racisme), puis à « rapprocher » suffisamment les parties, pour que ce conflit puisse être mis en paroles, traduit en termes de besoins primordiaux, puis d'une solution acceptable et acceptée.

Ce processus permet de désigner tant le mode premier de régulation des conflits[52] (sens strict), que l'ensemble des processus permettant de faire circuler la juridicité (sens large), ou enfin comme une utopie ou nouvel idéal démocratique[53]. La médiation ainsi conçue n'est pas un mode de règlement des conflits parmi d'autres, jugé alternatif lorsqu'il est mesuré à l'étalon du droit étatique et de sa justice adjudicatoire, mais l'ensemble des circuits de circulation et de fluidification de la juridicité, toujours en train de se faire, en toute altération. La médiation est donc un projet de société, une nouvelle idéologie si l'on préfère, un horizon démocratique.

Néanmoins, le succès du concept me conduit à l'utiliser avec circonspection lorsque je m'aventure en dehors de ce cercle de pensée. La notion de médiation est devenue à contenu tellement variable et mobilisée par tant de disciplines et secteurs de la société civile, qu'il m'est arrivé de lui préférer celle de traduction. Les médiateurs diraient de reformulation, ce qui constitue une grande part du travail de l'avocat. La reformulation a d'autres dimensions, qui sont plus ou moins développées par l'avocat : une dimension rhétorique, mais également une dimension psychologique, qui permet d'asseoir la confiance du client qui se sent compris, comme sa légitimité par le crédit qui en résulte.

Sur la première (rhétorique), le droit est une logique portée et porteuse d'un langage, et par conséquent riche d'une tradition de recherche d'équivalents sémantiques (du moins au sein du droit occidental, pour distinguer le *civil law* du *common law*). Il manque encore cette dimension d'échelle que nous trouvons sous la métaphore d'une pyramide, ou tout au moins d'une hiérarchie, coupant ou traversant les sphères et strates normatives qui se trouvent mêlées ou emmêlées (ce qui pour simplifier les méthodes est nié ou refoulé)[54].

51 Sur l'expérience de la dramatisation des conflits et leur théatralisation, cf. Antonio Eduardo Silva Nicácio, « A torto e a direito : uma experiência teatral emancipadora », Flávio Henrique Unes Pereira, Maria Tereza Fonseca Dias, (org), *Cidadania e inclusão social, estudos em homenagem a professora Miracy Barbosa de Sousa Gustin,* Belo horizonte, 2008, *op. cit.*, se référant notamment *in fine* à la pédagogie de l'opprimé de Paulo Freire.

52 L'adjudication servant à régler les litiges.

53 Dans cette perspective, l'adjudication est une étape transitoire vers des processus de démocratisation de la justice étatique, où le tiers n'est plus extérieur, placé en transcendance, mais guide vers une tierce voie de sortie du conflit (vis-à-vis du gagne/perd). C'est la fonction éducative de la médiation. Sur l'expérimentation de ce processus d'autonomisation, au sein du programme « Pólos reprodutores de cidadania », développé à l'Université fédérale de Minas Gerais, au Brésil, voir les études en l'honneur de Miracy Barbosa de Sousa Gustin, *op. cit.* et notamment, Camila Silva Nicácio et Renata Camilo de Oliveira, « A mediação como exercício de autonomia : entre promessa e efetividade », p. 111 *sqq.*

54 Jean Guy Belley (dir), *Le droit soluble…, op. cit.*

Un ami musicien et pédagogue[55], m'a suggéré récemment l'idée de la transposition, tout à la fois concept du droit communautaire et technique musicale.

Si nous comparons le juriste de demain à un transpositeur en musique, il est possible de réintroduire, de manière plus sonore[56] et dans une caisse de résonance aux multiples dimensions, l'échelle géographique développée plus généralement en anthropologie ou en sociologie du droit.

Au XVIIIe siècle[57] dans les écoles et académies de musique, les cours de transposition étaient, sinon systématiques du moins très répandus. Il semblerait qu'ils le soient moins aujourd'hui, sauf pour les chefs d'orchestre.

On y procédait à trois méthodes de transposition : la transposition par réécriture de la partition, que nous retrouvons avec notre directive communautaire, la transposition spontanée et la transposition à vue. La transposition à vue consiste à transposer en même temps que l'on déchiffre la partition, ce qui suppose un entraînement plus cérébral que la transposition spontanée. Elle concerne les traducteurs des institutions internationales, et des cours de justice. C'est la transposition spontanée qui m'intéresse spécialement sur le plan pédagogique, qui féconde toujours les deux premières et diminue le sentiment d'écrasement à la tâche du transpositeur. Cette méthode est utilisée comme préparation à l'improvisation musicale. Dite encore transposition d'oreille, elle suppose un travail de mémorisation mentale de la mélodie, associée à l'utilisation de réflexes instrumentaux mémorisés par le corps, (selon l'instrument pratiqué). La méthode recommande de commencer par des mélodies simples jusqu'à parvenir à des partitions polyphoniques. Elle associe la pratique à des exercices corporels de respiration. On retrouve évidemment ces techniques dans les méthodes d'apprentissage du jazz.

Il est possible de « transposer » cette méthode à l'activité juridique, qu'elle soit judiciaire, arbitrale ou médiatrice. Lorsque les assesseurs coutumiers kanaks tentent d'expliquer leur droit au magistrat métropolitain en fonction à Nouméa, c'est une méthode assez proche de celle-là qu'il emploie. Leur faculté d'improvisation et donc d'acculturation choisie en est augmentée, et loin d'être un archaïsme, c'est une virtuosité qu'elle développe. Nous tous qui avons corrigé des milliers de copies, savons bien quelle est cette petite musique que l'on veut reconnaître.

Si la floraison de médiateurs-transpositeurs n'est plus à constater, cherchons à la justifier en la rapportant aux diverses échelles des logiques normatives. Le droit communautaire s'est donné l'instrument bien connu qui porte le nom de directive, avec les difficultés que l'on connaît pour les transposer, qui ont abouti à les dénaturer. Si l'on applique le raisonnement aux droits de l'homme, il suffit de lire les rapports du commissaire européen aux droits de l'homme pour mesurer l'étendue de leur ineffectivité et de l'insuffisance même symbolique des sanctions juridictionnelles. Il est donc primordial d'assurer l'effectivité de la protection de la dignité humaine (dans toutes ses combinatoires culturelles) à toutes les échelles de la normativité, de la plus haute à la plus basse[58]. Ce qui suppose une infinie variété de médiations/transpositions juridiques susceptibles de relier le tout.

À l'occasion du cinquantième anniversaire de l'école nationale de la magistrature à Bordeaux, architectes et juristes, offrirent aux auditeurs de justice, une

55 Juan Carlos Gaviria, pianiste et joueur de mandoline, qui enseigne la méthode Willems.

56 On notera qu'Étienne Le Roy se réfère dans ce domaine, à Debussy (entendu par Jean -François Gautier). Cf. *Le jeu des lois. Une anthropologie « dynamique » du droit,* LGDJ, Droit et société, n°28, 1999, p. 171 *sqq*. Voir bien sûr, Claude Lévi Strauss, *Regarder, écouter, lire*, Plon, 1993, p. 88 et *sqq*, « Les paroles et la musique ».

57 Un certain nombre d'instruments à vent rares, déjà à l'époque et de partitions écrites pour eux, devaient toutes être transposées par le musicien.

58 Sur le statut des vacataires et étudiants-chercheurs, voir *supra*.

œuvre « architexturale », d'une grande valeur symbolique. Le texte de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 est désormais inscrit sur le sol de Bordeaux, en cheminement sur 65 m. Selon les auteurs de l'œuvre, collective et pluridisciplinaire, le texte de la déclaration « se déroule au fil des architectures grandioses environnantes, à l'horizontal et dans la perspective, s'effaçant ou brillant selon l'heure du jour. Le préambule qui introduit cette déclaration pose l'origine de l'œuvre aux portes de l'école de la magistrature. Les 30 articles, chacun sur une plaque, s'égrainent sous les tilleuls le long du mail. L'article 30, sis au terme du mail, ouvre sur l'esplanade du tribunal de justice. « Toute personne », fait lien entre l'école et le tribunal ».

« Toute personne »[59] : ces deux mots pris ensemble, aux portes de l'école de justice, méritaient une aussi belle médiation !

Viendrez-vous vous promener sur le(s) Parvis des Droits de l'Homme, fêter et symboliser là et ailleurs, « les liens dans l'espace et dans le temps entre nos instances démocratiques, entre les personnes, qu'elles soient magistrats, étudiants, écoliers, citoyens aux prises avec la justice, simples passants… »[60] ?

Les commémorations sont comme les cours et séminaires : des invitations à ne pas oublier les invitations… à nous laisser guider-emmener plus loin.

59 Nom de l'œuvre.

60 Ce texte des auteurs de la dalle dont sont tirés ces extraits se trouve sur : http://becheau.bourgeois.free.phonemes.

Discussion

G. PIGNARRE : Quelle recherche transdisciplinaire pour former le juriste de demain ?

G. NICOLAU : La question du passage de la pluridisciplinarité à l'interdisciplinarité est vraiment compliquée. J'ai essayé de travailler dans ce domaine-là avec des collègues de disciplines différentes au profit des étudiants durant quinze ans. Lorsqu'il y a des frontières disciplinaires, il y a de tels enjeux que les étudiants en pâtissent parfois, donc c'est extrêmement problématique. Mais il ne faut pas abandonner et je suis convaincue que c'est aussi aux apprentis juristes de s'ouvrir et d'aller chercher au puits, comme il se doit.

G. PIGNARRE : … Alors à plusieurs puits en dehors des facultés de droit…

G. NICOLAU : Oui. La question est de savoir si un quota de recrutement va autoriser certaines personnes à sortir de la norme.

G. PIGNARRE : … Et jusqu'à quel point cette originalité est-elle permise à des jeunes chercheurs qui seront sanctionnés par les instances qui attendent une recherche dite normalisée ?

G. NICOLAU : Je pense que c'est aussi une question de communication. Il ne s'agit pas d'aller chercher un savoir et ensuite venir mettre tout ça sur la table pour confronter ses interlocuteurs à leurs insuffisances. Il s'agit d'aller améliorer une compétence et de venir la faire partager dans un langage commun. Tout est dans la mesure. On ne fait pas une course aux diplômes ou une course au savoir pour le savoir. Le savoir doit faire sens : donner à penser, et à s'engager !.

La part de la recherche dans l'enseignement du droit

Par Antoine JEAMMAUD*

Quelle place occupe la recherche – l'initiation ou la sensibilisation à ses problèmes, exigences, pratiques et résultats – dans l'enseignement du droit ? La commune renommée voudrait qu'elle soit réduite. Mais nous ne sommes pas en mesure, faute d'enquête méthodique, de répondre à l'interrogation en dressant un véritable état des lieux. Quelle place devrait-elle ou pourrait-elle occuper ? De la position qui est la nôtre, la question paraît plus abordable. On ne saurait toutefois entreprendre d'y répondre sans tenter, d'abord, de préciser ce que sont les *pratiques intellectuelles* qu'il convient de regrouper sous l'appellation de *recherche relative au droit* (de préférence à « recherche juridique »). Il s'agit même de la tâche la plus ardue. D'autant plus que les conceptions des professionnels chargés d'œuvrer à ces pratiques – juristes enseignants-chercheurs des universités et chercheurs – varient à un point qui étonnerait sans aucun doute leurs collègues d'autres disciplines, « sciences tendres » autant que « dures »[1]. Aussi allons-nous, au mépris délibéré d'un des canons (hexagonaux) de la dissertation « juridique », consacrer la plus longue part de nos développements à un essai de *clarification de ce qu'est cette recherche prenant le droit pour objet* (**1.**), avant de nous prononcer sur la place que les pratiques de recherche et leurs résultats *occupent ou pourraient occuper dans l'enseignement universitaire centré sur le droit positif* (**2.**), puisque paraît en cause le poids de ce dernier, qui nourrit parfois une accusation d'excessif « positivisme ».

* Professeur émérite à l'Université Lumière Lyon 2. Membre du Centre de recherches critiques sur le droit /CERCRID (Universités de Saint-Étienne et Lyon 2/ UMR CNRS).

1 Un professeur de droit privé occupant une forte position institutionnelle dans les milieux juridiques français, livre dans les termes suivants sa conception de la recherche en droit (qui ne semble pas exister, à ses yeux, hors des thèses de doctorat) : « Des concepts, des outils, des techniques… avec toujours la même ambition : le progrès de la connaissance. À quelle fin ? Toujours *une meilleure compréhension des normes* qui gouvernent la Cité. Souvent *la suggestion d'utilisations nouvelles d'outils* connus ou la proposition d'utiliser de nouveaux outils (voire de nouveaux concepts) pour traiter de questions demeurées, peut-être, jusqu'alors sans réponse (ou pour apporter de nouvelles réponses, mieux adaptées à un monde qui change). Parfois *la formulation de projets de textes à l'adresse du législateur*, qu'il s'agisse de réformer un dispositif existant afin d'en améliorer les performances ou d'enrichir le corpus législatif pour porter remède à quelque difficulté ou offrir un cadre juridique sûr à une pratique émergente […] » (B. Teyssié, « Libre propos », *Recherche Droit et Justice*, Lettre de la Mission de recherche Droit et Justice, n° 32, printemps-été 2009, p. 2). Toute différente est notre représentation de la recherche relative au droit.

1. Territoire et contrées de la recherche prenant le droit pour objet

Nous n'allons pas négliger la querelle de la science juridique, ni faire l'économie d'une prise de position à son sujet serait-elle du genre agnostique (**1.1.**), avant de proposer, ce qui nous paraît plus important, une typologie des activités orientées vers une connaissance du droit (**1.2.**).

1.1. Existe-t-il une « science juridique », ou à quelles conditions pourrait-elle exister ?

Cette double interrogation a pu être, il y a deux ou trois décades, plus vive qu'aujourd'hui. L'enseignement dispensé dans les facultés de droit françaises dans les années soixante pouvait susciter le plus grand doute quant à la scientificité du savoir qu'il visait à transmettre[2]. Surtout dans le contexte de la fin de cette décennie-là, temps de découverte, pour les plus exposés aux pensées subversives, des analyses d'un Bourdieu ou d'un Foucault voire d'Althusser, puis de dénonciation de la « société bourgeoise » et de toute forme de domination. Pour l'étudiant avide de stimulation intellectuelle et un peu curieux de comprendre comment le droit s'inscrivait dans l'histoire et le monde social, la « fac de droit », le plus souvent, distillait l'ennui. Des milliers de juristes formés à cette époque entendaient ou comprenaient bien vite, d'une part que la connaissance du droit n'était rien d'autre que celle de ses règles, de ses solutions positives, d'autre part que la « science » à acquérir résidait dans l'art de se représenter ces règles en ordre rationnel et dans la culture de « l'esprit juridique » pour le traitement de cas concrets par application de ces règles. Ils étaient invités, pour le surplus, à admettre que le droit réalisait tendanciellement la justice autant que l'ordre requis dans la société ou qu'il n'avait besoin d'autre légitimation que celle découlant de la régularité de l'édiction de ses textes selon des critères essentiellement formels de « légalité ». Hors de rares lieux un peu dotés à cet effet – la Faculté de droit parisienne essentiellement – ni initiation à la philosophie du droit au-delà de quelques indications convenues dans le cadre de l'introduction au droit en première année, ni sensibilisation à l'intérêt attaché à une observation sociologique de la production ou des divers modes de mise en œuvre du droit. Les enseignements historiques offraient plus de chances d'entendre de respectables érudits que d'acquérir quelques hypothèses pour comprendre les rapports entre droit et société[3].

Le succès, relatif mais inattendu au-delà du cercle des juristes non totalement réfractaires au marxisme, d'*Une introduction critique au droit* de Michel Miaille, publiée en 1976 par François Maspéro, a sans doute tenu à sa critique d'inspiration bachelardienne et très pédagogique de la « science juridique » régnante[4]. Le courant « Critique du droit », apparu en France à la fin des années soixante-dix, s'est d'ailleurs constitué contre « la science du droit traditionnelle » autant qu'en vue de produire une « théorie critique » ouvrant à l'intelligence du droit

2 Selon Frédéric Audren, analyste assidu de l'histoire des Facultés de droit françaises, la IIIe République a pu être considérée comme « un âge d'or des cathédrales doctrinales » en raison de la fréquentation assidue des sciences sociales par les juristes universitaires (Duguit, Hauriou, Lambert…) mais, « à partir de l'entre-deux-guerres, la donne est très sensiblement rebattue. Au sein des facultés juridiques, le renforcement de la dogmatique juridique […] et l'approfondissement des logiques disciplinaires cantonnent les sciences sociales dans un statut purement auxiliaire » (« Quand le droit était une science sociale », *Recherche Droit et Justice*, Lettre de la Mission de recherche Droit et Justice, n° 32, printemps-été 2009, p. 10).

3 Il faut certes nuancer. Ainsi, et pour évoquer une expérience personnelle, les étudiants en droit de la Faculté de Lyon des années soixante pouvaient élargir leur horizon avec Madeleine Grawitz (méthodes des sciences sociales… pour les « publicistes ») et deux autres professeurs (seuls à enseigner sans revêtir la toge) : Jacques Lambert (fils d'Édouard), historien du droit reconverti dans le droit comparé et la démographie, et Paul Didier, commercialiste passionnant et initiateur des étudiants de troisième cycle à la philosophie du droit.

4 Voir pages 31 *sq.*, 277 *sq.*

à partir d'une référence privilégiée, mais non exclusive, au matérialisme historique et dialectique[5]. La contestation de la prétention des juristes universitaires d'être gens de science et de délivrer un enseignement « scientifique » était au cœur de la dénonciation de l'idéologie cultivée par les premiers et diffusée par le second, c'est-à-dire d'une représentation mystificatrice du monde social et des fonctions remplies par le droit.

Quelques années plus tard, un groupe de réflexion créé à l'initiative du ministère chargé de la recherche et animé par Mireille Delmas-Marty et Gérard Timsit, comptant parmi ses membres des théoriciens, historiens et sociologues du droit réputés[6] mais aussi quelques animateurs de « Critique du droit », allait réfléchir aux « conditions d'une science du droit ». Sans parvenir cependant à une position commune et ferme. C'est que, déjà, l'exigence était moins de décider de ce qui était ou pouvait être « scientifique » dans la connaissance du droit que d'identifier les diverses pratiques de production de connaissances relatives au juridique, d'acquérir une plus nette conscience des conditions de leur pertinence et de les mettre en relation.

Depuis beau temps d'ailleurs, et plus clairement qu'il n'est d'usage dans les ouvrages introduisant à l'étude du droit, Jean Carbonnier avait évoqué le problème. « S'il n'y avait de sciences que celles qui peuvent opérer sur des phénomènes soumis au déterminisme et qui sont en mesure de découvrir des lois de causalité entre ces phénomènes, écrivait-il, le droit ne pourrait assurément prétendre, sauf pour une très faible part, au nom de science ». Pour apporter aussitôt une réponse apaisante pour les juristes de l'Université[7] et du Centre national de la recherche scientifique[8] : « Si tout ensemble de connaissances raisonnées et coordonnées mérite ce nom (ne fût-ce que par opposition à l'empirisme), il est

5 L'Association « Critique du droit » a été fondée en 1977 et la collection d'ouvrages, lancée sur la suggestion conjointe de François Maspéro et des Presses universitaires de Grenoble (sur le modèle de « Critique de l'économie politique »), a vu paraître son premier titre en 1978. Cet ouvrage, simplement intitulé *Pour une critique du droit* et composé par un groupe des fondateurs du mouvement (Ph. Dujardin, J.J. Gleizal, A. Jeammaud, M. Jeantin, M. Miaille, J. Michel), faisait place à un texte-manifeste proclamant notamment : « La science du droit traditionnelle, après avoir servi la construction de l'État libéral et avoir été honorée en conséquence, est tombée en déshérence. Dans les ex-facultés, l'approche du droit reste, à ce jour, très empreinte de formalisme et d'idéalisme. Un enseignement prétendument objectif se satisfait de reconnaître un État-de-fait, ne révélant ni les fondements ni les fonctions véritables de l'État et du droit. L'enseignement comme la recherche reposent sur des distinctions arbitraires et préjudiciables à l'investigation scientifique : distinction science juridique/science politique, droit public/droit privé. En outre, cet enseignement repose trop souvent sur des synthèses qui, prétendant enclore leur sujet, occultent le caractère mouvant et contradictoire de la réalité sociale, alors que l'hypothèse fondamentale de la collection est que la science du juridique relève d'une science du politique. » Pour une présentation de ce mouvement, de ses thèses sur le droit, mais aussi de ses limites, après quelques années d'activité, voir notre article : « *Critique du droit* en Francia : de la búsqueda de una teoría materialista del derecho al estudio crítico de la regulación jurídica », *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, Univ. Granada, n° 25/1985, p. 105 *sq.* Pour une évaluation plus récente : « La crítica jurídica en Francia, veinte años después », *Crítica jurídica* (Mexique-Brésil), n° 25/2006, p. 111 *sq.* On trouve d'autres évocations de la brève histoire de ce mouvement (notamment dans *Le droit figure du politique. Études offertes à Michel Miaille*, Univ. Montpellier I, 2008), mais peu de chose sur ses apports théoriques s'opposant à « la science juridique » dominante.

6 André-Jean Arnaud, François Ost, Michel Troper, notamment. Il est à noter que F. Ost, Michel van de Kerchove, Philippe Gérard et d'autres juristes des Facultés Saint-Louis de Bruxelles, mais aussi A.-J. Arnaud (pionnier, dès les années soixante, de la « critique du droit » conçue comme démystification de la « neutralité » du droit et de l'apolitisme du savoir transmis dans les facultés de droit) avaient participé aux rencontres de « Critique du droit » de la fin des années soixante-dix et du début des années quatre-vingt, sans s'inscrire véritablement dans le mouvement incarné par cette association.

7 Un certain nombre d'unités d'enseignement et de recherche nées de la mise en œuvre de la loi Faure de 1969 avaient été dénommées UER ou faculté « de sciences juridiques », par souci d'afficher une option moins «dogmatique » et plus « scientifique » que les traditionnelles Facultés de droit, secouées par le « Mouvement de mai ».

8 Dont le Comité national comportait alors une section « Sciences du droit » (avant la réforme de 1991 qui allait fondre cette dernière dans une section « Sociologie, normes et règles »).

bien certain qu'il y a une science du droit. Différente des autres, ce n'est pas discutable ; peut-être même irréductible à toute autre, encore qu'on puisse lui trouver des analogies avec l'histoire (science conjecturale), et surtout avec les sciences du langage (qui, comme elle, étudient des phénomènes et *formulent des règles* tout à la fois) »[9]. On est tenté de se rendre à ces raisons. Mais il importe surtout d'échapper aux confusions engendrées par *la polysémie du terme « droit »* tel qu'on en use encore banalement dans le milieu des juristes pour désigner, à la fois, un *phénomène social normatif* – un *phénomène de régulation sociale à base de normes* parmi d'autres, se combinant avec d'autres[10] dans la constitution, le fonctionnement, la reproduction des relations sociales – et l'*étude de ce phénomène*[11]. La formule de Carbonnier peut dès lors paraître équivoque : les règles, dont la positivité atteste la présence du droit comme phénomène social normatif, seraient-elles fruits d'une activité de science, d'une « science normative » ? L'auteur dissipe heureusement le doute en distinguant, parmi les « sciences juridiques », plusieurs « sciences proprement juridiques » (par opposition aux « sciences auxiliaires »), au nombre desquelles figure, à côté des « sciences du droit positif » (l'une « de systématisation », l'autre « d'interprétation »), une « science de la législation » destinée à éclairer l'élaboration des droits sans constituer pour autant une « science normative » (« ce n'est pas la science qui pourrait donner un caractère obligatoire à des formules, c'est l'État »)[12].

Ce tableau et les brevets de scientificité aussi libéralement décernés restent discutables. Même si la physique n'est plus nécessairement le modèle de la science ou la matrice de tout savoir méritant cette qualification, même s'il est entendu[13] que sciences de la nature (« exactes », « dures ») et sciences « de l'esprit », ou sciences humaines et sociales (« tendres »), reposent sur des objectifs et des démarches différents (expliquer pour les premières, comprendre pour les secondes). Même si l'on ne doit pas s'en tenir à l'opinion visiblement très partagée hors du monde des juristes, qu'il n'existe pas de science ayant le droit

9 *Droit civil* 1, PUF, « Coll. Thémis », 12e édition, 1979, n° 7, p. 35 *sq.*

10 Le terme *« régulation »* connaît, depuis une trentaine d'années, une fortune que nourrit et qui nourrit sa polysémie. Un peu de rigueur s'imposerait, et son usage comme synonyme de « réglementation » au sens matériel, inutile anglicisme et pur effet de mode, est à bannir. En revanche, d'autres usages dans le langage des sciences sociales comme dans celui des juristes paraissent pertinents et correspondent à autant d'espèces d'un concept générique qu'il importe d'élaborer en se souvenant que le terme est emprunté à la langue des sciences physiques et biologiques. Il nous semble que « ce concept générique est celui d'*une œuvre consistant à introduire des régularités dans un objet social, à assurer sa stabilité, sa pérennité, sans en fixer tous les éléments ni l'intégral déroulement, donc sans exclure des changements*. Cet objet peut être la société dans son ensemble, telle de ses dimensions ou 'instances' – l'économie notamment – ou encore un domaine particulier de pratiques sociales » ; théorie et sociologie du droit peuvent utilement retenir le concept suivant de régulation : *« œuvre de stabilisation et pérennisation, passant par la réalisation de régularités mais aussi d'amendements, à laquelle concourent divers procédés »*. Cette position est reprise et les citations sont extraites d'une étude antérieure ; « Des concepts en jeu », *in* G. Martin et J. Clam (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, Coll. « Droit et Société », 1998, p. 47 *sq.*, spéc. p. 52 *sq.* Les *autres procédés de régulation de type normatif* évoqués par ce texte sont les morales, les mœurs, les déontologies non prises en charge par le droit de l'État (et, plus généralement, non juridifiées), les convenances etc. (voir notre étude « Les règles juridiques et l'action », *D.* 1993, chron. p. 207 *sq.* ; et, en version plus longue : « Normes juridiques et action. Note sur le rôle du droit dans la régulation sociale », *in* M. Miaille (dir.), *La régulation entre droit et politique*, L'Harmattan, 1995, p. 95 *sq.*). Car il importe, et les distinctions sont tâches de la théorie du droit au sens qui sera précisé plus avant, de ne pas céder à la tentation « panjuriste » de voir du droit partout, dans toute forme de normativité socialement produite.

11 Difficile d'écrire, par conséquent, que « le droit (autrefois) était une science sociale » (F. AUDREN, « Quand le droit était une science sociale », *op. cit.*).

12 On se souvient de l'éclairante enquête sur les sens donnés à l'expression « science normative » autrefois conduite par Georges Kalinowski (*Querelle de la science normative*, LGDJ, « Bibl. philosophie du droit », 1969).

13 Au moins depuis les travaux de Wilhelm Dilthey, à la fin du XIXe siècle.

pour objet[14]. Même si le post-positivisme admet un pluralisme méthodologique qui permettrait à la « science du droit » d'être reconnue comme telle sans imiter pourtant la démarche des sciences de la nature[15] ! Nous n'irons pas plus avant, toutefois, dans une querelle qu'il n'est pas nécessaire de trancher dans le cadre du présent propos. Nous nous en tiendrons à cette position que l'assertion « le droit est une science » est, au moins équivoque, au pire aberrante, et que l'affirmation « les facultés de droit élaborent et diffusent la science du droit » supposerait de très fortes raisons, que nous n'apercevons pas, de baptiser « science » tout ce qui requiert apprentissage, labeur intellectuel, méthode et savoir-faire[16] ! Tout recommande de suivre Paul Amselek lorsqu'il juge « dérisoire » la propension à succomber à « la force attractive qu'exerce le paradigme scientifique dans le domaine des disciplines juridiques, comme d'ailleurs dans beaucoup d'autres domaines […] comme si l'activité scientifique était, de toutes les activités humaines, la seule sérieuse et digne d'être entreprise et qu'il fallait en conséquence à tout prix se placer sous sa bannière pour valoriser ce que l'on fait et accéder à un statut de respectabilité »[17]. La vénération de François Gény par tant de juristes français ne tiendrait-elle pas, en partie, à ce qu'il a qualifié de « libre recherche scientifique »[18] la démarche qu'il les engageait à pratiquer (et qu'ils pratiquaient ou auraient pratiqué de toute façon)[19] ?

L'essentiel est bien, répétons-le, de distinguer ce phénomène social que constitue le *droit* et *les pratiques intellectuelles dont il est l'objet*, notamment celles visant à le connaître et les *savoirs* qu'elles produisent. Autrement dit d'accueillir ce que l'on nomme plus souvent *« la distinction du droit et de la science du droit »*, fondatrice du positivisme juridique (comme théorie du droit et comme

14 Deux indices du poids de cette conviction, parmi d'autres, fournis par des publications aux ambitions différentes : on ne trouve aucune trace des « sciences juridiques » dans *l'Épistémologie des sciences sociales*, publiée il y a quelques années sous la direction de Jean-Michel Berthelot (PUF, 2001) ; l'excellente revue de vulgarisation *Sciences humaines* n'a, jusqu'à présent, réservé qu'une place marginale aux interrogations contemporaines sur ce qui paraît constituer un phénomène majeur dans l'agencement ou le contrôle de nos sociétés développées, et l'on ne découvre ni rubrique, ni entrée « droit » ou « juridique », ni d'autre trace de ces notions, dans deux ouvrages généraux publiés par les Éditions Sciences humaines (*Le Dictionnaire des sciences humaines,* 2004, et J.-F. Dortier, *Les Sciences humaines. Panorama des connaissances*, 2009).

15 V. Villa, *La science du droit* (trad. O. et P. Nerhot), Story Scientia-LGDJ, Coll. « La pensée juridique moderne », 1990.

16 Au demeurant, tous les juristes « de doctrine » ne réclament pas d'être reconnus comme des scientifiques. On pense aux écrits de Christian Atias, *Science des légistes, savoir des juristes*, PUAM, 3e éd., 1993 ; *Épistémologie juridique*, PUF, 1994, et Dalloz, 2002. Voir également : J.-P. Chazal, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *Arch. Philo. Droit*, t. 45, Sirey, 2001, p. 2002.

17 « La part de la science dans l'activité des juristes », *D.* 1997, chron. 337, p. 338. Pour cet auteur, la « science » consiste exclusivement « à établir des rapports entre la survenance au monde d'un type de phénomène, d'un type de chose, et certaines circonstances, un certain contexte d'autres choses »). Il tient au passage des propos sévères – mais rassurants, avouons-le – sur *Science et technique en droit privé positif* de François Gény (il observe que si de « méchantes langues » ont qualifié cet ouvrage de « vrai bazar métaphysique », ce jugement « ne paraît pas somme toute dépourvu de lucidité », avant de dénoncer la « fameuse et fumeuse distinction du 'donné' et du 'construit' »). En faveur de la possibilité d'une science du droit, voir par exemple : F. Ost, V° Science du droit, *in* A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ-Story Scientia, 2e éd., 1993 ; É. Millard, *Théorie générale du droit*, PUF, Coll. « Connaissance du droit », 2006, p. 9 *sq.* Pour un panorama plus général des opinions sur cette question : M. Troper, V° Science du droit, *in* D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige/PUF-Lamy, 2003, p. 1391.

18 « Un de ces slogans dont la trouvaille n'appartient d'ordinaire qu'à des publicitaires sans cervelle », observe Philippe Jestaz, dans un ouvrage consacré à une réévaluation de l'apport du doyen de Nancy (C. Thomasset, J. Vanderlinden, Ph. Jestaz, dir., *François Gény, mythe et réalités. 1899-1999 Centenaire de* Méthode d'interprétation et sources…, Yvon Blais-Dalloz-Bruylant, 2000, p. 39).

19 « Le grand public voit dans le juriste un benêt qui apprend par cœur des textes de loi : Gény nous a dit que nous étions des savants et des chercheurs » (Ph. Jestaz, *op. cit.*).

méthodologie de son étude) mais acceptée par certains jusnaturalistes[20].

1.2. La *recherche relative au droit* (« recherche juridique ») s'entend donc de l'ensemble des *activités intellectuelles* – ou *disciplines*[21] – *visant à produire un supplément de connaissance ou de compréhension du droit comme de son inscription dans la société*. La légitimité de ces activités n'a nul besoin qu'on les baptise « sciences juridiques ». Nous les dirons simplement *« savantes »*, puisqu'elles tendent à constituer ou enrichir des savoirs (ne serait-ce que celui de l'état du droit en vigueur sur un point déterminé), cet adjectif permettant de les distinguer de celles – non moins intellectuelles – des praticiens du droit[22]. Leur identification relève de l'épistémologie appliquée à ce champ particulier qu'est le juridique[23] ; plus largement, de ce que l'on peut appeler la *théorie générale du droit* s'il est vrai que celle-ci constitue d'abord théorie de la connaissance du droit[24].

La *typologie* à notre sens la plus pertinente repose sur une distinction de base qui est, pour l'essentiel, celle des *points de vue interne* et *externe* au droit, reprise de Herbert L.A. Hart[25] par François Ost et Michel van de Kerchove[26]. Ainsi distingue-t-on des *activités ou disciplines dont les opérateurs se maintiennent « à l'intérieur » du système de droit* et sont, en quelque sorte, des acteurs ou des agents de ce système, et des *activités de connaissance contemplant ce droit de l'extérieur*, même si elles doivent prendre en compte l'organisation interne du système (son « outillage », ses catégories) et le point de vue de ses acteurs dès lors qu'il appartient à leur objet[27].

20 Ch. Grzegorcyk, F. Michaut, M. Troper (dir.), *Le positivisme juridique*, Story Scientia-LGDJ, Coll. « La pensée juridique moderne », 1992 ; É. MILLARD, *op. cit.*, p. 19 *sq.* Est-il besoin, ici, de souligner que « positiviste » n'a pas nécessairement la connotation péjorative dont il est assorti lorsque l'on traite un enseignement ou un écrit juridique de « positiviste » pour souligner qu'il est exempt d'interrogations sur l'inscription sociale du droit positif ou sur son rapport aux valeurs, sa « justice » ?

21 Les termes « branche » et « discipline » sont employés indifféremment par la majorité des juristes universitaires français à propos du « droit civil », du « droit constitutionnel », du « droit administratif », du « droit pénal », etc. Cette indifférence, elle-même source de grande confusion, est souvent liée au défaut de distinction du droit-phénomène social normatif et de sa connaissance ou sa pratique. Nous croyons opportun d'assigner des significations différentes aux deux termes en distinguant la *branche*, segment d'un ordre juridique déterminé (du droit de la République française, par exemple), et la *discipline*, activité ou ensemble des activités de connaissance des problèmes juridiques d'un secteur des relations sociales et des solutions que prétendent leur procurer les règles juridiques en vigueur (qui peuvent appartenir à des branches différentes de l'ordre juridique concerné). Voir, par exemple, cette distinction à propos du « droit du travail » : A. JEAMMAUD, M. LE FRIANT, A. LYON-CAEN, « L'ordonnancement des relations du travail », *D.* 1998, chron. p. 359, n° 1 et 5 ; J. PÉLISSIER, A. SUPIOT, A. JEAMMAUD, avec la collaboration de G. AUZERO, *Droit du travail*, Dalloz, 24e éd., 2008, n° 6.

22 Et il nous paraît sans inconvénient, autre que celui d'étonner ou faire sourire, de qualifier de « juristes savants » les juristes, principalement universitaires, qui s'adonnent aux disciplines prenant le droit pour objet.

23 A.-J. ARNAUD, V° Épistémologie juridique, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*

24 Au sens qu'Éric Millard attribue à cette expression (*op. cit.*, p. 7 *sq.*).

25 *Le concept de droit*, 2e éd., trad. M. van de KERCHOVE, Facultés universitaires Saint-Louis de Bruxelles, 2005, p. 108 *sq.*, p. 259 *sq.* et 272 *sq.* (en réponse à certaines critiques de Ronald Dworkin).

26 *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis de Bruxelles, 1987, p. 27 *sq.* ; voir aussi : S. LEADER, V° Perspective interne/externe, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*

27 Nous avions esquissé cette distinction dans un rapport de synthèse sur « la nature et la finalité de la recherche juridique » à l'occasion d'assises organisées en 1991 par la Direction de la recherche et des études doctorales du Ministère de l'éducation nationale (voir : *Livre blanc des Assises nationales de la recherche juridique*, B. Stern, dir., LGDJ, 1994, p. 194 *sq.*). Nous avons présenté la typologie dont elle fournit la base dans un document pour la section 36 du Comité national du CNRS, en mai 1992, puis dans un numéro d'une publication de ce même établissement consacré à « la recherche en sciences juridiques » (*sic*) (« Une typologie des activités savantes prenant le droit pour objet », *Sciences de l'homme et de la société*, CNRS, mai 1999, p. 10-11). Elle est évidemment discutable. Paul Amselek avance une distinction assez proche entre « démarches technologiques » et « démarches proprement scientifiques, anthropologiques en l'occurrence » (art. cit., p. 338), mais nos

1.2.1. Relèvent en tout cas au *premier groupe* deux disciplines qu'il convient de distinguer dans une typologie bien qu'elles se mêlent couramment dans l'activité des juristes savants : la *dogmatique juridique* et la *pratique doctrinale*. Le juriste qui s'adonne à l'une et l'autre est couramment perçu comme « membre de la doctrine »[28] et qualifié de « théoricien » parce que son quotidien n'est pas la pratique du droit au contact de situations concrètes et au service d'usagers ou de clients, mais aussi parce que la théorie n'est pas perçue comme une discipline distincte de celle à laquelle s'adonnent, pour l'essentiel, les gens de « doctrine ». Il n'empêche que ce juriste savant se trouve « par profession, logé à l'intérieur d'un système juridique »[29], et qu'à ce titre il contribue de près à la « vie du droit ».

1.2.1.1. La *dogmatique juridique* au sens strict s'entend de l'*activité de description systématique et ordonnée du droit en vigueur*. Elle comporte cette part d'investigation, plus ou moins difficile ou intense, requise par la préparation de cours de droit positif[30] et, plus encore, par la rédaction d'ouvrages didactiques ou articles d'encyclopédies exposant la teneur du droit positif, ou de commentaires d'actes de législation.

propositions respectives diffèrent quant au contenu de chacune de ces catégories. Voir aussi : J. Chevallier, « Doctrine ou science », *AJDA* 2001, p. 603.

28 Sur la polysémie du terme « doctrine » et sur « la doctrine » au sens « organique », entendue comme « la collectivité des auteurs », on renverra à Philippe Jestaz et Christophe Jamin, *La doctrine*, Dalloz, Coll. « Méthodes du droit », 2004. Les quelques considérations sur l'activité de doctrine que l'on rencontrera dans le présent article ne prétendent aucunement rivaliser avec les analyses approfondies que recèle cet ouvrage.

29 J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Quadrige/PUF, 1994, p. 16-17 (à propos de « la différence du point de vue, d'angle de vision » entre dogmatique juridique et sociologie du droit).

30 Hors l'hypothèse du plagiat du cours d'un autre enseignant ou d'un manuel…

On pourrait d'abord penser qu'elle produit une paraphrase des énoncés du *discours législatif*[31]*, c'est-à-dire des textes du bloc de constitutionnalité, des lois et codes, etc., en formulant dans ce langage descriptif qu'est le langage des juristes* (dans lequel sont formulés des énoncés vrais ou faux) les dispositions composant ce discours et formulées, elles, en *langage du droit* (langage permettant, pour l'essentiel, de signifier des normes ou réaliser des actes de langage performatifs, donc des énoncés qui, échappant aux valeurs de vérité et fausseté, sont seulement valides ou invalides)[32]. Mais pour Hans Kelsen, à qui l'on doit

31 L'expression a été utilisée par Gérard Cornu pour désigner « le texte de loi » (*Linguistique juridique*, Montchrestien, Coll. « Précis Domat », 3e éd., 2005, n° 65 *sq.*), sans distinguer entre les actes qu'ont été ou sont la Constitution du 4 octobre 1958 et les lois en leur temps promulguées par des décrets du Président de la République, les décrets et arrêtés publiés au *Journal officiel* et la masse des « dispositions », ordonnées ou juxtaposées, en vigueur à un instant déterminé et réputées signifier, pour l'essentiel, des normes (ou règles), telles qu'elles ont été introduites ou modifiées par ces actes de législation. Croyant, au contraire, que la distinction entre ces *actes de législation* (au sens matériel) et ce corps de dispositions a sens et utilité, nous réservons l'expression « discours législatif » à la désignation de ce dernier. Le débat et ces choix terminologiques relèvent de la pratique de la théorie du droit au sens qui sera précisé plus avant.

32 Le *langage du droit* est celui dans lequel est énoncé le droit, donc dans lequel sont formulés des énoncés dont tout le monde s'accorde à considérer que, pour l'immense majorité, ils signifient des normes. Le *langage des juristes* est celui dans lequel on parle du droit, donc des énoncés formés en langage du droit, que ce soit pour les décrire, analyser leurs conséquences et leurs relations, discuter de leur interprétation, les évaluer, etc. ; il constitue donc un métalangage par rapport au précédent. Cette distinction de degrés au sein de ce qu'on appelle trop vaguement « le langage juridique » aurait été opérée en 1948 par le théoricien polonais Bronislaw Wroblewski ; elle a été introduite dans la littérature de langue française par Georges Kalinowski avec son *Introduction à la logique juridique* (LGDJ, Bibl. philosophie du droit, 1965, p. 3-4 et p. 53 *sq.*). Voir divers articles de : Le langage du droit, *Arch. Philo. Droit*, t. XIX, Sirey, 1974 ; pour un affinement de cette distinction : J. Wroblewski, « Les langages juridiques : une typologie », *Droit et Société*, n° 8, 1988, p. 13 *sq.*). Curieusement ignorée de la plupart des juristes français, elle est tout juste évoquée par Gérard Cornu (*Linguistique juridique*, Montchrestien, Coll. « Précis Domat », 3e éd., 2005, n° 2)

une théorisation de cette activité intellectuelle qu'il tenait pour « la science du droit », ses réalisations sont un peu plus sophistiquées : elle élabore et énonce des « propositions de droit » (*Rechtssätze*) décrivant les relations fondées par les normes juridiques (*Rechtsnormen*) entre les faits sur lesquels portent ces dernières ; des relations qui sont, non de causalité, mais d'« imputation » (*Zurechnung*). Ainsi, tandis que les normes juridiques sont « des prescriptions, et, comme telles, des ordres, des impératifs, mais également des permissions, des habilitations » (et certes pas des « renseignements » ou des descriptions), « les propositions de droit sont des jugements hypothétiques qui énoncent qu'au regard d'un certain ordre juridique, national ou international, donné à la connaissance juridique, si certaines conditions définies par cet ordre sont réalisées, certaines conséquences qu'elles déterminent doivent avoir lieu ». Une « proposition de droit » est du type « si une personne commet tel fait, telle peine *doit être (soll sein)* prononcée contre elle » ou « si une personne ne paie pas la dette qui lui incombe, exécution forcée *doit être* ordonnée sur son patrimoine », et elle est vraie si l'ordre juridique décrit contient une norme pénale attachant la peine en question à l'agissement visé ou une norme fondant l'exécution forcée des dettes d'une personne sur son patrimoine[33].

À cette dogmatique juridique nous hésiterons, on l'aura deviné, à reconnaître le statut de « science du droit »[34]. Pourtant, sa pratique s'avère autrement plus complexe qu'une mise en ordre d'énoncés du discours législatif propre à accroître leur intelligibilité et à favoriser leur connaissance. Deux données font de la « description du droit en vigueur » un exercice délicat pour le juriste scrupuleux.

a) Le droit positif de la République française, pour ne parler que de lui[35] – celui qui saisit objectivement et est censé régir les rapports relevant de son champ d'application, celui que les acteurs peuvent « mobiliser » ou sur lequel ils peuvent compter dans leurs calculs d'action, celui auquel les juridictions de tous ordres statuant « au nom du Peuple français » doivent se référer en exclusivité (sous réserve des renvois que peuvent opérer ses propres normes) – *ne se réduit pas aux significations des dispositions composant le discours législatif*[36]. Dans un ordre juridique réputé illustrer le primat de la loi, et dont ni la Constitution ni des dispositions législatives ne reconnaissent d'autres sources (« juridiques ») de règles de ce droit que des actes de législation, étonnamment nombreuses sont les règles *qui ne sont pas des significations, pas même des contenus implicites, de telles dispositions*. On sait l'ampleur

qui la juge sans grand intérêt. Jean-Louis Bergel (*Théorie générale du droit*, Dalloz, Coll. « Méthodes du droit », 4e éd., 2003, n° 208 *sq.*) partage visiblement ce point de vue. On n'en trouvait d'ailleurs aucune trace dans J.-L. Sourioux et P. Lerat, *Le langage du droit*, PUF, Coll. « Sup », 1975. Elle nous paraît, au contraire, aussi utile qu'élémentaire, qu'il s'agisse d'appliquer certains concepts de logique à l'analyse des rapports entre des énoncés normatifs qui ne sont ni vrais, ni faux (voir notre thèse *Des oppositions de normes en droit privé interne*, Lyon III, 1975, n° 86 *sq.*), ou de traiter quelques autres problèmes de théorie du droit, On comprendra que son adoption prolonge logiquement la distinction du droit et de la connaissance du droit.

33 *Théorie pure du droit*, traduction de la 2e éd. de *Reine Rechtslehre* par Ch. Eisenmann, Dalloz, Coll. « Philosophie du droit », 1962, p. 96 *sq.* (nouvelle impression : Bruylant-LGDJ, Coll. « La Pensée juridique », 1999). Cette vocation des normes juridiques à être décrites et articulées par des « propositions de droit » permettrait de les soumettre indirectement aux lois de la logique formelle. Ainsi Kelsen avait-il pratiqué, sans la formuler spécialement, la distinction du langage du droit et du langage des juristes (voir notre thèse *op. cit.*, n° 90 *sq.*). L'inconvénient est que Kelsen retient – et théorise – une conception « impérativiste » de la normativité juridique, traditionnelle et encore très dominante, mais à notre sens irréaliste.

34 Paul Amselek refuse vigoureusement de voir une science dans cette « technologie dogmatique » (prés., p. 340).

35 Il n'est que la composante la plus volumineuse de l'ensemble du droit présentement valide sur le territoire de cet État. Droit communautaire européen et les normes logées dans les traités liant la République sont également valides dans cet espace où ils priment les normes du droit étatique français sans être incorporés à ce dernier.

36 Car les règles juridiques ne sont pas ces dispositions elles-mêmes, mais leurs significations.

de ce phénomène – paradoxal ? – du *droit jurisprudentiel*, produit dérivé de certaines décisions des juridictions « suprêmes ». Or, les juristes dogmaticiens sont couramment confrontés à *la difficulté de se prononcer sur la positivité d'une règle imputable à cette jurisprudence et d'en repérer la teneur*. Cette situation tient d'abord au caractère souvent implicite (« par simple application ») de la consécration ou de la mise en œuvre réitérée d'une règle de cette catégorie, et à la motivation très sommaire ou sibylline de très nombreux arrêts de la Cour de cassation ou du Conseil d'État[37]. Aussi l'irréductible part de choix que comporte l'élaboration de la description du droit en vigueur fait de ces professionnels dépourvus d'autorité « officielle » – et à leur insu ? – des *acteurs* de la production jurisprudentielle du droit, dans un rapport objectif de collaboration avec les juridictions dont émanent les décisions[38].

b) Les dispositions du discours législatif *appellent interprétation*, c'est-à-dire assignation de signification (signification de règle ou d'autre chose, de description par exemple ? et si cette signification est une règle, quelle en est la teneur ?). L'opération de « décodage » est toujours requise, et de tous. Pas seulement en cas de malfaçon ou « d'obscurité de la loi » (comme on le laisse trop souvent croire aux étudiants en droit), et en tout cas dès que le texte légal tombe sous la vue et, plus encore, lorsqu'il est sollicité ou qu'on envisage de le solliciter dans un « cas ». Elle n'est pas l'apanage des juristes, ni même d'institutions, pas même de juges, encore que ces acteurs-là aient une vocation particulière à la pratiquer[39]. C'est qu'il s'agit d'outils linguistiques, irréductiblement abstraits, sans doute conçus « en vue du cas moyen, qui n'est que rarement donné dans les faits »[40] et dont toute confrontation à une situation concrète appelle interprétation.

À cette tâche d'interprétation des énoncés du discours législatif s'ajoute celle de déterminer ce que requièrent tant les règles décelées dans ces textes que celles dont aucun de ces éléments du discours législatif n'est le signifiant, c'est-à-dire l'*interprétation des règles elles-mêmes, légiférées ou non* (on songe, en particulier, aux règles consacrant un droit[41]). On peut considérer, en empruntant à l'outillage conceptuel de l'analyse du discours, que ces opérations d'interprétation sont, à la fois, identification du « contenu explicite » (posé) des dispositions en cause et « extraction » de leurs « contenus implicites » (« présupposés » et sous-entendus »)[42]. Mais d'autres opé-

37 N'est-il pas temps de remettre en cause l'*imperatoria brevitas* ?

38 L'observation s'inspire de l'analyse du phénomène jurisprudentiel dans le système français inaugurée par Évelyne Serverin dans une thèse *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique* (PU Lyon, Coll. « Critique du droit », 1985), puis cultivée au sein du CERCRID de l'Université de Saint-Étienne (voir notamment : E. Serverin et A. Jeammaud, « Concevoir l'espace jurisprudentiel », *RTD civ.* 1993, p. 91 *sq.*). Voir aussi : E. Serverin, V° Jurisprudence, *in* L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004, p. 711 *sq.* On retrouve l'idée que « la doctrine » révèle la jurisprudence, entendue comme corps de règles ou d'éléments de règles, dans un article de Maryse Deguergue, par ailleurs fort classique sur la question « la jurisprudence peut-elle être et est-elle source de droit ? » (V° Jurisprudence, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, spéc. p. 886-887).

39 Ces considérations empruntent à Gérard Timsit (*Les noms de la loi*, PUF, Coll. « Les voies du droit », 1991).

40 J. Carbonnier, *Droit civil* 1, *op. cit.*, n° 7, p. 38 (à propos du rôle central de l'herméneutique, « science de l'interprétation »). Encore est-on souvent en peine de s'entendre sur ce qu'est ce cas moyen.

41 Quelles facultés ouvrent aux uns, quelles limites imposent aux autres, le droit au respect de sa vie privée reconnu à « chacun » par la règle signifiée par l'article 9 du code civil ? Qu'emporte ou peut fonder « le droit d'obtenir un emploi » qu'un alinéa du Préambule constitutionnel de 1946 reconnaît à « chacun » ? Que recouvre le « droit à la qualification professionnelle » reconnu par le code du travail (article L. 6314-1) à « tout travailleur engagé dans la vie active ou à toute personne qui s'y engage » ? Quelles conséquences peut-on ou doit-on déduire (ou, plus exactement, « extraire » comme un sous-entendu) de la « garantie à chacun » d'un « droit à l'éducation, notamment d'un « droit à une formation scolaire » par les articles L. 111-1 *sq.* du code de l'éducation ?

42 Sur ces concepts : C. Kerbrat-Orecchioni, V° Implicite, *in* P. Charaudeau et D. Maingueneau (dir.), *Dictionnaire d'analyse du discours*, Seuil, 2002.

rations sont quotidiennement appelées et pratiquées par les juristes praticiens ou savants, dont un usage libéral de l'expression fait des variétés de « l'interprétation des normes » : la qualification de faits, d'actes, de situations, au regard des catégories nommées par des termes des énoncés normatifs (langage du droit) ou utilisées par des règles non légiférées ; la solution de questions juridiques dépendant de la détermination de la portée des règles ou de la combinaison de plusieurs normes ; la recherche d'un possible rattachement de la solution d'une question de droit à telle ou telle règle. Ces multiples actes d'interprétation *lato sensu* sont, le cas échéant, réalisés par les juridictions suprêmes avec une autorité particulière, et l'apport de la jurisprudence dérivant de leurs décisions s'avère donc composite[43]. S'il incombe au juriste dogmaticien, dans sa tâche de description adéquate du droit en vigueur, d'identifier les résultats de ces opérations pratiquées par des décisions de justice perçues comme participant au développement jurisprudentiel du droit[44], il n'hésite pas à faire lui-même œuvre privée d'interprétation (au sens large) « en l'absence de jurisprudence » ou de discuter les solutions imputées à cette dernière. Ce faisant, il quitte le registre de la pure dogmatique.

1.2.1.2. *L'activité doctrinale* proprement dite se mêle étroitement au travail dogmaticien. Il s'agit d'une pratique de prime abord plus créative, qui comporte deux registres au moins. D'une part, l'*identification et le traitement des « questions de droit »*, notamment des questions d'interprétation évoquées ci-dessus et des problèmes juridiques nouveaux surgissant de l'évolution des pratiques sociales et des innovations techniques (par exemple des questions de qualification de pratiques ou choses nouvellement apparues au regard de catégories utilisées par les dispositions normatives), de la vie politique, etc. D'autre part, la *formulation de jugements ou d'opinions sur le droit en vigueur* (au regard de critères de justice, de cohérence, d'efficacité pour l'obtention de certains résultats métajuridiques, etc.) et de propositions *de lege ferenda*.

Pertinente dans la construction d'une typologie, la distinction de la *dogmatique juridique au sens strict* et de l'*activité doctrinale* mérite donc d'être *relativisée*. Les deux démarches se combinent dans les pratiques didactiques (enseignement, rédaction de traités, manuels, articles de répertoires ou d'encyclopédies, commentaire de textes nouveaux ou de décisions de justice, etc.)[45], et cette intrication tient largement au fait, à l'instant souligné, que la description du droit en vigueur appelle constamment prise de position sur l'interprétation d'énoncés du discours législatif ou de règles, ou sur la positivité même d'éléments normatifs imputables à la jurisprudence[46].

43 Cet apport au droit étatique se compose ainsi de règles retenues comme les significations d'énoncés du discours législatif, de normes qui ne sont pas signifiées par de semblables dispositions, mais aussi d'éléments de détermination de l'extension de nombreuses catégories juridiques (à travers les choix consacrés en matière de qualification) et plus exceptionnellement de leur compréhension à travers des « définitions prétoriennes » (voir par exemple : C. Wolmark, *La définition prétorienne. Étude en droit du travail*, Dalloz, « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2007).

44 Par exemple de prendre en compte ce qu'un récent arrêt du Conseil d'État (8 avril 2009, *D.* 2009, p. 1508, note Ph. Raimbault) estime « résulter » d'une série de dispositions (articles L. 111-1 et autres) du code de l'éducation : « Il incombe à l'État, au titre de sa mission générale d'organisation du service public de l'éducation, de prendre l'ensemble des mesures et de mettre en œuvre les moyens nécessaires pour que ce droit (à l'éducation) et cette obligation (scolaire) aient, pour les enfants handicapés, un caractère effectif », de sorte que la carence de l'État à cet égard « est constitutive d'une faute de nature à engager sa responsabilité ».

45 Elles sont donc solidairement visées par la dénonciation de l'illusion de la « solution unique » que cultiverait « la doctrine » au nom de l'impératif de sécurité juridique (M. Boudot, *Le mythe de la solution unique*, thèse Aix-Marseille III, 1999).

46 Cette observation et celles qui précèdent attestent que, si la dogmatique juridique est un « savoir normatif » (d'autres diraient une « science normative ») en ce sens qu'elle étudie des normes, elle peut prendre des allures de savoir « faisant apparaître » des normes (rappr. : J. Caillosse, *Introduire au droit*, Montchrestien, Coll. « Clefs-Politique », 1998, p. 28).

Cette étroite combinaison des deux postures et démarches se manifeste au plus haut point dans la production de ces constructions singulières que les juristes nomment volontiers « théories » voire « théories générales » : « théorie du contrat », « théorie de l'acte administratif », « théorie de la cause », « théorie des vices du consentement », « théorie des nullités », « théorie de la responsabilité administrative », « théorie du lien de causalité », « théorie de la personnalité morale », « théorie de l'abus de droit », « théorie de l'apparence », etc. Ces *théories juridiques* ne relèvent en aucune façon de cette discipline particulière qu'est la théorie du droit au sens qui sera plus avant précisé. L'exposé de chacune d'elles revêt – ou devrait en bonne logique revêtir – la forme d'un ensemble de propositions pouvant rappeler celui d'une théorie de « science dure ». Manifestation raffinée du travail de rationalisation du droit positif, une construction de ce type combine d'ordinaire un exposé systématique des mécanismes institués ou agencés par les règles de droit tenues pour positives, une description de la configuration de catégories juridiques utilisées ou concernées par ces normes, la proposition – en cohérence avec ce qui est ainsi présenté comme l'état du droit en vigueur ou souhaitable – de réponses à des questions de droit classiques ou nouvelles. Une « théorie » peut aussi avoir pour vocation principale d'établir l'opportunité de retenir certaines solutions à des problèmes ou besoins juridiques, nouveaux ou non (« théorie de l'engagement unilatéral », « théorie de l'imprévision », etc.). Ces productions intellectuelles, mêlant en proportions variables travail dogmaticien et démarche proprement doctrinale, influencent les raisonnements et les controverses sur certaines questions de droit posées par des affaires soumises aux tribunaux et pèsent parfois dans l'interprétation des textes ou des règles comme dans les opérations de qualification[47].

Cette observation, si elle est fondée, confirme que l'*élaboration de cette variété de connaissance du droit qu'est l'activité dogmatico-doctrinale*, authentique pratique de recherche dès lors au moins qu'elle porte sur un objet original ou réexaminé à frais nouveaux, fait des juristes qui s'y adonnent des *agents du système de droit* plutôt que des « théoriciens ». Ainsi que l'écrit justement Jacques Chevallier, « le point de vue doctrinal conduit l'analyste à être partie prenante au processus de production du droit : par un travail d'interprétation, qui vise à démêler l'écheveau des significations, à dégager de l'enchevêtrement des textes certains fils conducteurs, à dénouer les contradictions éventuelles qu'ils recèlent ; par un effort de systématisation, qui permet d'établir les chaînons manquants entre les productions juridiques singulières, en dégageant des principes communs ; par la production enfin de nouvelles représentations, qui ont force agissante en contribuant à faire évoluer le droit positif »[48]. La nécessaire distinction du droit, phénomène social normatif, et des savoirs dont il est l'objet, n'empêche que *la substance de cet objet est en partie le fruit de ces savoirs* « de regard interne »[49].

47 Ne serait-ce que parce que les segments nouveaux introduits dans le discours législatif par des actes de législation s'insèrent dans un univers déjà peuplé de théories juridiques participant de la représentation de ce qu'est le droit, de ce qu'il requiert ou tolère, et qui inspirent en partie les dispositions nouvellement conçues et adoptées. Sur la « confection de théories générales », en tant que « fonction de la doctrine », voir Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La doctrine*, préc., p. 230 *sqq.* qui font des juristes savants qu'ils nomment « théoriciens du droit », acteurs de ce qui serait la théorie du droit au sens ci-dessous précisé, une des « composantes de la doctrine » (p. 213 *sqq.*). Pour une critique originale d'un genre classique et prestigieux mais tel que « l'objet des théories, le droit, semble parfois disparaître derrière ses représentations doctrinales », voir : S. Pimont, « Peut-on réduire le droit en théories générales ? Exemples en droit du contrat », *RTD civ.* 2009, p. 417 *sqq.*

48 « Doctrine ou science », *op. cit.*, p. 603.

49 Autant dire que la fabrication du droit est bien loin de se trouver confinée dans ce qu'un sociologue désigne comme « la fabrique du droit » (B. Latour, *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, La Découverte, 2002), même si l'importance de la

1.2.1.3. À ces deux disciplines en pratique imbriquées, il convient aujourd'hui d'ajouter la *légistique*, la « science de la législation » dans la typologie de Jean Carbonnier[50] ou pour Charles-Albert Morand[51], et la « technologie jurislative » dans la terminologie de Paul Amselek (qui refuse naturellement d'y voir une science)[52]. Il nous semble en effet que les juristes s'adonnant à cette discipline orientée vers la *production de connaissances et de méthodes pouvant servir à l'amélioration de la confection des textes législatifs et réglementaires*, même s'ils se nourrissent de savoirs livrés par la théorie ou la sociologie du droit, *restent directement au service du système de droit positif*. Encore qu'ils ne contribuent pas aussi directement ou quotidiennement que les juristes plongés dans l'activité dogmatico-doctrinale à la « fabrication » du droit positif.

1.2.2. L'identification des disciplines de connaissance du juridique qui contemplent le droit en vigueur de l'extérieur ne va pas sans hésitation. La difficulté principale est de spécifier la position de ce qui est proprement la théorie du droit, dans la mesure où cette expression est très largement utilisée.

1.2.2.1. Nul ne contestera qu'appartiennent à ce groupe l'*histoire du droit et des institutions* et le *droit comparé*. Ces deux savoirs relatifs au droit sont les cadres d'une recherche que l'on inclinera plus facilement à juger « scientifique ». La recherche historique jouit d'une légitimité incontestée, et son utilité ne semble même pas contestée par les juristes versés dans l'étude droit positif (les « positivistes » dans la terminologie des historiens) qui mettent parfois en question ce qu'il reste d'enseignement historique dans les formations juridiques universitaires[53]. De la recherche comparative, nul ne discute davantage l'importance et même la nécessité. Le constat largement partagé est plutôt qu'elle éprouve une troublante et fâcheuse difficulté à se développer en France par rapport à ce qu'elle est sous d'autres cieux, encore que la situation semble s'être améliorée depuis une quinzaine d'années.

On observera que la perspective utilitaire est moins étrangère à la recherche comparative qu'à celle œuvrant à la connaissance de formes passées du juridique et de la généalogie des dispositions et institutions de notre temps. Vouée à la découverte de systèmes étrangers et à la comparaison des systèmes juridiques de différents pays, elle est née dans une perspective de rapprochement des systèmes nationaux ou d'éventuels transferts de solutions. L'existence d'un processus européen d'intégration régionale supposant rapprochement et coordination des droits nationaux des États concernés, le surgissement de questions imprévues de détermination de ce qu'entraînent ou imposent, dans les ordres juridiques nationaux, maintes normes du droit communautaire ou celles du Conseil de l'Europe, mais aussi le développement des rapports juridiques internationaux et la libéralisation des échanges, ont accru l'intérêt des études comparatives et l'appétence pour ce type d'investigations.

1.2.2.2. Parmi les activités savantes « à distance du droit positif », la *philosophie du droit* conserve un prestige particulier[54], en même temps qu'elle est la moins exposée à être qualifiée de « science ». Chacun voit bien ce que sont les principaux objets de cette discipline et de la recherche qui peut nourrir ses exposés ou son enseignement. Elle est réflexion critique sur l'idée même de droit et sur les phénomènes juridiques, lieu de formulation de

réglementation (au sens formel) est trop négligée par les théoriciens du droit.

50 *Droit civil* 1, n° 7, p. 38 *sq.*

51 C.-A. Morand (dir.), *Légistique formelle et matérielle. Formal and material logistic*, PU Aix-Marseille, 1999. Voir : *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, V° Légistique, par A.-M. Leroyer.

52 « La part de la science dans les activités des juristes », *op. cit.*, p. 339.

53 Il fut un temps où nombre de professeurs de droit considéraient que l'histoire du droit et des institutions, donc les juristes historiens, avaient surtout leur place au CNRS.

54 Le nombre de véritables spécialistes se consacrant à des investigations en ce domaine reste pourtant réduit.

questions telles que « qu'est-ce que le droit ? »[55], « pourquoi le droit ? » (question des fondements) ou « pour quoi le droit ? » (question des fins). Plus simplement : quels rapports le droit entretient-il ou doit-il entretenir, avec les valeurs de justice, d'ordre, de sécurité, et comment connaître ce que requièrent ces valeurs ?

Ce terrain de la philosophie du droit est celui d'une irréductible diversité des opinions, dérivant de celle des « visions du monde ». Nul n'ignore la grande partition entre *jusnaturalistes* et *juspositivistes*[56], et, parmi les premiers, entre ceux pour lesquels le droit naturel s'entend d'un ordre naturel et juste des choses, antérieur et supérieur au droit positif (qu'il soit révélé par l'observation de « la nature des choses » ou par une parole divine) et les tenants d'un droit naturel composé de normes proprement fondamentales livrées par la raison. « Droit naturel classique, de tradition aristotélo-thomiste », contre « droit naturel moderne », expliquait Michel Villey, pour dénoncer la confusion des deux conceptions et exalter la première en dénonçant la désastreuse influence d'un Kant qui aurait ignoré le droit au point de le confondre avec la morale ! Observons d'ailleurs que si, dans le champ français, des juristes démunis de formation philosophique particulière connaissent un peu des orientations et controverses de la philosophie du droit, ils le doivent plus probablement à des juristes philosophes se réclamant du jusnaturalisme (classique)[57] qu'à des philosophes s'intéressant au droit et à la justice[58]. Il est vrai que le courant de pensée juspositiviste est moins homogène[59]. D'ailleurs, l'expression « positivisme juridique » qualifie des doctrines ou prises de position se rapportant à des questions variées et il existe donc plusieurs manières d'être positiviste[60], même si le terme évoque

55 Le *« quid ius ? »* plutôt que le *« quid iuris ? »* (qu'est-ce *qui est* droit ?), selon une distinction kantienne opportunément rappelée par Alain Sériaux (notamment : *Le droit. Une introduction*, Ellipses, 1997, n° 31.

56 Dont certains s'attachent à expliquer qu'il ne s'agit pas d'une opposition absolue. Voir par exemple : J.-P. Chazal, « Philosophie du droit et théorie du droit, ou l'illusion scientifique », *op. cit.*

57 Michel Villey, Bruno Oppetit, Christian Atias (dont le manuel *Philosophie du droit*, PUF, Coll. « Thémis », 1999, a été qualifié d'« ouvrage de combat » par D. Gutmann, *RTD civ.* 2000, p. 210), Alain Sériaux (pour l'ouvrage précité et pour *Le droit naturel*, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 1993), pour ne parler que d'auteurs d'ouvrages destinés à un public de juristes, et sans remonter à Georges Del Vecchio dont le livre, également d'inspiration jusnaturaliste, date de 1953. On sait que, si Villey était historien du droit, le regretté Bruno Oppetit était, et nos collègues C. Atias et A. Sériaux sont, des maîtres du droit privé. On ne saurait oublier le rôle joué par Henri Batiffol, sommité du droit international privé, qui a procuré un moyen de connaissance élémentaire en temps de disette (son « Que sais-je ? » *Philosophie du droit*) et a co-dirigé (avec Villey, par ailleurs et longtemps directeur des *Archives de philosophie du droit*, et Charles Eisenmann) une *Bibiothèque de philosophie du droit* (LGDJ) qui a permis la publication de quelques ouvrages majeurs en langue française.

58 La littérature francophone s'est enrichie d'un petit ouvrage original d'un juriste philosophe et d'un philosophe de l'Université libre de Bruxelles, (B. Frydman et G. Haarscher, *Philosophie du droit*, Dalloz, Coll. « Connaissance du droit », 1998), puis d'un ouvrage d'initiation donné par un juriste et théoricien réputé, d'orientation positiviste (M. Troper, *Philosophie du droit*, PUF, Coll. « Que sais-je ? », 2005).

59 Surtout si l'on inclut dans cette famille la « théorie marxiste » et, plus encore, la critique du droit qui se réfère de manière privilégiée mais non exclusive à l'œuvre de Marx et d'autres théoriciens se réclamant du matérialisme historique et dialectique. Ce qui paraît très discutable même si ce courant critique tend à créditer d'une certaine lucidité les « positivistes » contempteurs de la doctrine du droit naturel, puisqu'il fait reproche à ces derniers d'ignorer trop le « monde social », le mouvement qui l'anime et les conflits qui le traversent. Il n'est donc pas certain qu'il y ait lieu de parler d'une simplification du paysage par « disparition du marxisme » (l'expression et le diagnostic sont de Christophe Grzegorczyk et Michel Troper, mais datent de 1992), à supposer que l'on puisse aujourd'hui prendre acte d'une telle disparition.

60 La distinction de la pluralité de sens de l'expression « positivisme juridique » est un exercice dont la nécessité ne paraît plus discutée et qu'ont pratiqué de prestigieux représentants de ce courant de H. L. A Hart à Michel Troper en passant par Norberto Bobbio. Voir notamment : M. Troper, « Le positivisme juridique », in *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, Coll. « Léviathan », 1994, p. 27 *sq.* ; *Le positivisme juridique*, *op. cit.* (notamment « Introduction générale », par Ch. Grzegorczyk et M. Troper) ; N. Bobbio, « Sur le positivisme juridique », in *Essais de théorie du droit*, Bruylant-LGDJ, Coll. « La pensée juridique », 1998, p. 23 *sq.*

surtout la doctrine qui s'oppose au jusnaturalisme par sa critique[61] du « paralogisme naturaliste » consistant à dériver des normes (ordre du *Sollen*) de propositions descriptives (monde du *Sein*), et professe le cas échéant que le droit positif n'a besoin d'autre justification que sa qualité de droit posé de manière valide. Cependant, les auteurs s'inscrivant dans ce courant positiviste consacrent l'essentiel de leurs travaux aux conditions d'une « science du droit » radicalement distinguée du droit lui-même et, plus encore, à la pratique de cette « science », dans un registre qui nous paraît être celui de la théorie du droit et dans une perspective qui se veut « réaliste », voire « empiriste » c'est-à-dire exclusivement attachée à la description de faits (une science du droit comme science des faits, résolument descriptive, et non comme « science des normes » à la manière kelsénienne)[62].

1.2.2.3. « Théorie » ou « théorie générale » du droit ? On ne se fiera guère, pour cerner l'objet de cette discipline-là, au contenu de quelques respectables ouvrages en langue française portant le titre « théorie générale du droit ». En effet, le propos de Paul Roubier[63] relève d'une philosophie du droit de juriste. Jean Dabin avoue que le titre choisi pour son ouvrage vise à éviter que la philosophie du droit perde, à la manière de celle des philosophes, le contact avec le droit, mais que sa « théorie » sera « une exploration en profondeur, vraiment philosophique, du concept de droit »[64], ce que confirme la plus grande part de ses développements. La matière de l'ouvrage de Jean-Louis Bergel[65] est en partie analogue à celle du livre de Dabin, avec une attention à quelques questions souvent négligées (le « langage juridique », le raisonnement, etc.) et une dimension très didactique qui en font plutôt un ouvrage d'introduction à l'étude du droit plus riche qu'il n'est habituel[66].

Dans son ouvrage de taille modeste présenté comme une initiation à cette discipline et au domaine de recherche correspondant, Eric Millard[67] présente la *théorie générale du droit* comme une branche de la philosophie du droit, à côté de la théorie de la justice, qui tient un « discours sur les valeurs » (il s'agit là du « noyau dur de la philosophie »), et de la méthodologie juridique, qui traite des moyens de résoudre les problèmes pratiques rencontrés par les juristes (interprétation des énoncés, identification et résolution des antinomies)[68]. À cette théorie

61 Conformément à l'observation (« la loi ») de David Hume, sur l'impossibilité de déduire une proposition de « devoir-être » d'une série de propositions « d'être » (voir la série d'extraits de Hume, R. M. Hare, Kelsen, J. Wroblewski dans *Le positivisme juridique*, *op. cit.*, p. 244 *sq.*).

62 Dans la lignée du théoricien danois Alf Ross, « fervent critique de son maître Kelsen » note Éric Millard (« Présentation » du dossier « Une théorie empiriste du droit est-elle possible ? », *Droit et Société,* n° 50, 2002 ; *Introduction à l'empirisme juridique. Textes de Alf Ross,* par É. Millard et E. Matzner, Bruylant-LGDJ, Coll. « La Pensée juridique », 2004).

63 *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, 1e éd. 1946, 2e éd., 1951, réédition Dalloz, 2005, avec une préface de D. Deroussin.

64 *Théorie générale du droit*, Dalloz, Coll. « Philosophie du droit », 1969, n° 9. Nous n'avons pas eu le loisir de revenir à la *Théorie générale de droit* de Jean Haesaert (Bruylant, 1948).

65 *Théorie générale du droit*, *op. cit.*

66 Malgré la peine prise par l'auteur pour exposer l'objet et la nécessité de ce qu'il conçoit comme « théorie générale du droit » (n° 2 *sq.*).

67 *Théorie générale du droit*, *op. cit.*

68 Cette représentation nous paraît discutable, car une part de ce que l'on appelle volontiers « méthodologie juridique » (voir l'ouvrage homonyme de J.-L. Bergel, PUF, 2001) est gouvernée par des règles appartenant au système de droit. Ainsi la résolution des « antinomies » – qu'il s'agisse de l'une ou l'autre de ces espèces de conflits de substance entre normes que sont les oppositions de normes (rapport de contrariété, sinon de contradiction, entre normes hors toute situation de compétence simultanée) et les conflits de résultats entre normes non opposées – fait l'objet, non de règles techniques dépendant d'un savoir pratique qui serait la « méthodologie juridique », mais de règles du droit étatique positif (ex. : *Specialia generalibus derogant, Lex posterior derogat priori,* etc.), bien que celles-ci ne soient pas les significations de dispositions du discours législatif et soient nommées plutôt qu'énoncées par les maximes citées. Notons que la *logique juridique* ne constitue pas véritablement une discipline particulière qu'il y aurait lieu de loger dans notre typologie : elle n'est que l'application au raisonnement

générale, il assigne comme objet spécifique « le discours produit à propos du droit, que l'on appelle dogmatique juridique ou doctrine » et, pour mission, de « clarifier le langage doctrinal » afin d'en déterminer la nature, fixer les conditions de sa scientificité (elle est d'abord une théorie de la connaissance du droit) et lui fournir, par un travail de conceptualisation, les outils indispensables à la production de cette connaissance. On comprend que le savoir issu de la pratique intellectuelle ainsi conçue constitue une théorie *générale* en ce qu'il surplombe les autres savoirs relatifs au droit et qu'il s'occupe de situer les autres savoirs de « regard externe » autant que de gouverner la production du savoir dogmatico-doctrinal. Ainsi peut-on admettre qu'il s'inscrit dans un plus vaste ensemble disciplinaire, qui se trouve être la philosophie du droit, terrain d'une inévitable diversité qui se manifeste dans les conceptions même des savoirs relatifs au droit, donc sur un plan épistémologique.

Si nous retenons en partie cette représentation et cette localisation d'une théorie générale du droit, dépendance de la philosophie du droit et ayant *statut de théorie de la connaissance relative au droit* – donc de la diversité des savoirs et des rapports entre eux – nous percevons assez clairement l'objet singulier d'une *théorie du droit* (sans adjectif). Celle-ci s'attache – à distance de la philosophie du droit, ce qui autorise le partage d'idées entre tenants de visions différentes dans ce dernier registre – à *l'analyse de la structure et de l'outillage des ordres juridiques concrets*, ainsi que de *leurs relations avec les savoirs susceptibles d'influencer la production et l'évolution du droit*. Il lui appartient d'élucider ce qui peut caractériser la juridicité (la « sanction » ou autre chose, par exemple l'ouverture à l'intervention d'un tiers tranchant les disputes ?), ce que sont les outils inventés et employés aux fins de cette « régulation sociale » assumée par le juridique, ce qui marque l'appartenance d'une norme à un ordre juridique (c'est la question du *quid juris ?*), d'identifier les relations logiques entre normes d'un même système, de dégager la spécificité de ces catégories centrales des systèmes de droits modernes que sont les prérogatives juridiques en général et le droit subjectif en particulier.

Relève notamment de la théorie du droit la construction du concept de « source du droit » et l'exploration du concept de norme, c'est-à-dire l'identification de ce qui fait qu'un énoncé signifie une norme (plutôt qu'une description ou l'expression d'un sentiment, par exemple) ou qu'un contenu de pensée (que « la fraude corrompt tout », par exemple) a statut de norme. Sur ce dernier terrain, la cause n'est pas entendue en effet, car si domine, parmi les juristes, l'habitude de dire que « la règle de droit est une règle de conduite (prescription, interdiction ou permission d'une conduite) sanctionnée par la puissance publique », il est permis de douter de l'aptitude de cette conception « déontique » (ou « impérativiste ») à rendre compte du droit positif et de préférer une représentation plus « réaliste ». À savoir, une compréhension de la normativité comme aptitude et vocation à servir de référence (de « modèle ») pour déterminer « comment les choses doivent être » dans des perspectives d'action les plus variées : les règles de droit seraient des références pour les actions plutôt que des « règles de conduite »[69].

juridique de cette science du raisonnement qu'est la *logique* (en ce sens : M.-L. Mathieu-Izorche, *Le raisonnement juridique*, PUF, Coll. « Thémis », 2001, p. 2 *sq.*).

69 Nous évoquons ainsi une thèse qui nous paraît plus apte que la conception archi-dominante à faire comprendre et identifier la normativité, dans le discours législatif notamment (voir nos articles : « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, chron. p. 199 *sq.* ; « Les règles juridiques et l'action », *D.* 1993, chron. p. 207 *sq.*). On rencontre aussi l'idée (d'abord empruntée à Paul Amselek) que la règle juridique appartient au genre des modèles sous la plume de Jean-François Perrin (« Règle », *Arch. philo. droit*, t. 35, Sirey, 1990, p. 245 *sq.*). Rappr. certaines observations de Philippe Jestaz (*Le droit*, Dalloz, Coll. « Connaissance du droit », 4e éd., 2002) : tenir le droit pour « une prescription de conduites ou de comportements […] mélange le vrai et le contestable […] Mieux vaut dire que le droit délimite, attribue, organise » (p. 8-9), et que la règle de droit est

Au voisinage de cette question, il appartient aussi à la théorie du droit de déterminer s'il convient de distinguer – comme nous ne l'avons pas fait jusqu'à ce point – les concepts de « règle » et de « norme »[70], en faisant par exemple de la règle de droit une espèce d'un genre qui serait celui des normes juridiques, au sein duquel elle voisinerait avec d'autres variétés d'outils comme les décisions, ou les principes[71].

C'est également de la théorie du droit que relève *le travail sur la dimension linguistique du droit*. L'observation est impliquée par les précédentes, tant il est vrai que le droit est d'abord, dans nos sociétés, « un phénomène linguistique »[72]. La théorie des actes de langage promet d'éclairer l'analyse des actes (lois, décrets, etc.) par lesquels le droit légiféré est produit et modifié sans relâche, autant que des énoncés (« dispositions » dans le langage du droit français) composant le discours législatif[73], en même temps qu'elle peut être enrichie à partir de l'expérience de ces actes de législation et des énoncés tenus pour normatifs ou performatifs et, surtout, fonctionnant comme tels[74]. Cette même dimension linguistique du phénomène qui est son objet spécifique impose à la théorie du droit d'explorer *l'opération d'interprétation* des dispositions du discours législatif. Et nul n'ignore plus, aujourd'hui, la grande controverse sur la nature de cette opération : *acte de connaissance ou acte de volonté* ? Écarté « le mythe de la solution unique »[75], une conception réaliste tend à l'emporter : l'interprétation serait surtout choix de l'interprète, c'est-à-dire du juge, d'assigner un certain sens à l'énoncé[76]. Il importe cependant, pour qui

un « modèle répétitif » (p. 20). Persiste cependant l'hégémonie d'une conception déontique plus ou moins amendée (voir les tentatives de : D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997, ou L. Robert-Wang, V° Règle de droit, in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, qui parle de « modèle justiciable d'action »). Relève également de la théorie du droit toute démarche d'élaboration d'un concept qui peut paraître pertinent pour rendre compte des variantes de la juridicité ou de la normativité, ou d'un autre aspect de l'outillage de la régulation qu'assume le droit. Celui de « force normative », par exemple, proposé par Catherine Thibierge dans un ouvrage à paraître sous sa direction (*La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ-Bruylant, 2009).

70 À l'instar d'un certain nombre d'auteurs, notamment étrangers, à commencer par Kelsen. Voir aussi, sur cette question : O. Pfersmann, V° Norme, in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*

71 Il nous semble admissible de convenir que la règle (de droit) et la décision (juridique) constituent deux espèces d'un genre « norme juridique », mais plus discutable de distinguer radicalement « principes » (juridiques) et « règles », dès lors que l'on adhère à la conception de la règle de droit comme un « modèle » pour les choses les plus diverses et pas nécessairement pour des conduites ou des « actions ». La littérature sur « les principes » ne manque pas, même à ne considérer que le champ francophone en dernier lieu : S. Caudal (dir.), *Les principes en droit*, Economica, Coll. « Études juridiques », 2008), mais force est de constater que du travail d'échange et de débat reste à accomplir pour s'accorder sur ce dont on parle, et d'abord sur la polysémie du terme « principe(s) » dans le langage des juristes comme dans le langage du droit.

72 Ph. Jestaz, *Le droit*, *op. cit.*, p. 10.

73 Au sens précédemment indiqué, différent de celui donné à cette expression par G. Cornu (*supra*, note 31).

74 Cette théorie des actes de langage a déjà été sollicitée par des travaux francophones de théorie du droit (de Ch. Grzegorczyk, P. Amselek, O. Cayla, notamment). Une éminente spécialiste de l'approche pragmatique en sciences du langage le relève et le signale aux linguistes, en rappelant d'ailleurs que John L. Austin (*Quand dire, c'est faire*, Seuil, 1970, traduction de *How to do things with words*, Oxford, 1962) avait, dans l'élaboration de sa théorie, tiré parti d'échanges avec son collègue d'Oxford, le théoricien du droit H. L. Hart (C. Kerbrat-Orecchioni, *Les actes de langage dans le discours. Théorie et fonctionnement*, Nathan, 2001, p. 166 *sq.* ; pour une présentation simple de cette théorie, voir, de la même linguiste : V° Actes de langage, in *Dictionnaire d'analyse du discours*, *op. cit.*). La confrontation au langage du droit et à la théorie de la normativité qu'il suggère ou requiert peut conduire à affiner la typologie des actes de langage proposée par le philosophe étatsunien John R. Searle dans le prolongement des travaux de J. L. Austin.

75 M. Boudot, *Le mythe de la solution unique*, *op. cit.*

76 La littérature étant assez abondante, on se bornera à renvoyer à : P. Amselek (dir.), *Interprétation et droit*, Bruylant-PU Aix-Marseille, 1995 ; M. Troper, V° Interprétation, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.* ; et, pour une présentation plus schématique : É. Millard, *Théorie générale du droit*, *op. cit.*, p. 87 *sq.* Pour une manière de controverse autour d'une théorie réaliste conquérante : Michel Troper, « La liberté de l'interprète », et Étienne Picard, « Contre la théorie réaliste de l'interprétation juridique », in *L'office*

fait et entend assumer la recommandable option du réalisme, de multiplier les observations de « cas d'interprétation » effectivement soumis et traités par des juridictions, ne serait-ce que des juridictions suprêmes. Or, ce choix de rechercher « comment les choses se passent en fait » interdit de méconnaître les contraintes, logiques et linguistiques autant qu'institutionnelles ou « juridiques »[77] pesant sur cette opération (il est difficile, à un « interprète authentique » de fixer arbitrairement le sens d'un énoncé du discours législatif, il ne peut objectivement « lui faire dire n'importe quoi »)[78]. On a même pu tenter de montrer que l'interprétation ne se réduisait ni à un acte de connaissance, ni à un acte de volonté, mais relevait plutôt d'un processus « dialogique »[79]. Au demeurant, il y a encore « du grain à moudre » si l'on est déterminé à repérer et comprendre « comment les choses se passent ». Par exemple, le concept d'interprétation n'est-il pas dilaté et n'importerait-il pas de distinguer interprétation d'une disposition du discours législatif (assignation d'un sens à un énoncé) et interprétation d'une règle (recherche et discussion des solutions de questions juridiques qu'autorise ou impose la signification dégagée par l'interprétation de la disposition) ? Le terme, si familier aux juristes et théoriciens du droit, ne recouvre-t-il pas des opérations différentes, y compris de simples raisonnements syllogistiques prenant pour majeure la règle (ou sa description) ou le pur et simple rattachement de la solution d'une question de droit à une règle, voire à une disposition sans véritable démarche de recherche de sens de cette dernière ?

1.2.2.4. Les autres disciplines visant à la connaissance du « système juridique » contemplé de l'extérieur, mais en ayant égard à ce qui le compose et à son fonctionnement, appellent moins d'explications, car elles sont, sinon plus familières aux juristes principalement voués aux tâches dogmatico-doctrinales, du moins plus facilement identifiables que la théorie du droit.

La *sociologie du droit*[80], dont Georges Gurvitch et Henri Lévy-Bruhl ont été, en France, les premières « figures », ne semble plus mystérieuse aux juristes de ce pays grâce aux écrits élégants et subtils de Jean Carbonnier[81] et à son prestige sans équivalent parmi les professeurs de droit de son temps, relayé depuis sa disparition en 2003 par une vénération sans l'ombre d'une discor-

du juge (Actes du colloque des 29 et 30 sept. 2006), Les Colloques du Sénat, 2008. p. 28 *sq.*

77 M. Troper, V. Champeil-Desplats, Ch. Grzegorczyk (dir.), *Théorie des contraintes juridiques*, Bruylant-LGDJ, Coll. « La pensée juridique », 2005.

78 On ne peut, dans un contexte où l'interprétation est soumise à débat et la décision d'assignation de sens exposée à recours (contraintes procédurales au sens le plus technique), où pèsent des exigences de justice, d'égal traitement des justiciables, de gestion des appareils publics et de légitimité des décisions de justice, « faire dire n'importe quoi » à un énoncé législatif, en fixer arbitrairement le sens et modifier sans précaution le sens précédemment affirmé.

79 G. Timsit, *Les noms de la loi*, *op. cit.* Voir surtout la thèse de Frédéric Géa, *Contribution à la théorie de l'interprétation jurisprudentielle. Droit du travail et théorie du droit dans la perspective du dialogisme*, LGDJ-Fondation Varenne, 2009, s'attachant à montrer que la « codétermination » du sens du texte par un juge qui dispose et use d'une irréductible marge de liberté, ne suffit pas à fixer l'interprétation, celle-ci étant également tributaire d'une relation avec des discours antérieurs et avec ceux des interprètes de la décision de justice : le sens des textes se constituerait « dialogiquement », dans le cadre d'un « interdiscours » qui impose des limites à la liberté de l'interprétation.

80 J. Commaille, V° Sociologie juridique, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, et le même mot dans le *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.* ; E. Serverin, *Sociologie du droit*, La Découverte, Coll. « Repères », 2000.

81 On pense au célébrissime recueil d'études intitulé *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, qui a connu pas moins de dix éditions, plusieurs fois « augmentées », à la LGDJ (la dernière date de 2001), à *Essai sur les lois* (deux éditions au Répertoire du Notariat Defrénois, en 1979 et 1995) et à son manuel *Sociologie juridique*, publié une première fois en 1972 chez Armand Colin, puis aux PUF, en 1978 dans la collection « Thémis » et en 1994, puis 2004, dans la collection « Quadrige ». Voir : S. Andrini et A.-J. Arnaud, *Jean Carbonnier, Renato Treves et la sociologie du droit : archéologie d'une discipline. Entretiens, pièces*, LGDJ, Coll. « Droit et Société », 1995.

dance[82]. Encore que notre milieu professionnel semble surtout avoir retenu de ces écrits popularisant « une sociologie du droit sans rigueur » qu'il y avait du « non-droit » dans la société, ce qui n'était pas une mauvaise chose, et que le grand problème était celui de l'effectivité ou ineffectivité des règles. Ce qui a fait le succès de ces termes savants et leur a valu de surgir banalement dans les propos de juristes, alors même qu'ils nomment des concepts dépourvus de simplicité[83] ! Non-droit et effectivité, d'ailleurs, ne sont pas placés au cœur des problématiques de recherche en sociologie du droit. L'objet propre de ces investigations est d'*explorer et théoriser les rapports entre le droit et les pratiques sociales*, appréhendés comme deux aspects de la « totalité sociale » (le droit, phénomène normatif, est alors traité comme un fait social), sur le triple plan de la *production du droit* (sociologie de la création de la norme)[84], de *son usage* (par exemple à travers le recours aux tribunaux ou d'autres modes de « mobilisation du droit » et les actes produits par l'appareil de justice[85]), des *effets sociaux de la présence et de l'usage des règles juridiques*[86]. Elle fait une part variable au travail « de terrain » par voie d'enquête, d'observation directe, d'analyse de produits d'activités (de contrats, d'actes juridictionnels par exemple) et à la réflexion théorique (à la manière de Max Weber, si l'on veut) nourrie par les résultats d'investigations empiriques, de données quantitatives ou historiques, d'analyses livrées par la théorie du droit, etc. On ne saurait dire que cette recherche occupe une grande place dans l'Hexagone, y compris dans la perspective, que l'on croyait naguère prometteuse, de l'évaluation des dispositifs juridiques dans le cadre d'un développement de l'évaluation des politiques publiques[87]. Moins, sans doute, pour cause de modestie des financements[88], qu'en raison de la rareté de la « ressource humaine » : les personnes « armées » et disponibles pour l'investigation – chercheurs et enseignants-chercheurs – restent peu nombreuses, alors que le travail empirique requiert beaucoup de temps, de rigueur méthodologique et de patience pour des résultats qui risquent de n'être ni très « spectaculaires », ni « porteurs » pour les auteurs. Mais aussi parce que la compréhension du droit (« étatique ») comme un cadre et une ressource pour les actions[89] n'est pas largement reçue par les juristes qui pourraient utilement solliciter les chercheurs capables d'œuvrer aux progrès des connaissances en sociologie du droit[90].

82 En témoignent notamment le numéro de *L'Année sociologique* (2007, vol. 57, n° 2) consacré à son œuvre dans la discipline (« Autour du droit : la sociologie de Jean Carbonnier », sous la direction de F. Terré) et la publication d'un premier volume de ses textes, rassemblés par Raymond Verdier, historien et anthropologue du droit (*Écrits*, GIP Mission de recherche Droit et Justice, PUF, 2008).

83 Voir notre étude « Le concept d'effectivité du droit », *in* Ph. Auvergnon (dir.), *L'effectivité du droit du travail : à quelles conditions ?*, Comptrasec-Univ. Montesquieu-Bordeaux IV, 2006, p. 33 *sq.*

84 Objet privilégié d'une *sociologie politique du droit* à laquelle appelle notamment Jacques Commaille (*L'esprit sociologique des lois*, PUF, Coll. « Droit, éthique et société », 1994 ; *L'Année sociologique* 2009, vol. 59, n° 1 et 2, « Pour une sociologie politique du droit »).

85 E. Serverin, V° Sociologie judiciaire, *Dictionnaire de la Justice*, *op. cit.*

86 La sociologie des professionnels du droit rencontre alors celle du droit.

87 A. Jeammaud et E. Serverin, « Évaluer le droit », *D.* 1992, chron. p. 263 *sq.*

88 On ne méconnaîtra pas l'utilité de la Mission recherche Droit et Justice et de sa politique contractuelle (qui, par exemple, a récemment financé une série d'investigations empiriques sur les juges de proximité) ni des formes d'engagement du CNRS avec la formule des Unités mixtes de recherche principalement constituées au sein d'Universités parisiennes mais aussi provinciales (Saint-Étienne, Nantes, Bordeaux IV, notamment). Mais on sait que les temps sont à l'incertitude sur l'avenir (voir : Ph. Auvergnon, « Les sciences du droit à l'Université et au CNRS » et J. Commaille, « Des conditions institutionnelles de la recherche française sur le droit et la justice. De l'internationalisation à l'ouverture ? », *Recherche Droit et Justice*, Lettre de la Mission de recherche Droit et Justice, n° 32, printemps-été 2009, p. 9 et 11).

89 A. Jeammaud, « Les règles juridiques et l'action », *op. cit.* Notre conviction est qu'il ne saurait y avoir de sociologie « juridique » utile à la compréhension du droit sans éléments de théorie du droit un peu robustes.

90 Voir la conclusion assez pessimiste d'Évelyne Serverin (*Sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 101 *sq.*), qui impute d'ailleurs à la

Nées, sans doute, de scissions au sein de la sociologie juridique[91], l'*anthropologie juridique* et l'*ethnologie juridique* contribuent également à l'intelligence des phénomènes juridiques, y compris du droit dans nos sociétés contemporaines, des voies par lesquelles il contribue à ce qu'on peut appeler leur « régulation »[92]. La première[93] s'attache à l'étude de ce genre d'invention humaine pour la vie en société que l'on peut convenir – c'est le premier « moment » théorique de la recherche dans cette discipline – de nommer « droit » (ou « juridicité ») et dont le droit de nos sociétés ne constitue qu'une espèce. La seconde semblerait devoir s'attacher aux manifestations de juridicité dans les sociétés dites archaïques ou à des formes de sous-cultures dans nos sociétés modernes. Mais il est vrai que « de l'ethnologie à l'anthropologie, le chemin ne semble pas long » au point qu'« il est permis de s'y tromper »[94], autant que les frontières sont poreuses entre sociologie et anthropologie juridiques[95].

À cette liste de disciplines de « regard externe attentif à l'agencement et au jeu interne du droit positif », il paraît aujourd'hui nécessaire d'ajouter *l'économie du droit*[96]. D'abord affaire d'économistes, elle suscite aujourd'hui – en France plus tard qu'ailleurs[97] – l'intérêt, sinon la faveur, des juristes universitaires. On retiendra que cette discipline repose sur *l'apport de la science économique à la connaissance du droit* : les règles juridiques sont appréhendées comme des incitations dont les conséquences peuvent s'avérer plus ou moins efficaces ou « effi-

représentation du droit dans la société cultivée par la « sociologie du droit sans rigueur » de Carbonnier, une part de responsabilité dans ce manque d'intérêt pour l'analyse des activités de justice et d'autres manifestations du « droit en action ». Différente est la critique que Frédéric Audren adresse à la démarche de Carbonnier, qui aurait, à la faveur de l'avènement d'une Ve République soucieuse d'affirmer sa légitimité, défini les contours d'une « expertise juridique nouvelle dans l'écriture de la loi » : « En imposant une conception instrumentale et disciplinaire de la sociologie dans les facultés de droit, (cette sociologie législative) ne fut pas étrangère à une certaine occultation de (la) longue tradition juridique qui définit le droit lui-même comme une science sociale » (« Quand le droit était une science sociale », *op. cit.*). La critique nous paraît discutable. Nous pensons, pour notre part, que la représentation « déontique » du droit (le droit réduit, par routine, à un ensemble de règles de conduite) ou l'obsession d'une effectivité des règles comprise comme « absence d'écart » entre une conduite prescrite ou interdite et une pratique ou une situation empirique, la perception du droit étatique comme un système laissant peu de place au « jeu », à la diversité des situations et actions, constituent autant d'obstacles à une approche lucide des relations entre les règles applicables à une situation et ce que font des « acteurs ». Donc à une approche pertinente et résistante aux interprétations insensées.

91 J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 28.

92 Au sens précisé *supra* note 10.

93 N. Rouland, *Anthropologie juridique*, PUF, Coll. « Droit fondamental », 1988 ; *Aux confins du droit. Anthropologie juridique de la modernité*, Odile Jacob, 1991 ; V° Anthropologie juridique, in *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.* ; J. Vanderlinden, *Anthropologie juridique*, Dalloz, Coll. « Connaissance du droit », 1996.

94 J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, *op. cit.*, p. 33. Voir : G. Nicolau, G. Pignarre, R. Lafargue, *Ethnologie juridique. Autour de trois exercices*, Dalloz, Coll. « Méthodes du droit », 2007 (spéc. le chapitre 1, par R. Lafargue et G. Nicolau).

95 En témoigne, nous semble-t-il, le très intéressant ouvrage de Louis Assier-Andrieu (anthropologue et juriste), *Le droit dans les sociétés humaines*, Nathan, Coll. « Essais et recherches », 1996. Et nous avouons ne pas voir en quoi le travail empirique d'observation d'une négociation collective réalisé par Geneviève Pignarre pour les besoins de l'ouvrage *Ethnologie juridique. Autour de trois exercices*, *op. cit.* (p. 343 *sq.*), relève de l'ethnologie plutôt que de la sociologie du droit. Parce qu'il porte sur un « processus de création juridique » ? Mais il s'agit bien d'observer un usage du droit étatique et un effet de la présence de certaines dispositions sur des pratiques d'acteurs, et l'on ne voit là qu'œuvre de ce droit « officiel », déboucherait-elle sur un instrument porteur de normes juridiques extérieur au droit de l'État… mais « relevant » pour lui (pour l'hypothèse du pluralisme juridique au service de la compréhension de la production normative dans les relations du travail : A. Jeammaud, M. Le Friant, A. Lyon-Caen, « L'ordonnancement des relations du travail », *op. cit.*, n° 5 ; J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, *op. cit.*, n° 42-43).

96 Th. Kirat, *Économie du droit*, La Découverte, Coll. « Repères », 1999.

97 Ch. Jamin, V° Économie et droit, *Dictionnaire de la culture juridique*, *op. cit.*, spéc. p. 580-581.

cientes »[98], ce qui conduit à faire application des outils d'analyse et de critères de jugement des économistes à l'explication de l'avènement et à l'évaluation des normes et dispositifs juridiques. Le problème est que la science économique est loin d'être homogène : orthodoxie, qui alimente notamment la doctrine libérale en matière de politique économique, et hétérodoxie (diverses variantes de l'institutionnalisme : régulationnistes, conventionnalistes, etc.) s'opposent, dans la littérature théorique, sur la base de paradigmes antinomiques quant aux modes de coordination des actions en société (primat du marché *versus* fonction instituante ou déterminante des normes et conventions ou autres constructions sociales). En fait, le courant de l'Analyse économique du droit (AED)[99], dominé par l'idéologie libérale et devenu naguère hégémonique aux États-Unis dans le champ disciplinaire *Law and Economics* au détriment d'un courant institutionnaliste[100], retient principalement l'attention de certains milieux juridiques français, si même il ne les séduit. En tout cas, manifeste est désormais l'attention pour les questions de la mesure de l'efficacité économique du droit[101] ou de « l'attractivité économique » du droit local, donc du territoire (face aux droits étrangers en général, et aux systèmes de *common law* en particulier)[102], et même pour l'intégration de l'analyse économique dans le raisonnement judiciaire ou au moins la considération des conséquences économiques des décisions[103]. Mais l'on se trouve là en terre de controverses. En particulier lorsqu'il est question d'évaluer un droit du travail dont l'incidence sur la compétitivité des entreprises et l'état de ce que l'on appelle le marché de l'emploi est âprement débattue[104]. Justement, une recherche pluridisciplinaire naguère conduite sur l'évaluation de ce droit nous paraît avoir mis en évidence les limites et apories d'une évaluation, tenant aux « réductions imposées » par l'AED à cet important et complexe corps de règles de droit, puis proposé des pistes pour des évaluations voulues plus « réalistes »[105]. Signalons surtout, du point de vue qui nous

98 Il s'agit bien d'appréhender « le droit dans l'action économique » (Th. Kirat et E. Serverin, dir, *Le droit dans l'action économique*, CNRS Éditions, 2000). L'évaluation du droit ainsi pratiquée est externe parce qu'elle prend appui sur des modes de raisonnement et des catégories analytiques (performance, efficacité) exogènes au champ du droit.

99 Dont le juge et professeur à l'Université de Chicago Richard Posner a été le plus fameux représentant (S. HARNAY et A. MARCIANO, *Richard A. Posner. L'analyse économique du droit*, Michalon, Coll. « Le bien commun », 2003).

100 On se convaincra aisément de la diversité des points de vue d'économistes s'attachant au thème « droit et économie » en comparant l'ouvrage précité de Thierry Kirat et celui, « très AED », de Bertrand Lemmenicier publié quelques années plus tôt (*Économie du droit*, Éd. Cujas, 1991) ou trois études publiées dans un numéro de *Droit prospectif. Revue de la recherche juridique*, 1987-2, consacré à l'AED.

101 G. CANIVET, M.-A. FRISON-ROCHE, M. KLEIN, *Mesurer l'efficacité économique du droit*, LGDJ, Coll. « Droit & Économie », 2005.

102 B. du Marais (dir.), *Des indicateurs pour mesurer le droit? Les limites méthodologiques des rapports* Doing business, La Documentation française, Coll. « Perspectives sur la justice », 2006. Ainsi que l'indiquent explicitement l'intitulé et le contenu de cet ouvrage, les publications françaises de ces dernières années sur l'évaluation économique du droit sont en partie animées par le souci de réagir aux annuels rapports *Doing Business* de la Banque mondiale, qui paraissent injustes (faute de correcte information et d'intelligence du fonctionnement du droit, dit-on) pour un droit français combinant « tradition civiliste » et « réglementarisme » mis en concurrence avec des systèmes de *common law* réputés « naturellement favorables » aux échanges, au « business ». La riposte à l'AED est parfois vive (ex. : A. BERNARD, « *Law and Economics*, une science idiote? », *D.* 2008, chron. 2806).

103 Point de vue exprimé par G. Canivet, alors Premier président de la Cour de cassation, à l'occasion de la rentrée 2004 de la Cour, et dans une note d'introduction d'un des ateliers du Colloque *Quelles perspecctives pour la recherche juridique?* (mars 2005) (*Lettre de la Mission de recherche Droit et Justice*, n° 19, hiver 2004-2005, p. 4).

104 A. Jeammaud (dir.), *Le droit du travail confronté à l'économie* (Actes de la 1re Journée Gérard Lyon-Caen organisée par l'AFDT), Dalloz, Coll. « Thèmes et commentaires », 2005.

105 Institut international pour les études comparatives, *L'évaluation du droit du travail* (resp. A. Lyon-Caen et J. Affichard), Rapport à la DARES, février 2008. Voir les publications issues de cette opération réunissant juristes, économistes, sociologues : J. AFFICHARD, A. LYON-CAEN et S. VERNAC, « De l'analyse économique à l'évaluation

occupe ici, qu'elle a souligné combien l'intelligence des relations entre droit et économie requérait attention à l'outillage même du droit et aux conditions de sa mise en œuvre, en s'affranchissant d'abord d'une perception simpliste des normes juridiques comme des prescriptions de conduites assorties d'une menace n'engendrant que contrainte. C'est dire qu'*une approche économique du droit attentive aux modalités sous lesquelles il se donne et à ses rapports avec l'action des membres de la société se trouve en position d'immédiate alliance avec théorie et sociologie du droit* pour stimuler l'exploration de cet outillage et des modes opératoires de la mobilisation du droit[106].

2. Les voies d'extension de la place de la recherche sur le droit dans l'enseignement universitaire

Si la question était posée sans plus de précision, et sans mise en relation avec le tableau ci-dessus, il n'est pas assuré que tous les juristes de profession, les universitaires en premier lieu, se prononceraient en faveur de cette extension de la part d'initiation ou de sensibilisation à la recherche et à ses résultats dans les programmes de formation des futurs juristes. Intensification de la mission de « professionnalisation » oblige ? L'argument pèserait lourd, assurément, malgré son total défaut de pertinence. Si l'on adopte le parti contraire en passant outre le stupide argument « utilitariste », conviendrait-il de développer la place de l'enseignement des disciplines les plus intensément nourries par la recherche la plus sophistiquée ou spéculative (**2.1.**) ? N'importe-t-il pas plutôt de cultiver la sensibilité à la recherche et la présence de ses résultats dans l'enseignement des matières de droit positif (**2.2.**) ?

2.1. L'histoire du droit et des institutions est, sauf erreur, enseignée dans toutes les Universités françaises, avec une intensité variable selon les filières. Des enseignements de droit comparé, de philosophie du droit, de théorie du droit, de sociologie juridique, d'anthropologie juridique figurent dans des programmes de formation (« l'offre de formation ») des futurs juristes de quelques Universités françaises. Si la part des cours d'histoire juridique est sans doute en recul par rapport à ce qu'elle était il y a une vingtaine d'années encore, celle des autres disciplines « de regard externe » s'est accrue depuis un quart de siècle[107].

Les Assises nationales de la recherche juridique tenues en avril 1991 avaient permis de constater un sensible développement de « postures intellectuelles » naguère franchement marginales dans les Universités et même au CNRS, comme des investigations ou entreprises de théorisation relevant de la philosophie du droit, de la théorie du droit, de la sociologie juridique, et même (sous l'impulsion, notamment, d'historiens du droit) d'une anthropologie juridique que certains préféraient dénommer « anthropologique du phénomène juridique »[108]. Des enseignements dans ces disciplines, faisant une place variable aux résultats de recherche, s'étaient dans le même temps développés ici ou là[109], sans

du droit du travail », *RDT*, 2009, p. 631 *sqq* ; J. Affichard et A. Lyon-Caen (dir.), *L'évaluation du droit du travail : la pluralité des cadres d'analyse* (à paraître, Dalloz, 2009).

106 A. Jeammaud, « L'interdisciplinarité, épreuve et stimulant pour une théorie des règles juridiques », in *Le droit dans l'action économique*, *op. cit.*, p. 219 *sq.*

107 C'est en novembre 1985 que s'était tenue, à l'Université Paris X-Nanterre, une rencontre préparée par une large diffusion et l'exploitation d'un questionnaire, sur l'enseignement et la recherche en philosophie du droit (largement entendue, c'est-à-dire théorie du droit comprise) dans les UER de droit et de philosophie du pays. Voir aussi : M. Troper et F. Michaut, *L'enseignement de la philosophie du droit* (Actes du colloque international tenu à l'IIAP le 1er juillet 1994), Bruylant-LGDJ, 1997.

108 A. Jeammaud, « Rapport de synthèse sur la nature et la finalité de la recherche juridique », *in* B. Stern (dir.), *Livre blanc des Assises nationales de la recherche juridique*, LGDJ, 1994, p. 194 *sq.* (I).

109 À Paris X-Nanterre après Paris II, à Aix-Marseille III, notamment. C'est à cette époque, par exemple, et pour évoquer

toutefois se généraliser. Même si nous ne disposons pas de données quantitatives récentes, il nous semble que la situation est aujourd'hui meilleure que dans les années soixante évoquées au début de cet article : la formation des futurs juristes dans les Universités françaises est plus ouverte aux savoirs sur le droit autres que le savoir dogmatico-doctrinal, donc, indirectement, à la recherche que les nourrit.

Faudrait-il aller plus loin et *inscrire dans tous les programmes universitaires destinés à la formation des juristes, au moins des enseignements de philosophie, théorie et sociologie du droit, d'anthropologie juridique, sinon d'économie du droit*, au besoin en les appariant (philosophie et théorie du droit, sociologie et anthropologie juridiques, par exemple) afin de rendre l'innovation acceptable compte tenu de la lourdeur des programmes ? Il faut avoir conscience des obstacles et apercevoir les probables limites d'une telle innovation.

Rappelons, en premier lieu, qu'un authentique travail d'investigation se loge au cœur de la pratique dogmatico-doctrinale que constitue, dès lors qu'il ne s'agit pas de plagier celui professé par autrui ou de paraphraser un manuel, une importante part de la préparation et de la délivrance d'un enseignement de droit positif[110]. Il est donc permis de penser que les étudiants en droit sont mis ou se trouvent assez souvent en présence, en cours ou séances de travaux dirigés comme dans l'étude de manuels, de démarches de recherche visant à tenir à jour et préciser la connaissance de l'état de ce droit positif dans tel ou tel domaine, ou à traiter de « questions de droit », et qu'ils peuvent ainsi être éclairés sur la singularité de cette forme d'investigation autant qu'initiés à sa pratique.

En deuxième lieu, le choix de développer ou généraliser les enseignements relevant des disciplines « de regard externe » ferait surgir *un sérieux problème de personnel enseignant*. On voit mal, compte tenu de ce qu'a été jusqu'à ce jour la place de ces disciplines dans la formation des juristes, y compris de ceux d'entre eux devenus universitaires ou chercheurs, comment tous les établissements seraient en mesure de placer devant leurs étudiants en droit des enseignants dotés du bagage requis pour assurer un cours de philosophie du droit ou de sociologie du droit, et plus encore peut-être de théorie du droit, et aptes à donner à voir à leur auditoire le traitement de questions de recherche relevant de l'une ou l'autre de ces disciplines. Ne parlons pas d'enseignements d'économie du droit, car les économistes de l'Université ne paraissent guère sensibles au thème des relations entre économie et droit, moins sans doute que les juristes eux-mêmes, alors qu'une initiation à ce domaine de recherche, à ses problématiques, aux divergences théoriques qui le traversent, ne nous semble pouvoir être confiée qu'à un économiste assez informé de ce qu'est le droit. Bien peu de juristes de formation, sans doute, même informés sur cette discipline et aguerris à la discussion de travaux qui en relèvent, voire ayant participé à des opérations de

une expérience de plus modeste échelle, qu'un cours de théorie et sociologie du droit sur le thème « Droit et conflits » a été créé dans le cadre d'un DEA de droit des contentieux proposé par l'Université de Saint-Étienne, et en relation directe avec les travaux réalisés au sein du Centre de recherches critiques sur le droit (CERCRID) de cet établissement.

110 *supra*, 1.2.1.1. Par exemple, les juristes dogmaticiens spécialisés en droit du travail sont confrontés depuis plusieurs années à la difficulté d'identifier la teneur exacte de ce que la Cour de cassation nomme « le principe 'à travail égal, salaire égal' ». C'est que la chambre sociale de la Cour, qui a « découvert » cette règle en 1996 en feignant d'y voir un implicite (un présupposé) de dispositions du code du travail, puis l'a bientôt qualifiée de « principe », est conduite à l'appliquer au coup par coup, et au gré des pourvois, à des problèmes particuliers, en la nommant (« le principe 'à travail égal, salaire égal' » est son nom, comme un numéro d'article de code ou de loi pour des milliers d'autres règles) mais en se gardant de livrer une description un peu complète de cette norme dont elle est le véritable inventeur. Il appartient alors aux dogmaticiens de tenter d'identifier et de décrire cette teneur à partir ou à la lumière des énoncés des arrêts et des solutions dispersées qu'ils retiennent (voir par exemple : J. Pélissier, A. Supiot, A. Jeammaud, *Droit du travail*, *op. cit.*, n° 761, spéc. p. 980-981).

recherche sérieuses en collaboration avec des économistes et des sociologues, seraient en mesure de proposer un cours d'économie du droit sensibilisant l'auditoire à ses controverses comme aux conditions de réalisation d'investigations visant à enrichir ce type de connaissance.

Enfin, la généralisation d'enseignements de ces disciplines par réforme des programmes *pourrait ne pas être synonyme de plus large pénétration de la recherche dans la formation*. Certes, on imagine aisément des juristes universitaires, « positivistes », historiens, ou comparatistes de formation ou spécialité, proposer des cours exposant les grands courants de la philosophie du droit et présentant les enjeux et termes du débat philosophique (mais assez « grand public ») sur certaines questions actuelles et majeures (les droits de l'homme, le rôle de la peine et le recours au droit pénal, la propriété, le mariage et d'autres formes d'union des personnes, la mondialisation du droit, etc.). On conçoit aussi que d'autres puissent initier aux « théorèmes » et à quelques thèmes de la sociologie juridique en puisant, notamment, dans le manuel spécialisé de Jean Carbonnier et de quelques écrits de trois ou quatre autres chercheurs. Nous pensons, en revanche, qu'il serait plus difficile, pour un juriste universitaire ou chercheur ne s'étant pas adonné un peu à la théorie du droit, de « monter » un cours de présentation de cette discipline, de ses grands thèmes (la dimension linguistique du droit, la normativité, les sources des normes juridiques, l'interprétation, la contrainte, etc.) et des réponses rencontrées dans la littérature. C'est que les contours de cette discipline sont relativement incertains et que la difficulté est de ne pas se laisser enfermer ou de ne pas « retomber » dans le champ propre de la philosophie du droit. Ainsi, la généralisation de l'enseignement de ces disciplines – et il en irait de même, serait-ce pour des raisons un peu différentes, de l'anthropologie juridique et de l'économie du droit – permettrait sans doute une plus grande diffusion des principales positions repérables ou des résultats acquis les plus généraux ou majoritairement admis (les plus approximatifs aussi) de la recherche pratiquée dans ces champs, mais n'offrirait vraisemblablement qu'*un enseignement pauvre en recherche investie*, en transmission d'interrogations et en discussion de questions vivantes. Bref, on risquerait de généraliser surtout la diffusion de « recherche en conserve », ou plus précisément de « conserves » de résultats très généraux et consensuels de la recherche dans les disciplines concernées. Mais pourquoi pas, faute de mieux ou en attendant mieux, œuvrer à accroître la médiocre part de ces disciplines dans les programmes universitaires ?

2.2. La priorité, si l'on souhaite que la recherche relative au droit, dans ses versions les moins familières aux juristes – donc autres que celle inhérente à la pratique dogmatico-doctrinale – occupe une plus large place dans la formation universitaire, est de *favoriser sa présence ou sa visibilité dans des enseignements centrés sur le droit positif, c'est-à-dire dans des cours ou autres activités pédagogiques consacrés au droit constitutionnel, au droit civil, au droit administratif, droit pénal, droit des procédures, droit du travail, etc.*

Notre conviction est que ces différents enseignements offrent tous, certes dans une mesure variable, des occasions de présenter ou évoquer la diversité et l'opposition des points de vue jusnaturalistes et juspositivistes, voire même la position critique inspirée de l'œuvre marxienne ou d'autres corps de pensée, ou l'impuissance de l'une ou l'autre de ces options philosophiques à éclairer de manière décisive un débat de politique du droit. Elle est qu'ils permettent plus souvent encore de soulever des questions relevant de la réflexion sur l'outillage du droit (en quoi telle disposition signifie-t-elle une règle de doit ? pourquoi se demander si telle autre n'est pas un « neutron législatif » ? à quelles conditions peut-on considérer qu'un droit subjectif ou une autre espèce de prérogative se trouve reconnue par des dispositions ou leur rapprochement ? quelles facultés et protec-

tions recouvre et assure la titularité d'un droit subjectif? que veut-on dire en avançant que telle norme est « un principe » ?), les « sources » du droit et la délicate question de la positivité, et surtout l'interprétation. Qui niera que tout exposé méthodique d'un segment quelconque du droit positif rencontre très banalement des questions de détermination de la positivité d'une règle (jurisprudentielle) ou d'interprétation d'une disposition du discours législatif ou d'une règle signifiée ou non par un énoncé de cette nature ? Il est tout aussi manifeste que des interrogations sur l'efficacité de dispositifs juridiques, le choix du critère de cette efficacité éventuellement discutée, les moyens et conditions de son évaluation surgissent, aujourd'hui plus qu'hier, dans l'exposé, le commentaire ou « l'explication » des secteurs les plus variés de l'ordre juridique. Ainsi *l'enseignement du droit positif conduit-il – expose-t-il – à fréquenter les terrains de la philosophie, de la théorie, de l'économie du droit*. Il importe que l'attention des étudiants soit attirée sur ces inévitables « excursions ». Le développement souhaité de la place des démarches et des résultats de recherche passerait donc par un plus grand soin dans l'identification et le signalement de ces questions, de leur statut d'objets problématiques relevant d'une démarche autre que la description intelligible et matériellement adéquate de « données » du système de droit en vigueur, l'évocation de leur traitement au regard de thèses éventuellement soutenues dans ces champs disciplinaires extérieurs à l'activité dogmatico-doctrinale.

Quant à la recherche dans l'ordre de la sociologie du droit et à certains de ses résultats, ils sont proprement « convoqués » par maintes séquences de l'enseignement du droit positif, toutes « matières » ou presque confondues. On songe en particulier à des résultats d'investigations en sociologie judiciaire sur les pratiques contentieuses et à des données des statistiques judiciaires dont la production est une modalité de connaissance d'un « terrain » de la pratique du droit[111]. On peut aussi penser à des analyses, localisables aux confins de la théorie et d'une sociologie théorique du droit, sur la double dimension « contrainte et ressource pour l'action » des règles juridiques et sur la manière dont elles sont, par leur texture et leur inscription dans le monde social, aptes à influencer les actions des individus, des groupes, des appareils de l'État.

Mais n'omettons pas d'ajouter que l'exigence première est : 1/ que soit régulièrement souligné, rappelé, le travail spécifique d'investigation requis pour passer de données dispersées, équivoques ou obscures prélevées par les dogmaticiens dans le discours législatif et des décisions de justice à la description de ce qui leur paraît être le droit positif ; 2/ que ces « questions de droit » dont l'identification, la formulation, le traitement, sont les objets propres du travail doctrinal *stricto sensu*, soient expressément signalées aux futurs juristes comme étant des questions débattues ou à débattre quant à la teneur souhaitable ou logiquement adéquate (au terme d'un raisonnement ou au nom d'une exigence de cohérence du système) du droit positif. Il importe que les étudiants en droit soient sensibilisés et initiés à la démarche de recherche incorporée, mais inégalement reconnue et appréciée comme telle, à l'activité dogmatico-doctrinale dans sa forme la plus utile.

Cette valorisation de la présence et la visibilité des activités de recherche et de leurs résultats dans les enseignements de droit positif suppose, comme condition préalable, *une intensification de l'intérêt de nombre d'enseignants-chercheurs en droit pour ces domaines, souvent bien étranges, de la philosophie, la théorie, la sociologie, l'anthropologie et l'économie du droit*. Mais cette démarche est en partie, et en premier lieu, synonyme de réflexion de ces professionnels sur leur propre acti-

111 E. Serverin, V° Statistique(s) judiciaire(s), *Dictionnaire de la Justice*, *op. cit.*

vité, tant pédagogique que « de recherche » au sens des statuts des personnels universitaires ou chercheurs du CNRS[112], autant que d'effort de leur part pour s'initier à ces disciplines à défaut d'engagement personnel dans des investigations qui en relèvent. L'exigence minimale, en tout cas, est de veiller à la rigueur de l'expression dans les enseignements oraux et les écrits, car certaines manières de parler engagent, que le locuteur ou l'auteur en ait ou non conscience, une représentation des phénomènes à l'œuvre dans le système juridique décrit ou pratiqué et contribuent ainsi à la (dé)formation des étudiants[113].

L'évocation ou l'introduction, dans les activités pédagogiques, de questions traitées par les disciplines « de regard externe » et d'enseignements des recherches qu'elles abritent, supposent aussi la réunion de certaines conditions d'exercice de cette pédagogie. On conviendra qu'il est plus difficile de les pratiquer dans le cadre d'un enseignement de type magistral, surtout à lourd effectif, que *dans un cadre interactif* comme peut l'être celui de groupes restreints réunis après un travail de préparation proposé (ou prescrit) aux étudiants. Notre expérience de ces dernières années nous a convaincu que des débats sur des questions ressortissant à la philosophie, à la théorie, à la sociologie ou à l'économie du droit, pouvaient aisément surgir à l'occasion du traitement de « cas pratiques » au sein de groupes de « travaux dirigés » animés par les étudiants eux-mêmes, alors que l'on pourrait de prime abord s'attendre à des échanges purement « techniques », ne « décollant » pas du plan de la quête de solutions strictement référées au droit en vigueur[114]. Oui, décidément, *l'enseignement orienté vers la découverte et la compréhension de ce droit positif peut, dans certaines conditions touchant à la pédagogie comme à la posture intellectuelle des enseignants, ménager plus large place aux préoccupations et aux leçons de la recherche sur le droit*.

112 N'est-ce pas trop souvent « faire de la recherche = publier » et « réalité et qualité de la recherche = nombre de publications » ?

113 Songeons à l'emploi, si banal, du terme « jurisprudence » désignant, dans le champ du droit français, un mode ou processus d'accès à la positivité de règles ou de sens d'énoncés du discours législatif ou encore de compréhensions de catégories juridiques. Dès lors, user ou laisser les étudiants user de ce terme comme simple synonyme de « décision de justice » ou, ce qui est tout différent mais tout aussi fâcheux, « ensemble des décisions rendues par les juridictions » ou, pire encore, de « contentieux », favorise la confusion. Cette négligence fait obstacle à la compréhension du phénomène de production de droit à travers des décisions de juridictions suprêmes, quand elle ne suggère pas de mettre sur le même pied un arrêt d'une de ces dernières et une décision d'une juridiction dite inférieure, en méconnaissance de la manière dont le droit fonctionne et dont « les juges » contribuent à l'évolution du droit en vigueur. Il est vrai que la fréquentation, pourtant indispensable, de certaines revues ou banques de données (le « Détail d'une jurisprudence » de *Légifrance*!) qui devraient être exemplaires, encourage ce navrant usage. Il faudrait aussi se déprendre de l'habitude de parler « des juges » – ou, pire, « du juge » – au mépris de la plus élémentaire des hypothèses de sociologie des activités juridictionnelles, à propos ou à partir de la position adoptée par le Conseil d'État, la Cour de cassation, ou le Tribunal des conflits! Et introduire de temps à autre nuance ou commentaire inspiré par un minimum de réalisme lorsque l'on évoque « l'intention du législateur » ou l'on avance que « le législateur a voulu …».

114 Cette expérience est celle de l'enseignement du droit du travail dans le cadre de la première année du master en droit social proposé par l'Institut d'Études du Travail de Lyon, composante de l'Université Lumière Lyon 2. L'essentiel de cet enseignement (comme celui du droit de la protection sociale) se déroule en groupes d'une vingtaine d'étudiants, animés par des équipes responsables de la préparation de la séance sous le contrôle de l'enseignant. Ces modalités ont été instaurées par Jean Pélissier au temps où il dirigeait cette unité. Nous avouons n'avoir jamais, autant que dans ce cadre, trouvé les occasions de discuter avec des étudiants, à partir de questions « pratiques », de thèmes comme le poids des valeurs mais aussi des conditions de vie et travail et des rapports collectifs dans le champ social dans le « jeu » du droit, ou comme la positivité, l'interprétation, l'argumentation. Ajoutons qu'une autre expérience, celle d'interventions en droit du travail dans le cadre de l'option « recherche » en deuxième année du même master, nous a enseigné que des étudiants de ce niveau étaient réceptifs à des questions de théorie du droit abordées à partir du droit positif et qui semblent bien favoriser la compréhension de ce droit, donc l'expertise professionnelle de ces juristes en fin de formation.

Discussion

M. XIFARAS : Je voudrais réagir à ce que le professeur Jeammaud vient de dire[1]. Dans la discussion à propos du projet de Sciences Po il y avait l'idée pratique vraiment pratique (ce que font les praticiens) – théorie vraiment théorique (théorie du droit, dans le concert des sciences politiques et sociales). C'est vrai que, dit comme ça, il manque une dimension, c'est certain, qui est la dimension de ce que vous appelez la « dogmatique doctrinale ». À un moment, on ne fait pas que des « *clinics* », ou de la philosophie, c'est-à-dire qu'à un moment on fait quand même du droit des obligations.

Mais je dois dire que je ne suis pas très à l'aise. Le projet de Sciences Po ne me semble pas être « des *clinics* + de la philosophie », et évidemment, on y enseigne le droit des obligations. Mais on voudrait essayer de l'enseigner sous trois aspects différents : ses principes et règles de base, la signification historique et politique de son évolution, afin de permettre aux étudiants de se situer à l'intérieur de cette évolution, comment il est pratiqué (les *clinics*) pour que les étudiants sachent comment ça fonctionne concrètement, et comment on peut le théoriser (les outils scientifiques et modes de raisonnement), pour que les étudiants soient à même de concevoir le droit des obligations de plusieurs manières, à travers différents prismes. C'est pourquoi, autant j'ai l'impression que je partage entièrement ce que vous faites ; autant je ne suis pas très à l'aise avec la manière dont vous le dites. C'est-à-dire que je vois la manière dont vous faites du droit du travail. Vous dites que vous n'avez jamais fait autant de théorie du droit, autant de sociologie du droit dans un cours de droit du travail mais vous appelez ça « dogmatique doctrinale » et c'est peut-être un problème de qualification mais il me semble que, précisément, ce que vous êtes en train de décrire, c'est une approche critique et pas du tout dogmatique du droit du travail, La question c'est donc « comment enseigner ce qu'il y a entre les *clinics* et la philosophie ? ». J'ai l'impression que votre expérience dit exactement cet effort pour apporter une réponse renouvelée à cette question mais que les termes que vous utilisez nous disent le contraire.

On peut enseigner le droit du travail, le droit des obligations autrement qu'en s'attachant à exposer les textes dans une cohérence reconstruite, en s'intéressant à ce qui fait système, à la généralité. On peut enseigner ces matières en s'intéressant plutôt aux articulations (et désarticulations), en s'intéressant aux écarts et aux incohérences non pas tant pour les réduire que pour en com-

1 Le texte du professeur Jeammaud ci-avant publié est un article écrit à partir de sa communication du 3 juillet 2009.

prendre la signification, en prenant en charge les effets concrets des décisions, les intérêts réels en jeu …etc.

Ceci nous renvoie à ce qu'on appelle souvent une conception réaliste du droit, qui met l'accent sur ce que font vraiment les juristes plutôt que sur l'exposé de la cohérence supposée des textes, à la manière dont ces textes sont utilisés et interprétés à la signification politique et sociale qu'on leur donne. Effectivement, cette conception est sans doute plus ouverte à l'économie, à la sociologie ou à la philosophie, c'est précisément la raison pour laquelle il faut aussi enseigner les outils d'analyse que nous offrent les disciplines non juridiques.

É. MILLARD : Si je peux rajouter quelque chose qui va dans le même sens que ce que dit Michel [NDLR XIFARAS]… Finalement, je me demande si ce qui devient important n'est pas ce que l'on veut faire de ce moment où l'on parle systématiquement d'un système de droit en vigueur, et ce moment dogmatico-doctrinal. C'est-à-dire que, dans l'enseignement qui est l'enseignement relativement classique, on délivre un savoir ou on cherche à délivrer un savoir qui se veut relativement objectif : voilà ce qu'est le droit. [*S'adressant à A. JEAMMAUD*] Et je me demande si, ce qui est intéressant dans la manière dont tu as évolué par rapport à ces questions, ce n'est pas simplement qu'on a besoin d'avoir ces connaissances pour pouvoir faire des choses avec le droit et si ce n'est pas ça que tu es en train d'articuler finalement.

A. JEAMMAUD : En utilisant l'expression « dogmatico-doctrinal », il me semble que je qualifie seulement un type de production auquel nous nous adonnons, nous juristes universitaires. Il y a un moment où l'on essaie de décrire le droit positif : la pratique est purement dogmaticienne. Mais précisément, il ne s'agit pas d'enfermer dans la norme. Simplement, il me semble que cette dimension « existence de normes » est socialement donnée, présente dans notre monde. Et dans la mesure où les gens qui sont les usagers de notre service public aspirent à acquérir une maîtrise de cet objet-là, on doit commencer – même si ce n'est pas le cours qui suit le propos puisque le propos est largement interactif – on va commencer par le leur donner et travailler à l'interprétation. Il est vrai qu'en permanence, on s'attache à détruire le mythe de la clarté du texte mais on est toujours sur les textes : « on le dit comme ça, mais on peut le dire autrement… Quels sont les intérêts derrière ? Quels sont les enjeux et qu'est-ce que ça peut produire comme effets ? » etc. Et mon idée n'est pas du tout de qualifier de dogmatico-doctrinale la pratique pédagogique qui est la mienne et celle de mes collègues.

F. ROUVIERE : J'ai été tout à fait attentif à une question qui me semble cruciale et que vous posez, celle de la légitimité aujourd'hui de la fabrication de cette partie descriptive du droit positif. Est-ce qu'il n'y a pas une crise de cette fabrication de cette partie descriptive ? Par crise, j'entends qu'elle ne soit pas reconnue comme une activité de recherche. On a un peu la tentation avec la jurisprudence de verser dans le journalisme, c'est-à-dire de faire une pure description. Il nous manque un fondement théorique qui permette aujourd'hui d'expliquer qu'on fait vraiment de la recherche, j'allais dire : « en pratique et en théorie ». Est-ce que ça ne tient pas finalement à deux raisons. La première : un échec relatif des tentatives de Gény qui allait dans ce sens, et la seconde : c'est qu'aujourd'hui, bien que des auteurs publient dans ce qu'on appelle l'épistémologie juridique, ils n'ont absolument aucune audience. Qu'en pensez-vous ?

A. JEAMMAUD : Sur l'imputabilité du phénomène, pour autant qu'il existe, à l'échec de Gény, je ne suis pas assez « génophile » pour me prononcer là-dessus. Non, je crois que le problème – évoqué par notre intervenant avocat – au cours de l'enseignement juridique dans les premières années est une sorte d'hypostasie de ce qu'on appelle la jurisprudence – c'est-à-dire quelques arrêts publiés – avec une tendance, me semble-t-il, à faire de la paraphrase d'arrêts. Ce sont les auteurs, les com-

mentateurs qui, dans une large mesure, font la jurisprudence : il y a une matière première, l'arrêt, et puis il y a les commentateurs qui mettent en perspective et qui y mettent de la cohérence. Et il me semble que la dimension critique, c'est-à-dire le fait de se demander si cette décision est fondée, si elle est cohérente avec ce que l'on peut percevoir du système de droit, si elle est opportune, si elle est juste, est un peu mineure dans l'activité doctrinale. Alors si problème il y a, précisément, c'est peut-être que les juristes doctrinaires ne prennent pas leur responsabilité et hésitent. Il y a une espèce de crainte révérencielle peut-être à l'égard de la Cour de cassation, du Conseil d'État. Mais je ne suis pas sûr que ce soit la conséquence fâcheuse d'une insuffisante réception des travaux dits d'épistémologie juridique. Il y a d'abord là une conséquence de la passion de la publication : publier pour publier.

C. JAMIN : Je voudrais faire part à mon tour d'une expérience. Je pars de l'inverse. J'ai participé pendant 10 ans à la rédaction d'un traité, un important traité en droit civil. Cela a représenté des milliers d'heures de travail et ce travail dogmatique, précis, à partir d'une analyse exhaustive, ou du moins qui se voulait exhaustive, de la jurisprudence sur le droit des contrats, je l'ai abandonné. Et je l'ai abandonné parce que je me suis rendu compte, de manière très pragmatique, qu'il n'était pas possible de mener à bien ce travail, ou plus exactement peut-être que ce n'était plus possible. À un moment donné, je me suis rendu compte que je n'arriverai pas vraiment à rendre compte du droit positif, un droit positif qui est sans cesse fuyant, sa connaissance dépendant de l'angle de vue retenu, ou de la manière de présenter telle ou telle question, etc. etc. Et je n'ai pas été en mesure de dire que j'allais mettre de la cohérence là où, fondamentalement, je voyais des incohérences, des arrangements instables, des évolutions, des contradictions. Il a donc bien fallu que j'en tire les conséquences… Je ne suis plus certain que l'époque soit encore à la rédaction de traités. Et sur une échelle différente, je ressens la même chose avec les manuels.

Je crois beaucoup plus aujourd'hui à l'utilité, pour l'enseignement, des *text and case books* bien faits. J'ai été frappé par ce que certains amis – qui avaient été ses étudiants – m'ont dit de celui qu'avait rédigé Friedrich Kessler aux États-Unis dans les années 1950 ou 1960 où il insistait sur les contradictions, les incohérences, les questions de frontière… C'est à mon sens un instrument pédagogique beaucoup plus pertinent pour les étudiants parce qu'on ne tombe pas dans le piège de l'exposé du droit positif, qui ferme des portes plus qu'il n'en ouvre. Je suis toujours surpris par le décalage qu'il peut y avoir entre un enseignement du droit du travail, par exemple, où les enjeux sociaux sont présents, les idéologies à l'œuvre, les contradictions et le désordre du droit ne sont pas gommés etc., et les manuels de droit du travail qui aplanissent en quelque sorte le droit. Or, il me semble que certains *text and case books* laissent mieux percevoir toute la richesse dialectique du droit que les manuels et les traités qui visent essentiellement à sa mise en cohérence dans un esprit plus ou moins systématique. Comme l'écrivait Michel Villey, ce qu'il nous faudrait ce sont des anti-manuels…

P.-Y. VEKINDT : À la différence de mon ami Christophe, je me retrouve totalement, bien que le parcours soit très différent, dans l'analyse que fait Antoine précisément du rapport entre enseignement et recherche, du fait que le cours – ce que l'on appelle construction de l'enseignement – c'est aussi pour moi le lieu de la recherche. J'ai une très grande difficulté à dissocier les deux et je pense faire les deux, même dans des exercices qui peuvent apparaître un peu plus académiques. C'est exactement la même chose. Et je ferais le lien entre ce que tu dis, Antoine, quand tu as commencé en disant que ton approche serait différente. Oui elle est différente, mais d'un autre côté, il y a quand même un point commun qui me semble être très fort. Ce que j'ai entendu dans ce

que tu disais, c'était l'insistance du métier à l'épaisseur humaine qu'il y a dans le travail d'enseignement et de recherche. Moi j'ai vraiment entendu ça. Ça montre bien, qu'on le veuille ou non, que le présentiel dans le cours tel que tu le décris est absolument déterminante. Tu parles d'espace de rhétorique, mais c'est aussi un espace de dialogue, même si, de fait, il n'y a pas de prise de parole de l'un et de l'autre. Quand on écoute quelqu'un, si on l'écoute vraiment, on entre nécessairement en dialogue avec lui. Quand on parle, même si l'interlocuteur est collectif et ne nous répond pas en tant que tel, même dans un cours d'amphi, on entre en dialogue avec lui aussi. Très honnêtement, dans un amphi, même indépendamment d'un amphi de petite taille que tu évoquais qui permet des choses qu'un amphi ne permet pas, l'être pour moi, l'être collectif de l'amphi c'est quelque chose d'extrêmement important. Et notre enseignement, en ce sens-là, est très lié à la recherche. Notre enseignement, y compris sous la forme d'un cours d'amphi ça fait partie de la construction du dialogue. C'est pour ça qu'au fond, même si nos approches sont différentes, je m'y retrouve assez bien parce que je crois qu'il n'y a pas tant de distance que ça.

En tout cas, ce qui est sûr, c'est que je n'arrive pas à penser enseignement et recherche de façon séparée. Et j'ai compris en écoutant Antoine à l'instant pourquoi je n'y arrivais pas ; parce que la vision que j'ai du cours est la même que la sienne.

J.-G. BELLEY : J'ai beaucoup aimé ce qu'Antoine disait concernant le fait que le devoir, la responsabilité d'élargir la manière de travailler sur le droit positif repose sur les professeurs de droit qui doivent ajouter ça à leur enseignement descriptif – dogmatico-doctrinal – y compris en allant chercher des savoirs externes, plutôt que de confier ça à une petite équipe de professeurs qui, à l'externe, dans un petit module du programme feraient de leur mieux mais toujours avec un effet, au mieux complémentaire et en tout cas jamais organiquement lié à l'analyse du droit positif, ce qui fait qu'on manque le bateau dans 80 % de nos activités. Je voudrais aller plus loin dans ce sens-là, en me raccrochant au thème de la recherche. La recherche dont nous parlons ici est celle qui se produit dans le cadre de l'interaction entre professeurs et étudiants ou entre étudiants du même cours. Ce n'est donc pas la recherche comme celle d'un traité où il s'agit d'accumuler les sources, de faire la synthèse, l'analyse et de montrer l'état du droit dans un domaine donné. Je n'ai pas pratiqué la formule traité mais je suis plus généreux ou en tout cas moins critique à l'égard de ça. Ça peut servir, et ça doit simplement servir comme instrument de travail, extrêmement utile, bien que ça ne soit pas une recherche pédagogique. Mais alors, qu'est-ce qui se passe celle du point de vue de la recherche dans l'acte pédagogique ? Elle n'est plus fondamentalement du professeur ou de la professeure mais l'activité qui consiste à susciter la recherche chez l'étudiant, c'est la recherche de l'étudiant qui est la finalité de l'activité pédagogique, et j'entends par là pas le travail de recherche qu'on fait en bibliothèque après les cours mais la recherche que l'on fait par sa propre réflexion dans l'acte même de discuter du droit positif, de la matière du cours.

Et je pense qu'il y a deux attitudes. La première est de s'incliner devant les autorités. Ce n'est évidemment pas faciliter la recherche chez une personne que de l'encourager à se limiter à ça, mais ça ne serait pas non plus fidèle à ce qu'est le droit de lui dire que cette attitude de se plier à l'autorité ou aux autorités en droit n'a pas sa place ici : elle a sa place. La vérité du droit est fortement organisée autour du fait que les juristes se plient éventuellement à l'autorité, l'autorité de la majorité démocratique qui adopte les textes de loi, l'autorité de la dernière instance qui a rendu la décision finale, etc. Cette attitude fait partie de ce qu'il faut savoir pour être juriste. Et on serait surpris aujourd'hui quand nous avons à lutter, en tout cas de mon point de vue, contre les ravages de la pensée néo-libérale, de tout ce qu'on peut trouver de

progressiste en rappelant aux étudiants qu'ils doivent se plier à l'autorité des lois démocratiquement adoptées plutôt que d'acheter les thèses néo-classiques de l'analyse économique qui, au fond, se dispensent du droit chaque fois qu'il ne va pas dans le sens de leur idéologie. Cette attitude-là fait partie de notre enseignement traditionnel et doit être conservée, mais dosée.

La deuxième, c'est de s'approprier les sources du droit et donc de se poser précisément la question qui était posée au législateur, à un juge administratif. Mme Gondouin disait tantôt : « j'ai éprouvé de l'anxiété de devoir prendre une décision d'autorité éventuellement pour casser une autre décision d'autorité ». Mais je crois que l'acte pédagogique devrait amener les étudiants à se placer dans cette situation au moment même où ils apprennent le droit positif : quels sont les éléments de la logique juridique qui sont importants ici, quels sont les intérêts en cause, quelles sont les représentations qui sont derrière cette manière de poser le problème, quels sont les enjeux de la décision qui aura telle ou telle conséquence. Ce processus réflexif qui signifie qu'on s'approprie la question, comme si l'on était soi-même législateur, ou juge. À mon avis c'est la deuxième attitude qu'il faut savoir développer à côté de celle de s'incliner devant les autorités. Et quand on aura fait ça suffisamment dans un trimestre à l'intérieur d'un cours quelle que soit sa matière, on aura facilité fortement le développement de la recherche chez l'étudiant, une recherche extrêmement dynamique et ancrée dans la réalité du droit qui est à la fois un ordre imposé et un ordre extraordinairement lié aux enjeux sociaux. Quand on a réussi ça, à mon avis, on a introduit de la recherche dans l'enseignement.

M. XIFARAS : J'ai l'impression qu'il y a deux questions distinctes qui sont ici confondues. Je me fais l'exégète de Christophe JAMIN, sous son contrôle. Je ne crois pas que ce que disait Christophe à propos de l'abandon des manuels ait un quelconque rapport avec la question de l'utilisation du cours comme lieu de recherche ou d'exposition de la vérité du droit. Tout ce qui a été dit par les précédents intervenants sur l'articulation entre recherche et enseignement me convient d'ailleurs assez bien.

Une autre question, massive, est posée : la question de la vérité du droit positif. Je dois dire que je suis très étonné, parce que, pour ma part, je n'arrive pas à me plier à l'autorité de la Cour de cassation, parce que je ne crois pas qu'il soit très pertinent d'interpréter les « réponses » de la Cour de cassation en terme de vérité, en disant : « la Cour a eu raison, elle a dit la vérité », ou au contraire : « la Cour s'est trompée, elle n'a pas dit la vérité du droit ». Peut-être vais-je trop loin, mais je crois que ce que Christophe suggérait, c'est qu'il y a peut-être une réponse à une question de droit à un moment donné. Peut-être que la question de cette vérité-là devrait être mise entre parenthèses un petit moment, pour faire émerger d'autres questions plus intéressantes, comme celle de comprendre ce que fait la Cour de cassation, par quels raisonnements, arguments et protocoles elle arrive à énoncer ce qui se présente comme une vérité, comment elle le justifie, quelle est la signification et quels sont les effets de ces pratiques. Mais pour comprendre ce que fait la Cour de cassation, j'ai peut-être besoin de mettre de côté la question de la vérité pour décrire la manière dont la Cour produit ses vérités, dont elle en change, use et abuse. Pour ce faire, il me faut aussi mettre en évidence les incohérences, les contradictions, les béances, les absences de réponse. J'entends alors revenir sur ce que vous dites : il y a une approche qui envisage la vérité du droit de l'extérieur, et sans doute cette approche ne prend pas assez en compte le matériau juridique dont il faut absolument rendre compte… Mais d'abord le point de vue « interne » n'est pas du tout exclusif du point de vue « externe » (on peut très bien comprendre en même temps ce que signifie un raisonnement pour la Cour de cassation elle-même et quels effets sociologiques ou politiques sont visés par l'adoption de ce raisonnement). Et surtout,

rendre compte de tout ça (de l'intérieur et de l'extérieur) et en exposer la « vérité » sont deux choses complètement différentes. Et donc je ne crois pas que le rôle de la théorie – notre rôle – soit d'exposer la « vérité du droit ». Cette approche-là est très réductrice, elle ne décrit qu'une toute petite partie de l'activité des juristes. Je crois que la formule « dire ce que font les juristes » convient mieux, ce qui veut dire rendre compte de ce qui se passe dans le monde du droit, sans qu'il soit nécessaire de donner à ce que nous décrivons le statut de vérité, et donc, par suite, sans donner à ce que nous décrivons l'autorité de la vérité. Et donc moi je ne comprends pas ce que veut dire se plier à l'autorité des réponses de la Cour de cassation, et je ne crois pas qu'il faille en passer par là pour décrire et comprendre le droit.

[…]

P.-Y. VEKINDT : Je crois que l'on est un certain nombre à être convaincus qu'il ne s'agit pas de faire de la règle une vérité quelconque. Le mot que j'aime bien, qui est un peu commun à l'enseignement, à la recherche, aux exigences professionnelles comme aux exigences universitaires est le mot « lucidité ». Je me dis que tout l'enjeu est de faire en sorte que la personne qui pense savoir ce que dit la Cour de cassation soit la plus lucide possible sur les raisons qui l'amène à dire ça. Et c'est ce qui fait la jonction me semble-t-il entre l'enseignement et la recherche. Lorsqu'on fait de la recherche, l'exigence première est d'être lucide par rapport aux pré-notions que l'on porte. C'est vraiment le point commun entre la démarche de recherche consciente, la démarche pédagogique et la démarche professionnelle. Il n'y a rien de pire, rien de plus catastrophique dans une démarche professionnelle que de se laisser guider par des pré-notions. On s'étiole, on finit par dire des contre-vérités et surtout on n'est plus du tout inventif. C'est-à-dire qu'on n'est ni un bon chercheur, ni un bon professionnel, on est objectivement, par rapport aux études universitaires, plus rien du tout, et là c'est vraiment la catastrophe.

A. JEAMMAUD : En réaction aux propos de Christophe JAMIN sur les manuels et traités, je concède volontiers que la rédaction ou la contribution à la confection d'un ouvrage de ce type est source de grands tourments. En raison de la pression du temps ou de l'éditeur, certes. Mais d'abord par la conscience permanente de rester dans une description approximative de « l'état » du droit, donc de ne pas satisfaire aux exigences de l'idéal dogmaticien. Je pense malgré tout que, si la profusion des manuels est regrettable, voire ridicule, il est heureux que des juristes universitaires persistent à se livrer à ce genre d'exercice, dès lors qu'ils ont conscience de ses limites. Surtout s'ils songent à souligner ces limites à l'intention des lecteurs étudiants. Ce qui, je le réalise à l'instant, n'a pas été fait dans certain manuel de droit du travail pourtant dense et assez utilisé !

Sur le fond, on a, entre Jean-Guy BELLEY et Mikhaïl XIFARAS, au sein d'une famille de pensée qui ne couvre pas le spectre des points de vue dans le milieu des juristes, deux positions sensiblement différentes. Personnellement, je ne pense pas que l'on puisse dire que le droit, dans notre société, est « ce que font les juristes à propos des litiges », comme le disait à peu près, je crois, un fameux juge américain à la fin du XIXe siècle. Il me semble, c'est une simple observation, que, dans notre société en tout cas, les juristes de profession tiennent pour « droit » ce qu'ils perçoivent, à tort ou à raison, comme un ensemble de règles.

Dernier point, s'agissant de la pratique d'enseignement du droit du travail que j'ai pu évoquer, je souhaite bien entendu que les étudiants en formation acquièrent une suffisante connaissance des arrêts de la Cour de cassation. Mais, lorsque dans une discussion sur une question de droit ou un cas, un étudiant ou une étudiante fait valoir qu'il existe un arrêt dans tel sens, je ne réponds pas « Il a une autorité particulière et vous devez vous en tenir à sa position », mais plutôt : « Il a une autorité telle qu'on va, que votre adversaire par exemple va vous l'opposer.

Mais vous pouvez ne pas être d'accord, le juger injuste et importun ou, si votre tâche est de défendre certains intérêts (d'un client par exemple, d'un salarié que vous assistez ou d'un employeur), constater qu'il va à l'encontre de ces intérêts, et vous avez alors liberté ou devoir de le critiquer, de monter une argumentation contre sa position. On peut toujours discuter ». Cette démarche, tout simplement réaliste, déstabilise dans un premier temps nombre d'étudiants qui arrivent en master avec la conviction qu'il y a une vérité du droit, des solutions vraies, une grande majorité de dispositions légales claires, univoques, et qu'il n'y a qu'à s'incliner devant les positions consacrés par la Cour de cassation (ou le Conseil d'État) : leur manière de s'exprimer porte souvent la marque d'une formation simplificatrice, « dogmatique » au sens péjoratif : « la jurisprudence dit que ». Ma conviction est cette incitation systématique à la discussion est, au contraire, essentielle pour leur formation de juristes, notamment leur formation de futurs praticiens du droit. On ne peut pour autant négliger le fait que de nombreux juristes de profession croient en la vérité des règles juridiques. Il s'agit là d'une représentation du droit positif qui constitue une donnée de son fonctionnement, mais on peut , on doit, rappeler toujours que « c'est discutable » !

M. XIFARAS : Je ne dis pas que le droit c'est ce que font les juristes à propos des litiges. Je dis que le droit, c'est ce que font les juristes en général, y compris ceux qui posent des règles générales et qui publient des ouvrages de doctrine. Et que le travail des professeurs, théoriciens du droit est de décrire et de comprendre ce que vont les juristes. Quand je regarde ce que font les juristes, ce qu'ils disent et ce qu'ils pensent, je constate qu'ils ont des croyances. Par exemple, certains, très nombreux, croient dans l'autorité des décisions de la Cour de cassation. Parmi eux, certains, très nombreux aussi, pensent que les réponses de la Cour de cassation sont vraies. Ces croyances font évidemment partie du droit, il faut les décrire, les comprendre. Mais on peut comprendre une croyance sans la partager, je ne me sens pas obligé d'y croire moi-même. Et je ne suis pas obligé de présenter ça comme la vérité du droit. Le problème est bien celui de ce qu'on appelle la dogmatique. Il faut quand même bien s'entendre sur les mots… Dire que la Cour présente la solution X comme vraie et que de nombreux juristes y croient, ce n'est pas pareil que de dire que cette solution est « vraie ». C'est peut-être juste une affaire de manière de dire les choses, mais depuis Wittgenstein ou Bentham, on sait que la manière de dire les choses est très importante, et pas seulement en théorie. Il me semble qu'on est un praticien plus agile quand on n'est pas soumis à l'autorité de la vérité du matériau qu'on travaille.

Contributions sur l'enseignement du droit

Brèves notes sur l'enseignement du droit

Par Gilbert ORSONI*

Vivre certaines évolutions, lorsqu'il ne s'agit pas de ruptures brutales, ne conduit pas toujours à en mesurer la portée exacte.

Une première approche rapide pourrait ainsi laisser croire à une forme d'immutabilité de l'enseignement du droit, à revenir, par exemple, 40 ou 50 ans en arrière (or l'on peut supposer, pour ne pas dire assez facilement admettre, que les méthodes pédagogiques n'avaient guère été bouleversées durant la première moitié du XXe siècle…). Bref, le cours magistral, dispensé en amphithéâtre, sous les seules réserves que le public d'aujourd'hui est considérablement plus nombreux et que le port de la toge n'est devenu que très minoritaire, restant la règle, pour ne pas dire la référence, continuerait parole prononcée *ex cathedra*, de fournir aux apprentis juristes sa part invariée de vérité révélée…

Il demeure en effet. Et sous des formes apparemment constantes. Différenciées seulement aujourd'hui comme hier et avant-hier, par la personnalité de chaque enseignant et sa capacité à tenir un auditoire (ou le subjuguer ?).

Mais en rester à ce premier constat serait plus qu'insuffisant. Profondément erroné.

- Évolution des périmètres et des contenus. Particulièrement sensible au regard de ce que l'on nomme désormais « Master », le passage au LMD ayant été l'occasion dans beaucoup d'universités et pour beaucoup de collègues, de faire preuve d'une imagination parfois débordante et de réelle audace, à partir d'un paysage (DEA et DESS) qui lui-même avait sensiblement évolué depuis les vénérables Diplômes d'Études Supérieures (DES).
- Rôle considérablement accru des travaux dirigés. Institués seulement dans les années 1950. Que l'on songe que dans les années 1960 à 1980, pour intéressants qu'ils fussent et pédagogiquement essentiels, les évaluations auxquelles ils donnaient lieu n'étaient souvent pas prises en compte lors de l'examen final, sauf hypothèse du regard du jury, lors de la délibération, pour l'étudiant en situation « tangente » et pour lequel l'appréciation du chargé de TD pouvait être (ou ne pas être) le sésame ouvrant la voie à la réussite. Alors qu'après l'étape de la réforme Bayrou (1997), depuis 2003 et le LMD, les notes de travaux dirigés, pour les

* Professeur à l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, Doyen de la faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille.

matières choisies, comptent autant que celles de l'examen terminal.

- Semestrialisation. Acquise ici encore dès 1997 et confortée en 2003, elle n'a pas été sans bouleverser tant les pédagogies que les comportements étudiants, sans oublier les charges et les régimes d'examen.

Changement fondamental en effet car un cours de 33 H ou 24 H ne s'inscrit pas dans une logique et une architecture comparable à l'ancien cours annuel de 75H que nous avons connu.

Changement essentiel aussi (et pas véritablement pour le meilleur), la quasi-obligation, depuis 1997, à raison de la suppression de l'admissibilité et des masses d'étudiants à interroger, du moins dans les Facultés de grande dimension, de faire disparaître en licence, particulièrement sur les deux premières années, les interrogations orales. Elles qui longtemps ont, selon la formule de Jean Carbonnier « continué de déployer leurs caprices dans la torpeur des étés… riches d'inattendu, de cet improviste où il y a un espoir de Providence », génératrices certes du meilleur et du pire, mais qui s'avéraient si formatrices pour l'étudiant car commençant très tôt à le préparer et l'armer aux étapes les plus indispensables de sa future vie professionnelle.

Changement majeur enfin pour l'étudiant qui se trouve, dès janvier, face à ses premières échéances (sans oublier les premières notes de TD qui surviendront dès octobre) et sera d'emblée, sitôt la rentrée de septembre, en situation de devoir se préparer à l'examen quand (à tort) dans le passé beaucoup attendaient que quelques mois fussent écoulés pour se mettre réellement au travail.

- Encadrement de l'étudiant. Avec le développement, pour ne pas dire la généralisation du tutorat
- Développement des nouvelles technologies.

L'enseignement à distance est d'évidence promis à un grand avenir et son présent n'est déjà pas si négligeable.

Presque partout, malgré des degrés d'avancement diversifiés, nos étudiants peuvent situer leur niveau dans l'utilisation de l'outil informatique et commencer de se positionner pour l'acquisition du C2i (Certificat informatique internet), un effort tout particulier devant être porté sur le C2i « métiers du droit ».

Ce ne sont là que quelques éléments, le plus souvent communs à nos Facultés de droit. On ajoutera, à ce qui n'est somme toute qu'un banal constat, que toute réflexion ou toute approche des études juridiques ou des enseignements dispenses dans les UFR de Droit ne saurait se dispenser d'intégrer les termes d'**ouverture** et de **professionnalisation**.

L'ouverture des études juridiques

La vocation du droit (au sens des études juridiques) est d'abord celle de son ouverture sur la société. D'abord bien sûr à raison des liens indissolubles qui unissent le droit à la société dans laquelle il se meut, que l'on considère (les deux propositions étant elles aussi difficilement sécables) que le droit reflète la société au sein de laquelle il évolue, tout en étant parallèlement instrument d'organisation de celle-ci, de la base (modalités d'organisation, par exemple, de la structure familiale ou des relations entre personnes privées) au sommet (institutions politiques, rapports entre les pouvoirs publics, sans parler de l'organisation de la société internationale).

Ouverture des études juridiques déjà réalisée, ne serait-ce que par l'absence de sélection, à tout jeune bachelier, et même au-delà, grâce au sas de la capacité en droit ou du DAEU. Avec certes l'inconvénient, auquel il appartient naturellement de remédier, de l'accession à des études juridiques, et ce à la différence de ce que connaissent la plupart des autres disciplines, d'étudiants qui en ignorent tout ou qui s'en font une idée erronée qu'il convient de corriger au plus vite. Ce qui pose inévitablement la question de l'accueil de ces publics, et,

d'abord, en amont, de leur information préalable. Sans doute des procédures ont été mises en place depuis quelques années (salons étudiants, journées du futur bachelier, voire orientation active). Rien ne valant le bâton de pèlerin du juriste allant expliquer en lycée en quoi consistent « le droit » et les études menant aux professions juridiques, lesquelles méritent aussi que l'on se débarrasse d'idées fausses les concernant. Éclairage souvent fructueux même si cela ne saurait répondre à tout.

D'autant, on le disait, que l'accueil est essentiel avec, d'emblée, le traitement de publics disparates… D'où l'impératif de cibler rapidement les étudiants en difficulté (on sait que certains baccalauréats ne préparent pas leurs titulaires aux spécificités de l'enseignement supérieur universitaire, mais les publics en difficultés potentielles ne s'y résument pas), les formations en petits groupes, on a pu l'expérimenter, notamment avec le plan Licence, étant les plus efficaces, principalement lorsque le handicap, c'est le cas de beaucoup, est d'abord d'ordre méthodologique. Et, là où il s'avère, cas de beaucoup de bacs professionnels, insurmontable, il conviendra surtout de mettre les moyens, dès la fin du premier semestre et sinon à la fin de l'année, permettant la souhaitable réorientation.

L'ouverture intrinsèque aux études juridiques doit aussi être celle des contenus.

Ici encore, le phénomène n'est pas inédit et l'apprenti-juriste, *volens nolens*, connaît depuis longtemps des initiations à l'économie (la science économique avait été, des lustres durant, intégrée aux Faculté de droit), la science politique, sans omettre l'essentielle dimension historique (du droit et des faits sociaux, des idées politiques…) et le débat qui a souvent nourri la question des études juridiques ces dernières années (revenir aux « fondamentaux », comme s'ils avaient été oubliés, ou accentuer l'ouverture par une année dite « propédeutique ») apparaît le plus souvent comme le type même du faux débat ou, à tout le moins, du débat mal posé, mal engagé.

Tout est affaire d'articulation (ou de pondération) entre les nécessaires « fondamentaux » (comment imaginer une licence en droit faisant l'impasse, en première année, sur le droit civil et le droit constitutionnel, puis, ultérieurement, sur le droit administratif, le droit pénal, le droit international ?) et des matières que l'on n'osera qualifier de « complément », dont l'utilité s'avérera peut-être moins immédiatement, mais très sûrement le jour où affronter des concours nécessitera une formation autre que technique (références historiques, culture économique, analyse politique, etc.). Ce ne sera pas moins inscrire les étudiants dans l'optique de la professionnalisation (cf. *infra*) que de leur ouvrir un spectre plus large que celui qu'offrirait une simple école de droit sans prétention universitaire.

Reste enfin (l'on retrouve la question des « fondamentaux », mais à un autre niveau, celui du Master) que, conséquence du LMD, et, semestrialisation aidant, des réorganisations d'enseignements ont, fréquemment, conduit à normer un nombre d'heures bien plus réduit qu'auparavant. Si l'on ne doit pas nécessairement regretter l'enseignement magistral de 75 heures, tomber, comme tel fut souvent le cas, à des enseignements de 24 heures, peut paraître parfois insuffisant. Certes la pédagogie (la finalité ?) ne sera pas la même. Certes, l'enseignement, repris sur le semestre suivant, pourra aboutir, pour certaines matières, à un total annuel de 48 heures. Il n'en demeure pas moins que l'on n'échappera pas, dans une pareille configuration, à des manques d'approfondissement disciplinaire, ce que l'on ne peut que déplorer : le caractère foisonnant de certains Masters, dès le M1, a pu satisfaire l'imagination parfois débridée de certains collègues, la tendance ayant dès lors été à une dispersion de l'offre qui eût sans doute gagnée, à ce niveau, à être davantage concentrée, le M2 étant plus naturellement, sans qu'il faille en abuser, le réceptacle d'enseignements

plus atypiques dès lors il est vrai qu'apparaît une légitimité, soit scientifique, soit professionnelle.

La professionnalisation

La loi LRU du 10 août 2007 faisant de l'insertion professionnelle l'une des missions de l'université n'a guère surpris les Facultés de droit. Le souci de l'employabilité de nos étudiants n'est pas nouveau et le degré d'insertion de beaucoup d'entre eux constitue un atout dans l'attractivité de nos formations. Le succès de nombre de nos Masters en atteste et les liens tissés avec les professionnels du droit (barreaux, magistrature, notariat), pour être traditionnels, ont encore été renforcés ces dernières années, de même que la généralisation des stages et leur intégration dans les cursus, en Master et parfois en Licence, ont familiarisé les étudiants avec le monde du travail et facilité fréquemment leur insertion ultérieure. En attestent également le développement de formations en alternance (pour ne citer que des Masters de ma Faculté : Fiscalité de l'entreprise, droit des assurances, droit de la banque et des opérations patrimoniales) comme la diversité des formations, très au-delà des métiers traditionnels de droit (droit du sport, journalisme juridique, droit de la propriété intellectuelle).

L'on peut bien sûr toujours rêver que, sans attendre le Master, la Licence soit, par elle-même, un diplôme professionnalisant. Reste que bien qu'en développement, les licences professionnelles trouvent tout de même leurs limites, ne serait-ce qu'au regard des masses d'étudiants juristes, et que des parcours plus ciblés de L3, tout en satisfaisant à certains objectifs (préparation aux concours) ne sauraient, en l'état actuel, largement couvrir le marché. D'où d'ailleurs l'aspiration de la quasi-totalité des étudiants titulaires d'une Licence, à vouloir poursuivre en Master.

Il demeure que si beaucoup a été fait (et reste à accomplir, ne serait-ce que dans la connaissance la plus exacte possible du devenir de nos étudiants une fois leur cursus universitaire achevé, connaissance qui fera partie de l'évaluation future pour ne pas dire déjà actuelle de nos diplômes), encore ne faut-il pas se méprendre sur le sens donné à la professionnalisation des études juridiques, et, partant, sur la finalité profonde des Facultés de droit.

Si les liens avec les diverses professions (et professionnels) du droit doivent être approfondis et si la construction de nos diplômes à vocation professionnelle doit largement tenir compte de leurs avis, comme ils doivent utiliser leurs compétences, la vocation des Facultés de droit n'est pas de dupliquer ce que les professions sont à même de faire au profit de ceux qui y accèdent, sachant par ailleurs qu'en termes de formation tout au long de la vie, les Facultés de droit pourront constamment apporter leur propre éclairage, formations diplômantes ou pas, auxdites professions.

Il y aurait en effet une contradiction regrettable à vouloir que l'étudiant soit hyper adapté à un métier spécifique, où tout lui aurait déjà été quasiment appris, quand par ailleurs la destinée de beaucoup sera de donner à leur carrière plusieurs impulsions ou orientations différentes, ce qui suppose d'abord, préalablement, capacité d'adaptation. Tout ceci renvoyant inévitablement à un rôle de l'Université comme fournisseur non seulement de savoirs mais aussi d'outils (au sens d'abord d'instruments de réflexion). Former des étudiants susceptibles de s'adapter au monde qui les entoure. La référence culturelle allant donc dès lors pour le moins de pair avec l'indispensable technicité.

On mesure ainsi la dimension des chantiers ouverts qui impliquent, au rythme des contrats quadriennaux mais sans attendre leur échéance, une réflexion accrue sur les contenus, de la Licence au Master, y compris dans le développement de formations transversales où les juristes apporteront leur expertise aux disciplines scienti-

fiques, de santé, d'économie et de gestion (que l'on songe aux domaines de l'environnement, de la bioéthique ou du management public, parmi bien d'autres exemples). On mesure aussi l'importance du bon équilibre à trouver et maintenir entre la tradition, qui est celle de l'excellence et la modernité, qui inspire la nécessité d'un enseignement du droit en phase avec la société de son temps, apte à former et préparer aux défis à venir les juristes de demain et d'après-demain.

De l'enseignement du droit au droit à l'enseignement – Variations sur l'éducation juridique et les moyens d'ascension sociale au Brésil*

Par Wellerson MIRANDA PEREIRA**

Lors des débats qui précédèrent la création, en 1827, des premiers cursus juridiques au Brésil, un parlementaire affirma que « les hommes, lorsqu'ils quittent l'université, ne sont jamais prêts : l'important, c'est de connaître la méthode d'apprentissage… les grands hommes ne se font pas à l'école, aux premières années d'études l'on ne fait jamais de grands progrès… »[1].

La fondation de celles qu'on a appelées « écoles de jurisprudence »[2] coïncide historiquement avec la création de l'État national. Elle accompagnait le désir d'émancipation culturelle des élites de l'époque, suite à l'indépendance politique acquise peu de temps auparavant. Après la défaite de Napoléon, le retour du roi D. João XVI – chassé du Portugal par les troupes du général Junot – a entraîné le retrait de la quasi-totalité du personnel bureaucratique. Cela a créé un vide administratif et judiciaire dans l'ancienne colonie.

La formation de « jurisconsultes » brésiliens faisait ainsi non seulement l'objet d'un projet de création d'une « Rome américaine »[3], mais s'avérait un impératif politique de la nation naissante : il fallait pourvoir l'État avec des « magistrats savants, des avocats experts, de dignes députés et sénateurs… enrichis par des doctrines lumineuses et, en même temps, utiles »[4]. La référence à l'utile dans le discours politique tient lieu de critique de l'enseignement du droit reçu à l'université de Coimbra, au Portugal, considéré par trop encyclopédique et peu utile aux besoins de la pratique juridique.

Cependant, presque deux siècles après la création des premiers cours juridiques, on dénonce encore

* Les citations empruntées dans ce texte sont le résultat d'une traduction libre réalisée par l'auteur à partir des documents cités.

** Doctorant, Université de Savoie / Universidade Federal do Rio Grande Do Sul (Porto-Alegre).

1 Discours du député Clemente Pereira, séance du 23.8.1826, in « Criação dos cursos jurídicos no Brasil », Brasília : Câmara dos Deputados, 1977, p. 423. Sur les débats parlementaires portant sur la création des cursus juridiques au Brésil, v. Vicente Barreto, « O Estado de Direito e os Cursos Jurídicos : Debate original », in « Criação dos cursos jurídicos no Brasil », *op. cit.*, p. 207 ; Nilo Pereira, introduction de l'ouvrage *op. cit.* ;

2 Discours du député Batista Pereira, in « Criação dos cursos jurídicos no Brasil », *op. cit.*, p. 236.

3 Discours du député Visconde de Cairu, in « Anais do Parlamento Brasileiro » – Assembléia Constituinte, séance du 27.8.1823, Tome IV, Rio de Janeiro, T.I.I.A., 1874, p. 138, cité par Aurélio Wander Bastos, « O Estado e a formação dos currículos jurídicos no Brasil » in Os cursos jurídicos e as elites brasileiras, Brasília : Câmara dos Deputados, 1978, p. 56.

4 « Estatutos do Visconde da Cachoeira », in « Criação dos cursos jurídicos no Brasil », *op. cit.*, p. 587 et 592.

aujourd'hui l'échec du projet de renouvellement de l'enseignement du droit au Brésil. Enracinés dans la philosophie qui caractérisait la « science du droit » du XVIIIe siècle en Europe, ces cours ont été tout le long de leur histoire fortement marqués par le positivisme dogmatique[5].

Les étudiants – appelés « bacharéis »[6] – qui suivirent une formation dans les facultés de droit constituèrent la masse intellectuelle et bureaucratique de l'État pendant tout un siècle. Ce n'est qu'à partir de 1930, avec les vagues d'industrialisation du pays que l'on assiste à un déclin progressif de l'influence des juristes au sein des rouages politiques de la République. Ce sont alors les économistes et d'autres technocrates qui prennent le relais de la direction de l'État.

En réponse à cette dégradation de leur statut politique et institutionnel, les juristes ont entamé un mouvement de revalorisation de la profession. Pour ce faire, ils se sont associés aux mouvements plus vastes de lutte pour l'ouverture démocratique du pouvoir politique, suite à de longues périodes de dictature militaire. Les propositions de renouvellement de l'enseignement du droit ont ainsi surgi comme corollaire de ces mouvements, au début des années 1980.

Au-delà d'une ouverture des programmes juridiques universitaires à d'autres filières composant le domaine des sciences humaines, un véritable changement des paradigmes épistémologiques de l'expérience juridique fut prôné. L'enseignement du droit devait désormais fournir aux « bacharéis » brésiliens des aptitudes qui puissent leur permettre de contribuer à l'apaisement des conflits sociaux et à la prise de conscience par les citoyens de leurs droits.

Les nouveaux dirigeants politiques ont estimé, néanmoins, qu'il ne suffisait pas pour réaliser une réforme efficace de l'enseignement, de renouveler simplement l'éducation juridique. Encore fallait-il la transmettre au plus grand nombre. Un conflit inévitable s'est dès lors installé entre les impératifs qualitatifs et quantitatifs.

Ce travail vise à exposer brièvement l'évolution de l'enseignement du droit au Brésil qui oscille entre une formation à caractère essentiellement bureaucratique et un nouveau mode de promotion de la citoyenneté, voire un nouveau produit de consommation de masse. Sera présentée, dans un premier temps, la structure générale des cursus juridiques tels qu'ils ont été créés et sont demeurés jusqu'aux années 1980. Des modifications ponctuelles et peu ordonnées qui ont eu lieu pendant cette période contrastent avec les réformes d'ampleur entamées par la suite. Il sera alors démontré, dans un second temps, dans quelle mesure ces réformes ont pu améliorer la qualité de l'enseignement du droit. Une réflexion mérite, enfin, d'être menée sur l'efficacité du système actuel. Précisément, un choix doit être clairement exprimé entre, d'une part, la rénovation d'un modèle d'enseignement qui se traduise par la promotion de la citoyenneté et, d'autre part, des réformes universitaires destinées uniquement à mettre en place des politiques d'inclusion sociale. Derrière ce choix se cache l'avenir de l'enseignement du droit au Brésil.

I. De l'enseignement du droit

La première période de l'éducation juridique sur le territoire du pays indépendant a été marquée par un paradoxe : dans le discours officiel de l'époque, la volonté d'adopter un modèle d'enseignement typiquement

5 Tércio Sampaio Ferraz Júnior, « A criação dos cursos jurídicos e a concepção de ciência do direito », in Os cursos jurídicos e as elites brasileiras, *op. cit.*, p. 174.

6 Du français ancien *bachelier*, du latin *baccalarius*. V. Le Robert, Dictionnaire de la langue française, Tome I, p. 796.

national est expressément affichée ; objectif difficile à atteindre[7], puisque le droit appliqué jusqu'alors était celui produit au Portugal.

On peut d'ailleurs relever que l'importation systématique de modèles étrangers éloignés historiquement, culturellement, politiquement et socialement de la réalité des tropiques est une caractéristique majeure de l'enseignement du droit au Brésil. La structure des cursus juridiques est demeurée, pour l'essentiel, inchangée pendant presque cent cinquante ans, même si les programmes ont été adaptés aux lois nouvelles. Cette inertie se remarque non seulement à propos des aspects pédagogiques (A), mais aussi des méthodes d'enseignement (B).

A. Les aspects pédagogiques

Les parlementaires qui ont institué la loi de création des deux premiers cursus juridiques du pays[8] ont cru bon d'y décrire également les cours enseignés. Le décret portant réglementation de la loi de 1827 prévoyait, bien au-delà des prévisions de celle-ci, un programme étendu et détaillé de chacun des cours.

L'étude du droit romain est apparue comme spécialement superflue : non seulement cette étude manquait d'utilité pratique pour la formation du personnel destiné au fonctionnement bureaucratique de l'État, mais elle signifiait un rapprochement avec le contenu et la méthode de l'éducation juridique de l'ancienne métropole. Par conséquent, il fallait soit l'éliminer, soit la réduire à une simple allusion[9].

Étaient prévus des cours de : droit naturel[10], droit public universel[11], droit international (*ius gentium*) et droit public maritime[12], droit commercial[13], droit public national et ecclésiastique[14], droit privé national[15], droit criminel et droit procédural[16]. Enfin, les étudiants devaient aussi assister aux cours d'économie politique[17]. Aucun principe de spécialisation n'existait – et n'existe toujours pas – tous les étudiants devant suivre tous les cours prévus au programme[18].

En 1879 un important décret impérial portant la réforme de « l'enseignement libre »[19] : il prévoyait, notamment, la liberté de création d'établissements privés d'enseignement supérieur[20]. Cette mesure signifiait la consécration du principe d'autonomie administrative des facultés de droit[21].

Malgré d'importantes transformations sociales[22], les programmes enseignés dans les facultés de droit

7 V. Joaquim de Arruda Falcão Neto, « Os cursos jurídicos e a formação do Estado nacional », in Os cursos jurídicos e as elites brasileiras, *op. cit.*, p. 75.

8 L'un dans le nord (Olinda), l'autre dans le sud (São Paulo).

9 L'enseignement des seules *Institutes* a été prévu pour les cours de première année.

10 Considéré la « source de tout le Droit » : chapitre III, nº 3.

11 « Les droits et obligations des nations à l'égard des souverains, et réciproquement » : chapitre III, nº 8.

12 Dont la source légale se trouvait dans les ordonnances de Louis XIV : chapitre IV, nº 3.

13 Dont la source juridique était le Code de commerce français, en raison de sa « concision, clarté et universalité de doctrines » : chapitre IV, nº 6.

14 Chapitre V, nº 1 à 5.

15 *De Jure personarum*, *De Jure rerum*, *De obligationibus et actionibus* : chapitre V, nº 6.

16 Chapitre VIII.

17 Chapitre VI, nº 5.

18 Suggérant l'application de ce principe aux deux dernières années du programme, v. Antônio Junqueira de Azevedo, « Advogado, o que fazer ? », in Anais da XIV Conferência Nacional da OAB, Conselho Federal, 1992, p. 309.

19 Décret nº 7 247 du 19 avril 1879.

20 Art. 21. Cette situation s'est perpétuée après la proclamation de la République en 1891 et l'institution d'un État fédéré.

21 Art. 21 du décret nº 7 247/1 879. Le § 4º de cet article prévoyait, néanmoins, l'obligation d'enseignement de tous les cours prévus dans le programme des établissements officiels.

22 Notamment l'abolition de l'esclavage en 1888 et la proclamation de la République en 1891.

n'ont subi que quelques adaptations, avec l'adoption, par exemple, de cours de droit constitutionnel et administratif, de médecine légale, de comptabilité et finances de l'État[23]. Ont été éliminés, en revanche, les cours de droit ecclésiastique.

La diversité des programmes dont s'est doté chaque établissement a été le prétexte pris par les autorités militaires pour adopter, en 1972, un « *curriculum* minimum » de l'enseignement du droit[24]. Il s'agissait de maintenir les facultés dans leur rôle de des viviers de techniciens normatifs, dépourvus d'esprit critique et peu enclins à contester la légitimité du régime répressif.

Ces objectifs pouvaient aussi être atteints avec le maintien d'une méthodologie classique d'enseignement.

B. Les aspects méthodologiques de l'éducation juridique

Le règlement de 1827 porte des consignes très détaillées quant à la méthode à suivre pour les futurs enseignants[25]. Le « cursus complet de droit »[26] s'y déroule en cinq ans, chaque année comportant deux chaires définies. En l'absence de doctrine nationale, des ouvrages étrangers sont minutieusement choisis. La littérature française y est très abondamment présente[27].

Quant aux enseignants, il est prévu qu'ils soient concis et clairs dans leurs exposés[28] ; qu'ils ne fassent pas montre « d'érudition ostentatoire par pure vanité, mais [qu'ils] utilisent le temps disponible pour des leçons utiles et strictement nécessaires à l'intelligibilité parfaite des cours enseignés »[29]. À l'époque du règlement, ils étaient – et sont encore aujourd'hui – recrutés parmi les membres des professions juridiques, tels que des magistrats, des procureurs, voire des avocats prestigieux[30], mais peu habitués à la recherche scientifique.

À suivre l'esprit du règlement, les étudiants ne sont pas nombreux en cours, seuls les « bien nés » pouvant avoir accès aux facultés de droit[31]. Ils pourront d'ailleurs devenir enseignants des facultés après avoir obtenu le titre de « bacharel », à condition d'être pourvus de « savoir, probité et bonnes coutumes »[32].

Une procédure existe, enfin, pour l'obtention du titre de docteur. Les « bacharéis » ayant obtenu une approbation *nemine discrepante* sont soumis à un jury, devant lequel ils soutiennent « plusieurs thèses choisies parmi les

23 V. l'article 23 du décret impérial nº 7 247 du 19 avril 1879.

24 Résolution nº 03-72 du 25 février 1972, du Conseil Fédéral de l'Éducation.

25 V. Aurélio Wander Bastos, *op. cit.*, p. 46.

26 Chapitre III, nº 1.

27 Plusieurs auteurs français sont cités, tels que Brie, Perrault et Fritot, en droit public ; Plassan et Isambert, en droit international (*ius gentium*) ; Azuni, Boucher, Peuchet, en droit maritime ; Abot, Pardessus et Boucher, en droit commercial et marchand ; Brissot, en droit criminel ; Cottu et Saint-Aignan, en procédure pénale.

28 Chapitre III, nº 6.

29 *Idem*. Les cours commenceraient en début du mois de mars et finiraient en octobre. Ils dureraient une heure et demie chacun et auraient lieu également le samedi (chapitre X, nº 1 et 2). Les examens ont fait également l'objet d'une réglementation détaillée, avec la description précise des délais de préparation pour les examens oraux et les dissertations (chapitre XI) ainsi que du système de notation et de la composition des jurys d'évaluation (chapitre XII).

30 Selon Mme. Loussia P. M. Félix, « Novas Dimensões da Atuação Jurídica : O Papel de Advogados, Burocratas e Acadêmicos na Redefinição da Formação e das Funções dos Operadores Jurídicos » : http://lasa.international.pitt.edu/LASA98/Felix.pdf – accès le 27.8.2009, dans les facultés publiques 57,4 % des enseignants travaillaient en régime partiel, ce taux s'élevant à 93 % dans les facultés privées.

31 Le discours d'un parlementaire le démontre : « ce serait effectivement souhaitable que seuls les gens aisés entreprennent ces études, pour la fonction importante de magistrat, laquelle doit être exercée par des individus indépendants, non pas par ceux dépourvus de moyens et qui iraient les chercher pour s'enrichir… » : Marquês de Paranaguá, in Criação dos cursos jurídicos no Brasil, *op. cit.*, p. 502. Actuellement, chaque établissement d'enseignement est libre de réaliser les concours d'entrée selon ses propres moyens (art. 44, al. II, de la loi nº 9 394/1996).

32 Chapitre XVIII, nº 6.

différents cours suivis le long du cursus, et devant être approuvées par tous les professeurs »[33].

L'éducation juridique dite, en France, de troisième cycle, n'est apparue au Brésil qu'après les années 1930[34]. Les enseignants pouvaient dès lors également être recrutés soit parmi les détenteurs d'un titre de master, soit parmi ceux, peu nombreux, qui avaient soutenu une thèse.

La pénurie de moyens matériels et financiers subie par les facultés de droit – souvent négligées, voire méprisées par les autorités militaires – associée à une politique de recrutement défaillante – parfois fondée sur des critères obscurs de proximité relationnelle avec le pouvoir installé – venaient compléter ce scénario dégradant décrit par les mouvements contestataires mentionnés.

À partir des années 1980, une partie de la doctrine commence à dénoncer le caractère fortement hermétique de l'éducation juridique. Sous l'influence de la doctrine étrangère[35] partisane d'une appréhension du droit plus ouverte à la sociologie, certains ont dénoncé l'existence d'un « sens commun théorique des juristes », provenant de l'inefficacité des cours juridiques[36]. Centrées exclusivement sur des cours à contenu formaliste, ces « facultés de lois »[37] formeraient des « praxistes »[38] plutôt que de véritables juristes capables de porter un regard critique sur l'environnement social au sein duquel ils agissent, et de poursuivre, enfin, les transformations nécessaires à la pleine réalisation de la justice sociale[39].

Plaider pour la réforme de l'enseignement juridique est alors devenu un lieu commun.

II. Du droit à l'enseignement… du droit ?

Le constituant de 1988[40] a initié d'importantes innovations en matière d'éducation supérieure. Sont notamment garantis la gratuité de l'éducation supérieure publique[41], le recrutement d'enseignants exclusivement par le biais de concours publics[42] et un certain « standard de qualité »[43].

Le principe de l'autonomie des universités a été élevé au rang constitutionnel, dans ses aspects didac-

33 Chapitre XIII, nº 1.

34 La plupart des programmes ne proposaient, cependant, que le seul le niveau de master.

35 Notamment Michel Miaille, Boaventura de Sousa Santos et Mauro Cappelletti.

36 Ce mouvement a été mené, notamment, par José Geraldo de Souza Júnior, Luís Alberto Warat, Roberto Armando Aguiar Júnior, Paulo Luiz Netto Lôbo, Álvaro Melo Filho, Aurélio Wander Bastos, Joaquim de Arruda Falcão Neto, José Eduardo Faria et Sérgio Ferraz. V. « Ensino Jurídico – OAB : Uma Cartografia dos Problemas », in Anais da XIV Conf. OAB – 1992 (*op. cit.*), p. 285.

37 Álvaro Melo Filho, « Subsídios para implementação de projeto didático-pedagógico de curso jurídico », Rev. da ordem dos advogados do Brasil nº 67, juill.-déc. 1998, p. 70 ; « Por uma revolução no ensino jurídico », Revista Forense, v. 322, 1993, p. 9.

38 Personnes dédiées à la pratique, du latin *praxis* ; v. Álvaro Melo Filho « Educação Jurídica : premissas para uma revolução sem armas », Revista de processo nº 115, mai-juin 2004, p. 309 ; Luís Alberto Warat, « Saber crítico e senso comum teórico dos juristas », Revista Sequência nº 5, juin 1982, p. 48 (*www.buscalegis.ufsc.br/busca.php?acao=abrir&id=10378 accès le 27.8.2009).*

39 On l'accusait d'être imperméable aux transformations sociales avérées après la Seconde Guerre mondiale, telles que l'exode rural, la formation d'agglomérats urbains connus sous le nom de « favelas », la concentration des richesses, l'inefficacité des moyens d'accès à la justice etc.

40 Les avocats ont joué un rôle crucial, par le biais de l'Ordre général des avocats brésiliens, dans le processus de rétablissement d'un État de droit. Il est ainsi révélateur que l'article 133 de la Constitution/88 prévoit que l'« avocat est indispensable à la délivrance de la justice ».

41 Art. 206, al. IV.

42 Art. 206, al. V.

43 Art. 206, al. VII. Il n'y a pas de prévision d'un standard « élevé » de qualité.

tique, scientifique, administratif, financier et patrimonial[44]. La valorisation des professionnels de l'enseignement est devenue aussi un principe constitutionnel[45].

Enfin, une distinction a été reconnue entre les activités universitaires d'enseignement, de recherche et de valorisation (« extensão »), ces dernières étant entendues comme le mécanisme d'interaction directe entre l'université et la société civile, à travers la « diffusion des conquêtes et bénéfices résultant de la création culturelle et de la recherche scientifique et technologique » produits dans les universités[46].

Dès lors étaient posées les bases de la réalisation d'une vaste réforme de l'enseignement juridique (A). Plus largement encore, c'est la garantie d'accès à l'enseignement supérieur qui a été proclamée dans la Constitution comme principe général de l'éducation[47] (B).

A. Des réformes pour un enseignement juridique de qualité

Le premier mouvement organisé en vue du perfectionnement de l'enseignement du droit a été l'apanage de l'Ordre général des avocats du Brésil – OAB[48].

Les travaux d'une Commission d'enseignement juridique (CEJ) – composée exclusivement de professeurs de droit renommés[49] – ont fourni les éléments nécessaires à l'élaboration d'une proposition de réforme, adoptée postérieurement par le Ministre l'éducation sous forme de règlement[50]. Ce dernier contient des conditions et des objectifs très ambitieux de renouvellement de l'enseignement juridique.

Désormais, les cursus juridiques du premier cycle – appelés « graduação » – doivent « assurer que l'étudiant reçoit une formation générale solide, humanisée et axio-

44 On peut estimer qu'il représente une réponse à plus de vingt ans d'interventions autoritaires des dirigeants militaires à tous les niveaux de la vie universitaire. Art. 207. Ce principe est rappelé dans multiples documents normatifs, tels que la loi n 9 394 du 20.12.1996 (art. 53), la loi nº 10 172 du 9.1.2001 (annexe, nº 4.3.5), ou le décret nº 5 773 du 9.5.2006 (art. 13, § 2º).

45 Art. 206, al. V.

46 Art. 43, al. VII, de la loi nº 9 493 du 20 décembre 1996. V. aussi le nº 4.3.21 de l'annexe de la loi nº 10 172 du 9.1.2001, où il est sous-entendu que les activités d'extension relèvent d'un « effort national nécessaire pour purger la dette sociale et éducationnelle ». Sur la nécessité d'un échange perpétuel entre l'expérience universitaire et la réalité socio-juridique, v. José Eduardo Faria, « A Cultura e as Profissões Jurídicas Numa Sociedade em Transformação », in Formação Jurídica, José Renato Nalini (dir.), 2e éd., São Paulo, RT, 1999, p. 18 ; Plauto Faraco de Azevedo, « Do ensino jurídico : conhecimento e produção criativa do direito », in Notícia do Direito Brasileiro, nº 9, UnB, 2002, p. 178.

47 Art. 208, al. V.

48 Au Brésil, dans le sens commun, un *bacharel* est synonyme d'avocat. L'obtention d'un diplôme de droit vaut ainsi peu de choses pour un juriste qui n'a pas d'autorisation du barreau des avocats pour plaider, à moins de devenir magistrat ou fonctionnaire public. Auparavant, il suffisait pour obtenir la licence du barreau d'effectuer un stage dans un cabinet d'avocats ou au sein de l'administration. Cela explique, au moins en partie, que ce soient les avocats, ceux qui ont pris l'initiative de ce mouvement organisé. Quoi que l'on puisse dire d'une organisation professionnelle qui porte certainement des intérêts corporatistes – qui ne se confondent pas avec ceux de la communauté académique – l'OAB a le mérite d'avoir concilié les vœux de la société civile en général avec ceux de l'académie en vue de la réalisation d'une réforme de l'enseignement juridique. V. José Geraldo de Souza Júnior, « Novos paradigmas na formação dos operadores jurídicos », in Anais da XV Conf. Nacional da OAB – 1994, p. 599 ; Paulo Luiz Netto Lôbo, « Ensino Jurídico : Realidade e Perspectivas », in Anais da XVII Conf. Nacional da OAB – 2000, p. 171 ; Álvaro Melo Filho, « Ensino jurídico e o problema da verdade », Rev. Informação legislativa, Brasília, nº 72, oct.-déc. 1981, p. 343.

49 Certains d'entre eux ont composé et présidé également la Commission de spécialistes de l'enseignement du droit (CEED), du Ministère de l'éducation.

50 Le premier document normatif fut la « Portaria Ministerial » nº 1.886 du 30 décembre 1994 ; celui-ci a été remplacé par la Résolution CEN/CES/MEC nº 9 du 29 septembre 2004.

logique ; qu'il soit capable d'analyser et de maîtriser les concepts et la terminologie juridiques, de développer une argumentation adéquate, une interprétation et une évaluation des phénomènes juridiques et sociaux ; cette formation devra être alliée à une posture de réflexion et d'esprit critique, qui permette le développement d'une aptitude pour l'apprentissage autonome et dynamique, indispensable à l'exercice de la Science du Droit, de la délivrance de la justice et de la citoyenneté »[51].

Les trois points principaux de la réforme tiennent : a) au programme didactico-pédagogique des cours juridiques ; b) à la qualification des enseignants ; c) à la structure et aux installations physiques des facultés de droit.

a) Le programme didactico-pédagogique : celui-ci constitue le cœur des cursus juridiques. Il comporte notamment « leur conception et objectifs généraux par rapport au contexte institutionnel, politique, géographique et social dans lequel ils s'insèrent ; leur durée (avec un socle minimal de 3 700 heures de cours, étalées sur cinq ans)[52] ; les moyens prévus pour la réalisation d'une approche interdisciplinaire ; l'incitation à la recherche et à la valorisation comme instrument de l'initiation scientifique ; des activités prévues de stage surveillé[53] ; la rédaction et la soutenance obligatoires d'un mémoire comme condition d'obtention du diplôme »[54].

b) La qualification des enseignants : des « plans d'avancement » doivent être proposés par les établissements, avec des seuils de rémunération[55]. Dans les universités, un tiers au moins des enseignants doit détenir un titre de master ou de doctorat, et un tiers au moins doit être en régime de travail à plein-temps[56]. L'objectif d'augmenter de 5 % par an pendant dix ans[57] le nombre d'enseignants détenant un master ou un doctorat a été consacré par la loi.

c) La structure et les installations des facultés de droit : celles-ci doivent concevoir des bibliothèques disposant de lieux d'études adéquats, bien équipées en ouvrages, périodiques académiques et scientifiques, des abonnements de revues, journaux, ouvrages classiques, dictionnaires et encyclopédies, vidéos, DVD, CD, CD-ROMS et abonnements électroniques[58].

Une modification importante est l'obligation faite aux facultés de droit de poursuivre une approche interdisciplinaire, créant de ce fait une ouverture vers les études de sociologie, science politique, anthropologie, économie, éthique, philosophie, histoire et psychologie[59].

51 Art. 3º de la Résolution CNE/CES/MEC nº 9 du 29 septembre 2004. Ils doivent, en outre, permettre une formation professionnelle qui regroupe, au moins, les aptitudes et compétences suivantes : « I – lecture, compréhension et élaboration de textes, actes et documents juridiques ou normatifs, en employant les normes techniques juridiques appropriées ; II – l'interprétation et l'application du droit ; III – la recherche et la consultation de la législation, de la jurisprudence, de la doctrine et autres sources du droit ; IV – une performance adéquate auprès de différentes instances, administratives ou judiciaires, en employant les procédures et actes appropriés ; V – l'emploi correct de la terminologie juridique ; VI – le développement de raisonnements juridiques, de l'argumentation, de la persuasion et de la réflexion critique ; VII – la capacité de jugement et de prise de décisions ; et VII – la maîtrise de technologies et de méthodes pour une compréhension et application permanentes du droit » (art. 4º de la Rés. CNE/CES/MEC nº 9/2004).

52 Art. 2º, al. III, *d*, de la Rés. CNE/CES/MEC nº 2 du 18 juin 2007.

53 Lesquelles peuvent être réalisées auprès d'organismes et professions d'État – tribunaux, Ministère Public etc. – ou d'un 'Centre de Pratique Juridique' qui sera créé et installé au sein de l'établissement d'enseignement.

54 Art. 2º, § 1º, de la Rés. CNE/CES/MEC nº 9/2004.

55 Art. 206, al. V. V. aussi l'art. 53, paragraphe unique, al. VI, et 67 de la loi nº 9 394/1996 ; le nº 2.1.4 de l'annexe de la loi nº 10 172/2001 ; l'art. 16, al. V, du décret nº 5 773 du 9 mai 2006.

56 Art. 52, als. II et III, de la loi nº 9 394/1996. V. aussi l'art. 66 de la même loi.

57 Loi nº 10 172/2001, annexe, nº 4.3.16.

58 Loi nº 10 172/2001, annexe, nº 4.3.14 ; v. aussi l'art. 16, al. VII, *a*, du décret nº 5 773/2006.

59 Art. 5º, al. I, de la Rés. CNE/CES/MEC nº 9/2004. V. Roberto Fragale Filho, « Ensinar Sociologia Jurídica nas Faculdades de Direito : Possibilidades e Significados », in O Ensino Jurídico em Debate, Daniel Torres de Cerqueira et Roberto Fragale Filho (dir.), Millenium, 2006, p. 45 ; Deisy de Lima Ventura, « Do Direito ao

Cela devrait créer chez l'étudiant en droit une ouverture d'esprit, lui permettant de prendre largement conscience des problèmes sociaux de l'environnement dans lequel il agit. L'accès à l'enseignement supérieur constitue indéniablement un de ces problèmes.

B. Des réformes pour un accès garanti à l'enseignement

Les pouvoirs publics ont pris conscience du déficit national de l'éducation supérieure[60]. Faciliter l'accès à l'enseignement secondaire déboucherait naturellement sur une demande croissante d'accès aux études supérieures. L'absorption de cette demande – et de manière beaucoup plus ambitieuse, la promotion d'un enseignement pour tous[61] – passerait par l'augmentation du financement des universités publiques afin de rehausser leur capacité d'accueil. En l'absence de moyens financiers, cependant, la solution a été de stimuler le soutien de l'initiative privée.

Les cursus juridiques ont ainsi joué un rôle tout particulier dans le plan établi par les pouvoirs publics. On a adopté une politique, d'une part, de flexibilisation des critères d'autorisation pour la création de nouvelles facultés de droit ; d'autre part, des mécanismes d'évaluation périodique *a posteriori* devraient assurer un standard de qualité souhaitable.

Une véritable explosion du nombre de facultés de droit s'est ainsi produite pendant les années 1990, qui se prolonge encore de nos jours. Ceci avec la bienveillance des autorités publiques qui ont probablement adhéré à l'opinion générale selon laquelle le caractère « formateur » des cursus juridiques permettrait aux citoyens de mieux connaître les moyens de faire valoir leurs droits.

On a ainsi pu parler d'une « mcdonaldisation »[62] de l'enseignement du droit. Les chiffres officiels sont parfaitement révélateurs :

- Il y a actuellement au Brésil 1 105 facultés de droit agréées par le Ministère de l'éducation[63], dans lesquelles 613 950 étudiants poursuivent leurs études juridiques[64], soit 12,5 % du total des étudiants en éducation supérieure ;
- De 1995 à 2007 on a atteint un niveau proche de l'équilibre entre l'offre et la demande, passant de 8,69 à 2,31 candidats par place disponible, ce qui représente une augmentation de 376 % du nombre de places en douze ans[65] ;
- En 2007, 82 830 nouveaux « bacharéis » se sont confrontés au marché du travail. Ce chiffre tend à croître car la seule année 2009 a enregistré 108 demandes d'autorisation de nouvelles facultés de droit enregistrées auprès du MEC[66] ;

Método e do Método ao Direito », in O Ensino Jurídico em Debate, *op. cit.*, p. 257.

60 V. nº 4.1 de l'annexe de la loi nº 10 172/2001.

61 V. le nº 1, de l'annexe de la loi nº 10 172/2001, établissant un « Plan national de l'éducation », fondé sur les conclusions de la réunion organisée par l'UNESCO à Jomtien, en Thaïlande en 1993, sur un « Plan décennal de l'éducation pour tous ».

62 Álvaro Melo Filho, « Educação jurídica : premissas para uma revolução sem armas », *op. cit.*, p. 311 ; v. aussi Paulo Roberto de Gouvêa Medina, « A proliferação dos cursos de direito e suas conseqüências para a cidadania, a ética e a atuação jurídica do Estado », in Anais da XVIII Conferência Nacional dos Advogados : Cidadania, Ética e Estado, v. II, OAB, Conselho Federal, 2003, p. 1441 ; Eneá de Stutz e Almeida, « Ensino Jurídico : Para que e para quem ? », in Anais da XVIII Conf. da OAB – 2003 (*op. cit.*), p. 1429.

63 En 2005, 44,9 % des facultés se trouvaient dans le sud-est (la plupart à Rio de Janeiro, São Paulo et Minas Gerais). Dans la seule ville de São Paulo il y a actuellement 83 facultés de droit. Source : INEP (www.educacaosuperior.inep.gov.br/funcional/lista_cursos.asp accès le 11 juin 2009).

64 Ces données sont de 2007, obtenues sur le site web du INEP (www.inep.gov.br).

65 Source : INEP. « Inscriptions » doit être entendu ici comme places disponibles dans les facultés de droit.

66 Source : INEP (www.inep.gov.br/superior/condicoesdeensino/cronograma_2009.htm).

- Il y a actuellement 22 411 enseignants de droit en activité au premier cycle dont seul 9 % détiennent le titre de docteur, 38 % celui d'un master et 17,9 % indiquent n'avoir achevé qu'un postgrade[67] ;
- Parmi les facultés de droit existantes, 88,24 % sont privées[68], lesquelles accueillent à peu près 90 % de la totalité d'étudiants en droit[69].

L'examen du barreau des avocats est apparu comme un baromètre important de l'efficacité des cursus juridiques. Depuis 1995, date à laquelle cet examen est devenu obligatoire pour l'exercice de la profession[70], le nombre de « bacharéis » qui le réussissent est dérisoire et a atteint, par exemple en 2004, un chiffre plancher de 8,57 %[71].

Le remède à court terme imaginé a été d'instituer des mécanismes pluriannuels d'évaluation des étudiants ainsi que des facultés de droit. Dans les cas les plus graves ils pourraient entraîner l'interdiction du fonctionnement de ces dernières[72]. Il a fallu également rendre plus sévères les critères d'autorisation de création de nouveaux établissements[73].

Pour l'évaluation des étudiants, le MEC a institué le système appelé « SINAES »[74]. En pratique, un examen écrit est réalisé à la fin du premier cycle ; le réussir est une condition d'obtention du diplôme. Un système de notation comprenant cinq mentions qui varient de 1 à 5 vise à en attribuer une à chaque faculté de droit d'après la notation moyenne obtenue individuellement par ses étudiants. Un classement national des cursus juridiques est, enfin, publié annuellement. Ceux qui n'obtiennent pas une mention suffisante de manière réitérée encourent des sanctions allant jusqu'à l'interdiction de fonctionnement[75].

Pour l'évaluation des facultés de droit, des commissions de spécialistes *ad hoc* nommées par le MEC sont chargées de procéder à l'évaluation *in loco*[76] de chaque faculté de droit ayant demandé une autorisation de fonctionnement. Les critères sont ceux décrits ci-dessus à l'égard du projet pédagogique, de la qualification des enseignants et des installations de la faculté.

Pour les nouveaux cursus, une deuxième visite de « reconnaissance »[77] intervient après l'achèvement d'une moitié des cours par les étudiants inscrits. Enfin, des éva-

67 Source : SINAES (http://sinaes.inep.gov.br:8080/sinaes accès le 17.6.2009).

68 Source : INEP (données de 2007). Il y avait 128 facultés de droit publiques (57 fédérales, 47 subventionnées par les états et 24 par les municipalités), contre 923 privées.

69 Source : INEP (2007). Il y avait 548 710 étudiants inscrits en droit dans les facultés privées.

70 Art. 8º, al. IV, de la loi nº 8 906 du 4 juillet 1994.

71 V. « O Estado de São Paulo » du 27.11.2004, art. signé par Cláudia Ferraz et Renata Cafardo. En 2006, ce chiffre a légèrement augmenté à 12,2 % de réussite (« O Estado de São Paulo » du 17.5.2006). Aussi, les appels à l'éthique dans la profession se sont multipliés. V. João Maurício Adeodato, « Formação e Qualificação do Magistério Jurídico », in Anais da XVII Conferência dos Advogados, OAB, Conselho Federal, 2000, p. 170 ; Adilson Gurgel de Castro, « A situação dos Cursos Jurídicos e o Campo de Trabalho Profissional », in Anais da XVII Conf. OAB (*op. cit.*), p. 159 ; Ercílio Bezerra de Castro Filho, « Bacharéis em Direito », in Anais da XIX Conf. OAB – 2005, p. 537 ; Marcos Bernardes de Mello, « Teoria e Prática na Advocacia : Os sistemas de ensino jurídico e as necessidades sociais », in Anais da XIX Conf. OAB (*op. cit.*), p. 529.

72 Art. 7º, al. II, de la loi n 9 394/1996 ; v. aussi l'art. 5º. § 2º du décret nº 5 773/2006.

73 V. art. 28, § 2º, du décret nº 5 773/2006 avec l'altération du décret nº 5 840/2006 qui conditionne l'autorisation de fonctionnement aux nouveaux cursus juridiques à la manifestation préalable de l'Ordre national des avocats du Brésil (OAB).

74 Système national d'évaluation de l'éducation supérieure, au sein duquel est réalisé l'ENADE : « Examen national de performance des étudiants ». V. l'art. 1º, § 3º du décret nº 5 773/2006

75 Art. 39, paragraphe unique, ensemble l'art. 63, II, du décret nº 5 773/2006.

76 Art. 7º, al. I du décret nº 5 773/2006.

77 Art. 46 de la loi n 9 394/1996 ; v. aussi l'art. 34 *sq.* du décret nº 5 773/2006.

luations visant au « renouvellement de reconnaissance » interviennent tous les cinq ans[78].

Finalement, un système d'évaluation est organisé par l'Ordre national des avocats, qui débouche sur une recommandation faite sous la forme d'un « timbre »[79], attribué aux seules facultés qui présentent une qualité jugée suffisante.

Dans tous ces systèmes d'évaluation, ce sont les facultés de droit publiques qui occupent systématiquement dans les classements les rangs les plus élevés[80].

Les mesures prises à partir des années 1990 par les pouvoirs publics brésiliens visant à réaliser une réforme de l'enseignement du droit sont dignes d'un pays en pleine croissance économique et sociale. Dans une perspective comparatiste, elles peuvent servir d'exemple d'efforts à la fois scientifiques et politiques entamés en vue de faire de l'éducation juridique, au-delà de la réponse à une vocation, un puissant instrument de transformation sociale.

Globalement, cependant, l'on peut douter de l'efficacité de la stratégie poursuivie. Le diplôme de droit semble être devenu un simple produit de consommation. Malheureusement, une majorité de « bacharéis » comprendra vite que cet ascenseur social pourra les mener à un niveau inférieur à celui où ils se trouvaient auparavant. Il semblerait que l'éducation juridique de « pós-graduação » (master et doctorat) prenne la même direction[81].

L'analyse de l'évolution de l'enseignement du droit au Brésil met ainsi en valeur des exemples qui méritent d'être suivis ; d'autres, cependant, ne devraient jamais l'être.

78 Art. 59, al. II, du décret nº 5773/2006.

79 « Selo OAB recomenda », attribué tous les trois ans.

80 Roberto Fragale Filho, « Universidade Pública : Desafios e Dilemas (para o ensino jurídico) », in Anais da XVIII Conf. OAB – 2003, p. 1399.

81 En 1996, par exemple, il y avait seulement quatre facultés de droit dans le pays qui organisaient des programmes de doctorat. En 2008, il y en avait déjà 62 de master et 22 de doctorat. Selon l'évaluation annuelle réalisée par la CAPES en 2008, organisme public à caractère scientifique et lié au MEC, dans une échelle de notation variant de 0 à 7, seuls trois programmes ont obtenu la mention 6 (la plus élevée : USP, UFPR, UFSC). V. le site web de la CAPES (www.capes.gov.br accès le 17.6.2009).

Pour une consécration du principe « *Docendo Discimus* » dans l'enseignement universitaire

Par Petr MUZNY*

1. Traduite en français, l'expression latine signifie : « C'est en enseignant que l'on apprend ». Selon moi, aucune autre locution ne saurait mieux exprimer l'axe autour duquel devraient évoluer les méthodes de partage du savoir que l'on nomme communément la didactique.

La logique est de bon sens. La phase d'enseignement ou encore de transmission de la connaissance constitue l'étape ultime de l'apprentissage. Pour l'atteindre, il faut maîtriser au préalable l'étape fondamentale d'acquisition de la connaissance, elle-même subdivisée en phases d'écoute et de compréhension des idées. La fonction pédagogique de l'enseignant consiste dès lors à accompagner son disciple de la phase d'écoute à celle de la pratique de la connaissance. Pour ce faire, l'étudiant ne doit pas être uniquement perçu par son enseignant comme un simple auditeur, mais comme un acteur à part entière. C'est pourquoi, l'activité d'enseignement doit s'efforcer autant que faire se peut de mettre l'élève dans une situation interactive fondée non pas sur le monologue, mais sur le dialogue entre l'enseignant et l'étudiant.

À mes yeux, cette interactivité, faites d'allers-retours constants entre la phase d'écoute et de transmission, constitue la clef du succès d'un enseignement efficace.

2. Pour bien comprendre comment devrait s'opérer cet enseignement interactif à l'Université, je me servirai tout au long des lignes qui suivent d'un modèle optimal d'enseignement. Bref, nous partirons à chaque fois d'une situation idéale, quitte à devoir ensuite la relativiser en raison des limitations matérielles et personnelles qui affectent l'Université française.

J'ai eu l'occasion de vivre cette situation optimale d'interactivité à l'Université de Genève, en particulier dans le cadre d'entretiens individuels où l'étudiant dispose de l'enseignant à lui tout seul. En effet, la faculté de droit de l'Université de Genève avait consenti à des efforts importants en matière pédagogique pour adjoindre aux cours magistraux de droit public, des séances de travaux dirigés intitulés « raisonnement et rédaction juridiques en droit public », durant lesquels les enseignants aidaient les étudiants, groupés par 20 environ, à se familiariser

* Agrégé des facultés de droit, Professeur à l'université de Savoie, Professeur de droit à l'université de Genève, membre de l'IDEH (Montpellier, EA 3976). Le rédacteur de ces lignes tient à remercier son collègue Reynald Prod'Hom pour le modèle pédagogique remarquable qu'il a instauré à l'Université de Genève et dont l'auteur continue à s'inspirer.

avec la méthode de dissertation juridique en droit public. Très rapidement, il s'est cependant avéré qu'une correction générale ne permettait pas aux enseignants de mettre le doigt sur les incompréhensions individuelles. Les enseignants concernés ont dès lors décidé de mettre en place des séances d'entretiens individuels durant lesquelles les étudiants pouvaient bénéficier d'une correction personnalisée des copies après chaque séance. Au-delà du fardeau que cela représentait en termes de temps et d'énergie, le résultat s'est immédiatement fait ressentir. Les étudiants ayant profité à plusieurs reprises de ces séances ont pu rapidement corriger leurs erreurs et leur moyenne a grimpé en flèche.

3. Que retenir de cet exemple ? Il est évident que l'Université ne peut pas mettre un enseignant derrière chaque étudiant. C'est essentiellement en raison de telles limitations qu'ont été instaurés les cours magistraux, alors même que ces derniers présentent de lourds inconvénients en matière pédagogique. En revanche, puisqu'il n'est raisonnablement pas envisageable de supprimer les cours de masse, il est tout à fait possible de s'appuyer sur les points forts de ce genre de séances individuelles afin de les appliquer aux cours magistraux et aux séances de travaux dirigés.

4. Conformément au principe « *docendo discimus* », cette adaptation doit se faire dans le double sens de l'interactivité entre l'enseignant et l'étudiant, à savoir au niveau I) de l'acquisition du savoir, II) de la transmission du savoir.

I. Les principes didactiques en faveur d'une meilleure acquisition du savoir par l'étudiant

5. Quels sont les avantages didactiques de ces entretiens individuels du point de vue de l'acquisition du savoir par l'étudiant ? Ces séances favorisent le contact et l'écoute. L'enseignant n'a pas de difficulté pour se faire entendre. L'étudiant n'est pas distrait par son environnement. Il travaille en quelque sorte « yeux dans les yeux » avec son enseignant. Dans les cours magistraux, la distance importante qui existe entre les étudiants et l'enseignant peut être en partie compensée par plusieurs moyens relevant tantôt de la forme, tantôt du fond.

A. du point de vue formel

6. S'agissant de la forme, durant les cours magistraux la qualité de la voix constitue un élément essentiel d'acquisition de la connaissance. Cela implique un volume, un débit et une modulation convenable de la voix, soutenus par une élocution correcte, une fluidité dans l'expression et des pauses opportunes.

En outre, il doit s'exprimer avec le ton naturel de la conversation ce qui nécessite d'éviter un travers encore trop souvent constaté au sein des facultés françaises : la lecture pure et simple de son texte écrit. Il faut en effet bien prendre conscience que le cerveau doit déployer des efforts considérables pour écouter et comprendre des explications techniques rédigées dans un style soutenu. En règle générale, l'attention de l'auditeur décroche au bout de quelques phrases. Pour lutter contre cette pratique, il convient pour l'enseignant d'abandonner des phrases rédigées dans leur intégralité, afin de leur substituer un plan comportant des notes succinctes. En ce qui me concerne, une leçon d'une heure dépasse rarement deux pages de notes écrites. Certes, en plus d'un effort de mémorisation, cela demande d'être familier avec le contenu des explications. Toutefois, le résultat dépasse les espérances. Le style devient plus naturel. Il est celui d'une conversation au quotidien avec tout ce qui s'ensuit : voix, gestes, expressions du visage, etc. L'auditoire retient bien plus facilement les idées et, surtout, se sent plus incité à s'investir en cours.

7. Afin de rester au contact de son auditoire, l'enseignant doit en outre s'efforcer de préserver l'attention

de ses étudiants. Une méthode qui fonctionne bien est de ponctuer régulièrement son cours par des phases de questions/réponses. À cet égard, aucun auditoire ne semble trop étendu pour éluder ce questionnement, à condition évidemment que l'enseignant prenne soin de répéter les commentaires des étudiants que leurs condisciples n'auraient pas entendus. Certes, l'appréhension des étudiants devant une participation en public, de surcroît, sous la censure de l'enseignant, crée parfois au début quelques difficultés pour instaurer des dialogues nourris. Toutefois, l'expérience démontre qu'il se trouve toujours un étudiant plus courageux que les autres pour briser la glace avec une première considération. Si, en outre, l'enseignant se montre positif et encourageant dans ses remarques, un climat de confiance s'instaure rapidement et les commentaires estudiantins deviennent légion.

Notons que cette participation orale des étudiants sert précisément à asseoir cette capacité des étudiants à comprendre et à transmettre (sur ce point, voir *infra*) le savoir dont ils ont été pourvus.

8. Ensuite, pour revenir aux avantages des séances individuelles, celles-ci s'appuient la plupart du temps sur un document de travail – copie de dissertation dans l'exemple précité – à la fois en tant que base commune de travail et support visuel. En ce qui concerne les cours magistraux, il est approprié d'élaborer un document de cours sous format papier qu'il convient de doubler au moyen d'une diffusion par vidéoprojecteur au tableau. Les documents de cours que j'utilise habituellement contiennent le plan et la bibliographie du cours, les textes de lois, les citations de jurisprudence et quelques réflexions doctrinales. Tous les étudiants ont jusqu'ici plébiscité cette pratique. Cela leur permet d'une part d'économiser l'« énergie du poignet » – qui est parfois l'énergie du désespoir lorsqu'il s'agit de gratter de longues heures durant – pour se concentrer sur la citation à décortiquer. Toute l'attention est ainsi focalisée sur la réflexion et non pas uniquement sur la prise de notes. D'autre part, ils prennent l'habitude d'utiliser un document qui constitue en quelque sorte le fil rouge du cours et leur permet de mieux mémoriser à la fois les idées directrices, ainsi que les références juridiques.

Cette idée m'amène directement à la question de l'interactivité s'agissant du fond.

B. Du point de vue matériel

9. « Il était une fois… ». Voici comment débutent la plupart des histoires qui ont bercé notre enfance. Sans que nous nous en rendions compte, ces contes façonnent notre esprit et notre cœur pour les rendre perméables aux événements factuels, concrets. Notre capacité de réflexion aime se nourrir de la réalité puisée au quotidien. Elle est en revanche rétive aux énoncés abstraits et théoriques.

10. Dans les séances individuelles, il est la plupart du temps question d'exercices appliqués à la matière du cours. L'enseignement se fait précisément de manière concrète. Il est donc naturellement adapté aux besoins de l'étudiant.

En ce qui concerne les cours magistraux, il est également important que les étudiants bénéficient d'un enseignement concret adapté à leurs besoins à visée professionnelle. Pourtant, l'enseignement universitaire se compose en grande partie de schémas déductifs à visée théorique. Aussi, lorsque la matière se prête à ces considérations abstraites, elle se doit d'être toujours accompagnée d'exemples pratiques l'illustrant. Dans le cadre de mes cours par exemple, je me fixe l'objectif de débuter mes leçons par un cas tiré de l'actualité récente afin de me mettre au niveau des étudiants en leur « contant une histoire moderne ». Cela me permet, par la même occasion, de faire le lien entre le cours et la vie sociale dont ils font partie. En outre, je m'efforce de justifier mes réflexions personnelles par des illustrations tirées de la vie juridique. Cela a pour avantage, une fois encore,

de gagner l'intérêt des étudiants au contenu de l'enseignement. De plus, cela pousse ces derniers à adopter le même modèle en établissant constamment le lien entre l'apprentissage universitaire et la vie professionnelle.

C'est d'ailleurs pour moi une grande satisfaction lorsque des étudiants viennent me voir avant le début du cours pour savoir si l'on peut développer ensemble un sujet d'actualité ou un aspect du cours qui ne se trouve pas dans le programme. Au semestre d'été, dans le cadre du cours de libertés publiques, nous avons ainsi passé près d'une heure à discuter des questions relatives à l'euthanasie active et passive au regard du droit à la vie. Ou encore, l'an dernier, des étudiants de Droit international public m'ont demandé, au moment de traiter de la souveraineté des États, de leur expliquer les tenants et aboutissants de l'intervention étrangère dans la crise du Darfour.

11. En outre, dans le cadre des entretiens individuels précités, les enseignants avaient l'habitude de ne poser que des questions de réflexion et non pas de connaissance. Partant, cela obligeait l'étudiant à dépasser le stade primaire de l'apprentissage par cœur pour faire montre d'esprit d'analyse en établissant constamment le lien entre les diverses connaissances acquises.

Ce point me semble également fondamental pour favoriser un enseignement de qualité. J'entends encore trop souvent des juristes et des non-juristes affirmer que le droit est une question de mémoire et que seuls les étudiants disposant d'une capacité de mémorisation étendue pourront réussir. Cette façon de penser façonne indubitablement la manière dont l'enseignement est dispensé. Dès lors, l'enseignant considère avoir bien fait son travail uniquement s'il a réussi à couvrir l'intégralité du cours contenu dans un Traité rédigé par l'un de ses collègues, qu'il est de ce fait parvenu à causer régulièrement lors du cours des douleurs vives au poignet de l'étudiant à la limite de l'entorse et qu'il aura ainsi rempli la caboche de ce dernier à la limite de sa contenance.

12. Que dire à ce propos ? Certes, la mémoire et la connaissance sont utiles. Mais cela n'est pas suffisant. Autrement, l'on confierait les métiers juridiques aux bases de données et automates disposant d'une connaissance encyclopédique sans comparaison avec celle de nos étudiants. Plus que la capacité de mémorisation, ce sont celles de compréhension et d'esprit critique qui me semblent fondamentales car elles interviennent à un stade avancé de l'autonomisation de l'étudiant.

Comment y parvenir ? Dans le cadre de mes cours, je pratique trois techniques cumulatives. Primo, je débute mon année de cours par des exemples puisés dans la jurisprudence et/ou la doctrine, en aidant les étudiants à comprendre en quoi ils sont critiquables. L'étudiant comprend ainsi que le droit est avant tout affaire de dialectique dans un monde dirigé non par la vérité mais par le vraisemblable et que, partant, ses acteurs principaux, juges et professeurs y compris, ne sont pas détenteurs de la vérité absolue, mais d'une opinion plus ou moins convaincante.

Secundo, j'adapte le rythme du cours à celui de mes étudiants. Si une question mérite d'être approfondie, nous prenons le temps de creuser la matière, même si, en conséquence, nous ne terminons pas toujours le programme du cours. Mais qu'importe. De toute façon, il faut être réaliste. Les spécialistes de la mémoire le disent clairement. La mémorisation ne fonctionne que s'il y a répétition régulière des idées dans le temps. Or, à part la période de l'examen, quelles sont les possibilités données aux étudiants pour qu'ils mettent en pratique ce qu'ils ont appris ? Par exemple, combien de temps après avoir appris en cours de droit des sociétés comment fonctionne une société anonyme, les étudiants vont-ils pouvoir appliquer leur savoir ? Or, pour la plupart d'entre eux, les vacances d'été auront tôt fait d'effacer toute trace

de connaissance en la matière. C'est pourquoi, je préfère privilégier la qualité à la quantité. En d'autres termes, il me semble plus efficace d'aider les étudiants à comprendre les principes plutôt que les règles qui commandent la matière. Bref, de leur indiquer comment pêcher le poisson, plutôt que de leur en offrir.

Tertio, il s'ensuit directement que, puisque le temps d'attention des étudiants est restreint, je réduis volontairement la durée des leçons à 45 minutes environ, comme cela se fait partout dans les Universités suisses. Ce choix ne favorise pas la paresse des étudiants. Au contraire, à l'instar de la musique où les notes sont perçues grâce aux silences qui les suivent, il est reconnu que la connaissance s'acquiert réellement lorsque l'activité cérébrale est en pause. En d'autres termes, il faut laisser le temps à l'auditeur de digérer l'ensemble des informations reçues. D'autant que ces moments de pause constituent également l'occasion pour les étudiants de discuter des sujets entendus avec leurs condisciples et/ou leur enseignant. Je dois dire que le fait d'avoir étudié et aujourd'hui d'enseigner dans une petite faculté, constitue un avantage indéniable de ce point de vue. Les échanges avec l'enseignant notamment lors des pauses sont un atout de poids dans le développement de la réflexion.

13. Enfin, s'agissant du fond, je ne peux m'empêcher de mentionner l'avantage indéniable dont nous disposons depuis quelques années grâce aux progrès technologiques et, en particulier, à Internet.

Quel plaisir aujourd'hui que de pouvoir aider les étudiants à comprendre le fonctionnement de la Cour Pénale Internationale ou de l'Organisation Mondiale du Commerce, tout simplement en se servant directement des informations contenues sur le site Internet de chacune d'entre elles. Dans un séminaire récent dispensé aux avocats du barreau de Chambéry sur le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, nous avons passé près de la moitié de la formation à nous familiariser avec le site de la CourEDH. Le fonctionnement de la Cour, sa procédure, sa jurisprudence, les contacts, etc., tous ces éléments se trouvent énoncés de manière fort claire sur le site Internet. La formation se termine, mais le site reste. Les personnes intéressées peuvent dorénavant continuer de puiser dans cette mine d'information de manière autonome.

14. Dans d'autres circonstances, c'est une question posée à laquelle vous n'avez pas la réponse qui vous offre l'occasion de faire une recherche sur Internet à laquelle peuvent assister (et participer) en direct les étudiants grâce à la projection par vidéo d'Internet. Au semestre de printemps, un étudiant bien intentionné m'a demandé en cours de science politique quels États sud-américains pratiquaient le monocaméralisme. Une recherche de quelques secondes sur Internet a permis de déboucher sur un site d'information politique comportant une carte mondiale détaillée répondant à cette question. En plus d'avoir trouvé la réponse à la question, les étudiants ont ainsi pu voir comment l'enseignant effectuait ses recherches quand il n'avait pas réponse à une question – ce qui, il faut l'avouer aux étudiants, n'est pas rare.

Au demeurant, face à des étudiants dont, pour certains, la capacité de concentration a été érodée par l'usage abusif de la télévision, de l'ordinateur, etc., l'utilisation de moyens audiovisuels peut s'avérer un moyen efficace de familiarisation avec le monde juridique.

15. Qu'en est-il maintenant de la phase retour dans la didactique de l'enseignant ? En d'autres termes, par quels moyens appropriés l'enseignant peut-il déterminer le degré d'acquisition de connaissance et de compréhension de l'étudiant ?

II. Les principes didactiques en faveur d'une meilleure transmission du savoir par l'étudiant

16. Cette transmission peut intervenir à deux moments, lors du cours et durant la période des examens.

A. La transmission du savoir durant la période de cours

17. En premier lieu, la phase de transmission du savoir de la part de l'étudiant s'applique essentiellement par le biais de l'activité de recherche de l'étudiant au cours de l'année universitaire. Pour revenir aux séances d'entretiens individuels, celles-ci ont pour avantage d'assurer un suivi du travail de recherche effectué par l'étudiant. L'étudiant est donc encouragé à revêtir l'habit de celui qui transmet à son tour la connaissance.

18. S'agissant des cours magistraux, l'étudiant est généralement encouragé à considérer la matière du cours comme une base minimale à partir de laquelle il doit approfondir sa connaissance. Cette démarche relève cependant de sa seule initiative. Aussi, s'avère-t-il utile de diriger l'étudiant, et ce dès la première année universitaire, vers des sujets de recherche personnels en relation avec le cours, en prenant soin par exemple d'indiquer les sources bibliographiques nécessaires pour réaliser ce travail.

Personnellement, je choisis parfois de ne pas traiter l'intégralité de la matière du cours afin de laisser aux étudiants quelques heures supplémentaires pour développer un sujet de recherche que je leur transmets en cours d'année. En libertés publiques, j'ai demandé aux étudiants de réfléchir sur des sujets divers, tels que « le voile et la laïcité », « le statut de l'embryon humain », « le droit à l'environnement, un droit fondamental ? », etc. Afin de m'assurer que ces recherches ont bien été effectuées, je pose ensuite, lors de l'examen final, une question en rapport avec le sujet énoncé. Si l'auditoire est moins nombreux et ne dépasse pas 20 étudiants, alors j'organise tout au long du cours des exposés oraux d'une dizaine de minutes maximum, afin de permettre aux étudiants-chercheurs de bénéficier à la fois d'une expérience de présentation en public et aux étudiants-auditeurs des résultats de ces recherches.

19. Je remarque d'année en année qu'une telle méthode est véritablement bénéfique pour les étudiants. Elle les oblige à se responsabiliser et leur permet de prendre très rapidement goût à la recherche personnelle. Il va de soi que l'enseignant ne peut pas laisser les étudiants dans la nature. C'est pourquoi, je leur laisse mon adresse courriel au cas où ils rencontrent certaines difficultés de recherche ou/et de compréhension de la matière.

De ce point de vue, cette démarche s'inscrit dans l'évolution de la didactique universitaire. Il est à noter que la réforme de Bologne souligne, pour ce qui est des étudiants en 2e et 3e cycles notamment, que « la meilleure formation à la recherche est de la pratiquer soi-même, et non de suivre des cours magistraux ».

B. La transmission du savoir durant la période d'examen

20. En deuxième lieu, la phase de transmission du savoir s'applique au moment de l'examen des connaissances de l'étudiant.

Les séances individuelles offrent à l'enseignant un cadre privilégié puisqu'il est en mesure d'apprécier directement le niveau de l'étudiant à travers la correction de l'exercice que ce dernier a rédigé. En outre, il est à même de le questionner sur les options de réponse qu'il a choisies afin de clarifier l'origine de ses incompréhensions et, partant, d'y remédier. Mieux, il est capable de juger l'évolution du niveau et du degré d'apprentissage de l'étudiant.

21. Rien de tel n'existe pour les cours magistraux. Le seul moyen dont dispose l'enseignant est de connaître le niveau des étudiants à travers l'examen de fin d'année.

Autant dire que l'évaluation s'effectue lorsqu'il est parfois déjà trop tard. L'enseignant en cours magistral se trouve ainsi dans la peau d'un médecin qui ausculte pour la première fois un patient en phase terminale de maladie. Certes, on peut relativiser, il y a encore la possibilité d'une résurrection grâce au rattrapage. Mais il va de soi qu'un traitement préventif est préférable à un rôle de sauvetage curatif.

22. Que faire alors ? C'est ici qu'intervient le rôle essentiel de la pratique des questions/réponses. Celle-ci permet à l'enseignant d'avoir une vue d'ensemble du niveau de compréhension générale de l'auditoire. Parfois, une seule question ne suffit pas. Il faudra poser une même question en la libellant de manière différente pour être certain que la lumière a été faite sur un certain sujet. La méthode est éclairante. Suivant que les étudiants ont dans l'ensemble plutôt tendance à baisser la tête et fuir votre regard ou au contraire à lever la main, vous pouvez déterminer dans quelle mesure l'idée est acquise. Toutefois, cette méthode n'est pas suffisante.

Lorsque des séances de travaux dirigés existent, il s'avère utile d'appliquer le système de contrôle continu. Si ce n'est pas le cas, une des options que je pratique est de mettre en place un examen blanc en milieu de semestre, avec correction à l'appui. Un tel examen est à l'évidence facultatif et ouvert uniquement aux étudiants motivés. Mais, il faut admettre qu'un tel système s'avère lourd pour l'enseignant et ne constitue pas en soi la panacée.

23. En conclusion, la didactique ne joue actuellement qu'un rôle mineur au sein de l'Université. Le système, basé en grande partie sur les cours magistraux, fonctionne comme si la *péda*gogie, prisonnière de son étymologie, ne devait s'appliquer qu'aux enfants en cycle primaire et secondaire de l'enseignement. Pourtant, le jeune majeur ne devient pas autonome par sa seule arrivée à l'Université. Au contraire, cette autonomie doit encore se construire et la didactique a précisément pour fonction de mener l'étudiant à voler de ses propres ailes.

Que l'on se rassure cependant, cette faiblesse didactique n'est pas une fatalité. Même si le système universitaire est encore grandement dépendant des cours magistraux et des habitudes d'un autre âge, il est tout à fait possible, comme nous l'avons vu, d'instiller d'ores et déjà des doses de pédagogie interactive en amphithéâtre. En revanche, à plus long terme, il est essentiel que des mesures structurelles soient prises pour développer la démarche de l'étudiant-acteur au sein du système universitaire. Pour cela, il serait déjà bien de commencer par supprimer cette fameuse règle mathématique suivant laquelle la rémunération de 1 heure CM équivaut à 1 h 30 TD, car du point de vue pédagogique, c'est plutôt la règle inverse qui se justifie. Il serait utile en outre de subordonner l'obtention du poste d'enseignant-chercheur à la participation préalable à une formation en didactique, chapeautée par le Ministère, puisque, cela va de soi, un excellent chercheur ne fait pas forcément un excellent enseignant. De même, le fait de rendre obligatoire l'évaluation des enseignants par les étudiants constituerait un moyen efficace de favoriser les progrès pédagogiques du premier. Pour pratiquer cette évaluation depuis le début de ma carrière d'enseignant, je me rends rétrospectivement compte qu'elle m'a permis de toucher du doigt et, partant, de corriger, un certain nombre de lacunes et maladresses dans ma manière d'enseigner[1].

De nombreuses autres voies d'amélioration du système didactique peuvent encore être mentionnées. Mais, j'estime avoir déjà trop monologué. La parole est maintenant aux auditeurs, « *docendo discimus* » oblige.

1 Pour de plus amples développements sur ce point, voir mes réflexions dans le commentaire d'arrêt ; « La notation des enseignants sur Internet : Être, ou plutôt ne pas être », recueil Dalloz 2008, 17 avril 2008, p. 1127

L'enseignement du droit
Un modèle en équilibre (précaire) entre théorie et pratique

Par Antonio DI ROSA*

> *Mais de même qu'au début les hommes, avec des instruments innés, n'ont pu faire que laborieusement et imparfaitement des choses très faciles, celles-ci une fois faites, ils en confectionnèrent d'autres, plus difficiles, avec moins de peine et plus parfaitement, et ainsi progressant par degrés des travaux les plus simples aux instruments, et de ceux-ci à d'autres ouvrages et instruments, ils parvinrent à perfectionner beaucoup de choses et de très difficiles avec un moindre labeur; de même également l'entendement par sa force native se façonne des instruments intellectuels à l'aide desquels il acquiert d'autres forces en vue d'autres ouvrages intellectuels, et de ceux-ci à d'autres instruments, autrement dit le pouvoir de pousser plus loin l'investigation jusqu'à ce qu'il atteigne par degrés le sommet de la sagesse.*[1]

Vieille de huit siècles, la Faculté de droit renommée pour ses maîtres et ses traditions, pose toujours des questions[2]. Elle s'interroge sur ce qu'elle possède de plus intime : sa manière de transmettre le savoir. Un processus d'autoréflexion a été déclenché par la mise en cause profonde des finalités que notre société lui assigne. L'autoréflexion est alimentée d'un côté par des facteurs externes tels les arguments légitimes produits par la société visant à protéger les valeurs représentatives d'une « vision du monde » ; et d'un autre, par des facteurs internes comme la gestion et la sélection des effectifs, le rôle de l'autorité, la production, la transmission, la validation du savoir et l'interaction de ces activités avec le marché du travail.

Si « la vision du monde » à laquelle l'Université et notamment la Faculté de droit devraient s'adapter est celle du marché du travail dans une société de consom-

* Doctorant, Université de Paris II, Université de Milan.

1 Baruch Spinoza, *Traité de la réforme de l'entendement*, Flammarion, Paris, 2008, p. 21-22.

2 Ce n'est pas nouveau, la Faculté a toujours représenté un enjeu fondamental dans le processus de construction et maintien du pouvoir : « Ce qui importe le plus au gouvernement, c'est ce par quoi il se procure l'influence la plus forte et la plus durable sur le peuple et les objets des Facultés supérieures (Théologie, Droit et Médicine) sont de cette nature. C'est pourquoi il se réserve le droit de sanctionner lui-même l'enseignement des Facultés supérieures », Emmanuel Kant, *Le conflit des Facultés en trois sections*, 1798, J. Vrin, Paris, 1997, p. 15. À l'époque de l'idéalisme allemand, pour Emmanuel Kant, la Faculté de droit doit être soumise aux décisions du pouvoir législatif. Elle n'est donc pas libre de juger de ce qui est juste ou injuste. La seule qui peut juger de la *vérité* est la Faculté "inférieure", celle de philosophie.

mation compétitive, peut-elle continuer à garder sa place en tant que lieu de recherche et de diffusion du savoir[3] ?

Thème récurrent et signal prémonitoire de la mise en œuvre de changements, la « crise » de l'enseignement universitaire du droit est un symptôme de la crise du système juridique qui l'englobe[4]. Il suffit de jeter un coup d'œil à la presse pour s'apercevoir de l'importance que revêt le savoir juridique lorsque le débat politique est centré sur la réforme de l'Université. Les mots clés de ce renouveau sont présents partout : efficacité et réussite[5]. Qu'il s'agisse des moyens à utiliser pour rendre la Faculté de droit plus performante et des stratégies à adopter pour réduire le taux d'échec en première année, le discours sur le rôle de l'enseignement du droit se construit autour d'une vision bien précise : son efficacité et la réussite des étudiants. À cette formation doit correspondre une très haute spécialisation dans le domaine choisi visant à réduire l'écart entre les probabilités d'embauche et une carrière effective. La Faculté de droit devrait-elle adopter une stratégie pédagogique visant une professionnalisa-

3 En 1946, à Heidelberg, Jaspers écrivait que « la tâche de l'Université est de permettre la recherche de la vérité à la communauté des chercheurs et des étudiants », Karl Jaspers, *Die Idee der Universität*, trad. Française *De l'Université*, Paragon/Vs, Lyon, 2008, p. 17. La même idée existait déjà chez Emmanuel Kant, voir *Le conflit…*, *op. cit*.

4 Pour citer un exemple, suite à l'affaire d'Outreau, l'une des causes du dysfonctionnement du système judiciaire avait été attribuée à la formation des magistrats. Le système universitaire en était indirectement touché compte tenu du profil type de l'auditeur de justice : en 2005 (mais aussi pour la promotion 2006, 2007 et 2008) il s'agissait d'une femme de 25 ans avec un diplôme de troisième cycle de la région parisienne (D.E.A., Master 2, droit privé en majorité) et préparée à IEJ de Paris II. Pour le journal *Libération* du 11/12 février 2006, le parcours d'études de l'auditeur de justice (Faculté de droit, Master 2, IEJ) aboutit à la création d'un « corps socialement homogène » qui juge « avec les présupposés inconscients de son éducation » ; le problème serait aussi lié au fait que pour simplifier les notations l'ENM privilégie le niveau de « technicité » de l'auditeur plus que son sens critique. Les juristes types arriveraient donc à la profession de juger « pétris de convictions et bourrés d'assurance ». Il est donc probable que, si la notation de l'apprenti magistrat repose surtout sur ses qualités de « technicien du droit » parce qu'il sera obligé de travailler dans un système qui survalorise les aspects techniques tels que la rédaction des jugements par exemple, le tri opéré par le concours d'admission favorise les candidats « techniciens » formés dans des établissements qui prennent en compte la « loi du marché » et ses règles d'entrée. Les universités s'adaptent inévitablement à la loi de l'offre et de la demande. Il serait sans doute possible qu'en visant des secteurs du marché juridique, elles pourraient attirer un nombre croissant d'étudiants et d'investisseurs (institutionnels et non) séduits par la garantie d'efficacité qu'elles offrent vu leur taux de réussite aux concours.

5 *Le Monde* du 14 décembre 2007 annonçait que sur les 280 000 étudiants qui entrent chaque année à l'université, 52 % échouent en fin de première année. 30 % redoublent, 16 % sont réorientés et 6 % abandonnent leurs études. Pour lutter contre ce « gâchis », le ministre de l'enseignement supérieur proposait une refonte du contenu de la licence. La première année, baptisée « *fondamentale* », devra être moins spécialisée et outre la dominante disciplinaire, devra comporter des heures consacrées aux langues vivantes, à la méthodologie, à l'informatique. Durant cette première année, les étudiants bénéficieront du soutien d'un enseignant référent et la deuxième année dite de « *consolidation* » constituera la véritable entrée dans la spécialisation disciplinaire. Elle sera aussi consacrée à la découverte du monde professionnel sous forme de séminaires, de forums, de tutorats d'entreprise. Au cours de cette année, un suivi du projet personnel devra être assuré. Ce n'est qu'en troisième année que l'étudiant se spécialisera. Un stage obligatoire en entreprise devra être validé lors du cursus. « *Nous allons enfin donner une reconnaissance financière et symbolique à l'accompagnement des étudiants* » était le propos du ministre. Autre volet du plan, un *contrat de réussite* devrait être signé entre l'étudiant et son professeur tuteur. Le document contiendra des engagements réciproques, en terme d'assiduité par exemple, ou de soutien en cas de difficultés. Un effort sera aussi fait pour améliorer l'orientation des étudiants. Un autre article apparaît à la même page du *Monde* du 14 décembre, étrange coïncidence, avec ce titre : « La filière droit rejette plus de la moitié des étudiants en première année ». Il est question d'échec, de cours magistral, de « motivation négative » et de soutien aux étudiants. Le problème du suivi de l'étudiant en première année est, selon le président de Paris II, M. Louis Vogel, l'une des lacunes de la Faculté et il affirme que « *si les choses ne bougent pas depuis des années, c'est aussi parce que les filières de droit avec leurs amphithéâtres bondés ne cherchent pas le client* ». Est-ce que chercher le client veut dire créer une filière d'exception, une École de droit élitiste appelée « Collège de Droit » (Paris II propose cette formation à partir de l'année 2009) ?

tion de ses « clients », mettant l'accent sur les travaux pratiques, sur un certain pragmatisme méthodologique, puis sur la découverte du monde véritablement professionnel avec les « stages » ou les « tutorats d'entreprise » ? Ou bien devrait-elle choisir avant de former des professionnels ou praticiens, d'engendrer des juristes souples, réfléchis et doués ayant la capacité de s'adapter aux tâches demandées par le monde professionnel ? Si la Faculté de droit reste principalement le lieu du « savoir quoi… », le cours magistral continuerait à représenter la forme privilégiée de l'enseignement du droit. Si, au contraire, elle devient, pour satisfaire la demande croissante d'une société qui prône la réussite et l'efficacité, le lieu du « savoir comment… », la méthode du cas pratique, les travaux dirigés, les stages et tout ce qui concerne une familiarisation du droit par sa pratique, dans le sens de pragmatique artisanale, ou savoir-faire "empirique", devraient prendre la relève en écartant les autres formes d'enseignement. Les deux types d'enseignement ont chacun leurs qualités. C'est dans l'équilibre, même « précaire », des deux qu'elle peut survivre.

La démarche présente n'est pas celle du diagnostic ni de la thérapie à appliquer contre une pathologie : le modèle français n'est pas véritablement malade. Mais l'effort principal consiste à photographier ce modèle et poser les bases d'une réflexion sur le rôle que la Faculté joue dans la formation des juristes. Il s'agira d'abord d'une analyse étymologique : séparer les choses pour qu'une compréhension de ces faits sociaux (l'enseignement et le droit), soit possible. Pour mener à bien cette tâche, l'Histoire, même lointaine, apparaît comme le seul moyen capable de simplifier les termes du sujet.

Dans une seconde partie, l'apport d'une sociologie sur le droit (son enseignement et ses méthodes) pourra en éclairer certains aspects. Sans prétention à l'exhaustivité, cette double approche historique et sociologique de l'enseignement du droit tentera de saisir la logique du devenir de la Faculté de droit. Pour y parvenir, il est indispensable de comprendre son passé pour lire son présent (I) et lire son présent pour imaginer son futur (II).

I. Comprendre le passé

Fréquenter Aristote, comme l'écrit Jean Bottéro, peut se révéler un exercice efficace lorsqu'on s'occupe des questions fondamentales. Aristote enseigne que « pour bien comprendre les choses, il faut les voir naître et grandir ».

Pour acquérir une connaissance « totale et exhaustive d'un insecte », il ne suffit pas de le disséquer. Car en le disséquant, on n'aurait alors sous les yeux qu'un cadavre, « un mécanisme figé et devenu tout autre chose que le véritable insecte ». Afin de l'observer « pas seulement comme une machine, admirable bien qu'inerte, mais comme un être remuant, inattendu, se dirigeant lui-même et soumis à des lois autrement compliquées que celles de la mécanique »[6], il faut le regarder naître, se développer et agir.

Cela dit, n'importe quel spécialiste d'un domaine du savoir trouverait redoutable ce penchant naturel qui le pousserait à concentrer ses efforts intellectuels vers une solution (toujours relative et jamais définitive) des problèmes universels (comme la définition de l'enseignement et du droit) pour résoudre un problème particulier (celui de l'enseignement du droit). Cependant, il semble utile de tenter l'expérience pour souligner le caractère universel de l'activité d'enseigner (A) et la relativité de l'enseignement selon les époques (B).

A. Montrer les signes

Il est opportun qu'une définition de ce qu'on entend par « enseigner » soit esquissée. Dans ce cas, enseigner le droit (comme n'importe quel type de connaissance) pourrait être défini comme étant l'un des résultats

6 Jean Bottéro, « Religiosité et raison en Mésopotamie », *L'Orient ancien et nous*, Hachette, Paris, 2008, p. 17.

à la fois sophistiqués et raffinés d'un acte de communication très simple dont l'évolution aurait laissé une trace plus ou moins linéaire. Une trace qui relierait, suivant les sédimentations cumulées au fil du temps à travers les besoins d'une civilisation, d'un peuple, d'une communauté ou d'une société, une tablette d'argile d'un monde lointain à nos amphithéâtres. Qu'il s'agisse d'une tablette ou d'un amphithéâtre, le but à atteindre a toujours été le même : la transmission d'un message. L'enseignement comme fait social se réduit à un acte de communication (malgré ses différentes définitions), qui désigne toute interaction entre un émetteur et un récepteur à travers un message. Tout se joue dans cette relation apparemment simple car il n'y a pas de communication possible sans un de ces trois éléments. Pour que la communication soit efficace, le message doit être transmis en utilisant un code commun, sans lequel émetteur et récepteur ne se comprendraient pas. D'où la primauté du signe et des sens, l'ouïe ou la vue, dans la construction de ce processus social et éducatif.

Par les signes, un message est noté et il se distingue des autres. Il est aussi interprété et ordonné, pour qu'on s'en souvienne. L'essence de l'enseignement se résume en effet en ceci : montrer la mémoire par les signes. Si l'écriture naît, c'est parce qu'à l'origine il fallait garder la mémoire d'un échange, d'un marché, d'un mariage, puis d'une règle, d'un ensemble de règles, d'un « code ». Le rôle joué par la mémoire est fondamental dans la construction et dans la mise en œuvre des moyens de transmission du « savoir » ou de la « connaissance ». Plus les interactions entre sujets sont complexes, plus les échanges se multiplient, plus la mémoire a besoin d'un support pratique et fiable pour conserver ce qu'il ne faut pas oublier. Toute l'histoire de l'enseignement en Occident se construit autour d'un « texte » ou d'un « livre »[7]. La naissance de l'écriture n'est que le résultat de ce souci absolument pragmatique. Le support matériel sur lequel la mémoire se fixe transmet, pour l'avenir, l'ensemble des valeurs partagées d'une société dans un temps déterminé (a). La spécialisation « juridique » de l'écriture reflète celle de la langue. Sa transmission et son apprentissage révèlent la genèse d'un système (b).

a. La maison aux tablettes

La civilisation mésopotamienne devient le point de départ idéal de cette histoire millénaire de la connaissance du monde et de la transmission de cette connaissance. Quand l'écriture mésopotamienne est passée de l'état de simple écriture des choses[8] à celui d'écriture de mots et de sons, elle a cessé d'être un simple aide-mémoire évocateur. Elle est devenue un système aussi significatif que la langue elle-même, capable de fixer et matérialiser cette dernière. Au IIIe millénaire avant notre ère, l'usage de l'écriture avait largement dépassé la simple comptabilité et la tenue des livres pour s'employer et s'étendre à un nombre croissant de genres littéraires (prose, poésie). Elle n'était plus une simple et rudimentaire mnémotechnie, mais elle commençait à enregistrer tout ce que la langue pouvait exprimer. Certes, il

7 L'évolution de l'éducation antique peut se résumer dans le passage progressif d'une culture de nobles guerriers à une culture de scribes. L'histoire de l'éducation grecque est une lente transition d'une éducation orientée vers la formation du caractère, le développement de la vigueur physique et de l'adresse à celle de l'écrit qui va s'organiser autour d'un livre, l'*Iliade*. Homère est le grand éducateur de la Grèce comme l'a dit Platon (*La République,* cité dans Henri-Irénée Marrou, *Histoire de l'éducation dans l'antiquité*, 6e édition, Seuil, Paris, 1965, p. 39). À la fin de cette période, avec la Bible, la foi chrétienne organise l'éducation et la transmission de la culture. En ce qui concerne le droit, ce sera autour du *Corpus Iuris* qu'une nouvelle culture juridique apparaît au XIIe siècle.

8 Les signes étaient d'abord purement picto- et idéo-graphiques ; c'est-à-dire que le dessin d'un pied ne signifiait pas seulement « pied » mais aussi toutes les situations où son action était centrale comme « marche », « debout », « port et transport ». Puis, si au pied s'ajoutait une autre réalité matérielle brute comme une rivière par exemple, une nouvelle séquence prenait vie en tant qu'idéogramme pour signifier « aller à la rivière », « pêcher ».

s'agissait d'un système très compliqué, mais une première réduction du nombre des signes à un demi-millier avait rendu l'écriture moins complexe. Ainsi, les signes étaient devenus abstraits. Il est facile d'imaginer que ce système était très malaisé à acquérir et à pratiquer, pour la mise par écrit et la lecture. Parmi les milliers de tablettes plus archaïques, une dizaine n'a rien à voir avec la comptabilité. Elles sont le témoignage de simples énumérations et catalogues de signes, classés souvent par leur forme et leur sens général. Les scribes s'en servaient de *mémento*, pour apprendre les signes et se familiariser avec eux. L'apprentissage de l'écriture, comme celui de la lecture, n'était pas réservé à tous. Seuls les scribes, les lettrés, les copistes et les secrétaires y accédaient. Ils étaient formés depuis leur plus jeune âge et sur de longues années par des maîtres et l'enseignement se déroulait dans une école appelée « la maison aux tablettes »[9]. En Mésopotamie, le terme *dub* indiquait la tablette et *sar* signifiait « écrire » : le scribe était donc appelé *dub-sar*, celui qui écrit sur les tablettes. Des documents ont été retrouvés qui attestent l'existence d'exercices scolaires pratiqués à l'époque et de premières tentatives de spécialisation de l'écriture : par exemple, des listes de synonymes, d'antonymes, de mots apparentés, des traités grammaticaux et des expressions utilisées dans le langage des affaires.

b. Les premiers apprentis-juristes

Une œuvre du IIe millénaire avant notre ère, composée sous forme de dialogue et probablement à la gloire de ceux qui étudient l'art de l'écriture, informe des temps d'étude d'un écolier de la maison aux tablettes et de ce que celui-ci est capable de faire :

> « Je puis analyser et décomposer l'écriture de tous les signes… Le total des jours qu'il me fallait passer à travailler, à l'école, est le suivant : j'avais trois jours de vacances par mois ; et comme il y a par mois trois jours de fête chômée, c'était donc vingt-quatre jours par mois que je passais à l'école. […] Pour avoir fréquenté l'école tout le temps nécessaire, je suis à la hauteur du sumérien, de l'orthographe, du contenu de toutes les tablettes. Je puis en rédiger de toute sorte : des documents impliquant des mesures de capacité, de 300 à 180 000 litres d'orge ; de poids, depuis 8 grammes jusqu'à 10 kg ; tous les contrats que l'on pourra me demander : de mariage, d'association, de vente de biens-fonds et d'esclaves ; de caution en argent ; de louage des champs ; de culture des palmerais… et jusqu'aux contrats d'adoption : je sais rédiger tout cela… »[10].

Ces professionnels de l'écriture participaient à la vie économique et politique du pays. Quant à la vie proprement juridique, ces écrivains rédacteurs d'actes juridiques étaient formés par des maîtres dont l'enseignement consistait principalement à leur montrer, sur des tablettes, pour qu'ils soient ensuite reproduits, des signes correspondant à un langage spécialisé comme celui du contrat d'adoption. Peut-être, au début, l'enseignement du droit n'était qu'enseigner à mettre par écrit sur une tablette, prototype du document juridique, un accord contraignant dans un langage spécialisé. Il semblerait alors que le mot *dub,* utilisé à la fois pour « tablette » et « document », correspond à la racine indo-européenne *deuk-* qui, avec le suffixe *â*, est à l'origine des mots *διδασκω* en grec ancien, *educare*, *docere* et *documentum* en latin. À l'origine, enseigner c'est montrer un signe sur une tablette. À la base de la transmission du savoir et du savoir-faire juridique il y a un acte de communication et un objet concret sur lequel le signe, c'est-à-dire le message, se fixe. La notion archaïque de *documentum* est liée à la notion même d'enseignement. Enseigner c'est faire un signe : *in signum*. Il s'agit de diriger vers – *in* – un signe – *signum* – l'attention du destinataire de l'enseignement[11] ; offrir à l'attention

9 Jean Bottéro, *op. cit.,* p. 44.

10 Jean Bottéro, *op. cit.*, p. 45.

11 On pourrait supposer que l'évolution s'est faite de cette manière : l'expression *docere per signa* présente chez saint Augustin, devient *in signa-mentum* (avec le même suffixe – *mentum* le même de *documentum*) en latin vulgaire et ensuite « enseignement »,

ce qui est déterminant, pour que le destinataire puisse se former une idée distincte et certaine. Il serait donc probable que le verbe « enseigner », dans son évolution, ait fait abstraction d'une partie : le document, le support matériel où le signe est marqué. Cette perte a permis peut-être d'étendre sa portée incluant aussi l'oralité.

Cependant, le rôle crucial du support où le signe est reproduit et vers lequel l'attention du disciple est orientée pour qu'il mémorise un aspect de la vie, juridique ou non, trouve son fondement en Mésopotamie et se poursuit encore aujourd'hui dans nos Facultés[12]. Il semble donc qu'avec la reproduction d'un ensemble de signes propres au langage spécialisé du « monde juridique », une réduction de complexité[13], née d'un besoin pratique mais aussi du hasard, a commencé à opérer entraînant un lent processus de différenciation du système juridique[14] de son environnement (*Umwelt*[15]).

B. Divulguer les signes

La découverte ne vaut rien si elle n'est pas partagée. Elle ne produit pas ses effets si elle n'est pas transmise. La communication devient alors le moteur de l'évolution. La création d'un « code » commun (comme la langue, c'est-à-dire le système linguistique en général, mais aussi ses formes spécialisées, c'est-à-dire les langues spécialisées qui sont sans doute à l'origine du processus de spécialisation de la société) facilite les échanges entre des individus qui peuvent se comprendre grâce à cette représentation commune des phénomènes composant différentes réalités. Ce « code », symboliquement généralisé, s'il rend possible le partage d'une « vision du monde » qui reste subjective,

« enseigner » dans notre langage courant. La question du signe est au cœur du *De Magistro* de saint Augustin. La même question de l'enseignement sera ensuite reprise par le *De Magistro* de saint Thomas d'Aquin.

12 Le « savoir » juridique est concentré, systématisé, organisé et montré sur des supports visibles, lisibles et même audibles. Lorsqu'on entre en cours magistral (plan du cours et manuels) ou en salle de TD (fiches) ce rapport à l'objet, au texte, au document et aux « codes » est tout à fait évident. Cela est un indice de la relation très étroite qui existe entre les « signes », leurs supports et l'enseignement, dans le cas spécifique du droit.

13 « Par complexité, on comprend l'ensemble de tous les événements (*Ereignisse, events*) possibles. On désigne ainsi, par conséquent, le champ illimité des « mondes possibles ». Ainsi conçue, la complexité renvoie à deux idées. D'un côté, il s'agit d'un monde de possibilités qui n'est pas un monde réel, étant donné que l'équivalence absolue des possibles – en tant que « possibles » – ne cesse que lorsque le hasard permet la décantation d'un de ces mondes possibles, pour le transformer en monde réel. D'un autre côté, ce champ illimité de possibilités qui se nomme complexité, se conçoit conceptuellement comme chaos et pas encore comme cosmos. Une fois que se sera introduite une forme d'ordre dans cette incertitude, on aura instauré les conditions pour la décantation qui permettra l'auto-affirmation d'un des mondes comme réel ; la complexité aura été réduite, la société aura commencé à exister. C'est précisément dans cette idée de réduction de complexité, entendue comme processus social permanent, que Luhmann situera le moteur de l'évolution des systèmes sociaux », Juan Antonio Garcia Amado, « Introduction à l'œuvre de Niklas Luhmann », *Droit et société*, 11/12, 1989, p. 16.

14 « La théorie de la différenciation des systèmes » conçoit la différenciation, « sous l'impulsion de la théorie générale des systèmes, comme l'établissement de relations entre le système et son environnement ». « Une telle différenciation externe n'est possible que par l'établissement d'une clôture autoréférentielle des systèmes qui se différencient, parce que ceux-ci n'ont aucune autre possibilité de distinguer leurs propres opérations de celle de leur environnement », Niklas Luhmann, « Le droit comme système social », *Droit et société*, 11/12, 1994, p. 55.

15 Le concept de *Umwelt* était déjà présent chez Uexküll. Donner sa définition peut être utile pour la compréhension du même concept chez Luhmann. Jakob von Uexküll (1864-1944), biologiste ayant abandonné toute vision anthropocentrique, montrait qu'un monde, comme un temps et un espace unitaire dans lequel se trouvent tous les êtres vivants n'existe pas. Il distinguait la *Umgebung* (l'espace objectif où nous observons agir un être vivant) de la *Umwelt* (le monde-environnement qui est constitué d'une série plus ou moins longue d'éléments qu'il définit « porteurs de significations » ou « marques », *Bedeutungstrager* et *Merkmalträger*). La *Umwelt* naît du prélèvement de ces marques à partir de la *Umgebung*. L'interaction fonctionnelle de ces marques est une sorte de « partition musicale » qui permet la construction d'une réalité conforme au temps et à l'espace de deux êtres qui ne se « connaissent » pas. Jakob von Uexküll, *Streifzüge durch Umwelten von Tieren und Menchen. Ein Bilderbuch unsichbarer Welten. Bedeutungslehre*, Rowhlt, Hamburg, 1934, cité par Giorgio Agamben, *L'aperto. L'uomo e l'animale*, Bollati Boringhieri, Torino, 2002, p. 44-48.

crée en même temps un système social[16]. Les Mésopotamiens, partis apparemment de rien, ont parcouru un long chemin vers l'acquisition et la transmission de la connaissance. Mais il leur manquait quelque chose : ils n'avaient pas réussi à franchir la barrière du cas pratique, du paradigme, de l'ordre matériel pour s'élever aux concepts, à l'ordre abstrait. Là où les Mésopotamiens ont échoué, les Grecs ont réussi. Les Grecs sont allés plus loin, vers les concepts universels, les formulations absolues, l'énoncé des principes abstraits et des lois. Les Romains, ensuite, ont bâti une véritable science juridique. Hammurabi s'est limité, comme le prologue et l'épilogue de son « Code » l'attestent, à « enseigner la pratique de la justice »[17]. Si les intentions du roi sont universelles, la justice contenue dans le « Code » n'a presque rien à voir avec celle rendue dans nos tribunaux si ce n'est pour la volonté d'affirmer l'idée d'équité qui la base d'un ordre social relatif (a). Au XIIe siècle, le juriste du Moyen Âge (*Magister*, notaire, juge ou avocat) se fait plus ou moins la même idée du *Corpus iuris*. Il est persuadé, pour différentes raisons, qu'il représente la source, immuable et abstraite, où chercher toutes les réponses aux problèmes économiques et juridiques de la vie courante. Ce *Corpus* fera pendant des siècles l'objet de l'enseignement du droit (b).

a. Le « Code » ou Traité d'Hammurabi

Les anciens mésopotamiens tenaient en haute considération la contrainte juridique. Même s'ils n'avaient pas des lois classées en véritables « codes », ils n'ont pas cessé « depuis le haut – III millénaire, de recourir à l'écriture pour mémoriser, et, par là, solenniser et pérenniser les affaires de toute sorte qu'ils ne cessaient de conclure »[18]. Cette idée, de solenniser et de pérenniser, se trouve à la base d'un événement exceptionnel : l'année où le Roi Hammurabi de Babylone (1792-1750 av. J.-C.) s'est fait ériger une statue en « Roi juste ». Le nom de ce roi est lié à une haute stèle de basalte noire découverte à Suse en 1902 dans le sud-ouest de l'actuel Iran, appelée « code d'Hammurabi ». Mais cette appellation est peut-être erronée. Le « code d'Hammurabi » ne serait en effet qu'un « Traité » que la civilisation mésopotamienne a légué. Il sépare la prose de la poésie : il y a un prologue (en haut de la stèle il y a l'image du roi Hammurabi recevant du dieu Marduk les insignes du pouvoir impérial), suivi d'une longue liste de « cas » qui expose un fait et sa sanction correspondante, et un épilogue. Les Mésopotamiens n'avaient pas une idée claire et immédiate de ce que nous entendons par « principe » ou par « loi », scientifique ou juridique. Ni en akkadien, ni en sumérien il n'y a pas un seul mot pour rendre ces deux termes.

> « …les vieux Babyloniens n'avaient donc pas la moindre notion distincte de ces formulations quintessenciées. […] Les *Traités* cunéiformes ne sont pas autre chose que des manières de paradigmes ou de tables : par la répétition et la variation de cas particuliers, modèles à considérer dans un esprit analogique, on s'y assimilait la substance de la discipline intéressée, on prenait l'habitude du jugement scientifique, on acquérait le sens du raisonnement juste, en même temps que la capacité d'étendre ces mêmes jugements à tous les objets matériels de la science en question, à mesure de leur présentation éventuelle »[19].

Les Babyloniens ne comprenaient pas la justice comme nous. Ils n'ont jamais connu de lois et de principes abs-

16 C'est la théorie des moyens de communication symboliquement généralisés, proposée par Luhmann. Voir, Niklas Luhmann, « Einführende Bemerkungen zu einer Theorie symbolisch generalisierter Kommunikationsmedien », dans *Soziologische Aufklälurg*, vol. II, Westdeutscher Verlag, Opladen 1975, p. 170-192, trad. italienne, *Illuminismo sociologico*, Il Saggiatore, Milano, 1983.

17 Jean Bottéro, *Mésopotamie. L'écriture, la raison et les dieux*, Gallimard, « Collection Folio/Histoire », Paris, 2008, p. 322.

18 Jean Bottéro, « Religiosité et raison en Mésopotamie », *op. cit.*, p. 47.

19 Jean Bottéro, *Mésopotamie. L'écriture, la raison et les dieux*, *op. cit.*, p. 323-324.

traits. Le texte rédigé en l'honneur d'Hammurabi est essentiellement une autoglorification de ce roi qui se proclame « juste » et « équitable ». Mais c'est aussi un traité « scientifique » qui, comme les autres, courants dans la vie culturelle des Mésopotamiens, a été composé pour un but pratique et didactique. Il n'est qu'un recueil de décisions de justice rendues avec équité. Cet aspect l'apparente plus à un recueil de jurisprudence qu'à un véritable code. Chaque article est le résumé d'une sentence de justice faisant partie de ce qu'on pourrait appeler un « manuel de science jurisprudentielle ». Le code d'Hammurabi est un traité sur « l'équité »[20] ou « une œuvre de science consacrée à l'exercice de la justice »[21]. Il n'est pas possible de savoir si son contenu était enseigné ou non. On avance l'hypothèse que, tout Traité n'étant qu'un manuel d'enseignement, le maître, qui commentait ces « cas pratiques de justice », devait transmettre de vive voix ce qui ne figurait pas dans cette liste d'exemples, à savoir les véritables lois ou les principes de la science juridique. Mais apparemment ce n'était pas ce qui se passait : « Si les anciens Mésopotamiens connaissaient et se passaient de bouche à oreille de telles propositions, pourquoi se seraient-ils si persévéramment abstenus de les mettre jamais par écrit ? »[22]. Il est donc plus vraisemblable qu'ils apprenaient et approfondissaient les sciences en faisant entrer dans leur mémoire, par la répétition des cas pratiques choisis comme exemples. En prenant connaissance des solutions concrètes de justice, les Mésopotamiens se familiarisaient avec le droit. Avec le « Code » ils pouvaient aussi accéder à la justice. Il s'agit d'une justice qui affirme que *si un homme a crevé l'œil d'un haut personnage : on lui crèvera un œil* ! L'équité permettait d'établir la mesure, et donc de trouver un équilibre entre la faute commise et la peine attribuée. Dans l'épilogue de la stèle, traduit par Bottéro, le « Roi juste », Hammurabi, déclare : « Le citoyen opprimé qui aurait une affaire en justice… qu'il se fasse lire le texte de ma Stèle… Elle lui expliquera (le mot à mot est encore plus éloquent : lui montrera) son affaire. Et comme il comprendra alors à quelle sentence il doit s'attendre […] il en aura le cœur tranquillisé ». Pour continuer ensuite : « Si quelqu'un (de mes successeurs) a assez de discernement pour se trouver capable de tenir en ordre ce pays, qu'il prenne garde aux paroles que j'ai marquées sur la présente Stèle : celle-ci lui expliquera (= lui montrera) la marche et la conduite à suivre »[23]. Maintenant, il apparaît clairement que pour le roi, la Stèle était un moyen d'enseigner le droit. L'enseignement de toute science est pour l'avenir et celui de la pratique, pour le présent.

b. Le Corpus iuris

L'« œil pour œil », qui trouve sa première formulation avec Hammurabi, est l'expression de la justice contenue dans la Bible. Elle correspond à la Loi que le juge doit appliquer avec équité. Mais « la fondation du mythe de la loi du talion mérite une lecture critique car « œil pour œil » (*âin tah'at âin*) s'inscrit, au livre de l'Exode, dans un contexte très particulier », très précis qui « borne déjà le domaine du principe ». Le sens réside dans la valeur qu'il faut attribuer au terme hébreu « *tah'at* ». Traduit comme « à la place de » ou « au lieu de », il rend compte de « la souplesse de la compensation », car « loin d'une permutation géométrique et automatique, la réparation du dommage causé à un œil doit s'évaluer suivant un principe équivalent à la valeur de cet œil dans un effet de replacement par remplacement. L'œil crevé accidentellement doit être réparé par une juste indemnisation, non en crevant l'œil de l'auteur du dommage »[24]. L'enseignement d'Hammurabi connaît donc un assou-

20 Jean Bottéro, *Mésopotamie…*, *op. cit.,* p. 284-334.
21 *Ibid*., p. 325.
22 *Ibid*., p. 322-323.
23 *Ibid*., p. 303.
24 Jean-Paul Andrieux, *Introduction historique au droit*, Vuibert, Paris, 2006, p. 24.

plissement avec la Bible. Le Dieu biblique changera de position avec le Christ. Le christianisme bouleversera l'Empire romain et entraînera aussi, puisqu'il en sera l'une des causes, sa chute. Déjà dans les derniers siècles de l'Empire romain d'Occident, la distinction entre doctrine (*iura*) et législation (*leges*) commence à disparaître. En Occident, Théodose II dans la *constitutio* « De auctoritate Codicis »[25], informe de l'état critique dans lequel sont plongées les écoles juridiques qui ne font que transmettre sans innover, dans un travail de réduction et de cristallisation, la riche pensée des auteurs romains.

Après la chute de l'Empire d'Occident, en 476, la science juridique subit de profondes transformations ; grâce à Justinien l'héritage de la pensée juridique romaine s'est conservé jusqu'à nous. Cette compilation, *Corpus iuris civilis*, après une très longue ignorance, réapparaît à la fin du XIe siècle. La phase des coutumes du haut Moyen Âge s'achève : la nouvelle société européenne a besoin de sources et de méthodes différentes pour gérer les affaires juridiques publiques et privées. Méthodes que seule une formation supérieure peut assurer : d'où le rôle fondamental joué par les juristes professionnels. Alors que sur le continent européen, les juristes se sont formés à l'Université, en Angleterre ils se sont organisés autour du nouveau système judiciaire de *Common law* introduit par les Normands[26]. L'enseignement du droit en Occident se construit sur les *libri legales*. Au XIIIe siècle, au moment où les universités avec leur structure hiérarchisée commencent à fleurir un peu partout en Europe, prenant la place des écoles libérales calquées sur le modèle socratique, la théorie de la connaissance est complètement bouleversée : à l'idéalisme platonicien se substitue l'empirisme d'Aristote et, au dialogue de Platon, le discours scolastique ordonné. Avec Thomas d'Aquin, le vrai savoir ne se reconnaît plus directement. La lumière de la vérité n'éclaire plus immédiatement, d'où l'importance de la procédure à suivre – le principe de clarification – et le rôle central de la forme et de la méthode dans l'acte d'enseigner.

La quête et la transmission de la vérité, dès lors, poussent les maîtres de la Faculté de droit à la création de techniques particulières et à l'adoption de différentes méthodes pour l'interprétation du *Corpus iuris*, son étude, sa transmission. Les premiers juristes avaient besoin de solutions, de relier les faits auxquels ils se trouvaient confrontés à un monde lointain, celui du droit romain, perçu comme géométrique et abstrait et dont l'autorité en garantissait l'efficacité. Dans un contexte social en pleine évolution, on glosait, on annotait, on expliquait, on séparait, on distinguait. À partir des glossateurs de l'école de Bologne jusqu'à l'école de l'exégèse, certaines pratiques didactiques reviennent fréquemment dans une sorte de cyclicité historique.

25 « *…tam pauci raroque extiterit qui plena iuris civilis scientia ditaretur, et in tanto lucubrationum tristi pallore vix unus aut alter receperit soliditatem perfectae doctrinae* ». Cité dans Manlio Bellomo, *Società e istituzioni dal medioevo agli inizi dell'età moderna*, Il cigno Galileo Galilei, Roma, 1997, p. 25.

26 Antonio Padoa-Schioppa, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 77.

II. Lire le présent

> *« Locke, au XVIIe siècle postula (et réprouva) une langue impossible dans laquelle chaque chose individuelle, chaque pierre, chaque oiseau et chaque branche eût un nom propre ; Funes projeta une langue analogue mais il la rejeta parce qu'elle lui semblait trop générale, trop ambiguë. En effet, non seulement Funes se rappelait chaque feuille de chaque arbre de chaque bois, mais chacune des fois qu'il l'avait vue ou imaginée.* […] *Les deux projets que j'ai indiqués (un vocabulaire infini pour la série naturelle des nombres, un inutile catalogue mental de toutes les images du souvenir) sont insensés, mais révèlent une certaine grandeur balbutiante. Ils nous laissent entrevoir ou déduire le monde vertigineux de Funes. Celui-ci, ne l'oublions pas, était presque incapable d'idées générales, platoniques. Non seulement il lui était difficile de comprendre que le symbole générique chien embrassât tant d'individus dissemblables et de formes diverses ; cela le gênait que le chien de trois heures quatorze (vu de profil) eût le même nom que le chien de trois heures un quart (vu de face).* […] *Je soupçonne cependant qu'il n'était pas très capable de penser »*[27].

Sans abstraction, sans principes généraux, sans lois impersonnelles, le droit ne serait qu'une suite infinie de faits tranchés au cas par cas par un juge dont l'efficacité pourrait rivaliser avec celle d'un puissant ordinateur. Une « jurisprudence massive » serait alors le produit d'une intelligence programmée pour exercer la justice. Elle seule pourrait prendre en compte un nombre quasiment infini d'éléments concernant les faits, les preuves et les exceptions, portés devant le tribunal. Un juriste (un avocat ou un juge, par exemple) formé à la mnémotechnie à la Faculté de droit et doué d'une mémoire aussi exceptionnelle que celle de *Funes*, serait gêné que l'« accusé de vol » du procès de 9 heures soit le même « accusé de vol » du procès de 11 heures et que la loi à appliquer soit la même pour les deux. Il ne serait pas très capable de penser ; et il trouverait insuffisants les codes et les lois. Même si étudier le droit se résumait à apprendre ceux-là par cœur, enseigner le droit à la Faculté n'aurait pas de sens. Le code lui-même, les lois elles-mêmes seraient source directe d'enseignement. En Faculté donc, il se passe autre chose. La Faculté peut être un lieu de savoir théorique, un lieu de savoir pratique ou un lieu où les deux seraient en équilibre. Le premier pour former l'*Homme*, le deuxième pour former le *Praticien* et le troisième pour former le *Juriste*.

Au moment de la fondation de l'Université de Berlin, au XIXe siècle, un débat s'ouvre. La Faculté de droit est vouée à l'éducation spirituelle de l'homme et par conséquent, elle n'est pas une simple école. Le savoir juridique n'est pas différent des autres savoirs. Les penseurs de l'idéalisme allemand (Schleiermacher, Humboldt), font bien la distinction entre la Faculté de droit et les besoins pratiques de la société auxquels elle doit répondre par sa « fonction extérieure »[28] mais ils croient que cette fonction doit être exercée en dehors de la Faculté. La théorie et la tradition du savoir appartiennent à la Faculté ; l'apprentissage et tout ce qui concerne la pratique appartiennent à l'école. Ce sont deux mondes séparés.

Avec le triomphe du positivisme, la révolution industrielle, les sciences sociales et la consolidation de la bourgeoisie, un nouveau rapport entre le savoir et le savoir-faire naît : science, enseignement et institutions

27 Jorge Louis Borges, *Fictions*, Folio, Gallimard, 1983, p. 116-118.

28 C'est une expression de Schleiermacher cité dans Natalino Irti, « La formazione del giurista nell'Università del saper fare », *Nichilismo giuridico*, Laterza, 2005, p. 69.

sont évalués en fonction du travail (mesure de l'homme et dominé par le principe de division) et selon leur utilisation pratique. Pour Natalino Irti, au début du xxe siècle, la période humaniste s'achève. Sur ses cendres la période « technique et fonctionnelle »[29] s'ouvre. Dès lors, la pratique juridique entre dans la Faculté de droit et c'est là, encore aujourd'hui, que l'antinomie entre savoir (A) et savoir-faire (B) se détermine créant une situation de tension constante et d'équilibre précaire.

A. Lecturæ

> « Dieu sépara la lumière de la ténèbre. Dieu appela la lumière "jour" et la ténèbre il l'appela "nuit". Il y eut un soir, il y eut un matin : premier jour. »[30]

Le processus de création présenté dans le livre de la Genèse relève plus de la séparation que de la production et « la séparation conditionne le premier des pouvoirs : nommer »[31]. Comme une lumière qui efface les ténèbres, le pouvoir de nomination (νεμω en grec ancien signifie séparer, diviser, distribuer) impose le *nomos* comme principe universel de vision et de division de la connaissance du monde. Une partie de ce monde est nommée par « le cercle de personnes qui par métier sont en mesure d'influer la manière dont le droit est formé »[32]. Ce pouvoir ou « savoir » appartient au corps des « notables de la robe ». Ils ont, parce qu'ils délivrent les titres légitimes qui autorisent l'entrée sur le marché juridique, le monopole des instruments nécessaires à la construction de l'*habitus* et du champ juridique[33].

C'est souvent à partir d'un texte fondateur que le savoir est transmis. Montrer la mémoire, lorsque les supports matériels sont rares, implique la lecture du livre et l'écoute de la parole du maître. Au Moyen Âge, les pratiques universitaires obéissent à des règles d'enseignement très précises. La possession et la lecture du livre posent les bases de l'enseignement. Enseigner revient d'abord à faire comprendre et expliquer un livre. C'est la raison pour laquelle faire un cours et suivre un cours se dit : *legere librum* et *audire librum*. La *lectura* est la forme première de la leçon telle qu'on la connaît aujourd'hui. « *Legere* » est synonyme d'enseigner et étudier. Le caractère répétitif des *lectiones* s'explique facilement : elles sont un outil indispensable pour la mémorisation du contenu de l'enseignement étant donné la rareté des supports écrits. Le « par cœur » est nécessaire et la mémoire est un instrument développé par toute sorte de moyen. L'étudiant ne retient le raisonnement et ne peut le reconstituer en cas d'oubli que s'il a bien compris l'organisation de l'argumentation. L'analyse se fait sous forme de divisions et subdivisions, par *pro et contra*, jusqu'à la conclusion. À cette époque, l'obligation de fréquenter les leçons pendant un certain nombre d'années (de quatre à huit) pouvait varier selon les universités. Les leçons étaient divisées en : *lectiones de mane* et *lectiones de sero*. Les cours principaux, les lectures ordinaires, avaient lieu le matin sur le *Digestum vetus* et sur le *Codex* ; le soir, les lectures extraordinaires portaient sur des parties du *Corpus iuris* considérées moins importantes.

La Faculté de droit garde encore le souvenir de son passé ; elle est restée fidèle au modèle de la *lectio* médiévale. Les premières leçons montrent le droit (a) aux

29 « La *fase umanistica* è tramontata ; si è aperta la fase che chiamerei *tecnico-funzionale*, ma nessuno ancora ardisce di dichiararlo », Natalino Irti, *op. cit.*, p. 70.

30 Genèse, I, 3-5.

31 Jean-Paul Andrieux, *op. cit.*, p. 17.

32 Max Weber, *Sociologie du droit*, PUF, Paris, trad. J.-C. Grosclaude, p. 141.

33 Pour la constitution du champ juridique et le pouvoir de nomination des juristes, Pierre Bourdieu, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, septembre, 1986, p. 3-19.

jeunes étudiants. Les professeurs divisent, séparent et clarifient[34]. Le droit trouve ainsi sa plus noble expression dans le cours magistral (b).

a. Montrer le droit

En première année, à la Faculté de Droit, les professeurs offrent à l'attention de leurs étudiants par le moyen du cours en amphithéâtre, des manuels et des fiches de travaux dirigés, les premières définitions de l'objet de leur enseignement : le droit. Montrer le droit pour le définir, tout le monde en convient, n'est pas une opération simple. Personne n'est à l'aise devant cette tâche. L'activité juridique nécessite un découpage initial et le professeur se doit de fournir des repères afin que ses élèves puissent sinon avoir « la » définition du droit du moins une idée cohérente de ce qu'il est. C'est le problème le plus abstrait et le plus difficile à concevoir : existe-t-il une essence du droit, que l'ontologie juridique pourrait reconnaître ? Faut-il s'accrocher à une définition réelle du droit faisant prise sur une vision positiviste du droit ? Prendre en compte ses finalités ? Ses fonctions ?

Avant d'être pratiqué, le droit est enseigné. N'importe quel praticien, n'importe quel juriste en général l'a appris quelque part et a obtenu un titre d'entrée. Est-il possible de l'imaginer autodidacte ? Sans doute, mais sauf vouloir lui attribuer le pouvoir de fondation d'un ordre juridique (le pouvoir charismatique du prophète[35] ou celui du roi[36]), il est plus crédible de penser qu'il y a quelque chose avant lui, qui lui a été transmis voire enseigné. La définition du droit procède d'un découpage initial qui vise à délimiter les frontières de l'activité juridique. Ce découpage s'effectue par l'enseignement. Le plan d'un cours d'introduction au droit[37] prévoit toujours, sauf rare exception, une leçon sur la ou les définitions du droit. Il s'agit souvent d'une approche critique,

34 Thomas d'Aquin, *De Magistro*, Klincksieck, 2e édition, 2003, p. 7-22 ; Erwin Panofsky, *Architecture gothique et pensée scolastique*, Les Éditions de Minuit, traduction et postface de Pierre Bourdieu, Paris, 2004, p. 89-113 ; Manlio Bellomo, *Saggio sull'università nell'età del diritto comune*, Il cigno Galileo Galilei, Roma, 1996, p. 60-73 ; Manlio Bellomo, *Società e istituzioni dal medioevo agli inizi dell'età moderna*, Il cigno Galileo Galilei, Roma, 1997, p. 405-440. À Paris, la Faculté de théologie (le principe thomiste de clarification et la forme dialectique de la discussion) influencera les méthodes pédagogiques de la Faculté de droit.

35 « Divisée en stade théoriques du développement, l'évolution générale du droit et de la procédure conduit de la révélation charismatique du droit, par des "prophètes du droit", à une création et à une découverte empiriques du droit, par les notables de la robe », Max Weber, *op. cit.*, p. 141 ; « Lo sviluppo generale del diritto e del processo – determinato nei suoi "stadi di sviluppo" teorici – reca dalla creazione carismatica del diritto ad opera di "profeti giuridici" alla creazione e alla produzione empirica del diritto ad opera di notabili giuridici », *Economia e società*, III, sociologia del diritto, trad. It. Giorgio Giordano, Edizioni Il Mulino, p. 188.

36 Le roi archaïque marque les limites (*regere fines*), il a le pouvoir de « fixer les règles, de déterminer, au sens propre, ce qui est droit », Émile Benveniste, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, II, Les Édition de Minuit, Paris, 1969, p. 15.

37 Souvent, c'est pour des raisons pratiques et économiques que l'enseignement du droit évolue. Dans un rapport adressé au roi Louis-Philippe, Victor Cousin, en 1840, souligne l'importance de la création d'un cours d'introduction au droit. « Depuis longtemps, sire, tous les bons esprits réclament un cours préliminaire qui aurait pour objet d'orienter en quelque sorte les jeunes étudiants dans le labyrinthe de la jurisprudence, qui donnât une vue générale de toutes les parties de la science juridique, marquât l'objet distinct et spécial de chacune d'elles, et en même temps leur dépendance réciproque, et le lien intime qui les unit ; un cours qui établirait la méthode générale à suivre dans l'étude du droit, avec les modifications particulières que chaque branche réclame ; un cours enfin qui ferait connaître les ouvrages importants qui ont marqué le progrès de la science. […] Sa place nécessaire serait dans la première année ». Mais le même rapport continue : « Si Votre Majesté daignait approuver ce projet, je pourrais confier, avec son assentiment, la chaire nouvelle d'introduction générale à l'étude du droit à un des professeurs de la Faculté de Paris, actuellement sans attribution, et auquel une ordonnance royale du 6 novembre 1831 me prescrit d'assigner un enseignement définitif. Ainsi, cette mesure, en accomplissant une amélioration importante pour l'enseignement, régularisera aussi la position d'un professeur titulaire, demeuré depuis 1831 sans fonction au sein de la Faculté, dont il ne cesse de faire partie. Nulle dépense nouvelle pour l'État ne serait nécessaire, et tous les intérêts seraient conciliés ». À la suite de ce rapport, l'ordonnance royale du 25 juin 1840 créa à la Faculté de droit de Paris une chaire d'introduction générale à l'étude du droit. « Réformes dans l'enseignement du droit », *Revue de législation et de jurisprudence*, t. 2, juillet – décembre, 1840, Paris, p. 152-153.

c'est-à-dire qu'en délimitant l'objet d'étude (le droit est ainsi séparé de la morale, de la religion et des autres sciences par exemple), le professeur tient à préciser que la ligne entre ce qu'est le droit et ce qui ne l'est pas reste de toute manière assez floue. Mais après ces cours, quelque chose d'extraordinaire se passe : les étudiants sont introduits au droit. Le droit existe bel et bien. Une Faculté de Droit sans droit constituerait un paradoxe. Il suffit de regarder les programmes et les plans des cours pour s'en apercevoir : droit privé, droit public, droit du travail, droit constitutionnel et ainsi de suite. Est-ce qu'il est possible d'enseigner ce qui ne se connaît pas ? L'enseignement du droit nous dit peut-être quelque chose de plus sur le droit lui-même et sa définition. Peut-être que l'enseignement du droit est avant tout la formation d'un esprit, la création d'un code linguistique, une manière de traiter les faits et de regarder le monde, une méthode…

b. Le cours magistral

L'expression « cours magistral », plutôt récente, se serait imposée en France entre les deux guerres. En ce moment de l'histoire de l'enseignement, il y a eu une volonté très forte de ne plus assimiler le cours magistral à la « leçon de droit » d'origine napoléonienne. Le cours magistral devait représenter une conception différente de l'enseignement du droit.

Cette expression désignait un projet, un idéal que les universitaires eux-mêmes s'étaient fixé. Le monologue du professeur, sa longue dictée, devait laisser la place à une nouvelle forme didactique calquée sur le modèle allemand de la « conférence ». Un moyen plus souple qui pouvait, dans l'esprit des universitaires français, favoriser les débats entre maîtres et élèves. Dans la *Revue internationale de l'enseignement*, certains auteurs parlent « d'enseignement magistral (à) caractère analytique » en 1901, de « leçon magistrale » en 1908 et de « cours magistral » en 1921[38]. La forme de la « conférence » étant un échec en France, le cours magistral devient une leçon napoléonienne avec cet avantage pour le professeur : la libre invention du "plan" du cours. Le professeur n'est plus obligé de suivre l'ordre des articles du Code. Au lieu de modifier la structure du cours magistral, dans les années 1920, un autre type de cours est ajouté au premier : les « travaux pratiques ».

Le cours *ex cathedra* se déroulant souvent en amphithéâtre[39], il représente la forme "classique" de l'enseignement du droit. Ses défauts sont connus, mais ses qualités ne peuvent pas passer inaperçues. Il est souvent décrit comme une longue dictée pendant laquelle « un professeur est assis à la chaire et lit des notes posées devant lui. Il parle lentement, répète ses phrases, en utilisant les mêmes mots s'il est un "bon prof" qui a compris que le cours sera mieux su à l'examen s'il est "facile à prendre" et donc à apprendre »[40]. Si le bruit augmente, une blague, un changement de ton de la voix ou un « s'il vous plaît ! » au microphone fait revenir le silence. Sou-

38 Jacques-Henri Robert, « Le cours magistral », *Annales d'histoire des facultés de droit*, « Les méthodes de l'enseignement du droit du Moyen Âge à nos jours », n° 2, Paris, 1985, p. 135-142.

39 Pour un professeur du XIXe siècle, l'amphithéâtre est un lieu qui provoque l'excellence : « Or ce qu'il faut à un professeur, c'est un public. Lorsque la salle est vaste et pleine d'auditeurs, le professeur se sent animé d'un souffle plus puissant. Il a charge d'âmes, il le sait, il le sent, et comme le sentiment d'une plus grande responsabilité grandit les efforts que l'on fait, il reste à la hauteur de la grande position qu'il occupe. Supprimez le public, ayez une salle étroite et mesquine au lieu d'un grand amphithéâtre, le stimulant manque, l'excitation au travail fait défaut et le professeur se laisse bientôt envahir par la médiocrité ». Éliacin Naquet, « De l'enseignement du droit », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 21, t. I, Paris, 1871-1872, p. 398-399.

40 Olivier Moréteau, « Bilan de santé de l'enseignement du droit », Rapport rédigé du 6e colloque juridique international, *Étudier et enseigner le Droit : hier, aujourd'hui et demain,* du 22 au 25 août 2004, Moncton (Nouveau-Brunswick), organisé par le Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec de la Faculté de droit de l'Université McGill et le Centre international de la common law en français de l'Université de Moncton.

vent il suffit que le professeur recommence à dicter pour que tout se calme. Quand la dictée se termine, les têtes des étudiants se lèvent. On n'entend plus les frappes sur les claviers des ordinateurs portables, et certains d'entre eux commencent à converser tout en massant leur poignet (s'ils écrivent). Les notes prises en cours deviennent ainsi de mini-manuels qui permettront à l'étudiant de bien restituer la voix de son maître. L'ennui est le pire danger pour un professeur d'amphithéâtre.

Mais parfois « l'étudiant a la chance d'assister à un *one (wo)man show* d'une qualité exceptionnelle, quand il est en présence d'une de ces stars des amphis capable de communiquer en même temps un savoir lumineux et la passion d'apprendre. Il suffit d'avoir suivi le cours d'une star dans ses études pour devenir un adepte du système »[41]. L'efficacité de la transmission du savoir se mesure alors dans cette relation : séduction du professeur et niveau d'attention des étudiants.

> « Un cours magistral sert à transmettre un savoir. Cet objectif ne peut être pleinement atteint qu'à au moins deux conditions : le professeur doit être clair, c'est impératif puisqu'il n'y a pas de dialogue : il faut être clair du premier coup ou l'objectif est manqué, et intéressant car le risque du cours magistral est, en raison même de sa forme, d'être ennuyeux : il faut donc être séduisant à l'oral, multiplier les exemples, etc. ». (Un professeur de droit à l'Université de Reims)

Le cours magistral pourrait aussi s'adapter aux exigences de son public :

> « Il me semble que les cours magistraux devraient être donnés différemment selon le public. En 3e année, le cours pourrait conserver son format actuel. Cependant, il devrait être assorti de dossiers thématiques, approfondis en TD. Ce serait par exemple des études de cas (un par semestre pendant deux séances de TD), qui prépareraient un peu plus les étudiants au monde du travail, qui les "décrotteraient" de leurs réflexes trop scolaires. En M1, les étudiants sont des juristes, ils ont acquis la méthode, la logique, le vocabulaire. Ils savent également faire des recherches dans les revues. Ils sont quasi-autonomes. Il est donc important, à mon sens, de compléter l'enseignement oral de dossiers, qui permettront un véritable dialogue et surtout d'approfondir une question, de se confronter à un travail et une réflexion de juristes ». (Une chargé de TD, Université Paris I)

Si le cours magistral présente des risques c'est aussi à cause des effectifs. Comment faire avec des centaines d'étudiants ?

> « Pour moi la forme idéale ce serait la forme ni cours d'amphi ni TD. La forme idéale serait la forme à « cinquante » et non pas passer de 800 à 25. Pour moi la forme idéale serait 50 étudiants, une forme « cours/TD ». Je n'ai jamais pu la pratiquer, mais je pense que c'est l'idéal. Je ne crois pas trop à la dichotomie professeur/chargé de TD. Pour moi un vrai bon enseignant c'est quelqu'un qui est capable et de transmettre un savoir *ex cathedra* et de faire parler et discuter sur la base des documents qui ont été lus. Et par exemple, là je reviens des États Unis où j'ai enseigné au B.C., où… là, vraiment, vous savez j'ai enseigné à petits groupes de neuf, alors bon… c'est formidable, vu qu'ils ont payé, ils lisent les documents… etc. etc. Ils sont très demandeurs de « nourriture ». Ils sont très demandeurs d'exposés en quelque sorte. À un moment donné, on a besoin d'un exposé des connaissances, alors c'est vrai, il faut que ce soit vivant, il faut que ce soit intéressant, moi je crois que l'enseignement c'est quand même un prof qui dit à un élève ou à un étudiant l'état de la chose, parce qu'il ne sait pas l'étudiant, voilà, tout simplement. Et après on peut mettre en œuvre les connaissances. Je ne crois pas à la méthode socratique pure ». (Entretien avec une professeur de droit, Université de Nanterre, Paris X)

Même sans passer d'un lieu à un autre, d'un amphithéâtre à une salle avec trente personnes, le binôme cours magistral/travaux dirigés semble rester, avec les correc-

41 *Ibid.*

tions qu'il faudrait apporter à ce modèle, la forme idéale de l'enseignement du droit. Le cours magistral n'est pas un lieu de débats. Où est-ce qu'on peut alors soulever des questions, de véritables critiques ? En TD. En présence du chargé de TD, chaque étudiant est invité à s'exprimer. Il sera libre de critiquer et sera amené à débattre. Cependant la critique reste bornée par la discipline que le système produit. Avant la formation de l'esprit critique, l'étudiant devrait pouvoir s'affranchir de ses habitudes scolaires, du moins selon certains chargés de TD :

> « (En TD) Il faut commencer à sortir les étudiants du lycée : qu'ils apprennent à prendre la parole, à argumenter, à soutenir une démonstration » (Une A.T.E.R. chargée de TD, Université Paris II, Assas-Panthéon)

> « En première et deuxième années de droit, les étudiants ne sont que des apprentis juristes et très souvent incapables de réfléchir par eux-mêmes. Leur autonomie et leur curiosité sont très restreintes. Ils sont encore plus proches du lycéen que de l'étudiant ». (Une chargé de TD en droit, Université Paris I)

> *« Question très pratique, dans une salle de TD il y a combien d'étudiants ?*
> Environ 30.
> *C'est un peu comme une classe de lycée, en fait.*
> Ouais… exactement ». (Un A.T.E.R chargé de TD, droit pénal, Université Paris II, Assas-Panthéon)

> « On traite les étudiants un peu comme des gamins comme s'ils étaient en classe et que tu es prêt à leur taper sur les doigts s'ils n'ont pas fait leur travail. Ils se comportent encore comme des gamins, je leur ai dit au début du semestre : « Vous ne pouvez pas vous comporter comme des gamins au lycée. Au lycée, vous n'aimiez pas l'histoire et les mathématiques, je comprends que vous n'aviez pas envie de travailler, mais là vous êtes venus vous inscrire en droit, donc c'est fini l'époque où on vous imposait de faire des choses ; là vous avez fait un choix, vous allez vous former pour être juristes donc arrêtez de prendre le travail qu'on vous demande comme des devoirs que vous devez faire alors que vous voulez sortir avec votre copain ; vous êtes en train de préparer votre avenir professionnel ». Ils écoutent ça, mais après ils retournent très vite dans ce truc scolaire… le but c'est de rendre les devoirs à temps, de préparer le partiel… je pense que s'ils n'avaient pas ça, ils travailleraient moins et ils s'en sortiraient moins ». (Un A.T.E.R. chargé de TD, droit des obligations, Université Paris II, Assas-Panthéon)

Dans ce discours, « Vous ne pouvez pas vous plaindre, vous avez fait un choix », on impose aux étudiants de se plier à ce système : « Le droit, c'est comme ça, on ne peut pas le changer ». Les étudiants qui n'acceptent pas le système juridique tel qu'il est présenté et enseigné, sont pratiquement rejetés. La critique n'est donc possible que dans la mesure où elle est formellement cohérente avec la « raison juridique » ; car tout étudiant en droit est toujours un étudiant en droit. Est-ce que l'étudiant « gamin », sans motivation et peu sérieux, serait l'un des symptômes du fait que le droit n'est pas un véritable « savoir » (ou n'est pas enseigné comme un « savoir ») ? Est-ce qu'il s'agit d'un problème d'orientation ou de l'évidente finalité pratique (ce qui mène d'ailleurs la Faculté à sa scolarisation progressive) de l'enseignement du droit ?

> « Et puis, et ça tu n'as pas besoin de l'enregistrer, peut-être que la curiosité intellectuelle moyenne de l'étudiant en droit n'est pas la même que celle de l'étudiant en mathématique ou en philosophie ou en géographie. Première des choses, à différence d'autres savoirs, d'autres disciplines comme la sociologie, la géographie ou les mathématiques ou la philosophie, l'étudiant en droit a la chance ou l'avantage de voir très clairement quelle va être l'application des savoirs qu'il est en train d'assimiler. Il n'est pas nécessaire qu'il soit d'une curiosité énorme, il va vers un métier et ça il le sait depuis le début. C'est quelqu'un qui sait qu'il va avoir accès à un certain métier, une certaine position sociale, des certains revenus, enfin du moins à mon avis. Mais il cherche toujours à savoir l'application pratique des

> choses qu'il est en train d'apprendre, c'est quelqu'un qui a toujours en tête un rapport de productivité, de rentabilité du savoir qu'il est en train d'acquérir. C'est une logique tout à fait différente… Le droit, je crois, c'est un savoir qu'on peut apprendre dans les écoles plutôt que dans les universités ». (Un A.T.E.R. chargé de TD en géographie, Université de Paris VII)

B. Disputationes et repetitiones

Le savoir-faire comme « façon », « manière », est modelé par la culture car il y a chez l'Homme « transmission de la forme des techniques »[42]. Le savoir-faire mêle les notions d'habileté, d'adresse, de compétence et d'expérience dans la pratique, entendue comme exercice d'une activité en relation avec un savoir. En Mésopotamie, l'akkadien dispose des termes « *emqu* » et « *hâsisu* »[43] pour désigner le savoir spécialisé. Le premier, dérivé de la racine sémitique '*mq*, marque l'idée de profondeur. Le deuxième vient de la racine *hss* qui signifie « être pieux » ou « se souvenir ». Le détenteur d'un savoir spécialisé possède donc une sagesse qui est liée à l'acuité de l'esprit, à la piété et à la mémoire. Les mêmes qualités sont requises dans l'apprentissage du savoir-faire juridique.

Après la *lectio*, les *quaestiones disputatae* et la *repetitio* sont les deux autres moments de l'enseignement universitaire du droit au XIIIe siècle. Il s'agit de deux formes d'exercices qui marquent la naissance de la pratique universitaire du droit. Le système actuel est tributaire, d'une certaine manière, de ces inventions pédagogiques médiévales.

L'éducation juridique au Moyen Âge consistait dans un long et dur apprentissage qui permettait d'obtenir un titre et les qualifications pour exercer la profession de maître. Il arrivait qu'aux étudiants plus âgés étaient confiées des tâches didactiques auxiliaires. Si d'un côté, elles constituaient la base nécessaire pour affronter les examens finals, d'un autre, elles représentaient un exercice pour se former à l'enseignement. L'étudiant était appelé à donner une *lectura*, à faire une *repetitio* et à disputer une *quaestio*. Et il était qualifié *baccalarius in actu legens*[44].

La *disputatio* était l'acte par lequel, dans l'examen d'une question, d'un *casus*, on discutait du *pro* et du *contra*. À cette occasion, maîtres et élèves distinguaient le vrai du faux. La *disputatio* était une véritable bataille d'argumentations. Ils cherchaient à les valider en s'appuyant sur l'*auctoritas* de certains textes comme la Bible ou les *Libri legales*. On distinguait les *disputationes ordinariae* et leur rédaction littéraire, les *quaestiones disputatae*, des *disputationes quodlibetales* de leur relation écrite, les *quaestiones quodlibetales.* Chaque *disputatio ordinaria* se déroulait ainsi : le premier jour c'était au bachelier de répondre, sous la présidence de son maître, aux *argumenta* et aux *objectiones* soulevés par les maîtres, par les bacheliers ou par les étudiants présents à cette cérémonie universitaire qui avait lieu à des intervalles divers. Le second jour, le maître ordonnait et groupait les arguments et les objections et leur imposait comme *sed contra* de brefs arguments tirés de la raison et de l'autorité. Puis, le maître faisait la synthèse : *determinatio magistralis.*

La *repetitio* était le moment didactique pendant lequel un *doctor,* ou parfois le maître de la lecture du matin (*de mane*), expliquait et approfondissait une partie précise de la *lectura ordinaria*. Des débats étaient organisés pour satisfaire la curiosité des élèves mais la *repetitio* restait étroitement liée à la *lectio*. Un *doctor repetens*

42 Marcel Mauss, « Les techniques du corps », *Sociologie et anthropologie*, PUF, Paris, 1968, p. 363-386.

43 Jean-Jacques Glassner, « Savoir et savoir-faire en Mésopotamie », *Cahiers d'anthropologie sociale*, « Dire le savoir-faire », n° 1, L'Herne, Paris, 2006, p. 13.

44 Antonio Padoa-Schioppa, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Il Mulino, Bologna, 2007, p. 128 ; et aussi pour la *disputatio* et les *repatitiones* Manlio Bellomo, *op. cit.*, 1996 et 1997.

donnait ces leçons d'approfondissement, et celles-ci pouvaient être obligatoires ou facultatives. À Bologne, le jour des *repetitiones* était fixé le lundi après-midi, les premières commençaient le 18 octobre et terminaient à Noël, les deuxièmes pouvaient avoir lieu de Noël à Pâques.

L'actuelle interaction cours magistral/travaux dirigés ne devrait pas surprendre car elle trouve, à cette époque, ses nobles racines. Aujourd'hui, le savoir-faire juridique, guidé par le cours magistral (a), est très souvent un exercice, une simulation ou un débat qui se déroule en Faculté (b).

a. Pratiquer le droit

La pratique pédagogique du droit est d'une importance capitale dans la mesure où elle construit les schémas cognitifs fondamentaux sur lesquels la pensée des étudiants doit d'emblée se modeler pour qu'ils puissent réussir à intégrer, suivant les différentes étapes du processus de sélection, le système juridique. Les exercices que les élèves pratiquent à longueur d'année ne sont pas une « caricature académique » de leur activité future, mais « à la fois la représentation, stylisée mais fidèle, des aptitudes » qu'on attendra d'eux leur vie durant, et un détour indispensable s'ils veulent « apprendre le droit pour de bon »[45]. Souvent la pratique de la science juridique est présentée comme un art, un savoir-faire dont les juristes sont les seuls dépositaires. L'art du juriste comporterait trois opérations : « de reconstruction ou de stylisation d'une situation de fait, visant à en isoler les aspects juridiques pertinents ; d'identification des règles qui permettent de la traiter ; enfin de mise en présence de l'une et des autres, aux fins d'appliquer le droit au fait »[46]. L'apprentissage de la science juridique et la pratique juridique au sens de savoir-faire sont deux choses séparées. Les fiches « programmatiques » en première année en témoignent : « Bien qu'ils procèdent de démarches différentes, le cours magistral et les séances de travaux dirigés sont indissociables. L'ensemble qu'ils constituent vous permet un double apprentissage, apprentissage des connaissances et apprentissage de la méthodologie »[47]. Cours magistral et TD concourent de manière différente mais complémentaire à la formation de l'étudiant. Si le premier n'est pas le lieu du débat, les séances de TD sont la seule occasion où les étudiants peuvent « s'adonner à la discussion et à la controverse, à l'échange intellectuel, bref à ce qui fait que le droit n'est ni austère ni aride, contrairement à ce que pensent trop facilement ceux qui n'en font pas ou en font mal »[48].

b. Les travaux dirigés

L'intérêt que les universités françaises portent, de 1880 à 1920 environ, au modèle allemand de l'enseignement du droit, se manifeste dans la tentative de créer une version française du « séminaire » allemand : c'est l'institution de la salle de travail. L'existence de ce fait pédagogique majeur est révélée dans une enquête lancée en 1911 par la Société d'enseignement supérieur sur les salles de travail, de conférences, les séminaires d'études et organisations analogues dans les universités françaises. Dans ces lieux, les étudiants commencent à manier le droit et à étudier la jurisprudence, au-delà du simple dogmatisme imposé auparavant. Un terme nouveau vient en effet s'imposer : celui de « clinique juridique »[49]. Les origines des travaux dirigés peuvent être tracées à partir de 1854.

45 Denis Alland, Catherine Jeancolas, *Droit international public*, PUF, (coll. « Thémis », Exercices / Corrigés), 1987, p. 7.
46 *Ibid.*, p. 8.

47 Cours du professeur Hervé Lécuyer, Fiche de TD n° 1, Première séance, *Initiation*, première année, Introduction au Droit, Paris II, 2007-2008.
48 Cours du professeur Nicolas Molfessis, Fiche de TD, Première séance, *Séance introductive*, première année Licence. Droit, Paris II, 2006-2007.
49 Michel Miaille, « Sur l'enseignement des Facultés de droit en France. Les réformes de 1905, 1922 et 1954 », *Procès. Cahiers d'analyse politique et juridique*, « L'institution du juridique : jurisprudence, enseignement et droit », n° 3, publiée par le centre d'épistémologie juridique et politique de l'Université Lyon II, 1979, p. 78-107.

Un décret de cette année dispose que « parmi les droits universitaires on distinguera les rémunérations obligatoires et les rémunérations facultatives dont les droits perçus pour les conférences, manipulations et exercices pratiques en dehors des cours dans les établissements où ces moyens accessoires d'instruction sont organisés ». Finalité du décret : mettre fin à la prolifération de ces étudiants « ou ces aspirants professeurs qui, moyennant rétribution, se chargeaient d'expliquer le cours et de bâtir quelques exemples »[50]. L'arrêté du 10 janvier 1855 confiera ces conférences facultatives aux professeurs suppléants et aux simples docteurs ; elles ne doivent servir qu'à leur fournir une aide financière. Réorganisées en 1881, « elles ont désormais pour objet la révision des cours de chaque année, l'étude critique des auteurs et des arrêts, la pratique du droit, elles donnent lieu à des interrogations et à des travaux écrits, elles sont comprises dans le service des agrégés » et en 1895 « on se bornera à accroître le personnel affecté aux conférences en adjoignant aux agrégés des docteurs »[51]. Après les réformes des études de droit de 1902 et 1922, c'est avec le décret du 27 mars 1954 que les travaux dirigés sont rendus obligatoires. C'est un texte moderne qui dans l'exposé des motifs opère une nette séparation dans la formation du juriste : la licence de droit, qui passe de 3 à 4 ans, est divisée en deux cycles. Le premier « de culture générale de caractère social, appuyé sur l'enseignement du droit et de l'économie politique » et un second « mieux orienté vers les professions futures »[52]. L'enseignement pratique, qui doit être dispensé deux fois par semaine en deux séances d'une durée d'une heure trente chacune, entraîne aussi la nécessité de créer un « corps » d'enseignants pratiques : les assistants. Aujourd'hui, les chargés de TD sont souvent des doctorants qui préparent leur thèse et qui n'ont aucune expérience pédagogique. Il n'est pas rare qu'ils soient très jeunes quand ils commencent à donner leurs cours. Apparemment, même si certains sont bien encadrés au sein d'équipes pédagogiques dirigées par le professeur qui dispense le cours magistral, leur formation didactique se fait sur le terrain et avec le temps.

> « La première fois qu'on arrive, on a très, très peur, vraiment, parce qu'on est soi-même très jeune en général (moi j'avais vingt-cinq ans quand je donnais mes premiers TD), et on a extrêmement bien préparé son TD, quasiment écrit, alors qu'on s'aperçoit après que ce n'est pas forcément utile. Je dirais quand même que c'est l'expérience d'apprentissage la plus forte que j'ai eue, c'est-à-dire que ce que j'ai appris en enseignant me restera, je pense, jusqu'à la fin de mes jours. C'est vraiment gravé, plus de ce que je fais maintenant en amphithéâtre et peut-être plus que mes lectures. C'est gravé parce que c'est de l'apprentissage pour la transmission ». (Une professeur de droit, Université de Nanterre, Paris X)

Mais en quoi consistent exactement les travaux dirigés ?

> « Qu'est-ce que c'était un TD… c'était une routine, on arrivait, on faisait l'appel… c'était un moment important [petit rire], parce que comme vous savez les TD sont obligatoires alors que les cours d'amphi ne les sont pas. Ensuite, je me souviens que je faisais un petit rappel du cours, tout petit, ça prenait dix minutes (ce que maintenant je demande à mes chargés de TD de ne pas faire) et on prenait les exercices les uns après les autres, les exercices de la fiche de TD (qui est théoriquement préparée par le professeur d'amphithéâtre, parfois un peu avec l'équipe de TD). Et le vrai « deal », le vrai challenge, le défi, c'était de les faire parler. Ça, c'était la grosse difficulté. En ce sens la forme TD est relativement un échec en France parce qu'alors que ça devrait être un lieu où chacun parle de manière très

50 Jean-Jacques Bienvenu, « Politique et technique de l'encadrement rapproché de l'étudiant », *Annales d'histoire des facultés de droit*, « Les méthodes de l'enseignement du droit du Moyen Âge à nos jours », n° 2, Paris, 1985, p. 144.

51 Jean-Jacques Bienvenu, *op. cit.*, p. 145.

52 Michel Miaille, « Sur l'enseignement des facultés de droit en France, les réformes de 1905, 1922 et 1954 », *Procès, Cahiers d'analyse politique et juridique*, publiée par le Centre d'épistémologie juridique et politique de l'Université Lyon II, 1979, p. 78-107.

> libre et très facilement, ça ne l'est pas. Ça reste encore quelque chose de très scolaire qui est vécu comme une modalité de sanction des connaissances. C'est surtout vu comme ça par l'étudiant ». (Une professeur de droit, Université de Nanterre, Paris X)

Bien qu'il soit contesté, le travail scolaire est constamment entretenu par les chargés de TD et permet la création d'un cadre social rassurant où les étudiants se sentent moins perdus qu'en amphithéâtre. L'appel, l'approfondissement du cours, les exercices de la fiche de TD, rappellent en partie la pratique médiévale de la *repetitio*. Une répétition qui, si tout va bien, devrait prévoir une *disputatio*. Mais en TD, il n'y aura pas la synthèse du maître. Elle n'est pas prévue en droit et il suffit de penser au « plan en deux parties » comme forme d'un devoir, d'un exercice, d'un manuel ou d'un article, ou de la même pensée juridique pour s'en rendre compte.

Si le cours magistral « montre la mémoire » du droit, les travaux dirigés ne sont que la « commémoration » de ce même droit.

L'enseignement du droit
Bibliographie sélective

1. Transformations de l'Université française et enseignement dans les facultés de droit

E. LABOULAYE, *Quelques réflexions sur l'enseignement du droit en France, à l'occasion des réponses faites par les facultés proposées par M. le Ministre de l'Instruction Publique*, Hennuyer et Turpin, Paris, 1845.

G. RIPERT, *L'avenir des Facultés de droit*, Annales de la Faculté de Droit d'Aix, 1918, p. 1 *sq.* – *La réforme des études dans les Facultés de droit*, Dalloz, 1955, chronique XXVI.

H., L. et J. MAZEAUD, Avant-propos de la première édition des Leçons de droit civil, t. I, Premier volume, Introduction à l'étude du droit, tiré de la 8e éd. par F. CHABAS, Montchrestien.

J. CARBONNIER, Préface à la première éd. (1955) du *Droit civil*, tiré de l'édition Quadrige.

M. BOUDOT, Présentation de *Propriété et contrat*, C. BUFNOIR, réédition de l'ouvrage imprimé en 1924, Collection de la faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, L.G.D.J., 2005.

C. CHENE, *Enseignement du droit*, in Dictionnaire de la culture juridique.

Ph. REMY, *L'enseignement du droit en 1806*, leçon professée le 28 septembre 2006 à l'occasion de la rentrée solennelle de la Faculté de droit de Poitiers.

E. GOJOSSO, *Le Doyen Jean Carbonnier et la réforme de la licence en droit*, Hommages à Jean Carbonnier, Dalloz, 2007.

B. MATHIEU, *Facultés de droit et réforme universitaire au XIXe siècle : la conquête d'un statut*, Revue du droit public et de la science politique en France et à l'Étranger, 1er juillet 2008, n° 4, p. 999.

L. VOGEL, *Le «Collège de droit» d'Assas, préfiguration d'une Grande École de droit*, JCP G, 2008.1.212.

L. AYNES, B. MATHIEU, *L'École de droit de la Sorbonne est créée au sein de l'université Paris I*, JCP G, 2009.1.112.

Extrait du Rapport sur les professions du droit (commission Darrois), mars 2009, p. 69-75.

«Formation et emploi» : propositions du Conseil national du droit, JCP G, n°20, 2009, actualités 264.

2. Contenu et méthodes de l'enseignement du droit

R. von JHERING, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. de la 3e éd. par O. de MEULENAERE, t. I, Paris, Maresq Aîné, 1878, p. 10-12.

H. CAPITANT, Introduction à l'*Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales*, Paris, Pédone, 1898 – Préface aux *Espèces choisies empruntées à la jurisprudence*, 2e éd., Dalloz, 1927.

E. THALLER, Préface au *Traité élémentaire de droit commercial*, 2e éd., 1900, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence

M. PLANIOL, Préface au *Traité élémentaire de droit civil*, 4e éd., t. I, 1906, L.G.D.J.

G. RIPERT, Préface au *Traité pratique de droit civil français*, t. I, Paris, L.G.D.J., 1925.

K. N. LLEWELLYN, *Bramble Bush : On Our Law and Its Study*, 1re éd. 1930, de nombreux extraits peuvent être consultés sur le site *questia.com*.

Ph. MALAURIE, *Préambules pédagogiques* aux Cours de droit civil approfondi de doctorat.

J. CARBONNIER, *L'esprit sociologique dans les Facultés de Droit*, L'année sociologique (Sociologie juridique et morale, V), 1964, p. 466-469, reproduit dans les Écrits, textes réunis par R. VERDIER, PUF, 2008, p. 946 *sq*.

C. THIBIERGE, *Enseigner le droit civil à l'aube du XXIe siècle*, RTD Civ. 1998 p. 306.

L'enseignement du droit civil à la fin du XXe siècle. Libres propos sur une question fort peu débattue. Tribune libre avec la participation de C. ATIAS, B. BEIGNIER, Ph. CONTE, G. GOUBEAUX, P. LEGRAND, L. LORVELLEC, C. THIBIERGE, RTD Civ. 1998, p. 285 *sq*.

Groupe de travail sur l'enseignement juridique, *76 recommandations pour l'enseignement du droit*, janvier 2007.

3. Programme transsystémique

H. ARTHURS, *Madly Off in One Direction : McGill's New Integrated, Polyjural, Transsystemic Law Programme*, (2005) 50Mcgill L. J. 707.

H. P. GLENN, *Doin' the Transsystemic : Legal Systems and Legal Traditions*, (2005) 50 R.D. McGill 863.

P. STRAUSS, Transsystemia – *Are we approaching a new Langdellian moment ? Is McGill leading the way ?,* (2006) 56, Journal of legal education, 161-165 ; Columbia Public Law Research, Paper N°. 06-103, version électronique sur le site Social science research network.

J.-G. BELLEY, *Présentation du cours transsystémique de droit des obligations contractuelles 2007-2008*, version électronique sur le site de la faculté de droit de l'Université McGill.

4. Études critiques

E. LABOULAYE *La liberté d'enseignement et les projets de loi de M. Jules Ferry*, Larose, Paris, 1880.

D. KENNEDY, *L'enseignement du Droit et la reproduction des hiérarchies professionnelles*, Annales de Vaucresson, deuxième semestre 1985, no. 23, p. 191, trad. de Legal Education and the Reproduction of Hierarchy, 32 J. Leg. Ed. 591 (1982) – *Politicizing the classroom*, Review of Law and Women's Studies 81 (1995).

C. ATIAS, *Enseigner le droit*, RTD Civ. 1998, p. 286 *sq*.

P. LEGRAND, *Notes inspirées par une gêne persistante à l'égard de la fascination exercée par l'habitude, l'autorité, la loi et l'État dans les facultés de droit françaises*, RTD Civ. 1998, p. 299 *sq.*

Ph. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 193-196.

É. MILLARD, *Sur un argument d'analogie entre l'activité universitaire des juristes et des médecins*, *in Frontières du droit, critique des droits : Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, Véronique Champeil-Desplats et Nathalie Ferré (dir.) (2007) 343-352, texte disponible sur la base HAL SHS.

L'enseignement supérieur face à l'internationalisation et à la privatisation, Critique internationale, n°39, avril 2008.

L'Université en crise – Mort ou résurrection ?, Revue du M.A.U.S.S., n°33, premier semestre 2009.

5. Quelques textes

Décret n°72-355 du 4 mai 1972 *relatif à l'École nationale de la magistrature, Titre II : Accès à l'école*

Décret n°73-609 du 5 juillet 1973 *relatif à la formation professionnelle dans le notariat et aux conditions d'accès aux fonctions de notaire, titre I, chapitre 1 et 2*.

Arrêté du 25 novembre 1998 *fixant la liste des titres ou diplômes reconnus comme équivalents à la maîtrise en droit pour l'exercice de la profession d'avocat*.

Arrêté du 11 septembre 2003 *fixant le programme et les modalités de l'examen d'aptitude à la profession d'avocat.*

Arrêté du 21 mars *2007 modifiant l'arrêté du 25 novembre 1998 fixant la liste des titres ou diplômes reconnus comme équivalents à la maîtrise en droit pour l'exercice de la profession d'avocat.*

Décret n° 2009-460 du 23 avril 2009 modifiant le décret n° 84-431 du 6 juin 1984 *fixant les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences et portant diverses dispositions relatives aux enseignants-chercheurs.*

Décret n° 2009-464 du 23 avril 2009 *relatif aux doctorants contractuels des établissements publics d'enseignement supérieur ou de recherche.*

Chronique des idées

Enseigner le droit complexe, redéfinir le droit en compétence

Sur une analyse américaine du programme transsystémique de McGill

À propos de : "Transsystemia – Are We Approaching a New Langdellian Moment? Is McGill Leading the Way?", Peter L. Strauss, Journal of Legal Education 56, 2006, p. 161-171, Columbia Public Law Research, Paper N° 06-103.*

Par Vincent FORRAY**

Ce texte traite du programme transsystémique d'enseignement du droit de l'Université McGill à partir d'une analyse américaine, celle de Peter Strauss. Cette analyse appelle une réflexion sur les implications théoriques (la conception du droit que le transsystémisme suggère est au carrefour des approches conceptualistes, réalistes et critiques) et catallactiques du programme (le marché produit des théories de l'enseignement du droit).

This paper deals with Peter Strauss's analysis about transsystemic program of legal education in which McGill University has embarked in 1999. It attempts to point out the theoretical implications of the transsystemic program and also its catallactic implications (legal education as produced by the market).

* Version électronique sur le site Social Science Research Network.

** Maître de conférences à l'Université de Savoie (vincent.forray@gmail.com).

Notre époque a renoué avec l'idée d'un droit complexe. Il est aujourd'hui difficile de poursuivre l'ambition d'unité juridique pensée par les modernes autour de la raison[1]. Une telle ambition avait trouvé dans la législation nationale son relais le plus puissant, et même une forme de parachèvement. Or nous savons désormais l'insuffisance d'un droit dont l'État serait la source et la mesure exclusives. Nous le savons parce que les relations sociales se nouent entre des individus qui ne se définissent plus (seulement) par leur adhésion à une communauté nationale[2] ; parce que les relations économiques sont mondiales. Plus spécialement, le droit qui régit un rapport professionnel peut varier en fonction des intérêts poursuivis par les parties ou des qualités attribuées à tel ou tel corps de règles. Ces règles ne sont pas toujours positives : elles ne s'appliquent pas *a priori* du fait de leur forme. Lorsqu'un contrat du commerce international est soumis aux principes Unidroit, il obéit à des règles qui ne deviennent contraignantes qu'une fois le choix en leur faveur opéré.

Dans ce monde, la solution de droit n'est qu'un possible. Qui veut être juriste doit acquérir les compétences permettant d'assumer le droit comme phénomène contingent[3]. Le savoir sur le droit devrait dépasser les expériences juridiques positives. Le programme d'enseignement transsystémique mené au sein de l'université McGill se donne un tel objectif.

Dans un texte paru au *Journal of Legal Education* en 2006, le professeur Peter Strauss de l'université de Columbia propose une passionnante exploration du programme transsystémique au moyen de deux interrogations. Sommes-nous à l'aube d'un nouveau moment « langdell » ? Est-ce McGill qui mène le mouvement ? Ces questions ne sont pas si étrangères aux préoccupations du lecteur français qu'il peut d'abord sembler.

Il paraît d'abord que la méthode des cas attachée au nom de Langdell n'a guère eu d'influence au pays du Code civil[4]. Et ceci pour des raisons de structure du système juridique. Notre jurisprudence, quoique normative, se développe dans la place laissée par la loi – les articles 4 et 5 du Code civil. Il lui manque l'élément de rigidité qui permet à celui qui l'étudie d'y puiser les principes du droit commun[5] : la règle du précédent. Quelque chose de comparable au « moment langdellien » – la mise en forme du droit américain par l'étude scientifique des décisions de justice – a eu peu de chances de se produire ici. À quoi s'ajoute la difficulté de concevoir, en France, le rapport de cause à effet entre une méthode doctrinale et la modification du droit positif.

De telles conclusions sont réductrices à l'excès. L'agitation de la pensée juridique française à la fin du XIXe siècle s'apparente au moment langdell. Les deux mouvements partagent une idée : l'évolution nécessaire du droit appelle un changement méthodologique. La manifestation la plus durable de cette idée en France tient dans la place occupée par la jurisprudence. Celle-ci,

1 C'est pourquoi il faut re-penser la pensée du droit ; v. l'essai de Madame Goyard-Fabre, *Re-penser la pensée du droit, Les doctrines occidentales modernes au tribunal de la raison interrogative-critique*, Vrin, 2007.

2 En illustration et d'un point de vue particulier, R. Kolb, *Réflexions de philosophie du droit international*, Bruylant, éd. de l'Université de Bruxelles, 2003 : sur le développement du droit rendu nécessaire par la progression d'une idée de communauté, p. 25 *sq*.

3 « *Working across systems… students are made to understand how contingent law as professional practice and as theory is to perceive law as escaping systemetization and [to understand] that lawyers mold legal practices to fit and shape constantly and moral understandings* ». Ce sont les mots d'un étudiants diplômé de McGill tels que les rapporte Peter Strauss, p. 8

4 Voy. cependant l'expérimentation de Henri Capitant, préface aux *Espèces choisies empruntées à la jurisprudence*, 2e éd., Dalloz, 1927.

5 La généralité des règles découvertes dans les arrêts de la Cour de cassation s'exprime pour cette raison dans des *théories* (générales) et non dans des normes, voy. S. Pimont, Peut-on réduire le droit en théories générales ?, Exemples en droit du contrat, RTD Civ. 2009, p. 417 *sq*.

séparée de la doctrine, forme un objet d'étude qui révèle le véritable droit. Les deux mouvements partagent aussi, je crois, un point de vue : la science juridique domine son objet (le droit), de sorte que l'étude du droit participe à la modification de ce dernier. En ce sens-là d'ailleurs, il y a formalisme. Et même si, par la suite, la France n'a senti que l'écume de la vague réaliste qui a submergé le formalisme langdellien, le lecteur français de Strauss en vient rapidement à partager ses interrogations sur la survenance d'un nouveau moment Langdell.

L'enjeu de ce nouveau moment se précise dès les premières pages du texte. Il s'agit de libérer l'enseignement d'une méthode dépendante du caractère national du droit. À cet égard, le juriste d'Europe sait déjà que son enseignement ne peut plus se concentrer sur un droit à l'échelle des États-nations. L'Europe juridique est une réalité qui implique une redéfinition du droit positif[6] ; et du droit que l'étudiant doit connaître. Le droit européen appelle un changement des méthodes d'enseignement. Le programme transsystémique s'offre naturellement à la comparaison. Son objectif est de former des juristes capables de s'adapter aux différents systèmes qu'ils devront nécessairement utiliser au cours de leur carrière. Voilà qui, selon Peter Strauss, peut séduire les étudiants et placer la faculté de droit de McGill devant ses concurrentes, Columbia en l'occurrence.

À cet instant, le lecteur français peut être encore tenté de passer son chemin. La question du leadership d'une université ne devrait pas se poser en France. Normalement, il n'existe pas dans ce pays de concurrence entre les universités. La majorité des étudiants se répartit géographiquement dans des facultés qui délivrent les mêmes diplômes ; un contrat quadriennal passé avec le ministère de tutelle garantit l'équivalence. Les enseignants se distribuent équitablement dans les établissements ; des procédures nationales assurent cette distribution équitable.

Un tel cadre subit actuellement une distorsion. La concurrence entre les universités françaises – et européennes- est débattue, parce qu'elle existe. Pour s'en tenir à la France, voici un premier fait : les meilleurs bacheliers peuvent désormais recevoir un enseignement spécifique au sein d'universités plus prestigieuses que d'autres. Un autre fait : les facultés de droit vivent la fin d'un monopole. La formation juridique peut-être dispensée ailleurs. Ceux qui la suivent au sein d'instituts prestigieux, d'écoles ou de sociétés commerciales entreprenantes ont davantage de chances d'entrer à l'école des avocats. L'enseignement du droit est l'objet d'un marché ; comme le savoir juridique. Pour demeurer compétitive, l'entreprise du savoir doit s'adapter :

> «*We have to take the next step, not just because we ought to want it as an intellectual matter […] but also because the changing market for legal services will reward the schools that adapt and punish those that do not.*»

Il apparaît que le programme transsystémique du droit répond à un ordre du marché ; un besoin de compétences juridiques à l'heure de la mondialisation des échanges. Le marché de l'emploi des diplômés constitue alors le critère du droit qu'il faut enseigner. Par voie de conséquence, il positionne aussi les universités les unes par rapport aux autres (*is McGill leading the way?*). Marché, demande, concurrence, voici qui témoigne des *implications catallactiques*[7] de l'enseignement transsystémique tel que l'auteur choisit d'en traiter.

On trouve autre chose dans l'article de Peter Strauss. Il suggère à plusieurs reprises que le programme

6 Le premier chapitre de l'*Introduction au droit européen* de J.-S. Berge et S. Robin-olivier met en rapport «le droit européen et la définition du droit», PUF, 2008, p. 21 *sq.*

7 L'adjectif signifie relatif au marché comme lieu d'échanges. La catallactique désigne la science des échanges, la connaissance des phénomènes de marché. Hayek forme le mot «catallaxie» pour nommer l'ordre du marché, voy. *Droit, législation et liberté*, préface Ph. Nemo, PUF, éd. Quadrige 2007, p. 531-532.

transsystémique rejette l'étude académique du droit réduite à celle d'un système formel ou positif[8]. Davantage, l'enseignement transsystémique fait suite à la possibilité de séparer les questions de droit du système dans lesquelles elles se posent. Au fond, il offre une réponse nouvelle à la question « qu'est ce que le droit ? »[9] ; et cette réponse peut déconcerter. Le droit est la compétence propre au juriste. Par conséquent, le droit reconquiert une certaine autonomie dans l'ordre des savoirs. Bien entendu, cela aussi fait songer au moment Langdell[10]. Déterminer le contenu du savoir à transmettre aux étudiants en droit apparaît comme un problème conceptuel. Voici qui témoigne des *implications théoriques* de l'enseignement transsystémique.

Avant de considérer le programme transsystémique dans ses dimensions théoriques et catallactiques, il faut en décrire les grandes orientations.

1. Les orientations du programme

En 1994, les membres de la faculté de droit de McGill se réunissent pendant deux jours afin de dégager les orientations d'un nouveau cursus. Ils répondent à une série de questions à propos « des relations entre leur faculté, les professions juridiques et l'université, à propos du contexte social et politique au sein duquel la faculté évolue, des étudiants qui la composent, du créneau particulier qu'elle occupe dans l'enseignement, de son contexte intellectuel spécifique »[11]. Une ambition ressort des travaux du *Curriculum Review Comitee* alors formé et qui se réunit régulièrement par la suite : adopter un programme d'enseignement qui récolte les fruits de la tradition intellectuelle de McGill. Tradition qui s'anime autour des questions « de pluralisme juridique et de normativité non-étatique, de systèmes juridiques transnationaux, de théorie du droit »[12].

Le programme transsystémique intègre l'offre de formation de McGill à partir de 1999. Il organise l'étude du droit civil et du *common law* selon un cursus « comparatif, bilingue, multi-systémique, pluraliste et dialogique »[13]. Il s'agit pour les étudiants, selon les mots de Jean-Guy Belley, d'acquérir la capacité de « se mouvoir efficacement d'un système de pensée juridique à un autre système de pensée juridique plus ou moins éloignés l'un de l'autre »[14]. L'ambition et la subtilité du projet peuvent alors s'entrevoir. Il ne s'agit pas de développer l'apprentissage séquentiel des solutions attachées à tel ou tel système mais d'alimenter un savoir global qui transcende les droits positifs. Comment cela ?

Peter Strauss relate qu'il faut plusieurs semaines pour qu'un cas soit analysé ou un texte commenté. Les premiers cours sont organisés autour d'exposés historiques et théoriques qui doivent permettre de concevoir

8 Rappr. P. Glenn, *Doin' the Transsystemic : Legal Systems and Legal Traditions*, Revue de droit de McGill, n° 50, 2005, p. 863 *sq.* : « *The question [posée par les termes d'enseignement transsystémique] raises fundamental issues about the conceptualization af law and about one schould think, and teach, the laws of the world and their relations to one another. It also raises a fundamental challenge to the idea of law conceived in terms of legal systems, probably the most persuasive concept of western legal thought for the last two centuries, now used more or less indiscriminately to describe laws of all provenances and types* », p. 865 pour la citation.

9 La question de la théorie du droit chez Hart, voy. *Le concept de droit*, trad. M. van de Kerchove avec J. van Drooghenbroeck et R. Celis, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1976, p. 13 *sq.*

10 Ph. Jestaz, C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 269 *sq.*

11 H. Arthurs, *Madly Off in One Direction : McGill's New Integrated, Polyjural, Transsystemic Law programme*, (2005) 50 McGill L.J. 707, p. 711.

12 H. Arthurs, *op. cit.,* p. 713.

13 R. Jukier, *How to Introduce Similarities and Differences and Discuss Common Problems in the Classroom*, Intervention à la conference 2007 de l'Association internationale des écoles de droit : *Learning from each other : Enriching the Law School Curriculum in an Interrelated World*, article disponible sur le site internet du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, p. 2.

14 Présentation du cours d'obligations contractuelles du professeur Belley, disponible sur le site internet du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec.

la communauté des droits positifs. Cette communauté n'émerge pas des législations mais des questions posées au juriste.

> *«Earlier meetings were given over to historical exegesis, or theoretical writings, that tended to emphasize the commonalities among the kinds of problems that people bring to lawyers».*

Dès les premières heures de cours, la complexité du droit est comme révélée aux étudiants : ils doivent rejeter l'idée de vérité juridique, accepter celle de multiplicité des réponses possibles en cas de litige. Le droit se présente alors selon une perspective exactement inverse à celle de la théorie des sources. Dans les enseignements français, l'habitude s'est prise de ramener rapidement le droit à ses sources ; et au premier rang d'entre elles, les normes juridiques. Nous assimilons donc tôt dans nos études le rapport de la règle et du droit[15] : *le droit vient des normes juridiques*. Le programme transsystémique propose un autre rapport : *le droit vient des questions posées au juriste*[16]. Ces questions se posent partout ; seules les règles changent. Les normes juridiques et les cas sont présentés aux étudiants comme des *hypothèses* de réponse à une question[17]. Ceci rend possible l'étude, au même niveau et simultanément, de systèmes différents, systèmes non-positifs compris (principes Unidroit, Principes Européens du Droit du Contrat).

A McGill, le droit des obligations forme l'essentiel des cours de première année. La matière est naturellement propice à l'apprentissage du droit par questions, un droit qui ne dépend pas d'une législation prédéterminée : «*have the parties reached what the law will recognize to be a mutually binding accord? What kind of injuries will be recognized as warranting legal redress, and to what extent*?» Planiol, parmi d'autres[18], indiquait déjà que les obligations offrent au savoir juridique un contenu élémentaire[19]. Les modifications législatives n'altèrent que lentement la part scientifique du droit des obligations. L'obligation est objet de droit indépendamment du système qui règle tel ou tel aspect de son régime[20]. Une fois que l'on a étudié le contrat, le délit, le paiement, leur traitement différent en droit français ou allemand n'atteint pas l'idée qu'on s'en fait (le concept). Et le concept forme un point de repère pour le juriste professionnel ; il lui permet de s'orienter parmi les droits positifs. À l'inverse, lier la connaissance élémentaire de l'obligation aux solutions en vigueur dans tel ou tel système rend plus difficile l'appréhension de l'altérité juridique.

La communauté des questions de droit se révèle par d'autres biais que l'étude juridique abstraite. Le programme transsystémique veut être interdisciplinaire. Le professeur Belley indique ainsi qu'au sein du cours de droit des contrats « la transformation des droits positifs et la dialectique des théories juridiques sont mises en rap-

15 V. en exemple l'introduction de Planiol au *Traité élémentaire de droit civil*, 8e éd., t. I, Paris L.G.D.J., 1920 : l'analyse des sources se présente dès la page 4, l'ensemble de l'introduction entretient l'idée que le droit est fruit de la règle ; voy. également le premier chapitre du *Traité de droit constitutionnel* de Duguit, 3e éd. t. I, *La règle de droit – Le problème de l'État*, Paris 1927 ; de même Carbonnier place la règle de droit au premier rang des « phénomènes du droit », à savoir ceux « qui donnent au droit la visibilité sans laquelle ils ne pourraient être observés », *Droit civil*, 1., PUF, 1re éd. Quadrige, n°, 4 *sq.*

16 On pourrait écrire, prenant Jhering en référence (*La lutte pour le droit*, trad. O. de Meulenaere, 1890, rééd. Dalloz, 2006, Présentation d'Olivier Jouanjan) : le juriste, celui chargé de défendre l'un ou l'autre des intérêts dont l'opposition produit le droit.

17 R. Jukier, *op. cit.,* p. 3.

18 V. par ex. l'introduction de Saleilles à *l'Étude sur la théorie générale de l'obligation*, 3e éd. 1925, réimpr. La mémoire du droit, 2001.

19 « Quand on envisage l'obligation abstraction faite de ses différentes sources, on voit apparaître en elle la partie la plus générale de la loi, celle qui contient toutes les notions fondamentales de la science du droit. […] Il faudrait même aller plus loin. Si l'on voulait organiser pour le droit civil une méthode d'enseignement appropriée à ce genre d'étude, on devrait mettre en tête la théorie générale des obligations », *Traité*, t. II, préface p. VII-VIII.

20 Planiol, *op. cit.*, p. IX, n° 2 : « cette partie du droit a donc un caractère à part ; on n'y retrouve pas en général l'intérêt social ou politique, qui s'attache aux diverses matières du droit ».

port avec celles de l'économie et des idéologies sociopolitiques »[21]. Une telle position permet certainement de se prémunir contre un excès d'abstraction. La conceptualisation qu'implique le transsystémique ne doit pas faire oublier que les enjeux du droit lui sont extérieurs, fonctions de l'intérêt en cause[22]. Pour se représenter celui-ci, il faut faire appel à d'autres savoirs. La portée de l'ambition interdisciplinaire ne doit cependant pas être surestimée. Harry Arthurs relève que très peu de cours se présentent comme explicitement interdisciplinaires[23]. Il estime que le développement du programme transsystémique et son implantation au-delà de McGill passent par une rectification sur ce point.

À ce stade, l'enseignement transsystémique se présente comme autre chose qu'une nouvelle manière d'organiser un cours de droit. Il doit son originalité à l'effort de réflexion réalisé sur l'objet droit. Qu'un professeur de Columbia se demande si McGill mène le nouveau moment langdell en dit long sur les implications théoriques de son programme.

2. Les implications théoriques du programme

Peter Strauss ne rapporte pas directement le programme transsystémique à une redéfinition du droit. Toutefois, il suggère à plusieurs reprises que son adoption passe par une conception nouvelle du droit – celui qu'on enseigne. Plus précisément, il invite à dépasser certaines réticences qui tiendraient à une approche trop exclusive – trop nationale ou trop étatique. Pour cela, il fait appel à sa première expérience d'enseignement à la faculté Haile Sellassie en Éthiopie. Il relate qu'il lui a été possible de dépasser son ignorance des droits codifiés en compagnie de juristes formés au sein de ces systèmes. Il a suffi de rattacher la connaissance juridique aux problèmes communs des systèmes plutôt qu'aux droits positifs. Peter Strauss prend l'exemple du droit pénal. Il relève que les sociétés considèrent le meurtre, l'incendie criminel, le viol comme des actes de violence ; elles partagent aussi des questions telles que la causalité, le discernement, le fait justificatif, la défense. De positif, c'est-à-dire vrai ou valide dans un environnement donné, le droit devient savoir, (re)connaissable par le juriste d'où qu'il vienne. L'enseignement des éléments partagés par différents systèmes formels devient possible ; la communication s'établit pourrait-on dire et un *droit commun* émerge. Le lien entre le programme transsystémique et un nouveau moment langdell m'apparaît noué ici. Un bref retour sur le premier moment langdell s'impose pour comprendre le « nouveau ».

Méthode des cas et formalisme ; voilà ce qu'évoque d'abord le nom de Christopher Columbus Langdell[24]. La méthode des cas consiste à dégager les principes du droit par l'étude des décisions de justice. Celles-ci ont été sélectionnées par le professeur, spécialiste de la science juridique. L'emploi du mot « formalisme » s'explique de plusieurs manières[25]. Dans la conception langdellienne, les décisions individuelles procèdent de règles juridiques préexistantes et qui font système, sans considération de politique ou de justice : le droit se suffit à lui-même[26]. Le

21 *Op. cit.*

22 On songe à Jhering et à cette sorte d'achèvement que la jurisprudence des intérêts trouve dans son livre *Zweck im Recht* (traduit en tant que *L'évolution du droit* par de Meulenaere, Paris, 1901) ; le droit se comprend par ses buts : le débiteur ne paie pas sa dette parce qu'il le doit mais pour se libérer.

23 *Op. cit.*, p. 715.

24 V. Ph. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 269 *sq.* ; et S. Hennette-vauchez au *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, dir. O. Cayla, J.-L. Halperin, p. 341 *sq.*

25 Ce qui tient à la variété de ses sens dans la théorie juridique, v. *formalisme juridique* par M. Jori, N. Arnaud-duc et A.-J. Arnaud au *Dictionnaire de théorie et de sociologie du droit*, dir. A.-J. Arnaud,

26 Ce que P. J. Kelley appelle *extreme legalism* : « *the position that judges ought to decide a current case based on the rules established by past precedent, without appeals to special claims of justice in an individual case, and without appeals to any higher-order normative principles beyond or in back of the prior precedent*», *Holmes, Langdell*

rôle primordial du *stare decisis* donne encore sa mesure au formalisme langdellien : le précédent fixe le principe à suivre ; il formalise la règle dans la mesure où il la rigidifie[27]. Le formalisme vient aussi au terme d'une conviction langdellienne et son corollaire : le classement des principes juridiques établi selon des critères logiques assure la scientificité du droit ; corrélativement, la bonne solution à un cas peut être établie scientifiquement[28].

À l'évidence, la méthode des cas et le formalisme ne sont pas les éléments auxquels Strauss renvoie lorsqu'il rapproche le programme transsystémique du moment langdell. Il propose une lecture historique de ce dernier. Langdell prend la tête de la faculté de droit de Harvard au cours d'une période de changements dans la société américaine. L'économie se « nationalise », ce qui signifie ici que les transactions inter-étatiques s'intensifient de manière inédite. La dimension nouvelle des échanges appelle un droit plus global. L'étude des cas sélectionnés par le professeur amène à le découvrir. Ainsi, Langdell contribue à dégager le *common law* comme facteur d'unification du droit américain[29].

Une autre conception de la science juridique est alors à l'œuvre. Le droit constitue une discipline autonome au sein des sciences sociales[30]. Dans le célèbre discours prononcé à l'occasion du 250e anniversaire de l'Université de Harvard, Langdell se livre à une profession de foi. On est alors en 1886 et sa méthode a propulsé l'école de droit de Harvard devant celle de Columbia. Le succès – et les critiques – rendent possible un positionnement plus affirmé de la part du doyen : le droit est une science dont les matériaux se trouvent dans les livres[31]. Il s'agit donc d'une science qui a son objet propre. Le droit est un phénomène positif, empirique même, qui s'observe au travers des décisions de justice sélectionnées dans les *case books*. La science juridique peut alors – et doit – étudier le droit tel qu'il est, ce qui sous-entend qu'elle laisse à d'autres savoirs le soin de l'étudier tel qu'il devrait être[32]. Ici encore, la posture est formaliste : droit et morale se distinguent, ce qui ne peut advenir qu'à condition d'identifier le droit à coup sûr, formellement[33].

La postérité de la méthode langdellienne doit probablement beaucoup à la théorie nouvelle du droit qui s'en dégage. Il me semble que la méthode s'impose moins pour des raisons pédagogiques qu'en raison de sa stabilité conceptuelle. À sa genèse, se trouve la question : quel droit faut-il enseigner ? Et non pas : comment organiser les études de droit ? La réponse à la première question se dessinant, le programme des études de droit peut suivre. Et de fait, le mode d'organisation des études de droit proposé par Langdell est devenu le programme des facultés américaines.

and Formalism, Ratio Juris, vol. 15, 2002, p. 26 *sq.*, disponible sur la base Wiley, p. 48 pour la citation.

27 Le mot est de Carbonnier : « le *stare decisis* a été introduit pour donner une rigidité, donc une sécurité au droit », *op. cit.*, n° 148.

28 Ph. Jestaz et C. Jamin, *op. et loc. cit.*

29 « To Langdell, law meant common law », E. Rubin, *Whats's wrong with Langdell's Method, and what to do about it*, Vanderbilt law review, vol. 60, 2007, p. 609 *sq.*, spec. p. 616 *sq.*

30 Ce pourquoi le nom de Langdell s'attache à la pensée juridique classique américaine, v. D. Kennedy, *Towards an historical understandings of legal consciousness : the case of classical legal thought in America, 1850-1940*.

31 «*law is a science and… all the available materials of that science are contained in printed books*». La citation est connue et souvent commentée. Ont été utilisés ici deux textes qui en contiennent l'analyse, au moins partielle : P. J. Kelley, *op. cit.* ; L. A. Grossman, *Langdell Upside Down : the Anticlassical Jurisprudence of Anticodification*, Berkeley Electronic Legal Series, 2006, paper 1004, disponible sur law.bepress.com ; il faut également citer T.C. Gray, *Langdell's orthodoxy*, University of Pittsburgh Law Review, 1983, texte décrit comme le plus influent des articles modernes sur Langdell par Grossman, malheureusement introuvable sur l'internet.

32 Voy. l'analyse critique du conflit des facultés menée du côté du droit par M. Xifaras, *Droit rationnel et droit romain chez Kant. Note sur le conflit des facultés, in Généalogie des savoirs juridiques contemporains, Le carrefour des Lumières*, dir. M. Xifaras, Bruylant, 2007, p. 123 *sq.*

33 En ce sens, P.J. Kelley, *op. cit.*, rappr. du *pedigree* de la règle dont parle Dworkin dans *Prendre les droits au sérieux,* PUF, 1995.

Voici ce que l'on peut retenir du moment langdell pour comprendre le rapprochement opéré par Peter Strauss avec le transsystémique :

- Il facilite le passage des particularismes du droit des états à un droit plus global.
- Il opère un changement radical dans la manière d'enseigner le droit.
- Il inaugure une conception nouvelle de la science juridique comme science autonome qui étudie un objet spécifique.

Lorsque McGill organise le *Curriculum Review Comitee*, l'heure n'est plus à la méthode des cas. La *sociological jurisprudence*, le réalisme, les *critical legal studies* ont, parmi d'autres mouvements de la pensée juridique, politique ou économique, organisé une critique puissante du formalisme langdellien. La rénovation des études de droit ne peut l'occulter. Par ailleurs, McGill a recueilli – tradition civiliste oblige – le legs de l'activité intellectuelle européenne. Ainsi, pandectisme, jurisprudence des intérêts, méthodes historico-comparatives marquent de leur empreinte le projet théorique. Au milieu de ce foisonnement culturel, que peut alors signifier « transsystemia – are we approaching an new langdellian moment » ? Simplement que des convergences existent :

- Comme en 1870, un nouveau programme d'enseignement veut tirer les conséquences de la globalisation juridique. La différence tient à l'ampleur du phénomène : cantonné aux États-Unis d'Amérique au XIXe siècle, mis à l'échelle du monde au XXIe siècle.
- Le programme transsystémique substitue un nouveau matériel d'enseignement à l'ancien comme la méthode des cas l'imposait en son temps (les *case books* remplacent les *text books*). Les étudiants de McGill doivent se munir de livres en *common la*w **et** en droit civil. La simultanéité de l'étude surprend davantage que son ampleur. Le bi-juridisme québecois appelle une double compétence pour qui veut être un juriste complet. Mais d'habitude, *common law* et droit civil sont étudiés séparément. La méthode langdellienne et la méthode transsystémique se rapprochent aussi sur un autre point dans l'amphithéâtre. Elles empruntent pareillement à la méthode socratique qui organise la progression du savoir par le dialogue et la controverse.
- De manière plus spectaculaire, l'enseignement transsystémique est le prolongement pédagogique d'un changement de conception de l'objet de la science juridique[34]. Ce dernier ne se limite pas au droit positif, formellement rattaché à un système. Il est une compétence permettant au juriste de répondre à la question qu'on lui pose / de défendre l'intérêt en cause, quelles que soient les règles en vigueur. Au fond, le droit est conçu comme un savoir, un savoir spécifique en raison de son utilité pratique. La proximité avec le moment langdell est alors évidente et Peter Strauss le souligne dans le texte : le droit est une science autonome au sein des sciences sociales.

C'est pourtant sur ce dernier point que les différences les plus flagrantes apparaissent. Le transsystémisme n'est pas formaliste. La science du droit est un savoir spécifique, mais certainement pas parce que son objet serait lui-même isolé, définissable hors de ce qui fait l'objet des sciences sociales. Il est spécifique parce qu'irréductiblement utile. Il faut pour cela admettre que le juriste professionnel a une utilité qui lui est propre dans ce monde. Sur ce point précisément, le transysstémisme hérite de certains mouvements critiques américains, disons réalisme et CLS. L'utilité des juristes s'accroît dans la mesure de leur capacité à déconstruire. Celle-ci conditionne l'aptitude de se mouvoir d'un système à l'autre. L'ambition du programme de McGill est à la mesure

34 P. GLENN, *op. cit.*

de la complexité du droit. La théorie langdellienne est à classer du côté du rationalisme constructiviste. Le programme transsystémique ne construit qu'une théorie de la connaissance juridique ; celle-ci s'appuie sur le constat empirique (le bi-juridisme québécois est une expérience) de la relativité du droit.

Au carrefour de la jurisprudence du droit romain, du conceptualisme, du réalisme et des théories critiques en général, les implications théoriques du programme transsystémique ne laissent pas le lecteur européen en terre inconnue.

McGill propose un contre-modèle particulièrement stimulant. En particulier à tous ceux qui ont pris l'habitude séculaire de construire leur enseignement autour d'une synthèse du droit positif et des théories générales qui finissent par se confondre au fil de leur plume.

Ce n'est pourtant pas cela que Peter Strauss privilégie lorsqu'il se demande si les facultés américaines doivent importer l'enseignement transsystémique. L'enjeu principal est ailleurs, sur le marché du droit et de l'enseignement du droit. Les implications catallactiques du programme transsystémique surprennent.

3. Les implications catallactiques du programme

Le Doyen Langdell contribue à installer le leadership de Harvard qui passe alors devant Columbia. L'histoire du moment langdell est donc aussi celle du changement dans la hiérarchie des universités américaines. Le recrutement par les firmes de New-York fournit le critère qui permet d'établir la hiérarchie. C'est ainsi que Peter Strauss aborde son exploration du programme transsystémique. Une question domine le texte. L'École de droit de Columbia doit-elle suivre McGill dans le transsystémisme, comme elle avait naguère suivi Harvard dans l'enseignement du droit national américain (contre l'enseignement du droit des États) ? L'enjeu n'est pas que scientifique. Il est économique. Le marché sanctionnera Columbia si elle fait les mauvais choix. Les étudiants s'inscriront ailleurs, dans les facultés qui ont pris la mesure du changement de paradigme.

Pour Peter Strauss, il est entendu que les mutations économiques contemporaines sont comparables à celles survenues aux États-Unis au lendemain de la guerre civile. Cela veut dire que de nouveaux besoins de droit se font sentir. L'activité économique mondialisée appelle des juristes aux aptitudes renouvelées[35]. Des juristes capables de défendre les intérêts des individus quel que soit le système juridique dans lequel ils évoluent.

La problématique du marché présente une double dimension. Plus exactement, l'enseignement transsystémique apporte une réponse possible à deux types de demandes interdépendantes. La première est celle des employeurs. Les facultés de droit doivent répondre aux besoins du marché de l'emploi des juristes. La seconde demande est, par contrecoup, celle des étudiants. Les facultés de droit doivent répondre aux besoins du marché de l'enseignement du droit.

Le constat appelle une remarque. Le lien sur lequel Peter Strauss insiste entre la transmission du savoir et le marché apparaît tel qu'il conduit à inverser la perspective que l'on connaît en France dans les facultés de droit. Par habitude, les propositions théoriques sur le droit sont indirectement connectées au marché de l'emploi des juristes. Le propos doit être ici borné aux théories de la dogmatique juridique. En effet, les juristes dogmaticiens sont dans un rapport de proximité avec ce qu'on appelle la pratique juridique du fait de leur objet[36]. La méthode

35 A.-J. Arnaud, *Entre modernité et mondialisation, Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, L.G.D.J., Droit et société, 1998.

36 La dogmatique juridique est définie au *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* comme le « domaine de la science du droit consacré à l'interprétation et à la systématisation des normes juridiques », *op. cit., Dogmatique juridique* par A. Aarnio et N. Arnaud-duc.

inductive qui domine la dogmatique fait que ses théories ont une fonction essentiellement descriptive du droit positif. Elles sont des instruments du savoir, indifféremment de leur utilité pour celui qui cherche un emploi de juriste professionnel. On n'enseigne pas telle ou telle théorie (l'obligation, le patrimoine, la cause, la preuve) parce qu'elle offre à l'étudiant qui la maîtrise une chance supplémentaire d'être embauché. Mais parce que c'est un bon moyen de comprendre le droit positif. En conséquence, l'orientation du marché de l'emploi des juristes n'est jamais considérée comme une problématique scientifique pour la dogmatique.

Au contraire, le programme transsystémique, vu par Peter Strauss, témoigne de ce qu'un projet théorique peut trouver sa source dans la question de l'emploi des futurs juristes. Le contenu du savoir à transmettre est lié à une conception du droit elle-même dépendante de ce qu'attend le marché d'un juriste dans une économie mondialisée. Et le choix a été fait d'offrir à l'étudiant un arsenal de théories qui seront utilisées dans sa pratique, au gré des intérêts qu'il aura en charge. On comprend alors que la concurrence entre les universités peut être pleinement scientifique – la science est objet de marché : les théories juridiques s'affrontent aussi bien qu'au procès. L'option en faveur de telle ou telle théorie peut faire basculer la hiérarchie des universités, comme le choix des conceptions langdellienne l'a fait dans la deuxième moitié du XIXe siècle

Le rapport de l'enseignement au marché suggère autre chose. Il permet de préciser la portée de l'expression « dogmatique juridique ». Celle-ci s'abstrait de tout marché ; elle ne comporte aucune dimension catallactique. Ceci a probablement été pour beaucoup dans la réussite pédagogique des théories dogmatiques[37]. C'est peut-être aujourd'hui un handicap compte tenu des changements portés par la mondialisation dans le domaine du droit. L'ambition descriptive de la dogmatique fait que l'évolution du droit appelle un constat de sa part à compter du moment où ce changement se répercute au plan normatif. Il est inconcevable que l'enseignement du droit participe à la modification du droit. Les analyses dynamiques, réalistes, politiques ne sont alors pas du ressort des facultés de droit. Décrire le système de normes juridiques tel qu'il est voilà la tâche du juriste universitaire ; Langdell le pensait aussi. Mais il a pourtant, pour cette raison, contribué à façonner le droit américain de son temps. Le paradoxe serait que le legs de l'ancien moment Langdell nous empêche de préparer le nouveau.

La question de l'importation de l'enseignement transsystémique à Columbia reste ouverte au terme de l'article de Peter Strauss. Il y est favorable, fait des propositions en ce sens mais laisse le marché décider. Son texte provoque, en fin de compte, chez un juriste universitaire français d'autres interrogations : délivre-t-on encore un savoir adapté à la complexité du monde ? Peut-on jurer que nous sommes utiles ? Parmi d'autres possibles, McGill propose une réponse.

37 Carbonnier, *L'esprit sociologique dans les facultés de droit*, L'année sociologique (Sociologie juridique et morale, V), 1964, p. 466-469, reproduit dans les *Écrits*, textes réunis par R. Verdier, PUF, 2008, p. 946 *sq.*

La jurisprudence de John Austin

À propos de *The Province of Jurisprudence Determined* et *The Uses of the Study of Jurisprudence**

Par Alexandre GUIGUE**

Alors qu'il a joué un rôle certain dans l'histoire du positivisme juridique, John Austin demeure peu connu en France. Successivement avocat, professeur de jurisprudence et chargé de mission pour la Couronne britannique, il n'a publié qu'un seul ouvrage de son vivant à partir de ses cours. Dans The Province of Jurisprudence Determined, Austin développe une conception du droit qui, si elle reçoit l'influence des philosophes britanniques, n'en est pas moins originale pour l'époque. Par une réduction de l'objet de la jurisprudence à un ensemble de commandements assortis d'une sanction et posés par un souverain habituellement obéi, Austin jette les bases des positivismes modernes. Il rompt aussi avec l'exposé systématique du droit positif pour fonder une discipline nouvelle dans la Grande-Bretagne du XIXe siècle: la jurisprudence générale, plus connue désormais sous le nom de théorie générale du droit.

Although he played a significant part in the history of legal positivism, John Austin is not very well known in France. Successively a lawyer, a professor of jurisprudence and a Royal commissionner, he published only one book during his life, based on his lectures. In The Province of Jurisprudence Determined, Austin develops a concept of law which is, although influenced by the greatest english philosophers, very peculiar for the time. By reducing the subject of jurisprudence to a set of commands accompanied by sanctions and generated by a generally obeyed sovereign, Austin sets the foundations of modern positivism (s). He also rejects systematic presentations of legislation and creates a new legal discipline which appeared in Great-Britain during the XIXth century: general jurisprudence, now better known as legal theory.

---

* À l'initiative de Hart, les deux écrits ont fait l'objet d'une publication dans un seul et même ouvrage en 1954. J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined,* Explications préliminaires, Indianapolis/Cambridge, Hackett Publishing Company, 1954, 396 p. Dans cette étude, sauf mention contraire, toute référence aux deux travaux renverront à cette édition sous les abréviations *The Province* et *The Uses*. Les traductions françaises présentes dans cette étude sont les nôtres sauf quand il s'agit de passages contenus dans l'essai « *The Uses* » ainsi que l'*Outline* à ses *lectures* (texte introductif à ses cours). Nous empruntons dans ce cas les traductions de G. Henry *in* J. Austin, *La philosophie du droit positif*, Paris, LGDJ, A. Rousseau, trad. G. Henry, 1894, 60 p.

** Maître de conférences, Université de Savoie (alexandre.guigue@univ-savoie.fr).

Un retour sur l'œuvre de John Austin est aujourd'hui une nécessité. Dans le contexte de la naissance de *Jurisprudence revue critique*, une première raison tient au terme « jurisprudence ». John Austin fut le premier titulaire d'une chaire de jurisprudence à l'université de Londres nouvellement créée et le terme est omniprésent dans ses écrits. Le titre de son ouvrage *The Province of Jurisprudence Determined*[1] témoigne de son objectif d'une délimitation précise du champ de ce qu'il appelle « jurisprudence ». Nulle part dans les six *Lectures* qui constituent l'ouvrage n'est-il pourtant question de décisions de justice. Le mot a pour Austin un sens très particulier dont l'ambition rappelle celui de cette revue. Une deuxième raison tient à un paradoxe. Alors qu'Austin est assez peu étudié en France[2], sa pensée a joué un rôle considérable dans l'histoire du positivisme, de la philosophie analytique et de la théorie du droit. S'il a grandement influencé la doctrine anglo-saxonne, on sait peu son importance pour Kelsen. En 1954, Hart n'hésite pas à écrire la chose suivante à ce propos :

> « *On the Continent his work remained almost unknown till the end of the last century and perhaps because of this Kelsen's 'pure theory' of law which has much in common with Austin's doctrine made so great an impact on Continental jurists*[3] ».

Ce manque mérite d'être comblé et nous entendons y contribuer en attirant l'attention sur la vie et la pensée de celui qui fut professeur de jurisprudence. Après des présentations biographiques et bibliographiques, notre analyse se portera sur le seul ouvrage publié de son vivant *The province of jurisprudence determined* complété par le court appendice *The Use of the Study of Jurisprudence* qui se substitua à la traditionnelle introduction qui précédait ses cours. Enfin, il importe de situer Austin dans l'histoire de la pensée sur le droit. Le contexte philosophique et juridique de son œuvre et l'influence qu'il a notamment exercée sur Hart et sur Kelsen font de lui un lien essentiel entre la tradition jusnaturaliste de ses prédécesseurs et l'essor du positivisme juridique après lui.

1. La vie de John Austin

La vie de John Austin est instructive à plus d'un titre[4]. Ce qui frappe d'abord est qu'il connaît trois carrières distinctes[5] et que celle de professeur n'est pas

1 J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres, John Murray, 1832, 391 p.

2 Olivier Cayla salue ainsi l'importance de son œuvre en présentant son quasi-homonyme John Langshaw Austin dans le Dictionnaire des grandes œuvres juridiques. Il indique même que le lecteur aurait pu s'attendre à trouver l'autre Austin dans l'ouvrage, le « philosophe du droit qui marqua l'histoire du positivisme juridique ». On doit cependant se contenter de références diffuses en lisant les développements consacrés à Hart, Dicey ou Mill… *in Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, dir. O. Cayla et J.-L. Halpérin, Paris, Dalloz, 2008, p. 14.

3 « Sur le Continent son œuvre demeura presque inconnue jusqu'à la fin du siècle dernier et peut-être pour cette raison la théorie pure du droit de Kelsen qui a beaucoup de points communs avec la doctrine de Austin eut un si grand impact sur les juristes continentaux ». H.L.A. Hart, *Introduction, in The Province of Jurisprudence Determined and The uses of the Study of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. XVIII.

4 Il existe de nombreux exposés de la vie d'Austin. Les informations biographiques présentées dans cet article sont issues des souvenirs de Sarah Austin en préface aux *Lectures on Jurisprudence* (London, John Murray, Albemarle Street, 4e éd., 1879, p. 1-31) et de la préface de Hart en introduction à la réédition de *The Province of Jurisprudence Determined* and *The Uses of the Study of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. IX à XVIII. Les deux textes sont très complémentaires. Sarah Austin apporte de très nombreux détails sur chaque période de sa vie tandis que Hart agrémente son exposé d'une analyse de sa pensée et de son influence sur la doctrine juridique. Parmi les très nombreux écrits sur Austin, on trouve des explications éclairantes *in* W.E. Rumble, *Doing Austin Justice, The reception of John Austin's Philosophy of Law in Nineteenth Century England*, Londres, Continuum studies in British Philosophy, 2005, ainsi que dans l'ouvrage de Clarence Morris, *The Great legal Philosophers*, Selected Readings on Jurisprudence, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2e éd., 1963, p. 335 et 336. À la fin de sa préface, Hart dresse une liste des écrits évoquant la vie de Austin.

5 Outre son engagement dans l'armée, les trois carrières sont celles d'avocat, de professeur et de chargé de mission pour le

la plus longue. Il est même contraint de démissionner parce que les étudiants désertent ses cours ! Ensuite, Austin n'a publié qu'un seul ouvrage, notamment parce qu'il éprouve les pires difficultés quand il s'agit d'écrire en raison de l'extrême rigueur qu'il s'impose. Enfin, la richesse des débats qu'il a entretenus à différents moments de sa vie a de quoi impressionner. À Londres, ses voisins se nomment Jeremy Bentham, James et John Stuart Mill. À Bonn, il devient ami avec Niebuhr et Von Schlegel, et à Berlin, il est impressionné par Savigny qu'il considère comme un de ses maîtres. Son épouse Sarah se fait aussi l'écho de vibrants hommages qu'elle a reçus de personnes illustres comme celui de Guizot qui considérait Austin comme « un des hommes les plus distingués, un des esprits les plus rares, et un des cœurs les plus nobles [qu'il ait] connus »[6].

Première carrière (1818-1825). John Austin est né en 1790. Fils aîné d'un meunier prospère de Ipswich, il rejoint l'armée en 1806 en qualité de lieutenant à Malte et en Sicile. En 1812, il démissionne pour étudier le droit. Il entame une carrière d'avocat en 1818 et épouse Sarah Taylor l'année suivante. Le couple s'installe à Londres dans le « centre intellectuel du mouvement en faveur de la réforme »[7]. Leur maison jouxte pratiquement celle de James Mill et ils peuvent apercevoir « le jardin de Bentham où leur fille unique Lucie jouait avec John Stuart Mill »[8]. Pour plusieurs raisons et notamment en raison d'une santé déjà précaire, sa carrière d'avocat est un échec. Il s'interrompt après sept années de pratique.

Deuxième carrière (1826-1834). Par chance, en 1826, il se voit confier la chaire de professeur de jurisprudence à l'université de Londres nouvellement fondée. Il entame alors une carrière enthousiasmante qui constitue un tournant décisif pour son œuvre future. Afin de préparer ses cours, il s'installe à Bonn pendant deux ans. Il entreprend l'étude des Institutes de Gaïus, des Pandectes et des travaux d'Hugo, Thibaut et Savigny. En 1828, ses premiers cours sont très suivis, notamment par les membres du cercle benthamien[9]. Le succès est néanmoins de courte durée. Son enseignement est peu adapté à des étudiants impatients de se concentrer sur la pratique professionnelle. Progressivement, ils se font rares et mettent en péril sa chaire qui n'est pas dotée et dépend des frais d'inscription[10]. La mort dans l'âme, Austin démissionne. Sur l'insistance de son épouse, une version étendue de ses cours est publiée en 1832 sous le titre *The Province of Jurisprudence Determined*. En 1834, Austin reprend son enseignement au Inner Temple mais doit abandonner encore plus vite, ce qui marque le terme prématuré de sa carrière de professeur.

Troisième carrière (1833-1838). Avant la reprise de ses enseignements au Inner Temple, Austin a une autre occasion de mettre à l'œuvre ses talents de juriste. En 1833, l'influence de certains de ses amis lui permet d'être nommé à la commission parlementaire sur le droit pénal (*criminal law Commission*). D'abord enthousiaste, il déchante une fois de plus lorsqu'il s'aperçoit que les pouvoirs conférés à la commission ne lui permettent pas d'engager un travail de fond. En outre, ce qui lui paraît devoir présider à toutes réformes diffère profondément de l'opinion de ses collègues. Il lui est alors difficile de percevoir de l'argent public pour un résultat qu'il sait

Gouvernement (réforme en matière pénale et mission à Malte).

6 S. Austin, Préface de Sarah Austin à la première édition des *Lectures on Jurisprudence*, *op. cit.*, 1861 p. 16.

7 Ce sont les termes de Hart. *Introduction, The Province of Jurisprudence Determined, op. cit.,* p. IX.

8 C. Morris, *The Great legal Philosophers, Slected Readings on Jurisprudence*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2e éd., 1963, p. 335.

9 Hart cite les noms de certains étudiants dont faisaient partie John Stuart Mill, George Cornewall Lewis, Romilly, Erle et Charles Buller. *Introduction, The Province of Jurisprudence Determined, op. cit.,* p. VIII.

10 C. Morris, *The Great legal Philosophers, op. cit.,* p. 335.

déjà condamné. Il démissionne après avoir signé les deux premiers rapports de la commission et s'installe à Boulogne. Presque immédiatement après, il obtient une nouvelle mission. Le *colonial Office* lui propose de partir à Malte en qualité de commissaire du roi pour s'occuper des doléances des natifs de l'Ile et envisager les réformes nécessaires. Cette activité lui procure quelques satisfactions. Ses recommandations dans toutes sortes de domaines sont suivies et ses projets de réforme deviennent plus nombreux. La mission est cependant brutalement stoppée après deux années et Austin perçoit une rétribution importante de 3 000 livres. Le métier d'écrivain et de traducteur de son épouse Sarah leur permet de vivre à l'étranger, d'abord en Allemagne puis à Paris. En 1848, l'agitation en France l'incite à retourner en Angleterre. Ils s'installent à Weybridge jusqu'à sa mort en 1859.

2. L'œuvre de John Austin

L'œuvre écrite de John Austin est un peu particulière. Il doit la trace qu'il a laissée dans la pensée juridique à l'insistance et à l'abnégation de son épouse car il n'a à proprement parler jamais rédigé de livres. L'insistance d'abord pour la publication de *The Province* en 1832 et qui reprend sous la forme de six *lectures* son enseignement à l'université de Londres. Il s'agit de l'œuvre majeure d'Austin. Le reste des écrits a été porté à la connaissance du public grâce à l'abnégation de Sarah qui entreprend de publier à titre posthume le reste de ses cours sous le titre *Lectures on Jurisprudence*[11]. Le livre comporte 57 *lectures* et est le plus souvent publié en deux volumes. Les six premiers correspondent à *The Province*, les autres sont des Cours de jurisprudence restés inachevés. Dans la partie finale de l'ouvrage se trouvent diverses notes dont un article intitulé *The uses of the Study of Jurisprudence*, très utile à une compréhension rapide de ses objectifs théoriques. John Stuart Mill, qui avait été l'étudiant d'Austin, mesurait mieux que quiconque l'importance d'une présentation de sa conception de la jurisprudence. Il insista auprès de Sarah pour améliorer les *Lectures*. Le texte, issu des notes introductives rédigées par Austin pour ses cours à l'université de Londres, fut d'abord publié sous la forme d'un essai avant d'être intégré aux *Lectures on Jurisprudence* avec, semble-t-il, des modifications apportées par son épouse et certaines suggestions de John Stuart Mill[12]. L'ouvrage *Lectures on Jurisprudence*, qui est le plus volumineux de ceux attribués à Austin, a connu cinq éditions (1861, 1863, 1874, 1879 et 1885), ainsi qu'une édition spéciale à destination des étudiants (*Student's edition*)[13]. L'ouvrage original fit enfin l'objet d'une analyse détaillée par Robert Campbell[14].

Il n'existe qu'une seule traduction française d'écrits de Austin. On la doit à G. Henry. Sous le titre « La philosophie du droit positif »[15], il propose la traduction de deux textes. Le premier est *The uses* qu'il nomme « La philosophie du droit positif, son objet, son utilité ». Le second est la leçon d'ouverture dans laquelle Austin donne le programme de son enseignement[16]. Il n'existe donc aucune traduction française de *The Province* ou des autres *Lectures on Jurisprudence*. Les études en langue française consacrées à Austin ne sont par ailleurs pas nombreuses. Signalons cependant celle de René Sève

11 J. Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, Londres, John Murray, Albemarle Street, 1885, 2 vol.

12 W.E. Rumble, *Doing Austin Justice, op. cit.*, p. 77-79.

13 J. Austin, *Lectures on Jurisprudence, or The philosophy of Positive Law*, Student's edition Abridged, Londres, John Murray, 1875, 504 p.

14 G. Campbell, *An analysis of Austin's Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*, Londres, John Murray, 1905, 198 p.

15 J. Austin, *La philosophie du droit positif, op. cit.*

16 Le titre anglais de cette introduction est *An Outline of A Course of Lectures on General Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law*. (ci-après *Outline*).

intitulée « La théorie du droit selon John Austin. Le positivisme tel qu'il devrait être ? »[17].

Outre les ouvrages proprement dits, Austin a signé différents textes qui ne portent pas sur la jurisprudence (ou la philosophie du droit positif). En 1826, il publie un plaidoyer pour la suppression des obstacles à la formation de sociétés à responsabilité limitée[18]. Il signe également deux articles dans l'Edinburgh Review, l'un portant sur *Das Nationale System der politische Oekonomie* de Friedrich List[19] et l'autre intitulé *Centralisation*[20]. Plus tard, il écrit un pamphlet intitulé *A Plea for the Constitution* dans lequel il met en garde contre le suffrage populaire et les réformes démocratiques du Parlement[21]. Enfin, comme nous l'avons indiqué plus haut, il signe deux rapports (1834 et 1839) de la *Criminal Law Commission* dont il a fait partie durant deux ans[22].

3. La pensée de John Austin

L'essentiel de **la pensée de John Austin** peut être appréhendé à travers *The Province*, principalement les *Lectures* 1 et 6 dans lesquels il définit le droit positif, la note *The Uses* ainsi que la leçon d'ouverture de ses cours[23]. Dans ce dernier texte intitulé *Outline of the course of lectures*, Austin annonce clairement son objectif :

« *Preliminary Explanations*

I. I shall determine the province of Jurisprudence.

II. Having determined the province of Jurisprudence, I shall distinguish general jurisprudence, or the philosophy of positive law, from what may be styled particular jurisprudence, or the science of particular law : that is to say, the science of any such system of positive law as now actually obtains, or once actually obtained, in a specifically determined nation, or specifically determined nations.

Having distinguished general from particular jurisprudence, I shall show that the study of the former is a necessary of useful preparative to the study of the science of legislation. I shall also endeavour to show, that the study of general jurisprudence might precede or accompany with advantage the study of particular systems of positive law

III. Having determined the province of Jurisprudence, and distinguished general from particular jurisprudence, I shall analyse certain notions which meet us at every step, as we travel through the science of law »[24].

General jurisprudence (La jurisprudence générale)

Il est difficile de traduire, non pas au sens littéral mais au sens juridique[25], les expressions choisies par

17 R. Seve, La théorie du droit selon John Austin. Le positivisme tel qu'il devrait être ?, i*n Du positivisme juridique*, Cahiers de philosophie politique et juridique, université de Caen, 1988, p. 69-83.

18 J. Austin, Joint Stock Companies, *Parliamentary History and Review*, 1826.

19 J. Austin, Friedrich List's *Das Nationale System der politische Oekonomie, Edinburgh Review*, vol. 75, 1842.

20 J. Austin, Centralisation*, Edinburgh Review*, vol. 85, 1847.

21 J. Austin, *A Plea for the Constitution,* Londres, John Murray, 2e éd., 1859, 42 p.

22 J. Austin, C.G. Lewis, *Reports of the Commission on Criminal Law*, Parliamentary Papers, 1839.

23 Notre étude porte presque exclusivement sur ces deux ouvrages.

24 J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, Londres, John Murray, Alebermale Street, 2e éd., 1861, *Outline,* p. LIX et LX. Voici la traduction de G. Henry : « Explications préliminaires. En premier lieu, je déterminerai le domaine de la jurisprudence. En second lieu, le domaine de la jurisprudence une fois déterminé, je distinguerai la jurisprudence générale ou Philosophie du droit positif de ce qu'on peut appeler la jurisprudence particulière ou la science des législations particulières, c'est-à-dire la science de tout système de droit positif qui est maintenant ou a été autrefois effectivement en vigueur chez une ou des nations spécialement déterminées. En troisième lieu, après avoir déterminé le domaine de la jurisprudence et distingué la jurisprudence générale de la jurisprudence particulière, j'analyserai certaines notions que nous rencontrons à chaque pas quand nous voyageons à travers la science du droit ». J. Austin, La philosophie du droit positif, Paris, LGDJ, A. Rousseau, trad. G. Henry, 1894, p. 23-26.

25 Rien ne s'oppose en effet à ce que *general jurisprudence* soit traduit littéralement en jurisprudence générale puisque les termes sont propres à l'auteur. Il s'agit d'ailleurs du titre du premier recueil Dalloz : Jurisprudence générale du Royaume, fondée en 1824.

Austin pour constituer l'objet de son analyse. Le terme « *jurisprudence* » est évidemment une notion clef. Dans les pays de *common law*, il a souvent désigné tout à la fois la dogmatique juridique, la philosophie du droit et la théorie du droit[26] avant de correspondre de manière plus précise à la « science du droit »[27]. Une telle traduction ne couvre cependant pas l'usage qu'en fait Austin. Confronté au même problème avec Hart, Michel Van de Kerchove choisit de traduire *jurisprudence* par « théorie générale du droit », estimant qu'elle rend mieux compte de l'ambiguïté du terme[28]. Il est sans doute plus correct de le traduire de manière générale par science du droit, mais Austin et Hart en donnent un sens plus restrictif qui le rapproche de la seule partie de la science du droit que l'on nomme théorie générale du droit. Austin facilite quelque peu la compréhension puisqu'il imagine différentes expressions comportant le mot *jurisprudence*. Il les définit avec précision et les distingue fortement. Il sépare ainsi *general jurisprudence*, aussi appelée *philosophy of positive law* (philosophie du droit positif), de *particular jurisprudence* qui correspond à l'étude de tel ou tel système de droit positif « qui est maintenant ou a été autrefois effectivement en vigueur chez une ou des nations spécialement déterminées »[29]. À l'appui de cette distinction, il se réfère explicitement à Hobbes et au sens que ce dernier, à partir du Digeste, prête au *civil laws*. C'est en le citant qu'il illustre le mieux sa démarcation : « *my design is to show, not what is law here or there, but what law is* »[30]. L'œuvre de Blackstone se situe ainsi de l'autre côté de la frontière. Cette distinction fondamentale est la clef du cadre conceptuel proposé par Austin.

En français cependant, la distinction est délicate. Elle s'apparente mal à la terminologie usuelle de la philosophie du droit. Si l'on excepte les traductions courantes et que l'on s'en tient aux définitions données par Austin lui-même, il faut mettre de côté l'expression « philosophie du droit positif »[31] et traduire *jurisprudence* par science du droit, *general jurisprudence* par « théorie générale du droit » et *particular jurisprudence* par science du droit positif français, anglais, allemand… La distinction que propose Austin a un but précis : fonder l'étude de ce qu'il appelle *general jurisprudence*, c'est-à-dire la théorie générale du droit. Ceci explique que dans la doctrine anglo-saxonne ultérieure, notamment chez Hart, la jurisprudence soit essentiellement assimilée à son volet général, la « théorie générale du droit ». En tant que branche de la science du droit, elle est une analyse du droit, c'est-à-dire seulement une des quatre parties généralement attribuées

26 M. Van Hoecke, F. Ost, Théorie générale du droit, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2e éd., 1993, p. 611.

27 E. Serverin, Jurisprudence, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 325.

28 Voici ce qu'il écrit dans une note à la préface de l'édition anglaise de *The Concept of Law* : « Nous avons pris le parti de traduire le terme anglais « jurisprudence » par « théorie générale du droit », plutôt que par « philosophie du droit » ou « science du droit », comme on le fait parfois. Seul ce terme nous paraît en effet refléter l'ambiguïté dont se trouve *a priori* affectée la jurisprudence anglaise du point de vue de son statut épistémologique (le propos est-il philosophique ou scientifique ?), tout en soulignant le niveau de généralité qui est en principe le sien ». H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1976, (trad. M. Van de Kerchove et J. Van Drooghenbroeck), p. 11.

29 Selon la traduction proposée par G. Henry car le contexte de cette catégorie de jurisprudence est présentée par Austin de la manière suivante : « *as now actually obtains, or once actually obtained, in a specifically determined nation, or specifically determined nations* ». *Outline*, p. LIX.

30 « Mon objectif est de montrer, non pas ce que le droit est ici ou là, mais ce que le droit est ». *Outline*, p. LX.

31 Austin précise qu'il emprunte l'expression « *philosophy of positive law* » à Hugo et avance qu'il recouvre bien l'objet de son étude. *Outline* p. LIX. Nous la croyons malheureuse car le *general jurisprudence* qu'il met en avant n'est pas plus de la philosophie du droit que de la dogmatique juridique. L'expression s'est pourtant imposée à G. Henry au point d'en faire le titre de l'ouvrage qu'il attribue à Austin. J. Austin, *La philosophie du droit positif*, *op. cit.*

à la théorie générale du droit[32]. L'étude du concept de droit, titre de l'ouvrage principal de Hart et objet principal des six premiers *lectures* de Austin, n'en couvre donc qu'une partie, associée à l'analyse consécutive de quelques-uns des principaux concepts juridiques, ceux que Austin dit rencontrer à chaque pas lors du voyage à travers la science de droit[33].

Pour introduire l'objet de son étude et donc présenter ce que nous appellerons la jurisprudence générale[34], Austin annonce qu'en dépit des caractéristiques propres à chaque système juridique, il existe des principes, des notions et des distinctions communes aux différents systèmes. L'objet de « sa » jurisprudence se décline donc comme suit :

> « *I mean then, by General Jurisprudence, the science concerned with the exposition of the principles, notions, and distinctions which are common to systems of law : understanding by systems of law, the ampler and maturer systems which, by reason of their amplitude and maturity, are pre-eminently pregnant with instruction* »[35].

L'objectif de Austin dans l'introduction de sa distinction est d'opérer une clarification jugée nécessaire pour l'étude de l'objet droit. Il s'inscrit ainsi dans le prolongement de la « séparabilité » héritée de Hobbes et développée par Bentham. Aussi bien le droit est-il distinct d'autres objets qui lui sont proches, aussi bien l'étude qui se donne pour objet le droit, la science du droit, se doit d'être distinguée des sciences voisines. Le propos est le même chez Kelsen dans les premiers développements de la Théorie pure du droit[36]. Austin entend clarifier, ose-t-on dire « purifier », l'étude du droit de toutes les autres activités scientifiques qui, si elles sont nécessaires, n'en demeurent pas moins source de confusion dans la détermination de ce qu'est le droit.

The subject of jurisprudence (L'objet de la jurisprudence)

La première phrase du *Lecture 1* de *The Province* est très claire : « *the matter of jurisprudence is positive law* »[37]. En faisant de l'objet de la jurisprudence le droit positif, Austin incarne le versant du positivisme qui fait du droit positif le seul droit connaissable et susceptible d'une étude objective. La tâche est ardue pour l'époque puisqu'il faut alors le distinguer d'autres objets qui lui sont généralement associés, particulièrement de la morale. Voici quelques lignes de *The Uses* que l'on croirait extraites des premiers chapitres de *Théorie pure du droit* ou de l'introduction à la doctrine du droit de Kant[38] :

32 M. Van Hoecke, F. Ost, Théorie générale du droit, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, *op. cit.*, p. 611.

33 C'est le troisième volet annoncé par Austin dans ses explications préliminaires, *Outline* p. LIX.

34 Dans la suite de cette étude, nous emploierons les expressions austiniennes *general jurisprudence* et *particular jurisprudence* soit en les traduisant littéralement par « jurisprudence générale » ou « jurisprudence particulière » soit par leurs équivalents « théorie générale du droit » et « science de tel ou tel droit positif ».

35 *The Uses*, p. 367. Traduit par G. Henry : « J'entends donc par Jurisprudence générale la science qui a pour objet l'exposition des principes, notions et classifications appartenant en commun aux divers systèmes de droit, je veux dire, à ceux dont le développement est le plus vaste et le plus avancé et qui, en raison même de cette maturité, sont principalement féconds en enseignement ». J. Austin, *La philosophie du droit positif*, *op. cit.*, p. 23-26.

36 H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, LGDJ, Bruylant, trad. C. Eisenmann, 1999, 2e éd., 1962, p. 9. Kelsen dénonce l'amalgame ; p. 65 *sq.* Il distingue les différents types de normes justifiant l'existence d'une science spécifique pour les normes juridiques.

37 *The Province, Introduction*, p. 9. La première phrase de *The Uses* est similaire : « *The appropriate subject of jurisprudence, in any of its departments, is positive law* », *The Uses*, p. 365.

38 Il est possible de faire plusieurs rapprochements avec les écrits de Kant. Ainsi, lorsque Kant définit le droit, il affirme qu'il « est lié à la faculté de contraindre » ; et concernant la séparation du droit et de la morale, il est aussi tranché que Austin. Pour lui « ce qui est de droit, c'est-à-dire ce que disent et ont dit des lois en un certain lieu et à une certaine époque, il peut assurément le dire. Mais la question de savoir si ce qu'elles prescrivaient était juste et celle de savoir quel est le critère universel auquel on peut reconnaître le juste et l'injuste lui resteront obscures, s'il n'abandonne pas quelque temps ces principes empiriques et ne cherche pas la source de ces jugements dans la

> « *Of Laws or Rules there are various classes. Now these classes ought to be carefully distinguished. For the confusion of them under a common name, and the consequent tendency to confound Law and Morals, is one most prolific source of jargon, darkness, and perplexity. By a careful analysis of leading terms, law is detached from morals, and the attention of the student of jurisprudence is confined to the distinctions and divisions which relate to law exclusively* »[39].

Les premières lignes de son *Lecture 1* consiste à distinguer différentes espèces de règles (*several species of rules*). Austin identifie d'abord les règles faites par Dieu (*Laws set by God*) de celles qui relèvent des hommes (*laws set by men to men*). Parmi les secondes, il distingue ensuite *the positive moral rules* (dépourvus de sanctions juridiques) des *rules* qui constituent le droit positif strictement entendu.

Alors pourtant que la « séparabilité » remonte aux philosophes qui l'ont précédé, la démarcation d'Austin fait de lui l'un des fondateurs de la théorie générale du droit au Royaume-Uni. En tant que juriste « étudiant du droit positif », il restreint le champ de la science du droit et en propose une vue systématique. Dans son œuvre, cette démarche n'est pas la plus contestée, du moins au vu de sa prospérité ultérieure en théorie du droit. En revanche, la définition qu'il donne du droit positif est plus exposée. Austin insiste sur la définition d'éléments communs au(x) droit(s). Ce qu'il appelle « droit positif » est donc « le droit établi, « *positum* », dans une société politique indépendante, par l'autorité de la volonté expresse ou tacite du souverain ou pouvoir suprême ». Quant au droit *stricto sensu*, il recouvre un ensemble de règles qui s'assimilent à des commandements (*commands*). Chaque aspect de cette définition mérite que l'on s'y attarde. Elle renferme à la fois l'attrait de la jurisprudence austinienne ainsi que ses failles.

Laws are commands (les règles juridiques sont des commandements)

Austin précise, les règles juridiques sont des espèces de commandements (« *laws or rules are a species of commands* ») et il en fait la clef des sciences de jurisprudence (« *the key to the sciences of jurisprudence* »)[40]. Pour cerner l'essence du droit, il consacre donc des développements conséquents à la notion de commandement dans son *Lecture 1*. Voici comment il décrit le phénomène qui sous-tend la règle juridique :

> « *If you express or intimate a wish that I shall do or forbear from some act, and if you will visit me with an evil in case I comply not with your wish, the expression or intimation of your wish is a command* »[41].

Le commandement correspond donc à la signification d'un désir mais sa particularité réside dans le mal (*an evil*) infligé en cas de non-obéissance. L'éventualité de la survenance de ce mal génère pour le destinataire du commandement une obligation que Austin nomme *duty*. En cas de non-obéissance, une personne viole à la fois le commandement qui lui a été donné et l'obligation qui en résulte. Le mal qui peut alors survenir est appelé *sanction*.

simple raison ». E. Kant, *Métaphysique des mœurs, Première Partie, Doctrine du Droit*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1971, 4e éd., 1993, p. 103-105.

39 *The Uses*, p. 371. « Il y a des classes diverses de lois ou de règles. Or il faut distinguer ces classes avec soin, car la confusion que l'on en fait sous une dénomination commune, et la tendance qui en résulte à mêler ensemble le Droit et la Morale, constituent une des sources les plus fécondes de logomachie, d'obscurité et d'embarras. Une analyse soigneuse des termes fondamentaux dégagera le Droit de la Morale et limitera l'attention de l'étudiant en jurisprudence aux catégories et divisions qui appartiennent exclusivement au Droit ». J. Austin, *La philosophie du droit positif, op. cit.*, p. 11.

40 *The Province*, *Lecture 1*, p. 13.

41 *The Province*, *Lecture 1,* p. 14. « Si tu exprimes ou ordonnes le souhait que j'agisse ou que je m'abstienne de faire telle ou telle chose, et si tu viens m'infliger un mal dans le cas où je ne me conforme pas à ton souhait, l'expression de ton souhait ou l'ordre donné s'analyse en un commandement ».

The sanction connected to the command (la sanction associée au commandement)

Austin propose d'opérer une distinction temporelle pour qualifier les conséquences du commandement : quand il évoque directement la possible survenance d'un mal, il emploie le terme obligation (*duty*) ; quand il désigne immédiatement le mal dont il s'agit, il emploie le terme *sanction*. Comme pour Kelsen après lui, c'est la sanction qui distingue les règles juridiques des règles morales : *positive moral rules* « *are not positive law : they are not clothed with legal sanctions, nor do they oblige legally the persons to whom they are set* »[42]. Austin parvient donc à une description de la règle juridique que l'on peut résumer comme suit : il existe une règle juridique dès lors qu'une personne a émis un ordre (commandement) et que la survenance d'un mal (*sanction*) est prévue en cas de non-respect de ce commandement, c'est-à-dire plus précisément en cas de non-respect par le destinataire de l'obligation (*duty*) qui découle du commandement. Ce schéma a été abondamment critiqué mais il correspond à peu de chose près à la définition classique de la norme juridique au sein du courant positiviste jusqu'au milieu du XXe siècle. Mais Austin perçoit que ces caractères distinctifs, comme il les appelle, ne suffisent pas pour distinguer le droit positif d'éléments qui lui sont voisins. La définition n'est donc pas complète sans précisions quant au donneur d'ordres et aux destinataires.

The sovereign and the independent political society (Le souverain et la société politique indépendante)

Austin précise que les commandements, qui sont une composante essentielle des règles juridiques, sont donnés par une personne qui est supérieure à une ou plusieurs autre(s). Il en va ainsi, selon lui, « de Dieu par rapport à l'homme, du souverain par rapport aux sujets ou aux citoyens, du maître par rapport à l'esclave, du père par rapport au fils »[43]. La supériorité se mesure à la capacité d'obliger la personne qui reçoit l'ordre en lui infligeant le cas échéant une sanction. Qu'en est-il donc pour les règles juridiques ? Austin donne la réponse dès le début de *The Province* et en développe les termes dans son *Lecture 6* :

> « *Every positive law or every law simply and strictly so called, is set by a sovereign person, or sovereign body of persons, to a member or members of the independent political society wherein that person or body is sovereign or supreme* »[44].

La fixation du périmètre de la jurisprudence implique, pour Austin, que soient précisées les expressions « souveraineté », « soumission » et « société politique indépendante »[45]. Suivons son raisonnement. Il identifie deux signes distinctifs de l'application du droit positif :

1. *The bulk of the given society are in a habit of obedience or submission to a determinate and common superior.*
2. *That certain individual (superior), or that certain body of individuals, is not in a habit of obedience to a determinate human superior.*[46]

42 *The Province*, *Lecture 5*, p. 135. « Les règles morales positives ne sont pas du droit positif : elles ne sont pas assorties de sanctions juridiques, pas plus qu'elles n'obligent juridiquement les personnes qui sont destinataires ».

43 *The Province*, *Lecture 1*, p. 24.

44 *The Province, Introduction*, p. 9 et *Lecture 5*, p. 193. « Toute règle juridique positive ou toute règle simplement ou strictement entendu, est posée par une personne souveraine, ou un corps souverain d'individus, à destination d'un membre ou de membres de la société politique indépendante dans laquelle cette personne ou corps est souverain ou suprême ».

45 *The Province*, *Lecture 6*, p. 192.

46 *The Province*, *Lecture 6*, p. 194. « 1. La majeure partie d'une société donnée ont l'habitude d'obéir ou de se soumettre au même supérieur déterminé. 2. Cet individu particulier (supérieur), ou ce corps particulier d'individus, n'a pas l'habitude d'obéir à un être supérieur déterminé ».

Il en déduit *a contrario* que si une personne qui n'obéit à aucune autre est habituellement obéie par la majeure partie d'une société, alors il est le souverain de cette société. Celle-ci est en conséquence une société politique indépendante. Il illustre ensuite cette affirmation par des exemples dans lesquels il éprouve quatre critères : l'obéissance habituelle (1) par la majeure partie d'une société (2) à un supérieur déterminé (4) qui n'obéit à nul autre (4)[47]. Sur cette base, il appréhende l'ensemble des phénomènes du droit et est conduit à se prononcer sur la nature du droit international.

International law is not positive law (le droit international n'est pas du droit positif)

Austin prend de la hauteur par rapport à son exemple de société politiques indépendantes et en imagine plusieurs interagissant entre elles. Leur relation constitue une nouvelle société qui est « *the province of international law* ». Le champ de ce droit international ne porte cependant pas sur les individus qui composent les différentes sociétés en relation. Le droit international régit le comportement de chaque souverain dans leurs rapports réciproques. Or, l'ensemble de ces souverains ne saurait être dans une obéissance habituelle à l'égard d'un autre. Leur souveraineté les place sur un pied d'égalité. La conséquence est que leur relation n'est pas régie de la même manière qu'au sein d'une même société politique indépendante. Si des commandements existent, ils sont dépourvus des traits distinctifs des règles juridiques positives. Ils n'entraînent aucune obligation juridique, seulement des obligations assorties de sanctions morales : « *the sanction being applied by the government of each community, and not by a superior common to all mankind.* La conclusion d'Austin est alors radicale : « *and this ranks international law with morals rather than with law* »[48] ou encore « *The law obtaining between the nations is not positive law* »[49].

4. Les influences de John Austin

Dans cette ultime partie, nous entendons attirer l'attention sur l'importance historique de la pensée de John Austin. Si de nombreux théoriciens s'en réclament et que d'autres lui doivent beaucoup il ne faut pas oublier qu'Austin lui-même doit presque tout à ses prédécesseurs. Il est cependant plus facile de mesurer l'influence qu'a exercée sa pensée après lui. Rumble a consacré un ouvrage entier à son impact sur l'Angleterre du XIXe siècle. Mais cette influence est tout aussi prégnante au XXe siècle. Hart construit son œuvre à partir d'une critique de celui qui occupa avant lui la chaire de jurisprudence. Quant à Kelsen, sa relation au penseur britannique apparaît dans l'ouvrage *Théorie générale du droit et de l'État* paru en 1945 et ce, dès la préface. Notre analyse se portera donc sur le contexte intellectuel de son œuvre puis sur l'influence qu'il a exercée sur Hart et Kelsen.

L'influence sur Austin de Hobbes, Locke et Bentham[50]

John Austin est un auteur d'un genre relativement nouveau au moment où il développe sa conception de la jurisprudence. Il ne ressemble ni totalement aux philosophes métaphysiciens qui l'ont précédé, ni à un simple commentateur des lois britanniques. La manière dont il écrit sur le droit offre une synthèse entre les approches non exclusivement juridiques de Hobbes, Locke et Ben-

47 *The Province*, *Lecture 6*, p. 196-200.
48 *The Uses*, p. 367.
49 *The Province*, *Lecture 6*, p. 201. « Le droit qui s'établit entre les nations n'est pas du droit positif ».
50 Ces trois auteurs sont les plus cités dans *The province*, index, p. 396. Parfois, Austin leur rend grâce de manière appuyée. Page 16, il qualifie Locke et Bentham de « *celebrated writers* ». Page 278, c'est Hobbes qui est mis sur un piédestal : *I know of no other writer (excepting our great contemporary Jeremy Bentham) who has uttered so many truths*. Souvent cependant, les louanges font office de préalables à l'expression de divergences.

tham et l'analyse purement technique d'un Blackstone. Ainsi, il se préoccupe trop du droit pour verser dans ce qu'il appelle les approches confuses de ses prédécesseurs. Alors que dans le même temps il juge inacceptable de se contenter, en tant qu'étudiant de la jurisprudence, d'un commentaire systématique du droit posé par l'homme, sans autre objectif que celui de l'exhaustivité. En cela, il ouvre la voie à une approche singulière de l'objet juridique qui fait de lui le précurseur de la théorie du droit en Grande-Bretagne. Ce résultat est le fruit de ses efforts pour délimiter le champ juridique, c'est-à-dire l'élimination de tout ce qui ne le concerne pas directement, ainsi que d'une forme d'analyse rigoureuse qui prendra le nom de philosophie analytique. L'originalité de sa pensée rend délicat l'exposé de ses influences et surtout la mesure de leurs parts respectives. On peut toutefois rappeler l'emprunt de l'expression *Philosophy of positive law* à Hugo[51]. Austin utilise l'expression comme synonyme de « *general jurisprudence* ». Quant à la jurisprudence allemande, Rumble démontre qu'elle n'a pas eu un impact aussi fort que ce que l'on aurait pu croire et que ses véritables influences sont britanniques[52]. Celles-ci ne sont pas très évidentes à établir mais il est possible d'attribuer la paternité de certaines idées aux auteurs qui l'ont influencé[53].

Hobbes

L'auteur du Léviathan fait partie de ceux dont la lecture était obligatoire pour Austin[54]. Schématiquement, Austin reçoit en héritage la séparation établie par Hobbes entre la loi de nature et la loi positive, ce qui lui permet de préciser son objet d'étude et d'en délimiter le champ. Toutefois, en se l'appropriant, Austin propose de diviser les lois en quatre catégories :

1. *The divine laws, or the laws of God : that is to say, the laws which are set by God to his human creatures.*
2. *Positive laws : that is to say, laws which are simply and strictly so called, and which form the appropriate matter of general and particular jurisprudence.*
3. *Positive morality, rules of positive morality, or positive moral rules.*
4. *Laws metaphorical or figurative, or merely metaphorical or figurative*[55].

Ainsi entendue, la distinction laisse Austin dans une tradition jusnaturaliste hobbesienne. Le jusnaturalisme des penseurs qui l'ont influencé est présent dans *The Province*. D'ailleurs, seuls les *Lectures 1* et *6* portent sur l'analyse exclusive du droit positif. Les trois autres portent sur les lois divines (et leur relation au droit positif), les lois morales, ainsi que le principe d'utilité revisité. Mais à la manière de Hobbes il apporte sa contribution au positivisme en concentrant presque exclusivement sa démarche sur les *positive laws*, c'est-à-dire les seules règles posées par l'homme pour l'homme.

Le lien avec Hobbes se manifeste aussi par une distinction qui apparaît au début de l'*Outline* des *Lectures* et qui justifie la séparation entre jurisprudence générale et jurisprudence particulière. Austin cite un passage du Léviathan dans lequel Hobbes définit les *civil laws* comme étant les lois auxquelles les hommes doivent obéir non parce qu'ils appartiennent à telle ou telle société (*particular*) mais parce qu'ils appartiennent à une société (*general*)[56]. On retrouve ici ce qui différencie rigoureusement selon Austin l'étude de la jurisprudence

51 « *I have borrowed the expression from a treatise by Hugo, a celebrated professor of jurisprudence in the University of Göttigen* ». *Outline,* p. LIX.

52 W.E. Rumble, *Doing Austin Justice, op. cit.*, p. 17.

53 Nous passons sous silence l'influence que Austin a reçue de Paley et Berkeley que Hart considère comme également importante. H.L.A. Hart, *Introduction, in The Province of Jurisprudence Determined and The uses of the Study of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. XVI.

54 Austin explique dans une longue note l'importance de la pensée de Hobbes. *The province*, *Lecture 6,* p. 296.

55 *The Province*, p. 1.

56 *Outline*, p. LX.

particulière de celle de la jurisprudence générale. Il y a pourtant dans cet emprunt une ambiguïté qui sépare les deux auteurs. La généralité décrite par Hobbes (ce qui est commun à toutes les lois) renvoie à une permanence de contenu des règles juridiques. Selon la société dans laquelle nous vivons, il existerait des règles particulières, c'est-à-dire que l'on ne retrouve nulle part ailleurs, et des règles qui sont les mêmes partout. Ce qui est commun et qui transcende les sociétés serait la part de droit naturel de chaque ordre juridique positif. Austin adhère en partie à ce point de vue et affirme à maintes reprises dans *The Province* que les *positive laws* doivent correspondre au mieux aux lois divines et qu'il s'agit là d'un rôle propre au législateur. D'une certaine manière, ce parti pris l'éloigne du positivisme. Mais l'histoire n'a pas retenu cela de la jurisprudence générale de Austin, sans quoi la voie n'aurait pas été ouverte au normativisme, ou plutôt il n'y aurait finalement aucune corrélation entre la pensée de Austin et celle de Kelsen par exemple. Lorsqu'il indique avec force au début de sa démonstration qu'il existe des aspects spécifiques aux règles juridiques mais aussi des éléments communs[57], la généralité qu'il désigne ne se situe pas dans le contenu du droit mais dans sa forme. C'est ainsi que pour lui toute règle juridique est commandement, génère des obligations, est assortie d'une sanction éventuelle…

Plus directement, Austin cite abondamment Hobbes au sujet de la notion de « société politique indépendante » et à propos de la notion corrélative de souveraineté[58] pour laquelle il s'inspire aussi des travaux de Grotius[59]. Il ne fait cependant pas que des emprunts à Hobbes. Il lui adresse aussi deux critiques qu'il nomme les erreurs capitales de Hobbes (*the capital errors in Hobbes political treatises*). La première est l'importance accrue accordée à l'obéissance au gouvernement établi. La seconde est le fondement conventionnel de la souveraineté et la société politique inépendante[60].

Il n'est pas étonnant dans un tel contexte que Locke ait exercé une influence au moins aussi importante que Hobbes sur Austin.

Locke

Lorsqu'il aborde la genèse de la pensée d'Austin, Rumble précise que de tous les philosophes qui l'ont inspiré, Locke devait sans doute recevoir la première place[61]. Il est vrai qu'au détour d'une citation, Austin admet dans *The Province* que Locke est *the* « *greatest and best of philosophers* »[62]. Les deux principaux emprunts à Locke sont sa conception de la science ethique et surtout son « *distribution of laws proper* ». Austin expose sur de nombreuses pages la classification proposée par Locke et montre ainsi ce qu'il lui doit[63]. Pour Locke, les règles qui gouvernent les actions humaines sont de trois sortes :

1. *The divine law.*
2. *The civil law.*
3. *The law of opinion or reputation*[64].

Les premières permettent de déterminer si nos actions sont des péchés ou des devoirs (*sins or duties*), les deuxièmes si nos actions sont criminelles ou permises (*criminal or innocent*) et les dernières si ce sont des vertus ou des vices (*virtues or vices*)[65]. La séparabilité est héritée de Hobbes mais la classification proposée par Locke constitue une clarification salutaire pour Austin qui la

57 « *I mean then, by General Jurisprudence, the science concerned with the exposition of the principles, notions, and distinctions which are common to systems of law* ». *The Uses*, p. 367.
58 *The Province*, *Lecture 6*, p. 223 et 347.
59 *The Province*, *Lecture 6,* p. 213.
60 *The Province*, *Lecture 6,* p. 277 et 278.
61 W.E. Rumble, *Doing Austin Justice, op. cit.*, p. 14.
62 *The Province*, *Lecture 3,* p. 75.
63 *The Province*, *Lecture 5,* p. 164-171. Page 8, Austin lui en attribue la paternité rendant la filiation évidente.
64 *The Province*, *Lecture 5,* p. 166.
65 *The Province*, *Lecture 5,* p. 167.

fait sienne moyennant quelques arrangements. Il retient finalement quatre catégories :

1. *The divine laws, or the laws of God.*
2. *Positive laws.*
3. *Positive morality.*
4. *Laws metaphorical or figurative*[66].

La justification de la quatrième catégorie ajoutée par Austin suit son analyse de Locke. Elle correspond à des règles de conduite qui impliquent des comportements habituels mais qui ne sauraient être guidés par l'éventualité d'une sanction. Leur forme intermédiaire justifie pour Austin l'emploi de l'adjectif *metaphorical*. La dernière influence majeure que Austin reconnaît est celle de Bentham et elle a cela de particulier qu'ils sont contemporains, sont voisins et amis et ont eu d'innombrables occasions de débattre.

Bentham

L'influence de Bentham est à la fois plus évidente et plus complexe. Austin l'admire et souhaite ardemment que sa doctrine ait la portée la plus large possible. Le fait qu'ils soient contemporains a accentué leur différence et ne met que plus en avant la rupture incarnée par Austin. Celui-ci n'a de cesse de rappeler que son objet est la jurisprudence tandis que Bentham s'intéresse à la philosophie en général et donc seulement accessoirement aux règles juridiques. En cela, Bentham perpétue la tradition des anciens au moment où Austin inaugure une discipline plus restreinte. On passe en somme des sciences en général à la science juridique par une forme de sectorisation voire de cloisonnement de la pensée. Son appropriation du principe d'utilité est cependant à l'image de son indépendance sur le plan intellectuel. Hart[67], Rumble[68] et de nombreux autres lecteurs d'Austin ne manquent pas de rappeler qu'il a progressivement pris ses distances avec Bentham. Sans verser dans un conservatisme extrême, Austin s'écarte du mouvement en faveur de la réforme. Au final, les idées de Bentham ont nourri celles d'Austin qui, en les faisant sienne, leur a ajouté des éléments provenant de sources diverses[69]. Parmi ces éléments, on retrouve la notion de « société politique indépendante » que Austin construit non seulement à partir des travaux de Hobbes mais aussi à partir de la définition benthamienne. Celle-ci inclut l'idée d'une obéissance habituelle à un même maître en ajoutant celle d'une permanence dans la durée. Austin lui reproche d'omettre le critère d'indépendance selon lequel le maître de la société en question ne doit lui-même être en aucune façon dans une situation d'obéissance à l'égard d'autrui[70]. L'autre critique porte sur les quatre catégories de sanctions dégagées par Bentham. Austin considère qu'il commet une erreur en ajoutant aux sanctions religieuses, juridiques et morales celle des sanctions physiques ou naturelles. Parce qu'elles n'interviennent pas en conséquence d'une désobéissance à une règle quelle qu'elle soit, Austin dénie le caractère de sanction aux maux qui peuvent survenir[71]. Cette critique lui permet donc de resserrer sa définition de la sanction, en lien avec la notion d'obligation juridique.

L'idée benthamienne qui inspire le plus Austin est le principe d'utilité. Le *Lecture 3* de *The Province* est tout entier consacré au principe, ce qui a de quoi surprendre. D'ailleurs, Austin s'excuse de l'impression qu'il donne de

66 *The Province*, p. 1.

67 H.L.A. Hart, *Introduction, in The Province of Jurisprudence Determined and The uses of the Study of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. XVII. Hart indique que pour Austin la doctrine benthamienne est basée sur l'ignorance des classes les plus basses.

68 W.E. Rumble, *Doing Austin Justice, op. cit.*, p. 15.

69 *Ibid.* Rumble cite sur ce point l'opinion de John Stuart Mill.

70 *The Province*, *Lecture 6*, p. 212.

71 *The Province*, *Lecture 6*, p. 180-183.

s'écarter de son sujet[72]. Mais il tient pour nécessaire d'accorder de nombreux développements au principe qu'il entend pleinement s'approprier.

Si le principe est pour toujours attaché à Bentham, Austin rappelle que le philosophe ne l'a pas inventé, qu'il existe depuis toujours mais aussi que nul autre que Bentham n'en est parvenu à une présentation aussi claire et aussi complète[73]. Dans son *Lecture 3*, Austin défend le principe et lui ajoute une part personnelle. Son insistance tient au fait qu'il ne rompt pas totalement avec le jusnaturalisme des philosophes qui l'ont inspiré. Pour Austin, si la jurisprudence générale porte sur ce que le droit est (*what have been and are*), la jurisprudence particulière s'intéresse à ce qu'il doit être (*what they ought to be*). Dans la mesure où la jurisprudence au sens large est la réunion des deux, il affirme que la jurisprudence est la science de ce qui est essentiel au droit, combiné à ce qu'il doit être (*Jurisprudence is the science of what is essential to law, combined with the science of what it ought to be*)[74]. Le point de vue peut paraître ambigu. Il ne pouvait en tout cas être suivi par Hart ou Kelsen après lui qui choisirent de n'appeler science du droit que ce qu'Austin nommait la jurisprudence générale. En cela, ils furent aidés par le fait que l'auteur anglais entendait à tout le moins séparer rigoureusement les deux et souscrirent fondamentalement à cette autre assertion que l'on peut lire dans son Lecture 5 et qui symbolise pour partie le courant positiviste :

> « *The existence of law is one thing; its merit or demerit is another* »[75].

L'influence de Austin sur Hart et Kelsen

De Hobbes à Kelsen, la boucle n'est vraiment bouclée que si l'on tient compte du rôle joué par la pensée de Austin. Les efforts de l'auteur britannique ont ouvert la voie à des théories positivistes qui lui doivent beaucoup et qui se sont construites à partir de sa critique. Son importance pour Hart est assez connue. Il est omniprésent dans son ouvrage « *The concept of law* ». L'on connaît cependant un peu moins la filiation que Kelsen établit par rapport à lui. Nous nous arrêterons seulement sur quelques-uns des traits les plus saillants de cette influence.

Hart

Hart occupe la même chaire que Austin à l'université de Londres et cette succession se retrouve jusque dans les moindres détails de sa doctrine. Au début du Concept de Droit, il identifie plusieurs questions fondamentales et fait le lien avec Austin. Voici ce qu'il dit : la nature des éléments de réponse et « la place importante qui leur est assignée dans cet ouvrage apparaîtront le plus clairement si nous considérons d'abord en détail les déficiences de la théorie qui a dominé une si grande partie de la théorie générale du droit anglaise, depuis qu'Austin l'a développée »[76]. Hart consacre alors trois chapitres à exposer et à critiquer la doctrine d'Austin qu'il salue comme étant « la tentative la plus nette et la plus approfondie qui fut faite d'analyser le concept de droit »[77]. Mais il indique que la théorie qu'il expose à partir d'Austin diffère de l'original parce qu'il a pris le soin de l'améliorer

72 « *Although it is not the object of this course of lectures to treat of the science of legislation… it was not a deviation from my subject to introduce the principle of utility* ». « Bien que ce ne soit pas l'objet de ce programme d'enseignement de traiter de la science de la législation… ce n'est pas dévier de mon sujet que d'introduire le principe d'utilité ». *The Province*, p. 59.

73 « *He is not, indeed, the inventor of the theory of utility (for that is as old as the human race), but he is the first of all philosophers who has viewed it from every aspect, and has fitted it into practice* ». *The Province*, *Lecture 4*, p. 113.

74 *The Uses*, p. 372.

75 « L'existence du droit est une chose ; son mérite ou démérite en est une autre ». *The Province*, *Lecture 5*, p. 184.

76 H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1976, (trad. M. Van de Kerchove et J. Van Drooghenbroeck), n° 16, p. 30. Ci-après *Le concept de droit*.

77 *Le concept de droit*, n° 18, p. 33.

en la rendant la plus cohérente possible. Ce faisant il se l'approprie, ce qui lui permet d'asseoir sa conception de l'association de normes primaires et secondaires.

Le premier élément jugé capital par Hart est la définition austinienne de ce qui constitue l'essence du droit : « cette situation dans laquelle une personne donne à une autre un ordre appuyé par des menaces »[78]. Mais immédiatement après il la condamne : « aussi attrayante que puisse paraître cette réduction du phénomène complexe qu'est le droit à ce simple élément, on s'est aperçu, après examen attentif, qu'elle constituait une dénaturation et une source de confusion même dans le cas d'une loi pénale »[79]. Le droit ne se résout donc pas à un ensemble d'« ordres appuyés de menaces ». Hart ne nie pas leur existence et les qualifie même de règles primaires d'obligation mais il aperçoit aussi et surtout des pouvoirs conférés aux individus de modeler leurs relations juridiques avec autrui, au moyen de contrats, testaments, mariages, etc. »[80]. Finalement, les règles primaires d'obligation se complètent selon lui de trois types de règles secondaires : les *rules of recognition*, les *rules of change* et les *rules of adjudication*. Il s'éloigne donc résolument de Austin : « nous émettrons la thèse générale que c'est dans l'articulation de ces deux types de règles que gît ce qu'Austin prétendait à tort avoir trouvé dans la notion d'ordres contraignants, à savoir la clef de la science du droit »[81].

Le deuxième élément sur lequel Hart insiste est l'existence selon Austin d'une « habitude générale d'obéissance »[82] à un souverain déterminé. Il illustre cette doctrine par l'image d'un Monarque absolu Rex, habituellement obéi par une population qui vit sur un territoire[83]. Minutieusement, il raisonne à partir de ce cas simple qu'il complique progressivement en introduisant les successeurs Rex II et Rex III. Son idée est d'envisager la succession du monarque absolu. Il démontre alors que la définition austinienne du droit est par exemple incapable d'expliquer l'obéissance à Rex II, successeur de Rex. « Le fait que l'on obéisse habituellement à un législateur ne fournit aucune base ni pour affirmer que son successeur a le droit de légiférer, ni pour affirmer empiriquement qu'il est probable qu'il sera obéi »[84].

De ces critiques fondamentales que nous avons résumées, il s'en suit que Hart ne peut pas suivre Austin dans les autres détails de sa conception du droit, à savoir la notion de souveraineté, de société politique indépendante… Surtout, Hart juge excessif de considérer, comme le fait Austin, que « le droit constitutionnel n'est que de la morale positive »[85] ou encore que le droit international n'est pas du droit. Mais par-dessus tout il lui reproche de ne pas tirer toutes les conséquences de ses propres analyses notamment en ne les faisant pas porter sur la notion de « règle » ou de « norme » que l'on trouve en germe dans celle de « commandement »[86]. Hart établit cependant la filiation avec Kelsen en affirmant que les idées qui lui ont permis de défendre la théorie d'Austin « ont été avancées par Austin lui-même, bien que ce ne soit, dans certains cas, que sous une forme sommaire et d'une manière embryonnaire, anticipant sur des doctrines d'auteurs plus récents tels que Kelsen »[87].

78 *Le concept de droit,* n° 7, p. 19.
79 *Le concept de droit,* n° 7, p. 20.
80 *Le concept de droit,* n° 28, p. 45.
81 *Le concept de droit,* n° 79, p. 105.
82 *Le concept de droit,* n° 23, p. 39.
83 *Le concept de droit,* n° 51, p. 73.
84 *Le concept de droit,* n° 59, p. 82.
85 *Le concept de droit,* n° 1, p. 13.
86 H.L.A. Hart, *Introduction, in The Province of Jurisprudence Determined and The uses of the Study of Jurisprudence*, *op. cit.*, p. XI et XII.
87 *Le concept de droit,* n° 237, p. 285.

Kelsen

Le seul ouvrage dans lequel Kelsen fait référence à Austin est « *Théorie générale du droit et de l'État* ». Dès la préface, il admet une certaine continuité :

> « La théorie pure du droit suit en principe la même orientation que la science du droit dite analytique. À l'instar de John Austin et de ses célèbres *Lectures on Jurisprudence*, la théorie pure s'attache à obtenir ses résultats grâce à la seule analyse du droit positif »[88].

Comme Austin, Kelsen entend purger la science du droit des trop nombreuses confusions qui l'affectent[89]. Ils identifient tous deux un objet spécifique qui justifie une étude particulière (ici *jurisprudence*, là *wissenschaft des rechtes*). La ressemblance se retrouve aussi dans l'objet de la science du droit. Pour Austin, la règle juridique s'analyse en un commandement assorti de la menace d'une sanction. Pour Kelsen, la « norme juridique » n'est pas que commandement[90]. Elle se compose d'une habilitation, d'une permission ou d'une prescription[91], assortie d'une sanction juridiquement organisée[92]. Le signe distinctif que constitue la sanction est essentiel dans la thèse des deux auteurs. Austin fut un précurseur en la matière. Mais Kelsen lui reproche précisément de n'avoir pas prolongé son raisonnement.

> « Après avoir compris que la sanction est un élément essentiel du droit, il aurait dû définir la règle juridique comme un commandement prescrivant une sanction. Faute d'y parvenir, il s'est perdu en contradictions »[93].

Après ces remarques, Kelsen poursuit son analyse des *Lectures* pour inverser le raisonnement qui considère le commandement comme un point de départ, lui préférant celui qui se concentre sur la sanction. À de maintes reprises sa démarche dans *Théorie générale du droit et de l'État* consiste à partir des affirmations de Austin, de les critiquer puis de construire son propre raisonnement. Outre les développements sur la sanction, cela s'applique à la nature de l'obligation, Kelsen reprochant à Austin de confondre l'obligation juridique et l'obligation psychologique[94]. Il en va enfin aussi de ce qu'il appelle les « éléments sociologiques de la théorie analytique du droit chez Austin »[95].

Finalement, après avoir salué l'effort accompli par Austin pour purifier la science du droit, Kelsen s'inscrit dans la même démarche et s'évertue à approfondir la *jurisprudence* des *Lectures*. On pourrait toutefois relativiser le rapport entre les deux auteurs en suggérant que Kelsen ne cite Austin dans *Théorie générale du droit et de l'État* que pour s'adresser au public anglo-saxon visé par l'ouvrage. C'est en quelque sorte ce qu'il annonce dans la préface : « il s'agit en premier lieu de présenter les éléments essentiels de ce que je regroupe sous le titre de « théorie pure du droit » de façon à rendre celle-ci intelligible aux lecteurs formés dans la tradition de la *Common Law* ». Ce n'est pourtant pas notre sentiment. Sans doute les ressemblances et autres similitudes peuvent-elles être parfois trompeuses lorsqu'il s'agit de relier plusieurs auteurs voire d'établir leur filiation intellectuelle. Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence de John Austin constitue un tournant dans l'histoire de la théorie générale du droit et que l'on aurait tort de l'ignorer.

88 H. Kelsen, *Théorie générale du droit et de l'État suivi de La doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Paris, Bruylant, LGDJ, éd. de 1945 et 1928, 1997, p. 47.

89 Comparer H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 9, et J. Austin, *The Uses*, p. 371.

90 Dans *Théorie générale du droit et de l'État*, Kelsen commence cependant par raisonner sur la définition de Austin (« toute loi ou règle est un ordre ») avant de s'en écarter. p. 81 *sq.*

91 *Théorie pure du droit*, p. 23.

92 *Théorie pure du droit*, p. 70.

93 *Théorie générale du droit et de l'État*, p. 113.

94 *Théorie générale du droit et de l'État*, p. 121.

95 *Théorie générale du droit et de l'État*, p. 224.

L'étude du droit de l'Union européenne aux États-Unis

Par Sébastien MARCIALI*

Le droit de l'Union européenne n'est pas étudié que dans les États dont il est le droit propre : il est également étudié de façon croissante aux États-Unis. Il est apparu intéressant d'envisager comment les chercheurs américains appréhendent ce droit, afin d'en tirer certains enseignements pour notre propre étude de cette discipline. L'analyse d'articles et ouvrages consacrés à certaines problématiques centrales de l'intégration juridique européenne – la spécificité, le constitutionnalisme, le fédéralisme et le rôle du juge – révèle une utilisation appuyée de la comparaison avec le système américain, qui jette un éclairage nouveau sur des questions pourtant classiques du droit de l'Union européenne. Une telle démarche peut générer des biais susceptibles d'affecter la rigueur scientifique de l'analyse. Pourtant, la liberté dans les méthodes, et notamment l'ouverture à d'autres disciplines scientifiques, ouvrent des pistes qui demeurent peu explorées en France dans cette discipline.

European Union Law is not studied only in Europe ; it is also more and more studied in the United States. It appeared interesting to consider how the American professors deal with European Union law, in order to draw teachings for our own study of this field in France and Europe. The analysis of articles and books dedicated to fundamental issues of legal European integration – specificity, constitutionalism, federalism, the judge – shows a strong use of comparison with the American legal system, which casts a new light on well-known questions about European Union Law. Such an approach can create biases which are likely to affect the scientific rigor of the analysis. Nevertheless, freedom in methods, and especially the openness to other disciplines, paths the way to approaches which remain widely unexplored in France.

* Maître de conférences, Université de Savoie.

C'est peu dire que le droit de l'Union européenne a connu, depuis la création de la première Communauté européenne, un développement considérable, sous l'impact notamment de la jurisprudence du juge communautaire, de l'action des institutions de l'Union et des multiples révisions des traités. Ainsi, bien que « venu d'ailleurs »[1], ce droit est aujourd'hui le droit propre de chaque État avec cette qualité supplémentaire qu'il prime celui-ci[2]. Ce développement est allé de pair avec le développement d'une communauté doctrinale plus ou moins autonome par rapport à d'autres disciplines, et qui s'interroge depuis peu sur sa propre identité[3]. Cette communauté s'est constituée par différenciation – par rapport aux internistes et aux internationalistes, et par agrégation – le caractère transversal du droit communautaire ayant permis la réunion de personnalités d'horizons différents[4]. D'abord réduite à quelques « pionniers »[5] puis considérablement étendue, la doctrine « communautariste »[6] a conservé une relative homogénéité[7], en tout cas s'agissant de la doctrine européenne francophone[8].

Mais le droit de l'Union européenne n'est pas étudié et enseigné qu'en France, ni même qu'en Europe. Il fait l'objet d'un intérêt réel et croissant dans des États dont il n'est pas le droit propre, au rang desquels figurent en premier lieu les États-Unis[9]. C'est cette étude du droit de l'Union européenne qu'il convient d'aborder.

Si ce sujet a été choisi, c'est qu'il semblait digne d'intérêt. Il y a, à notre sens, beaucoup à apprendre du point de vue d'un observateur extérieur, qui peut apporter un éclairage nouveau sur des points que la doctrine communautariste européenne, francophone comme anglophone, tendrait à considérer comme des postulats, en appliquant ses propres méthodes, concepts et modes

1 Pour reprendre l'expression de J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1998.

2 Pour reprendre, en l'abrégeant, la formule figurant en quatrième de couverture de l'ouvrage de G. Isaac et M. Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, 9e édition, 2006.

3 Voir l'ouvrage pionnier réalisé sous la direction de Fabrice Picod, *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, qui inspirera la plupart de nos propos introductifs.

4 Ces distinctions sont reprises de la présentation de J.-C. Gautron, La communauté doctrinale, in F. Picod (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Collection droit de l'Union européenne – colloques, n° 6, 2009, p. 21-34.

5 A. Tizzano, Les communautaristes et les autres, in F. Picod (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Collection droit de l'Union européenne – colloques, n° 6, 2009, p. 115-126.

6 Ce terme est toujours utilisé pour qualifier les spécialistes de l'étude du droit de l'Union européenne, bien qu'il soit quelque peu péjoratif et, surtout, dépassé (le traité de Lisbonne supprime la Communauté européenne pour l'englober dans l'entité plus vaste qu'est l'Union) ; on continuera donc à l'employer par commodité…

7 Voir en ce sens C. Blumann, Querelles internes, in F. Picod (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Collection droit de l'Union européenne – colloques, n° 6, 2009, p. 93-113, qui, après avoir relevé le consensus sur l'essentiel au sein de la doctrine et les querelles techniques qui la caractérisent néanmoins, conclut qu' « il n'y a pas de division marquante à l'intérieur de la doctrine communautariste ».

8 Sur les clivages existant entre les différentes composantes de la doctrine européaniste en fonction de la famille juridique d'appartenance des auteurs, voir V. Christianos, Prolégomènes : « entité doctrinale européenne » ou auteurs à titre individuel ?, in F. Picod (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Collection droit de l'Union européenne – colloques, n° 6, 2009, p. 9-18, spéc. p. 14-16.

9 Le droit de l'Union européenne ou, plus généralement, l'intégration européenne, sont enseignés sur tous les continents, ainsi qu'en témoignent la création de chaires Jean Monnet (postes d'enseignement spécialisés dans l'étude de l'intégration européenne et faisant l'objet, à ce titre, d'un financement de l'Union européenne) en droit à l'Université de Beyrouth, en science politique à l'Université de Canterbury (Nouvelle-Zélande) ou de Karachi (source : Commission européenne, *Jean Monnet Success Stories*, 2007, http ://ec.Europa.eu/dgs/education_culture/publ/monnet/success-storiesen.pdf).

de pensée. Ce sentiment est renforcé par les différences existant entre la doctrine en France et la « doctrine » aux États-Unis : alors qu'il a pu être affirmé qu'existait une entité doctrinale en France[10], position récemment tenue également s'agissant de la doctrine francophone du droit de l'Union européenne, jugée en accord sur l'essentiel[11], il n'en est pas de même au États-Unis, où l'étude du droit se caractérise par une véritable « foire aux idées » où se côtoient les réalistes et leurs successeurs, les auteurs rattachés à l'un ou l'autre courant des *critical legal studies*, ou les tenants de l'analyse économique du droit[12]. Ces différences de culture, de point de vue, de méthode, de perspective et de mode de réflexion se retrouvent-elles en ce qui concerne l'étude du droit de l'Union européenne, ou les auteurs américains, qui ont bien dû recourir à des sources secondaires européennes pour réaliser leurs études, ont-ils repris les mêmes méthodes et sont-ils parvenus aux mêmes conclusions que ceux qu'ils ont lus ?

Le traitement du sujet ne s'est pas avéré sans difficultés, d'ordre méthodologique notamment. En effet, les premières recherches menées sur la base de données juridiques *Westlaw*, en inscrivant l'entrée « European Union » dans le champ « titre du document », ont révélé un nombre de résultats considérable. Un tel constat a certes confirmé l'intérêt du sujet, mais il a aussi *ipso facto* rendu impossible et inopportun un traitement exhaustif. S'est posé par ailleurs un problème de délimitation du champ de l'étude, en ce qui concerne la « nationalité américaine » des contributions. En effet, les revues universitaires américaines imprimées ou en ligne accueillent évidemment des contributions de chercheurs américains, mais sont également largement ouvertes à des spécialistes européens reconnus de droit de l'Union[13]. Par ailleurs, tous les enseignants de droit de l'Union aux États-Unis n'ont pas la nationalité américaine, et certains d'entre eux peuvent avoir suivi l'essentiel de leur formation en Europe. Il a semblé toutefois pertinent de concentrer l'attention sur les études de droit européen rédigées par des enseignants en poste aux États-Unis.

Compte tenu de ces contraintes, la démarche suivante a été retenue : celle de se concentrer sur une sélection d'articles sur un thème déterminé, afin de donner à tout le moins quelques impressions sur la façon dont le droit de l'Union est traité par les Américains. S'il est possible de présenter certains éléments factuels généraux de l'étude du droit de l'Union aux États-Unis (I), il convient de limiter le champ de l'étude aux thèmes centraux du droit de l'intégration européenne, à savoir la nature de l'Union européenne et les aspects constitutionnels de l'intégration (II). Ainsi émergent certaines particularités dans l'approche et les méthodes utilisées pour appréhender les droits de l'Union (III). C'est alors que l'on pourra essayer d'en tirer quelques conclusions et pistes de réflexion (IV).

I. Données

Un bref panorama de l'étude du droit de l'Union aux États-Unis s'impose, afin de mettre en évidence aussi bien les raisons que les vecteurs de son développement.

L'intérêt des juristes américains pour le droit de l'Union est ancien ; on retrouve des contributions importantes dès les années 60-70, aussi bien dans le cadre de

10 Voir P. Jestaz et C. Jamin, L'entité doctrinale française, *D.* 1997, chr., p. 167 *sq.*, et pour la contestation de cette thèse, voir L. Aynes, P. Y. Gautier, F. Terre, L'antithèse de l'entité, *D.* 1997, chr., p. 229 *sq.*

11 C. Blumann, Querelles internes, in F. Picod (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Collection droit de l'Union européenne – colloques, n° 6, 2009, p. 93-113, spécialement la première partie de l'étude.

12 Voir la présentation faite par P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, collection Méthodes du droit, p. 265-301.

13 Pour ne prendre que l'exemple du *Columbia Journal of European Law*, celui-ci a publié des articles de K. Lenaerts, Professeur à la *Katholieke Universiteit Leuven*, ou d'I. Pernice, Professeur à l'Université Humboldt de Berlin.

monographies que dans le cadre de publications dans les revues universitaires américaines[14]. Ces différentes contributions demeuraient toutefois relativement peu importantes d'un point de vue quantitatif. La situation a aujourd'hui évolué : l'étude du droit de l'Union européenne s'est considérablement développée, au point de se structurer et de s'institutionnaliser.

Le développement de l'étude du droit de l'Union européenne se manifeste dans un premier temps, ainsi que nous l'avons déjà noté, par la profusion d'articles qui y sont consacrés dans de très nombreuses revues universitaires américaines. Nos recherches ont ainsi permis de trouver des études consacrées au droit de l'Union européenne dans des revues généralistes prestigieuses, tel le *Yale Law Journal*[15], ou dans des revues plus spécialisées, particulièrement en droit international et comparé, telles le *Virginia Journal of International Law*[16], le *Cornell International Law Journal*[17] ou le *Fordham International Law Journal*[18]. Des chaires Jean Monnet de droit de l'Union européenne ont été créées, par exemple dans les universités de New-York[19] et de Columbia, occupées par deux des enseignants américains les plus actifs dans ce domaine, respectivement Joseph Weiler[20] et George Bermann[21] ; mais les Universités américaines accueillent en outre régulièrement des enseignants européens spécialisés dans le droit de l'Union[22]. Une revue de droit européen a été créée en 1994, le *Columbia Journal of European Law*[23] ; elle paraît trois fois par an et en est à son quinzième volume, et bénéficie d'une notoriété certaine en Amérique du Nord où elle connaît l'essentiel de sa diffusion[24]. Elle s'est enrichie en 2009 d'un supplément

14 Voir, notamment, les écrits d'un des précurseurs de l'étude du droit de l'Union européenne aux États-Unis, le professeur Eric Stein, de l'Université du Michigan : Towards Supremacy of Treaty : Constitution by Judicial Fiat : on the Margin of the « Costa » Case, *Michigan Law Review*, vol. 63, 1965, p. 491-518 ; *Harmonization of European Company Laws : National Reform and Transnational Coordination*, Indianapolis, Bobbs-Merril, 1971 ; *European Community Law and Institutions in Perspective : Text, Cases and Readings*, Indianapolis, Bobbs-Merrill, 1976.

15 Voir, notamment, l'important article de J.H.H. Weiler, The Transformation of Europe, *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, p. 2403-2482.

16 Voir par exemple V. Perju, Reason and authority in the European Court of Justice, *Virginia Journal of International Law*, 2009, vol. 49, p. 307-376.

17 Voir par exemple F. Bignami, The Case for tolerant Constitutional Patriotism : the right to Privacy before the European Courts, *Cornell International Law Journal*, vol. 41, 2008, p. 211-249.

18 G. A. Bermann, Constitutional Lessons from Europe, *Fordham International Law Journal*, vol. 29, 2006, p. 601-607.

19 Voir, à ce sujet, la brochure éditée par la Commission européenne, *Jean Monnet Success Stories*, 2007, p. 16. Cette chaire, dont le professeur Joseph Weiler est titulaire depuis 1993, est l'une des deux premières chaires Jean Monnet accordées par la Commission européenne en dehors d'Europe, dans le cadre de la Harvard Law School jusqu'en 2001, puis dans le cadre de la New York University School of Law depuis cette date (http ://ec.Europa.eu/dgs/education_culture/publ/monnet/success-storiesen.pdf).

20 Voir le *curriculum vitae* de Joseph Weiler à l'adresse suivante : http ://www.jeanmonnetprogram.org. Notons que le Professeur Weiler est né en Afrique du sud et a suivi l'essentiel de sa formation en Europe – il est diplômé de l'Académie de droit international de La Haye et a soutenu sa thèse à l'Institut universitaire européen de Florence. Il enseigne toutefois aux États-Unis depuis 1985, successivement à la University of Michigan Law School, à la Harvard Law School et à la New York University School of Law.

21 Voir le *curriculum vitae* de George Bermann à l'adresse suivante : http ://www.law.columbia.edu/fac/George_Bermann

22 Voir, par exemple, l'annonce de la création d'une chaire de droit européen à l'Université de Columbia accueillant un enseignant de droit européen chaque année (annonce de George Bermann, Columbia University and a New European Law Chair, *Indiana International and Comparative Law Review*, vol. 4, 1994, p. ix-xi).

23 Pour plus d'informations sur la revue, voir le site internet qui lui est consacré : http ://www.cjel.net

24 Voir, à ce sujet, le site de la revue (http ://www.cjel.net/about-cjel/). Notons que la version imprimée de la revue connaît une diffusion pour le moins confidentielle en France, puisque nos recherches sur le site SUDOC ont révélé qu'elle n'était disponible que dans une seule bibliothèque universitaire, à Strasbourg… Heureusement, pour compenser cette regrettable lacune, il est toujours possible de la consulter sur la banque de données juridiques Westlaw, accessible à partir de la plupart des bibliothèques universitaires françaises. On relèvera que parmi les revues francophones, seules sont accessibles en

en ligne, accessible gratuitement[25], ouvert essentiellement aux étudiants suivant un *European LLM* à l'Université. Elle publie principalement des articles en droit de l'Union européenne, mais aussi des articles en droit européen des droits de l'homme – ce qui ne la distingue pas, sur ce point, des différentes revues ou annuaires publiés en Europe et spécialisés dans le droit européen. Des centres de recherches spécialisés exclusivement ou principalement dans le droit de l'Union ont eux aussi été créés, notamment encore une fois au sein de la *Columbia Law School*, avec le *European Legal Studies Center*[26], et de la *New York School of Law*, avec le *Jean Monnet Center for International and Regional Economic Law and Justice*[27]. Parmi les activités de ce dernier, on trouve la mise en place d'un site internet qui accueille, notamment, des études – les *Jean Monnet Working Papers*, et le dépouillement des principales revues consacrées à l'étude de l'intégration européenne, les *European Integration Current Contents,* extrêmement précieux pour envisager une recherche en droit de l'Union. Si les universités de New-York et de Columbia semblent à la pointe de l'étude du droit de l'Union, ce dernier est étudié dans bien d'autres universités, à Pittsburgh par exemple, avec le *European Union Center of excellence – European studies Center*[28], ou à la Fordham University, dans le cadre du *Center on European Union Law*[29].

Des enseignants américains ont également rédigé des monographies ou dirigé des ouvrages collectifs[30] consacrés au droit de l'Union européenne. Existent des manuels de droit de l'Union européenne édités aux États-Unis, sous la forme des *Cases and Materials* – une division en chapitres thématiques, chacun étant inauguré par de brefs propos introductifs, suivis par des extraits de textes et/ou de cas, eux-mêmes parfois suivis de brefs commentaires et d'une série de questions pour amener l'étudiant à réfléchir[31].

La lecture des écrits américains de droit communautaire met en avant une tendance que l'on observe également en Europe. Seuls les travaux en langue anglaise sont cités ou presque. Les travaux publiés dans des revues américaines sont systématiquement cités. Ce « chauvinisme doctrinal » n'est pas l'apanage des Américains. La doctrine européenne anglophone ne procède pas autrement et il est rare qu'elle cite des travaux dans une langue autre que la sienne[32]. La doctrine francophone du droit de l'Union fait un peu mieux, en se référant parfois aux publications en langue anglaise, en tout cas dans certaines études approfondies, dont les thèses. Mais

ligne la revue *Europe* (par le biais des banques de données *lexis nexis*) et le *Journal de droit européen* (par le biais de la banque de données belge Strad@droit), qui sont en outre plus des revues d'actualité que des revues doctrinales. Les principales revues doctrinales, telles la *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, la *Revue des affaires européennes*, la *Revue de droit de l'Union européenne* et la *Revue trimestrielle de droit européen*, ne sont pas disponibles en ligne. Ces lacunes dans la diffusion électronique des revues francophones sont, à notre sens, un handicap pour le rayonnement de la doctrine francophone du droit de l'Union européenne.

25 http://www.cjel.net/online/

26 http://www.law.columbia.edu/center_program/european_legal. Voir également l'annonce de sa création au *Columbia Journal of European Law* vol. 5, 1998-1999, p. 1.

27 http://www.jeanmonnetprogram.org/index.html

28 http://www.ucis.pitt.edu/euce/euce.html

29 http://law.fordham.edu/center-on-european-union-law/eulaw.htm

30 Voir, par exemple, A.-M. Slaughter, A. Stone Sweet, J. H. H. Weiler (dir.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social context*, Oxford, Hart Publishing, 1998 ; G. A. Bermann, K. Pistor (dir.), *Law and Governance in an Enlarged European Union*, Oxford, Hart Publishing, 2004.

31 G. A. Bermann, R. J. Goebel, W. J. Davey, E. M. Fox, *Cases and Materials on European Union Law*, Saint-Paul, West Publishing, 2e édition, 2002 (complété en 2004 par une mise à jour, en attendant la parution de la troisième édition prévue pour 2009).

32 J. Rideau, Tableaux du paysage doctrinal européen, in F. Picod (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Collection droit de l'Union européenne – colloques, n° 6, 2009, p. 161-179, spéc. p. 171.

les écrits de droit de l'Union rédigés en langue anglaise, à notre sens, ne se voient pas toujours accorder l'attention qu'ils méritent – et ce qui vaut pour les revues européennes spécialisées vaut, *a fortiori*, pour les travaux disséminés dans les nombreuses revues américaines : une partie de la doctrine française demeure convaincue de la supériorité des travaux francophones[33]. Il est vrai qu'historiquement, les principales caractéristiques du droit de l'Union européenne ont été dégagées et synthétisées par des auteurs francophones à une époque ou aucun État anglophone n'était membre des Communautés européennes[34]. Mais aujourd'hui, les études anglophones présentent une grande valeur, si l'on prend la peine de dépasser les barrières linguistiques et méthodologiques, ne serait-ce que parce qu'elles démontrent qu'il n'y a pas qu'une façon d'étudier le droit de l'Union européenne.

L'intérêt pour l'étude du droit de l'Union européenne aux États-Unis est donc patent. Les raisons en sont multiples[35]. La première est d'ordre pratique : les relations politiques et commerciales transatlantiques se sont multipliées, ce qui rend nécessaire une bonne connaissance du droit de l'Union par certains juristes américains. Ainsi, les juristes des entreprises de dimension mondiale doivent connaître le droit communautaire de la concurrence, car leurs pratiques et activités sont susceptibles d'être appréhendés aussi bien à l'aune du droit communautaire que droit américain[36]. Par ailleurs, les juristes chargés de négocier des accords avec la Communauté européenne doivent connaître la spécificité du système de répartition des compétences et des pouvoirs au sein des Communautés européennes, dont la violation peut entraîner l'annulation de la décision de conclusion devant le juge communautaire[37]. Mais l'intérêt des Américains pour le droit de l'Union européenne ne se limite pas à l'étude des questions juridiques susceptibles d'affecter les relations transatlantiques[38]. Le droit de l'Union européenne fournit, en tant que tel, un modèle attractif pour les États-Unis : ainsi, nombre d'études rédigées par des Américains envisagent le droit de l'Union afin d'en tirer des enseignements pour l'évolution du droit américain – par exemple en droit de l'environnement[39]. Inver-

33 Voir, en ce sens, les propos de C. Blumann, Querelles internes, in F. Picod (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Collection droit de l'Union européenne – colloques, n° 6, 2009, p. 93-113, spéc. p. 95 : « La consultation des ouvrages en langue anglaise laisse d'ailleurs parfois assez perplexe, non seulement parce que les thèmes abordés sont rarement les mêmes qu'en France. La jurisprudence, le *case law* y occupent une place déterminante, mais souvent le degré d'approfondissement conceptuel est beaucoup moins poussé ».

34 On mentionnera à ce titre les travaux de Pierre Pescatore, et notamment *Le droit de l'intégration. Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Sijthoff, Leiden, 1972 (Réimpression chez Bruylant, Collection droit de l'Union européenne – grands écrits, n° 1, 2005).

35 Pour une présentation de ces raisons, on peut se référer à la préface du *Cases and Materials* précité.

36 On se rappelle, par exemple, de la fusion Boeing/Mc Donnell Douglas, appréhendée successivement par les autorités américaine puis communautaire de concurrence, chacune appliquant son droit propre pour envisager les conséquences de cette concentration au plan mondial. Plus généralement, la mutliplication de ces relations transatlantiques a donné lieu à la publication d'ouvrages permettant une première approchen du droit de l'Union aux juristes américains ; voir, notamment, R. Folsom, R. Lake, V. Nanda, *European Community Law after 1992 : a Practical Guide for Lawyers Outside the Common Market*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, The Netherlands, 1993.

37 Pour un tel prolongement judiciaire des relations transatlantiques, voir, en dernier lieu, CJCE, 30 mai 2006, *Parlement/Conseil et Commission*, aff. jtes C-317/04 et C-318/04, *Rec.* p. I-4721 (annulation de la décision du Conseil de conclure avec les États-Unis de l'accord sur les données personnelles des passagers de l'aviation civile transmissibles aux autorités américaines dans le cadre de la lutte contre le terrorisme).

38 Voir la tendance vers une diversification des études déjà observée par G. A. Bermann, European Community Law from a U.S. Perspective, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 4, 1995, p. 1-13, spéc. p. 4-5.

39 Voir, parmi de nombreux exemples, Voir, par exemple, D. A. Wirth, Un regard extérieur : Back Impact of European Union Legislation on American Environmental Legislation, in D. Fasquelle, S. Robin-olivier (dir.), *Les échanges entre les*

sement, les auteurs sont conduits, inévitablement, à étudier le droit de l'Union à l'aune de leur propre modèle. La méthode comparative est ainsi fréquemment utilisée[40].

Il est difficile – et sans doute inutile – de faire une mesure quantitative exacte de l'étude du droit de l'Union aux États-Unis. Il ne faut pas en exagérer l'importance : son étude dans les *Law Schools* n'est pas systématique. Il existe relativement peu d'enseignants qui consacrent l'essentiel de leur activité à l'étude du droit de l'Union européenne. Le *Columbia journal of European Law* demeure aujourd'hui la seule revue américaine véritablement spécialisée en droit européen[41]. Si les recherches sur les banques de données juridiques américaines ont donné un nombre considérable de résultats en valeur absolue, la part relative des articles en droit de l'Union demeure finalement assez faible. Il ne faut pas non plus la minorer. Au moins deux symptômes révèlent l'importance de l'étude du droit de l'Union. En effet, le droit de l'Union européenne a généré suffisamment de travaux aux États-Unis pour que des auteurs s'essayent à en synthétiser l'évolution[42] ou à avancer des pistes pour en renouveler l'étude aux États-Unis[43]. Par ailleurs, il génère une concurrence aux États-Unis, certaines universités telles la *Columbia University* n'hésitant pas à se proclamer à la pointe de l'étude de ce droit[44]. Il a même pu être affirmé qu' « aujourd'hui, il y a probablement plus de spécialistes des affaires européennes aux États-Unis que partout ailleurs dans le monde. Cela s'explique par le grand nombre d'universités installées sur le territoire américain, par l'importance du marché, par l'organisation spécifique du système universitaire américain, et par les intérêts stratégiques et économiques permanents que États-Unis ont en Europe »[45]. C'est dire que tous les sujets y sont étudiés.

II. Quelques thèmes

Il faut à présent envisager des questions plus fondamentales, qui concernent les enseignements que l'on peut tirer de l'étude du droit de l'Union aux États-Unis pour notre propre appréhension de ce droit.

Comme nous l'avons déjà dit, les études de droit de l'Union européenne réalisées par des auteurs américains et/ou publiées dans des revues américaines sont très nombreuses et portent sur tous les sujets possibles de droit institutionnel et matériel de l'Union européenne, ce qui appelait de circonscrire l'étude à un thème particulier. L'appréhension par les juristes américains des enjeux constitutionnels liés à l'intégration européenne s'est rapidement imposée. Outre le fait qu'ils ont été et sont toujours le cadre de débats intenses et passionnés

droits, l'expérience communautaire. Une lecture des phénomènes de régionalisation et de mondialisation du droit, Bruxelles, Bruylant, collection droit de l'Union européenne – Colloques, n° 4, 2008, p. 107-128.

40 Cf. *infra*.

41 D'autres revues juridiques sembleraient, à première vue, principalement centrées sur les questions de droit de l'Union européenne mais couvrent en réalité un champ bien plus large, ainsi qu'a pu le révéler l'étude de leur sommaire : voir, par exemple, le *Tulane European and Civil Law Forum* ou le *Journal of Eurasian Law*, dont le titre mystérieux au premier abord dissimule en fait l'étude des mutations juridiques en Russie et dans les États d'Europe centrale et orientale. Notons toutefois qu'une nouvelle revue de droit européen pourrait voir le jour à Harvard, si l'on se fie au site internet de la *Harvard European Law Association* (http://www.law.harvard.edu/students/orgs/hela/).

42 G. A. Bermann, European community Law from a U.S. Perspective, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 4, 1995, p. 1-13.

43 D. J. Gerber, European Law : Thinking about it and Teaching it, *Columbia Journal of European Law,* vol. 1, 1995, p. 380-394.

44 G. A. Bermann, The European Studies Legal Center, Columbia Journal of European Law, vol. 5, 1998-1999, p. 1-2.

45 F. Snyder, Creusets de la communauté doctrinale de l'Union européenne : regards sur les revues françaises de droit européen, in F. Picod (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Collection droit de l'Union européenne – colloques, n° 6, 2009, p. 35-89, spéc. p. 72.

en Europe, il a semblé que c'est sur cette question que les juristes américains étaient susceptibles d'apporter un éclairage nouveau, compte tenu de l'importance que tient la constitution dans la culture juridique américaine et, partant, chez les juristes américains[46] – dont l'étude du droit de l'Union a du reste tendance à être appréhendée à travers le prisme du droit constitutionnel[47]. Encore faut-il préciser ce que l'on entend par « questions constitutionnelles ». Cette thématique doit être entendue dans un sens délibérément large, que l'on emprunte au professeur George A. Bermann : une constitution exprime « un consensus sur […] les règles de base fondamentales de gouvernance pour une entité politique donnée »[48]. Les questions constitutionnelles incluent donc des aspects institutionnels et procéduraux, mais aussi des aspects substantiels, tels l'étude des droits et valeurs fondamentaux garantis au sein de l'entité politique et leurs modes de garantie. Elles incluent aussi nécessairement, dans les entités fédérales, la question de la détermination du juste niveau de pouvoir, et, s'agissant de l'Union européenne, la détermination de sa nature politique et juridique.

Les concepts, expériences et notions américains influencent de façon notable l'étude du droit de l'Union par les chercheurs américains ; le droit de l'Union européenne est ainsi appréhendé à travers un certain nombre de « prismes conceptuels »[49]. On peut évidemment considérer qu'il s'agit de biais altérant la qualité scientifique des travaux ; mais certains résultats ou approches mettent en évidence l'intérêt d'un regard différent sur le droit de l'Union. Le thème de la spécificité de l'Union et de son droit n'est pas sujet à controverses (A), ce qui explique que les concepts et notions, et le vocabulaire, du droit constitutionnel aient aussi été utilisés (B). Parmi les questions de droit constitutionnel, le thème du fédéralisme occupe logiquement une place particulière, et la vision américaine du fédéralisme éclaire l'organisation politique de l'Union européenne (C). De même, la question des pouvoirs des juges a fait l'objet d'une attention et d'un traitement particuliers (D).

A. La spécificité

Un thème structurant de la doctrine européenne du droit de l'Union est celui de la spécificité du droit de l'Union par rapport au droit international ou de son autonomie[50], déduite des arrêts fondateurs de la Cour de justice des Communautés européennes, *Van Gend en Loos* et *Costa*[51]. La Communauté européenne serait une organisation d'intégration ou supranationale. On peut déjà relever que ce consensus doctrinal s'étend aux auteurs américains ; ainsi, le thème de la supranationalité n'est pas plus discuté aux États-Unis qu'en Europe chez ceux qui étudient le droit de l'intégration européenne[52]. Plus significatif encore, les études portant sur les failles et limites du droit international excluent de leurs conclu-

46 Voir sur ce point E. Zoller, États-Unis (Culture juridique), in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/PUF, 2003, p. 653-661, spéc. p. 657-658.

47 D.J. Gerber, European Law : Thinking about it and Teaching it, *Columbia Journal of European Law*, vol. 1, 1995, p. 379-395, spéc. p. 382-383.

48 G. A. Bermann, Constitutional Lessons for Europe, *Fordham International Law Journal*, vol. 29, 2006, p. 601-609, spéc. p. 602.

49 Selon l'expression de D. J. Gerber, European Law : Thinking about it and Teaching it, *Columbia Journal of European Law*, vol. 1, 1995, p. 379-395, spéc. p. 381.

50 Sur ce consensus, voir C. Blumann, Querelles internes, in F. Picod (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Collection droit de l'Union européenne – colloques, n° 6, 2009, p. 93-113, spéc. p. 97-100. Notons toutefois quelques brèches dans le consensus en ce qui concerne la thèse de l'autonomie ou de la spécificité, avec notamment le cours d'A. Pellet à l'Académie de droit européen, publié in *Recueil des Cours de l'Académie de droit européen*, Dordrecht, Kluwer, 1997, p. 193-271.

51 CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.* p. 3 ; CJCE, 15 juillet 1964, *Costa*, aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141.

52 Voir, en ce sens, les analyses de J. H. H. Weiler, The Community System : The Dual Character of Supranationalism, *Yearbook of European Law*, 1981, p. 267-306.

sions le droit de l'Union[53]. Par conséquent, l'application des thématiques constitutionnelles aux Communautés puis à l'Union européenne n'a guère eu de difficultés à s'imposer.

B. Le constitutionnalisme

Le constitutionnalisme implique d'appliquer les thématiques et les notions du droit constitutionnel à l'entité politique en formation dans le cadre de l'Union européenne. Le débat récent à propos de la constitutionnalisation de l'Union européenne a entraîné une abondante littérature dans les revues juridiques américaines – certaines y ayant même consacré un numéro spécial[54] ; mais les auteurs américains n'ont pas attendu le traité constitutionnel pour envisager l'application de thématiques constitutionnelles à l'Union européenne[55]. En ce qui concerne le traité constitutionnel, plusieurs approches ont été retenues. Certains auteurs ont fait des commentaires techniques des apports du texte[56] ; on relève aussi beaucoup d'approches de droit comparé entre la Constitution américaine et la Constitution européenne[57].

Il est ainsi difficile de synthétiser la façon dont les Américains envisagent la nature générale de l'Union européenne. De façon générale, existe un consensus sur la nature constitutionnelle du processus d'intégration européenne, celle-ci étant vue comme une « expérience constitutionnelle »[58], malgré quelques voix dissonantes et, parfois, un scepticisme à propos de l'intérêt de la question de savoir si l'Union a une nature internationale ou constitutionnelle[59]. Une caractéristique mérite toutefois d'être soulignée. Il semble en effet que les Américains intègrent plus volontiers les apports de sciences connexes dans les études relatives à la dimension constitutionnelle de l'Union européenne – par exemple, la science politique et la philosophie politique. Cette volonté d'élargir le champ de l'étude du droit de l'Union européenne à d'autres disciplines a été exprimée par Joseph Weiler, dans son article intitulé *The Transformation of Europe*: relevant les critiques d'autres auteurs concernant certaines tendances de l'étude de l'intégration européenne[60], il prend le parti-pris méthodologique d'envisager l'étude de l'ordre constitutionnel de l'Union en portant « une attention particulière à sa matrice politique vivante, aux interactions entre les normes et l'élaboration des normes, entre constitution et institutions, entre principes et pratique, et entre la Cour de justice et les organes politiques »[61]. Il défend ainsi l'approche du *law and…,* quelle que soit la science associée au droit – droit et économie, droit et culture, droit et société en contexte[62]. Certains résultats doivent être relevés, en ce qui concerne par exemple l'analyse de la période cou-

53 Voir, par exemple, A. T. Guzman, J. Landsidle, The Myth of International Delegation, *California Law Review*, vol. 96, 2008, p. 1693-1723.

54 Notamment dans le 1er numéro du volume 6 de l'*International Journal of Constitutional Law*, 2005.

55 Voir, par exemple, les discussions à propos de la nature constitutionnelle des traités constitutifs des Communautés européennes in *Proceedings of the American Society of International Law* 1978, p. 166-197 ; voir aussi L. Cata Backer, The Extra-National State : American Confederate Federalism and the European Union, *Columbia Journal of European Law*, vol. 7, 2001, p. 173-240.

56 R. J. Goebel, The European Union in Transition : The Treaty of Nice in Effect, Enlargement in Sight, a Constitution in Doubt, *Fordham International Law Journal*, vol. 27, 2004, p. 455-502.

57 C. R. Mc Guire, The Constitution of the European Union : Contents, Prospects and Comparison to the US Constitution, Tulsa Journal of International and Comparative Law, vol. 12, 2005, p. 307-355.

58 G. A. Bermann, The European Union as a Constitutional Experiment, *European Law Journal* 2004, n° 4, p. 363-370.

59 Voir J.H.H. Weiler, U.R. Haltern, The Autonomy of Community Legal Order – Through the Looking Glass, *Harvard International Law Journal*, vol. 37, 1996, p. 411-448.

60 Par exemple d'un autre spécialiste américain de l'étude de l'intégration européenne, M. Shapiro, in Comparative Law and Comparative Politics, *Southern California Law Review*, vol. 53, 1980, p. 537.

61 J.H.H. Weiler, The Transformation of Europe, *Yale Law Journal*, vol. 100, 1991, p. 2403-2482, spéc. p. 2409.

62 *Ibid.*

rant de la création des Communautés jusqu'au début des années 70. Alors que l'attention portée par les juristes aux cas les conduit à considérer que c'est dans cette période que les bases constitutionnelles fédérales de l'intégration européenne ont été posées, avec les arrêts de la CJCE *Costa* et *van Gend en Loos*, l'analyse politique conduit plutôt à la conclusion inverse, l'intergouvernementalisme ayant progressé dans le contexte de la crise de 1965 qui a conduit au compromis de Luxembourg[63]. Il s'agit d'une invitation à envisager l'intégration européenne de façon plus globale pour mieux en appréhender la réalité ; ces deux questions sont en effet généralement dissociées dans l'étude et l'enseignement du droit de l'Union en France.

Dans certaines études récentes, l'utilisation du concept de « patriotisme constitutionnel », promu par Jurgen Habermas, est révélatrice de cette tendance. Ce concept suppose que la délibération démocratique facilitée par l'adoption d'une constitution doit promouvoir l'identification au projet européen. Cette forme de constitutionnalisme doit engendrer une citoyenneté post-nationale, car les individus développeront un sentiment d'appartenance à une Communauté à l'échelle européenne basée sur leur participation à un processus démocratique, et non sur leurs liens du sang ou leur contexte culturel[64]. Les auteurs américains ont réagi de façon diverse à ce concept. Ils ont pu se servir de cette notion comme paradigme explicatif de certaines notions, telles par exemple le droit au respect de la vie privée[65] ; ils ont pu expliquer que l'Union européenne ne pouvait embrasser l'idée de patriotisme constitutionnel en l'état actuel de l'aménagement de ses institutions[66] ; ils ont pu expliquer qu'elle devait rejeter cette idée de patriotisme constitutionnel pour lui préférer la tolérance constitutionnelle, cette dernière permettant mieux de respecter la diversité au sein de l'Union européenne[67]. Mais en dehors de ces différences de résultat, il importe surtout de voir que cette thématique a retenu l'attention des juristes américains au point d'y consacrer des articles entiers, ce qui n'a pas le cas chez les juristes francophones spécialisés en droit de l'Union[68]. Des méthodes différentes – en l'occurrence une plus grande ouverture à d'autres disciplines – induisent des thématiques différentes.

Si les auteurs américains, ont utilisé leur connaissance du système américain pour expliquer le processus constituant européen, et ont été influencés par leur culture juridique pour le décrire, il leur est aussi arrivé d'utiliser l'expérience européenne pour en tirer des « leçons constitutionnelles » plus vastes[69].

Ainsi, les auteurs américains appliquent la thématique constitutionnelle à l'Union européenne, mais en ouvrant leurs études plus largement à d'autres sciences sociales, en recourant au droit comparé et en se laissant immanquablement influencer par leur culture juridique.

63 *Ibid.*, p. 2410-2411.

64 J. Habermas, Why Europe Needs a Constitution, in E. Eriksen, J. Fossum, A. Menendes (dir.), *Developing a Constitution for Europe*, London, Routledge, 2004.

65 F. Bignami, The Case for Tolerant Constitutional Patriotism : the Right to Privacy before the European Courts, *Cornell International Law Journal*, vol. 41, 2008, p. 211-249.

66 M. Kumm, To Be a European Citizen ? The Absence of Constitutional Patriotism and the Constitutional Treaty, *Columbia Journal of European Law*, vol. 11, p. 481-522 ; M. Kumm, Why Europeans Will not Embrace Constitutional Patriotism, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 6, p. 117-136.

67 J.H.H. Weiler, In Defence of the Status Quo : Europe's Constitutional *Sonderweg*, in J.H.H. Weiler, M. Wind (dir.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 7-23.

68 Notons toutefois que la question du patriotisme constitutionnel a été appliquée à l'Union européenne par des politistes (voir P. Magnette, O. Costa (dir.), *Le patriotisme constitutionnel et l'Union européenne*, dans un numéro spécial de *Politique européenne*, 2006, n° 19, p. 5-139) et évoquée par des constitutionnalistes (voir S. Torcol, Le huron à la recherche de l'État européen, *Politeïa* n° 12, 2007, p. 305-321).

69 G. A. Bermann, Constitutional Lessons from Europe, *Fordham International Law Journal*, vol. 29, 2006, p. 601-609.

Ces tendances se retrouvent également en ce qui concerne la question fondamentale du droit constitutionnel aux États-Unis qu'est le fédéralisme.

C. Le fédéralisme

Le fédéralisme est considéré par les Américains comme « peut-être (leur) plus vieille question du droit constitutionnel » et comme « la découverte propre de (leur) nation »[70]. Nombre d'études aux États-Unis envisagent ainsi la construction européenne à travers le prisme du fédéralisme. Les chercheurs européens n'ont pas attendu les Américains pour reconnaître la nature fédérale du processus d'intégration européenne, et pour procéder à des comparaisons entre fédéralisme européen et américain[71] ; il a même pu être affirmé que les auteurs américains, contrairement aux européens, n'avaient pas été à même d'élaborer une théorie de la fédération, préférant une approche plus pragmatique avec la notion de fédéralisme, conçu tantôt comme un dualisme de pouvoir, tantôt comme une forme de séparation des pouvoirs[72]. Pourtant, cette vision américaine du fédéralisme peut expliquer certains aspects du développement du fédéralisme en Europe, les auteurs s'étant référés à leur propre modèle pour mettre en évidence aussi bien les différences que les rapprochements qui pouvaient être faits entre les systèmes européen et américain.

Les rapprochements sont multiples : il en est ainsi, notamment, de la question classique dans le fédéralisme de la détermination du détenteur du pouvoir normatif au sein de l'entité politique. L'Union européenne et les États-Unis reposent sur le système de compétences d'attribution au niveau supérieur ; mais ce principe est, en quelque sorte, relativisé, dans la mesure où existent dans la norme suprême de chaque entité politique des dispositions rédigées en des termes vagues, qui permettent en définitive au niveau supérieur d'agir dans des domaines qui relèveraient *a priori* de la compétence des composantes grâce l'imprécision de la rédaction de l'habilitation. Il s'agit de l'*interstate commerce clause* dans la constitution américaine, et de l'article 95 du traité CE[73], qui permet à la Communauté européenne d'adopter des mesures de rapprochement des législations ayant pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur[74] – ce qui, nous le verrons, s'est traduit par des décisions juridictionnelles voisines concernant l'étendue et les limites de ces clauses. Là n'est sans doute pas l'intérêt principal de la comparaison. En l'occurrence, mettre l'accent sur les similarités entre fédéralismes européen et américain permet finalement de dégager les problématiques inhérentes à tous les systèmes fédéraux – quel doit être le niveau d'autonomie des composantes, quelle doit être la place de l'État central – et mettre en avant que les solutions sont parfois comparables.

Mais les solutions retenues pour parvenir à l'équilibre entre les deux niveaux de pouvoirs sont loin d'être identiques par ailleurs. La mise en évidence des différences est plus intéressante, de même que les conséquences que les auteurs tirent d'un tel constat – qui est

70 Selon l'opinion, respectivement, du juge à la Cour suprême Sandra Day O'connor New York v. United States, 505 U.S. 144, 149 (1992). et du juge à la Cour suprême Anthony M. Kennedy U.S. Term Limits, Inc. v. Thornton, 514 U.S. 779, 838 (1995) (Kennedy, J., concurring), citée par E. F. Defeis, A Constitution for the European Union ? A Transatlantic Perspective, *Temple International and Comparative Law Journal*, vol. 19, 2005, p. 351-385, spéc. p. 360.

71 Voir, par exemple, K. Lenaerts, *Le juge et la constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988.

72 O. Beaud, La doctrine constitutionnelle américaine connaît-elle une théorie de la fédération ?, in P. Raynaud, E. Zoller, *Le droit dans la culture américaine*, Paris, Editions Pantheon Assas, 2001, p. 21-39.

73 Devenu article 114 du traité sur le fonctionnement de l'UE depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne.

74 Voir G. A. Bermann, Regulatory Federalism : European Union and United States, *RCADI*, p. 9-148, spéc. p. 31-32.

généralement que l'Union européenne ne peut pas ou ne doit pas nécessairement faire les mêmes choix que les États-Unis en ce qui concerne la définition de sa structure fédérale.

La vision américaine du principe de subsidiarité est ici parlante. On sait que ce principe a été inséré dans le traité CE par le traité de Maastricht ; il suppose que, dans les domaines de compétence partagées entre les États membres et la Communauté européenne, cette dernière ne puisse agir que si l'action des États est insuffisante pour atteindre un objectif et que ce dernier peut donc être mieux réalisé au niveau communautaire. On sait aussi que ce principe a été introduit dans le traité CE afin de préserver une marge d'autonomie au profit des États membres en freinant le développement de la législation communautaire. La question du réaménagement des équilibres fédéraux au profit des composantes en conditionnant l'exercice par la fédération des compétences partagées n'est pas absente des débats doctrinaux américains, en liaison avec l'interprétation du dixième amendement aux termes duquel « les pouvoirs non délégués aux États-Unis par la Constitution, ni refusés par elle aux États, sont réservés aux États respectivement, ou au peuple ». Cependant, il n'existe pas un tel principe aux États-Unis : de façon générale, les équilibres fédéraux sont le résultat du processus politique et non d'un principe juridique[75]. Le principe trouverait toutefois sa pertinence au sein de l'Union, à tout le moins pour une double raison : elle a paradoxalement des tendances centralisatrices plus importantes que la fédération des États-Unis sans avoir la même légitimité ; les politiques décidées au niveau de l'Union sont ensuite mises en œuvre en utilisant toutes les ressources institutionnelles des États membres et donc de leur population, ce qui diffère des choix institutionnels opérés dans le système fédéral américain ou l'exécution des politiques fédérales est le fait d'agences fédérales[76]. En somme, la moindre maturité du système fédéral communautaire justifie l'existence d'un principe juridique régulateur. L'affirmation de l'utilité du principe de subsidiarité au sein de l'Union n'empêche toutefois pas certaines réserves quant à la formulation du principe, à sa mise en œuvre concrète et à une éventuelle sanction judiciaire. Ce n'est pas cette conclusion qui mérite spécialement d'être relevée – ce scepticisme a été partagé, à des degrés divers, par nombre d'auteurs européens –, mais plutôt les voies pour y parvenir, peu d'auteurs européens ayant utilisé le fédéralisme américain comme point de comparaison[77]. Ces comparaisons se retrouvent en ce qui concerne les apports du traité établissant une constitution pour l'Europe, qui ajoutait un contrôle politique du principe, notamment par les Parlements nationaux[78] ; ainsi, « alors que le débat aux États-Unis se poursuit en ce qui concerne la question de savoir si les compétences réservées des États devraient être décidées par les juges ou par les autorités politiques, le traité constitutionnel reflète un premier pas vers la mise en œuvre d'une détermination à la fois politique et juridictionnelle »[79].

75 Voir G. A. Bermann, Taking Subsidiarity Seriously : Federalism in the European Community and the United States, *Columbia Law Review*, vol. 94, 1994, p. 331-456, spéc. p. 403-448.

76 *Ibid.*, p. 448-456. Notons que des auteurs européens ont également relevé cette différence concernant l'exécution des textes législatifs adoptés au niveau supérieur, tels J.-P. Jacque (L'éternel retour. Reflexions sur la comitologie, in *Mélanges Jean-Victor Louis*, Bruxelles, éditions de l'ULB, 2003, p. 205-216).

77 La comparaison a généralement plutôt été opérée par rapport aux États fédéraux européens, et notamment l'Allemagne, qui comprend un principe formulé en des termes analogues à l'article 72 al. 2 de la *Grundgesetz* (voir, par exemple, N. Emiliou, Subsidiarity : An Effective Barrier Against the Enterprises of Ambition ?, *European Law Review,* 1992, n°, p. 383-410).

78 Voir l'article I-11 § 3 al. 2 du traité établissant une Constitution pour l'Europe et le protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité annexé, ainsi que l'article 12 b) du TUE modifié par le traité de Lisbonne.

79 F. Defeis, A Constitution for the European Union ? A Transatlantic Perspective, *Temple International and Comparative*

Les raisonnements des auteurs américains, toujours à propos du principe de subsidiarité, semblent moins dogmatiques – ou moins rigoureux, c'est selon – que les raisonnements des auteurs européens. Les auteurs francophones prennent le soin de distinguer soigneusement le principe d'attribution des compétences du principe de subsidiarité, qui n'est pas un principe d'attribution des compétences mais un principe régulateur de leur exercice. On ne trouve pas un tel souci chez les auteurs américains, qui tendent à comparer le principe de subsidiarité au dixième amendement à la Constitution américaine, alors que ce dernier est clairement un principe d'attribution. Il ne faut sans doute pas y voir une erreur, mais plutôt du pragmatisme, la subsidiarité comme l'attribution pouvant être rattachées à la thématique plus générale de la distribution du pouvoir au sein de l'entité fédérale.

S'agissant du fédéralisme, les auteurs américains utilisent ainsi leur propre modèle comme cadre de référence pour expliquer le fédéralisme européen, mais, réciproquement, tirent des enseignements du système européen pour expliquer l'aménagement du fédéralisme aux États-Unis. La démarche comparative est également très présente dans les études centrées sur le juge.

D. Le rôle du juge

De très nombreuses études ont été consacrées à la Cour de justice des communautés européennes et, parmi celles-ci, beaucoup ont pris la Cour suprême des États-Unis comme terme de comparaison pertinent. Une telle comparaison n'a rien de surprenant : les chercheurs européens considèrent de longue date que la Cour de justice des Communautés européennes assume certaines des fonctions d'un juge constitutionnel[80], voire même qu'elle est la juridiction européenne qui se rapproche le plus de la Cour suprême américaine[81]. On ne peut donc reprocher aux enseignants américains d'avoir utilisé leur connaissance de la Cour suprême américaine pour étudier la Cour de justice des Communautés européennes.

Ainsi, les solutions de la Cour suprême américaine ont pu servir de paradigme explicatif de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes – dont le rôle politique est désormais unanimement reconnu[82]. La Cour de justice des Communautés européennes a notamment développé dans les années 80-90, une jurisprudence considérée à certains égards comme destructrice des réglementations sociales nationales, en exerçant sur elles un contrôle strict au regard des règles de liberté de circulation et de concurrence du traité instituant la Communauté européenne. Ainsi, et parmi de multiples exemples, les législations nationales relatives à la réglementation ou à l'interdiction du travail le dimanche ont été envisagées à l'aune de l'interdiction des restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent prévue par l'article 28 du traité CE[83]. Alors qu'une telle jurisprudence, à défaut de priver totalement les États de leurs compétences en matière sociale, fait peser de lourdes contraintes sur son exercice, le tout sous le contrôle étroit du juge communautaire, la Communauté européenne ne s'est pas vue reconnaître dans le même temps la compétence d'adopter des législations complètes et détaillées en matière sociale. Il s'agit par excellence d'une question constitutionnelle : le juge doit ici arbitrer entre les compétences du niveau supérieur et du niveau

Law Journal, vol. 19, 2005, p. 351-385, spéc. p. 367.

80 Voir, parmi de très nombreux exemples, R. Dehousse, *La Cour de justice des Communautés européennes,* Paris, Montchrestien, collection Clefs – Politique, 1997 ; D. Simon, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, Collection Droit fondamental, 3e édition, 2001, p. 483-484.

81 E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, PUF, Collection Droit fondamental, 2000, p. 20.

82 Voir, pour une étude menée par un professeur américain sur le pouvoir politique de la Cour de justice des Communautés européennes, K. J. Alter, The European Court's Political Power, *West European Politics,* vol. 19, 1996, p. 458-487.

83 CJCE, 23 novembre 1989, *Torfaen*, aff. C-145/88, *Rec.* p. 3851.

inférieur et doit en outre réaliser des arbitrages entre des exigences constitutionnelles. Cette jurisprudence a été comparée à l'activisme de la Cour suprême américaine dans la décision *Lochner v. New York* de 1905[84], dans différents articles publiés dans des revues américaines[85], et notamment dans un article de I. A. Eliasoph publié en 2008 au *Columbia Journal of European Law*[86]. La Cour suprême avait considéré inconstitutionnelle la loi de l'État de New-York limitant les horaires de travail dans les boulangeries, au motif qu'elle portait atteinte à la liberté contractuelle qui préside à la formation du contrat de travail[87]. Cette décision a été comme le paroxysme d'un mouvement plus vaste au sein de la Cour suprême, limitant la capacité d'action, en matière sociale notamment, des autorités politiques, au niveau fédéral comme au niveau étatique, dont le résultat a été la mise en cause de législations sociales à l'époque du *New Deal*. La Cour a renversé sa position en 1937, dans un contexte de « menaces » du président Roosevelt d'introduire des juges supplémentaires à la Cour suprême : la jurisprudence de la Cour suprême a alors inauguré une période de *self-restraint*[88].

Des comparaisons réalisées aux États-Unis entre les jurisprudences de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour suprême, plusieurs éléments retiennent l'attention. Il faut bien avoir conscience, notamment, que l'épisode *Lochner* a été condamné de manière quasi-unanime aux États-Unis, d'aucuns allant même jusqu'à le qualifier de « période infâme »[89]. Par conséquent, la jurisprudence de la Cour de justice jugée alignée sur *Lochner* fait également l'objet de sévères critiques et d'une réflexion sur les moyens appropriés de l'infléchir ou de la renverser. Les critiques de *Lochner* aux États-Unis ont porté essentiellement sur deux points. La première, présente dans l'opinion dissidente du juge Holmes[90], était de dire que la Cour n'était pas compétente pour trancher des questions politiques et qu'elle interférait avec la compétence du législateur. La seconde critique n'était pas institutionnelle mais substantielle : elle consistait à dire que les juges, en retenant une conception rigide de la notion de liberté, avaient finalement autant porté atteinte à l'autonomie humaine qu'ils ne l'avaient promue. Ces critiques peuvent être transposées à la Cour de justice des Communautés européennes, en ce qui concerne notamment la question des pouvoirs du juge.

Si les études américaines ont mis en avant la proximité de certaines problématiques entre la jurisprudence de la CJCE et le courant jurisprudentiel *Lochner* de la Cour suprême des États-Unis et des critiques qui leur ont été portées, elles ont pu aussi mettre en avant les différences dans les remèdes apportés à ce qui est

84 *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), reproduit in E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, PUF, collection droit fondamental, 2001, p. 321-349.

85 Voir, par exemple, M. R. Antinori, Does Lochner Live in Luxembourg? An Analysis of the Property Rights Jurisprudence of the European Court of Justice, *Fordham International Law Journal*, vol. 18, 1995, p. 1778- ? ; D. Caruso, Lochner in Europe : A Comment on Keith Whittington's « Congress before the Lochner Court », *Boston University Law Review*, vol. 85, 2005, p. 867-880.

86 I. H. Eliasoph, A « Switch in time » for the European Community ? Lochner Discourse and the Recalibration of Economic and Social Rights in Europe, *Columbia Journal of European Law*, vol. 14, 2008, p. 467-508.

87 Pour une présentation de cette décision et sa reproduction en langues française et anglaise, voir E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, PUF, Collection Droit fondamental, 2001, p. 321-344.

88 Voir notamment les décisions suivantes de la Cour suprême américaine : *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937) ; *NLRB v. Jones & Laughlin Steel Co.*, 301 U.S. 1 (1937).

89 Voir la synthèse des critiques dans l'article de I. A. Eliasoph, A « Switch in time » for the European Community ? Lochner Discourse and the Recalibration of Economic and Social Rights in Europe, *Columbia Journal of European Law*, vol. 14, 2008, p. 467-508, spéc. p. 475-478.

90 Reproduite in E. Zoller, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Pais, PUF, collection Droit fondamental, 2000, p. 342-344.

considéré comme une déviance jurisprudentielle. Dans un cas comme dans l'autre, la jurisprudence de chacune des cours suprêmes a fait l'objet de revirements ou, en tout cas, d'évolutions : il serait ainsi tentant de dire que les mêmes causes ont appelé les mêmes effets, aux États-Unis comme en Europe. Mais des analyses approfondies ont démontré qu'il n'en n'était rien. Aux États-Unis, la Cour suprême a renoncé à effectuer un contrôle sur les choix politiques opérés par les États ou la fédération ; elle a donc abandonné les pouvoirs qu'elle s'était arrogés quelques années auparavant. Au sein de l'Union européenne en revanche, la Cour de justice a au contraire gagné en influence et en marge d'intervention. En effet, avec les différentes révisions des traités, des objectifs sociaux sont venus s'ajouter aux objectifs économiques du traité CE ; de ce fait, la Cour se trouve en quelque sorte habilitée à réaliser des arbitrages entre ces deux exigences constitutionnelles et, par conséquent, à proposer une vision communautaire des équilibres entre libertés économiques et protection sociale[91], ainsi que l'ont révélé certains arrêts récents[92]. Rien ne garantit donc au niveau communautaire une évolution aussi pérenne que celle rencontrée au sein de la Cour suprême américaine dans les années 30[93].

Il ne s'agit pas ici de reconnaître le génie des auteurs américains qui auraient sur ce point mieux compris le droit de l'Union que les Européens eux-mêmes : ces problématiques soulevées par la jurisprudence du juge communautaire, ont aussi été abordées par des auteurs européens anglophones[94] comme francophones[95] avec parfois même, quoique très rarement, des allusions à la jurisprudence *Lochner*[96]. Pour ces derniers, on relèvera que les critiques les plus virulentes n'ont généralement pas été le fait de spécialistes du droit de l'Union[97], qui sans être forcément déférents à l'égard de la jurisprudence de la Cour, se sont parfois plus consacrés à en dénoncer les incohérences qu'à réfléchir aux difficultés que soulevaient certaines décisions du point de vue de la légitimité du pouvoir judiciaire communautaire[98].

Cette question de la légitimité est donc centrale. Sur ce point également, les enseignants américains de droit communautaire ont pu être influencés par l'ex-

91 Voir I. H. Eliasoph, A « Switch in time » for the European Community ? Lochner Discourse and the Recalibration of Economic and Social Rights in Europe, *Columbia Journal of European Law*, vol. 14, 2008, p. 467-508, spéc. p. 504-507.

92 Voir par exemple CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, aff. C-144/04, *Rec.* p. I-9981 (consécration de la non-discrimination en raison de l'âge comme principe général du droit communautaire, qui permettrait de laisser inappliquée une législation nationale qui contredit ce principe alors que le délai de transposition de la directive communautaire qui était supposé consacrer cette obligation n'avait pas encore expiré).

93 Des arrêts récents illustrent une telle conclusion : voir CJCE, 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05, *Rec.* p. I-10779 (applicabilité des règles communautaires relatives à la liberté d'établissement aux conventions collectives) ; CJCE, 18 décembre 2007, *Laval*, aff. C-341/05, *Rec.* p. I-11767 (soumission de l'exercice du droit de mener des actions collectives à la liberté de prestations de services) ; CJCE, 3 avril 2008, *Rüffert*, aff. C-346/06, *Rec.* p. I-1989 (à propos d'une réglementation nationale limitant la possibilité pour les sociétés originaires d'un autre État membre candidates à un marché public d'exploiter l'avantage comparatif résultant de coûts de main-d'œuvre moins élevés).

94 On citera notamment l'ouvrage de C. Barnard, *EC Employment Law*, Oxford, Oxford University Press, 3e édition, 2006 (spécialement l'introduction de l'ouvrage) ou l'ouvrage d'I. Ward, *A Critical Introduction to European Law*, London, Butterworth, 1996.

95 Voir, par exemple, l'ouvrage de J. S. Berge et S. Robin-olivier, *Introduction au droit européen,* Paris, PUF, Thémis, 2008 ; ou la thèse de P. Maddalon, *La notion de marché dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, 2007.

96 E. Dockes, L'Europe antisociale, *Revue de droit du travail* 2009, n° 3, p. 145-150, spéc. p. 150 (avec, notamment, des critiques des arrêts *Viking* et *Laval* de la CJCE).

97 Voir par exemple le commentaire mesuré de l'arrêt *Viking* par Denys Simon, *Europe* n° 2, février 2008, comm. 40.

98 Voir le constat de Claude Blumann, qui juge la doctrine « très orthodoxe en ce sens qu'elle s'aligne volontiers sur les positions de la Cour de justice » (Querelles internes, in F. Picod (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Collection droit de l'Union européenne – colloques, n° 6, 2009, p. 93-113, spéc. p. 113).

périence de la Cour suprême. Il a ainsi pu être avancé que l'organisation et les méthodes de la CJCE devraient évoluer vers des solutions comparables à celles prévalant devant la Cour suprême des États-Unis, notamment en ce qui concerne l'admission des opinions dissidentes[99]. Une telle évolution est jugée nécessaire dans un contexte où la Cour de justice des Communautés européennes est conduite de plus en plus à prendre position sur des questions politiques. Dans le même ordre d'idées, la Cour de justice des Communautés européennes a été très tôt l'objet d'interrogations, sur le point de savoir « qui sont les juges qui se sont vus accorder des pouvoirs et responsabilités aussi étendus »[100]? La réponse a fait l'objet d'une étude, qui synthétise les critères de sélection des juges par les États membres, la durée de leur maintien en fonction, leur formation, les fonctions qu'ils exerçaient avant leur nomination[101]. Cette question n'a pas été ignorée par les chercheurs européens, qui perçoivent tous intuitivement l'importance de la composition de la Cour non seulement pour la logique interne de l'institution, mais aussi pour la production de cette institution, à savoir la jurisprudence ; nul ne peut ignorer que la Cour a à l'origine intégré en son sein des promoteurs et/ou des architectes de la construction européenne, tels Pierre Pescatore, et que ceci a pu influencer la jurisprudence constructive de la Cour ; de même qu'elle intègre aujourd'hui des juges qui ont anciennement exercé des fonctions universitaires, tels Koen Lenaerts et Antonio Tizzano, et qui, à ce titre, ont contribué à analyser et à critiquer la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes dans le cadre de leur activité de recherche, ce qui ne peut manquer d'influencer la substance de la jurisprudence de la Cour[102]. Cependant, cette question n'a pas fait l'objet d'études systématiques par des auteurs européens, du moins jusqu'à une période très récente[103]. L'existence d'un tel questionnement chez les auteurs américains nous semble appeler trois remarques. Aux États-Unis, la Cour suprême a été conduite à prendre position dans le débat politique ou sur des questions de société, en limitant l'interventionnisme économique du pouvoir fédéral, en mettant fin au ségrégationnisme, en condamnant les lois pénales qui criminalisaient l'avortement – parfois à la plus courte majorité de ses juges. C'est la raison pour laquelle chaque nouvelle nomination à la Cour suprême fait l'objet d'importants débats, en ce qui concerne le caractère progressiste ou conservateur du juge nouvellement nommé et sa capacité à influencer les autres juges de la Cour suprême ; ces nominations sont en outre abondamment relayées dans les médias, et l'implication de l'opinion y est renforcée par la procédure de confirmation des juges par le Sénat. On est loin d'une telle effervescence en ce qui concerne le renouvellement des juges à la Cour de justice des Communautés européennes, de même d'ailleurs qu'à la Cour européenne des droits de l'homme ; le débat public est quasiment absent. Pourtant, ces juridictions tranchent d'importantes questions de société. La nomination des juges européens demeure ainsi une question technique et non politique.

99 V. Perju, Reason and authority in the European Court of Justice, *Virginia Journal of International Law*, 2009, vol. 49, p. 307-376.

100 W. Feld, The Judges of the Court of Justice of the European Communities, *Villanova Law Review*, vol. 9, 1963, p. 37-58, spéc. p. 40.

101 S. J. Kenney, The Members of the Court of Justice of the European Communities, *Columbia Journal of European Law*, vol. 5, 1998, p. 101-133.

102 Sur ce dernier aspect, voir F. Picod, in F. Picod (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Collection droit de l'Union européenne – colloques, n° 6, 2009, p. 145-160, spéc. p. 146.

103 Voir l'étude récente de A. Cohen, Scarlet Robes, Dark Suits : the Social Recruitement of the European Court of Justice, *EUI Working Papers RCAS* 2008/35, http ://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/10029/1/EUI_RSCAS_2008_35.pdf ainsi que l'ouvrage collectif dirigé par P. MBongo et A. Vauchez, *Dans la fabrique du droit européen. Scènes, acteurs et publics de la Cour de justice des Communautés européennes*, Bruxelles, Bruylant, collection « Droit de l'Union européenne - colloques », n° 9, 2009.

Par ailleurs, il faut rappeler que le but de nombre de chercheurs américains est d'essayer de prédire les solutions juridictionnelles, soit en essayant de découvrir les principes à la base de celles-ci, soit en analysant quels sont les facteurs susceptibles d'influencer le contenu des décisions juridictionnelles et les buts poursuivis par ceux qui les rendent[104]. Cette étude de la composition de la CJCE peut être vue comme un moyen de parvenir à cet objectif. Elle est enfin une des multiples illustrations de la pluridisciplinarité qui anime nombre de recherches sur l'Union européenne aux États-Unis : un tel sujet est évidemment à sa place dans une revue juridique, mais nécessite surtout des compétences en science politique, et notamment en sociologie des organisations.

Cette ouverture à d'autres disciplines vaut pour un autre thème classique des aspects judiciaires de l'intégration européenne, qui est le rôle joué par les juges nationaux en tant que « juges communautaires de droit commun »[105] ; l'étude des aspects judiciaires de l'intégration européenne aux États-Unis ne pouvait ignorer cette réalité. Au-delà de descriptions de l'application des principes d'effet direct et de primauté chez les juges nationaux, que l'on peut qualifier d'approche normative, certains travaux se sont efforcés de trouver des explications à l'acceptation par les juges nationaux de la constitutionnalisation de l'Union européenne et aux limites de cette acceptation, et notamment un ouvrage collectif dirigé par Joseph Weiler, Anne-Marie Slaughter et Alec Stone Sweet[106]. L'idée générale de l'ouvrage était d'aller « au-delà de la doctrine » pour comprendre l'évolution de la pratique judiciaire européenne et nationale[107]. Les contributeurs étaient ainsi invités à utiliser toute méthodologie ou approche susceptible d'éclairer les évolutions doctrinales : la culture politique et l'identité nationale, le dialogue des juges, le contexte politique national et européen, l'impact de la culture juridique, la composition des juridictions… Ainsi toutes les contributions nationales s'efforçaient d'évoquer le contexte des évolutions de l'application du droit communautaire par les juridictions nationales. Différentes explications ont pu être données en ce qui concerne l'acceptation de, et les résistances à, la jurisprudence de la CJCE[108] : une explication légaliste, qui fait de la logique et du raisonnement juridiques le moteur de l'intégration juridique, une explication néo-réaliste, qui fait de l'intérêt national le moteur de l'intégration juridique, une explication néo-fonctionnaliste, qui fait de l'intérêt propre des requérants, des juges et des juristes le moteur de l'intégration juridique, et une approche en termes de compétition entre Cours, qui fait

104 Sur cette orientation générale des auteurs américains, voir P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, collection Méthodes du droit. Les auteurs américains spécialistes du droit de l'Union considèrent du reste que tel doit être le but de leurs recherches lorsqu'ils étudient le droit de l'Union européenne (voir D. J. Gerber, European Law : Thinking about it and Teaching it, *Columbia Journal of European Law*, vol. 1, 1995, p. 379-395, spéc. p. 386-388. L'auteur met en garde contre la facilité que pourraient avoir les auteurs américains à considérer que les décisions de justice européennes aient la même valeur et la même fonction que les décisions de justice américaines, car ceci pourrait porter atteinte à la valeur prédictive de leurs analyses).

105 Cette expression, d'origine doctrinale, a été reprise par les juridictions communautaire « spécialisées » (TPICE, 10 juillet 1990, aff. T-51/89, *Tetra-Pak c/ Commission*, *Rec.* p. 309, point 32).

106 J. H. H. Weiler, A. M. Slaughter, A. Stone Sweet (dir.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context*, Oxford, Hart Publishing, 1998. Les trois directeurs de l'ouvrage enseignent aux États-Unis, mais certains des contributeurs sont européens.

107 J. H. H. Weiler, A. M. Slaughter, A. Stone Sweet, Prologue – The European Court of Justice, in J. H. H. Weiler, A. M. Slaughter, A. Stone Sweet (dir.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context*, Oxford, Hart Publishing, 1998, p. V-XIV.

108 Reprises par K. Alter, Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence : A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration, in J. H. H. Weiler, A. M. Slaughter, A. Stone Sweet (dir.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context*, Oxford, Hart Publishing, 1998, p. 227-252.

de la bureaucratie le moteur de l'intégration juridique. De la sorte, les raisons profondes de l'acceptation et de la résistance des juridictions nationales ont pu être identifiées, par-delà les descriptions classiques des manifestations et des fondements juridiques de la résistance.

On ne saurait évoquer le rôle du juge dans l'Union européenne sans aborder la question de la protection des droits fondamentaux. En effet, c'est la CJCE qui a imposé aux Communautés européennes de respecter les droits fondamentaux en tant que principes généraux du droit[109]. Évidemment, la protection des droits fondamentaux par le juge communautaire est bien différente de la protection des droits fondamentaux par le juge américain, au plan procédural comme substantiel, et les études à ce sujet ne peuvent que mettre en avant ces différences. Un point a toutefois retenu notre attention : c'est l'utilisation de la doctrine américaine de l'incorporation pour expliquer l'obligation pour les États membres de respecter les droits fondamentaux garantis par la jurisprudence communautaire[110]. Cette doctrine peut être présentée ainsi : le *Bill of Rights* de la constitution américaine a, à l'origine, été conçu comme une limite imposée au gouvernement fédéral, non applicable directement aux États. Le quatorzième amendement a quant à lui spécifiquement imposé des limites à l'action des États, sans pour autant viser précisément l'application du *Bill of Rights* aux États. Pourtant, la Cour suprême américaine a, par une décision de 1925, incorporé le *Bill of Rights* fédéral au quatorzième amendement, imposant ainsi son respect aux États. Il serait tentant de comparer cet activisme jurisprudentiel de la Cour suprême avec celui de la Cour de justice des Communautés européennes, qui a imposé le respect par les États des droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique communautaire[111]. Mais différents tempéraments doivent ici être apportés. Tout d'abord, alors que la Cour suprême américaine n'a fait qu'étendre le champ d'application du *Bill of Rights* prévu par la Constitution, la Cour de justice des Communautés européennes a également créé ce même catalogue des droits fondamentaux, réalisant de la sorte « deux actes successifs d'activisme judiciaire agressif »[112]. Ensuite, alors que le *Bill of Rights* fédéral américain peut potentiellement limiter l'action des États dans tout domaine, il n'en est rien des droits fondamentaux communautaires qui ne lient les États que dans le champ des compétences de la Communauté. Enfin, d'un point de vue politique, un paradoxe a pu être relevé : alors que le juge communautaire a intégré les droits fondamentaux à l'ordre juridique communautaire sous la pression des juges nationaux, l'incorporation peut rencontrer des résistances pour des motifs opposés, si la protection d'un droit fondamental dans l'ordre national est inférieure à celle assurée au niveau de la Communauté. Il est intéressant en tout cas de voir que l'incorporation, présentée généralement comme la conséquence logique de la consécration d'un catalogue jurisprudentiel de droits fondamentaux au niveau communautaire, ne va pas nécessairement de soi.

Sur les questions évoquées, on peut ainsi voir que les auteurs américains expliquent le droit de l'Union en utilisant leur propre modèle constitutionnel, ce qui amène parfois un nouveau regard sur des aspects du droit de l'Union que l'on croit connaître. Mais en dehors de

109 CJCE, 14 mai 1974, *Nold,* aff. 4/73, *Rec.* p. 491.

110 Voir J.H.H. Weiler, Eurocracy and Distrust : some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities, *Washington Law Review*, vol. 61, 1986, p. 1103-1142, spec. p. 1136-1142.

111 CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89, *Rec.* p. I-2925, point 43.

112 J.H.H. Weiler, Eurocracy and Distrust : some Questions Concerning the Role of the European Court of Justice in the Protection of Fundamental Human Rights within the Legal Order of the European Communities, *Washington Law Review*, vol. 61, 1986, p. 1103-1142, spec. p. 1137.

cette comparaison des solutions, existent également des différences de méthode.

III. Les méthodes

Dans les universités américaines, le droit n'est pas étudié et enseigné comme il l'est en France. Par-delà cette banalité, et en dehors du fait que le sacro-saint plan en deux parties n'y est pas pratiqué, deux points retiennent ici l'attention. D'une part, le droit est étudié à travers des cas ; d'autre part, de multiples écoles et courants de pensée s'y développent ou s'y sont développés[113], révélant une grande liberté dans les méthodes.

A. L'influence de l'étude des cas

La problématique pourrait être résumée ainsi : la source principale de la connaissance juridique aux États-Unis est le « cas » ; n'y a-t-il donc pas une tendance naturelle chez les juristes américains à privilégier les décisions de justice des juges communautaires lorsqu'ils appréhendent le droit de l'Union, avec un risque d'en donner une vision déformée ? Certains auteurs américains ont pleinement conscience de ce biais : D. J. GERBER a ainsi pu écrire que « les universitaires américains semblent souvent considérer que les cas jouent le même rôle dans l'Union européenne que dans le système juridique américain. En particulier, ils projettent sur l'UE le rôle central des cas aux États-Unis. Cette projection peut conduire les observateurs américains à se concentrer sur les cas en tant qu'unique influence sur les décisions futures, leur permettant de conclure que lire des cas est tout ce qu'ils ont à faire pour acquérir une connaissance adéquate du «droit» »[114].

Cette question n'est pertinente qu'en apparence, ou, du moins, elle ne l'est que partiellement. En effet, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes occupe en France une place privilégiée dans les travaux relatifs au droit de l'Union européenne. On peut toujours regretter une telle attention portée aux cas, qui conduit à « nous enfermer dans le commentaire d'arrêt et nous intéresser avec jubilation aux infimes variations des prononcés judiciaires »[115], mais l'importance tenue par le juge dans l'intégration européenne demeure une réalité.

Ce n'est donc pas l'attention portée aux cas qui peut, en tant que telle, être critiquée dans les écrits américains. La critique pourrait en revanche porter sur l'assimilation de la valeur et des effets des décisions de justice de la CJCE à celles de la Cour suprême américaine. En effet, si les problématiques qui sous-tendent certaines décisions peuvent être considérées comme voisines, il n'en reste pas moins que les effets de leurs décisions sont loin d'être identiques, de même que le contexte institutionnel général au sein duquel elles opèrent. Le juge communautaire n'est pas un juge suprême fédéral. La règle des précédents ne s'applique pas dans le contentieux communautaire. L'autorité et le prestige de la Cour de justice des Communautés européennes sont loin d'égaler ceux de la Cour suprême. Les risques d'une telle assimilation pour la valeur scientifique des analyses de la jurisprudence de la CJCE ont été relevés également par D. J. GERBER[116]. Il y a ici un biais habituel de la démarche comparative, dont l'impact est au demeurant difficile à évaluer.

113 Sur ces tendances, on se réfèrera à la présentation de P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 263-301.

114 D. J. Gerber, European Law : Thinking about it and Teaching it, *Columbia Journal of European Law*, vol. 1, 1995, p. 379-395, spéc. p. 386.

115 Selon les termes critiques de J. P. Jacque, Doctrine et pouvoir politique, in F. Picod (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Collection droit de l'Union européenne – colloques, n° 6, 2009, p. 135-143, spéc. p. 143.

116 D. J. Gerber, European Law : Thinking about it and Teaching it, *Columbia Journal of European Law*, vol. 1, 1995, p. 379-395, spéc. p. 386-388.

B. La liberté dans les méthodes

Il est hors de propos – et, reconnaissons-le également, sans doute hors de notre portée – de présenter ici les différents courants qui animent l'étude du droit aux États-Unis[117], pour essayer de voir si les études du droit de l'Union se rattachent à l'un ou l'autre de ces courants. Il est toutefois permis d'identifier, à partir de certaines contributions, des approches que l'on rencontre peu chez les spécialistes francophones du droit de l'Union européenne – et notamment une plus grande liberté méthodologique caractérisée par une ouverture plus importante à d'autres disciplines.

L'interdisciplinarité est une des caractéristiques de l'étude du droit de l'Union européenne aux États-Unis, ainsi que nous l'avons vu de manière exemplaire à propos des études relatives au juge et au constitutionnalisme. À vrai dire, cette interdisciplinarité n'est pas surprenante. L'expérience réaliste, le développement des *Critical legal studies*, du *Law and…*, tout concourt dans la pensée juridique américaine à une plus grande ouverture à d'autres disciplines. Cette tendance à l'interdisciplinarité a pu en outre être renforcée par le fait que nombre d'auteurs cités ont des compétences dans à la fois dans les domaines du droit et de la science politique, tels Joseph Weiler, Anne-Marie Slaughter ou Martin Shapiro[118] ; et, du reste, les appels à l'interdisciplinarité pour étudier le droit de l'Union ont été nombreux au sein de la communauté scientifique américaine[119].

Cette ouverture n'est pas l'apanage des Américains ; des revues de droit européen éditées en Europe en témoignent, notamment le *European Law Journal*, dont le sous-titre évocateur est *European Law in Context*[120] – avec, au demeurant, des enseignants américains au sein du comité de rédaction et du comité scientifique[121].

IV. Conclusions

Que peut-on tirer de cette vision ou perception américaine du droit de l'Union européenne ? Cette présentation met en évidence les risques inhérents à l'étude d'un système juridique qui nous est étranger. Ceux qui s'engagent dans une telle démarche le font en utilisant leur propre modèle, leurs propres méthodes et modes de pensée, bref se laissent influencer par leur propre culture juridique. Il faut avoir conscience de ces biais lorsqu'on envisage les études américaines relatives au droit de l'Union. Pourtant, des enseignements pour son étude peuvent en être retirés, sans pour autant renoncer à ce qu'a construit la doctrine francophone depuis des décennies.

En réalité, le débat va bien au-delà de la seule question de la vision américaine du droit de l'Union. Pour certains, la communauté doctrinale francophone spécialisée dans le droit de l'Union européenne doit demeurer

117 Pour une synthèse, on renverra à P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, collection Méthodes du droit, 2001, p. 265-301, et à F. Michaut, États-Unis (Grands courants de la pensée juridique américaine contemporaine), in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF/Lamy, 2003, p. 661-667.

118 Auteurs identifiés comme tels par D. J. Gerber, European Law : Thinking about it and Teaching it, *Columbia Journal of European Law*, vol. 1, 1995, p. 379-395, spéc. p. 387.

119 Voir, en ce sens, W. Mattli, A.M. Slaughter, The Role of National Courts in the Process of European Integration : Accounting for Judicial Preferences and Constraints, in J. H. H. Weiler, A. M. Slaughter, A. Stone Sweet (dir.), *The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in Its Social Context*, Oxford, Hart Publishing, 1998, p. 252-?; spéc. p. 252.

120 Sur le site du journal (http ://www.wiley.com/bw/journal.asp ?ref=1351-5993), ses objectifs sont présentés en ces termes : « Le *European Law Journal* représente une nouvelle approche de l'étude du droit européen, spécialement développée pour exprimer et développer l'étude et la compréhension du droit européen dans son contexte social, politique, économique et culturel ».

121 Joseph Weiler, professeur à la *New York University School of Law*, et Lawrence Friedman, professeur à la *Stanford University*.

en accord sur l'essentiel pour exister[122] ; d'autres, en revanche, estiment qu'il serait bon que ces auteurs s'ouvrent à d'autres disciplines ou intègrent le droit comparé dans leurs études, notamment les expériences fédérales suisses ou américaines[123]. Il nous semble que la seconde voie doit être privilégiée : le droit de l'Union a besoin de débats, de controverses[124], de nouvelles approches, pour demeurer une discipline vivante. La lecture des écrits américains de droit de l'Union, à défaut de toujours convaincre, suscite une réflexion bienvenue.

122 C. Blumann, Querelles internes, in F. Picod (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Collection droit de l'Union européenne – colloques, n° 6, 2009, p. 93-113, spéc. p. 113.

123 Voir notamment J. P. Jacque, Doctrine et pouvoir politique, in F. Picod (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, Collection droit de l'Union européenne – colloques, n° 6, 2009, p. 135-143, spéc. p. 140, 141 et 143

124 Les controverses à propos du droit de l'Union européenne existent en France, mais elles ont opposé généralement les « spécialistes » du droit de l'Union européenne à des « non spécialistes » (Voir l'éternelle querelle entre « communautaristes » et certains « constitutionnalistes », révélée par exemple par l'ouvrage publié sous la direction d'H. Gaudin, *Droit constitutionnel et droit communautaire. Vers un respect réciproque mutuel ?*, Paris, Economica, 2001).

Pour aller plus loin et reconsidérer notre humanité en lisant l'ouvrage de Corinne Pelluchon

À propos de *L'autonomie brisée. Bioéthique et Philosophie*, Collection « Léviathan », PUF, 2009, 311 pages

Par Geneviève PIGNARRE*

Voici une réflexion originale et audacieuse menée par Corinne Pelluchon qui permet de porter un nouveau regard sur les problèmes philosophiques et politiques posés par les biotechnologies en matière médicale

Here is an original and audacious thought from Corinne Pelluchon aiming at taking a fresh look at some philosophical and political issues set out by biotechnologies in medical matters

* Professeure à l'Université de Savoie (Genevieve.Pignarre@univ-savoie.fr).

1. Le sujet couvert par l'ouvrage de Corinne Pelluchon[1] consiste en une réflexion de philosophie politique des questions de bioéthique.

Philosophie politique : au sens où l'auteure veut montrer « comment les dilemmes rencontrés en éthique médicale au niveau de la relation médecin-malade mais aussi au niveau des prises de décision et des politiques publiques en matière de financement, d'application ou d'encadrement de la recherche médicale, ne relèvent pas du questionnement éthique mais de la philosophie politique où la question des choix de société renvoie à celle des sources de la moralité » (p. 28). Implication du philosophe dans la cité donc, mais qui est aussi celle de tout citoyen (V p. 209, la présentation des développements sur l'espace public, le philosophe et la cité), implication essentielle et qui formalise les questions qui se posent aux pouvoirs publics, au personnel soignant et corps médical ou/et à tout un chacun, concerné à un titre ou un autre par une réflexion sur ces questions, fussent-elles graves et difficiles.

Questions de bioéthique : le sujet est important et digne d'intérêt. L'intérêt est en effet redoublé, tant par l'ampleur et la variété du champ qu'il recouvre, que par les regroupements théoriques judicieusement effectués par l'auteure dont le fond se structure à partir des questions existentielles qui permettent de penser le renouvellement des définitions de la vie et de la mort qu'imposent de penser les biotechnologies intégrées à l'espace humain contemporain. (V. p. 64, note 1). Ainsi les questions relatives à la procréation médicalement assistée, aux thérapies géniques germinales et somatiques, ainsi qu'au clonage, côtoient celles sur l'euthanasie, le suicide assisté comme celles relatives à l'arrêt ou à la limitation des traitements. L'auteure envisage aussi la situation des malades ayant perdu leur raison, des déments et s'interroge sur la prise en charge des grands vieillards ainsi que des personnes handicapées. À la suite d'Habermas sous le patronage duquel elle se place dès les premières pages de son introduction générale[2], C. Pelluchon ne cherche pas tant à savoir si les biotechniques et nouvelles pratiques médicales sont morales ou non, mais plutôt si elles correspondent à la société démocratique que nous voulons. On retrouve ici l'importance pour elle d'inscrire sa réflexion dans un projet de philosophie politique.

Outre ces vertus, l'ouvrage de C. Pelluchon nous paraît particulièrement important en raison du **caractère inédit de la démarche qu'elle a utilisée**, qui se rapproche beaucoup d'une démarche ethnologique (immersion sur le terrain, caractère empirique des recherches effectuées). L'auteure part de ce qu'elle a observé au cours des différents séjours qu'elle a effectués dans plusieurs hôpitaux parisiens dans diverses unités de soins où elle a étudié le suivi de malades en fin de vie dans des unités de soins palliatifs, dans des services de médecine accueillant les personnes atteintes de maladies dégénératives du système nerveux (sclérose latérale amyotrophique et sclérose en plaques). Trouvant dans la réalité de ce qu'elle a vu, observé, ressenti, compris, analysé, les éléments nécessaires pour forger sa réflexion, à l'instar de la **méthode phénoménologique de l'époché**, l'auteure veut se

1 La quatrième de couverture nous apprend que C. Pelluchon, agrégée et docteur en philosophie, a enseigné à l'université de Boston et est Maître de conférences à l'Université de Poitiers. Elle a reçu le prix François Furet pour son ouvrage Leo Strauss, *Une autre raison, d'autres lumières. Essai sur la crise de la rationalité contemporaine,* Vrin, 2005 et a traduit de l'allemand *La critique de la religion chez Hobbes* de L. Strauss, PUF, 2005.

2 J. Habermas, *L'avenir de la nature humaine. Vers un eugénisme libéral?,* 2001, trad par C. Bouchindhomme, Paris Gallimard, 2002, p. 36-37, qui lorsqu'il envisage à quel rapport aux non-personnes et à notre équipement biologique la congélation d'embryons et leur destruction en vue d'en extraire des cellules souches nous habituent, se demande : « Y a-t-il un risque « d'insensibilité morale eu égard aux fondements naturels et normatifs de la vie ? ». Pour ce dernier l'une des conséquences les plus périlleuses de ces pratiques est « l'abrasion de notre sensibilité morale au profit d'un calcul des coûts et des bénéfices ».

départir de tout présupposé, en ne donnant aucune réponse par avance aux questions posées (p. 284), forgeant ainsi sa démonstration à partir de la problématisation de cette expérience.

Cette option méthodologique d'un « retour aux choses mêmes »[3] – l'expérience constituant le fil conducteur de sa réflexion –, conditionne sa démarche[4]. « La bioéthique a servi de laboratoire à la philosophie », nous dit-elle (p. 279), pour élaborer une phénoménologie de la souffrance, de la compassion et du pâtir[5], raison d'être de **« L'autonomie brisée »**.

2. L'autonomie que l'on peut définir comme « la capacité que nous avons, en tant que sujets moraux et politiques, à choisir par nous-mêmes notre style de vie, notre comportement et nos valeurs » (p. 25), joue un rôle capital en éthique médicale. Héritée des Lumières, la notion est identifiée à l'indépendance, au sens où « les décisions individuelles doivent être respectées quel que soit leur contenu ou leur degré de sagesse parce qu'elles émanent du sujet » ; cette éthique de l'autonomie dont le respect est au fondement d'un consentement libre et éclairé, pose un problème majeur eu égard à certaines demandes de patients qui ne sont pas véritablement autonomes : êtres humains, conscients ou inconscients, populations dites vulnérables tels, les malades mentaux, les personnes pauvres, les individus qui ne peuvent donner par eux-mêmes leur consentement ou le refuser, les êtres qui peuvent être sujets à des contraintes ou pressions de toutes sortes ainsi que ceux qui ne peuvent bénéficier personnellement de l'expérimentation ou de la recherche, comme les personnes souffrant de la maladie d'Alzheimer (p. 25-26).

Or cette autonomie est brisée. La signification du qualificatif a été conçue, nous a-t-il semblé, à deux niveaux :

- elle est d'abord brisée parce que le malade ou la personne vulnérable doit s'en remettre à un autre, il est dépendant ;
- elle est aussi brisée et surtout, parce qu'à travers la lecture de textes heidegerriens et lévinassiens mis en perspective avec les cas empiriques de souffrance présentés ci-dessus, C. Pelluchon présente l'altérité originaire constitutive de toute subjectivité et met ainsi en évidence une passivité originaire dans la constitution du Moi.

Il faut donc rompre avec cette éthique de l'autonomie façonnée par les Lumières, d'une part car cette dernière ne semble pas adaptée à ceux à qui elle s'adresse, d'autre part car « l'autonomie ne renvoie plus comme chez Kant, à la capacité de faire un choix rationnel et universalisable, mais s'identifie avec l'indépendance ou le choix purement subjectif. Bien plus, l'idée d'une émancipation […] a été remplacée par une demande de liberté contrôlée […] le désir est devenu la loi […] ». Plus profondément, l'éthique de l'autonomie témoigne d'une certaine dénégation de la condition humaine (p. 282). Il faut donc *briser* le moi du sujet tel qu'il a été façonné par

3 Citation très connue pour illustrer le mouvement d'instauration de la démarche phénoménologique.

4 La phénoménologie est une méthode philosophique qui fait de l'objet étudié un phénomène pour la conscience. Pour le fondateur de la phénoménologie, Edmund Husserl, la conscience ne se définit plus uniquement à partir d'elle-même mais doit être envisagée à partir de sa relation au monde, postulat philosophique que le Maître de la phénoménologie énonce en ces termes : « Toute conscience est conscience de quelque chose ». Par la méthode de l'épochè (réduction phénoménologique), le philosophe allemand initie au-delà d'un nouveau courant de pensée, une nouvelle démarche philosophique ; c'est cette démarche que poursuivront des penseurs tels que Heidegger, Lévinas, auteurs auxquels recourt Corinne Pelluchon pour construire son éthique de la vulnérabilité.

5 La méthode utilisée est exportable dans d'autres domaines, comme l'auteure le suggère elle-même (p. 290), en matière d'environnement. On serait tenté d'ajouter, et pourquoi pas dans le domaine des relations du travail ? Tant l'on est convaincu avec C. Pelluchon que « les situations où l'humain est confronté à la précarité et à la douleur sont une source d'inspiration pour la pensée philosophique » (p. 291).

les Lumières. En forçant « le moi à penser son inscription dans une tradition qui donne un sens particulier à ses droits et en l'invitant à reconnaître sa dépendance à l'égard de ce en quoi se fonde sa liberté, nous avons déjà brisé le moi ».

De cette brisure, C. Pelluchon augure « d'un autre rapport à l'être, ouvrant la voie à une réflexion plus radicale sur le sujet et la source du droit, premier pas vers l'élaboration d'un paradigme propre à relever les défis de l'homme à l'âge des biotechnologies et à refonder l'éthique et la politique » (p. 160 *sq.*). Parce que le sujet est brisé, qu'il n'est plus renvoyé à la quête de sa perfection ou de son authenticité auxquelles le convoque l'éthique de l'autonomie héritée des Lumières, il n'est plus désespéré ni tenté d'exercer un pouvoir total sur les choses, ni obsédé par la peur et le désir de tout contrôler, de tout savoir à l'avance, d'éliminer l'insatisfaction, l'incertitude, le temps, les limites, la différence, l'autre (p. 291). Il peut reconstituer son identité dont *l'éthique de la vulnérabilité* est le cœur (et qui doit son élaboration théorique pour l'essentiel à Lévinas) mais avec le défi qu'il « est possible de penser la fragilité de l'être sans référence à Dieu et à partir de l'expérience de la souffrance de l'autre et de ma propre souffrance » (p. 221). Cette éthique de la vulnérabilité se constitue ainsi dans l'exclusion de toute transcendance.

D'où la posture de C. Pelluchon consistant à indiquer une troisième voie entre une éthique minimaliste et une éthique transcendantale afin d'articuler « les décisions politiques ou les lois de bioéthique à nos « évaluations fortes » [*i.e,* décrire de manière immanente les valeurs communes, assises sur les habitudes et croyances qui sont au fondement de la vie politique et morale de notre société que nous partageons en tant qu'habitants d'un pays et membres de la communauté politique qui le constitue, qui, même si elles ne sont pas universelles ou définitives, nous constituent en tant que sujets (p. 281)].

3. Pour inaugurer cette nouvelle pensée, donc, C. Pelluchon se livre à une opération de **déconstruction (celle de l'éthique de l'autonomie) – reconstruction (celle de l'éthique de la vulnérabilité)** qui, schématiquement, (les couleurs de la réalité sont plus nuancées) constituent les deux axes de son ouvrage. Allant à l'encontre de la métaphysique occidentale qui postule l'équivalence entre l'être et la pensée et fait de tous ceux qui ne sont pas des sujets rationnels, dans le contexte d'une médecine hautement technicisée, des ratés de l'homme, C. Pelluchon va reconfigurer l'autonomie, et, partant, la responsabilité médicale (p. 32 *sq.*).

Prenant comme point d'ancrage du pacte qui unit le médecin à son patient, la sagesse aristotélicienne[6] (dont elle se démarquera par la suite, p. 103), C. Pelluchon réfute tout positivisme considérant qu'au premier niveau du jugement médical[7], on peut « dégager des préceptes mais non des lois » (p. 43). Cela invite l'auteure à mettre en question (résoluble ?) la position du relativisme éthique appliqué aux sciences médicales face au phénomène du multiculturalisme. Certaines situations s'avèrent en effet très contraignantes pour le médecin, ce dernier se voyant pris en tenaille entre la tolérance absolue et la tolérance culturelle. La première est fondée sur l'acceptation systématique de toute valeur et de toute coutume (V. par exemple la description de certaines pratiques vaudous ou autres coutumes, p. 49 *sq.*), la condamnation de telle ou telle pratique au nom d'une conception absolue ou/et religieuse du Bien (comme l'interdiction de transfu-

6 Au sens d'une *Phronimos,* c'est-à-dire d'une « disposition d'esprit déterminant le choix des actions et émotions et consistant dans l'observance d'un juste milieu par rapport à nous et qui est tel que le déterminerait un homme prudent ». Éthique à Nicomaque, Livre II, 1107 a 1, cité p. 42 *sq.* de l'ouvrage.

7 V. P. Ricœur, *Les trois niveaux du jugement médical*, 1996, le Juste II, Paris, Le Seuil, 2001, p. 229. Pour élaborer sa sagesse pratique, Paul Ricœur s'inspire de l'Éthique à Nicomaque et rappelle que la vertu de prudence (*phronesis*) caractérise le premier niveau du jugement médical dans la relation entre médecin et malade.

sion sanguine chez les témoins de Jéhovah). La seconde s'efforce de tenir compte des nécessités vitales du patient (ainsi de la possibilité de transfuser un enfant témoin de Jéhovah, s'il en a besoin).

Au deuxième niveau du jugement médical (niveau téléologique), l'auteure se livre à une lecture immanente des évaluations fortes « qui fondent notre société et leur explicitation sont nécessaires et doivent précéder l'acte de légiférer ; la loi ne doit pas faire qu'entériner des pratiques existantes ». Pour évaluer un projet ou une proposition de loi en bioéthique, une délibération est donc nécessaire. Il faut se demander si ce qu'elle exprime est cohérent avec le système des valeurs qui soutient notre société (p. 64). Sous ce patronage et entre autres illustrations[8], l'auteure étaye son raisonnement sur l'euthanasie et le suicide assisté (p. 53 *sq.*), sur les implications de leur admission ou de leur non-admission*, et dans* les législations qui les ont consacrés ainsi qu'en droit positif français, par une longue réflexion construite à partir de la réalité de faits vécus ici et ailleurs et parfois fortement médiatisés (on se souvient de ce qu'est devenue « l'affaire » tristement célèbre de Vincent Humbert). Il importe, selon elle, de distinguer l'acte de « faire mourir » et celui qui consiste à « laisser mourir » un patient.

Ainsi, C. Pelluchon considère-t-elle que la loi française du 22 avril 2005, dite loi Léonetti, a réalisé un compromis en n'acceptant pas l'euthanasie, acte médical, en exécution duquel la mort est donnée par un tiers et le patient meurt du fait de l'homme et qui, par ses conséquences destructrices sur l'identité, ébranlerait les assises morales du vivre-ensemble. L' euthanasie semble, en effet, « incompatible avec les valeurs de courage, d'entraide et de solidarité intergénérationnelle transmises à l'école et dans les familles »[9]. Différente est la situation dans laquelle sont effectués un certain nombre d'actes médicaux qui ne relèvent plus de l'euthanasie (faire mourir) mais de l'acte de soins (laisser mourir)[10] et dans laquelle le patient meurt de sa maladie, après qu'un acte de soin lui est prodigué.

Affinant sa réflexion de philosophie politique, l'auteure ajoute que bien qu'il ne soit pas à déplorer qu'il n'y ait pas de consensus sur les cas difficiles (p. 67), il convient avant tout, de déterminer quelles sont les pratiques qu'il est légitime d'admettre en matière de bioéthique au regard des valeurs communes qui fondent nos institutions. Une telle quête ne pouvait conduire qu'à la recherche du Juste et du Bien, la démonstration essentielle de C. Pelluchon consistant à remettre en cause la prééminence du premier sur le second et à prôner une nouvelle articulation du droit et de la morale (p. 83 *sq.*).

Poursuivant son œuvre de déconstruction C. Pelluchon met à jour l'un des présupposés du libéralisme politique, incarné dans ce qu'elle nomme « la république procédurale » qu'incarnent nos démocraties actuelles, caractérisées par une mise entre parenthèses des conceptions substantielles du bien. Cette priorité du juste ou du droit sur le bien encourage une conception volontariste de la personne qui n'est liée qu'aux fins et rôles qu'elle choisit elle-même (p. 86). Mettant en perspective le libéralisme de Engelhardt (optant pour une éthique séculière sans contenu, en ce qu'il défend la conception d'un État

8 V. ainsi les développements relatifs aux traumatisés crâniens, entre autre desquels figure la question de la proportionnalité des soins (p. 65 *sq.*), ainsi que la recherche du critère déterminant la décision de limitation ou d'arrêt d'un traitement ; dans la continuité de son éthique de la vulnérabilité l'auteure adopte une optique qui va de pair avec le « refus catégorique de tout argument utilitariste et avec une grande méfiance à l'égard des jugements que l'on peut porter sur la qualité de vie d'un malade végétatif » (p. 67).

9 L'impossibilité d'octroyer ce « *droit à la mort* », pourtant assez largement revendiqué, « déstabiliserait, les individus de moins en moins équipés pour survivre aux pertes et passer les épreuves liées à tous les changements d'étape ; de même, si nous pouvions assister au suicide programmé d'un proche présenté par certains comme héroïque ne nous renverrait-il pas à une violence symbolique difficile à assumer ? » (p. 61). Comp. (?), l'ouvrage de N. Chatelet, *La dernière leçon*, Éd. du Seuil, 2004.

10 C. Pelluchon reprend ici, à notre avis, la notion anglo-saxonne de « care » développée par le mouvement féministe américain.

minimal et neutre) (p. 90 *sq.*) et le libéralisme égalitaire de Rawls (défendeur d'un État providence et qui s'oppose au libre marché comme à l'utilitarisme), l'auteure procède à une analyse très poussée de la théorie de la justice de Rawls (p. 101 *sq.*), de ses deux principes de justice (cautionnant une politique de distribution égalitaire opposée à la méritocratie) ainsi que des implications pratiques d'une telle approche, relativement à la question du droit aux soins médicaux (p. 103 *sq.*). Après examen de ces deux doctrines, C. Pelluchon conclut à l'insuffisance de telles conceptions (fût-elle celle de Rawls), à résoudre les problèmes liés à la bioéthique, et en particulier ceux qui soulèvent des enjeux moraux importants. Pour l'auteure les présupposés de l'éthique procédurale rendent impossible le passage de la bioéthique à la philosophie politique[11], préférant l'analyse communautariste de Sandel, mieux à même d'inclure l'idée que nul droit ne peut faire l'économie d'une conception substantielle du bien (p. 87-88).

Il est nécessaire d'élucider ce paradoxe d'une société qui érige l'autonomie au rang de valeur suprême en même temps qu'elle la vide de tout contenu, d'une société qui affirme l'indépendance des individus en veillant jalousement à ce qu'aucune conception substantielle du bien relative à un groupe ne leur soit imposée, mais cautionne l'institutionnalisation de la bioéthique (V. les développements sur les comités de sages, p. 96).

La reconfiguration de la notion de justice s'évalue également en matière de transplantation d'organes en introduisant des considérations relatives à l'efficacité et à la capacité du patient à tirer parti d'un traitement (p. 116). C. Pelluchon montre alors que si l'on suivait le principe de différence de Rawls, on distribuerait les organes à transplanter à ceux qui en ont le plus besoin, alors que la justice requiert que l'on s'interroge sur les conséquences de l'action et que l'on maximise la longévité potentielle des organes donnés en les attribuant à ceux qui ont le plus de chances de vivre bien et le plus longtemps avec et grâce à ces organes (p. 117-118). Les développements sont passionnants, riches et féconds. On se risquera néanmoins à une remarque, ayant trouvé que la réfutation par C. Pelluchon de la conception de la justice de Rawls n'obéit pas toujours à une argumentation sans faille, l'auteure, reconnaissant elle-même que la théorie de John Rawls, n'exclut pas une conception substantielle du bien (p. 89).

On relèvera, enfin, que la méthode préconisée par C. Pelluchon ne met pas à l'écart l'éthique de la discussion et la délibération salvatrice qui la caractérise, mais la réintègre lorsque les priorités et les valeurs qui les éclairent et donnent un contenu à la justice ont été explicitées (p. 120). L'auteure convainc fortement lorsqu'elle considère que pareille méthode pourrait être la clef d'une politique plus consciente et plus globale, notamment dans tous les domaines concernés par le vieillissement de la population (dont on reparlera plus loin, *infra* n° 5), le système des transferts publics (V. le chapitre intitulé justice distributive et solidarité, p. 101 *sq.*) devant être revu en fonction du sens que nous donnons à la solidarité et à l'équité entre les générations.

Autant d'éléments qui amènent l'auteure, inéluctablement, à repenser la **notion de dignité[12].**

11 Présupposés qui expliquent également « la confusion croissante de l'autonomie avec l'indépendance et le droit-créance, que l'impuissance à délibérer avec sagesse dans le domaine médical et bio médical » (p. 82).

12 C'est aussi la notion de dignité qui permettra à C. Pelluchon de penser la démarcation entre nous et les autres vivants. V. *infra* n° 7. V. encore la réflexion saisissante menée sur le sens de la finitude et l'incitation de l'auteure à réfléchir sur les valeurs d'acceptation qui permettent d'avoir une fin de vie digne (p. 128 *sq.*). V. aussi Hans Jonas, *The burden and blessing of mortality*, («Le fardeau et la bénédiction de la mortalité»), 1992, Hastings Center Report, trad. en français et présenté par S. Cornille et P. Ivernel, *in* Hans Jonas, *Évolution et liberté*, Paris, Payot & Rivages, 2000, p. 129-157 et p. 147 à 151, explicitant pourquoi, même si la vie dit « oui à elle-même », son « extension radicale est problématique ».

4. La confrontation des biotechnologies à la condition humaine, permet à C. Pelluchon de poser sans ambages la question matricielle : « En nous permettant de façonner l'homme selon notre volonté, les biotechnologies garantissent-elles une vie bonne au sein d'une communauté juste » ? (p. 135). Il faut faire la part entre ce qui pallie les insuffisances de la nature et ce qui menace l'humanité de l'homme, avec la rencontre inévitable, à notre avis, de la métaphysique[13]. Au-delà de la distinction entre thérapie et amélioration, commode mais inadéquate, mais aussi entre moyens naturels et moyens artificiels, l'auteure se demande si l'utilisation des biotechnologies change le sens de la parentalité (« un enfant comme je veux » p. 135 *sq.*) ; soulignant le risque que « lorsqu'une théorie fait de l'autonomie la valeur centrale, les droits deviennent les instruments de ce qu'ils avaient pour objectif de combattre, comme, l'inégalité, la discrimination contre les personnes handicapées et le règne brutal du marché ou la loi du plus fort »[14] (p. 139).

L'enjeu est de penser la dignité de ce qu'est l'humain et de préciser le contenu de cette notion de dignité qui sert de critère discriminant pour savoir quelles choses données peuvent être changées et quelles autres ne le doivent pas (p. 142). Dans le domaine du sport et s'inspirant de l'œuvre de Léon Kass[15], l'auteure prend l'exemple parlant du dopage, montrant que l'usage des biotechnologies ou des médicaments est condamnable, quand il altère le sens proprement humain de certaines activités (p. 142). La dignité exclut donc certains comportements, elle devient un adjectif : certaines manières d'être au monde sont plus dignes, c'est-à-dire plus nobles que d'autres, ce qui va au-delà de la convenance (*decet*), mais inclut un devoir de penser sa liberté dans un cadre collectif (p. 146).

Pour illustrer la distinction entre l'usage légitime et un usage dégradant des biotechnologies (retranscrit dans l'ouvrage, p. 144) :

> Extrait de la conférence de Léon Kass Deeper dies-quiets with biotechnological enhancement, conférence prononcée à Princeton en novembre 2006 et à l'Université de Harvard (law School) le 22 mars 2007
>
> « C'est seulement s'il y a un donné humain ou une humanité donnée qui est aussi bonne et digne de respect, soit telle que nous la trouvons, soit parce que nous pourrions la perfectionner *sans pour autant qu'elle cesse d'être elle-même*, que ce qui est donné sert de guide positif pour choisir ce que nous voulons changer et ce que nous voulons laisser en l'état. C'est seulement s'il y a quelque chose de précieux qui est donné dans notre nature […] que ce donné peut nous guider en résistant aux efforts qui pourraient le dégrader. […] En ce qui concerne le génie génétique utilisé avec des objectifs qui vont au-delà de la thérapie, c'est seulement s'il y a quelque chose de bon ou de digne inhérent […] au cycle humain de la vie (avec son rythme fait d'ascension et de déclin), au désir érotique et à la recherche qu'il entraîne ; aux manières dont on s'implique dans le monde en tant que spectateurs et qu'humains qui l'apprécions, en tant que professeurs et élèves, chefs et subordonnés, agents et faiseurs, amants et amis,

13 C'est une des difficultés que soulève pour le « non initié », ce livre si riche ; lequel, traçant une nouvelle voie, puise naturellement aux sources de diverses écoles de pensée philosophiques ou anthropologiques, en leur empruntant un certain nombre d'axiomes, sans toutefois que l'auteure s'explique toujours avec précision sur leur destin et leur destination au sein de sa propre pensée. Le néophyte ne se situe dès lors plus toujours très bien. La rencontre avec la métaphysique et le sens de la finitude en sont un exemple, C. Pelluchon prônant ici une métaphysique de l'immanence qui n'exclut pas complètement toute transcendance, a-t-on cru comprendre.

14 L'auteure ajoute que l'usage du diagnostic prénatal suivi d'un avortement quand l'enfant est trisomique ou atteint de malformation illustre ce phénomène.

15 L. Kass, *Beyond Therapy, The Report of the President's Council on Bioethics*, Washington (DC), October 2003.

> parents et enfants, citoyens et membres d'un culte, et en tant qu'êtres qui recherchons notre manière propre d'exceller et de nous épanouir dans tout domaine où nous sommes appelés, c'est seulement alors que nous commençons à voir pourquoi les aspects de notre nature ont besoin d'être protégés contre notre manière de les façonner selon notre volonté ».

Cette manière de réfléchir notre rapport au non choisi ou au donné (fondamental dans la vie morale et politique) atteint son point culminant avec l'étude du clonage reproductif, qui n'est pas seulement despotique parce qu'il traduit la volonté de faire un enfant à sa propre image mais parce qu'il brouille les repères dont nous avons besoin pour nous construire (p. 148).

Ce type de transgression est à l'origine du sentiment de répugnance que Kass rapproche de ce que l'on éprouve devant l'inceste[16]. Habermas parle également de nausée lorsqu'il évoque la « création conditionnelle d'embryons » « consommés à des fins de recherche » et les organismes transgéniques « dégénérés, c'est-à-dire créés en dehors de leur espèce[17]. Pour C. Pelluchon, c'est « la sagesse de la répugnance »[18] (p. 150 *sq.*)

Le clonage encourage la tendance à l'hypermaîtrise, à la commercialisation du corps humain et aux déplacements de sens de la notion d'autonomie. Il installe la prédictibilité dans notre être-au-monde et dans notre manière de nous rapporter à notre descendance. Le refus de l'incertitude considérée comme un mal qu'il faut éliminer d'avance est *la clef* de notre rapport aux nouvelles technologies, au clonage reproductif, mais aussi aux tests génétiques, voire au diagnostic prénatal, il modifie notre rapport à la vie (p. 149). Cette attitude qui traduit le refus de l'échec – la peur de la mort s'étant déplacée vers la peur de l'échec, de l'insatisfaction considérée comme quelque chose d'anormal et confondue avec l'injustice – (p. 150), exprime au fond la réalité « d'un sujet total, désespéré, brisé » (p. 159). D'où la reconstruction (indispensable) de l'éthique de l'autonomie en une éthique de la vulnérabilité.

Nous sommes au cœur de la problématique de l'ouvrage. Lire ce substantiel chapitre relève de l'urgence ontologique (p. 167-203).

5. Partant de l'expérience qu'elle a vécue auprès d'un malade hospitalisé dans une unité de soins palliatifs, et plus généralement d'une série de visites dans les hôpitaux parisiens, C. Pelluchon, note que « pour nous qui étions dans sa chambre, la question était celle de la justification, de notre droit à être » (p. 167, note 3).

À partir de là et en mettant savamment en question l'ontologie heideggerienne du *Dasein*[19], C. Pellu-

16 L. Kass, *The Wisdom of repugnance*, The New Republic, vol. 216, Issue 22, June 2, 1997.

17 J. Habermas, *L'avenir de la nature humaine. Vers un eugénisme libéral (2001)*, trad. Par C. Bouchindhomme, Paris, Fayard, 2005, p. 64-66.

18 L'expression est empruntée à L. Kass dans son ouvrage précité.

19 Pour Heidegger, l'homme est un verbe : *Dasein* : être là. C. Pelluchon travaille deux points fondamentaux de la pensée heideggerienne. La conception de la subjectivité qui demeure, bien qu'étant transcendance, rivée à elle-même et s'écarte en ce sens de la conception lévinassienne de l'identité : « Le *Dasein* est transcendance et va au-delà de soi, mais il cherche à s'exprimer et revient d'une certaine façon à lui-même. (168). Le deuxième point concerne la manière dont Heidegger « pense l'être-au-monde et dégage à travers l'analyse de l'angoisse, les structures ontologiques du *Dasein* développant ainsi sa pensée de la finitude ». Ces structures renvoient à la déréliction, au projet esquisse, ou perte dans les choses du monde. Or relève C. Pelluchon, la confrontation avec les malades en fin de vie, si elle révèle la profondeur de l'analyse de Heidegger sur les tonalités affectives, les états d'âme qui sont des modalités de la compréhension de notre être au monde ne rendent pas compte de l'être au monde du malade ; ainsi il n'est pas sûr que l'angoisse révèle toute la vérité de notre rapport au monde » ; en effet, la conception de l'être au monde qui sous-tend l'ontologie du souci selon Heidegger est pour C. Pelluchon un obstacle à la reconstruction de soi et à l'acceptation de la maladie (p. 182) dans la mesure où l'analyse existentiale du *Dasein* révèle un homme tourné vers l'avenir et essentiellement défini par le projet alors que l'expérience de la maladie et de la fin de vie présente un homme rivé au présent de son

chon façonne son éthique de la vulnérabilité[20]. Elle note alors que le patient, confronté à l'imminence de sa mort ou qui doit reconstruire un projet de vie après diagnostic d'une maladie particulièrement handicapante, ne se comporte pas comme Heidegger le décrit dans l'Analytique existentiale du *Dasein*[21].

Tout au contraire, la philosophie de l'altérité et la phénoménologie de la passivité de Lévinas servent sa démonstration. La mauvaise conscience qu'éprouve l'être sain devant l'être malade, n'est pas la culpabilité ; mais la conscience est « atteinte malgré elle », touchée au plus profond d'elle-même, concernée (p. 168), exposée à l'autre (p. 170). Ce concernement que Lévinas appelle **substitution**[22] (p. 193 *sq.*) signifie que « l'humanité n'est pas essentiellement définie par le retour sur soi et l'effort pour persévérer dans l'être »[23]. Le mot « je » signifie : « me voici »[24]. « Au chevet d'un malade, le concernement pour autrui, l'atteinte de ma subjectivité qui est une « destitution de soi », implique que la « crainte pour l'autre homme ne retourne pas à l'angoisse pour ma mort », ni à la quête de mon authenticité ou de mon pouvoir être le plus propre ». À l'instar de la pensée que Lévinas développe dans Totalité et infini[25], l'auteure observe que « l'expression destitution de soi signifie que je dépose ma souveraineté et que s'opère un retournement du Moi en Soi, puisque je suis personnellement en charge de l'autre, mais que mon unicité s'enracine dans cette responsabilité ou ce pour-l'autre. […]. Mon identité ne tient pas en moi, mais dans une altérité en moi, ce qui rompt l'intentionnalité à l'œuvre dans la connaissance » (p. 169). Ma responsabilité envers l'autre naît ainsi de cette passivité originaire qui constitue l'être même de ma subjectivité.

Ce renversement de la subjectivité, typique de cette éthique de la fragilité, est sensibilité mais une sensibilité réévaluée (p. 285). Ainsi, certaines paroles, certains gestes, témoignent du fait que l'humanité de l'homme ne tient pas essentiellement dans sa conscience ; que le sujet ne se définit pas essentiellement par la volonté et l'autonomie[26].

Ce phénomène peut être décrit à l'égard de malades atteints de la maladie d'Alzheimer, véritable *terra incognita* et qui confronte les soignants et l'entourage du patient à « l'altérité radicale que porte le déficit mnésique » (p. 177). L'auteure met bien en évidence, face aux symptômes de cette affection, les vertus d'une éthique de la caresse, dépassant les limites du soin, pour le soignant qui *s'expose*. Il en va de même dans les affections dégénératives du système nerveux, telles la sclérose latérale amyotrophique et la sclérose en plaque, minutieusement décrites par l'auteure (p. 181-192) et qui constituent de « véritables expériences de l'hétéronomie parce que le sentiment de soi et l'apaisement sont donnés par l'autre » (p. 185).

Au cœur de cette thématique, l'approche de la douleur et du vieillissement amène l'auteure à analyser le lien entre l'exposition à l'autre et l'altérité du corps propre (p. 193), la corporéité étant envisagée en tant que susceptibilité d'avoir mal […] en tant que vulnérabilité *(prise*

corps. (si tu veux dire de son mal : dis au moins corps malade) *ibid*. V. plus longuement, p. 170 *sq.*

20 Thèse « née de la relecture des textes de Lévinas, après une série de visites dans les hôpitaux parisiens » (p. 284).

21 *Être et temps*, 1927, trad. E. Martineau, Paris, Authentica, 1985.

22 E. Lévinas, *Autrement qu'être ou au-delà de l'essence,* 1978, Paris, Le livre de poche, coll. « Biblio-Essais », 1996.

23 Ainsi que le présente Heidegger au § 58 d'*Être et temps*.

24 E. Lévinas, Autrement qu'être…, *op. cit.*, p. 180.

25 E. Lévinas, *Totalité et infini : essai sur l'extériorité*, 1961,Paris, Le livre de poche, « Biblio-Essais », 1994.

26 V. ainsi le passage où l'auteure décrit phénoménologiquement son expérience auprès des malades de la Pitié-Salpétrière, éprouvant cette « disjonction de l'identité où le même ne rejoint pas le même » […] et cette « non-synthèse » […], ayant « parfois eu le sentiment que les compétences des soignants et de l'équipe médicale les empêchaient de se dévêtir de se laisser pénétrer par l'autre, comme s'ils répondaient aux questions de J…, mais passaient à côté de son Dire… » (p. 171).

en compte de la fragilité et de la précarité par la confiance (p. 186).

6. Ce phénomène de passivité de la conscience à elle-même[27], [dans ce « pour-autrui », n'entre aucune réflexion, positive ou négative, aucune volonté (p. 172)] et dont le vieillissement constitue pour C. Pelluchon un des cas empiriques, permettrait d'avoir d'autres représentations de la vieillesse que celles, négatives, à l'origine desquelles se trouve l'éthique de l'autonomie. En témoigne l'expérience topique, dont il est longuement rendu compte (p. 198 *sq.*), réalisée par l'auteure auprès de Mr R…, ayant eu d'importantes responsabilités professionnelles, mais devenu âgé et gravement malade et avouant « je ne pensais pas que je finirais ma vie dans un état aussi dégradé… C'est une fin de vie triste pour moi et pour mes proches » ; puis un peu plus tard : « ce que j'aimerais c'est qu'on en finisse vite et sans douleur » et auprès de qui la mise en œuvre de l'éthique de la vulnérabilité permit, momentanément peut-être, mais permit néanmoins qu'il retrouve sa dignité d'homme. Cette dimension du subir avait fait changer de plan la liberté (p. 174). Outre l'attitude différente de ses proches, M. R…, avait modifié ses propres représentations ; le regard porté sur sa vieillesse et sa maladie n'était plus le même.

Les besoins spirituels des malades font encore rarement partie de l'accompagnement des patients, aussi C. Pelluchon suggère-t-elle de faire plus de place à la culture, à l'art, et, de manière générale, à l'émotion, prémices à l'instauration d'une véritable culture palliative (p. 202).

Ainsi le *Dasein*, pensé comme exposition, par sa sensibilité à l'autre, est par là même concerné par l'instauration d'institutions justes. Cette idée, servant de transition conceptuelle à C. Pelluchon lui permet de passer de Lévinas à Ricœur, de l'éthique comme philosophie première à la philosophie politique (p. 203)[28].

Reprenant la critique de l'éthique de l'autonomie à un niveau supérieur, C. Pelluchon déconstruit le rapport à soi et à l'autre que soi et la définition du politique auquel elle est liée. Ce niveau d'interrogation fait surgir une étonnante continuité entre Hobbes et Heidegger que l'on trouvera richement étayée (p. 213 *sq.*). Et même si C. Pelluchon estime que la politique ne doit pas être une théologie politique, elle n'hésite pas à se demander si le refus de la transcendance n'a pas été ultérieurement un obstacle au renversement de la subjectivité et à l'accès à un autre rapport à l'être (p. 217), en convoquant pour cela les thèses de Léo Strauss, qui, quoique proclamant que la philosophie est athée, invite à penser les sources de la moralité dans la tradition philosophique et religieuse (p. 219).

Cela ne l'empêchera pas au final, pour étayer son changement de paradigme de délaisser la voie qui « fait référence à la religion (laquelle présupposerait un livre à elle seule) » et d'opter pour celle qui se propose de dépasser l'humanisme métaphysique en s'appuyant sur des expériences qui ne présupposent pas la foi », pour interroger notre rapport aux animaux et à la nature, les questions posées par l'industrie alimentaire et la biologie, mettant au défi notre rapport à nous-mêmes et les catégories principales de l'éthique classique (p. 221).

27 Phénomène dont on trouve la thématisation dans les écrits tardifs husserliens et qui désigne les opérations de conscience s'effectuant pour ainsi dire « à son insu » c'est-à-dire sans ce mouvement de réflexion qui fait que la conscience se découvre constituante (p. 196). V. la théorie des synthèses passives élaborée par Husserl dans les Méditations cartésiennes, 1929, trad ; par G. Peiffer et E. Lévinas, Paris, Vrin, 1980.

28 Dans sa petite éthique, Paul Ricœur, tâche de concilier « la *phronèsis* d'Aristote à travers la *Moralität* selon Kant et la *Sittlickeit* selon Hegel (*Soi-même comme un autre*, Paris, Le Seuil, 1990, p. 337). V. aussi du même auteur, la notion de cogito brisé, *in* Soi-même comme un autre, *op. cit.*, p. 320 et les développements de C. Pelluchon, p. 213.

7. En se fondant toujours sur ce mouvement de renversement du sujet, C. Pelluchon va déboucher sur une véritable **ontologie du vivant**, l'animal (le plus autrui des autrui, V. p. 223 à 257, les développements très nourris y relatifs) et plus précisément, le rapport que nous devrions avoir aux animaux lui permettant de redéfinir notre humanité (p. 221).

Si l'on veut être cohérent, il faut cesser d'attribuer seulement à l'homme une réelle considération morale (C. Pelluchon veut bannir toute forme d'anthropocentrisme comme d'anthropomorphisme), la question n'étant plus « peuvent-ils *raisonner*? peuvent-ils *parler*? « mais peuvent-ils *souffrir*? » (p. 226). Cette interrogation amène l'auteure à envisager une série d'implications, allant des hypothèses les plus révoltantes et qu'il n'est pas admissible d'admettre [V. les développements sur l'élevage intensif, lequel de nos jours n'est motivé que par le profit (p. 230 *sq.*), l'expérimentation pour les laboratoires, (l'utilitarisme étant au cœur du traitement par Peter Singer de la question de l'expérimentation animale (p. 234) ; la réalité des abattoirs[29] (p. 244 *sq.*)], jusqu'à élaborer une véritable **ontologie de la chair** (p. 249 *sq.*) inspirée des travaux de Jacob von Uexküll[30].

Pour C. Pelluchon, la question animale est une question politique, voire même ontologique, dans la mesure où l'animal est appréhendé comme étant lui aussi sujet d'une vie[31] (p. 236).

Fermement anti spéciste, – le spécisme étant une discrimination fondée sur l'appartenance à une espèce, avant de se demander quels droits on pourrait accorder aux vivants non humains (p. 224) – et sensible aux thèses de Tom Regan, l'ontologie dessinée par C. Pelluchon débouche sur une théorie des droits (différentiels) à accorder aux animaux, dont l'intérêt consiste à élargir le concept de droit fondamental qui est au cœur des droits de l'homme (p. 256 *sq.*). Position qui conduit à envisager la fin de « l'exception humaine » (p. 240 *sq.*) ainsi que de sa position de surplomb[32] qu'implique « la quasi-absence de bornes aux droits de l'être humain sur tout ce qui ne l'est pas »[33] (et à considérer que le végétarisme est la « solution la plus adaptée au problème de la nourriture carnée »). Cette ontologie de la vie l'amène à la suite de Jacob von Uexküll, à repenser les distinctions telles que, inné et acquis, nature et culture, instinct (dont on ne peut rien dire de valable)[34]et liberté, animal et homme. L'auteure déplace ainsi le curseur permettant de penser la démarcation entre nous et les autres vivants et parvenant ainsi à promouvoir un humanisme où notre responsabilité s'étend aux vivants non humains[35].

29 L'auteure considère que « l'existence des abattoirs montre que l'homme malgré les déclarations sur le traitement des prisonniers de guerre, est prêt à faire à ses semblables ce que les nazis ont fait aux détenus des camps de concentration » (p. 244).

30 J. von Uexküll, *Mondes animaux et monde humain*, 1934, 1934, trad., de Philippe Muller, Paris Denoël, 1965. V également, L. Ferry et C. Germé, *Des animaux et des hommes*, Anthologie des textes remarquables écrits sur le sujet du XVe siècle à nos jours, coll. « Livre de poche », *biblio, essais*, 1994.

31 Cela ne veut pas dire qu'il n'y ait aucune différence entre les hommes et les animaux, mais qu'il ne faut plus raisonner en termes d'infériorité ou de supériorité, et qu'il s'agit de penser la différence comme diversité et comme altérité (p. 239).

32 H. Jonas, *Évolution et liberté*, 1992, trad. Par S. Cornille et P. Ivernel, Paris, Payot & Rivages, 2000, p. 31 et 26, selon Jonas, l'homme est celui qui possède le plus haut degré de liberté. Les organismes sont des sujets, mais les plantes et les animaux sont porteurs d'une intériorité dont seul l'homme est conscient : les autres vivants sont des consciences auxquelles il manque quelque chose. Pour cet auteur, l'humanité de l'homme reste le couronnement d'un processus biologique. V. Plus généralement, p. 129, 157. Du même auteur, *Le phénomène de la vie*, 1966, trad. De l'anglais par D. Lories, Bruxelles, De Boeck Université, 2001.

33 F. Burgat, *Liberté et inquiétude animale*, Paris, Kimé, 2006, p. 111.

34 J. von Uexküll, *Mondes animaux…*, *op. cit.*, p. 56.

35 Sont ainsi englobés les animaux mais non les végétaux. Sur ce dernier point, l'auteure ne s'explique pas fondamentalement sur les raisons de cette exclusion en considérant que la plante, à la différence de l'animal est livrée à son milieu, que sa vie se passe à s'adapter sans possibilité de résistance ou d'opposition » (p. 240). Elle ne fait que

8. La focalisation sur la signification et la compréhension du monde propre à chaque espèce, oriente la biologie vers une approche permettant de penser à la fois la coexistence des mondes et leur articulation (p. 263) ; qui débouche naturellement sur la **pensée de la complexité** (abordée, p. 267 *sq.*, à partir d'une étude très fouillée de la notion de complexité en biologie), «susceptible de recréer une harmonie au sein du vivant»[36].

La pensée de la complexité permet à la fois de distinguer les phénomènes et de les intégrer. Cette approche souligne aussi le privilège de la connaissance et fait ressortir l'alliance du savoir et de la responsabilité (p. 270).

En illustration de la coexistence des mondes, ce passage tiré de J. Von Uexküll : *Mondes animaux et monde humain,* 1934, trad., de Philippe Muller, Paris Denoël, 1965, p. 87-88, (ouvrage, p. 266).

> « Pour le renard qui a construit sa tanière entre les racines de l'arbre, le chêne s'est transformé en un toit solide qui le protège, lui et sa famille des intempéries. Il ne possède pas la connotation 'mise en coupe' qu'il a dans le milieu du forestier, ni la connotation 'danger' qu'il reçoit dans le milieu de la fillette, pour laquelle la forêt est remplie de gnomes et de lutins. Dans le milieu de la chouette, ce sont les racines qui seront connotées comme protectrices. « Pour l'écureuil, le chêne, avec sa nombreuse ramure offrant des tremplins commodes, sera affecté de la connotation 'grimper'. […] Conformément aux diverses connotations d'activité, les images perceptives de nombreux habitants du chêne seront structurées de manière différente. […] La bostryche cherchera sa nourriture sous l'écorce de chêne après l'avoir détachée. C'est là qu'elle déposera ses œufs. Ses larves creuseront leur tunnel sous l'écorce et s'y nourriront à l'abri des dangers extérieurs. Mais le pivert qui attaque l'écorce […] les menace ».Et « ce bois, dur dans tous les autres milieux, l'ichneumon le traverse comme du beurre avec sa fine tarière. Il pourra anéantir les larves de la bostryche en y pondant ses œufs, lesquels donneront naissance à des larves qui se nourriront de leurs victimes. […] Si l'on voulait rassembler tous les caractères contradictoires que présente le chêne, en tant qu'objet, on n'aboutirait qu'à un chaos ; Et pourtant, ces caractères ne font partie que d'un seul sujet, en lui-même solidement structuré, qui porte et renferme tous les milieux ».

En guise de conclusion

9. C. Pelluchon inaugure une pensée nouvelle. La méthode qu'elle prône et développe a de multiples implications. D'une part relativement à la formation des médecins et des soignants (en développant leur esprit critique, en formant leur jugement[37]), eux qui sont les premiers à vivre cette rencontre avec la métaphysique ; eu égard d'autre part à la revalorisation des sciences humaines dans le cursus universitaire des professionnels de la santé (et plus généralement de la philosophie dans tout cursus universitaire quel qu'il soit voudrait-on ajouter) présentant ainsi la nécessité d'une coopération entre différents champs disciplinaires.

10. On appréciera que, après avoir conduit magistralement sa démonstration, l'auteure donne au lecteur dans sa conclusion générale, un guide rétrospectif de la trame conceptuelle de sa pensée, sorte de récapitulatif en forme de « profession de foi ». S'agissant de traiter de questions techniques et difficiles, on lui saura gré d'avoir procédé ainsi, permettant aux non spécialistes de la bioéthique, de la médecine et de la philosophie de resituer (après coup et pour mieux y revenir) chaque problème,

peu ou prou l'écho des analyses scientifiques mettant en évidence une réelle « souffrance » des plantes.

36 La pensée de la complexité féconde au niveau thérapeutique, peut l'être également en ce qui concerne notre manière de concevoir le couple technique/science et l'organisation des sociétés (p. 269).

37 Et qui vaut à notre avis pour tout un chacun appelé à transmettre un savoir.

chaque situation clinique dans son contexte, de mieux entrevoir les tenants (médicaux) et les aboutissants (moraux) de sa démarche. Dans cette perspective, le lecteur appréciera également le glossaire des termes scientifiques, situé en fin de livre, et qui est particulièrement bienvenu ; les adeptes de la philosophie, quoique non philosophes, pourront regretter que C. Pelluchon n'eût pas fait de même dans ce dernier registre sémantique… Mais ils pourront toujours enrichir leur réflexion grâce à la substantielle bibliographie utilisée par l'auteure.

La démonstration est audacieuse et pénétrante. La « mise en accusation » de l'éthique de l'autonomie porte ses fruits. La reconfiguration des catégories d'autonomie, de justice et de dignité convainc. Outre que l'idée est généreuse, l'éthique de la vulnérabilité semble parfaitement adaptée à la relation à autrui, et particulièrement à autrui atteint dans son identité en raison de la maladie, le handicap, le vieillissement. Le résultat des observations menées est probant, même si les thèses développées par C. Pelluchon, jusqu'à l'extrême de sa logique, ne sont pas toujours exemptes d'un certain radicalisme (V. les positions sur l'avortement (p. 77), l'euthanasie (p. 59 *sq.*), notamment). L'extension de l'éthique de la vulnérabilité aux vivants humains et non humains, à partir de la phénoménologie de Lévinas qui a eu seul en vue l'être humain est, de prime abord et de notre point de vue, plus dérangeante[38] ; elle reste néanmoins très stimulante et contribue à développer la réflexion engagée sur le statut de la nature dans le monde d'aujourd'hui[39].

On louera donc, sans conteste, l'œuvre réalisée par C. Pelluchon et la perspective du nouvel humanisme qu'elle inaugure. Outre la remise en cause (douloureuse mais salvatrice) qu'elle provoque chez le lecteur qui n'en sort pas indemne (se risquera-t-on à dire qu'il est *atteint*, au sens lévinassien du terme ?), elle pourrait bien signer, le rôle irremplaçable et la carrière (philosophique), désormais dévolus, à l'Autonomie brisée[40].

11. Le livre refermé, un champ de possibles conceptuels s'ouvre devant soi. On voudrait dire combien on a été fasciné par la reconfiguration de l'autonomie à partir de la bioéthique ; l'on conçoit aussi volontiers que cette « grille de lecture » puisse être étendue avec fécondité en d'autres domaines, on songe à l'environnement en particulier ; mais fallait-il pour autant et indéfectiblement opérer une « reconversion » de l'éthique de la vulnérabilité en projet de philosophie politique[41] ? En promouvant une conception substantielle du Bien, on dote l'action politique d'un contenu spécifique. Or, outre que l'on peut se demander s'il est *bon* d'adopter une telle prévalence au détriment du *juste*, ne risque-t-on pas, en procédant de la sorte de déshabiller le juridique pour habiller le politique ? Le dernier mot ne revient – il pas au Droit, en fin de compte ? C'est argument de juriste, nous dira-t-on, et pourquoi le nier ? Mais le débat est ouvert, quoi qu'il en soit ; et n'est-ce pas là l'un des plus grands profits que l'on tire de la lecture de l'Autonomie brisée ?

(août 2009)

38 Rappr. H. Jonas, *Évolution et liberté, op. cit.*, p. 31 et 26, V. Plus généralement, p. 129, 157.

39 À l'heure des États Généraux de la bioéthique et au moment où les pouvoirs publics se posent la question de sa refondation, la lecture de cet ouvrage nous paraît, ainsi, essentielle.

40 Le lecteur pourrait également se sentir *concerné* par « l'appel » lancé par C. Pelluchon en ultime conclusion. « On peut espérer, dit-elle que, née de la collaboration entre plusieurs disciplines et d'un travail collectif, une ontologie qui complète l'éthique de la vulnérabilité et en conserve l'inspiration fondamentale permettra d'éclairer le politique et de jeter les bases d'un autre humanisme » (p. 292).

41 On a même eu le sentiment à plusieurs reprises qu'il y avait deux livres, l'un sur une phénoménologie de la vulnérabilité appliquée à la bioéthique, et l'autre sur un projet de philosophie politique pour l'ensemble de la société, en charge de promouvoir un nouvel humanisme étendu aux vivants non humains ainsi qu'aux générations futures.

Sexy scholar

Les charmes de la pensée critique nord-américaine

À propos de *Sexy Dressing, violences sexuelles et érotisation de la domination*, Duncan Kennedy, avant-propos M. Xifaras, « Champs Essais », Flamarion, 2008*

Par Sébastien PIMONT**

Cet article porte sur un important ouvrage de Duncan Kennedy. À partir de celui-ci, il présente certaines différences existantes entre les milieux académiques américain et français ; il évoque aussi les « charmes » de la pensée juridique critique nord-américaine pour un juriste français.

This article, based on an important book written by Duncan Kennedy, introduces differences between both french and american academics' circles. For a French jurist, it also calls to mind the "charms" of the American critical legal studies.

* Texte original : « *Sexual abuse, sexy dressing and erotization of domination* » in *Sexy Dressing, etc. Essays on the Power and Politics of cultural identity*, Havard University press, 1993.

** Maître de conférences, Université de Savoie (sebastien.pimont@univ-savoie.fr).

« *Sexy dressing* » est un livre écrit par un juriste nord-américain – et quel juriste : Duncan Kennedy est titulaire de la chaire *Carter of general jurisprudence* de l'Université de Harvard ; un ouvrage qui fait partie d'une production académique reconnue outre-atlantique et qui, pourtant, semblera, pour de multiples raisons, bien extravagant au lecteur français. Le sujet tout d'abord déroutera. Pas totalement d'ailleurs : analyser le droit applicable aux « violences sexuelles » (p. 70 s.) n'est pas si exotique que cela. Non, ce qui paraîtra incongru est de lier cette question à une réflexion sur l'habillement des femmes et à une interrogation sur « l'érotisme de la domination ». La forme surprendra aussi, comme la nature des arguments, qui ne sont pas purement dogmatiques, qui empruntent à d'autres disciplines, de l'économie à la sociologie ou l'anthropologie et la psychologie en passant par la théorie littéraire. Enfin, la méthode utilisée pour écrire a très peu de chose à voir avec les canons académiques français – tout du moins avec ceux pratiqués dans les facultés de droit.

La traduction d'un tel ouvrage, sa publication dans une collection largement diffusée, témoignent de l'intérêt grandissant qu'éveille en France la pensée des juristes nord-américains – après Dworkin. Le paradoxe est que ce n'est pas vraiment le cas de celle des juristes français[1]. Le crédit des juristes universitaires américains s'explique – comme en creux se comprend la déconsidération de leurs collègues français. Une première raison tient à l'importance accordée au droit par les Nord-Américains ; comme dans tous les pays ayant le *common law* en partage, ils le prennent au sérieux ; sa « prééminence » plutôt que celle de la politique ou de l'État est l'une des bases de « la morale politique et d'un ordre social juste »[2]. Une autre raison tient au prestige de certaines universités d'outre-atlantique et à l'autorité de ceux qui y enseignent, même – et surtout – s'il s'agit de sciences sociales. Une dernière explication réside vraisemblablement dans la pluralité des discours sur le droit produits dans les *law schools* ; une diversité qui conduit parfois à l'émission d'idées audibles hors l'étroit cercle des professeurs spécialisés. Un autre monde donc…

Y prendre pied, l'entrevoir, en découvrir une partie, très subversive, résolument critique, tel est l'un des intérêts de la lecture de « *Sexy dressing* ». L'ouvrage est en effet un produit des « *critical legal studies* » dont Duncan Kennedy est l'un des représentants, l'un des fondateurs[3]. Était-ce, pour faire découvrir ce courant ou, au moins, l'œuvre de D. Kennedy, le meilleur texte à publier ? Peut-être pas. On pouvait espérer – et on espère toujours – la traduction d'un (ou de plusieurs) autre(s) texte(s), comme par exemple « *Three globalizations of law and legal thought : 1850-2000* »[4] ou « *A Critique of Adjudication [fin de siècle]* »[5] Des textes peut-être plus représentatifs des travaux de leur auteur. Évidemment, le thème de l'ouvrage – le sexe – fait espérer à l'éditeur de gros fruits. Mais même s'il sent le souffre, « *Sexy dressing* » est un livre important ; l'une des publications les plus excitantes de ces derniers mois, qui donne à voir et permettra de comprendre le travail d'un grand professeur de droit nord-américain. Cela d'autant que l'ouvrage est précédé d'un instructif avant-propos composé de quelques remarques liminaires et d'un riche entretien avec l'auteur mené par Mikhaïl Xifaras (professeur des universités agrégé de droit public à l'I.E.P. de Paris). De tels préliminaires sont plutôt bienvenus. Pour le néophyte gaulois, les entrelacs de la pensée juridique américaine en

1 Sauf s'ils ont conseillé le gouvernement, comme Carbonnier ou mieux, s'ils ont été ministres, comme Foyer ou le président Badinter.

2 Telles sont les idées de John Rawls – sur cette question voyez E. Zoller, *Introduction au droit public*, Dalloz, 2006, n° 93 *sq.*, sp. note n° 4.

3 Et même le chef de cette école, « bien que dans cet énoncé » comme l'écrit Mikhaïl Xifaras « tout soit faux » (p. 11).

4 In *The New Law and Economic Development. A Critical Appraisal*, David Trubek and Alvaro Santos, eds., Cambridge, 2006.

5 Harvard University Press, 1997.

général et les « *critical legal studies* » en particulier sont en effet difficilement pénétrables.

Préliminaires

Grâce à l'avant-propos, le lecteur français dispose d'un tableau saisissant de l'état de la pensée juridique américaine contemporaine[6] ; un tableau brossé par Duncan Kennedy lui-même.

> « La théorie juridique américaine aujourd'hui est souvent décrite comme balkanisée. Je préfère dire que c'est une réponse, que Max Weber aurait parfaitement pu prédire, à la crise de la foi juridique qui caractérise les juristes américains (en analogie avec la foi religieuse). Cette réponse, c'est la désintégration de l'église universelle dans ce que l'on peut appeler des sectes. Ainsi nous avons des constitutionalistes libéraux, des libertariens, des dworkiniens, des communautariens, des pragmatistes, des partisans de la sociologie du droit, des positivistes « inclusifs », des jusnaturalistes, des partisans de l'analyse économique du droit, des féministes libérales, des féministes radicales et ainsi de suite. Ces sectes combinent une attitude politique, une pratique orientée vers un intérêt déterminé (exemple : le droit des femmes, le droit des sociétés ou des libertés publiques, etc.) et une attitude théorique (plus ou moins formaliste, plus ou moins ouverte à d'autres disciplines, comme l'économie, la sociologie, la littérature etc., plus ou moins orientée vers l'étude des valeurs, des faits, des normes, etc.), de manière à former un ensemble qui permet de distinguer cette secte des autres sectes » (p. 49).

On est frappé par cette description. Et par l'écart qu'elle suggère avec la pensée juridique française, beaucoup plus homogène. Bien sûr, en France, les études critiques du droit, l'analyse économique du droit, les doctrines de droit naturel, la sociologie du droit, l'anthropologie du droit existent. Mais l'application de telles méthodes ne peut avoir la prétention de concurrencer celle de la dogmatique juridique, *pratique majoritaire de la pensée juridique*[7]. Comment expliquer une telle différence ? On sait que le *common law*, plus pragmatique, n'est pas le droit romano-germanique, assez constructiviste ; on sait aussi que les universitaires n'ont pas la même place en France et au Royaume-Uni ou aux États-Unis. Mais la lecture de l'avant-propos laisse deviner d'autres explications : la structure du système d'enseignement et les conséquences du triomphe du réalisme concourent à « la crise de la foi juridique », « à la désintégration de l'église universelle dans ce que l'on peut appeler des sectes ».

Les sectes du droit

L'économie de l'enseignement du droit aux États-Unis semble contribuer à l'éclatement des doctrines juridiques américaines. Comme le note D. K., « il y a environ six mille professeurs de droit » et il n'existe « aucun standard uniforme de qualification professionnelle autre que la licence en droit pour accéder au milieu académique (et donc pas d'agrégation comme c'est le cas en France) ». Par ailleurs, « il existe deux cents facultés de droit (*schools of law*), parmi lesquelles les trois quarts sont privés, chacune ayant sa propre revue juridique, éditée par les étudiants de dernière année (!) » ; étant précisé que ces « facultés jouissent d'une autonomie quasi complète pour ce qui est du recrutement et ne sont soumises à aucun système

6 Un tableau qui complétera les textes dont dispose déjà le lecteur français – voyez notamment Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 265 *sq.* ; F. Michaut, *États-Unis, Grands courants de la pensée juridique américaine contemporaine*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, (dir.) D. Alland et S. Rials, Quadrige, Lamy, PUF, 2003 ; – plus spécialement en droit des contrats voyez L. Grynbaum, *Doctrine américaine contemporaine : le droit des contrats partagé entre l'empire de l'économie et l'aspiration à la justice sociale*, R.D.C. 2008. / 4, p. 1383 *sq.* – *adde L'américanisation du droit*, A.P.D., tome 45, Dalloz, 2001.

7 Voyez Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 172 *sq.*

de supervision national efficace » (p. 50). On est aux antipodes du système français d'enseignement du droit, marqué, rappelons-le[8], par la centralisation des modes de recrutement (identiques pour tout le territoire de la République), l'homogénéité des statuts des enseignants (majoritairement fonctionnaires)[9] et l'uniformité des institutions donnant des cours et délivrant des diplômes de droit (les universités d'État pour l'essentiel)[10].

Résultat : ce qu'on appelle « *la doctrine* » n'existe pas aux États-Unis : « il n'y a pas, mais vraiment pas, quelque chose qui puisse y faire penser » (p. 50). Précisons. Il n'y existe pas non plus d'incitation institutionnelle à pratiquer la dogmatique, qui est, justement, la pensée majoritaire constitutive de l'activité doctrinale française. Or une telle incitation existe en France. La dogmatique est ce qu'il faut maîtriser pour réussir l'un des concours nationaux permettant d'entrer dans la fonction publique de l'enseignement supérieur, pour devenir un agent de l'État[11].

D'un système à l'autre, la place de l'État et, en négatif, celle du marché, de la concurrence entre les facultés, appelle une remarque. Lorsque l'État impose *un* mode de recrutement exclusif et *une* structure d'enseignement unitaire, il dispose aussi du pouvoir imperceptible de façonner le savoir des juristes, c'est-à-dire de favoriser certaines représentations du droit et, par suite, d'influer sur l'évolution du droit lui-même (celui que les ex-étudiants des facultés de droit appliqueront). À l'inverse, un système de mosaïque, « balkanisé », sans « standard de recrutement » national, semble avoir pour vertu d'affranchir le savoir des juristes de la gangue de l'État. Il « valorise l'innovation » et encourage la critique. Mais la médaille a son revers : un tel système, comme le remarque D. K., favorise aussi « l'amour de la paroisse et l'esprit sectaire ». Quoi qu'il en soit, à sa façon, assez peu formel, il encourage certainement la liberté de l'enseignement.

« Le moment post-réaliste »

Aux États-Unis, la concurrence entre les facultés de droit a conduit à ce que, parmi plusieurs approches du droit, le réalisme triomphe du formalisme dans les années 1930[12]. Or comme l'explique D.K., « toutes les sectes américaines ont conscience de vivre à un moment historique – qu'on appelle le plus souvent « post-réalisme ». Un moment qui, tel qu'il est décrit par l'auteur, inquiétera le lecteur français : le succès du réalisme a été tel que l'idée que l'on se fait de la pensée juridique ressemble à un champ de ruines ; le droit apparaît lui-même comme un ensemble confus dont « les sources (*lato sensu*) se contredisent » ; dont il est impossible de produire « une image cohérente et rationnelle » (p. 51). Dans ces circonstances, la majorité des auteurs veulent « reconstruire » une « rationalité juridique », comme les partisans de *law & economics*. Alors que d'autres, « hors du cadre

8 Les réformes en cours (et notamment la loi du 10 août 2007) ne semblent pas, à court terme, devoir modifier l'économie du système – surtout pour les juristes dont les professeurs sont en majorité recrutés par un concours totalement national. À moyen terme, on peut imaginer cependant que les universités utiliseront le pouvoir de recruter des professeurs par voie contractuelle au lieu de recourir à la voie statutaire. Ce qui pourrait avoir pour conséquence la création d'un mode de recrutement fondé sur le marché qui doublerait celui qui repose sur des concours administratifs.

9 Le décret n° 84-431 du 6 juin 1984 fixe les dispositions statutaires communes applicables aux enseignants-chercheurs et portant statut particulier du corps des professeurs des universités et du corps des maîtres de conférences et porte diverses dispositions relatives aux enseignants-chercheurs.

10 Sur la question de la liberté de l'enseignement voyez E. Laboulaye, *Le parti libéral, son programme et son avenir suivi de la liberté de l'enseignement et les projets de lois de M. Jules Ferry*, textes présentés par M. Leter, Bibliothèque classique de la liberté, Les belles lettres, 2007.

11 Ainsi deux professeurs de droit français peuvent affirmer que les professeurs de droit appartiennent à un « grand corps de commis de l'État » – voyez A. Bénabent et M. Grimaldi, *École – Palais : chacun chez soi ?*, D. 2007, p. 382.

12 Voyez Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *La doctrine*, *op. cit.*, p. 278 : « si le modèle de Langdell s'intensifie à Harvard, le centre de gravité du réalisme se situe successivement à Columbia puis à Yale ».

d'un projet de la reconstruction de la vérité du droit » veulent « entreprendre une critique contemporaine du droit » (p. 50), une « critique interne de la raison juridique »[13] ; ils pensent édifier une « théorie du droit » en poursuivant un projet politique de gauche (p. 45). Tel est le cas des *crits* – c'est-à-dire de ceux qui s'adonnent aux *criticals legal studies*.

Un tel tableau donne le vertige. Somme toute, en dépit de son monolithisme, la pensée juridique française présente quelques avantages, dont celui d'avoir été préservée d'un tel chaos. Demeurant majoritairement dogmatique, elle n'a pas totalement sacrifié sa croyance en la « vérité du droit » – on dirait aussi en sa « positivité ». Le droit existe, il a sa propre rationalité et il est ainsi possible, en utilisant ses principes et ses concepts, de déterminer la solution juridiquement exacte, celle « dont le système général des sources du droit dicte l'application » (p. 46). Pour cette raison, le syllogisme, c'est-à-dire l'instrument dialectique permettant de découvrir la vérité, est à la base du raisonnement des juristes. Or précisément, dans cet ouvrage, conformément à son programme, D. K. entend « mettre entre parenthèses la question de la vérité du droit » (p. 47) ; il ne veut pas « se laisser obséder » par cette question (p. 45). On pourra bien sûr penser qu'une telle attitude n'est pas propre à la pensée juridique américaine. La vérité du droit n'obsède ainsi pas forcément tous les juristes français. Il n'empêche que dans la pensée juridique américaine, aux âges du post-réalisme, la contestation ou plus justement la mise entre parenthèses de la vérité du droit n'est pas simplement affaire de conception personnelle, c'est aussi un corps de doctrine respectable qui repose sur de puissants arguments. Le premier tient, comme nous l'avons dit, à la critique du formalisme juridique, à l'avènement du réalisme dans les années 1930 (1) ; le second, propre au C.L.S., tient à la réception par certains juristes américains « de penseurs français de l'après-guerre et des années 1960, de Sartre à Derrida, en passant par Althusser, Lévi-Strauss, Deleuze, Barthes ou encore Foucault, ce qu'on désigne parfois par l'expression '*french theory*' » (p. 49) (2).

1. En point de départ, se trouve l'analyse réaliste du droit. Pour ses inspirateurs, comme l'explique Elisabeth Zoller, il s'agissait de mettre fin à une « image d'Épinal du juge » : « organe prétendument apolitique, simple courroie de transmission soi-disant neutre entre, d'une part, les principes juridiques éternels de la nature et de la raison, et, d'autre part, la diversité et la contingence des affaires à juger »[14]. Selon Françoise Michaut, le juge est alors plutôt « considéré comme ayant et devant avoir un rôle créateur et la théorie du droit se voit assigner pour tâche de rendre compte du cheminement de ce travail créateur et éventuellement de le guider »[15]. Cheminement qui ne s'appuie par forcément sur des règles ou sur un raisonnement formel – sur la dogmatique. Pour Holmes (1841-1935), que l'on présente parfois comme annonçant le réalisme[16], « les nécessités pressantes du moment, les théories politiques et morales alors dominantes, l'intuition avouée ou inconsciente de la politique jurisprudentielle à suivre, voire les préjugés que les juges partagent avec leurs collègues, ont toujours joué un rôle bien plus important que le syllogisme pour déterminer les règles selon lesquelles les hommes doivent être gouvernés »[17]. En conséquence, selon Pound (1870-1964), autre auteur précédant le réalisme, « l'idée de science comme système

13 Voyez Duncan Kennedy, *Critical legal studies*, in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, (dir. A. J. Arnaud) 2e éd., L.G.D.J., 1993.

14 Voyez E. Zoller, *La Cour suprême des États-Unis entre création et destruction du droit*, *in La création du droit par le juge*, A.P.D., tome 50, Dalloz, 2007, p. 277 *sq.*, sp. p. 280.

15 *Op. cit.*, *eod. loc.*

16 Voyez sur cette question S. Hennette-Vauchez, *Holmes*, in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, (dir.) O. Cayla et J.-L. Halpérin, Dalloz, 2008.

17 O. W. Holmes, *The common law*, reprint, Boston, Black Bay Books, 1963, p. 5 *sq.* – cité par E. Zoller, préc, note n° 9.

de déduction est devenu obsolète »[18]. Toutefois, ce dernier, que l'on rattache comme Holmes à la théorie de la « *sociological jurisprudence* » n'est pas exactement réaliste. En effet, il n'abdique pas, contrairement à K. Llewellyn, authentique tenant du réalisme, une recherche du devoir-être ; il ne consent pas au divorce entre *is* et *ought*.[19] Par comparaison, le réalisme ne s'entend que d'un « enregistrement correct des choses comme elles sont, par opposition à comme elles devraient être » ; « réalisme signifie que l'adhésion aux réalités de l'ordre juridique est la base de la science du droit »[20].

La différence avec la pensée juridique hexagonale apparaît alors clairement. La doctrine française a majoritairement refusé ce que les universitaires américains ont admis : le tournant réaliste. Après avoir pourtant eux aussi critiqué le formalisme, celui des méthodes de l'exégèse, les auteurs français des années 1920 ont choisi d'appliquer aux décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'État un dogmatisme naguère réservé à la loi – et honni. La peur du pouvoir du juge, de son « gouvernement », le mot est de Lambert qui, précisément, parle de la Cour suprême américaine[21] ; la crainte d'affirmer l'indétermination du droit et d'aboutir, tout à la fois, à un désordre social et à l'acceptation d'un insupportable nihilisme ont mis fin au « moment réaliste de la pensée juridique française »[22]. Le paradoxe, que relève D. K. (p. 54), est que certains auteurs américains ont utilisé des ouvrages de la doctrine française d'alors pour asseoir leur critique du formalisme, des ouvrages qui, comme les *Notions fondamentales du droit privé* de Demogue (1911), ne sont plus vraiment lus en France. Ajoutons qu'aux États-Unis, compte tenu de l'importance traditionnellement accordée aux juges, les théories françaises du « moment 1900 » ont acquis une force impossible à concevoir en terre légaliste.

2. Le mouvement CLS s'appuie sur le réalisme, il le prolonge, il est donc redevable à la doctrine française du « moment 1900 », à des auteurs comme Geny ou Demogue que D.K. connaît très bien[23]. Mais ce n'est pas tout. Pour « mettre la vérité du droit entre parenthèses », D. K. utilise d'autres références. Ce qui surprendra un juriste français. Dans leur pratique de la pensée sur le droit, les *crits* sollicitent « la sémiotique, le structuralisme, le post-structuralisme et la déconstruction ». Autrement dit, ils organisent la réception en droit des idées de penseurs comme Derrida ou Foucault, de ce que l'on nomme aux États-Unis la « *french theory* »[24]. On peut y voir une forme d'intellectualisme, qui éloigne les juristes de leur pratique, de leur savoir propre ; un risque aussi, celui de ne pas maîtriser les concepts et les notions utilisés. Mais on peut aussi se laisser convaincre de l'intérêt d'une telle réception. Comme l'explique D.K., « je ne crois pas qu'il soit possible de faire comme si nos formes de représentation pouvaient avoir été bouleversées de fond en comble dans le domaine de l'art, de la philosophie ou de la

18 R. Pound, *Mechanical jurisprudence*, *Columbia law review*, 1908, vol. 8, p. 605 *sq.*, sp. p. 608 – cité par S. Hennette-Vauchez, *Pound*, in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, (dir.) O. Cayla et J.-L. Halpérin, Dalloz, 2008.

19 S. Hennette-Vauchez, *Pound*, in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, (dir.) O. Cayla et J.-L. Halpérin, Dalloz, 2008, sp. p. 465.

20 Voyez R. Pound, *The call for a realist jurisprudence*, *Harvard Law Review* 1931, n° 44, p. 697 *sq.* – cité par S. Hennette-Vauchez, *Pound*, in *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, (dir.) O. Cayla et J.-L. Halpérin, Dalloz, 2008

21 *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation nationale aux États-Unis*, rééd. (Giard, 1921) préface F. Moderne, Dalloz 2005.

22 Ph. Jestaz et Ch. Jamin, *op. cit.*, p. 297.

23 Voyez D. Kennedy et M.-C. Belleau, *François Geny aux États-Unis,* in C. Thomasset, J. Vanderlinden et Ph. Jestaz (dir.), *François Gény, mythes et réalités*, Yvon Blais, Dalloz et Bruylant, 2005, p. 200, p. 295 *sq.* ; D. Kennedy et M.-C. Belleau, *La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine*, *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2006, n° 56, p. 163 *sq.*

24 Sur l'influence de certains penseurs français en général aux États-Unis voyez F. Cusset, *French theory, Foucault, Derrida, Deleuze & Cie et les mutations de la vie intellectuelle aux États-Unis*, La découverte, 2005.

morale sans qu'il soit nécessaire, ou même simplement utile, d'en tirer la moindre conséquence dans le domaine du droit » (p. 48).

Par ailleurs, une telle méthode, les CLS en général, sont au service de projets politiques « d'orientations gauchistes » – en un sens nord-américain. *Sexy dressing* promeut notamment le projet féministe *Queer* que D. K. nomme « le féminisme pro-sexe postmoderne ». Au-delà de la question du féminisme, une telle polarisation politique du discours juridique pourra surprendre. La dogmatique, pratique majoritaire de la pensée juridique française, est en effet souvent considérée comme politiquement neutre et par conséquent, le discours doctrinal est lui-même habituellement perçu comme a-politique. Tout du moins, les opinions politiques n'y apparaissent généralement pas de façon explicite. Or précisément, l'analyse critique a pour ambition de démontrer qu'une telle posture est une illusion ; en témoigne le brocard célèbre : « *law is politics* ». Comme l'écrit D.K. au *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* en 1993 : « l'aspiration de la critique consiste à déceler le sens politique de la pratique quotidienne des juges et des juristes, qui construisent le droit tout en se présentant comme de simples instruments du droit, interprètes passifs, neutres et transparents d'un droit abstrait qu'ils ont pour charge de concrétiser ».

On le comprend, le propos politique du texte ainsi que « le style pluridisciplinaire de l'analyse » (p. 16) font de *Sexy dressing* un ouvrage très original : un ovni dans la littérature juridique publiée en France. De sorte que, pour jouir de ses charmes, en plus des préliminaires, quelques précautions peuvent être prises.

Précautions

« *Sexy dressing, violences sexuelles et érotisation de la domination* » est la traduction française d'un article écrit dans les années 1980, alors que la guerre des sexes faisait rage aux États-Unis. C'est la contribution d'un professeur de droit américain à une question aujourd'hui datée et localisée. Il ne faut pas s'en effrayer. Au contraire. L'ouvrage donne à voir une pratique singulière de la pensée juridique : hyper-américaine en quelque sorte ; et c'est ce qui en fait l'intérêt. Les questions juridiques « de régulation des comportements sexuels » servent de point de départ. Un prétexte pour présenter « une réflexion sur la culture sexuelle américaine qui emprunte à l'économie, à la sociologie, à l'anthropologie, à la psychologie et à la théorie littéraire » (p. 16).

L'exotisme de l'ouvrage

« Guerre des sexes », « féminisme radical », « théorie *Queer* », « analyse économique du droit », « *french theory* », il n'y a pas de doute, nous ne sommes plus dans le champ des références habituelles des juristes français ; comme l'écrit M. Xifaras les thèses de D. K. sont « délibérément et massivement américaines » (p. 10), ce qui colore l'ouvrage d'un exotisme certain. Il faut néanmoins se défier d'une telle impression. Bien sûr, certaines situations sont typiquement américaines, comme le point de vue de l'auteur. Mais les théories utilisées n'ont pas forcément à être ignorées en France, même et surtout des juristes. L'observation vaut évidemment pour l'analyse économique du droit, sollicitée par l'auteur. Mais aussi, mais surtout, pour les analyses féministes du droit, qui sont au cœur de l'ouvrage (théorie radicale et théorie *queer*). Ces dernières théories, nombreuses, diverses, d'origine majoritairement anglo-saxonnes, reposent sur l'idée selon laquelle « le statut des femmes se caractérise par leur position d'infériorité politique, sociale et économique par rapport à celle des hommes »[25]. Les causes du peu d'appétence des juristes français pour de telles réflexions mériteraient d'être explorées. « Est-ce » comme l'écrit Marie Claire

25 Voyez M.-C. Belleau, *Les théories féministes : droit et différences sexuelles*, R.T.D.civ. 2001, p. 1 *sq.*

Belleau « encore et toujours la place prépondérante du positivisme formaliste civiliste qui éclipse sa propre perspective politique, écartant ainsi toute autre idéologie qui diffère et remet en cause la sienne » ?

Le point de vue de l'auteur

Dépaysant, le point de vue adopté par l'auteur l'est aussi. Au rebours des canons adoptés dans les facultés de droit françaises, il est délibérément subjectif. On peut y voir une sorte *d'éthique de l'argumentation* : une posture qui, à condition de ne pas dissimuler un refus d'analyse, donne aux lecteurs les moyens de situer, de relativiser et, finalement, de déconstruire un discours[26]. « Je me définirais » affirme ainsi D. K. « plutôt moi-même comme un bourgeois ; blanc ; hétérosexuel, de gauche qui tente de trouver un accommodement avec le défi que le féminisme radical représente pour la culture sexuelle qui a façonné mon identité » (p. 60). Or d'après le féminisme radical, le sexe et la manière de s'habiller « sont des formes de participation au régime du patriarcat » qui, en lui-même, est porteur d'une violence à l'encontre des femmes. « La question est donc de savoir si les hommes et les femmes hétérosexuels sont en mesure d'avoir une vie sexuelle, de faire l'expérience du plaisir à travers un tel régime, sans se faire complice de l'oppression » (p. 60). C'est pour répondre à cette question, personnelle, très générale, située en dehors du droit, que D.K. présente le régime juridique qui s'applique aux violences sexuelles.

Une étude aux marges du droit

De ce régime juridique, l'auteur retient surtout les limites ; ce qui l'intéresse sont les marges du droit : les violences qu'il tolère, celles qui, « clairement illégales », échappent à la sanction de l'État. En un sens, son propos porte sur un non-droit plutôt que sur du droit. Dans cette zone indécise, ignorée souvent, l'absence de règle juridique ne vaut pas défaut de norme. Au contraire, « le résidu de violence toléré oblige les femmes à se conformer à des règles de bon comportement ». Comme le note l'auteur, « à la maison, sur le lieu de travail et dans la rue, le risque d'être victime de la violence croît considérablement si la femme enfreint un ensemble de règles coutumières du comportement féminin » (p. 101). Une telle violence, qui est une « déviance », est aussi « disciplinaire » (p. 102) ; elle sanctionne une autre déviance, comme le non-respect d'un code vestimentaire. À l'appui de cette opinion, les travaux du féminisme radical sont convoqués. « Une des thèses fondatrice défendue dans ces travaux est » en effet « qu'il est dans l'intérêt des hommes que les femmes aient des identités traditionnelles, et que la violence est l'un des mécanismes par lequel les hommes imposent ces identités » (p. 107).

L'existence d'un tel phénomène normatif, hors le droit (en dessous ? à côté ?), peut être interprété différemment. L'auteur l'envisage aussi du « point de vue conventionnel », c'est-à-dire selon « le discours dominant ou central dans la culture traditionnelle américaine ». Le comportement d'une femme qui s'habille d'une façon provocante est alors jugé sévèrement. Une telle conduite est même parfois présentée comme la cause des violences. D'après certains psychiatres, « un lien entre vêtements provocants et harcèlement ou crimes sexuels » existerait (p. 139). Et corrélativement, certaines entreprises affirment que « les employés ont la responsabilité de faire en sorte que leur apparence personnelle – surtout sur leur lieu de travail – ne constitue pas un encouragement indirect au harcèlement sexuel » (p. 139). Par là, les violences,

26 Voyez parmi d'autres exemples p. 111 *sq.* – où l'auteur critique l'une des thèses du féminisme radical en faisant référence à certaines critiques adressées au marxisme dans les années 1920-1930 : « je ne sais pas bien » écrit l'auteur « ce qu'il convient de faire de ce parallèle, mais il implique que ma critique de (ma propre vision) de la thèse de McKinnon et Dworkin (auteures féministes) suit, à de nombreux égards, le débat qui a eu lieu au sein du marxisme et à son propos ; il est donc possible qu'elle soit faussée par cette expérience antérieure ».

pourtant injustifiables, trouvent une raison ; elles s'objectivent : on passe d'un phénomène de régulation extra-juridique (violence-sanction) à une loi quasi-scientifique (violence-effet), une causalité. Le droit n'est plus très loin. Un tel discours, poussé à l'extrême, suggère en effet que le non-respect d'un code vestimentaire, par ailleurs très relatif, peut être qualifié en une faute de la victime des violences sexuelles. Et pour peu qu'un juge accepte une telle analyse, ce qui est arrivé[27], le régime disciplinaire mis en lumière par le féminisme radical s'arrime au régime juridique, celui-ci confortant celui-là. Pour le pire, un non-droit se rapproche du droit, s'imbrique avec lui, formant un corps internormatif injuste, dévoilant un ordre inique.

Évidemment, heureusement, la réaction du droit peut être inverse et consister en une sanction vigoureuse de toute violence sexuelle. Pour les féministes radicaux, un tel recul du « résidu de violence tolérée » serait un bienfait. Mais il ne protège pas les femmes contre toutes les violences (p. 158 s.). Au contraire, il peut entraîner une « augmentation concomitante de l'habillement sexy » (p. 159 s.). Ce qui est perçu comme la transformation des femmes en objet, qui manifeste la domination des femmes par les hommes, qui représente une sorte d'état conditionné de la personne opprimée. Le vêtement sexy est « une pratique reflétant et reproduisant l'érotisation de la domination en général, et la violence sexuelle en particulier » (p. 170). En résultat : les féministes radicales prescrivent de bannir la sexualité des lieux de travail. De sorte qu'elles imposent à leur tour une norme sexuelle, une sorte « d'identité sexuelle idéale » (p. 41). On ne sort pas des normes ; une violence lèsera toujours l'individu. Ce qui appelle des réserves de la part de l'auteur. Plus largement, sans entrer plus dans l'analyse de ce dernier, « la réglementation juridique » apparaît « comme constitutive de la sexualité » : elle peut chasser la sexualité des lieux de travail et imposer une « sexualité guimauve » ; elle pourrait aussi promouvoir « un jeu sexuel à la fois visible et consciemment assumé » (p. 42), tout en ne renonçant pas à réprimer les violences sexuelles.

L'originalité de la méthode

L'affirmation est provocante ; la méthode utilisée aussi. En effet, conformément au programme des CLS, D. K. utilise – détourne – plusieurs disciplines, ici l'analyse économique et, comme nous l'avons dit, le féminisme radical sont sollicitées pour présenter la question des violences sexuelles.

> « Ce qui a choqué, c'est d'abord que je traite les rapports homme/femme comme un objet économique, en posant dès le départ la centralité de la violence et en analysant ces rapports en termes d'intérêts matériels et psychiques et de marchandage autour de ces intérêts. Je faisais appel à deux méthodes d'analyse de la théorie sociale, généralement comprises aux États-Unis comme parfaitement antithétiques, l'une étant « de gauche » et l'autre « de droite ». Il s'agit du féminisme radical et de l'analyse économique du droit (*law and economics*) et je dois dire que j'ai pris pas mal de plaisir à célébrer leur union… » (p. 17).

Il est vrai que l'étude des réponses du droit aux violences sexuelles en termes de « bilan coûts / avantages », pour ne retenir ici que l'analyse économique, occulte absolument l'aspect moral de la question ; celle-ci se réduit en une pesée des « utilités » et des « contre-utilités ». Amorale, l'analyse permet néanmoins de percevoir le conflit d'intérêts entre hommes et femmes (par ex. p. 99). Elle permet aussi de démontrer qu'il existe des intérêts, « souvent non-reconnus, qui sont d'ordre matériel, érotique, ou esthétique, à vouloir réduire ou faire cesser les violences sexuelles ».

Grâce à quoi, pour l'auteur, il est possible de contrer l'aspect « monolithique » du féminisme radical qui conçoit et oppose l'intérêt de l'homme (abstrait) et

27 Tel fut la position de la Cour suprême des États-Unis : *De vincent* vs *Merior National Savaings Bank* 106 S. CT. 2399 (1986) – cité p. 25.

celui de l'identité féminine (tout aussi abstraite). On peut admettre que chaque individu opère à l'intérieur des contraintes fixées par le régime des genres. Mais le comportement des hommes et des femmes ne découle pas que « d'un système imposé par les hommes, à l'intérieur duquel les femmes n'auraient pas d'autre choix que d'être ce que les hommes veulent qu'elles soient ». Le régime disciplinaire des genres ne constitue pas « une totalité cohérente qui parviendrait à intégrer chacun des êtres humains ». « Malgré la très grande puissance de cette approche, elle finit par comporter un trop grand nombre d'épicycles ou un trop grand nombre de sinuosités dans l'argumentation pour être crédible » (p. 122). Elle repose en effet sur des « conceptions stéréotypées – quoique résolument anti-essentialiste – qu'elle véhicule à propos de ce que les hommes sont et par conséquent ce que doivent être leurs intérêts » (p. 122).

Au final, parmi d'autres conclusions moins provocantes, l'auteur affirme que « les hommes ont un intérêt érotique à la réduction des violences faites aux femmes ». En effet, « la violence sexuelle nuit aux femmes en tant qu'être sexué et c'est une mauvaise chose pour les hommes ». Elle décourage les femmes de prendre des risques. « Lutter contre les violences sexuelles, ce n'est donc pas seulement pour les hommes, une question de droits de la personne humaine, d'empathie, de protection de 'nos' femmes, ni même une affaire de paternalisme romantique ou de correction politique, quelle que soit par ailleurs la validité et l'importance de chacun de ses objectifs » (p. 210).

Critique des raisons du droit

Au fond, la charge est féroce. Elle met en cause la rationalité et, par suite, la légitimité du droit ; elle insinue un doute sur sa justification politique. On imagine qu'il tend au respect de l'égalité civile, à celui des droits fondamentaux des individus et, cruellement, D. K. démontre que la défense des droits des femmes, simple régulation des violences sexuelles, peut aussi trouver une explication dans le plaisir éventuellement pervers des hommes (p. 63). D. K. met en avant les intérêts très concrets d'individus eux-mêmes très concrets ; sa position s'appuie sur la différence sexuelle. « Il est possible » dit-il « de prendre position en faveur du renforcement de la protection des femmes par la loi non pas seulement du point de vue 'universaliste' ignorant la différence sexuelle, mais en se fondant sur l'analyse du désir intime des hommes et des femmes, particulièrement en ce qui concerne les rapports de domination et de soumission qui sont en jeu dans les pratiques vestimentaires » (p. 26). Une perspective banale au juriste d'aujourd'hui est renversée : pour un peu, la défense des droits humains apparaîtrait presque comme susceptible de faire violence aux intérêts d'un groupe particulier d'individus, comme celui « des hommes qui aiment les habits sexy et des femmes qui aiment s'habiller sexy ». Évidemment, le relativisme l'emporte ; ce qui pourra inquiéter et même peut-être inspirer une critique facile où antiaméricanisme et humanisme se mélangeront en un cocktail typiquement français. Toutefois, la lecture de *Sexy dressing* n'est pas simplement dépaysante ou choquante – même si parfois elle n'est que cela – ; elle ouvre aussi une porte par laquelle il est possible d'échapper à la pratique majoritaire de la pensée juridique française. La pensée critique nord-américaine est un antidote contre le dogmatisme[28]. Ceux qu'elle charme ont une chance d'en être libérés.

28 Voyez à propos des sciences sociales J. Carbonnier, *L'esprit sociologique dans les facultés de droit*, in *Écrits*, *Textes rassemblés par* R. Verdier, PUF, 2008, p. 946 *sq.*, sp. p. 950 où l'auteur parle du droit comparé, de l'histoire du droit, de la sociologie juridique comme des « sciences antidotes du droit dogmatique ».

L'œuvre d'Antoine Favre, entre humanisme et rationalisme

Par Christophe QUÉZEL-AMBRUNAZ*

L'œuvre d'Antoine Favre est celle d'un juriste héritant d'une culture humaniste profonde, et anticipant un rationalisme exigeant. Elle invite à réfléchir sur la méthode historique, la place des concepts, le jusnaturalisme, l'interprétation des textes et leur évolution, la science du droit, le rôle de la doctrine dans les sources du droit. Antoine Favre mérite mieux que l'oubli relatif dans lequel il est tombé : sa place dans l'histoire de la pensée juridique européenne est incontestable.

The work of Antoine Favre is the work of a lawyer who inherited a deep humanistic culture, and anticipating a demanding rationalism. It invites one to focus on the historical method, the importance of concepts, jusnaturalism, interpretation of texts and their evolution, the science of law, the part of the doctrine among legal sources. Antoine Favre deserves better than sinking into oblivion : his place in the history of European legal thinking is unquestionable.

* Maître de conférences à l'Université de Grenoble.

Antoine Favre[1] (*Antonio Faber*, Bourg-en-Bresse, 1557, Chambéry, 1624), que la mémoire collective tend à laisser quelque peu dans l'oubli, témoigne d'une magistrale possession des qualités de juriste. Que ce soit par ses écrits, ou par l'impression qu'il a pu laisser à ses contemporains, cet esprit brillant suscite l'admiration. En son temps, l'avocat général au parlement de Paris aurait dit Antoine Favre être *« le plus grand magistrat du monde »*, en exhortant les avocats à n'en invoquer l'autorité doctrinale qu'en portant la main au bonnet[2] – honneur traditionnellement réservé à Cujas, dont Antoine Favre trouva à Turin la trace de l'enseignement.

Le père d'Antoine Favre était avocat fiscal de la Bresse. Après l'éducation de la famille, puis celle des jésuites parisiens, Favre fut envoyé étudier la jurisprudence à Turin, dont il avait reçu les principes de la bouche de son père. Ce serait là, en participant avec d'autres étudiants à une « Académie papinienne », vouée à la *disputatio*, que Favre prit l'habitude, qui le guidera dans ses ouvrages, de traiter des questions de droit sans en référer aux glossateurs, mais directement aux textes romains[3]. Docteur *in utroque jure* « *par acclamation et sans scrutin* » en 1579[4], avocat au barreau de Chambéry, il devint juge maje (*judex major*) de Bourg en Bresse en 1584, sénateur à Chambéry en 1587, président du Conseil de Genevois en 1597, puis président du Sénat de Savoie en 1610. Il doit être précisé que le Sénat de Savoie tenait lieu de parlement, avait un rôle politique assez marqué, ainsi qu'un pouvoir réglementaire propre – ses arrêts généraux de règlement avaient force de loi – et un droit de remontrance. Antoine Favre thésaurisa ensuite les décorations, titres et fonctions[5], notamment politiques et diplomatiques – tout en affectant de mépriser les gloires de ce monde. En outre, il professa, le droit, mais peut-être aussi les belles-lettres et les sciences[6]. Sa vie est empreinte d'exigence et d'austérité ; il disait qu'« *un premier Magistrat doit exceller en prudence & en sagesse* […] *il est établi pour réprimer les déréglemens des autres hommes* »[7]. Un de ses principes aurait été « *que pour servir utilement le public, il faloit se resoudre à déplaire quelquefois aux particuliers, quelques grands & distinguez qu'ils fussent* »[8]. Auteur prolifique, ses œuvres complètes représentent un fort rayonnage de bibliothèque.

Son premier ouvrage est intitulé « *Conjecturarum juris civilis* », vingt livres édités à Lyon de 1581 à 1604[9]. Cujas aurait dit, après leur lecture : « *ce jeune homme a du sang aux ongles. S'il vit âge d'homme il fera bien du*

1 La biographie la plus complète est sans doute celle de F. Mugnier, *Histoire du président Favre*, Mémoires et documents publiés par la société savoisienne d'histoire et d'archéologie, t. XLI, Chambéry, 1902 (disponible sur www.archive.org). On ajoutera celle de P. Taisand, *Les vies des plus célèbres jurisconsultes*, Paris, 1737, et aussi L'*Éloge Historique d'Antoine Favre*, par le sénateur Avet, Chambéry, 1824, ainsi que l'*Essai sur la pénétration du droit romain en Savoie*, par Laurent Chevailler.

2 P. Taisand, *op. cit.*, Paris, 1737, p. 203. R. Naz, *Antoine Favre 1557-1624*, Mémoires de l'Académie des Sciences, Belles-lettres et Arts de Savoie, 6e série T. XII, 1981, p. 119.

3 F. Mugnier, *op. cit.*, p. 53.

4 J.-R. Michel, *A. Favre, notice historique et littéraire*, Chambéry, 1893, p. 8. La légende voudrait qu'« *il soûtint thèse d'une manière toute nouvelle ; car au lieu que les autres se contentent de soûtenir des conclusions autant qu'il en peut tenir en une feüille, il en soûtint un volume entier, non seulement sur les plus difficiles matieres du Droit universel, mais encore sur l'intelligence éxacte & sur les corrections necessaires des Loix mêmes* », P. Taisand, *op. cit.*, p. 189. Il est en revanche certain que le diplôme, reproduit par F. Mugnier, *Histoire du président Favre*, *op. cit.*, p. 59, insiste sur « *l'acclamation sans scrutin, à laquelle personne, personne, absolument personne* [*sic*] *ne s'est opposé* ».

5 Jusqu'à celle de « *gouverneur de Savoie et de toutes les provinces deça les Monts* ».

6 J.-R. Michel, *op. cit.*, Chambéry, 1893, p. 6. Les membres de l'Académie Florimontane, qu'Antoine Favre fonda avec son ami Saint François de Sales, étaient tenus d'enseigner.

7 P. Taisand, *op. cit.*, Paris, 1737, p. 193.

8 P. Taisand, *ibid.*

9 L'édition consultée, la seconde, A. Fabri, *Coniecturarum iuris civilis*, Lugduni, F. Fabrum, 1598, compte six livres. La première en avait trois, les dernières, vingt.

bruit»[10]. Tout porte à croire que ces conjectures ont été méditées et préparées dès le temps de ses études[11] ; l'œuvre a par la suite été enrichie lors des éditions successives.

La dédicace à Renato Lyobardo Chatelardo, Premier Président du Sénat de Savoie, renseigne sur les ambitions de l'auteur. Favre regrette que les opinions des éminents juristes ne puissent être remises en cause, comme si elles étaient exemptes d'erreurs ou de lacunes. Les auteurs seraient réduits à n'écrire rien qui vienne de leur plume, ou alors, à être l'objet de critiques unanimes : « *Cum in omni scientiarum & disciplinarum genere præstantißimis quibusque viris periculosum semper visum fuit, vir clarißime, incerta, ac sæpius iniqua, de scriptis suis aliorum iudica experi, tum his maxime temporibus eorum, qui de iudere scribunt, miserrima cõditio esse videtur, quos necesse est, velita scribere, ut nihil scribant, vel, si quid de suo scribunt, communem fere omnium reprehensione incurrere* » ; ils seraient même alors qualifiés d'« *hæreticum in iure* ». Le jeune auteur a des mots très durs pour ceux dont les ouvrages ne servent à rien, sauf au profit des éditeurs : « *Illorum certe pusillanimitas, & inhonesta verecundia excusari non potest, qui rumores, ut dici solet, ante salutem ponũt : Sed horum præcipue diligentia reprehenda est, publicis Iurisprudentiæ studýs longe magis perniciosa, quibus tot librorum millia nocent potius, nec nisi ornandis, aut verius onerandus Typographorũ officinis proficiunt* ».

Favre ne saurait se résoudre à considérer que toutes les questions du droit ont été définitivement réglées par les anciens auteurs : « *Quamquam enim tanta Iurisprudentiæ amplitudo, & præstantia est, ut nullo quæstionum, aut librorum numero concludi poßit, veterum tamen interpretum admirabili diligentia, ingeniique fœcundidate factũ est, ut nisi quod ipsi prius dixerunt, nihil nunc a nobis dici posse videatur* ». Il ne se propose rien moins que de tirer le droit « *des ténèbres à la lumière* », au moyen de ses conjectures. Favre les nomme ainsi car ce sont des opinions personnelles, qui ne doivent pas être considérées comme des maximes ou des axiomes, mais qui lui apparaissent suffisamment probables pour être défendues, sans être infaillibles au point de ne pouvoir être contestées par des esprits plus élevés : « *Non enim tantum mihi tribuo, ut opiniones meas omnibus probari posse vel debere confidam : quas ideo coniecturarum nomine donatas volui, ut ex eo omnes intelligerent non esse mihi eas iuris Sententias aut Axiomata, sed coniecturas, neque ita improbabiles, quin defendimeo iudicio facile poßint, neque tamen ita necessarias, quin poßint etiam refelli ab ýs qui fœliciore ingenio, & maiore eruditione præditi, in scriptis meis facient, quod in alienis videbunt* ». Il est conscient que les attaques ne manqueront pas : puisqu'il repousse les opinions d'Accurse, de Bartole et de Jason, il sait qu'il sera critiqué par ceux qui ne font que s'y référer. Il en accepte le jeu, lui-même ayant abondamment contredit ses devanciers ; toutefois, il demande instamment à ses contradicteurs d'user de la raison, et non des arguments d'autorité. Il se dit prêt à changer ses opinions : « *Sic fiet ut quid verum, quidve falsum sit melius appareat, libentiusque mutem sententiam a qua me veritatis cognitio revocabit* ».

L'ouvrage est divisé en livres, puis en chapitres, chaque chapitre correspondant à une conjecture. Chacune débute par l'idée que veut développer l'auteur ; suit une partie argumentative, puis la conclusion. Les conjectures comportent des expressions telles que « *explicatur, emendatur, defenditur, additur negatio, conciliatio, interpretatio nova, restituitur vetus lectio duobus Pandectarum locis* » ; Favre relève les « *dissensiones* », les « *generaliae sententiae* » : son but est de proposer de nouvelles interprétations, de découvrir des principes généraux, de résoudre des contradictions, de défendre ou de nier des opinions, et surtout de traquer les interpolations, afin de corriger le *Corpus Iuris Civilis*. Il s'attelle à la chasse aux tribonia-

10 P. Taisand, *op. cit.,* Paris, 1737, p. 201. Favre avait alors vingt-trois ans.

11 Cf. l'*Éloge historique d'Antoine Favre*, par le Sénateur Avet, Chambéry, 1824, p. 14.

nismes, selon une méthode[12] basée essentiellement sur l'étude de la langue et du style. Les adjonctions de Tribonien seraient moins élégantes que les textes classiques, useraient de termes spécifiques (*cautela* pour *cautio*, *dependere* pour *solvere*, *datio* pour *pecunia data*, etc.), et abuseraient des gérondifs, ablatifs absolus et superlatifs. La critique serait allée trop loin au goût de De ferrieres : « *Cujas et Faber ont aussi corrigé plusieurs endroits défectueux du Corps du Droit ; mais les corrections de ce dernier sont quelquefois trop hardies, & on ne les doit pas embrasser aveuglément* »[13].

Les annexes de l'ouvrage comportent un « *index authorum quorum opiniones vel recensentur vel refutantur* », où l'on observe que Cicéron est cité à deux reprises, alors que Cujas renvoie à trente-cinq occurrences, là où Accurse en compte cent vingt-deux. S'il loue quelquefois Cujas ou Accurse (« *viri doctissimi* »), il n'hésite pas à dire qu'ils ont mal saisi tel ou tel point (« *non intellexerunt* », « *Accursius, Bartolus, & caeteri interpretes vulgo male explicant* »…). Dès ses *Conjecturae*, Favre soutient que le savoir doit se construire à l'aide de la raison, par la confrontation des idées, et leur remise en cause permanente.

En 1598 parut l'ouvrage « *De erroribus pragmaticorum et interpretum juris* » « *par lesquelles il réfute les mauvaises opinions de quelques praticiens mal-habiles dans les jugements des procès* »[14]. « *Il eut pour but essentiel dans cet ouvrage, de réconcilier la théorie avec la pratique, de rendre la science du droit plus usuelle […]. Il avait remarqué avec peine le dédain qu'affectaient les plus habiles docteurs pour tout ce qui les sortait des spéculations scientifiques ; il souffrait de voir ces hommes savants se montrer inférieurs aux plus médiocres praticiens, sitôt qu'on les ramenait à l'application de la loi* »[15]. Ce ne sont pas seulement les praticiens qui sont l'objet des critiques fabriennes, mais aussi les interprètes. L'auteur n'annonce pas moins d'une chiliade d'erreurs ; la première édition représente donc le cinquième de la tâche, puisqu'elle compte vingt décades.

Dans sa dédicace à Charles-Emmanuel, duc de Savoie, il conteste le fait que la pratique soit vue comme inférieure à la théorie. Il relève que le droit doit être considéré non comme une *scientia* (connaissance, savoir théorique) mais comme une *prudentia* (connaissance pratique, compétence, sagesse) ; il s'agit donc autant de pratiquer que d'enseigner et de théoriser : « *Itaque cum iuris non scientiã, sed prudentiam dicere soleamus, fatebor equidem iurisperitos eos esse, at non æque prudentes, nisi novo fortaßis prudentiæ genere, quæ tota in docẽdo dicendoque tantum, non etiam in agendo versetur* ». L'absence de connaissances juridiques chez certains praticiens effraye Favre – il estime impossible de rendre une solution juste en suivant son seul sens de l'équité : « *Inde namque facti audaciores pragmatici, iam alioqui per imperitiam procliviores quam par esset ad negligentia eaomnia, quæ ad mera veramq' iuris scientia pertinent, adeo sibi placent miseri, & blandiuntur, ut quasi nihil scientia conferat ad praxim, illam omnino negligant, hãc unam sectentur* ». En réalité, la théorie et la pratique ne devraient pas être disjointes : « *Quemadmodũ enim theoria sine praxi aut nullius aut perexigui certe usus est, ita nihil reipublicae perniciosus, quam si per eos qui irua & res forenses tractant, praxis a theoria seiungatur* ».

La connaissance du droit écrit est donc indispensable pour Favre, qui n'hésite pas à affirmer à Charles-Emmanuel qu'il en suit scrupuleusement les principes lorsqu'il rend une décision. Il évoque la production d'un code, *Codex Sabaudicus*, qui rendrait de grands services

12 Sur celle-ci, L. Chevailler, *Le président Favre et la jurisprudence du Sénat de Savoie de 1585 à 1605*, Revue d'Histoire du droit, 1952, p. 267.

13 C.-J. De Ferriere, *Histoire du droit romain*, 2nde Ed. Paris, 1734, p. 461.

14 P. Taisand, *op. cit.*, p. 201.

15 Sénateur Avet, *Éloge historique d'Antoine Favre*, Chambéry, 1824, p. 23.

à la pratique. Probablement travaillait-il déjà au *Codex Fabrianus*.

La méthode suivie dans cet ouvrage est la réfutation systématique d'opinions considérées comme fausses. Favre ne s'appuye pas sur des espèces précises, mais utilise des formules vagues : il est fréquemment demandé…, les praticiens disent habituellement…, l'on entend souvent que…, telle loi est ordinairement ainsi interprétée… Il présente ensuite la solution juste, en faveur de laquelle il argumente davantage par les textes que par les opinions des auteurs, lesquels ne sont que très parcimonieusement cités. Surtout, après avoir démontré l'exactitude de la solution proposée, par rapport à celle réfutée, il présente son avantage pratique.

Par exemple, dans l'*error nonus* de la troisième décade (p. 71), il combat l'usage inexact et trop fréquent de la maxime *contra non valentem*. Selon Favre, il convient de distinguer : si l'action n'est pas ouverte, la prescription ne court pas ; en revanche, si c'est par ignorance ou abstention que l'action n'est pas exercée, la prescription n'est point suspendue : « *Tritum est pragmaticorum ore prouverbium, Non valenti agere non currere præscriptionem ex l. 1. C. de annal. except. l. un rebus 30. C. de iur. dot. l. 1. in fin. C. de bon. matern. Ego vero distinguendum existimo, qua ex causa quis agere impeditus sit. Nam si ob id duntaxat, quod nullam actionem habuit, fateor actionem quæ nondum nata est, perimi non posse : unde sit ut fideicommissi in diem aut sub condicione relicti actio, si dies aut conditio non nisi post centesimum annum extiteritne centesimo quidem anno excludatur l. ult. §. fin. autem sub conditione C. Commun. de legat. Sed si qua actio competat, quæ tamen non potuit exerceri, propter abstentiam aut ignorantia eius qui agere debuit, aut qua alia de caussa, Nego ob id solum impediri præscriptione, quod totillo tempore agi non potuerit* ».

En 1604, parurent les premiers volumes de l'ouvrage *Rationalia in Pandectas*, qui devait à terme embrasser tous les livres du Digeste, ce qui ne fut pas le cas, bien que Favre y travaillât jusqu'à sa mort. Il s'agit d'une explication linéaire des titres du Digeste. L'ambition de Favre n'est autre que de ramener les pandectes aux principes de la raison : « *Adeo erant iis omnibus obvia & explorata Principia iuris, consentientibus omnium sententiis & conspirantibus animis ad ea stabilienda fundamenta, quæ & rationi iruis, & quod est consequens naturali æquitati adprime cõvenirent* »[16]. En effet, il évoque l'idée selon laquelle les règles de droit découlent de principes, selon les règles de la raison. De la sorte, le droit ne serait pas moins certain que les axiomes mathématiques : « *Non certioribus principiis Mathematicas ipsas quam iurisprudentiam constare, Nihilque in libris nostris esse quod non certa constantique ratione fulciatur, nullam rationem quæ non ad principium aliquod revocanda sit, ex eoque aestimanda* ». Il loue Papinien, attaque Tribonien « *qui ne peut rien écrire d'élégant, imprégné qu'il était de turc et d'autres langues barbares* ». Chaque paragraphe du Digeste est écrit sur une colonne ; certains mots sont marqués, et font l'objet des explications de Favre, rédigées très succinctement, sur deux colonnes. Il donne alors des définitions, renvoie à d'autres passages du Digeste, relève des étymologies. Selon une méthode dialectique, il propose parfois une « *ratio dubitandi* », immédiatement suivie par une « *ratio decidendi* ».

Un exemple est le meilleur moyen de percevoir la méthode employée :

Ad. Libr.I. Pandectarum
Titulus I
De Iustitia & iure
I. ULPIANUS libro I. Institutionum

Iuri[a] *operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat*[b]*. Est autem a iustitia appellatum*[c] *: nam, ut eleganter Celsus definit, Ius est ars boni & æqui*[d]*. Cuius*

16 Épître dédicatoire à Rodolphe II, datée de 1604, au début du premier tome, A. Fabri, *Rationalia in primam et secundam partem pandectarum*, Chouet, 1619.

merito quis nos sacerdotes[e] *appellet: Iustitiam namque colimus: & boni, & aequi notitiam*[f] *profitemur, æquũ ab iniquo separantes*[g]*, licitum ab illicito discernẽtes, bonos non solum metu poenarum, verum etiã praemiorum quoque exhortatione*[h] *efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam*[i]*, non simulatam affectantes.*

Ad. l. Iuri I.

a *Iuri*, hoc est, arti iuris, quæ mox definitur ars boni & æqui.

b *Descendat*. Nam quid nominis præcedit quid rei, ut dicunt Philosophi, & hic locus bene probat. Valet autem argumentum ab etymologia si non semper affirmative, semper tamen negative, Presertim apud Iurecõsultos qui proprietatis verborum sunt studiosissimi. Unde totus ille tam elegans, tamque necessarius tractatus *De verbor. & rer. signific.*

c *Appellatum* quatenus scilic. fumitur in concreto pro arte iuris, Alio qui iustitia potius a iure appellata *l. 10 ï.* Concreta enim sumunt deminationem ab abstractis, non contra *l.* I. *ï. De pact.*

d *Boni & æqui.* Ius enim quod opponitur æquitati *l. I C. de legib. l. 8. C. de iudic. l. 2. §. item. Varus. infr. de aqua pluu. arc.* ius summum est quod dicitur summa crux, et summa iniuria: Denique ius in abstracto. Hîc autem agitur de iure in concreto, Unde & Iurisprudentia appelatur *d. l. 10 §. ult.*

e *Sacerdotes,* qui leges faciae sunt *l. 9. C. de legib.* proinde sacra civilis sapiẽtia, ideoque nec nummario precio æstimanda *l. I. § proinde. de var. & extr. cognit.* iunct. *l. 9 § ult. De rer. divis.*

f *Nocitiam*, quæ tamen difficillima & periculosissima est *l. 91. § 3 de verb. oblig. l. 31. inf. depos. § I deexcept.*

g *Separantes*. Ratio dubitandi. Respõdent plerumque I.C. contra ęquitatem, ut in *l. 12 § I. qui & a quibus manum*. Ratio dedid. Imo semper ea æquitate nisi cum expressim lex in contrarium scripta est, ut ibi & *d. l. I C. de legib.*

h *Exhortatione.* His enim duob. veluti vinculis, pœna, & præmio universa Reip. salus continetur.

i. *Philosophiam*. Eleganter Plin. *lib. I Epist. 10.*

Si des passages des pandectes sont discutés, c'est toujours par arguments de raison, jamais d'autorité. Aucun docteur, aucun interprète n'est cité dans l'ouvrage, comme Favre s'en explique avant de débuter son propos : « *Quanquam parum hoc curandum videretur, si nobis esset integrum omisso Bartolo, reiectisque interpretum somniis ad Papinianum redire, ac de omnibus, quæ ad iurisprudentiam nostram pertinent, eos consulere quos Bartolus ipse si viveret, multo se meliores ac prudẽtiores fuisse non negaret* ». D'ailleurs, dans l'épître dédicatoire à Rodolphe II, Favre exhorte l'empereur à réformer le droit – comme l'ont fait tous les grands empereurs – et à faire une loi qui défende d'invoquer Bartole et ses suiveurs : « *At quanto gloriosus tibi, & extra omnem reprenhensionis aleam futurum esset, Cæsar Augustissime, si quod ipse in prudentum libris & imprudenter fatis & infeliciter præstitit, hoc ipsum tu in Bartoli cæterumque vulgarium interpretum commentariis feicius fieri tandem iuberes!* »[17]. Si leurs livres ne doivent pas être voués aux flammes, ils ne doivent pas être source d'autorité : « *Non equidem ut igni flammisque vouerentur, sed hactenus ut nulla iis fides, nulla in posterum autoritas constaret, nisi quam ab ipsissima iuris ratione mutuarentur* ». C'est finalement le Roi Victor Amédée qui suivit ce conseil, puisqu'il a fait, par ses constitutions défense expresse aux avocats de citer aucun docteur, et aux juges de déférer à de telles autorités[18].

17 *Adde.* Sénateur Avet, *op. cit.*, p. 25.

18 *Constitutions* de S.M. le roi de Sardaigne (1729), L. III, T. 21I, § 15 : « *Voulons que dans la décision des procès l'on observe uniquement en premier lieu nos Constitutions ; secondement les Statuts des lieux, pourvu qu'ils soient par Nous approuvés, ou par nos Royaux prédécesseurs, & qu'ils soient en observance ; troisièmement les décisions de nos magistrats, & finalement le texte du Droit commun. Défendons*

Le second tome s'ouvre sur une *epistola dedicatoria* à Charles Emmanuel, duc de Savoie, datée de 1618. Favre estime dans celle-ci que les praticiens et les interprètes vulgaires ne connaissent pas les phrases de Papinien, n'en comprennent pas les raisons. Il présente son ouvrage comme un complément à ses *Conjecturae*, à ses *Erroribus*, ainsi qu'à son *Codex*. Comme à son habitude, il estime que les opinions ne doivent pas être combattues avec des arguments d'autorité, mais avec la raison, ou la loi.

En 1606, parut l'ouvrage le plus connu de Favre, le *Codex Fabrianus*[19]. Il s'agit de la présentation de règles de droit – les *definitiones* – issues des décisions du Sénat de Savoie, selon l'ordre du Code de Justinien – mais non selon son plan exact. Les rééditions permirent de couvrir la période de 1585 à 1610 (Favre exclut donc sa propre présidence). Le *Codex Fabrianus* fut réédité à Turin jusqu'en 1829 ; peu d'ouvrages peuvent s'enorgueillir d'une telle longévité. Un commentaire – presque un mode d'emploi – en est paru, de la plume d'un juriste transalpin, au début du dix-huitième siècle[20]. Il ne faut pas se méprendre sur l'apparence de l'ouvrage. Il ne s'agit pas d'une simple compilation (d'ailleurs, le *Codex Fabrianus* est écrit en latin, alors que le Sénat rendait ses décisions en français), mais d'un recueil critique qui présente avant tout des règles générales, appuyées sur des solutions particulières.

Les ambitions de Favre se découvrent à la lecture de la brève dédicace à Charles Emmanuel, duc de Savoie, de la longue épitre aux *patres conscripti*, c'est-à-dire aux sénateurs, et du *lectori suo*.

À Charles Emmanuel, il écrit que l'œuvre est plus celle du Sénat que la sienne propre : « *sive potius quod non tamen me um quam totius tui Senatus opus esse, & hoc ipso longe præstantißimum existimari debere videatur* ». Favre donna malgré tout son nom à son *Codex*, après avoir envisagé de l'appeler « *Codex Emmanuelem* ».

L'épître aux sénateurs est intéressante pour découvrir l'esprit du Sénat de Savoie ; en outre, Favre explique avoir choisi de scinder son ouvrage en *definitiones* pour suivre l'exemple de Papinien. Il affirme que le Duc de Savoie lui avait commandé un *Codex Sabaudicum* ; les ambitions de Favre sont toutefois plus élevées, il ne veut pas se présenter comme un simple compilateur – il recherche certainement une audience plus large.

L'ambiguïté de la position de Favre – son ouvrage n'est ni une simple compilation, ni une œuvre de doctrine – apparaît en comparant cette adresse aux sénateurs et le *lectori suo*, dans lequel il réduit son *Codex* à un recueil ordonné de décisions : « *Si vero Codicem Decisionum Senatus nostri effictum ad ordinem exemplumque Codicis Iustinianei, fidem libero, hic ipsus est quem quæris. […] Itaque pugnantia interdum scribere coacti sumus, qui tamen eadem semper sentimus, nisi cum in iudicando sententiam dicere ex communi doctorum opinione etiam cogimur, inuita plerumque non modo scientia sed etiam conscientia* ». Il précise que peuvent se trouver dans le *Codex* des positions qu'il combat dans d'autres ouvrages[21] : cela s'ex-

en conséquence aux Avocats de citer dans leurs avis en Droit aucun Docteur en matières légales, & aux Juges tant suprêmes que subalternes de déférer à leurs opinions, sous peine quant aux Juges & Avocats, de la suspension de leur office jusqu'à ce que Nous en ayons fait grâce». Les mêmes Constitutions iront plus loin que le souhait de Favre, en interdisant (Pr. §2) l'interprétation des textes : « *Aucun magistrat ou Tribunal, quoique suprême, ne pourra, en quelque cas que ce soit, y donner aucune interprétation* ». La codification prussienne de Frédéric II, en 1748, ira également dans le sens de l'interdiction de l'interprétation, F. C. von Savigny, *De la vocation de notre temps pour la législation et la science du droit,* traduit et présenté par A. Dufour, PUF, Leviathan, 2006, p. 92.

19 Édition consultée : A. Fabri, *Codex Fabrianus*, Lugduni, Cardon, 1606. Elle contient comme premier livre, De la sainte trinité et la foi catholique. : *de summa trinitate & fide catholica*, absente des éditions genevoises, pour des raisons religieuses. Selon les historiens, Saint-François de Sales aurait dû écrire ce premier titre – il n'en a rien été, puisque Favre se livre (p. 31) à un éloge de son ami. La première partie de ce titre est une diatribe contre le calvinisme.

20 N. Scoppa, *Pratico receptae explanationes ad codicem fabrianum*, Napoli, 1702.

21 L. Chevailler, *op. cit.*, p. 275.

plique car ce n'est pas sa pensée propre qu'il relate ici, mais l'opinion d'une instance collégiale.

L'ouvrage est divisé en deux parties, comptant chacune des titres, subdivisés en définitions (chaque *definitio* est numérotée dans le titre). Chacune porte sur un point précis ; par exemple, au titre *de pactis*, l'on trouve « *De renunciatione iurata, & de iure repræsentationis* », « *de pacto tacito de non petendo quod ex chirographi redditione inducitur* », « *de effectu restitutionnis in integrum adversus renunciationem* ». Chaque *definitio* est développée sur une dizaine ou une trentaine de lignes, en faisant appel à des considérations légales et théoriques. Le lien avec une position générale du Sénat, ou avec une espèce particulière qu'il a pu juger, est signalé par des formules telles que « *ita senatus in eadem causa* » (position générale), ou « *ita senatus in causa N. Catel contra uxorem I. Severat, 12 cal. Decembr. 1593* » (solution d'un cas particulier). Il ne s'agit donc pas de résumés d'arrêts, mais de raisonnements reprenant ceux du Sénat. Chaque définition compte un appareil de notes, mentionnant des passages du Digeste, d'autres textes, voire des interprétations doctrinales. Le volume des notes est à peu près équivalent au volume du texte. Le maniement du Codex est rendu aisé par les nombreux et abondants index[22].

En 1607, parut l'ouvrage *Jurisprudentiae Papinianae Scientia*. Il s'agit d'un ouvrage très approfondi, certainement le plus intéressant qu'il ait laissé, bien que ce ne soit pas le plus connu, dans lequel Favre tire des enseignements du texte des Institutes. L'ouvrage n'est pas achevé[23] ; il ne parvient qu'au titre vingt-cinq[24] du premier livre, *De suspectis tutoribus et curatoribus*.

Si la dédicace à Henri de Savoie, duc de Genevois et de Nemours n'est guère riche en enseignement pour le juriste, l'épître au lecteur comporte d'intéressants développements. Ainsi, le livre aurait porté le nom de Favre, plutôt que celui de Papinien, s'il n'avait déjà été accolé au Codex « *Inscripsissem libentissime de meo nomine Fabrianam si non a me iam superiore anno habuisses Codicem de meo nomine Fabriano* ». Favre révèle l'admiration qu'il porte pour le juriste dont l'opinion devait prévaloir en cas de désaccord des autres auteurs à la source du Digeste : « *Cur autem Papinianeæ Iurisprudentiae scientiam inscripserimus, si forte miraris & superbius tibi nomen videtur, quam ut usurpari a nobis debuerit, causa hæc est, quod non aliter Iurisprudentiam, aut a Papiniano didiscitam fuisse possum credere, aut a Iuliano vel Sabino cæterisque non tam præceptoribus, quam authoribus iuris edoctam* ». Il estime que la Science de Papinien est pour la jurisprudence comme celle de Platon et d'Aristote pour la logique et la physique, celle de Socrate et Demosthène pour l'art oratoire, celle d'Hippocrate pour la médecine, celle d'Archimède pour les mathématiques, celle d'Euclide pour la géométrie.

Favre se propose de tirer les principes des normes, ou la règle de la règle « *regulam regulae* » ; il pose la distinction de ces deux notions, règle et principe, le principe bénéficiant de certitude et de stabilité : « *quae potissima, vel potius unica est inter iuris Principia & Regulas differentia. principium enim quolibet Regula est, sed eiusmodi quæ nullam exceptionem admittat. Non autem æque vicissim omnis Regula Principium est nisi si qua talis proponatur, quam & necessario & pertpetuo veram esse, negare ausit nemo* ». Élevées au niveau des principes, les solutions de la jurisprudence supportent un parallèle, quant à leur exactitude, avec celles des mathématiques et de la physique ; alors que les résultats de ces dernières sont vérifiables par les sens, la jurisprudence suppose le raisonnement : « *Omnibus tamen istis commune illud est, quod rationem habent pro causa, suamque ostendat &*

22 Tellement abondants que l'exemplaire consulté a été relié avec un index imprimé postérieurement, plus sommaire. L'habitude a été prise de citer les définitions de cette sorte : tit. *de usuris*, def I, *usuræ promissæ*.

23 L'édition consultée est posthume : A. Fabri, *Iurisprudentiae Papinianeæ scientia*, Chouet, 1631.

24 Vingt-six dans la numérotation de l'édition de Krueger.

præse ferant veritatem ex sensu solo, ut Mathematica, & Physicis pleraque, sed ex Ratiocinatione : quæ cim solius hominis propria sit, tanto excellentiorem fatendu est Iurisprudentiam nostram esse Mathematicis disciplinis, quanto præstantior ratio est, & dignior sensu ».

La méthode suivie par Favre est de parcourir le droit dans l'ordre des Institutes. Il pose d'abord un « *principium* », indiscutable, car tiré de la loi. Par exemple, à propos du début du premier titre, *DE IUSTITIA ET IURE*, le premier principe est nommé « *Etymologia iuris* », dans lequel, il rapproche le *ius* et la *iustitia*, en développant leurs rapports ; il en appelle à la définition du Digeste, *ius est ars boni et aequi*, la compare avec celle de la justice dans les Institutes, *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens*.

Favre tire ensuite des conclusions, chacune étant nommée « *illatio* », de ce *principium*. Dans la première, *de praeceptis iuris*, il établit le lien entre le *principium* et la règle du Digeste, 1, 1, 10 : *Iuris praecepta sunt haec : honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. La deuxième conclusion présente plus d'intérêt. Il affirme qu'il ne peut avoir de solution juste en droit, tout en étant injuste ou inique ; en effet, l'on peut déduire des liens entre le droit et la justice que là où la justice n'est pas, le droit n'est pas non plus : « *Secundem ex eodem principio fit, ut ius dici non possit quod iniustum & iniquum est. Nam si ius a iustitia appellatum, prorsus consequens est ut ubi non est iustitia ibi nec ius sit. Nec est contrarium quod Paulus scribit in l. pen. hoc. tit. prætorem dici ius reddere tum etiam cum inique decernit* ». Selon la troisième conclusion, « *De iure semper æstimando ex ratione* », le droit doit toujours être apprécié, et amélioré, aux lumières de la raison, car là où la raison n'est pas, le droit n'est pas non plus : « *Tertio ex eodem principio fit, ut ius estimandum semper sit ex ratione, ita ubi ratio non est, ibi nec ius sit, cum iustitia sit animi habitus & quidem bonus, qualis esse non potest nisi quatenus ratione perficitur* ».

Suivent ensuite des réfutations, chacune étant nommée « *confutatio* ». La première est pour réfuter la maxime « *De communi errore an ius faciat* » : comment tirer le droit d'une erreur, puisque rien n'est plus contraire à la raison, plus différent de la justice, que l'erreur ? « *Quid enim tam contrarium rationi, quam error ? Quid tam alienum a iustitia ?* ». Pour réfuter cette maxime, Favre argumente longuement, à partir du *principium :* si le droit peut être tiré de la justice, que la justice est une volonté constante, et que l'erreur est involontaire, alors l'erreur ne peut participer de la justice, et ne saurait donc fonder le droit. La deuxième réfutation est celle de « *de consuetudine iniusta* ». La troisième est celle de « *de iuris substantia an opinione consistat an re* » ; selon Favre, c'est la raison qui doit être à la source d'une opinion de droit « *nam cum ius aestimetur ex ratione, non magis fieri potest, ut ius opinione tãtum sit quam ut ratio nulla sit nisi opinione* ».

Est attribué à Favre un ouvrage posthume, paru en 1634, le *Thresor de la Practique judiciaire et civile*, encore appelé *Abrégé de la Practique*, complété ensuite par la *La Nouvelle théorique et pratique des notaires*. Les ouvrages de pratique n'étaient pas extrêmement courants à l'époque – comme devanciers, l'on connaît le *Guidon des practiciens* de Dolet, la *Practique judiciaire* d'Imbert, les *Procez civil et criminel* de Le Brun de la Rochette – et étaient souvent l'œuvre de juristes d'envergure modeste. Les biographes divergent sur l'exactitude de l'attribution de cette œuvre à Favre. Il est vrai que ce serait son seul ouvrage juridique écrit en français – alors qu'il aurait rédigé jusqu'à ses cours à l'Université en latin ou en grec ; en outre, l'opus diffère par son volume et son style des autres œuvres. Toutefois, l'on peut admettre la présomption posée par la mention du nom de l'auteur dans les différentes éditions – il s'agirait d'extraits d'écrits inédits à sa mort[25]. L'esprit de l'auteur des *Erroribus* est bien pré-

25 Sénateur Avet, *op. cit.*, p. 64.

sent, puisque les praticiens sont fréquemment renvoyés aux maximes et principes, en d'autres termes, à la théorie. D'ailleurs, certaines éditions du *Thresor de la Practique judiciaire et civile*[26] contiennent une préface anonyme : « *Tu y* [dans ce livre] *apprendras une science entiere de la Practique, là où plusieurs autrement ci-devant ne sçavoyent que c'estoit de la Practique que par la practique mesme & comme on dit, par rottine ; Au contraire tu le pourras sçavoir au moyen de ce, non par practique seulement, mais par certaines maximes & preceptes tirées du droict. Et d'autant plus que les lieux d'où sont puisés les maximes que l'Autheur donne, sont par lui rapportés à chasque endroit* […]. *à mesure que tu comprendras une maxime de practique, tu pourras par même moyen comprendre les loix mesmes & doctrines des jurisconsultes* ».

Au fil de la lecture, des règles que ne renieraient pas le juriste contemporain sont ciselées en fines maximes. Ainsi, le principe du contradictoire : « *Un procez ne peut iamais estre iugé sans que la contestation precede ou vraye ou feinte, telle qu'est la contumaciale* »[27]. Le principe selon lequel le juge ne peut statuer *ultra petita* : « *Surtout il faut qu'il* [le juge] *se donne garde de n'adiuger iamais plus que l'on demande, afin que l'on ne dise pas de lui le commun traict des praticiens que* fatuus est iudex qui iudicat ulta petita. l. fin. C. *de fid. lib.* »[28].

Des maximes pourraient figurer dans un article de code, tant elles sont précises et concises. Ainsi est déterminée la charge de la preuve : « *Tout ce qui est en faict doit estre preuvé, sinon qu'il soit presumable de droict* : c. is qui fidem. 3 ext. de spons. l. si quis 34. de adult. »[29]. De même, l'effet dévolutif de l'appel est exprimé de la sorte : « *L'appelation porte au Iuge d'appel le procez en tel estat qu'il estoit par devãt le Iuge lors de la sentẽce de laquelle il est fait appel* »[30].

L'ouvrage est tout en nuances. Alors que pour Imbert[31], l'appel qui n'aurait pas été interjeté illico doit être autorisé par une lettre de Relief, obtenue par la Chancellerie au nom du roi, Favre – s'il est bien l'auteur – estime que *« l'appel est tenu pour avoir esté interietté illico & sur le champ, pourveu que ce soit dans dix iours à conter [sic] dez le iour de la sentence, en comptenant ledit iour, car il semble raisonnable de donner temps à celui qui craint avoir esté surpris à ladite sentence pour y mieux penser & aller à conseil, afin de ne s'engager pas si legerement et facilement, & mal à propos à la longeueur & depẽse d'une cause d'appel* »[32]. Il montre une certaine méfiance à l'égard du témoignage, en rappelant son importance : « *Le tesmoins sont premiers iuges des procez, puisqu'ils prouvent & décident la question du faict,* ex quo ius oritur »[33]. De la prohibition d'entendre les témoins « *en tourbe* » en matière criminelle car cela serait défavorable à l'accusé, l'on trouve la déduction d'une esquisse du principe de la présomption d'innocence « *tous les bons iuges doivent estre plus enclins à desirer et presumer l'innocence, que le delict*. arg. l. absente, de poen. l. Arrianus. de oblig. & act. »[34].

En outre, Antoine Favre laisse plusieurs consultations ayant donné lieu à publication, ainsi qu'un petit traité intitulé *de variis nummariorum debitorum solutionibus*, qui a eu quelqu'intérêt lorsque l'inflation était forte. L'œuvre du juriste se complète par une œuvre poétique et littéraire : *Les Gordians et Maximins ou l'ambition*[35], *Méditations poétiques, Quatrains moraux* (réédités

26 par exemple celle de Genève, Chouet, 1634.
27 *Thresor de la Practique judiciaire et civile*, Genève, Chouet, 1634, p. 51.
28 *op. cit.*, p. 79.
29 *op. cit.*, p. 9.
30 *op. cit.*, p. 124.
31 I. Imbert, *La practique judiciaire tant civile que criminelle*, Ed. Arnauld, 1615 p. 458.
32 *op. cit.*, 1634, p. 85.
33 *op. cit.*, 1634, p. 57.
34 *op. cit.*, 1634, p. 65.
35 Quelques biographes (et surtout J.-R. Michel, *A. Favre, notice historique et littéraire*, Chambéry, 1893) louent la période, le sens épique… L'on se rangerait plutôt à l'avis de A. Sayous, *Histoire*

en 2008 chez Jérôme Million), *Entretiens* (ou sonnets) *spirituels*[36] (réédités en 2002 par la Société des Textes Français Modernes), *etc.* On doit y ajouter une correspondance nourrie avec son ami Saint François de Sales, avec qui il fonda à Annecy l'Académie Florimontane, en 1606 – trois décennies avant l'Académie Française. D'autres ouvrages sont parfois attribués à Favre, mais ne sont ici recensés que ceux dont l'on retrouve trace certaine.

Antoine Favre est des jurisconsultes qui ont marqué l'histoire de la pensée juridique. Il fut abondamment cité[37] – souvent sous le respectueux titre de Président Favre. Il sert « *avec éclat d'intermédiaire entre le siècle de Cujas et celui de Domat* »[38]. Taisand, abordant la vie de Favre, avertit le lecteur « *qu'encore que les choses que j'en dis paroissent quelque fois un peu flatteuses, elles sont pourtant très exactes* »[39]. De Ferrière estime que « *c'est celui des jurisconsultes modernes qui a porté le plus loin ses idées sur le droit* »[40], mais lui reproche d'avoir pris parti trop hardiment contre les idées communes, et d'avoir poussé trop loin les subtilités. Son Code serait le « *moins fautif* » ; les autres ouvrages montrent trop de libertés. Toullier le cite notamment à propos du régime dotal[41], Merlin, dans son répertoire, reprend au *V°* dot une démonstration entière d'Antoine Favre, afin de déterminer si une dot n'est compétente qu'autant qu'elle est égale à la légitime, et cite encore longuement le *Codex Fabrianus* à propos de l'échange, de l'usufruit paternel, ainsi que les *Rationaliae* à propos de la vente, dans lesquelles Favre, à la suite de Cujas, estime que l'on ne doit interpréter l'acte douteux contre le vendeur qu'après avoir tenté de trouver son sens d'après ce qu'il y a de plus vraisemblable ou de plus conforme à l'usage. Il est encore cité quelquefois, souvent en tant que père de la maxime *Nemo praecise cogi potest ad factum*[42], qui trouve sa traduction dans l'article 1142 de notre Code[43]. La formulation est de lui, dans

de la littérature française à l'étranger, XVIIe siècle, t. I, Paris, 1853, p. 66 : « *on ne saurait rien se représenter de moins dramatique et de plus monotone que cette longue tragédie, ample suite de raisonnements sur l'ambition,* […] *; l'histoire elle-même est à peine indiquée, et les héros de cette lutte ne sont pas une seule fois en présence* ». Le juriste s'amusera de l'appartition de Modestin et d'Ulpien.

36 Le plus connu est sans doute celui dont le premier quatrain suit : « *Ce n'est pas sans raison, que l'homme on accompare/ A l'arbre renversé, dont la racine en haut/ La cyme tend en bas, puisque tousjours il faut/ Qu'il ait son centre au Ciel, qu'il ait son Dieu pour phare* ».

37 Cf. *ex multis,* citant le *Codex fabrianus*, T.B. Howell, *State trials*, vol. XVI, London, 1816, col. 547 ; selon, J. Aikin, *General Biography*, vol. IV, London, 1803, le *Codex fabrianus* « *has been cited with applause in all the parliaments of France* ».

38 E. Lerminier, *Introduction générale à l'histoire du droit*, 2nde Ed., Chamerot, 1835, p. 186. Il ajoute que ses ouvrages « *montrent un des esprits les plus vigoureux et les plus sains qui se soient appliqués à l'interprétation des textes* ».

39 P. Taisand, *Les vies des plus célèbres jurisconsultes*, Paris, 1737, p. 187.

40 C.-J. De Ferriere, *op. cit.*, p. 440.

41 C.-B.M. Toullier, *Droit civil français*, t. XIV, 2e Éd., n° 195.

42 A. Fabri, *Rationalia in primam et secundam partem pandectarum*, Chouet, 1619, t. 2, p. 823, sur D. 8, 5, 6, 2, note a : de l'expression « *cogere adversiarum reficere* », Favre tire une *ratio dubitandi* ; « *Nemo præcise cogitur ad factum, quia sine vi et impressione id fieri non posset, ideoque in obligationib. faciendi succedit præstatio eius quod interest* », dont la *ratio decidendi* est « *Intelligenda sunt haec verba de necessitate non præcisa, sed causativa, id est, nisi malit reus solvere quantis actoris interest : hæc enim natura est actionum de servitute, sive agatur confessoria actione, sive negatoria* » ; et p. 943, sur D. 9, 4, 29, note b, de l'expression « *sed huic necesse est* », il tire la *ratio dubitandi* « *Nemo ad factum prise cogi potest, quia id fieri nequit citra vim et impressionem : Et idcirco solemus dicere, In obligationibus faciendi succedere præstationem eius quod interest* » (ce dernier membre de phrase aurait pu, tout aussi bien que le premier, être retenu), la *ratio decidendi* étant « *Nemo ad factum præcisa necessitate cogitur, sed causativa necessitate cogi potest, id est, nisi malit præstare litis æstimationem, aut pati saltem, ut iussu Prætoris actor servuum ducat, & ita in bonis suis eum faciat* ».

43 H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 1992, n° 246 ; J. Carbonnier, *Droit civil*, Éd. Quadrige, n° 1291 ; M. Planiol, Traité élémentaire, t. II, 6e Éd., n° 173 ; F. Manin, E. Jeuland, *Les incertitudes du référé injonction de faire en droit des sociétés*, Rev. Soc. 2004, p. 1. Voyez surtout J. Genicon, *De la règle nemo præcise potest cogi ad factum*, th. Bordeaux, 1910, attribuant la paternité de la formule, non de la règle, à Favre, qu'il cite comme « jusrisconsulte célèbre » (p. 5), « savant jurisconsulte, qui jouissait d'une connaissance approfondie des lois romaines » (p. 85). L'auteur estime toutefois que la règle procède d'une mauvaise interprétation des textes romains. *Adde.* E. Massin, *De l'exécution forcée des*

les *Rationaliae,* non la règle[44], mais, reprise par Pothier[45], elle a été transcrite dans le Code civil.

L'œuvre de Favre a été attaquée et critiquée, comme en témoigne la lettre[46] qu'il adresse à G. Schiforgegher, jurisconsulte silésien, qui vint lui apporter l'hommage de traités prenant sa défense. Bachovius, Borgia, Vincent Cabot, Pierre Gilker, Martin Lyklama, Khol, Lectius et d'autres écrivirent contre Favre, certains raillant son *De Erroribus* comme étant le répertoire de ses propres erreurs[47]. Les critiques des suiveurs d'Accurse, Jason et Bartole, que Favre avait anticipées dans la dédicace des ses *Conjecturae* l'ont donc effectivement visé.

Aujourd'hui, Favre reste comme la figure d'un juriste accompli : juge, législateur, auteur. La plupart de ses ouvrages ont été publiés avant d'être achevés, poursuivis au fil des rééditions, sans que l'auteur ne les mène à terme ni ne trouve quelqu'un pour ce faire après sa mort. Il n'aura pas laissé le droit tel qu'il l'a trouvé[48]. Il exhorta les praticiens à étudier la théorie, et enjoignit aux interprètes de ne pas délaisser la pratique. Il n'aura eu de cesse de libérer la science du droit – qu'il voulait égale aux sciences exactes – du carcan des arguments d'autorité, et d'exhorter le juriste à retourner aux textes, et à suivre les chemins de la raison, jusqu'à se faire surnommer « *le rationaliste du droit* »[49].

obligations de faire ou de ne pas faire (droit civil), th. Paris, Durand et Pedone, 1893, spec. p. 259, relativement critique envers cette règle.

44 O. Morita, *L'origine doctrinale de l'article 1142 du Code civil, Essai sur l'adage* « Nemo praecise cogi potest ad factum », Rev. hist. droit, 1995, p. 201. Si l'auteur estime que « *cet article vient de l'adage fameux d'Antoine Fabre* [*sic*] […] *et que Pothier avait transmis sa doctrine au Code civil* », il ne cite pas une fois l'œuvre de Favre.

45 R. J. Pothier, *Traité des obligations*, n° 157, *Traité du louage*, n° 66.

46 *in* F. Mugnier, *Correspondance du président Favre*, T. I, p. 283.

47 Sénateur Avet, *Éloge historique d'Antoine Favre*, Chambéry, 1824, p. 24. Reinerius Bachonius Echtius donna effectivement pour titre à l'un de ses livres « *Chilias Errorum Antonii Fabri* ». C.-J. De Ferriere, *op. cit.*, p. 441 relève que « *Bachovius, auteur allemand, a écrit contre la seconde partie de son livre De erroribus Pragmaticorum. Jérôme Borgias de Naples, a censuré son livre De Conjecturis* ».

48 Afin de s'en convaincre, il suffit de se reporter à une étude dans laquelle l'auteur montre très finement que le droit savoyard, essentiellement romaniste mais influencé par les règles coutumières et canoniques, est modelé, plus que simplement reçu, par la jurisprudence du Sénat, et par les écrits de son président. L. Chevailler, *Le président Favre et la jurisprudence du Sénat de Savoie de 1585 à 1605*, Rev. d'hist. du droit, 1952, p. 456.

49 « *Venu après Hotman, il est vrai,* […] *Favre, sans aller jusqu'à ébranler l'autorité du droit romain lui-même, anéantit celle des commentateurs modernes, et fit prévaloir la raison sur l'érudition aveugle et sans critique des disciples et successeurs de Bartole* […]. *Favre fut donc le rationaliste du droit, bien avant qu'eût apparu le grand rationaliste de la philosophie* », A. Sayous, *Histoire de la littérature française à l'étranger*, XVIIe siècle, t. I, Paris, 1853, p. 56.