

ÉCOLE NORMALE SUPÉRIEURE (ULM)

Département de sciences sociales

Année universitaire 2024-2025

Cours de philosophie du Droit / théorie du Droit international

Florian Couveinhes Matsumoto

Les institutions et pratiques d'enseignement du Droit

La controverse sur l'École de Droit de Sciences Po

Partie I : le contexte géo-politique et géo-idéologique

Document 1 : M. Hennessy Picard, N. Benghellab, « Extériorisation de la sociologie critique du droit et intériorisation de la mondialisation du droit dans le champ doctrinal français », in R. Bachand (dir.), *Théories critiques et droit international*, Bruxelles, Bruylant, coll. *Mondialisation et droit international*, 2013, 275 p., p. 43

Document 2 : P. Brunet, « Le raisonnement juridique dans tous ses états », *Droit et société*, 2013, n°83, pp. 193-202 (extraits)

Partie II : défense et promotion de la « cuisine du droit »

Document 3 : Ch. Jamin, *La cuisine du droit – L'Ecole de Droit de Sciences Po : une expérimentation française*, Paris, 2012, Lextensoéditions, pp. 9, 12-13, 15-17 (+ pages à chercher : 20-23, 52-55, 62-73, 88-89, 97-99, 112-115, 128-135, 151-170, 178-182, 200-201, 261-267)

Partie III : la querelle

Document 4 : Th. Wickers, « Remettre la faculté de droit au service de la profession d'avocat – A propos de l'ouvrage de Christophe Jamain, « La cuisine du droit » », *Gaz. pal.*, éd. professionnelle, 16 octobre 2012, n°290, p. 13

Document 5 : M. Gobert, « Lettre ouverte à M. le bâtonnier Wickers », *Les Petites affiches*, 20 mars 2013, n°57, Doctrine – Libres propos, pp. 7-8

Document 7 : B. Mathieu, « formation des Avocats », *La semaine juridique*, 5 mai 2014

Document 8 : Ph. Malaurie, « La nouvelle École de droit Sciences Po – L'École des cuisiniers du droit », *Droit et Patrimoine*, déc. 2009, n°187, Actualité

Document 9 : G. J. Guglielmi, « Un appel de juristes contre l'université à deux vitesses », dimanche 4 octobre 2009

Partie IV : conceptions de l'enseignement et de la recherche, et conceptions du droit

Document 10 : G. Tusseau, « Critique d'une métanotion fonctionnelle – La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » », *RFDA*, 2009, pp. 641 et ss.

Document 11 : A. Supiot, « Ontologie et déontologie de la doctrine », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1421 (extraits) (pour rappel)

Document 12 : A. Supiot, « Grandeur et petitesse des professeurs de droit », *Les Cahiers du Droit*, vol.42, n°3, sept.2001, pp. 595-614 (extraits)

Document 13 : H. Croze, « Pourquoi les facultés de droit devront sortir de l'Université », *JCP*, édition générale, 2011, 880, p. 1463

Partie V : retour sur le débat

Document 14 : Ch. Jamin, M. Xifaras, « De la vocation des facultés de droit (françaises) de notre temps pour la science et l'enseignement », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2014, n°1, vol. 72, pp. 107-140 (les grasses sont de nous)

Questions sur les documents

Partie I : le contexte géo-politique et géo-idéologique

Document 1 : M. Hennessy Picard, N. Benghellab, « Extériorisation de la sociologie critique du droit et intériorisation de la mondialisation du droit dans le champ doctrinal français », in R. Bachand (dir.), *Théories critiques et droit international*, Bruxelles, Bruylant, coll. *Mondialisation et droit international*, 2013, 275 p., p. 43

« En conséquence, les découpages institutionnels dans le monde universitaire français sont plus aiguisés, les débats interdisciplinaires davantage polarisés que sur les campus américains, où règne une culture de la diversité consensuelle. Nous en concluons qu'en France la réception de la critique en droit est restreinte par des crispations politiques nationales. La critique s'est alors cantonnée à une position extérieure de rupture épistémologique incarnée par le radicalisme sociologique. Toutefois, en raison d'une mise en concurrence du savoir doctrinal français avec les modèles juridiques étrangers, plus particulièrement américain et européens, la recherche française est contrainte à sortir de son isolement épistémologique pour s'adapter à la mondialisation et aux mutations rapides de ses champs d'expertise. L'objet même de la discipline juridique est aujourd'hui transformé par la privatisation du bien public et l'édification du *jus commune europaeum*. A la faveur de la mondialisation libérale, la réception de corpus juridiques étrangers dégage la doctrine française de préoccupations principalement statocentrées et incite à une réflexion en profondeur sur le pluralisme juridique. Les nombreux transferts de droit aiguisent la perception critique des juristes français qui, aux prises avec la mondialisation de leur savoir, relativisent les dogmes de leur culture juridique nationale et s'adaptent à leur rôle de marchands de conseil. »

p. 46 :

« Si la pratique juridique est très formaliste et positiviste en France, c'est que le rapport des juristes à l'Etat est très intime. Dans les pays de *common law* au contraire, c'est davantage la loi du marché et l'expression, à travers le marché, des besoins de la société civile qui déterminent l'activité du juriste, dont la réussite se mesure à son utilité, son efficacité pratique.

D'après Emmanuelle Jouannet [E. Jouannet, « French and American Perspectives on International Law : Legal Cultures and International Law », *Main Law Review*, 2006, vol. 58, n°2], deux cultures juridiques universelles s'affrontent sur le terrain de l'influence extérieure : l'une est judiciaire, pragmatique et réaliste ; l'autre légaliste, formelle, et positiviste. »

*

Document 2 : P. Brunet, « Le raisonnement juridique dans tous ses états », *Droit et société*, 2013, n°83, pp. 193-202 (extraits)

p. 198 :

À cet égard, conscient de l'enjeu politique voire géo-politique que la confrontation des modèles juridiques dissimule (assez mal d'ailleurs), F. Schauer tord le cou à quelques clichés qui voudraient voir dans le *common law* aussi bien un droit entièrement fait par des juges qu'un droit purement et simplement déclaré par eux. De même, et inversement, il écorne la représentation naïve, mais fréquente outre-Atlantique, d'un droit civil rigide, sinon rigidifié dans le formalisme du code et qui

transformerait les juges en des automates. Renvoyant dos à dos ces deux caricatures, il insiste sur le rapprochement que ces modèles connaissent aujourd'hui. Il aurait d'ailleurs pu aller plus loin, mais ce n'était pas là son objet ni son sujet. Il prend toutefois la peine de relever que ce prétendu « droit des juges », qui serait bien plus vivant que « le droit des codes », n'est transmis aux étudiants des *law schools* que par des livres – les fameux *case books* – lesquels ne contiennent bien souvent qu'une succession de décisions – des cas – et d'opinions des juges eux-mêmes et fort peu de commentaires de ces décisions, ni même d'analyses critiques de ces mêmes décisions. Ainsi, les *law schools* forment-elles non pas tant à réfléchir sur le droit qu'à produire – reproduire ? – le droit tel qu'il se trouve dans les livres et entretiennent ou procèdent de l'idée que le droit s'apprend en lisant des opinions de juges¹. Or, ces décisions, comme ces opinions, ne sont que des conclusions et non des points de départ : un cas ne se construit pas à partir d'une opinion

p. 199 :

qu'un juge pourra émettre sur la solution qui sera ensuite retenue. Au contraire, insiste F. Schauer, ce qui est central en *common law* c'est moins l'opinion des juges que le cas lui-même et donc la question litigieuse qui sera posée aux juges : c'est à partir d'elle que l'on peut mesurer la façon dont le juge « fera le droit », soit en prolongeant le droit existant, soit en le modifiant. Ainsi, la démarche première des juges sera toujours de s'interroger sur le point de savoir si telle question a déjà été jugée et, le cas échéant, comment. Mais on pourrait faire remarquer qu'il en va exactement de même dans un système de droit codifié : le problème est toujours de savoir si telle question de droit que soulève tel cas a déjà été jugée ou non.

(...)

Néanmoins, F. Schauer fait remarquer que cette critique est relativement récente. Longtemps, il fut parfaitement admis que le *common law* était fait par les juges et que c'était là la meilleure façon de le faire car le droit pouvait se nourrir de l'expérience passée et s'ajuster aux situations, en évoluant progressivement et en pleine harmonie avec la société. Le présupposé implicite était – et est toujours – que chaque cas jugé isolément est représentatif d'autres cas et donc universalisable. Or, des travaux récents de psychologie ont permis de mettre en évidence une forme de raisonnement inconscient – l'« heuristique (ou stratégie) de la disponibilité » – consistant à fonder une croyance sur une information immédiatement disponible, un exemple, plutôt que d'étayer cette information ou de compléter cet exemple par d'autres exemples pour vérifier la croyance. Or, à force de raisonner à partir d'exemples, les juristes de *common law* s'exposent précisément à ce risque consistant à nourrir la croyance que tel cas isolé – tel exemple – qui leur vient à l'esprit est plus représentatif qu'il ne l'est en réalité².

¹ F. SCHAUER, p. 109 : « *In the traditional casebook, what comes after a case is not a series of questions or problems or comments but the next case, and then the next case and the next case after that. And traditionally, and still to a substantial extent, students are expected to learn the law by reading judicial opinions.* »

² Cf. Amos TVERSKY et Daniel KAHNEMAN, « Availability: A Heuristic for Judging Frequency and Probability », *Cognitive Psychology*, 5 (1), 1973, p. 207-233, qui ont mis en avant cette forme de raccourci mental inconscient fondé sur l'idée : « *if you think of it, it must be important* ». L. Alexander et E. Sherwin font eux aussi référence aux travaux de D. Kahneman mais ils n'utilisent pas le concept d'heuristique de la disponibilité. Voir aussi Thomas GILOVICH, Dale GRIFFIN et Daniel KAHNEMAN (eds.), *Heuristics and Biases. The Psychology of Intuitive Judgement*, Cambridge : Cambridge University Press, 2002.

p. 200 :

Aussi étrange que cela puisse paraître, il en va de même avec la thèse de la souplesse et/ou de la flexibilité du *common law* : ceux qui y croient le diront souple et flexible pour ne pas avoir à s'interroger sur les modalités de cette même flexibilité. Il faut d'ailleurs souligner à quel point les arguments exposés par F. Schauer pour la défendre sont à double tranchant et rejoignent, à bien des égards, ceux mobilisés par L. Alexander et E. Sherwin dans leur entreprise de démystification. On s'étonne cependant que ces derniers n'en profitent pas, sinon pour repenser un peu la pédagogie des *law schools*, du moins pour s'interroger sur le rôle qu'elles jouent dans la mystification du raisonnement juridique. Ils suggèrent certes de renforcer l'enseignement de la logique et des méthodes empiriques, tout en se gardant de définir ce qu'ils entendent par là, mais c'est en passant. Et ils prêtent alors peut-être le flanc à la critique bien connue de Holmes selon laquelle le droit n'est pas une affaire de logique mais d'expérience. Enfin, en s'attachant comme ils le font à l'idée que l'application d'une règle requiert, de la part de celui qui l'applique, qu'il se fie à l'intention de l'auteur de la règle³, ils semblent substituer un mythe (celui de l'intention de l'auteur) à un autre et l'on ne peut s'empêcher de conclure que l'entreprise de démystification manque quelque peu de systématisme voire de profondeur.

*

Partie II : défense et promotion de la « cuisine du droit »

Document 3 : Ch. Jamin, La cuisine du droit – L'Ecole de Droit de Sciences Po : une expérimentation française, Paris, 2012, Lextensoéditions, pp. 9, 12-13, 15-17 (+ pages à chercher : 20-23, 52-55, 62-73, 88-89, 97-99, 112-115, 128-135, 151-170, 178-182, 200-201, 261-267)

[citations en exergue]

« Ces inquiétudes face à la capacité des juristes français à s'intégrer au monde de l'entreprise et du commerce international, et l'insatisfaction vis-à-vis de la formation des juristes en France ont été à l'origine de la création de l'Ecole de droit de Sciences Po Paris ».

M. Prada, Rapport sur certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris. Ministère de l'Economie et des finances & Ministère de la Justice, 2011, p. 46.

« La mondialisation de la science juridique, dont l'espace européen de recherche fera inmanquablement partie, mettra l'approche doctrinale de la science juridique sous pression et exigera que celle-ci soit repensée ».

A. von Bogdandy, « La science juridique dans l'espace

³ Voir not. chap. 5.

*juridique européen, une réflexion à partir de l'exemple
allemand »,
D. 2011, p. 2819*

« Le rôle du professeur tel que je le conçois n'est pas de
faire la lumière sur la vérité ».
*K. L. Llewellyn, Cases and Materials on Sales, Callaghan,
1929, p. XVII.*

« Nous n'avons plutôt pas assez que trop de théorie en
droit ».
*O. W. Holmes, « The Path of the Law » (1897) 10
Harvard Law Review 457, 476.*

p. 9 :

« Ce livre constitue d'abord le produit d'une expérimentation menée de manière collective à Sciences Po depuis maintenant quelques années, sous le regard attentif de son directeur, Richard Descoings, prématurément disparu il y a quelques semaines et à la mémoire duquel je dédie tout spécialement les pages qui suivent.

Ce livre résulte aussi d'une réflexion personnelle menée depuis maintenant plus de vingt ans sur l'histoire de la pensée juridique contemporaine et l'enseignement du droit. Cette réflexion doit beaucoup aux nombreux échanges que j'ai eus, depuis longtemps et sur tous les continents, avec un très grand nombre de personnes, au premier rang desquelles figurent Jean-Michel Darrois, qui nous fit l'honneur de présider la commission de préfiguration de l'Ecole de droit, Frédéric Audren, Guy Horsmans, Philippe Jestaz, Daniel Jutras et Duncan Kennedy. Elle doit surtout aux nombreuses discussions que j'ai pu avoir avec Mikhaïl Xifaras avec lequel je n'ai jamais cessé de débattre, de manière complice et amicale mais sans concession, sur les versions successives du présent ouvrage qu'il a largement contribué à améliorer. Ce qui ne m'empêche nullement de revendiquer la pleine et entière responsabilité des idées et des erreurs contenues dans ce livre. »

pp. 12-13 :

« Deux avant avant la création de l'Ecole de Droit, qui a ouvert ses ports en septembre 2009, Sciences Po avait obtenu qu'un arrêté du ministère de la Justice autorisât les diplômés des deux filières proprement juridique du master que l'institution est autorisée à délivrer (en l'occurrence « carrières juridiques et judiciaires » et « droit « économique ») à se présenter à l'examen d'entrée aux centres régionaux de formation professionnelles des avocats. Et cela en plein accord avec les différents organes représentatifs de la profession d'avocat, mais par dérogation au monopole détenu par les facultés de droit. L'obtention de cet arrêt suscita un véritable tollé parmi la communauté des juristes universitaires. Certains d'entre eux publièrent des articles de presse incendiaires et une pétition (sur le blog du professeur Frédéric Rollin) recueillit très vite près de 500 signatures de professeurs et maîtres de conférences appartenant à la quasi-totalité des facultés de droit françaises. En outre, plusieurs recours furent formés devant le Conseil d'Etat pour contester la validité de l'arrêté, mais en vain. (...)

Le motif de la contestation tenait principalement au fait que les facultés de droit n'auraient pas été placées sur un pied d'égalité avec Sciences Po, car elles ne peuvent officiellement sélectionner leurs étudiants et sont réputées [*sic.*] ne pas disposer de moyens financiers équivalents. Ce qui revenait à parler de concurrence déloyale. »

pp. 15-17 :

« Parce qu'il concernait l'accès au barreau, l'arrêté tant discuté ne touchait plus seulement quelques dizaines d'étudiants chaque année, mais des bataillons nettement plus importants, du moins à l'échelle de Sciences Po, et des bataillons qui ne souhaiteraient plus nécessairement fréquenter les facultés de droit. (...) »

A ce qui devenait une nécessité [celle d'imaginer un cursus distinct de celui des facultés de droit] s'ajoutait une occasion formidable dont beaucoup de promoteurs du projet allaient se saisir : celle d'imaginer un projet scientifique et pédagogique différent de celui conçu de longue date par les facultés de droit. L'arrêt constituait ainsi l'occasion de se demander ce qu'est un juriste et de s'interroger sur la façon dont il peut être formé sans que pèse le poids des habitudes prises dans ces mêmes facultés.

Demeurait une contrainte institutionnelle qui tenait à la spécificité de Sciences Po. (...) Les deux premières années sont réservées à une formation généraliste qui mêle droit, sciences politique, économie, histoire, relations internationales et sociologie, alors que la troisième est effectuée à l'étranger, le plus souvent dans l'un des départements d'une université partenaire. A l'issue de ces trois années au sein du « collège universitaire » de Sciences Po (le premier cycle des études supérieures), les étudiants sont titulaires d'un diplôme de « *bachelor* ». (...) »

La création d'un cursus juridique complet ne pouvait donc exister qu'au stade du second cycle des études supérieures, ce qui constituait en soi une petite révolution dans le contexte français où les études de droit commencent en principe dès le début du premier cycle universitaire, autrement dit immédiatement après l'obtention du baccalauréat. »

Partie III : la querelle

Document 4 : Th. Wickers, « Remettre la faculté de droit au service de la profession d’avocat – A propos de l’ouvrage de Christophe Jamin, « La cuisine du droit » », *Gaz. pal.*, éd. professionnelle, 16 octobre 2012, n°290, p. 13

(...)

Comme le rappelle Christophe Jamin, la polémique autour de l'arrêté du 21 mars 2007 a été si vive qu'elle a attiré l'attention des grands quotidiens nationaux, et débordé sur l'internet. Il est vrai que si les facultés de droit ont pu se résigner, avec le temps, aux reculs successifs évoqués plus haut, on imagine mal comment elles auraient pu adopter la même attitude alors qu'était remise en cause, pour la première fois, leur capacité à former les membres de la première et de la plus importante de toutes les professions juridiques : les avocats ⁽³⁾. L'attaque touchait donc au cœur de ce qui constitue depuis toujours la vocation essentielle des facultés de droit : former les membres des professions juridiques et judiciaires.

(...)

Ce « petit livre » ⁽⁶⁾ ne se contente pas d'inviter à une (r)évolution des méthodes pédagogiques qui, de toutes les façons, est inévitable maintenant que les enfants des nouvelles technologies sont arrivés dans l'enseignement supérieur ⁽⁷⁾ ; il met en cause directement la vision du droit que porte la tradition civiliste française, et dont la façon de l'enseigner garantit l'immutabilité.

Il y a maintenant un peu plus d'un siècle, et pour répondre à ce que Christophe Jamin appelle « la crise de l'interprétation », les professeurs de droit se sont transformés en « grands pourvoyeurs de théories générales et bâtisseurs de systèmes » ⁽⁸⁾. Ils le sont restés depuis.

Leur ambition a été de représenter le droit comme un vaste système ordonné, obéissant à des principes que l'on peut décliner, divisé en branches que l'on peut détailler, et abritant des classifications que l'on peut énoncer. Un « système théorique préconstitué », agencé à la manière d'un dogme. Et surtout parfaitement autonome de tout autre savoir, de sorte que sa compréhension passe uniquement par la maîtrise de ses « théories générales » ou de ses classifications. Dès lors, le seul critère d'appréciation de la qualité des lois ou des décisions de jurisprudence devient leur capacité à s'insérer harmonieusement dans ce système, et à ne pas y apporter de désordre. Le bon juriste est ainsi nécessairement celui qui fait preuve de la même maîtrise, et est capable de faire jaillir, sans avoir à se référer à autre chose qu'à ce système théorique, « la » solution juridique, celle qui s'accordera avec lui.

Ce sont donc finalement les universitaires eux-mêmes qui, en fermant le droit à toute influence du dehors ont *a posteriori* complaisamment réalisé le rêve napoléonien d'un droit pratiqué par des juristes acceptant de n'y voir qu'un outil purement technologique, rendus parfaitement inoffensifs par leur refus de prendre le moindre parti : « La science juridique n'admet ni les doctrines, ni les partisans. Elle étudie les faits sans passion, car elle les considère uniquement dans leurs rapports avec le droit. Elle porte un jugement sur les lois, mais ce jugement ne concerne guère que la technique des institutions et des règles », pouvait ainsi écrire le doyen Ripert ⁽⁹⁾.

Tout l'effort de la faculté consiste donc à présenter aux yeux de l'étudiant la vision d'un droit ordonné, systématisé, catégorisé, et doté d'un système interne de valeurs qui l'isole totalement de

la réalité extérieure. Un effort de longue durée, puisque la vision du tout suppose l'appréhension préalable des parties. Le rallongement progressif des études de droit pour l'empilement de toujours davantage de connaissances constitue, dès lors, la seule réponse possible à la perpétuelle inflation législative, ou à la complexification d'un système dont les ramifications ne cessent de s'étendre. Inculquée aux étudiants dès la première année, sans que jamais aucune alternative ne soit explorée ou proposée, cette « dogmatique » a fait preuve d'une incontestable stabilité, et s'est maintenue jusqu'à aujourd'hui. « L'édiction de règles générales présuppose que soient dégagées et définies par la doctrine, des notions ou des concepts autour desquels s'ordonne ou par lesquels s'explique le droit écrit », affirme ainsi l'association Henri Capitant ⁽¹⁰⁾ dans sa réponse au rapport *Doing business*. Ce qui revient à faire au passage, par un prodigieux détournement, du rôle que s'attribue à elle-même la doctrine dans cette conception très particulière du droit, un des éléments consubstantiels du « droit continental », dont la défense est un impératif catégorique ! Car pour les promoteurs de cette vision, parmi lesquels Henri Capitant a joué un rôle considérable, celle-ci présente également l'incommensurable avantage de donner à la doctrine l'autorité d'une gardienne du temple, prompte à rappeler à l'ordre le juge ou le législateur lorsque les solutions qu'ils adoptent sont susceptibles de déranger ce bel ordonnancement, dont la cohérence est la fin ultime.

(...)

Aujourd'hui, plus personne ne peut imaginer que la règle de droit puisse s'expliquer de manière autonome, sans prise en considération de l'apport des sciences économiques et sociales, qui n'ont cessé de progresser depuis leur mise en lisière par les facultés de droit.

S'il ne semble guère évident que le législateur se soit jamais laissé beaucoup guider par le souci de ne pas bouleverser les ordonnancements de la doctrine, il est en revanche acquis que l'analyse économique du droit constitue désormais un outil puissant d'élaboration des politiques publiques, en raison de sa capacité (réelle ou supposée) à prédire l'efficacité économique de la norme. Même la Cour de cassation n'hésite pas à en appeler désormais à cette discipline pour expliquer et justifier « la raison d'être des principes de droit » (Guy Canivet). D'autre part, avec les progrès de l'Union, le législateur européen a pris, dans la construction du droit national, une part de plus en plus grande. Pour le droit national et ses catégories, il constitue bien, selon le mot fameux de Lord Denning, cette « marée montante qui s'engouffre dans les estuaires et remonte les rivières » susceptible de le bouleverser et de le rendre méconnaissable. Or s'il n'est déjà pas très efficace de gourmander le législateur national quand son œuvre ne respecte pas les « canons » de la doctrine, cela devient franchement inutile face au législateur européen. Ce dernier, dont la position lui permet de puiser dans l'une ou l'autre des cultures juridiques présente en Europe, n'est évidemment préoccupé que par la recherche de la meilleure solution, ou en tout cas de la plus acceptable. Les règles de l'interprétation se trouvent elles-mêmes entièrement bouleversées lorsqu'il faut affronter les contradictions entre les différentes traductions des directives, ou manier des notions étrangères au droit national.

Lorsque la Commission européenne s'interroge sur la réglementation des professions juridiques, elle confie à l'Institut de Vienne une étude sur « l'impact économique de la réglementation relative aux professions libérales dans différents États membres ». Et le discours qu'il faut lui opposer n'est pas un argumentaire juridique ; il s'agit plutôt de faire réaliser une analyse économique concurrente, et de tirer parti de la multiplicité des théories économiques. Car, en définitive, la question de savoir si la science économique est une « science idiote » ⁽¹⁴⁾ ou si les sciences sociales resteront par nature incertaines ou toujours à parfaire est assez indifférente : « Il n'est plus raisonnable de se passer d'un instrument qui permet de faire l'apprentissage du réel » ⁽¹⁵⁾

. C'est bien par son refus du réel que pêche le dogmatisme juridique ⁽¹⁶⁾ !

Ce dogmatisme juridique et cette absence de prise en compte de ce que Christophe Jamin appelle « les sciences du dehors » (qu'il ne limite évidemment pas à la seule analyse économique du droit) expliquent aussi la manière dont les avocats, qui ont subi cette formation, conçoivent la solution des problèmes qu'ils rencontrent collectivement. Il n'y a rien d'étonnant à ce qu'un certain nombre d'universitaires, lorsqu'ils se sont penchés sur l'acte d'avocat, se soient bornés à l'examiner sous le seul angle de ses effets juridiques, ou de sa place exacte dans la classification des contrats, sans parvenir à adopter un autre point de vue. Un comportement strictement juridique qui a aussi été adopté par bien des avocats, formés à cette école. Ils se sont interrogés sur les incidences de cette innovation en matière de responsabilité, ou ont regretté l'absence de force exécutoire de l'acte...

Il aura fallu un avis de l'Autorité de la concurrence ⁽¹⁷⁾ pour mettre en lumière les véritables enjeux (fort bien compris par les notaires ou les experts comptables) de l'acte d'avocat. Parmi tous les juristes (à titre principal ou accessoire), la loi distinguait, en créant l'acte d'avocat, le rôle que pouvait jouer les avocats dans l'établissement de la sécurité juridique, en raison de leur déontologie et de leur capacité spécifique à développer une meilleure maîtrise de la technique contractuelle, fondée sur leur expérience contentieuse unique...

Une façon de rappeler que le procès, dans lequel le rôle des avocats est essentiel, n'est pas une activité déceptive, mais bien le lieu du triomphe du droit, même dans les pays de « droit continental » !

(...)

Certains facteurs déjà évoqués, comme la construction européenne, ou même la mondialisation (une de ses conséquences est que la découverte et la pratique des autres cultures juridiques va cesser d'être l'exception pour devenir la règle) et enfin, bien entendu, le bouleversement total des méthodes pédagogiques que porte en germe la révolution technologique laissent penser que le système est condamné à une totale mise en cause.

(...)

Christophe Jamin a consacré un chapitre entier aux « attentes des praticiens ». Ceux-ci, c'est clair, ne sont toujours pas satisfaits par le système actuel. Les centres de formation professionnelle ne parviennent pas à doter les juristes passés par la faculté de droit de toutes les qualités attendues par les cabinets ; alors que ceux d'entre eux qui ont accès à cette ressource constatent qu'elles sont présentes chez des étudiants ayant suivi d'autres parcours (écoles de commerce, Sciences Po). Malgré l'allongement continu des études, les étudiants en droit ne sont toujours pas opérationnels. Pourtant des moyens financiers non négligeables sont consacrés par la profession à la formation initiale. Mais celle-ci continue de devoir être finalement assumée en partie directement par les cabinets, au point que des voix s'élèvent pour réclamer le retour du stage (!).

Ces hésitations ne font que confirmer que la source du problème se trouve en amont : dans le dogmatisme de la formation inculquée par la faculté, auquel rien ne permet encore de remédier avant l'arrivée au cabinet. Mais, dans ce domaine, les choses changent à grande vitesse.

Le modèle de la formation au sein des cabinets est en effet soumis à une pression économique grandissante, en raison du développement de l'*outsourcing*, ou de la dissipation, sur des pans entiers du « marché du droit », de l'asymétrie d'information qui le caractérisait. En bref, le client se montre de plus en plus réticent à financer la formation des professionnels du droit qu'il rémunère... En déchirant le rideau, le livre de Christophe Jamin permet aussi d'envisager la solution du problème : imposer aux universitaires la révolution qu'ils refusent, en les contraignant à assurer un enseignement conforme aux besoins de la profession.

Le rapport *Darrois* avait déjà souligné la nécessité que les programmes des facultés de droit fassent

une place plus importante aux matières non juridiques, sciences économiques et de gestion, histoire ou philosophie... Les avocats ont désormais les moyens de se comporter comme leurs confrères américains, en partenaires exigeants, car le cadre institutionnel a changé. Il n'y a plus face à la faculté 180 barreaux, mais le Conseil national des barreaux, en charge de la formation initiale, dont c'est à la fois une des missions légales et une préoccupation permanente.

La menace de reprendre le contrôle de l'examen d'entrée au CRFPA est un levier puissant. Si la profession peut imposer ses exigences et contrôler leur respect, alors la faculté, sauf à prendre le risque d'une totale disqualification, sera contrainte d'évoluer.

Les réactions violentes à l'égard de l'arrêté du mois de mars 2007 s'expliquent aussi par la crainte des universitaires d'une ouverture de plus en plus large à la « concurrence » et d'une marginalisation des étudiants sortis de la faculté de droit, privée d'un de ses principaux débouchés. Le moment est d'autant mieux choisi que l'autonomie des universités renforce aussi la concurrence entre elles et permet d'envisager des systèmes de labellisation inspirés de celui mis en place par l'ABA. Il est possible que, contrainte de renouer avec sa vocation première – contribuer à la « professionnalisation » des juristes –, les universitaires perdent un peu de leur superbe, et fassent davantage de place aux praticiens. Mais ont-ils vraiment quelque chose à perdre ?

On peut, en effet, affirmer qu'en tant que support d'une stratégie d'influence assurant le rayonnement du droit, le fait de le présenter comme une « science » autonome et supérieure a manqué son objet. Plus personne (pas même les étudiants en droit qui connaissent la valeur réelle de leur diplôme) ne prend cette affirmation au sérieux. Cette posture a donc abouti au résultat strictement inverse, et il y a même probablement là une des clés pour comprendre le peu de cas dans lequel sont tenues les études de droit, considérées comme trop dogmatiques et éloignées de toute réalité. Une déconsidération dont on ne peut s'empêcher de penser qu'elle a rejailli sur tous les métiers du droit (même si cela paraît avoir totalement échappé aux universitaires eux-mêmes). La faculté ne dérogerait pas en se remettant enfin au service de ceux – et en premier lieu les avocats – qui peuvent par leur nombre et leur position contribuer au rayonnement international d'une culture juridique française renouée. C'est bien pour redonner au droit toute sa place, qu'il est aujourd'hui nécessaire de mettre fin au « compromis français » dont la « cuisine du droit » a l'immense mérite de révéler enfin les effets désastreux.

Document 5 : M. Gobert, « Lettre ouverte à M. le bâtonnier Wickers », *Les Petites affiches*, 20 mars 2013, n°57, Doctrine – Libres propos, pp. 7-8

LETTRE OUVERTE À MONSIEUR LE BÂTONNIER WICKERS

À l'occasion du compte-rendu du livre d'un cuisinier du droit, Monsieur le bâtonnier Wickers (1) s'est attaché à prétendre démontrer l'inutilité des « facultés » de droit dont le péché originel serait de ne pas avoir compris que leur vocation était de préparer à la profession d'avocat.

Certes, tout ce qui est excessif est insignifiant si bien que la hargne contre les professeurs des universités juridiques dont est empreint le propos devrait conduire à le négliger.

C'est pourtant le parti inverse qui sera adopté en estimant que « trop c'est trop », comme l'ont pensé plusieurs collègues qui ont, parfois en dialoguant, déjà réagi brillamment.

Auparavant, toutefois, on s'étonnera doublement :

— en premier lieu, de quoi se plaint le Maître puisque, désormais, les écoles de commerce et la filière d'excellence juridique que constituerait Sciences Po forment suffisamment de jeunes pour être en mesure d'alimenter les cabinets en recherche de collaborateurs ? Quel intérêt d'humilier les facultés pour qu'elles se réveillent alors que, manifestement, on n'a plus besoin d'elles ? Qu'elles croupissent donc dans leur archaïsme et le monde juridique ne s'en portera que mieux !

— en second lieu, on se demande pourquoi ceux (dont beaucoup de professionnels) qui enseignent dans les écoles de commerce viennent de se constituer en association de professeurs de droit — titre avilissant si l'on en croit le Maître mais que les enseignants en question revendiquent pour s'assimiler aux professeurs universitaires — des écoles de commerce avec d'autant plus de chances d'y parvenir que certains d'entre ces derniers enseignent déjà dans ces écoles et que le programme affiché de l'association est d'en attirer de plus en plus.

Mais revenons au sujet ! Non, les facultés de droit n'ont pas à être « remises » au service de la profession d'avocat car les facultés ne sont pas des écoles professionnelles ayant à former des avocats, pas plus qu'elles n'ont vocation à former des notaires ou même des magistrats ou encore des juristes d'entreprise, des assureurs, des commissaires de police, des animateurs d'ONG et pas davantage des professeurs d'université.

Elles ne le sont pas parce que leur honneur est précisément d'avoir vocation à former à toutes ces professions et à bien d'autres encore entre lesquelles leurs étudiants, à la fin de leur *cursus*, auront la liberté ou l'opportunité de choisir. Aux professions de former leurs futurs professionnels et c'est ce que nous faisons nous-mêmes.

Ce que vous continuez d'appeler les facultés de droit, elles, ont à former les esprits, ce qui est d'une toute autre nature parce que d'une toute autre ambition. Effectivement, cela implique, d'abord, que l'on transmette une base solide, c'est-à-dire constituée des connaissances de la matière pour, ensuite, être en mesure de raisonner à partir de celles-ci. Mais comment imaginer que la matière juridique puisse être exposée de façon squelettique sans lui donner un corps nourri d'histoire, de sociologie et d'économie ? Comment

imaginer, de nos jours, enseigner un droit sorti de son contexte européen et mondial ?

Former des esprits, pendant ce temps privilégié entre tous qu'est le passage de l'adolescent à l'adulte, c'est apprendre à chacun à penser par soi-même, autrement dit exiger de chacun de la rigueur dans tout raisonnement et un esprit critique acéré pour prendre l'habitude de savoir garder l'indispensable distance qui permet de ne se laisser impressionner par rien ni personne, fût-ce une grande plume, un auteur important ou la Cour de cassation. C'est entraîner à réagir vite et plus encore aujourd'hui où la matière première est à portée de main, à la double condition de ne pas se contenter de la rassembler matériellement et de lire les textes ou les arrêts avant les commentaires dont ils ont fait l'objet. C'est, enfin, apprendre à écouter les autres.

Aussi éloigné que cela puisse paraître, former les esprits c'est, de surcroît, apprendre à parler en public et à se tenir pendant que l'on parle mais, surtout, à parler en français, ce qui paraît de moins en moins répandu, comme on peut le constater à longueur de journée par médias, écoutés ou regardés, interposés.

Avec ce léger bagage, figurez-vous, Monsieur le bâtonnier, que les étudiants qui en sont lestés n'ont aucun mal à se faire apprécier partout où ils pénètrent. Quant aux étudiants étrangers, lorsqu'ils deviennent collègues, tous, d'une part, pensent aussi que les Facultés de droit n'ont pas à se contenter de former les avocats et, d'autre part, n'hésitent pas à picorer dans la méthode française (non considérée comme archaïque) ce qu'ils estiment être en mesure de profiter à leur propre enseignement.

Pour autant, qu'on ne croie pas que nous soyons suffisamment satisfaits de nous-mêmes pour ne pas réaliser que nous devons — si l'institution résiste sous sa forme actuelle — continûment nous adapter à l'évolution des technologies et, à propos de celles-ci, songer déjà au bouleversement, sans doute sans précédent, que va constituer la révolution numérique pour l'ensemble du monde, en mettant à l'horizontale des rapports jusque-là verticaux. Enfin, et plus immédiatement, devons-nous nous améliorer, en particulier en professionnalisant encore mieux les masters directement orientés vers les professions les plus pointues. Quoi que l'on fasse cependant, il faut bien avoir conscience que, dans cette hypothèse, le « produit livré » sera toujours à perfectionner.

Compte tenu des réactions déjà évoquées de plusieurs de mes collègues, ce bref rappel n'aurait aucun intérêt s'il n'en était qu'une supplémentaire d'un professeur d'université. Aussi m'a-t-il paru plus pertinent de demander à un petit échantillon de ces « malheureux » mal préparés à la vie active professionnelle de signer ce papier avec moi pour attester que les années passées à l'université n'ont pas été ce temps perdu que vous avez décrit.

Michelle GOBERT

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Ancien membre du conseil d'administration
de la Fondation nationale des sciences politiques (1976-2006)

(1) Gaz. Pal. 16 oct. 2012, p. 13.

Liste des cosignataires :

- Jean-Baptiste BLADIER, magistrat
 - Christian BOST, avocat au Barreau de Paris
 - Véronique BOST, magistrat
 - Florence CHEVET, directeur juridique et conformité Allianz Global Corporate&Speciality (France)
 - Alexis DESOUCHES, directeur général de la société Masterkoo
 - Frédéric FAGET, responsable des relations sociales PSA Peugeot Citroën, site de Valenciennes
 - Jane GINSBURG, professeur à la Faculté de droit de Columbia University
 - Catherine HÉNIN-CLARK, avocat au Barreau de Floride
-
- Richard HYLAND, Distinguished Professor, Rutgers Law School (New Jersey)
 - Vincent JAMIN, assistant du Membre national pour la France à Eurojust
 - Gérald LAGIER, avocat au Barreau de Paris
 - Agnès LEBATTEUX SIMON, avocat au Barreau de Paris
 - Anne LE QUINQUIS, avocat au Barreau de Paris
 - François LETELLIER, notaire à Clermont-Ferrand
 - Vincent MARTINAUD, Counsel, Compagnie IBM France
 - Fabienne MARY-MARTINAUD, responsable de l'épargne salariale à la DRH Groupe de GDF Suez
 - Bruno MASSOT, manager des activités de services, direction juridique IBM France
 - Atsushi OMURA, professeur à la Faculté de droit de l'Université de Tokyo, ancien président de l'École de droit
 - Sabine OSTRZEGA-LE GAL, avocat au Barreau de Paris
 - Franck POINDESSAULT, avocat au Barreau de Paris
 - Laurent POULET, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation
 - Anne SEVAUX, avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation
 - Teun STRUYCKEN, avocat au Barreau d'Amsterdam, professeur à la Faculté de droit de l'Université d'Utrecht
 - Sylvestre TANDEAU DE MARSAC, avocat au Barreau de Paris
 - Karim TORBEY, avocat à la Cour de Beyrouth, chargé de cours à la Faculté de droit et des sciences politiques de l'Université Saint-Joseph

Document 7 : B. Mathieu, « formation des Avocats », *La semaine juridique*, 5 mai 2014

Dans un article publié dans cette revue, Thierry Wickers développe la nécessité de réformer la formation des avocats et de faciliter l'accès au droit. Son analyse repose, implicitement, sur une critique de la formation universitaire des praticiens du droit, trop axée sur les aspects théoriques, de nature exclusivement juridique et, finalement, peu propice à la formation d'avocats aptes à répondre aux besoins du public et à gérer l'entreprise que constituent aujourd'hui les cabinets libéraux.

Cette critique, modérée dans le ton, mais fondamentale, doit conduire les universitaires, à la fois formateurs et participant à l'évolution du droit, à réagir.

Il convient d'abord de considérer que le constat auquel se livre l'ancien président du Conseil national des barreaux ne manque pas de pertinence. La place occupée par les cabinets anglo saxons, la réussite des étudiants des Instituts d'études politiques aux concours d'accès aux fonctions judiciaires (*lato sensu*) doit conduire à l'introspection et à l'autocritique. Beaucoup de formations universitaires, tout du moins celles qui précèdent le master 2 (5^e année), sont trop théoriques, manquent parfois de cohérence et ignorent un environnement économique, aujourd'hui essentiel. Faut-il alors corriger le modèle ou le changer ?

(...)

La seconde remarque concerne l'enseignement délivré dans les facultés de droit, faut-il abandonner l'enseignement en amphithéâtre, jugé obsolète et lui substituer les « cliniques du droit » ? Les enjeux ne sont pas insignifiants. Maître Wickers balaye d'un revers de phrase l'objection selon laquelle serait en jeu la pérennité du « droit continental ». Et pourtant... L'enseignement magistral, alors que les méthodes seraient probablement à revoir, offre une construction du droit qui s'appuie sur des principes, pour en décliner des applications. Cette méthode ouvre à une analyse critique et d'ensemble du droit. Elle permet d'en comprendre les cohérences, d'en détecter les incohérences, d'en combler les vides. A l'inverse, « les cliniques du droit » développent une analyse casuistique du droit, dans laquelle la subjectivité occupe une place importante et où les rôles du principe et de l'exception sont brouillés. La jurisprudence évolutive de la Cour européenne des droits de l'homme s'inscrit dans de longues décisions dans lesquelles il est difficile de déterminer où est vraiment la règle de droit. L'influence de la *Common law* est forte.

Substituer à la vision doctrinale du droit, le « droit en action », pour reprendre l'expression de C. Jamin, cité par l'auteur, constitue un choix qui dépasse très largement les enjeux pédagogiques et professionnels, et renvoie à des enjeux de société. Pour schématiser, la conception doctrinale du droit exprime la vision d'une société ordonnée à partir de valeurs que le droit concrétise, autant qu'il en exprime les mutations. Le « droit en action » renvoie à une société décomposée dans laquelle le droit a pour mission de réaliser un équilibre par des micro-compromis toujours remis en cause. Cette question renvoie également aux rapports entre le droit national et les autres droits, entre la loi et le juge... Les enjeux, quel que soit le point de vue retenu, sont considérables. La substitution d'une conception à une autre est dangereuse car le droit, et les juristes qui sont à son service, sont un outil de cohérence dans une société qui en a, plus que jamais, besoin. Comment être « au service de la société et des libertés » pour reprendre la belle formule de T. Wickers, sans vision doctrinale des valeurs qui les ordonnent du droit qui les organise ? Cet affrontement est stérile, il faut au contraire rechercher la complémentarité. La conception doctrinale du droit n'est, par nature, contraire ni à l'efficacité économique, ni à la maîtrise des techniques professionnelles, elle est, il est vrai, insuffisante.

Il appartient aux universitaires d'écouter les critiques des praticiens sans pour autant accepter qu'un nouvel esprit de système soit substitué à celui qui est dénoncé.

Document 8 : Ph. Malaurie, « La nouvelle École de droit Sciences Po – L'École des cuisiniers du droit », *Droit et Patrimoine*, déc. 2009, n°187, Actualité

L'École de droit de Sciences Po sera ainsi une école de cuisiniers du droit, experts à maîtriser les trucs et les machins permettant de gagner un procès, de rédiger un bon contrat bien juteux et autres sympathiques affaires. Cette école n'est pas seulement la négation de l'esprit universitaire mais aussi de l'idéal de l'École libre des sciences politiques qu'incarnaient Émile Boutmy, André Siegfried et Jacques Touchard. Elle permettra d'avoir trois étoiles au Michelin des écoles de droit, en plus de deux grosses mamelles, surpassant, et de loin, les nouvelles écoles des cuisiniers du droit, devenues nombreuses ces derniers temps.

Document 9 : G. J. Guglielmi, « Un appel de juristes contre l'université à deux vitesses », dimanche 4 octobre 2009

L'Institut d'Études politiques de Paris annonce l'ouverture en son sein d'une "Ecole de droit". Plusieurs Facultés de droit ont fait, ou vont faire, de même.

Faut-il rappeler que les Ecoles de droit étaient sous l'Ancien Régime et dans la conception napoléonienne, le degré zéro de la réflexion juridique. Uniquement destinées à former des techniciens, elles avaient aussi pour but de déconnecter les métiers du droit de toute responsabilité que nous dirions aujourd'hui "citoyenne".

Le progrès de la science juridique française, qui aboutit aux fleurons des années 1920-1940, n'est venu que de l'émergence très lente, et au prix de rapports de pouvoir et de raison avec l'État, des Facultés de droit qui ont permis l'étude scientifique et critique de la production des normes.

Partie IV : conceptions de l'enseignement et de la recherche, et conceptions du droit

Document 10 : G. Tusseau, « Critique d'une métanotion fonctionnelle – La notion (trop) fonctionnelle de « notion fonctionnelle » », *RFDA*, 2009, pp. 641 et ss.

[Résumé de l'article par l'auteur]

Conscients de la nécessité de se doter d'un appareil conceptuel propre à leur permettre d'appréhender leur objet, les juristes peinent pourtant à se départir d'une forme de platonisme que repousse de longue date l'épistémologie des sciences empiriques. Sur la voie de l'*aggiornamento* méthodologique, la distinction opérée par le doyen Vedel entre des notions conceptuelles et des notions fonctionnelles s'avère prometteuse. Mais malgré son succès dans la doctrine, notamment administrativiste, elle présente un nombre important de lacunes et d'inconvénients, dont les ressorts essentiels peuvent être attribués à des traits profonds de la rationalité juridique. Finalement peu crédible et peu opératoire, la métanotion de notion fonctionnelle devrait être abandonnée, au profit d'outils empruntés à une approche analytique et stratégique des discours juridiques.

La très spépieuse antithèse entre concepts et notions fonctionnelles [...] empruntée de certains juristes excellents, mais pour une fois assez mal inspirés. (2)

La nécessité d'un outillage conceptuel

1. Toute activité théorique ou pratique se doit de disposer de notions ou de concepts qui l'aident à s'orienter dans le désordre du monde (3). Qu'ils soient législateurs, juges, notaires, avocats, universitaires, etc. les juristes ne font pas exception. Dans leurs activités quotidiennes d'identification, de description, de *systématisation*, de critique, de proposition, de production du droit, ils mettent en oeuvre un certain nombre de notions, dont le rôle est, *grosso modo*, de leur permettre d'appréhender une masse mouvante et *a priori* indifférenciée de phénomènes(4).

(...)

Propositions sommaires en vue d'une théorie des concepts juridiques

40. Quelques tentatives récentes ont été opérées afin de renouveler, au-delà de la distinction entre notions conceptuelles et notions fonctionnelles, l'appareil conceptuel des juristes.

J.-M. Pontier a par exemple proposé d'introduire, au sujet de la personnalité publique, le concept de « notion anisotrope ». « En physique, l'isotropie est la caractéristique d'un corps ou d'une substance présentant les mêmes propriétés dans toutes les directions. Une substance anisotrope est celle dont les propriétés varient selon les dimensions considérées. De même, la personnalité publique, aujourd'hui, paraît présenter des propriétés, c'est-à-dire des caractéristiques et des effets, différents selon les personnes prises en considération. [...] L'examen du phénomène d'anisotropie peut être fait à partir d'un constat, la différenciation des personnes publiques, d'une observation, la variabilité des propriétés et des effets de la personnalité publique(139). » P. Jestaz considère que le standard est beaucoup plus étroit que la notion souple(140), tandis que P. Hénaff insiste quant à lui sur les « notions-cadres » et les spécificités qu'elles présentent vis-à-vis des notions indéterminées(141).

Il est possible, malgré toutes les subtilités que celles-ci déploient, de douter de l'intérêt véritable, du point de vue de la pratique juridique concrète, de telles discussions. Surtout, leur caractère éclairant n'est pas manifeste. Si l'on reste dans le cadre d'une rationalité relativement classique(142), il apparaît que les éléments les plus pertinents ainsi que les plus intuitifs du point de vue de la démarche courante des juristes peuvent être trouvés du côté de la théorie analytique du droit. Aussi se propose-t-on à présent d'en esquisser, de manière extrêmement succincte, quelques outils, à charge pour d'autres études ponctuelles d'en faire un usage détaillé.

41. Le présupposé fondamental d'une telle grille d'analyse du droit, qui trouve ses racines aussi bien en Angleterre(143) que, pour la période récente, en Italie(144), consiste à appréhender le droit comme un ensemble de discours. Ces derniers n'existent pas naturellement mais se présentent comme des artefacts. Ils sont produits par des hommes (constituants, législateurs, administrateurs, juges, universitaires, avocats, etc.) et obéissent donc aux motivations de ces derniers, dans le cadre de leur société, de leur culture et de leur époque.

Quelques distinctions fondamentales - puisque l'art de la distinction est l'outil essentiel d'une approche analytique(145) - peuvent constituer un premier socle d'outils conceptuels permettant, sinon toujours de répondre à toute question juridique, pour le moins de bien poser les problèmes, et notamment ceux qui, en raison d'un certain nombre de confusions et approximations qui seront

ainsi révélées *a contrario*, ont suscité la construction de la distinction entre notions conceptuelles et notions fonctionnelles.

(...)

Langage versus métalangage

48. Une troisième distinction fondamentale oppose les niveaux de langage. Ainsi qu'il a été relevé de longue date(158), le terme « droit » est porteur d'une forte polysémie(159). Parmi les concepts qu'il peut nommer, se trouvent notamment une discipline (la dogmatique juridique, la science du droit), d'une part, et l'objet de cette discipline (le droit « objectif »), d'autre part. Le fait que l'un et l'autre droits soient tous deux énoncés sous forme de langage ne doit pas conduire à méconnaître le fait qu'ils ne se situent pas à un même niveau logique. La dogmatique ou la science du droit prennent le droit objectif pour objet. Elles se situent donc vis-à-vis de lui à un niveau supérieur, c'est-à-dire dans un méta-langage vis-à-vis du langage-objet qu'est le droit positif. Puisqu'elle porte sur le métalangage, la phrase qui précède se situe elle-même à un niveau supérieur, celui du métamétalangage, et ainsi de suite.

49. Si elle permet, sur le plan logique, de résoudre certains paradoxes(160), cette distinction conduit, du point de vue de la méthodologie juridique, à reconsidérer un certain nombre de démarches. En effet, les différents niveaux de langage sont, sur le plan des concepts qu'ils emploient, indépendants. Ainsi, les concepts du langage-objet n'ont pas à être repris en tant que tels dans le métalangage, sauf à confondre la science et son objet. Aussi ne peut-on souscrire au propos selon lequel « La doctrine elle aussi, a recours aux catégories. Or, sa position parmi les sources du droit lui confère un statut particulier en ce domaine. En effet, elle a un rôle d'observation, d'interprétation du droit positif. Cette dépendance à l'égard des sources matérielles - essentiellement à l'égard de la jurisprudence en droit administratif - qui est le fondement de son activité, se reflète dans les catégories que les auteurs utilisent. Par principe, elles sont subordonnées à la jurisprudence(161). »

En toute hypothèse, la doctrine est totalement libre de bâtir les catégories qu'elle souhaite afin de rendre compte de celles du droit positif(162). Quand bien même ces diverses catégories seraient nommées par le même terme(163), elles n'en demeureraient pas moins indépendantes sur le plan logique, puisque relevant de deux niveaux de langage hermétiques. La doctrine n'est jamais, sur le plan conceptuel, subordonnée au langage des acteurs du droit, sinon, sur un plan strictement utilitaire, par la volonté de rendre compte de manière intuitive de son objet.

(...)

51. Loin d'être totalement innocente et purement méthodologique, l'erreur de perspective consistant à ne pas distinguer le droit du discours sur le droit illustre la conception d'une doctrine trop passive et asservie au droit positif. Elle traduit, sur le plan méthodologique, l'un des aspects du positivisme idéologique(168), consistant à se subordonner, en l'occurrence au plan des cadres intellectuels, au droit positif pour cela seul qu'il est le droit positif. Or les notions du droit et les notions de la science du droit relevant de niveaux et de types de discours différents (prescriptif pour le droit, descriptif pour la science du droit), les critères à l'aune desquels elles sont appréciées ne peuvent être identiques. Ainsi que le note J.-J. Bienvenu, « les catégories du contentieux ont servi de

systématique au droit administratif. Cette situation, historiquement tout à fait explicable, reste intellectuellement une aberration et autorise tous les contresens. On ne peut en effet tirer de catégories à vocation fonctionnelle des conclusions à prétention scientifique(169). »

52. De ce point de vue, la distinction entre notions conceptuelles et notions fonctionnelles se trouve, à nouveau, au coeur de confusions importantes. Mouvantes et incertaines, les notions fonctionnelles relèvent du langage du droit. Elles restent stables ou fluctuent - *i.e.* des termes déterminés se voient attribuer des significations identiques ou changeantes(170) - notamment en raison de ce que l'on peut comprendre comme des stratégies de pouvoir des acteurs juridiques. Au contraire, les notions de la science du droit, que l'on peut comprendre comme des métanotions vis-à-vis des notions du langage-objet, doivent pour leur part se conformer à des exigences de rigueur, de précision et d'univocité.

Il serait en effet peu sérieux de prétendre tirer argument de l'incohérence de l'objet analysé pour justifier une grille de lecture elle-même incohérente. Aussi peut-on légitimement considérer que toutes les notions qui apparaissent dans le langage-objet sont fonctionnelles, tandis que toutes celles qui apparaissent dans le métalangage scientifique doivent être conceptuelles. Une métanotion scientifique qui serait fonctionnelle - dans un sens autre que celui, faible(171), selon lequel elle remplit des fonctions et présente une utilité d'un certain point de vue intéressé(172) - serait le paravent de la confusion, voire de la malhonnêteté intellectuelle.

53. Mais il apparaît à ce titre que la métanotion de notion fonctionnelle ne satisfait pas elle-même à l'exigence de rigueur imposée par la distinction des niveaux de langage.

Pour l'élimination d'un avatar du paradoxe de Russell

54. Au surplus, ce que l'on pouvait(173) considérer comme la métanotion de notion fonctionnelle s'avère elle-même à de nombreux égards revêtir l'allure d'une notion fonctionnelle. Dépourvue de contenu précis et, si l'on reprend les termes du Doyen Vedel, « vague », « contradictoire » et « sans unité »(174), elle recouvre les éléments les plus disparates(175). Son unité résulte de sa fonction : soulager l'angoisse des juristes en préservant l'illusion du platonisme et, surtout, constituer un pseudo-outil méthodologique dispensant du passage à une démarche proprement analytique et stratégique vis-à-vis des phénomènes juridiques.

Il apparaît donc possible d'affirmer que la métanotion de notion fonctionnelle est elle-même membre de la classe des notions fonctionnelles. Elle se trouve en conséquence enfermée dans le « paradoxe de Russell » concernant les classes membres d'elles-mêmes(176). Le paradoxe du menteur en est une illustration classique(177). Epiménide, un Crétois, dit que « les Crétois sont toujours menteurs ». S'il dit vrai, la phrase qu'il profère est un mensonge, de sorte qu'elle est fausse. Mais si la phrase qu'il prononce est un mensonge, alors la déclaration selon laquelle les Crétois sont menteurs est vraie. Il en résulte une difficulté insoluble, puisque si la phrase est vraie, alors elle est fausse, tandis que si elle est fausse, alors elle est vraie. Ce paradoxe repose sur le fait que la classe des phrases (fausses) prononcées par les Crétois inclut la phrase même par laquelle Epiménide le Crétois parle des phrases proférées par les Crétois. Sur le plan logique, il tient au fait que la classe est ainsi membre d'elle-même.

La théorie des types logiques, qui opère une distinction entre niveaux de discours (langage, métalangage, etc.), permet d'éviter ce type de paradoxe. En l'occurrence, elle fait de la phrase d'Epiménide un élément de métalangage portant sur un langage-objet composé de toutes les autres phrases proférées par les Crétois, chaque niveau de discours étant soumis à ses propres critères de vérité. Or cette théorie repose sur le principe selon lequel « tout ce qui implique la totalité d'une collection ne doit pas être l'un des membres de la collection(178). » Au regard des caractéristiques de la classe des notions fonctionnelles, la construction du Doyen Vedel se heurte précisément à cette exigence. Frappée *ab initio* d'un tel vice intrinsèque, il fallait dès le départ en finir avec la métanotion de notion fonctionnelle.

(1) Ce texte est issu d'une conférence prononcée, à l'invitation des professeurs Jean-Jacques Bienvenu, Norbert Foulquier et Benoît Plessix, lors de la soirée de la Salle de droit public du 27 mai 2009. Outre du débat qui a suivi, il a bénéficié des lectures critiques de Pierre Brunet, Pierre-Olivier Caille, Martin Collet, Arnaud Le Pillouer, Richard Moulin et Mikhaïl Xifaras.

Document 11 : A. Supiot, « Ontologie et déontologie de la doctrine », *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1421 (extraits) (pour rappel)

Cette fonction critique, nous dit-on, on ne pourrait l'exercer qu'en tant que citoyens et non pas en tant que juristes, car se prononcer sur le fond du droit relèverait « des convictions politiques et morales de chacun »⁴. Et ce ne sont pas seulement les juristes qui ne devraient pas avoir voix au chapitre, mais aussi les historiens, les anthropologues et les psychanalystes, toute parole savante devant être chassée du débat public pour laisser libre cours à la foire aux opinions privées.

Une telle position se situe consciemment ou non dans le droit fil de l'analyse économique du droit. Elle substitue en effet un « marché des idées »⁵, seul apte à juger de la valeur de ces dernières, à ce qui, depuis les Lumières, s'était affirmé comme un « espace public » de discussion rationnelle⁶. L'avantage, si l'on peut dire, est qu'on se trouve délié sur ce marché de la nécessité d'avoir à démontrer ce qu'on avance, puisque c'est l'efficacité de la parole, et non plus sa vérité, qui fait son prix. Dès lors, la liberté d'expression est conçue par certains juristes « comme une sorte de droit inaliénable à la folie »⁷, d'où découle logiquement le droit de dire et d'écrire n'importe quoi au nom de ses convictions et d'imputer à ses adversaires supposés des choses qu'ils n'ont jamais écrites pour les disqualifier plus aisément aux yeux des lecteurs⁸.

⁴ E. Millard, P. Brunet, S. Hennette-Vauchez et V. Champeil-Desplats, Mariage pour tous : juristes taisons-nous !, 20 mars 2013, www.raisonpublique.fr/article601.html

⁵ R. H. Coase, The market for goods and the market for ideas. The American Economic Review, 64 (1974) p. 384-391. Sur l'application de ce concept aux religions, V. L. Mayali (dir.), Le façonnage juridique du marché des religions aux Etats-Unis, Mille et une nuits, 2002.

⁶ J. Habermas, Strukturwandel der Öffentlichkeit, Hermann Luchterhand Verlag, 1962, trad. fr., L'espace public, Paris, Payot, 1978, 324 p.

⁷ O. Cayla et Y. Thomas, Du droit de ne pas naître, Paris, Gallimard, 2002, p. 65 s.

⁸ J'en ai fait l'amusante expérience lors de la célèbre affaire *Perruche*. Dans un article tout entier consacré à dénoncer les « antiperruchistes » (qui étaient pourtant fort nombreux), un collègue concentra ses critiques sur deux auteurs (P. Legendre et moi-même) qui n'avaient *pas écrit une ligne* sur cette affaire et sur un troisième qui, non seulement n'avait pas critiqué l'arrêt *Perruche*, mais l'avait défendu ! (D. de Béchillon, Porter atteinte aux catégories juridiques

On peut douter que de tels errements aient beaucoup d'avenir doctrinal.

Document 12 : A. Supiot, « Grandeur et petitesse des professeurs de droit », *Les Cahiers du Droit*, vol.42, n°3, sept.2001, pp. 595-614 (extraits)

Grandeur et petitesse des professeurs de droit*

S'interroger sur les rapports du droit et de la Justice est particulièrement bienvenu à une époque où l' *Efficiency* tend à supplanter la Justice comme critère d'évaluation du droit. Mais pareille interrogation soulève une question préjudicielle que l'Homme semble se poser depuis qu'il parle et pense, sans être jamais parvenu à y apporter une réponse définitive : celle de la définition du Juste. A cette question, sans doute insoluble et que je laisserai donc prudemment de côté, s'ajoute une difficulté de méthode propre à notre atelier. Celui-ci a pour objet de déterminer la contribution des universitaires à une orientation plus juste du droit depuis un siècle et demi¹. Or un juriste universitaire est sans doute le moins bien placé pour traiter de pareille question.

Le professeur de droit² est en effet enclin plus qu'un autre à l'autocélébration et à l'exaltation des vertus incomparables de sa corporation : "Le métier d'écrire sur le droit, écrira-t-il alors en parlant de lui-même, est un courage et pas une confortable

* Contribution au premier *Forum international des juristes francophones* : "Depuis un siècle et demi le développement du droit a-t-il permis un progrès de la Justice ?" (Québec, 6-8 octobre 1999), parue avec les Actes du colloque in *Les Cahiers du droit*, vol. 42, n°3, sept. 2001, pp. 59-71.

¹ La recherche en droit, qu'on la confonde ou non avec la "doctrine", a donné lieu ces dernières années à diverses réflexions; v. not. P.Bourdieu : "La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique" *Actes de la recherche en sc.soc.* 1986, n°64, pp.5-19; CURAPP *La doctrine juridique* ouv.coll. Paris, PUF, 1993, 287 p.; B. Stern (dir.) *Livre blanc des Assises Nationales de la Recherche Juridique* Paris, LGDJ, 1994; *Doctrine et recherche en droit*, in *Droits. Rev. fr. de th. jur.*, 1994, n°20, 275 p.; Comité national de la recherche scientifique *Rapport de conjoncture*, Paris, CNRS, 1996, pp. 543-552; Ph.Jestaz et Chr.Jamin: "L'entité doctrinale française", *Rec.Dalloz*, 1997, 167; L.Aynès, P.-Y.Gauthier et F.Terré : "Antithèse de l'entité" (à propos d'une opinion sur la doctrine", *Rec. Dalloz*, 1997, 229. CNRS, *La recherche en sciences juridiques*, Dossier in *Sciences de l'Homme et de la société* Lettre du département SHS du CNRS n°54, mai 1999.

² On entendra ici la notion de professeur de droit dans un sens fonctionnel, comme synonyme de juriste titulaire d'un poste à l'Université, et incluant donc les professeurs et les maîtres de conférence.

occupation sans risque. « L'arrétiste est juriste et comme tel participant au combat pour le droit ou même pour le juste... » (Carbonnier) Chercher à orienter, critiquer, analyser, ce n'est pas diriger, ni tenir la plume des puissants de ce monde (...) Qu'est-ce donc, en somme que la doctrine française ? Une « volonté généreuse de présence au monde, d'ouverture aux droits nouveaux et aux réalités sociales, tout à la fois appel du cœur, attrait du nouveau, curiosité du réel » (Cornu)³. Rien à redire à un portrait aussi flatteur, si ce n'est qu'il dépeint un idéal, peut-être une déontologie, et ne nous

fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse *Perruche*, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire, RTD civ. 2002. 47). Où l'on voit que sur le marché des idées, tous les coups sont permis et qu'il ne suffit pas de se taire pour échapper aux foudres de ceux qui traquent le délit d'opinion juridique.

dit rien en revanche du travail concret des universitaires.

Mais lorsque le juriste s'arrache à cette pente d'autosatisfaction, c'est bien souvent pour glisser sur celle de l'autoflagellation : se saisissant des verges que lui tend la sociologie⁴, il s'emploie alors à montrer que toute l'activité doctrinale se réduit en fin de compte à de sordides questions d'intérêts: "Est membre de la doctrine, écrira-t-il alors, celui qui est admis à intervenir dans le champ doctrinal, c'est à dire à participer à la lutte pour l'appropriation des profits spécifiques qui s'offrent dans ce champ (...) Ces profits sont à la fois matériels et symboliques. Matériels sous la forme des avantages qui s'attachent à la production des biens doctrinaux: droits d'auteur, possibilité de faire des consultations, participation aux activités d'enseignement et aux colloques; symboliques, avec la satisfaction de voir son opinion publiée, citée, reconnue par ses pairs, voire même consacrée par le législateur ou le juge"⁵. Rien à redire à cette analyse, si ce n'est qu'elle s'appliquerait aussi bien à n'importe quelle profession (par exemple aux producteurs de vins de bordeaux: "Est producteur de vin de bordeaux celui qui est admis à intervenir sur le marché de ces vins etc."), et qu'elle ne nous dit rien sur l'apport propre de chacune d'entre elles.

³ L.Aynès, P.-Y.Gauthier et F.Terré : "Antithèse de l'entité" (à propos d'une opinion sur la doctrine", *Rec. Dalloz*, 1997, cité p. 230. ⁴ cf.P.Bourdieu, *art. préc.* ; A.Bancaud : L'idéal juridique réalisé: les colloques de droit social *Droit Social* 1986, 711.

⁵ A.Bernard et Y.Poirmeur : "Doctrinisme civiliste et production normative", in *La doctrine juridique*, ouv. coll. préc. p. 127 s., cité p.129.

On ne peut guère sortir de ce piège qu'en s'efforçant de peindre aussi bien les lumières que les ombres de la figure du juriste universitaire: à la fois Dr. Jekyll et Mister Hide. Ce tableau une fois peint, avec son Ciel et son Enfer, il sera possible d'y situer les juristes sur Terre que nous sommes, en esquisant quelques-uns des mouvements qui ont marqué notre profession depuis le XIXème siècle.

I - Le juriste entre Ciel et Enfer

En première approche, la recherche en droit ne diffère pas sensiblement des autres activités de recherche. Il s'agit toujours de colliger, de décrire, d'ordonner, d'interpréter et d'expliquer rationnellement des données empiriques. La singularité vient de la nature de ces données, qui sont des règles et des jugements fixés dans des écrits. Ces données ne constituent pas une collection de choses inertes mais bien plutôt, comme le suggère l'image des "sources" du droit, un flux vivant, désordonné et ininterrompu de Textes faisant autorité. Le droit est fait de milliards de prescriptions et de proscriptions, qui varient dans le temps et dans l'espace. Ces textes relèvent du domaine du devoir-être et non pas de l'être (ce qui interdit de voir dans le droit une "science sociale", car son objet n'est pas de dévoiler une vérité enfouie dans les faits, mais d'interpréter des normes).

Ceci conduit à relativiser l'opposition habituellement établie entre deux aspects du travail de recherche : l'un saisissant le droit de l'intérieur pour procéder à sa mise en ordre, et l'autre le saisissant de l'extérieur pour procéder à sa mise en perspective (historique, sociologique, économique, philosophique etc.)⁶. Ces deux démarches sont indissociables dans le cas du chercheur, qui ne peut prétendre faire la théorie du droit sans commencer par le décrire et qui ne peut à l'inverse proposer des mises en ordre doctrinales sans référer les

⁶ cf. en ce sens A.Jeammaud : "Une typologie des activités savantes prenant le droit pour objet", in *Sciences de l'Homme et de la société* Lettre du département SHS du CNRS n°54 préc., p.10.

textes à leur contexte. Une recherche digne de ce nom ne peut donc se passer davantage de la technique que de la théorie, et c'est ce qui la distingue de l'activité praticienne.

Comment les universitaires s'acquittent-ils en pratique de la tâche ainsi décrite ? Bien ou mal, c'est selon... Au Ciel des idées œuvre le juriste tel qu'on le rêve. C'est un artiste de la justice qui se joue des complications que le développement du droit moderne apporte à sa tâche. En Enfer conspire le juriste tel qu'on se le cache. C'est un valet qui toujours s'emploie à mettre le développement du droit au service du plus fort.

A) Le juriste idéal ou l'artiste de la Justice⁷

Le droit est un art, et non pas une science. La formule a été répétée à satiété depuis le Digeste : "Jus est ars boni et æqui". Elle tire sa force de la richesse sémantique du latin *ars*, qui réunit des idées essentielles toutes liées à l'activité humaine tendue vers un ordre, ordre qui peut être aussi bien dicté par les dieux que par les lois logiques⁸. Dire que le droit est un art est une manière de situer l'activité du juriste dans un champ sémantique très riche, où l'on trouve les notions de bras et d'arme (*armus*), d'articulation (et d'article), de nombre (*ari-thmos*), de rite (*ritus*) de technique (c'est l'équivalent du grec *techné*), de métier (*artifex*), de fiction et de ruse (*artificium*). Ainsi situé à la frontière entre le monde des faits et le monde des valeurs, l'art particulier du juriste se déploie sur deux plans : c'est à la fois un art du procès et un art des limites.

(...)

Il lui faut d'abord connaître le droit en général, ce qui implique de ne se laisser jamais enfermer dans les spécialités qu'il maîtrise. La spécialisation devient une déformation professionnelle⁹ dès lors qu'elle conduit à perdre conscience de l'arbitraire et de la relativité du découpage du droit en branches. Les auteurs les plus féconds sont ceux qui gardent toujours à l'esprit l'idée de l'unité foncière du droit (comme "océan de Textes") et cultivent les hybrides qui poussent au croisement des branches du droit. Ceci a été singulièrement vrai des hybrides de droit privé et de droit public, dont le foisonnement et la fécondité ont marqué le meilleur de l'évolution du droit français de ce siècle (avec par exemple l'invention des services publics industriels et commerciaux ou l'institution d'une sécurité sociale ni étatisée ni privatisée).

Il lui faut aussi connaître les hommes et les choses dont le droit procède, ce qui implique une grande attention à l'histoire, aux mœurs, à la psychologie ou l'économie. Si les œuvres de Montesquieu ou de Portalis restent des modèles pour la pensée juridique c'est parce qu'ils ont excellé dans l'art de rapporter les Textes à leur contexte. A l'instar d'un Luther écrivant qu'un juriste qui est seulement juriste est une pauvre chose, ils n'avaient pas besoin du mot "interdisciplinarité" pour savoir que la pensée juridique doit tenir tous les fils de l'expérience humaine. Ce qui suppose une attention non seulement aux "sciences sociales" mais aussi au monde des fictions, aux arts, aux religions et aux croyances. Car le droit est partie prenante de ce monde de fictions, et en transporte les effets au cœur même de la rationalité par le calcul, qui marque notre temps (l'économie n'a jamais reposé à ce point sur des fictions juridiques, telles que la personne morale, ou la propriété -translative- du crédit, c'est à dire la propriété d'une croyance).

⁹ cf. É. Giraud : "Les déformations professionnelles des professeurs de droit", in *Mélanges Séséradès*, Athènes, École sup. de sc. po., Klissiounis, 1961, p. 267 s.

(...)

b) Ce doute méthodique n'est pas une fin en soi et doit nécessairement déboucher sur une solution. Trancher est l'autre face de l'art du procès. Pour le juriste, l'organisation méthodique du doute, l'expression des contradictions est toujours tendue vers leur résolution. Le doute persistant interdit au scientifique de trancher. Au contraire il ne saurait y avoir pour le juriste de problème sans solution. La Loi à laquelle il se réfère étant censé avoir réponse à tout¹², il ne peut trahir cette fiction sauf à cesser d'être juriste. Car trancher ce n'est pas dire le Vrai, mais régler le cas par référence à ce qui transcende le cas, c'est-à-dire fonder l'autorité de sa réponse sur celle d'une norme à laquelle on se réfère. C'est de cette manière que l'opinion du juriste universitaire se distingue des opinions ordinaires¹³ et qu'elle est susceptible de faire Autorité.

Contrairement à l'image qu'en donne l'allégorie du glaive et de la balance, le juriste ne tranche pas avec un couteau, mais avec des

¹² Cette fiction de la complétude de la loi est commune à toutes les cultures juridiques. V. son expression française in *C. civ.* art. 4.

¹³ Sur l'équation "doctrine = *auctoritas*", v. A. Sériaux : "La notion de doctrine juridique" *Droits*, 1994, n° 20 préc., p. 65 s.

mots et la maîtrise du langage n'est pas la moindre part de l'art du procès. Car du tranchant des formules dépend la claire attribution des droits et des devoirs. Comme le rappelle l'étymologie du mot ¹⁴~~14~~^{SEP} *regula*, régler c'est d'abord définir. Le juriste (idéal!) ne s'accommode donc pas des notions floues qui prospèrent dans les sciences sociales et dans le vocabulaire politique, ou plus exactement, il se charge de leur donner du tranchant en leur faisant produire des effets normatifs précis. Paradoxalement cet impératif de précision prémunit le juriste contre la tentation du tout-anglais qui accompagne l'idéologie de la mondialisation. Le droit et les institutions ne peuvent être compris que dans le lien intime qu'ils entretiennent avec leurs formulations linguistiques. Il s'agit de faits de culture dont l'intelligence est inséparable d'un système de représentations dont chaque élément ne prend son plein sens que relativement à tous les autres. Seul un bien mauvais juriste pourrait imaginer par exemple que le mot anglais *right* puisse être traduit sans reste par le français *droit*, l'allemand *Recht* ou l'italien *diritto*. Là où en allemand "avoir droit" et "avoir raison", c'est tout un (*Recht haben*), l'anglais situe le droit dans le domaine de l'avoir (*to have a right*) et la raison dans celui de l'être (*to be right*) tandis que le français se garde de confondre jamais le droit et la raison... En revanche le français comme l'allemand mêlent sous un même vocable droit objectif et droit subjectif, que l'anglais distingue clairement (*Law* et *right*). Chaque mot du droit ouvre ainsi d'inépuisables perspectives sur ce qui distingue et ce qui rapproche nos manières de penser, et ce serait sans doute le dernier service que pourraient rendre les juristes francophones que de montrer l'aveuglement institutionnel auquel nous condamnerait un uniformisme linguistique, quel qu'il soit.

2) *L'art des limites* est l'autre face du savoir-faire du juriste tel qu'on le rêve. Il sait qu'on ne peut lier ce que l'on n'a pas d'abord séparé,

¹⁴ cf. G. Alpa *I principi generali*, in G. Iudica et P. Zatti (dir.) *Trattato di diritto privato*, Milan Giuffrè, 1993, p. 58 s.,

qui rappelle que *regula* et *definitio* valaient comme synonymes en droit romain.

qu'il faut partager pour réunir et qu'il n'y a pas de concorde sans une juste attribution de ce qui revient à chacun.

(...)

Le professeur

de droit idéal est un gardien vigilant de cette fiction juridique fondatrice [qu'est le sujet de droit], dont il connaît la nécessité anthropologique. Il résiste à la tentation qu'éprouve l'Occident quantificateur de traiter l'homme comme une simple unité de compte. Il s'oppose à toutes les dérives scientistes (hier le racisme ou le communisme, aujourd'hui l'économisme ou le biologisme) qui réduisent les personnes à l'état des choses.

L'art des limites suppose ensuite de reconnaître les limites du droit lui-même.

(...)

Le bon juriste sait devoir naviguer entre ces deux écueils du "trop de droit" et du "pas assez de droit". Il ne se laisse donc pas davantage impressionner par les tenants du "il n'y a qu'à déréglementer" que par ceux du "il n'y a qu'à réglementer", car il sait que l'hypernomie comme l'anomie sont également de nature à empêcher le droit de remplir la fonction qui est la sienne et aboutissent l'une comme l'autre à assurer en fin de compte la loi du plus fort.

B) Le juriste infernal ou le valet du plus fort

La face noire du juriste est celle d'un être ignorant, soumis et vénal.

1) L'ignorance chez le juriste (qui va souvent de pair avec l'arrogance) peut prendre deux visages, selon qu'elle est le fruit d'une spécialité trop étroite ou au contraire d'une théorie sans objet concret.

2) La soumission elle aussi a deux visages.

Il y a d'un côté la soumission partisane, ancienne celle-là, qui conduit l'universitaire à se muer en propagandiste zélé, ce qui ne serait pas blâmable si il ne drapait l'arbitraire de ses opinions dans l'autorité du droit. Le professeur va alors asséner ses opinions politiques sous couleur de prodiguer des leçons de droit, que ce soit dans ses cours, dans les revues juridiques ou dans la grande presse. Confondant enseignement et endoctrinement le professeur de droit se figurera alors qu'il est fidèle à la figure, si révéérée en France, de l'intellectuel engagé, alors qu'il relève plutôt de la catégorie des petits prophètes²³ stipendiés par le Gouvernement que raillait déjà Max Weber. Volant au secours des causes les mieux établies (généralement la défense d'une vision conservatrice de la loi, de l'ordre et de la^[1] morale²⁴), il croit s'engager. Mais l'engagement (au sens fort, i.e. juridique de ce mot), implique une prise de distance avec soi-même, une libre prise de risque, qui ne se retrouve nullement dans ces déclarations bien-pensantes, aussi tonitruantes soient-elles. Navrant est le spectacle de ces petits Vichinsky, de droite ou de

²³ M.Weber *Le savant et le politique* trad.fr. Paris, Plon, 1959, éd. UGE 10/18 1963, p. 92.

²⁴ Sur ce conservatisme, v. É.Giraud: "Les déformations professionnelles des professeurs de droit", *art. préc.* , p.281.

gauche, qui, s'identifiant à la *Grundnorm*, fulminent ainsi leurs certitudes nourries de conformisme intellectuel. Il ne faut pas cependant jeter ici spécialement la pierre aux professeurs de droit. La tentation de s'exprimer au nom de la science sur tous les sujets de société procède de la demande d'expertise dans l'espace public, et les spécialistes des sciences de la nature et des sciences sociales sont encore plus nombreux à y succomber que les juristes universitaires.

Il y a, plus nouvelle, et sans doute plus perverse, la soumission induite par le positivisme qui règne dans nos facultés depuis le XIXème siècle. Au nom de la neutralité de la science, le juriste mettra alors son intelligence au service de l'interprétation et de la systématisation de n'importe quel texte, aussi ignominieux soit-il. L'expérience française de la doctrine sous Vichy est ici particulièrement éclairante.

(...)

3) La vénalité advient quand l'autorité du juriste universitaire est à vendre²⁷.

La dérive des pratiques de consultation va dans ce sens. Au lieu de donner une opinion indépendante sur de rares affaires de principe, le professeur se mue en scribe stipendié par des groupes d'intérêts, et vend au plus offrant l'autorité (déclinante) attachée à sa fonction universitaire.

Le fait nouveau n'est pas que des professeurs de droit exercent une activité de consultant, mais qu'il soient désormais si nombreux à le faire²⁸, si jeunes et sur une si grande échelle . Cette évolution est liée aux transformations socio-économiques qui marquent la corporation. Comme les magistrats, avec lesquels ils avaient du reste de nombreux liens familiaux, les professeurs de droit appartenaient jusqu'au tournant des années soixante aux franges aisées de la bourgeoisie. Et comme les magistrats, ils tiraient de cette aisance bourgeoise à la fois de solides opinions conservatrices et les moyens d'une certaine indépendance intellectuelle. La démocratisation de l'enseignement supérieur a entraîné une augmentation vertigineuse du nombre de juristes universitaires dont beaucoup sont désormais issus des classes moyennes et n'ont de revenus que professionnels. La corporation dès lors a tendance à se scinder entre d'une part un peuple de moyens fonctionnaires, culturellement et sociologiquement happés par le monde de l'Education Nationale et d'autre part la frange de ceux qui font l'avocat pour se hisser ou se maintenir dans les rangs de la bourgeoisie d'affaires. La qualité de professeur sert

²⁶ v. not. en France les travaux de M.Delmas-Marty *Pour une droit commun*, Paris, Seuil, 1994; et *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998.

²⁷ cf.M.Gobert : "Le temps de penser de la doctrine", in *Droits*, n°20 préc., p. 97 s..

²⁸ Les statistiques fiables ne sont évidemment pas disponibles sur ce sujet sensible.

alors de sésame pour accéder au marché de la consultation ou renforcer sa position sur ce marché. Cette évolution a été tolérée par les Gouvernements successifs qui y trouvent un moyen commode de n'avoir pas à tenir compte des prix du marché du travail dans la fixation des rémunérations des professeurs de droit.

Cette prolifération des professeurs-avocats n'est évidemment pas sans incidence sur la nature de la production doctrinale. Cette dernière vaut comme autorité, c'est à dire comme référence légitime sur laquelle tous peuvent s'appuyer. Une consultation doctrinale n'a d'autorité que si l'opinion émise par le professeur l'est en toute indépendance et non dans le souci de défendre les intérêts particuliers de celui qui le paie. Cette déontologie élémentaire est en recul et il semble bien que l'opinion de beaucoup soit désormais à vendre. Le comble est atteint lorsque le professeur qui a consulté dans une affaire publique ensuite la même opinion sous la forme d'un article "scientifique", n'hésitant pas à fustiger au passage les juges qui ont eu le mauvais goût de ne pas donner raison à leur client. Il devient dès lors impossible de distinguer dans une revue juridique quelles sont les analyses indépendantes et lesquelles ont été payées²⁹ par tel ou tel groupe d'intérêts. On ne peut dans un tel contexte que partager l'inquiétude récemment exprimée par Mme Gobert: "Lorsque la toute petite minorité tend à devenir la majorité, lorsque l'agrégation n'a plus pour seule vertu que d'avoir un titre à monnayer, lorsque l'universitaire brade ainsi son indépendance, lorsque le temps libre n'est plus consacré qu'aux clients, alors on est en droit de s'inquiéter de l'avenir de ce que l'on a l'habitude d'appeler la doctrine"³⁰.

Pas plus en droit qu'ailleurs, l'enseignement et la recherche ne gagnent à être coupés de la pratique. Le problème n'est donc pas de proscrire le cumul d'une fonction universitaire avec une activité de consultant, mais de l'encadrer juridiquement. Une première limite à ce type de cumul découle du principe constitutionnel d'indépendance

²⁹ cf. T.Grumbach: "Doctrines et déontologie" *Droit Social* 1999, 323 ³⁰ M.Gobert, *art. préc.* p.101.

³¹ des professeurs d'université, dont on devrait déduire l'incompatibilité avec une situation de dépendance économique à l'égard d'un tiers; cette question se pose avec une particulière acuité concernant le régime des publications scientifiques inspirées par l'activité de consultation. Une seconde limite procède du fait que l'exercice à titre professionnel d'une activité de consultant n'est évidemment pas compatible avec l'exercice d'une fonction universitaire à temps plein et devrait donc donner lieu à un passage à temps partiel.

II - Les juristes sur Terre

Entre ces deux figures idéales-typiques du Juriste, se trouve le monde des juristes concrets que nous sommes. Ce monde est profondément hétérogène. Mais on peut cependant y déceler des tendances générales qui dessinent son devenir possible.

A) Les juristes en miettes

Le monde des juristes est éclaté par la diversité des cultures, des savoirs et des pratiques professionnelles.

1) La diversité des cultures est aussi ancienne que l'histoire elle-même si l'on se place à l'échelle mondiale. Mais il n'en va pas de même à l'échelle de l'Occident. Le droit romain (antique et médiéval) et le droit canonique ont été portés par l'idée d'un *ius commune* susceptible de transcender les particularités locales. C'est sur cette idée qu'ont été fondées les premières universités dans l'Italie du Nord à la fin du XII^{ème} siècle. Les étudiants s'y regroupaient en "nations", mais c'était bien pour suivre un enseignement commun. L'invention et l'essor de l'État-Nation ont ruiné cette aspiration à un droit universel et donné le jour à des cultures juridiques

nationales qui ont

³¹ C.consti. Déc.83-165 du 20 janv. 1984, *Rec.* p.30. v. déjà sur ce point "Sur l'ouverture de l'Université" in *Convergences*, Études offertes à Marcel David, Quimper, Calligrammes, 1991, 417 s.

profondément marqué l'histoire de ces deux derniers siècles et ont conduit à l'éclatement de la communauté des juristes.

Les deux derniers siècles ont ainsi été marqués par un très fort repliement national des cultures juridiques et des milieux juridiques universitaires. La prétention à l'universalisme du modèle juridique issu du code Napoléon a dû très tôt en rabattre devant d'imposants concurrents. Concurrence de la *common law* dont l'influence s'est étendue au fur et à mesure de l'extension des Empires britannique puis américain. Et concurrence d'un droit allemand nourri d'érudition historique et rebelle à l'individualisme français. L'histoire du droit japonais moderne, qui s'est alimenté successivement à des sources françaises, allemandes et finalement américaines, montre ce qu'ont pu signifier ces luttes d'influence, dont l'issue a toujours dépendu en dernière instance de l'évolution des rapports de forces économiques et militaires. En fin de compte ce sont les universitaires des "petits" pays qui, ne pouvant se croire au centre du monde, ont sans doute fait le plus pour maintenir l'aspiration à l'universalité du droit qui caractérisait les médiévaux. Hommage soit donc rendu sur ce point aux enfants de Grotius !

Ainsi identifiés à un système national ou un autre, les professeurs de droit ont vu leur influence varier considérablement selon le prestige³² que leur pays accordait à la formation juridique universitaire. Influence maximale en Allemagne, où le "socialisme de la chaire" a produit les cadres conceptuels de la modernité. Influence minimale en Angleterre, où les premières facultés de droit sont apparues seulement après la seconde guerre mondiale et où les professeurs n'ont jamais acquis un prestige comparable à celui des juges. La situation française s'inscrit entre ces deux extrêmes, l'influence des professeurs de droit étant réelle, mais s'exerçant presque

³² cf. B.Bercusson, U.Mückenberger et A.Supiot *Diversité culturelle et droit du travail en Europe*, Rapp. de recherches pour le Ministère du travail et de l'Emploi, Paris, 1992, dactyl. , 399 p.

exclusivement sur les milieux judiciaires, et rien ne transparaît ou³³ presque de leur travail hors de ce microcosme professionnel.

2) La diversité des savoirs a suivi une histoire parallèle.

(...)

Le fossé qui sépare notamment dans nos facultés le droit public du droit privé conduit à une hémiplegie de la pensée juridique française et la rend impuissante à saisir aussi bien les formes institutionnelles de la "globalisation" (le droit communautaire ou le droit du commerce international ignorent cette distinction) que les transformations du droit français lui-même (qui se nourrit d'hybrides de droit public et de droit privé ainsi que Charles Eisenmann en a fait depuis longtemps la remarque). Apparues comme instruments heuristiques d'intelligibilité du droit, les branches et sous-branches sont ainsi devenues des bastions protecteurs de droits universitaires

acquis.

(...)

3) La diversité des pratiques professionnelles est un dernier facteur d'éclatement du monde des juristes universitaires. Elle a été accrue par la démocratisation de l'université qui a entraîné un accroissement considérable du nombre des professeurs et une diversification corrélative de leur métier. Ce métier recouvre au moins cinq fonctions que tout universitaire est appelé à exercer à des degrés divers: l'enseignement; la recherche, l'examen et la certification des connaissances des étudiants; l'administration; l'évaluation des recherches d'autrui. A ces cinq fonctions de base peuvent s'ajouter la "valorisation" de la recherche et la consultance ou l'expertise pour le compte d'institutions publiques ou privées. L'équilibre entre ces diverses activités varie selon les chercheurs; il varie aussi dans le temps. Il est en réalité impossible d'exercer correctement ces diverses fonctions de façon simultanée, si bien que derrière la fiction juridique de l'unité du corps des professeurs de droit, on trouve les visages les plus divers. Il n'y a pas grand chose de commun entre le professeur-avocat, qui se voue d'abord à

l'accroissement de sa fortune et consacre un minimum de temps à ses cours, le professeur-chercheur ayant acquis dans sa spécialité une forte réputation, qui publie abondamment et participe à de nombreux colloques et séminaires, le professeur-administrateur englouti par la gestion de sa faculté ou de son université, le professeur-enseignant- non-chercheur qui a renoncé à publier et multiplie les enseignements complémentaires, etc.

L'enseignement est le seul trait commun de ce monde hétérogène, car à la différence des autres disciplines, le poids des chercheurs à temps plein est négligeable dans le secteur juridique. Et c'est au travers de cet enseignement que les professeurs de droit exercent sans doute la part la plus importante et la plus précieuse de leur influence. De ce point de vue leur audience n'a cessé de s'élargir au fur et à mesure de l'ouverture des facultés de droit à des catégories sociales nouvelles, qui accèdent à une culture juridique jadis réservée aux enfants des classes favorisées.

B) Les juristes en devenir

Ce monde éclaté des juristes est cependant parcouru par des forces communes, qui permettent d'organiser la réflexion sur son avenir. On en retiendra deux ici : l'idéologie de la régulation et l'ambivalence de l'internationalisation.

1) L'idéologie de la régulation

Cette idéologie est un sous-produit du positivisme et du scientisme hérités du XIX^{ème} siècle. Elle postule que le droit n'est qu'une forme de régulation parmi d'autres, qui doit être mise au service des lois révélées par la Science (biologie, sociologie, économie, etc.). Elle invite plus que jamais les juristes à ne pas penser la question des fondements du droit, qui est renvoyée à d'autres experts (ex. Comités d'éthique).

Comme l'ont montré les travaux de Pierre Legendre, cette idéologie est un produit de l'histoire médiévale. L'Église s'est alors appropriée le droit romain qu'elle a fini de nettoyer de toute dimension³⁸_[SEP]religieuse. De là est née notre division entre le droit et la théologie. Cette division, inconnue des autres civilisations du Livre, a permis à l'Occident de penser le droit comme une pure

technique. Depuis le XIX^{ème} siècle les sciences ont pris le relais de la théologie comme discours fondateur des lois humaines. Les lois de l'histoire, de la société, de l'économie ou de la biologie ont été et continuent d'être invoqués à cet effet. On tend à confondre le normal (la norme statistiquement observée) et le légal (la règle juridiquement prescrite)³⁹ et à concevoir le droit comme le simple instrument des normes révélées par la Science. Là où au XIX^{ème} siècle encore on s'employait à fonder sur l'idée de droit naturel les prescriptions du droit des contrats, on affirme aujourd'hui qu'elles sont la simple projection juridique des lois de l'économie⁴⁰.

Déshabitués de penser la question des fondements du droit, les juristes universitaires (surtout les meilleurs d'entre eux, les plus attentifs à la mise en contexte des Textes) sont tout prêts à s'abandonner à l'idéologie de la régulation, sous quelque forme qu'elle se présente : hier *Law and Society*, aujourd'hui *Law and Economics*, demain peut être *Law and Genetics*... Pas plus qu'il ne doit les ignorer, le juriste universitaire ne devrait pourtant se faire ainsi l'instrument docile des normes véhiculées au nom de la Science. Car l'Homme ne peut acquérir de connaissance scientifique de lui-même qu'à la condition de s'appréhender comme objet extérieur à soi. C'est à dire à la condition de renoncer à saisir cette part de lui-même qui ne se laisse pas objectiver et qui lui donne sa qualité de sujet. La connaissance scientifique de l'Homme ne peut donc jamais s'effectuer sans reste, et c'est ce reste qui est l'objet propre du travail du juriste.

³⁸ Sur cette "décoloration religieuse du droit romain", v. P.Legendre : *Les enfants du Texte. Étude sur la fonction parentale des États*, Paris, Fayard, 1992, p.254 s.

³⁹ cf.P.Canghilhem *Le normal et le pathologique*, Paris, PUF, 3^o éd. 1975, spéc. p.180 s.

⁴⁰ cf. A.T.Kronman & R.A.Posner *The Economics of Contract Law*, Little, Brown & Cie, Boston- Toronto, 1979, v. pp.2-3, et plus généralement les thèses du courant *Law and Economics*, not. R.A. Posner *Economic Analysis of Law* 1^{ère} éd.1972, 5^{ème} éd., Aspen Law & Business, 1998; R.Cooter & Th. Ulen *Law and Economics* , Scott, Foresman & Cie, Glenview-Illinois, 1988, 2^o éd. 1996.

L'institution de l'homme comme sujet libre et responsable ne relève pas en effet de la science, mais de constructions symboliques dont le droit est une pièce essentielle⁴¹.

2) L'ambivalence de l'internationalisation

L'ouverture des frontières est le produit du progrès technique et du développement du commerce international. Elle remet en cause l'enfermement des juristes dans leur culture juridique nationale, ainsi que le montre l'essor du droit communautaire européen. S'y retrouve posée la question d'un *ius commune*, mise en sommeil depuis le XVIII^{ème} siècle . La construction européenne a donné lieu durant les vingt dernières années à une grande effervescence intellectuelle chez les juristes universitaires, qu'elle a obligés à sortir de leur réserve nationale et à remettre en question leurs habitudes de pensée. Le droit communautaire se nourrit en effet des droits des 43^[1] pays membres, dont il opère des synthèses originales . Sa référence première était le droit de la concurrence, mais l'histoire a montré combien était illusoire le projet d'une libre concurrence internationale à législation nationale inchangée. Le marché n'est pas un objet naturel qui se retrouverait à l'identique dans tous les pays du monde; c'est toujours le produit singulier d'une ensemble complexe d'institutions monétaires et commerciales, mais aussi sociales, fiscales, pénales, administratives, politiques etc. Si bien que la dynamique du Marché commun finit par entraîner tout sur son passage, et qu'il n'y a guère aujourd'hui de branches du droit qui puisse en ignorer complètement les effets.

Des pans entiers des droits nationaux s'en trouvent ébranlés, tandis que la demande d'expertise juridique ne cesse de croître au fur et à mesure des progrès de l'intégration européenne. De nombreuses leçons pourraient

⁴¹ cf. les remarques de P.Legendre sur "la fonction structurale du juriste", in *Sur la question dogmatique en Occident*, op. préc. p.193 s.⁴² v. B. De Witte & C. Forder (eds) *The common law of Europe and the future legal education*, Deventer, Kluwer, 1992, 764 p.

⁴³ v. dans le cas du droit du travail B.Bercusson : "Le concept de droit du travail européen", in *Le travail en perspectives*, ouv. coll. Paris, LGDJ, 1998, p.603 s.

être utilement tirées de cette expérience, qui montre à la fois la force et les limites d'une internationalisation portée par le libre échange.

Mais cette internationalisation bien réelle s'accompagne d'un retour à des revendications identitaires fondées sur une appartenance territoriale, ethnique ou religieuse. Les Etats ont de plus en plus de mal à jouer leur rôle de clé de voûte institutionnelle. Cela est évident dans les pays où ils sont une greffe récente du modèle occidental. Que reste-t-il de l'Etat dans un pays d'Afrique soumis d'un côté aux plans d'ajustement structureaux imposés par les organismes financiers internationaux et de l'autre aux stratégies de survie qui s'expriment dans le secteur économique informel ? Mais cela est vrai aussi dans les pays occidentaux eux-mêmes où la foi dans les vertus de l'Etat Providence décline au fur et à mesure que progressent d'un côté l'internationalisation et de l'autre la régionalisation. Cet affaiblissement plus ou moins prononcé de la figure totémique de l'Etat ouvre la voie à la concurrence d'autres Références fondatrices, avec tous les enjeux de violence et de meurtre que cette concurrence implique. Il suffit de passer en revue les pays du bassin méditerranéen pour comprendre ce que cela signifie : de la violence anomique des banlieues déshéritées des grandes villes françaises, en passant par le terrorisme basque, corse, kurde ou islamique, le bain de sang algérien, le conflit palestinien-israélien et l'assassinat d'Iztaq Rabin, les guerres civiles yougoslaves, la solidarité orthodoxe face à l'Occident, etc., c'est partout à des guerres de Textes qu'on a affaire : Référence contre Référence, l'arme à la main. Faute de le comprendre, les idéologues de la mondialisation, comme hier les tenants de l'internationalisme prolétarien, mettent ces conflits sanglants sur le compte de pulsions archaïques qui ne sauraient entraver durablement la marche de l'humanité vers l'avenir radieux que dessinaient les lois de l'histoire ou de l'économie. Mais l'Homme ne peut pas plus être réduit à la maximisation rationnelle des utilités qu'à une identité de classe, et c'est d'abord le rôle des juristes d'essayer de comprendre pourquoi des hommes sont prêts à tuer et à mourir au nom de ce qui les fonde à vivre.

⁴⁴ cf. E.-H.Kantorowicz *Mourir pour la patrie*, trad.fr. par L.Mayali et A.Schütz, Paris, PUF, 1984, 141 p.; add. B.Johansen : "Vérité et torture: ius commune et droit musulman entre le X^e et le XIII^e siècle", in F.Héritier (dir) *De la violence*, Paris, A.Jacob, 1996.

⁴⁵ Auguste Comte *Du pouvoir spirituel*. Paris, Le livre de poche, 1978

On ne peut pas comprendre grand chose en effet aux conflits qui déchirent les hommes entre eux si on perd de vue que "le dogmatisme est l'état normal de l'intelligence humaine"⁴⁵. Même s'ils adhèrent à l'idéologie de la régulation et demeurent aveugles à l'ambivalence de l'internationalisation, les juristes sont confrontés aux impératifs de la dogmatique, c'est à dire au rôle instituant joué par le droit dans l'identification des hommes et des sociétés. Le droit, sauf à

cesser d'être le droit, remplit une fonction anthropologique: il sert à instituer l'homme en tant que personne. Que les juristes universitaires en soient ou non conscients, leur travail ne peut échapper à cet impératif.

Document 13 : H. Croze, « Pourquoi les facultés de droit devront sortir de l'Université », *JCP*, édition générale, 2011, 880, p. 1463

« C'est que le droit est porteur de valeurs. Il a une dimension morale dont on ne peut faire l'économie, c'est pourquoi il ne peut jamais être une discipline servante et que dans les écoles de commerce on peut bien enseigner du droit, on n'y enseignera jamais le droit. »

Partie V : retour sur le débat

Document 14 : Ch. Jamin, M. Xifaras, « De la vocation des facultés de droit (françaises) de notre temps pour la science et l'enseignement », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2014, n°1, vol. 72, pp. 107-140 (les grasses sont de nous)

p. 113 :

« Le droit devrait s'enseigner comme la **formidable boîte à outils** pour la **compréhension** du monde tel qu'il est. »

p. 114 :

Mais ce dont meurent aujourd'hui bien des facultés de droit et les étudiants qui les fréquentent, c'est de l'hégémonie de la technique et de l'agonie du reste.

Et c'est aussi de la manière dont la technique est enseignée. Depuis que les juristes ne croient plus dans la vérité de leurs concepts (muables ou immuables), soit depuis à peu près un siècle, la technique est devenue le seul critère qui permette d'évaluer la qualité d'un raisonnement juridique. Et c'est aussi de la manière dont la technique est enseignée. Depuis que les juristes ne croient plus dans la vérité de leurs concepts (muables ou immuables), soit depuis à peu près un siècle, **la technique est devenue le seul critère qui permette d'évaluer la qualité d'un raisonnement juridique**. Que l'on confonde Leibniz et Spinoza dans un article de doctrine importe peu, mais que l'on oublie un arrêt important du Conseil d'Etat sur le sujet est dirimant. Comme si les faits techniques étaient assez évidents par eux-mêmes pour être indiscutables (songeons à l'erreur manifeste d'appréciation). Comme si les raisonnements techniques étaient assez déterminés pour être certains (songeons à l'opération de déduction des règles applicables au cas à partir de la « nature juridique » de l'institution engagée par ce cas). Comme si les distinctions et catégories techniques étaient assez précises pour être univoques (songeons à la distinction des droits personnels et réels, ou à la notion d'invention). Et comme si toutes ces assertions n'étaient pas précisément là pour masquer les qualifications opportunes et leurs limites, la réversibilité des arguments, les bifurcations logiques, les glissements de sens subreptices et les diverses manières de

rendre tout cela acceptable à un auditoire attentif. Nous le savons d'ailleurs fort bien, nous autres juristes, puisque lorsque nous avons l'occasion de pratiquer le droit dans la vraie vie, tous nos efforts tendent précisément à faire triompher la qualification qui nous paraît opportune, à retourner les arguments de la partie adverse, à refuser des divisions trop subtiles si elles nous nuisent et à en introduire si elles nous servent. Bref, la technique est pleine de tout ce qui s'opère dans la « boîte noire » du droit, pour reprendre l'expression de Bruno Latour à propos de la production de vérités scientifiques, tout ce qui fait à proprement parler l'art du juriste, son arsenal, ses tours de main. C'est cela qu'il importe à nos étudiants de connaître. Enseigner le droit comme une vérité technique établie, c'est masquer ce que pensent et font concrètement les juristes, l'art de fabriquer, dans chaque situation, des protocoles de certification précaires et discutables, qui seront tout de même, peut être, assez convaincants pour produire les effets qu'on attend d'eux. Il est vrai qu'il n'y a pas grand chose de neutre et d'évident dans tout cela, en tout cas pas de quoi fonder la vérité du droit. C'est pourquoi on apprend bien mieux la technique juridique quand on n'en est pas la dupe. C'est sans doute ce que voulait dire le président Wickers lorsqu'il reprochait aux facultés de droit de ne pas enseigner ce qui importe vraiment aux praticiens.

p. 115 :

Cantonner ces disciplines dans les marges des cursus a été un moyen de les désactiver. Elles sont bien là, remplissent une fonction de « culture générale », mais ne jouent aucun rôle significatif le raisonnement juridique lui-même, dont on s'emploie à défendre l'autonomie et la pureté. Ce sont des « sciences du dehors ». On fait de l'économie en général, mais pas d'analyse économique des effets prévisibles de tel ou tel dispositif législatif nouvellement adopté. On évoque les doctrines politiques, mais on ne cherche pas à tracer la place et le rôle des valeurs morales et philosophiques au cœur du raisonnement juridique de telle ou telle juridiction (il est vrai que ces raisonnements sont réputés « techniques » donc vierges de toutes valeurs).

p. 116 :

L'ensemble est appelé « théorie générale » ou parfois « construction juridique ». Les principes généraux remplissent la fonction théorique de garantir la rationalité du droit positif, et la fonction pratique d'orienter les décisions des acteurs, principalement le juge et le législateur. Ceux qui énoncent ces principes, les professeurs de droit, se voient ainsi reconnaître une « autorité » dont ils peuvent se prévaloir pour peser sur l'évolution du droit.

Cette approche ne permet pas de décrire et d'expliquer ce que font *vraiment* les juristes, *a fortiori* ce qu'ils auraient pu faire et qu'ils n'ont pas fait, surtout quand ce qu'ils font ou auraient pu faire est assez incohérent, contradictoire, ambivalent, partiel, discrétionnaire pour que cela ne corresponde pas du tout à ce qu'ils en disent, ce qui est toujours le cas (mais pourrait être moins grave qu'il n'y paraît).

Cette approche a en outre le défaut d'occulter l'essentiel des questions qui ne devraient pas

manquer d'intéresser ceux des juristes qui ne sont pas seulement des techniciens : elle ne nous dit en effet rien des projets idéologiques, sociétaux ou politiques qui soutiennent tel ou tel dispositif normatif (le droit étant réputé neutre), ni de quelles représentations de la société et de ses acteurs ces dispositifs sont solidaires (c'est de la littérature), ni comment les décisions juridiques se prennent *vraiment* (c'est

[p. 117]

de la psychologie), ni comment elles sont (ou pas) appliquées dans la vraie vie (c'est de la sociologie), ni dans quelle mesure le droit change (ou pas) les conduites humaines auxquelles il s'adresse et comment (c'est de la sociologie), ni comment, pour chaque dispositif normatif donné, s'opère concrètement la distribution des prérogatives, droits, pouvoirs ou privilèges et quelles forces ou quels intérêts s'en trouvent mieux, ou moins bien, et pourquoi (c'est de l'analyse distributive, non inscrite au répertoire des méthodes réputées juridiques), ni comment il se fait que les dispositifs juridiques ne produisent jamais les effets pour lesquels on les a conçus (c'est de la théorie de l'action, non inscrite au répertoire des méthodes réputées juridiques), ni quels sont les ressorts concrets de l'autorité ou ceux de l'obéissance (c'est de la philosophie de l'esprit, peut-être de la théologie), ni tout un tas d'autres questions qui devraient, en toute hypothèse, intéresser les juristes, ou du moins ceux d'entre eux qui n'ont pas abdiqué toute prétention intellectuelle. Au nom de quelle rigueur, de quelle méthode, faudrait-il laisser aux « sciences du dehors » le soin de raconter ce nous intéresse le plus ? Ailleurs qu'en France (et parfois aussi en France, heureusement) la science juridique n'a pas toujours ces pudeurs, elle s'essaye à penser le droit, et non pas seulement à présenter un tableau idéalisé des règles en vigueur.

Disons le autrement : ailleurs, il arrive que les juristes soient aussi des intellectuels. (C'est aussi le cas en France, mais plus rarement hélas). On peut gloser pendant des heures sur la spécificité de la recherche juridique et sa difficile articulation aux humanités et aux sciences sociales dans les universités pluridisciplinaires, en se cherchant toutes les excuses possibles, **la vérité est qu'en renonçant à se concevoir comme des intellectuels et des savants, nombre de collègues (pas tous bien sûr) se sont transformés eux-mêmes en faiseurs de doctrines ou en experts, en enjoliveurs ou en garagistes de la machine sociale. On voit mal comment ils pourraient dès lors se plaindre d'être devenus politiquement insignifiants.**

(...)

Nous croyons plutôt qu'après deux siècles d'hégémonie de la technique et de la doctrine, il nous faut réapprendre à faire de la théorie et à l'enseigner. En évitant cette fois-ci de se tromper d'objet : ce qu'il s'agit de théoriser et d'enseigner, **c'est bien le droit qui se pratique dans la vraie vie, pas celui dont rêvent les professeurs de droit et qui peuple leurs manuels.**

p. 119 :

Si l'Université veut être une propédeutique à cet apprentissage, elle doit s'employer à généraliser les dispositifs pédagogiques spécialement conçus à cette fin (cliniques juridiques, *moots*, stages encadrés, etc.) et à en inventer de nouveaux. Les enseignements dispensés par des praticiens à l'Université y ont aussi leur place, bien sûr, mais à la condition qu'il soit demandé à ces praticiens d'enseigner ce qu'ils font (qui ne se réduit pas au *storytelling* de leurs affaires) et non de « jouer au professeur ». Tout cela exige bien plus que l'accueil de quelques juges ou avocats, un véritable projet pédagogique, une réflexion approfondie sur les modalités d'enseignement des règles en action. Il faudrait pouvoir multiplier sur ce point les expériences, échanger les bonnes pratiques qui existent déjà comme les propositions nouvelles.

p. 122 :

Le TD et les manuels sont les véritables ateliers où se fabrique l'enseignement du droit, ce qui s'y passe (ou pas) est d'une importance considérable. C'est là que les étudiants deviennent juristes (au moins pour la petite minorité qui survivra au traitement). C'est là qu'ils deviennent tel juriste plutôt que tel autre. Le TD et les manuels sont le lieu, politique par excellence, où s'élaborent et se reproduisent les canons logiques et stylistiques dominants de la pensée juridique nationale. Celui qui voudrait vraiment juger de la qualité de l'enseignement dispensé dans les facultés de droit, plutôt que de faire confiance aux titres et médailles des titulaires de cours d'amphi, devrait s'intéresser de près à la qualité des plaquettes de TD et des corrigés de devoirs, aux orientations pédagogiques du chargé de TD (qui varient grandement selon qu'il (ou elle) se donnera pour but principal de plaire à son professeur, d'y passer le moins de temps possible, de s'intéresser au développement intellectuel de ses étudiants etc.), aux diverses méthodes déployées pour mener la classe (car il en existe de multiples, de la plus autoritaire à la plus participative), aux consignes données par les professeurs, aux conseils de méthode qu'on y prodigue aux étudiants, aux modes d'évaluation et aux critères de notation, aux habitudes intellectuelles qu'on leur fait prendre et à ce qu'ils lisent vraiment. Gageons donc que si certains collègues daubent ce qui se fait hors des facultés de droit au motif que les enseignants ne sont pas des agrégés, c'est parce que la poutre qu'ils ont dans l'œil leur interdit de voir comment les choses se passent dans leur propre établissement.

p. 126 :

Les facultés ont toujours fait de grands efforts pour « professionnaliser » l'enseignement, provoquant une querelle sans fin entre ceux qui veulent adapter l'offre de formation aux besoins des cabinets et des entreprises, plaçant ainsi l'Université à la remorque des professions et ceux qui défendent son autonomie en revendiquant l'Inutilité Sacrée de la Science. Les marchands du Temple contre les Saints, comme si, en matière académique, la seule réponse possible au matérialisme vulgaire était l'idéalisme abstrait. Si les universités devaient **ne servir à rien**, on voit mal pourquoi les gouvernants devraient continuer à les financer par l'impôt et on respecte trop le bien public pour le souhaiter. Mais **si ce sont les professionnels qui dictent leurs besoins et si ces besoins dictent les finalités de**

l'enseignement, alors effectivement, les universités seront (sont déjà) intellectuellement, économiquement et culturellement dominées par les professions, leurs revendications d'autonomie sonneront (sonnent déjà) comme un monument de mauvaise foi. Fort heureusement, et là encore l'exemple de l'Ecole de Droit de Sciences Po pourrait se révéler d'autant plus instructif qu'il n'est pas isolé, il est possible d'établir des relations plus saines entre académiques et professionnels.

p. 127 :

Aujourd'hui, les partisans de la professionnalisation veulent transformer les universités en centres techniques où s'enseignent la technique pratiquée aujourd'hui, au grand dam des défenseurs de la vocation intellectuelle des facultés, qui confondent parfois (mais pas toujours) la théorie avec la dogmatique, la pensée juridique avec des « théories générales » et des « systèmes » trop ignorants de la pratique pour y préparer. **Dialogue de sourds et combat inégal (le matérialisme vulgaire est toujours plus fort que l'idéalisme abstrait).** Si par professionnalisation on voulait entendre l'invention des compétences, des savoirs et des méthodes juridiques à venir, il apparaîtrait clairement qu'elle est indissociable d'une compréhension savante et fine des transformations du droit et de sa pratique. Qu'elle est donc intimement solidaire des élaborations théoriques sophistiquées et imaginatives que requière une telle compréhension.

Néanmoins il faudrait pour cela que les facultés soient collectivement capables de **comprendre librement, en toute indépendance**, et avec le degré de sophistication et d'érudition requis, **les évolutions contemporaines du droit concret, sans adopter comme parole d'évangile les cadres conceptuels et catégories dominantes des praticiens d'aujourd'hui.** Or c'est précisément ce que ne permet pas la « professionnalisation » entendue comme « réponse aux attentes » du notariat, des administrations, des cabinets ou des entreprises. On sera donc très modérément optimistes. D'autant que « **l'autorité de la doctrine** » est une illusion qui pourrait garder un bel avenir. A défaut d'être une force créatrice du droit, elle est devenue un **petit surcroît de prestige attaché à un titre monnayable sur un marché, celui des consultations.** Ce surcroît permet aux professeurs d'améliorer leurs fins de mois en se présentant, non pas comme des juristes savants et des intellectuels, mais comme des techniciens encore plus experts que les techniciens, du genre de ceux qu'on vient chercher en cas de grosse difficulté, ou encore, de plus en plus souvent, à toutes fins utiles, pour impressionner l'adversaire.

Un nouveau pacte politique se dessine entre juges et professeurs : le **juge** connaît ses pouvoirs créateurs et les assume (plus ou moins) publiquement, il a donc besoin de mieux légitimer ses décisions. **C'est ce que lui offrent les opinions expertes des professeurs actionnés par des avocats qui sont contraints à cette dépense supplémentaire pour mettre toutes les chances de leur côté.** Les professeurs y trouvent un complément de revenu, les juges un surcroît de légitimité dont le coût est assumé par d'autres. Les avocats répercutent ce surcoût sur leur client qui n'a pas vraiment le choix. **La victime collatérale de ce nouveau compromis est peut-être la pensée juridique désormais à la**

remorque des schémas conceptuels et des modes de raisonnement des praticiens. Et puis, plus simplement, les professeurs de droit pourraient n'avoir plus le temps d'être autre chose que des experts.

p. 132 :

Il en va de même pour la recherche, où encore trop souvent, et malgré d'intéressants changements ces dernières années, les doctorants forment une masse largement ignorée de leurs enseignants, rarement jugée apte à apprendre quoi que ce soit à ces derniers. Etrange idée, assez peu répandue ailleurs qu'en France, où les doctorants sont plutôt considérés comme la force vive de la communauté intellectuelle d'une institution. Penser que les doctorants n'appartiennent pas à la communauté académique, voire que les maîtres de conférences ne sont pas vraiment des collègues révèle une conception de l'université et de ses valeurs qui n'a rien à voir avec la misère universitaire, mais bien plutôt avec le narcissisme des petites différences propre aux corporations en déclin.

S'il fallait donc améliorer certaines choses dans les facultés de droit, il faudrait sans conteste commencer par les conditions matérielles. Mais on pourrait concomitamment vouloir essayer de restaurer la fierté d'être des universitaires assez heureux de leur vocation et de leurs charges pour n'avoir pas besoin d'être schizophrènes en se transformant en avocat à mi- temps. Et quand nous parlons de fierté, nous pensons au sens que prendrait notre métier si nous voulions vraiment lui en donner et aux conditions de son exercice plutôt qu'aux fastidieuses cérémonies en toge et autres manifestations de la Pompe Corporative. Nous pensons en effet que l'insignifiance et l'absurdité se combattent mieux avec des projets intéressants et les moyens de les réaliser qu'avec des compensations symboliques dérisoires. La question se fait politique : tant que les facultés de droit auront pour projet principal d'être une fabrique de techniciens, elles n'échapperont pas à ce qu'Hervé Croze appelle pudiquement la « fatigue », mais qu'on pourrait aussi nommer la dépression, l'ennui, le découragement. Les plus belles toges du monde ne suffiront pas à le masquer. Abordons donc cette question qui fâche, la vocation politique des facultés de droit.

p. 132 :

Autorité de la doctrine vs liberté de penser le droit

Comme le souligne Hervé Croze, le débat sur l'enseignement du droit renvoie à celui de savoir qui est légitime à produire les règles de droit. Les avocats y prétendent avec quelques raisons pour ce faire.

Les juges n'ont pas besoin de le dire puisqu'ils le font (ils préfèrent même souvent ne pas le dire, pour n'avoir pas à en répondre).

Quant aux universitaires, on ne saurait nier qu'ils ont rêvé, au tournant du siècle dernier (entre le XIX^e et le XX^e), et qu'ils rêvent encore beaucoup, de guider les uns et les autres à l'aide de leurs « théories générales » et de leurs « constructions juridiques ».

L'idée est simple (et ne mérite pas les sarcasmes avec laquelle elle a été accueillie) : politiquement, la doctrine prétend énoncer les principes qui régissent les institutions de droit, principes que les acteurs peuvent adopter

p. 133 :

comme maxime lorsqu'ils appliquent les règles aux cas. De la sorte, les solutions nouvelles s'ajustent aux règles en vigueur, le droit évolue harmonieusement. Lorsqu'il évolue au point que les principes énoncés par les théories ne suffisent plus à recueillir les règles nouvelles, la doctrine produit alors de nouvelles théories, avec de nouveaux principes, mieux adaptés aux règles en vigueur ; c'est le fameux « dialogue » de l'Ecole et du Palais.

Dans ce partage des rôles, ce n'est pas caricaturer que de reconnaître que la doctrine universitaire se veut garante de la rationalité du système juridique¹⁴. Et dans l'examen de ce qu'est devenu ce rêve un siècle après qu'il a été formulé, il n'est pas non plus caricatural de conclure à son échec. Les acteurs n'ont pas pris pour maxime les principes énoncés par la doctrine.

Au final, que reste-t-il de cet océan d'illusions ?

Et ne parlons pas du législateur (c'est-à-dire principalement l'exécutif), ou plutôt parlons-en, parce qu'il y a beaucoup à en dire. **Le législateur écoute les sociologues et surtout les économistes. Le principal savoir de gouvernement qui préside aux décisions est le savoir économique.** Les juristes y voient un déclassement et se plaignent du peu d'attention qu'on leur réserve dans les hautes sphères et les comités, où l'on fait désormais beaucoup plus d'évaluation des politiques publiques que de droit, et presque pas de droit dans l'évaluation des politiques publiques. Comment l'expliquer ? Avec le recul historique, le renversement est étonnant. **Il y a encore un siècle, l'économie était perçue par nos gouvernants comme une science abstraite, incapable de décrire et d'expliquer finement et dans le**

p. 134

détail ce qui se passait dans le monde réel. Depuis, nos collègues économistes ont découvert les joies des études empiriques. Ils ont mis les mains dans le cambouis. On peut trouver leurs modèles et leurs raisonnements sommaires, on peut regretter qu'ils ne lisent plus de livres, et qu'ils ne sachent rien qui ne soit arrivé il y a moins de dix ans.

On peut regretter encore le triomphe des savoirs managériaux et du gouvernement par les nombres, y voir un désastre, et lier cette victoire à l'homologie unissant les prémisses adoptés par une majorité d'économistes et les lois qui régissent les marchés. Il reste que tout cela confirme qu'une corporation savante a su produire un savoir assez expédient pour fournir une grammaire à nos gouvernants. **Il ne suffit pas de regretter que les autres aient gagné, il faut aussi se demander pourquoi on a perdu. Peut-être parce qu'on a mal joué. L'Ecole a ainsi perdu la fonction politique qu'elle s'était assignée, et elle le sait.**

(Ce qui ne nous sauve hélas pas du déni, dans ce qu'il a parfois de pathétique, mais on sait depuis Freud qu'on ne dénie que ce qu'on sait déjà).

Si les professeurs de droit ne passent pas tout leur temps à s'occuper de leurs étudiants et à écrire des livres, ce n'est donc pas seulement pour améliorer l'ordinaire en faisant des consultations, c'est aussi parce qu'ils trouvent plus de plaisir et de prestige à fréquenter des cabinets d'avocats ou des cabinets ministériels qu'au quotidien de leur faculté. Pour ces collègues n'être *que* professeurs reviendrait à renoncer à agir dans le monde vibrant de la vraie vie, parce que les facultés de droit et les idées qui s'y produisent n'y jouent pas un rôle significatif. La tentation qu'exercent les cabinets d'avocats et les administrations est d'abord symbolique : en jouant le rôle de super-avocat ou de super-administrateur (parfois aussi de super-collaborateur), on mène des affaires importantes, on contribue à changer le cours des choses. Une manière de souligner en creux que ce n'est plus le cas pour la part proprement académique de leur activité.

p. 135 :

Il est vrai que lorsque la doctrine s'est inventée à la fin du XIX^e siècle comme un savoir savant, distinct des humanités et des sciences sociales, elle s'est instituée comme une construction à deux étages : le premier entendait présenter ce que faisaient les acteurs sous la forme d'une **technique dotée de sa rationalité propre** (si le juge adopte la solution de droit X, c'est *exclusivement* pour la raison *purement* juridique Y qui se déduit entièrement des dispositions juridiques en vigueur et de sa propre jurisprudence). Le second étage – qu'on appelle parfois « théorique » mais auquel convient mieux le terme « **dogmatique** » – voulait donner **forme systématique au matériau technique**. L'association des **deux étages** donnait à ce savoir doctrinal tous les aspects de ce qu'on appellerait dans d'autres domaines du savoir une « technologie ». Ce que n'avaient pas prévu ses fondateurs, c'est que l'histoire du deuxième étage serait celle d'un lent mais irrésistible effondrement interne.

Depuis sa naissance en effet, l'évolution du genre doctrinal repose sur une dynamique incontestablement œdipienne, où l'alternative consiste soit à imiter le Père, soit à l'assassiner. Dans un système institutionnel qui n'autorise que la reproduction (et l'on sait depuis Joyce que la reproduction est le commencement de la mort), le prétendant à la Gloire Académique devra soit refaire la même théorie générale que son bon vieux maître en l'adaptant aux circonstances nouvelles, soit s'acharner à produire sa réfutation, forcément irréfutable et définitive. Comme ces parricides sont souvent des coups de maître, leur auteur se retrouve à la place du Père, dans l'attente du Brutus suivant, qui ne manquera pas de se présenter. Pour que le meurtre soit complet, il faut que la réfutation porte non seulement sur le contenu de la théorie (substitution de l'idée-mère et des principes généraux), mais sur la manière de théoriser. Prenons les Théories Générales de l'Etat. Laband fonde la sienne sur la notion d'autorité en empruntant à la science administrative naissante. Jellinek le réfute, substitue la liberté à l'autorité et fait de

la philosophie. Hauriou le réfute, substitue la puissance à la liberté et fait du vitalisme juridique. Duguit le réfute, substitue la solidarité à la puissance et fait de la sociologie. Kelsen le réfute, substitue le droit lui-même à la solidarité et fait de la théorie pure. Autre exemple : Portalis fait une théorie de la propriété comme maîtrise absolue de l'esprit propriétaire sur la chose matérielle et fait du droit naturel immuable. Saleilles le réfute, substitue la propriété fonction sociale à la maîtrise absolue et fait du droit naturel muable. Depuis, la propriété a aussi été un droit de l'homme en sorte qu'on a fait du droit constitutionnel. Récemment, elle est devenue

p. 136 :

garantie légale d'une attente légitime, on fera donc de plus en plus de balance proportionnée des intérêts.

Le résultat est au final assez décevant : **dans la reproduction par imitation du Père, la pensée juridique meurt rapidement, par repli et stagnation. Elle peut survivre institutionnellement certes, mais elle est intellectuellement exsangue. Dans la reproduction par assassinat, la théorie nouvelle parvient peut être à discréditer l'ancienne, mais sa prétention à être définitive ne résiste pas à l'arrivée de la suivante. En quelques générations, ce qui émane des ruines empilées de toutes ces théories défaites, c'est la vanité de l'exercice.**

Nous en sommes là. Le genre littéraire « théories générales » qui constitue la partie savante du savoir doctrinal est épuisé. Il n'est pas héroïquement tombé sous les coups de savoirs extérieurs, c'est sa dynamique interne qui l'a lentement mais irrémédiablement érodée. La conséquence est triste : ayant confondu cette dogmatique avec la théorie en général (à quelques très notables et marginales exceptions près), l'affaissement du genre doctrinal laisse les professeurs de droit avec leur seule technique, dans laquelle il leur a bien fallu placer le dernier refuge de la vérité juridique. C'est pourquoi, avec Staline parlant d'autre chose, nombre de collègues estiment désormais que « la technique décide de tout ». Quant aux autres, les faiseurs de système, ils pourront bien faire régulièrement leur propre apologie et transformer leurs étudiants en disciples d'autant plus fidèles qu'ils voyagent peu, rien n'y fera : on en a trop vu pour y croire.

La situation ne manque pas d'ironie. Le droit se découvre orphelin de sa rationalité interne au moment même où la société se tourne éperdue vers lui pour y trouver les protocoles et procédures désenchantés qui la sauveront du chaos, de la guerre et du retour des enchantements. Hélas (hélas ?), n'en déplaise à Max Weber et à ses successeurs, c'est-à-dire à peu près tout le monde (y compris, sans le savoir, l'ordinaire des professeurs de droit), le modèle doctrinal est en ruine. Heureusement, on n'est jamais tout à fait condamné à la reproduction.

La pédagogie, dernier refuge de la dogmatique ?

La dogmatique juridique ayant le plus grand mal à asseoir ses prétentions scientifiques et politiques, elle **s'est réfugiée dans sa fonction pédagogique. Si faire les systèmes qui s'énoncent dans les manuels ne permet ni de prendre la place du législateur (qui ne les lit pas), ni de guider l'action des juges (qui produit lui-même les maximes de ses actions), ni de sauver une rationalité juridique incapable de survivre à sa critique interne,**

p. 137 :

on dira que cela permet au moins d'initier les jeunes esprits à l'art juridique. Selon cette vue, une présentation synthétique et systématique de chaque branche du droit et de chaque institution, bien appuyée sur quelques principes faciles à comprendre, a le mérite d'être claire, moins rebutante, plus facile à apprendre pour un débutant, que toute autre introduction.

Pourtant, en **renonçant à l'entreprise doctrinale**, la pensée juridique s'offrirait l'occasion de **se réinventer non plus comme un rouage institutionnel dans le complexe processus de production officielle des normes juridiques, mais comme une activité intellectuelle libre qui contribue à une meilleure compréhension de son objet**. Ce faisant, les juristes pourraient renoncer à cultiver leur particularisme au sein des Universités, et ne **se distinguer de leurs collègues d'autres disciplines que par leur capacité à mieux comprendre ce que veulent dire les acteurs du droit quand ils prononcent des discours juridiques**. Ils s'ouvriraient la possibilité de penser le droit, librement.

Penser le droit, librement

Librement, c'est-à-dire sans révérence ni fascination particulière pour les autorités qui le font, particulièrement les juges et l'exécutif. Et sans non plus être stipendié par ce qui devrait être leur objet d'étude, les professionnels du droit.

Librement, c'est-à-dire en s'offrant de pouvoir changer d'avis sans se sentir lié par les opinions données lors de consultations antérieures, et sans se trouver dans l'obligation, faute de temps, d'avoir à copier-coller ses

p. 138 :

consultations pour rendre un manuel à l'éditeur, écrire un article, commenter un arrêt, donner un cours.

(...)

Librement, en s'autorisant la multitude des styles et des références qui sied à une communauté d'esprits libres, qui n'attribue pas de prix à l'homogénéité et ne se sent pas requise de plaire, ni même d'être nécessairement comprise, des notaires, des greffiers, ou des ministres. Et qui ne se sentirait pas même tenue de respecter les règles qu'elle s'est

donnée à elle-même, si elle parvenait à avancer de bonnes raisons pour les ignorer.

En se donnant de conquérir cette liberté-là, qui est celle de l'esprit, les facultés de droit retrouveraient peut être leur fonction critique, et par là même leur capacité à imaginer le droit de demain, ses juristes et leurs pratiques. Il se pourrait alors qu'elles deviennent ce qu'elles n'ont hélas jamais vraiment réussi à être, un des lieux centraux du monde de la vraie vie, un des lieux où s'élaborerait, indirectement mais sûrement, par la théorie et par l'enseignement, les formes sociales à venir. Il se pourrait alors que les professeurs en conçoivent de la fierté, s'intéressent à ce qui se passe dans leur Université, et qu'ils éprouvent un peu moins le besoin d'aller voir ailleurs si l'herbe est plus verte.

p. 139 :

Rien de tout cela n'est impossible. On pourrait par exemple vouloir que, dans un avenir proche, il devienne pensable qu'à mérite égal une **thèse multidisciplinaire sur le droit ait autant de chance d'être qualifiée** qu'une autre (aucune disposition réglementaire ne s'y oppose). Que les **doctorants soient pleinement intégrés à la communauté académique** qu'ils aspirent à rejoindre (ça existe déjà par-ci, par-là). Que les **maîtres de conférence et plus généralement tous les docteurs soient considérés comme des collègues à part entière** (ça existe aussi, ici et là). Que le **recrutement** des enseignants soit largement **ouvert à l'international** (la réglementation l'autorise sans le favoriser et la situation l'exige, non pas pour le plaisir, mais parce qu'après des décennies de domination du modèle doctrinal et de clonage agrégatif, c'est souvent à l'étranger que l'on trouve les meilleurs talents et c'est en ne s'interdisant pas de les recruter qu'on donnera une chance à l'université française). Que les **fondamentaux en sociologie, en économie ou en philosophie soient effectivement requis des meilleurs étudiants** (c'est déjà le cas à Paris 2 !) et même de **tous les étudiants** (c'était encore le cas récemment à Cergy !). Que l'on **substitue aux cours magistraux un enseignement en groupes restreints où les étudiants enfin actifs seraient guidés dans la lecture et l'interprétation de textes importants** (mais que faire des amphithéâtres ? Les raser ? Faire un groupe de réflexion sur « droit et architecture » ?). Que les **professeurs reçoivent leurs étudiants plusieurs fois par semestre pour préciser tel ou tel aspect de leur cours, commenter les lectures, guider leur développement intellectuel, dans**

p. 140 :

l'atmosphère détendue, cordiale et mutuellement respectueuse que requièrent de tels échanges (comme cela se pratique à peu près partout dans le monde)¹⁵. Qu'ils travaillent **dans leur bureau à l'Université (qui doit leur fournir ces bureaux)** en sorte qu'ils prennent **l'habitude de discuter entre eux de leurs travaux comme il sied aux membres actifs d'une communauté savante**. Et mille autres choses encore, toutes discutables, qui font souvent ailleurs la force et le rayonnement des institutions d'enseignement juridique.

Questions sur les documents :

Documents 3 et 4 :

Question 1 :

- a) Guy Canivet est-il agrégé des facultés de droit ? Quelle conception de la doctrine retient-il ? Celle-ci vous paraît-elle plus conforme à celle que la doctrine se fait d'elle-même (selon Ch. Jamin) ou à celle qu'en retient Ch. Jamin ?
De même, Robert Badinter vous apparaît-il principalement comme un universitaire ou comme un praticien ? Quelle conception de la doctrine se fait-il manifestement ?
Comment, en conséquence, interpréter le désaccord de Ch. Jamin d'un côté, et d'un haut magistrat et d'un avocat et Ministre de la Justice de l'autre à propos de la doctrine ?
Qu'en déduisez-vous de la manière dont Ch. Jamin présente « les praticiens » ? Pensez-vous que la manière dont Ch. Jamin présente la position du législateur ou du Conseil d'Etat à l'égard de la doctrine (pp. 158-159) décrit exactement et exhaustivement la réalité ? (n'aurait-on pas pu tout aussi légitimement soutenir exactement le contraire en s'appuyant sur différents exemples en sens inverse ?)
- b) Qu'est-ce qui, dans la composition de la « commission d'experts » chargée du projet pédagogique de Sciences Po, pouvait laisser supposer une telle faveur pour un type si particulier de praticien ? Le profil de Th. Wickers (document 4) vous semble-t-il avoir un rapport avec sa défense de l'ouvrage de Ch. Jamin ?
Au regard des exemples donnés par Ch. Jamin, et des titres des personnes invitées par lui au façonnage de l'Ecole de droit, de l'attente de quels praticiens parle-t-il exactement ? Le « constat » qu'il dresse peut-il en conséquence, voire doit-il être requalifié en projet ?
- c) Que faut-il penser de la quasi-absence du juge et du législateur parmi les praticiens mentionnés ? De l'absence du citoyen parmi les personnes que pourraient utilement renseigner les juristes ? Du refus net que la doctrine se reconnaisse pour mission l'éclairage et le conseil du juge, du législateur, du citoyen ordinaire ? Est-il vrai que ces acteurs n'ont aucune soif de ce dont les universitaires peuvent les informer ? Qu'est-ce qui sépare fondamentalement, d'un côté la perspective du juge et du législateur, et d'une autre manière, du citoyen ordinaire, et d'un autre côté, la perspective des clients des avocats d'affaire et des juristes d'entreprises ? Qu'est-ce qui distingue en particulier le juge et le législateur d'un côté, et les clients des avocats d'affaire et des juristes d'entreprises de l'autre, quant à leur statut, leur fonction sociale, leurs intérêts ? Le fait que les personnes formées en droit mettent leur savoir-faire « techniquement » ou « linguistiquement » juridique, à la disposition des entreprises multinationales, plutôt qu'à celle des juges et des législateurs peut-il avoir un impact sur l'influence du discours des uns et des autres sur le droit réellement appliqué ?
- d) Aux pages 183-184, que pense Ch. Jamin de l'accroissement du pouvoir – notamment politique – des avocats et des juristes d'entreprise ? Que pense-t-il du fait que, de plus en plus, des personnes formées en droit soient employées par de grandes entreprises, non pas pour connaître « la limite à ne pas franchir », mais pour « faciliter[r] la réalisation d'une multitude de projets », à travers des « montages juridiques sophistiqués où la part des droits étatiques est moindre » ? Dire que « la part des droits étatiques est moindre » dans ces montages n'est-il pas un euphémisme pour dire que

ces montages visent précisément, par la complexité ou leur « originalité », à contourner les droits nationaux ?

Pouvez-vous relier le projet de Ch. Jamin de former des juristes de ce type à sa conception du droit ? Aux modalités d'enseignement qui ont sa préférence ? A son intérêt pour l'enseignement du droit aux Etats-Unis ?

Question 2 :

- a) Est-ce que, comme le suggère Ch. Jamin p. 167, la doctrine américaine (par exemple vis-à-vis du droit international ou du droit des affaires) vous paraît moins « nationale » que la doctrine française ? Si tel n'est pas le cas, que pensez-vous que Ch. Jamin reproche au fond à la doctrine française ?
- b) Le rejet par Ch. Jamin (comme par les auteurs du document 2) de la tendance de doctrinale française à défendre la formation du droit par l'Etat-nation, ou « son adossement à l'Etat » (probablement aux notions centrales du droit public français : service public, domaine public, ordre public), et son invitation concomitante à reconnaître la valeur de sources juridiques à la légitimité démocratique faible ou absente (les sources internationales et européennes) vous paraissent-ils politiquement et idéologiquement neutres ?
- c) Que pensez-vous, toujours de ce point de vue et de manière « symétrique », de son approbation (pp. 169-170, en note) au développement, au sein du droit européen, de normes à la valeur incertaine ou au formalisme très limité, du « style pragmatique » (plutôt qu'attaché à la sécurité juridique) de la Cour de Justice de l'Union européenne, de l'usage « subversif » du droit comparé et de « méthodes fonctionnelles », du « succès de la *soft law* », etc. ? Qu'est-ce que la remarque finale suggère, d'un côté des rapports entre droit européen et doctrine européenne, et de l'autre entre doctrine européenne et doctrine états-unienne ? Peut-on envisager qu'une partie minoritaire de la doctrine européenne se serve aujourd'hui du développement des droits européens, pour soumettre la majorité de la doctrine européenne à l'idéologie de la doctrine dominante états-unienne, et ce faisant à l'orientation idéologique des droits européens ?

Question 3 :

- a) Quels sont les Etats d'origine des deux seules traditions alternatives d'enseignement du droit que voit Ch. Jamin, et quelles sont les caractéristiques de ces deux Etats (et de leur système pédagogique) du point de vue de leur idéologie et de leur puissance (ou de leur influence) ? Pensez-vous que ce choix soit neutre ? Pensez-vous qu'il résulte véritablement de l'intérêt que dit avoir Ch. Jamin pour les « systèmes pédagogiques et scientifiques » « de tous les continents » (p. 21) ? De la nécessité de s'adapter à la « mondialisation du droit » ? Est-il possible que ce que désigne cette expression ne soit qu'une manière de présenter comme « objectif » et « inévitable scientifiquement », l'influence britannique et états-unienne sur la manière d'envisager le droit et de l'enseigner ?
- b) Pensez-vous que ces choix idéologiques aient quelque chose à voir avec le désir exprès de Ch. Jamin, que « les juristes français [jouent] le rôle des *lawyers* », c'est-à-dire qu'ils « essaime[nt] dans tous les secteurs d'activités en profitant des avantages que leur procure [leur] formation » (p. 184) ?

- c) Le clivage entre les promoteurs et les contempteurs de l'usage de courants comme *Law and Economics* ne reflète-t-il pas tout simplement un clivage idéologique entre partisans du libéralisme « à l'Américaine » et résistants à ce courant ?
- d) Qu'est-ce que l'usage du langage du commerce, de la finance et du *marketing* dans le vocabulaire des juristes universitaires (chez Ch. Jamin, des termes comme « avantage comparatif », « concurrence » entre étudiants, « *design* », etc.) suggère quant aux fins que ceux-ci poursuivent ou doivent poursuivre ? Quelle nouvelle valeur directrice voyez-vous émerger, et lesquelles (en particulier dans l'exergue et pp. 165, 168) sont clairement rejetées en retour ?

Cette valeur directrice en est-elle vraiment une, ou est-elle un blanc-seing donné aux pouvoirs qui s'imposent effectivement, et une affirmation de l'irresponsabilité des juristes universitaires à leur égard ? Que signifie le rejet d'un objectif de vérité sur le plan de l'enseignement du droit positivement formulé, et spécialement sur le plan de la distance philosophique qu'il est possible d'apprendre à avoir par rapport à lui ? Peut-on et doit-on lier le rejet d'un tel objectif avec le silence à peu près complet de Ch. Jamin sur la philosophie – spécialement la philosophie morale, l'éthique et la philosophie du droit – dans son ouvrage, et son absence dans le programme pédagogique de l'Ecole de droit ? Si la recherche de la vérité ne guide plus l'activité universitaire, selon quel point de vue les énoncés normatifs risqueront-ils d'être lus ?

Question 4 :

Pensez-vous qu'il suffise de montrer la diversité des études de droit quant à leur durée, pour en tirer la « certitude (...) qu'il n'existe aucune durée *adéquate* pour former un juriste » (p. 180) ? Cet argument ne vous rappelle-t-il pas un argument récurrent contre le droit naturel, en faveur du relativisme moral et d'une conception instrumentale du droit ?

Question 5 :

A la suite de votre réflexion sur ce document, quels seront à votre avis les objectifs de l'enseignement du droit à l'Ecole du droit de Sciences Po, si ceux-ci sont conformes au souhait de Ch. Jamin ? Pensez-vous que, par-là Ch. Jamin conserve ou trahisse les préoccupations d'un D. Kennedy ? La déformation qui a eu lieu pourrait-elle découler de l'ambiguïté des positions de D. Kennedy lui-même (cf. notamment la question 2 a) dans la fiche précédente) ?

Question 6 :

- 1) (conclusion de l'ouvrage)
- a) Pensez-vous qu'il soit nécessaire de concevoir les activités juridiques comme des mises en application d'une science plutôt que d'un art, pour soutenir qu'il est important que les énoncés normatifs reconnus soient cohérents et systématiques ? Si non, pour quelles raisons et dans quelle mesure faut-il rechercher leur cohérence et leur systématité ?
- b) Pensez-vous que les universitaires aient beaucoup apporté aux non-universitaires grâce au « tournant linguistique » ? Pensez-vous que les praticiens réclament vraiment des universitaires qu'ils les renseignent à propos des interprétations qu'ils retiennent des énoncés normatifs reconnus ?
- c) Que pensez-vous de l'argument sous-jacent à des formules comme « rate[r] le fameux « tournant linguistique » (p. 264), « rate[r] (...) le train de la mondialisation » (p. 265),

« rat[er] [le train] du Réalisme » (p. 266), ou comme celle de la « nécessaire adaptation à la mondialisation » ? Peut-il être relié à une conception historiciste et progressiste de l'Histoire, selon laquelle la survenance de n'importe quelle actualité constitue en soi un progrès, et selon laquelle – paradoxalement – il faut « hâter » le déroulement d'une histoire qu'on connaît par avance ?

Cet argument de la « nécessité historique » ou de l'« irrésistible mondialisation » peut-il également être relié à une conception des activités juridiques, qui consiste à avoir officiellement pour maîtres « la pratique dominante » ou « le grand nombre », officieusement « le petit nombre des dominants », et à rejeter discrètement les règles véritablement souhaitées par le grand nombre des membres des sociétés où vivent les universitaires ?

Autres documents :

Question 7 :

- a) De qui ou de quoi est-il concrètement question lorsque la « mondialisation » ou sa « pression » est évoquée dans les documents « Extériorisation », « La cuisine », et « Remettre la faculté de droit » ? Et dans la « Lettre ouverte » ? Et dans « Grandeur et petitesse » ? Est-il question d'une évolution naturelle ou technologique, ou de choix politiques et idéologiques ? S'agit-il en conséquence, pour les juristes universitaires, de « s'adapter » à la première ou aux seconds ? Les raisons pour lesquelles une « adaptation » devrait avoir lieu sont-elles explicitement mentionnées, et si tel n'est pas le cas, que peuvent-elles être ? Le bon exercice de leurs fonctions exige-t-il au contraire, au moins par certains aspects, une résistance aux choix politiques et idéologiques dissimulés et véhiculés à la fois par le mot « mondialisation » ?
- b) Est-ce que la « mondialisation » ou sa « pression » sont interprétées comme menant à une perspective critique vis-à-vis des mouvements de déréglementation et de privatisation, ou au contraire comme exigeant que les juristes s'y soumettent, ou comme encore comme ne poussant à aucune des deux positions en particulier ? Le juriste universitaire a-t-il l'obligation morale ou professionnelle de se soumettre à ces forces ou à ces choix à raison de leur caractère dominant ou globalement admis ? Ou l'exercice de ses fonctions doit-il l'amener au contraire à s'interroger sur les conséquences de cette déréglementation et de cette privatisation (du domaine et des services publics, comme de la formulation du droit) sur la vie des personnes ordinaires ?
- c) Est-ce que les auteurs favorables à la « mondialisation » et à « l'adaptation » des méthodes pédagogiques sont neutres à l'égard de l'influence des sources internationales et européennes ? Paraissent-ils intéressés par leur légitimité démocratique ?

Question 8 :

- a) Pouvez-vous faire un lien entre les choix idéologiques de documents comme « L'enseignement », « Extériorisation » et « La cuisine », et leur conception du Droit ? Ces liens sont-ils si objectifs que vous ne pouvez discerner aucune différence entre le premier de ce document et les deux suivants ? Pensez-vous cependant qu'on puisse dire qu'une conception exclusivement instrumentale du droit soit neutre idéologiquement et politiquement ? Pensez-vous que certaines personnes puissent être favorisées par elle, tandis que d'autres ne le seront pas ? Si oui, lesquelles ?

- b) Pensez-vous qu'un enseignant-chercheur en Droit agisse de manière socialement neutre lorsqu'il affirme qu'une norme a une « validité », qu'un contrat a une « valeur », ou qu'un arrêt est « obligatoire » ? Que signifient les mots « valide », « valeur » ou « obligatoire » dans la vie sociale et juridique courante ? Si l'on admet que les enseignants-chercheurs en droit ne vivent pas dans un monde social et juridique distinct de celui des autres acteurs juridiques, pensez-vous qu'il y a un intérêt à ce qu'ils soutiennent exercer leurs fonctions dans un monde parallèle, en adoptant un langage portant sur le droit, qui n'aurait pas vocation à être repris par les non-universitaires dans leur monde non-universitaire ? Faut-il blâmer, comme le font J.-J. Bienvenu ou G. Tusseau au nom d'une distinction *a priori* entre les niveaux de langage, la prise en compte des décisions et des typologies des praticiens par les universitaires, et la reprise des théories et notions des universitaires par les praticiens ? N'est-il pas plutôt indispensable d'assumer la circulation *de fait* des idées et des réflexions, et d'en tirer les conséquences qui s'imposent dans l'exercice des fonctions d'universitaire (et de juge) ? Cela ne rejoint-il pas, d'ailleurs, la critique des universités françaises (« L'enseignement », « Extériorisation », « Remettre l'enseignement », etc.) selon laquelle elles forment des juristes incapables de se saisir de certains aspects importants de la pratique, en raison d'une fermeture également *a priori* aux sciences sociales ?
- c) Ce qui est présenté comme une distinction entre discours « du droit » et discours « sur le droit » n'est-il pas en vérité une distinction entre des discours *sur le droit* prononcés par des personnes ayant des fonctions sociales différentes ? Si oui, quelle est à votre avis la fonction de l'usage d'une expression comme celle de « discours *du droit* » ?

Question 9 :

Quelle différence statutaire existe-t-il entre un parlementaire, un juge et un avocat, et cela explique-t-il qu'ils poursuivent des objectifs différents, et exercent leurs fonctions de manière différente ? A quoi seront efficaces les « outils » rhétoriques et linguistiques qu'un universitaire fournira à un avocat d'affaires ? Est-ce que travailler pour des personnes remplissant cette fonction invite plutôt à rechercher la pacification des relations sociales, ou l'augmentation du contentieux (cf. à ce propos ce qu'en dit Th. Wicker) ? Cela pousse-t-il à la clarification du droit, ou au contraire à sa complexification et au déploiement de l'ambiguïté des énoncés ? Cela invite-t-il à étendre son champ sur la vie sociale ou à la réduire ? Cela invite-t-il à sa « technicisation » et sa « procéduralisation », ou au contraire à sa politisation ? Cela pousse-t-il à rechercher sa correspondance aux aspirations populaires, ou au contraire son détachement par rapport à elles ? Les juristes universitaires français travaillaient-ils auparavant à éclairer et conseiller un autre acteur juridique que l'avocat d'affaires, et pensez-vous que cela ait pu avoir une influence sur la manière dont ils envisageaient leurs fonctions ?

Question 10 :

- a) Quelle conception du monde G. Tusseau prend pour acquise au début de son article ?
- b) Que pensez-vous du rejet de G. Tusseau du « platonisme » ?
- c) Pensez-vous qu'il puisse rejoindre le silence gardé par Ch. Jamin dans son ouvrage, à propos de la philosophie – notamment de la philosophie morale et de l'éthique – ou de l'anthropologie ?
- d) Que pensez-vous de leur « redécouverte » dans l'article co-écrit par Ch. Jamin et M. Xifaras ?

Question 11 :

- a) Quelle différence A. Supiot voit-il entre l'activité doctrinale et la pratique des sciences sociales ? Cela signifie-t-il pour lui que les juristes ne doivent pas prêter attention à ces dernières ?
- b) A. Supiot considère-t-il qu'il est nécessaire de considérer l'étude du droit comme une science, pour admettre qu'elle a des effets normatifs (au moins informels) ?
- c) Comprend-t-il le développement des transports et des télécommunications, ainsi que la multiplication des transplants juridiques et l'éclosion de contentieux transnationaux et internationaux, comme impliquant l'apprentissage mono-linguistique (anglophone) du droit, ou au contraire la nécessité de s'intéresser de plus près aux différences entre les langues et cultures juridiques ?
- d) A. Supiot considère-t-il que le juriste a une vocation particulière à s'interroger sur « les » limites nécessaires aux pouvoirs des personnes privées – y compris les siennes propres –, et à dire ce qu'il pense qu'elles sont ? A quelle conception du droit cette conception du rôle social des juristes est-elle liée ?
- e) Le constat dressé par A. Supiot sur les obstacles que constitue la compartimentation des études de droit pour la compréhension des « droits » issus de la mondialisation (des échanges) doit-il selon lui aboutir à la dissolution de l'étude du droit dans celle de l'argumentation, ou à sa réduction à l'invention des « montages juridiques » ?
- f) Que disent, d'un côté Ch. Jamin de « [l']institution de l'homme comme sujet libre et responsable » (« Grandeur et petitesse »), et de l'autre D. Kennedy ? Y voient-ils l'un et l'autre un objectif du juriste ?
- g) Dans quelle mesure A. Supiot, Ch. Jamin et D. Kennedy vous paraissent-ils historicistes et progressistes ?

Question 12 :

- a) À votre avis, quel type d'enseignement ou de recherche du Droit favorise les tournants autoritaires ? Et inversement la démocratisation des sociétés politiques ?
- b) À quel type d'enseignement ou de recherche du Droit ont intérêt des dirigeant-e-s politiques lorsqu'ils exercent leurs fonctions dans un régime autoritaire qu'ils souhaitent conserver ? Et lorsqu'ils souhaitent au contraire démocratiser la société politique où ils exercent leurs fonctions ?
- c) Savez-vous si les régimes autoritaires favorisent des interprétations relativement libres des textes en vigueur, ou contrôlent au contraire étroitement ces interprétations ? S'ils soutiennent une approche « techniciennes » du Droit ? S'ils sont plutôt favorables ou hostiles à la philosophie appliquée à la politique et au Droit ?