HAL
open science

Retour sur la “ critique intellectuelle ” des facultés de droit

Christophe Jamin, Mikhaïl Xifaras

To cite this version:

Christophe Jamin, Mikhaïl Xifaras. Retour sur la “ critique intellectuelle ” des facultés de droit. La Semaine juridique. Édition générale, 2015, 4, pp.155 - 161. hal-03385335

HAL Id: hal-03385335

https://sciencespo.hal.science/hal-03385335v1

Submitted on 19 Oct 2021

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

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

ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR

Dans une récente livraison de la présente revue, deux de nos collègues et amis ont entrepris de défendre l'université et de méditer ses destinées. Ils consacrent une importante partie de leur réflexion à répondre à ce qu'ils appellent la « critique intellectuelle » que l'École de Droit de Sciences Po (l'EDSP) administrerait à l'enseignement prodigué dans les facultés de droit. Ordinairement, l'usage d'un « droit de réponse » laisse présager l'étalage de vifs désaccords, sur le mode polémique, parfois assorti de noms d'oiseaux. À rebours, notre souhait est ici de les remercier. Dans un article récent, nous demandions que les arguments et la discussion se substituassent aux slogans et aux anathèmes. Nous avons été exaucés. Cette étude se veut donc moins une « réponse » qu'un prolongement, sous forme de dialogue, en toute amitié.

100

Retour sur la « critique intellectuelle » des facultés de droit

Christophe Jamin est professeur des universités à Sciences Po
Mikhaïl Xifaras est professeur des universités à Sciences Po

Étude rédigée par
CHRISTOPHE JAMIN
et MIKHAÏL XIFARAS

1 - Commençons par dire que nous partageons l'idée directrice énoncée dans l'article de MM. Beaud et Libchaber[1] : la question centrale est celle de la liberté de l'université, victime à la fois d'une tutelle étatique écrasante et d'un manque patent de moyens financiers. L'université se meurt du manque de liberté, la conquérir engage au moins autant l'accès aux ressources financières que la restauration de formes de vertus collectives, à travers l'encouragement de bonnes pratiques. À ce constat, nous ajouterions volontiers que cette conquête est indissociable d'un vigoureux renouveau intellectuel et institutionnel, d'une transformation profonde de la conception dominante de ce que doit être la pensée juridique et les manières de l'enseigner[2]. C'est

1 *O. Beaud et R. Libchaber, Où va l'Université ? Les chemins de la liberté : JCP G 2014, doctr. 1264.*

2 *Ch. Jamin et M. Xifaras, De la vocation des facultés de droit (françaises) de notre temps pour la science et l'enseignement : RIEJ 2014, pp. 107-140.*

sur ce point que nous divergeons. Il en résulte, par exemple, que nous peinons à voir dans le CNU ou l'agrégation des institutions favorables à la liberté académique que nous appelons de nos vœux. Il en résulte surtout que, contrairement à ce qu'ils écrivent, nous ne pensons pas que « La difficulté à envisager la critique de Sciences Po tient à ce qu'elle est impuissante à formuler des griefs utiles pour le renouvellement de l'université »[3]. Nous n'estimons pas non plus qu'être professeurs à Sciences Po nous place dans le système extra-universitaire, faisant de nous des déserteurs (« La défection, c'est la fuite hors de l'université ! »[4]). Sciences Po est un établissement hybride à la fois public et privé, à vocation de service public, qui tient de son passé le statut de grande école et de son présent celui d'université sélective et payante (plus précisément, de « *grand établissement* » au sens de l'article L. 717-1 du Code de l'éducation), comme il en existe partout dans le monde. Son statut offre à son École de droit la possibilité de jouir d'une plus grande autonomie que les facultés de droit. Ce qui en fait moins un « concurrent déloyal » (sa petite taille rendrait de toute façon cette concurrence dérisoire) qu'un laboratoire où peut s'expérimenter, avec son lot nécessaire de tâtonnements, d'erreurs et de réussites, d'autres manières de faire du droit et de l'enseigner. Dans ce sens, l'expérimentation qui s'y poursuit n'est pas trop éloignée pour offrir de quelconques enseignements aux facultés de droit ; tout au contraire, et comme l'article le suggère au demeurant très bien, elle présente d'autres manières de faire le même métier, un peu plus librement peut-être, un peu plus joyeusement aussi (« C'est que nous faisons le même métier, mais dans des conditions si différentes ! Si nous avions leurs moyens, et leur liberté, nous serions très heureux »[5]). La « critique intellectuelle » que le projet de l'École de droit porte au modèle dominant (mais pas hégémonique, tant s'en faut !) dans les facultés de droit nous paraît mériter d'être pris au sérieux, car elle est au cœur du projet de conquête de cette liberté académique et politique que nous appelons tous de nos vœux.

2 - Venons-en donc à l'essentiel. Les auteurs nous prêtent l'idée qu'il faudrait diminuer la durée des études pour s'adapter au futur globalisé des professions juridiques, objectent que ce futur est inconnu et ne justifie pas qu'on choisisse « d'enseigner peu, le moins possible »[6], abandonnant ainsi ce qui fait aujourd'hui la force des études juridiques. Dans notre esprit, l'objet de la discussion ne porte pas sur la quantité, mais sur l'objet et les modalités de ces études. Nous ne voulons pas enseigner « peu » mais autrement, et peut-être mieux. Surtout, la transformation de l'enseignement du droit que nous appelons de nos vœux n'est pas liée à la globalisation ou à l'évolution prévisible des professions juridiques, quand bien même il nous paraît difficile d'ignorer l'une et l'autre. Notre critique porte sur l'état présent des études juridiques. Ce n'est pas pour nous adapter à un futur incertain que nous la menons, mais bien plutôt parce qu'elle nous paraît réaliser mieux la vocation politique et intellectuelle des facultés de droit.

3 - C'est pourquoi il nous semble que l'essentiel tient plutôt dans les trois principaux reproches qui sont adressés au projet de l'EDSP : nous importerions mécaniquement des conceptions américaines contraires au génie français, incarnant « une vision de "vaincus de l'histoire" que rien de rationnel ne justifie - et sur laquelle rien ne peut se construire »[7] ; nous serions intellectuellement mus par le nihilisme, comme le furent en particulier les *critical legal studies* dont nous tiendrions notre inspiration ; notre projet reposerait sur une critique du « modèle doctrinal » qui serait sans objet, puisque ce modèle n'aurait jamais existé. Essayons de répondre à chacun de ces trois reproches.

1. L'importation mécanique du modèle américain

4 - Ici, les auteurs ont la dent dure, et pour tout dire, sont injustes à force d'outrance. Selon eux, l'EDSP « se borne à alléguer de l'exemple américain, qu'elle transpose à gros traits pour reprocher à l'université française de n'être pas située aux Amériques. Mais tout le monde ne ressent pas au même degré la honte d'être français ! »[8]. L'argument selon lequel l'EDSP serait le fourrier de l'impérialisme américain est régulièrement avancé, au point d'être devenu un pont-aux-ânes auquel l'un d'entre nous s'est déjà senti obligé de répondre un peu longuement[9]. Nous ne pouvons qu'y renvoyer. Sur le fond cette réponse dit, nous semble-t-il, qu'on peut s'intéresser aux États-Unis sans se soumettre à une vision de vaincu parce que l'on peut estimer que la liberté qui fait tant défaut aux facultés de droit françaises est aussi la liberté de penser le droit en dehors de l'horizon d'une pensée nationale (et les contrepoids qui lui sont ordinairement solidaires, le droit comparé et l'histoire du droit). Cet horizon est celui dans lequel s'inscrit une corporation savante instituée et gouvernée par l'État national - celui-là même qui le maintien dans la tutelle. Cette réponse dit encore qu'il faut s'intéresser à la pensée juridique états-unienne du 20e siècle, parce que c'est là-bas qu'ont été écrites parmi les plus belles pages de la théorie juridique de ce siècle (comme d'habitude, souvent dans les marges des doctrines dominantes), au point qu'on se demande si la « crise américaine de la pensée française » qui désole nos nationaux contemporains n'est pas aussi féconde

3 *JCP G 2014, doctr. 1264, préc. note (1), n° 6.*

4 *JCP G 2014, doctr. 1264, préc. note (1), n° 14.*

5 *JCP G 2014, doctr. 1264, préc. note (1), note de bas de page n° 12.*

6 *JCP G 2014, doctr. 1264, préc. note (1), n° 8.*

7 *JCP G 2014, doctr. 1264, préc. note (1), n° 6.*

8 *JCP G 2014, doctr. 1264, préc. note (1), n° 6.*

9 *M. Xifaras, Ce que l'École de droit de Sciences Po n'est pas » : Grief, n° 1, 2014, pp. 37-38.*

« Nous importons ce dont nous estimons avoir besoin pour renouveler, et non pas liquider, une tradition juridique française bien mal en point faute d'être restée ouverte au monde. »

que l'allemande qui divisa si profondément les juristes de la Belle Époque, pour la plus grande gloire de la science juridique française. Cette réponse dit enfin que le rapport de l'EDSP aux États-Unis se veut être un peu plus complexe que celui que suggère la figure du grossiste importateur qui lui est accolée. Nous importons certes, mais en prenant soin d'importer en même temps la critique de ce que nous importons. Et nous importons à notre guise, librement, en mettant nos fournisseurs en concurrence et en ne nous interdisant pas de mélanger la marchandise. Enfin (et surtout) nous importons ce dont nous estimons avoir besoin pour renouveler, et non pas liquider, une tradition juridique française bien mal en point faute d'être restée ouverte au monde. Prenons un exemple : on pense souvent que la critique américaine du cours magistral à la française est la méthode socratique des cas. Nous estimons que la méthode socratique peut être aussi dogmatique, ennuyeuse et aliénante que le cours magistral, ce qui n'est pas peu dire. Nous essayons de promouvoir des méthodes d'enseignement qui procèdent de la critique des deux méthodes et s'inspirent librement d'expérimentations diverses, aux États-Unis et ailleurs. D'ailleurs, les étudiants américains qui assistent à nos cours se disent souvent dépaysés.

5 - Ces trois gestes stratégiques (importer la critique avec la chose, mettre en concurrence les exportateurs, acculturer le produit importé à nos besoins) sont peut-être des erreurs, et peuvent fort heureusement être soumis à la critique. Ils ne sont en tout cas pas nés du croisement de la haine de soi et de la fétichisation de l'Empire, mais de patientes lectures et de nombreuses discussions et colloques[10]. Il faut au moins nous faire crédit d'avoir fait ce travail. Tous ceux qui nous critiquent ne l'ont pas fait. Notons enfin qu'il nous arrive aussi d'exporter, et plus précisément que lorsque nous parvenons à exporter, c'est dans la seule mesure où nous nous démarquons du modèle doctrinal français qu'une bonne partie du reste du monde (et pas seulement les Américains) identifie avec raison avec un moment résolument *vintage* de la pensée juridique moderne, celui du formalisme naïf. Bref, faire croire que nous serions le 52e État n'est tout simplement pas sérieux.

6 - Et puis surtout nous sommes mus par la curiosité intellectuelle et l'envie de respirer librement, pas du tout par la honte d'être Français. Certes, il est vrai que les accents nationalistes et ethnocentrés de ceux de nos collègues qui s'érigent parfois en défenseurs de la tradition juridique française (ceux qui défilent en toge en brandissant le Code civil !) nous font parfois rire et parfois honte (pour eux). Il est vrai encore que nous ne nous reconnaissons pas dans cette « culture juridique française » inventée au début du 20e siècle pour faire pièce, précisément, à la montée en puissance des États-Unis sur la scène diplomatique[11]. Mais nous sommes des lecteurs acharnés et enthousiastes de Klimrath, Laboulaye, Renouard, Leroy, Demogue, Cruet, ou Lévy, que nous plaçons très haut dans notre Panthéon personnel et nous trouvons que le génie juridique national s'y manifeste avec plus d'éclat que chez nos Hauriou, Ripert ou Carbonnier (celui qui est aujourd'hui statufié) !

2. Un projet nihiliste

7 - Il est difficile de faire droit à cette critique avant d'en comprendre le sens, et l'usage du terme « nihilisme » n'aide pas. Leurs auteurs veulent-ils dire que nous sommes des anarchistes ? Ou que notre critique théorique de la dogmatique conduit à ne plus rien pouvoir *faire* - une version moderne de la critique de l'*argos logos* attribué aux sceptiques (quelque chose du genre : « si rien n'est certain, il ne sert à rien d'entreprendre quoi que ce soit ») ? Commençons par noter que l'anathème du nihilisme est régulièrement brandie depuis plus d'un siècle contre tous les juristes qui ont essayé de suggérer que le droit pourrait ne pas être un système cohérent et rationnel assez contraignant pour rationaliser effectivement nos mondes vécus. Il semble que s'éloigner de cette idée revienne à verser dans une vision apocalyptique où le droit serait un immense chaos ouvert au pouvoir discrétionnaire des intérêts et des forces dominantes.

8 - Les termes de cette attaque sont intéressants. Ils révèlent la nature de la formation que ces facultés entendent donner à leurs étudiants. Quant à la portée rhétorique de la référence au nihilisme, elle vise à « alerter l'auditoire de la présence d'une menace intellectuelle »[12]. Dans l'histoire récente des idées juridiques, elle a d'ailleurs été souvent employée des deux côtés de l'Atlantique pour critiquer des mouvements qui prétendaient remettre en cause la rationalité interne du droit. Duguit s'est fait taxé d'anarchiste (un comble !), sans doute parce qu'il ne pensait pas assez que le droit devait reposer *in fine* sur la seule puissance de l'État national. Demogue, qui fut professeur de droit civil à la faculté de droit de Paris, fut traité de nihiliste parce qu'il ne pensait pas que les valeurs de son époque détenaient « la structure rationnelle [...] nécessaire pour [qu'on puisse] concevoir la création et l'application des règles de droit comme des pratiques dotées d'une forte logique interne »[13]. Nihiliste donc, sans doute parce qu'il n'arrivait pas à trouver le droit lui-

10 V. par ex. *http://www.harvardiglp.org/events/franco-american-legal-influence-then-and-now/*.

11 *F. Audren et J.-L. Halperin, La culture juridique française : éd. du CNRS, 2013, spéc. pp. 157 et s.*

12 *D. Kennedy et M.-C. Belleau, La place de René Demogue dans la généalogie de la pensée juridique contemporaine : RIEJ 2006, p. 202.*

13 *D. Kennedy et M.-C. Belleau, préc. note (12), p. 202.*

même assez ordonné pour pouvoir prétendre à son tour ordonner le monde. Nihiliste encore, Jerome Frank, un célèbre juriste américain que nos contradicteurs citent en lui attribuant l'opinion selon laquelle les juges décident en fonction de ce qu'ils ont mangé au petit déjeuner. Il n'est pas certain que l'expression soit de lui, mais il pensait certainement que les décisions des juges comportaient une part irréductible de discrétion et d'indétermination. Frank estimait en effet que les « raisons juridiques » au nom desquelles les juges justifiaient leurs décisions n'expliquaient pas les causes réelles de la décision prise. Au fond, un argument de facture décisionniste très classique qu'un Michel Troper ne renierait pas et qu'on pourrait même peut-être trouver sous la plume de nos contradicteurs. En tout cas rien qui exige de faire chauffer les fagots du bucher.

9 - Mais Demogue et Frank sont des hors-d'œuvre : nos collègues associent encore le projet de l'EDSP aux *critical legal studies*, et si un mouvement a été taxé de nihiliste dans la pensée juridique moderne, c'est bien celui-là ! Il est vrai que nombre de professeurs de l'EDSP éprouvent amitié et respect pour l'un des fondateurs de ce courant de pensée, Duncan Kennedy, au point de lui avoir décerné leur premier doctorat *honoris causa*[14]. Il est vrai encore que les détracteurs de Duncan Kennedy n'ont cessé de le taxer de nihiliste - au motif que la critique sceptique de la rationalité juridique interdirait l'action en empêchant de penser le droit de manière utile aux acteurs (le fameux *argos logos*). L'argument est mauvais. Il confond scepticisme et nihilisme, identifie à tort le scepticisme et l'inaction. D'ailleurs, les mêmes reprochent souvent à Duncan Kennedy d'être trop militant…

10 - Pour notre part, nous pensons que la raison pratique ne tourne pas toute entière autour de la question de la vérité, qu'il est possible et même parfois souhaitable d'agir sans référence exclusive à la vérité des principes de l'action, qu'on peut donc avoir perdu la foi dans la rationalité du droit, être profondément sceptique, et pourtant porter des projets concrets, agir dans le monde, sans se contredire. Simplement parce que la vérité n'est pas le seul motif légitime de nos actions. De ce que rien de ce monde n'est assez certain pour qu'on cesse de chercher et peut-être même de ce que toute chose « coulerait » (ou « flotterait » comme diraient les Japonais), il ne résulte pas qu'on soit condamné à l'inaction. Tout au contraire, on peut vouloir se dépêcher de profiter de ce qui passe. Variation sur le thème : « Mignonne allons voir si la rose (…) ». Comme d'autres, nous avons perdu la foi dans la rationalité interne du droit (sa rationalité technique comme sa rationalité dogmatique), et partant dans la capacité de cette rationalité interne à contraindre efficacement les acteurs, donc dans sa capacité à rationaliser nos mondes vécus. Peut-être un jour y parviendra-t-on. En attendant, et sans trop y compter, notre défaut de foi ne nous prévient pas d'agir dans le monde par le droit, et d'agir dans le monde du droit[15].

11 - Mais revenons au nihilisme. L'anathème repose sur l'idée que le droit doit être pris « très au sérieux »[16], parce qu'il offre des solutions certaines aux questions que lui pose le monde. C'est bien pourquoi il faut l'étudier dans les moindres détails : les textes, leurs interprétations jurisprudentielles, les pratiques professionnelles… Tout le contraire de ce que prônait Jerome Frank, le juriste sceptique honni qui pensait que les règles ne doivent pas être « connues » parce qu'elles ne nous sont pas données et qu'il convient donc plutôt d'enseigner aux futurs juristes les tours de main et savoir-faire requis pour les produire correctement. Il est vrai que Frank passait toute mesure, estimant que les faits non plus ne sont pas donnés mais construits par les praticiens du droit, allant ainsi jusqu'au bout de cette belle idée que le droit non seulement reflète et règle mais produit la réalité sociale. Et comme il était aussi sceptique à propos des valeurs, il ne voyait pas dans ce qui précède un appel au droit naturel ou à la morale. En fait, il y voyait une bonne raison pour les juristes d'assumer publiquement leurs responsabilités politiques au lieu de se cacher derrière « l'interprétation des textes » ou de recourir à ce qu'un autre de nos amis, qui se reconnaîtra, appelle la « stratégie du ventriloque » (« ce n'est pas moi qui parle, je dis le droit, je suis la bouche de la loi, le Droit parle à travers moi »).

12 - Ici, il convient d'être précis : le triple scepticisme (des règles, des valeurs et des faits) *ne veut pas dire* que les juges font ce qu'ils veulent, en fonction de ce qu'ils ont mangé au petit déjeuner. Il est vrai que le scepticisme des règles conduit au décisionnisme juridique, mais le décisionnisme juridique *ne consiste pas* à affirmer que les décisions des acteurs sont entièrement indéterminées. Si c'était ça, ce ne serait pas très intéressant et ce serait faux, parce qu'il arrive très souvent que les règles de droit soient tout à fait déterminées et qu'elles déterminent absolument la conduite des acteurs. Personne, pas même Jerome Frank, ne l'a jamais nié. Il arrive donc, bien sûr, que la logique « purement » juridique produise véritablement une « nécessité » assez contraignante pour déterminer les décisions des acteurs. Le décisionnisme juridique ne nie pas cela, il affirme que même si les règles sont claires, il est toujours possible d'essayer de décider de ne pas les suivre si la situation l'exige.

13 - Soyons concrets. Imaginez que vous ne puissiez absolument pas accepter le résultat prévu par un dispositif juridique don-

14 *Ch. Jamin, Éloge de Duncan Kennedy : LPA 27 déc. 2011, p. 3.*

15 V. pour une application très concrète de cette manière de penser en droit des contrats, *R. Demogue et C. Jamin, Des modifications aux contrats par volonté unilatérale : Dalloz, coll. Tiré à part, 2013.*

16 *JCP G 2014, doctr. 1264, préc. note (1), n° 7.*

« Il faut renoncer à l'illusion d'un droit systématique et rationnel pour lui préférer l'image d'une activité humaine complexe et créative (...), mélange d'ordre et désordre, de rationalité et d'irrationalité, de justice et d'arbitraire (...) »

né (par ex., vous êtes Président, allez perdre le pouvoir parce que vous n'avez pas le droit de solliciter un nouveau mandat). Quand vous arrivez à ce point, rien ne peut garantir que vous n'allez pas chercher à changer les règles du jeu pour obtenir un autre résultat (par ex. changer les dispositions qui vous interdisent de vous représenter). En cas d'échec de cette tentative, rien ne peut garantir que vous n'allez pas essayer de jouer en dehors des règles. Par exemple, en faisant un coup d'État au nom de la Constitution. L'argument est connu des lecteurs de Schmitt que connaissent très bien nos deux contradicteurs. Ce « rien ne peut garantir » veut simplement dire qu'il est toujours possible, dans les moments cruciaux, de recourir à l'exception. Mais chez Schmitt, ce genre de choses n'arrive que lorsque l'enjeu est la survie du régime politique qui garantit le mode de vie auquel on est attaché, l'exception a des odeurs de guerre civile et hante exclusivement le droit constitutionnel. Ce que les juristes réalistes américains ont montré, c'est que cette conception de l'exception est inutilement grandiloquente.

14 - Dans sa version ordinaire et juridique, l'exception n'est rien d'autre que la possibilité toujours ouverte d'essayer d'indéterminer une détermination juridique, de faire tout ce qui est en son (petit) pouvoir pour créer de l'indétermination, même là où tout semblait parfaitement déterminé. C'est ce que font tous les jours les avocats quand le matériau juridique qu'on leur apporte semble aller à l'encontre des intérêts de leurs clients. C'est aussi ce que font les juges qui estiment que leur office n'est pas seulement d'« être la bouche de la loi », mais aussi de « rendre la justice » ou de « garantir des droits et valeurs fondamentales » (ce qui n'est pas toujours pareil). Les réalistes américains ont ainsi montré qu'on trouve des juges désireux d'indéterminer les déterminations juridiques dans les affaires civiles ou administratives, même lorsque les enjeux concrets sont faibles, pourvu que ces affaires mettent en jeu des positionnements idéologiques forts[17]. Pensons aux affaires *Dieudonné* ou *Baby Loup*. Ce que Jerome Frank et avec lui (mais aussi contre lui) plusieurs décennies de *critical legal studies* nous enseignent, c'est donc quelque chose comme un décisionnisme juridique ordinaire, diffus, de tous les jours, au sommet de l'État bien sûr, mais aussi devant le moindre tribunal. Cela ne transforme pas pour autant le droit en chaos, mais en mixture instable d'ordre et de désordre. Il n'y a rien d'effrayant à penser cela, il faut seulement renoncer à l'illusion d'un droit systématique et rationnel pour lui préférer l'image d'une activité humaine complexe et créative qui, comme toutes les activités humaines complexes et créatives, est un mélange d'ordre et désordre, de rationalité et d'irrationalité, de justice et d'arbitraire, et de bien d'autres choses encore.

15 - Ce genre de scepticisme ne permet donc pas de dire que les juges font ce qu'ils veulent (ce qui serait faux) mais de jeter de la lumière sur les cas où ces derniers essayent de faire autre chose que ce qui était prévu (ce qui était déterminé par le matériau juridique donné) et ce dans les cas qui ont une forte signification politique et sociale, c'est-à-dire dans les cas qui nous intéressent le plus, pour ne pas dire dans les seuls cas qui nous intéressent. Cela suffit pour que nous préférions user de notre temps de chercheurs à essayer de comprendre ce que font *vraiment* les acteurs du droit dans ces cas-là, ce que sont les véritables raisons, juridiques et non juridiques, conscientes et inconscientes, structurelles et conjoncturelles, avouables et non avouables, de leurs actions (en s'aidant pour se faire de toutes les ressources offertes par les autres sciences humaines et sociales) plutôt qu'à vouloir à tout prix continuer à entretenir l'image partiale, peu féconde et largement décrédibilisée d'un droit systématique, rationnel et cohérent, appliqué avec zèle par des juges « bouches de la loi » en espérant par-là sauver ce qu'il reste de l'autorité de la doctrine.

16 - Mais revenons à l'enseignement du droit et à Jerome Franck, une dernière fois, car il existe un lien entre ce que nous venons d'écrire et l'enseignement d'un droit qu'on nous reproche de ne pas prendre suffisamment au sérieux. De son triple scepticisme à l'égard des règles, des valeurs et des faits, Frank avait conclu que six mois passés au sein d'une faculté pour comprendre la rhétorique des arrêts et apprendre à discuter des analyses doctrinales suffisaient bien à l'apprentissage du droit (pour mémoire, à l'EDSP, nous en sommes à deux années intensives qui font suite à un premier cycle universitaire). Il lui semblait inutile d'étudier tous les éléments d'un droit substantiel déjà volumineux durant les années 1930 ; mieux valait, selon lui, s'en tenir à l'acquisition de la dialectique juridique en l'appliquant à quelques domaines seulement, les étudiants étant capables ensuite de l'étendre à tous les autres. Mais surtout, pour lui, le droit ne pouvait s'apprendre qu'en étudiant concrètement des cas concrets, par quoi il entendait non pas l'analyse des arrêts plus ou moins anciens, mais l'immersion dans des dossiers qu'il fallait étudier sous tous les angles (substantiel, procédural, stratégique, psychologique, rhétorique, etc.) sous l'autorité de professeurs dont il pensait qu'ils devaient avoir pratiqué au moins pendant dix ans avant d'entamer une carrière académique - exception notable faite pour ses collègues impliqués dans des recherches pluridisciplinaires dont il pensait que les juristes pouvaient tirer le plus grand bénéfice dans la pratique. Le tout sans le moindre esprit de système.

17 - Faut-il déduire de ce genre d'idées que le droit n'est qu'un chaos, qu'il n'y a rien à en tirer de constructif pour l'action ? Il

17 *D. Kennedy, A Semiotics of Critique, 22 Cardozo L. Rev. 1147 (2001).*

nous semble que c'est tout l'inverse : nous en tirons la leçon que les acteurs du droit - juges, administrateurs et professeurs - disposent du formidable pouvoir politique de déterminer les règles auxquelles les citoyens sont soumis et qu'à ce titre, ils devraient accepter d'exposer et de discuter ce qu'ils font, pensent et disent sans chercher à nous faire croire (et à se convaincre eux-mêmes) qu'ils sont commandés par une raison juridique supérieure, des principes généraux incontestables, des contraintes techniques indépassables, la force des textes et autres paravents maladroits qu'il est vain d'apprendre et de vouloir maîtriser dans les moindres recoins. Cette conception du droit n'est pas nihiliste, elle est sceptique et politique. Elle s'oppose à celle, technique et dogmaticienne, qui règne dans les facultés de droit. Il est vrai que MM. Beaud et Libchaber estiment que ce règne est une invention dont ils nous créditent, parce que le soi-disant « modèle doctrinal », qui nous sert de repoussoir, n'existe pas. Nous pensons au contraire qu'il existe et que leur critique de l'EDSP en est une splendide illustration.

3. Une critique d'un modèle doctrinal inexistant

18 - Notons d'abord qu'il n'y a pas lieu de fétichiser le terme (pas plus que celui d'« entité doctrinale » par où le débat est arrivé[18]). L'idée de « modèle doctrinal » n'est pas un concept rigoureux, et pour tout dire, nous pensons que la description précise des modes de raisonnement et d'argumentation des juristes contemporains reste à produire. De même, tracer ses diverses généalogies possibles est encore aujourd'hui une tâche à accomplir. En bons sceptiques, nous savons fort bien combien il est difficile, et peut-être vain, d'essayer de comprendre à fond son propre présent. Il reste que pour les besoins de la discussion scientifique, il n'est pas inutile de pouvoir nommer un genre littéraire précis, qui est aussi un mode de théorisation et un style. Le genre littéraire doctrinal est celui des « théories générales » ou des « constructions juridiques » par lequel on associe une institution de droit donnée à une catégorie juridique unique, d'où l'on déduit (par subsomption) des principes, d'où l'on déduit (par subsomption) des règles qui sont censées décrire le droit en vigueur. Quand on se situe à l'articulation des règles et des principes, le travail est en général dit « technique ». Quand on se situe à l'articulation des principes et des catégories, le travail est en général considéré comme plus « dogmatique ». Nombre de collègues ont renoncé à ce dernier aspect, situent la vérité du droit dans la seule technique juridique qu'ils produisent en l'énonçant, le plus souvent dans des revues spécialisées, sous la forme de notes de jurisprudence ou d'articles sur des sujets spécifiques. D'autres cherchent encore à exposer le système rationnel et cohérent des institutions de droit, le plus souvent dans des manuels et des traités. Certains font les deux, parfois avec talent. Ils sont guidés par l'idée qu'il est possible de rationaliser le droit en train de se faire en subsumant les règles sous des principes, les principes sous des catégories, et en rangeant les catégories dans un système. Ils pensent que cet exercice de rationalisation du droit est le fait exclusif de la « science juridique », discipline distincte et séparée des autres sciences sociales. Ils pensent que ce savoir doit jouer un rôle concret en orientant l'évolution du droit. Ils pensent que ce rôle est à la mesure de l'autorité savante de la corporation qui le produit. Le fait de penser cela conduit les juristes français à adopter un certain style d'écriture, une certaine manière de citer les textes et les références, à lire certains livres plutôt que d'autres, à entretenir certains types de relations avec le législateur, les juges et les administrateurs, à enseigner le droit d'une certaine manière. Toutes ces croyances conduisent à uniformiser le style et la pensée des juristes français, qui d'ailleurs se considèrent souvent eux-mêmes moins comme des intellectuels que comme les membres d'une corporation experte. Cette manière de faire n'est pas nouvelle, elle a peut-être été inventée par Savigny, importée en France à la Belle Époque et triomphée dans les années 1930. Depuis, le genre ne s'est guère renouvelé, il décline lentement, oublie sa vocation scientifique, se transforme en expertise ou en vulgate (ou les deux). Vu de l'étranger, le « style des juristes français » est perçu comme incroyablement homogène, quand ce n'est pas très codé et fort ennuyeux. Pour parler de cette chose-là, il n'est pas inutile d'avoir un mot. « Entité doctrinale » ou « modèle doctrinal » font l'affaire. Bien sûr, tous les juristes français ne se reconnaissent pas dans ce modèle, mais c'est le cas d'un nombre suffisant pour que cette conception de la pensée juridique détermine les usages en matière d'enseignement.

19 - Nos collègues affirment que ce modèle n'existe pas. Mais ils affirment aussi qu'« Il y a des textes qu'il faut connaître ; des interprétations jurisprudentielles qu'il faut comprendre ; des pratiques professionnelles dont il faut saisir les besoins et les prolongements » et ils ajoutent que ces « différents éléments » doivent être « coordonnés par la doctrine » pour « form[er] un savoir stratifié, organisé, différencié selon les disciplines »[19]. De quoi ils concluent que l'enseignement du droit doit tendre à la maîtrise de ces disciplines, ce qui requiert qu'on y consacre « quelques années d'études »[20]. Nous sommes entièrement d'accord avec eux : nous aussi, nous estimons que la doctrine se donne effectivement la tâche de coordonner le matériau juridique pour former un savoir stratifié, organisé et différencié (un système donc) et c'est ce système qu'on enseigne en cinq ans dans les facultés de droit. Mais si nos collègues pensent vrai-

18 *Ph. Jestaz et Ch. Jamin, L'entité doctrinale française : D. 1997, chron. p. 167 et s. - Adde, F. Terré, L. Aynès et P.-Y. Gautier, Antithèse de l'entité : D. 1997, chron. pp. 229-230.*

19 *JCP G 2014, doctr. 1264, préc. note (1), n° 7.*

20 *JCP G 2014, doctr. 1264, préc. note (1), n° 7.*

ment ce qu'ils écrivent, s'ils pensent vraiment que la doctrine coordonne le matériau juridique pour le stratifier, l'ordonner, le différencier et qu'ils trouvent ça très bien, pourquoi nous dire que le modèle, dont pour notre part nous voulons nous distinguer, n'existe pas ? Si l'expression « modèle doctrinal » ne leur convient pas, peut-être préfèrent-ils leurs propres termes ? Parlons donc de « *coordination doctrinale* » du droit et n'en parlons plus.

20 - Ou plutôt si, parlons-en encore un peu. Si le droit se présente comme un ensemble stratifié, ordonné et différencié en disciplines distinctes, et si ces divisions déterminent un certain découpage dans l'enseignement du droit, c'est bien précisément parce que les universitaires (la doctrine) l'ont décidé ainsi. La primauté a été donnée dans l'enseignement juridique au « droit des professeurs de droit », c'est-à-dire à la représentation du droit que se font les professeurs de droit. Mais on pourrait penser au contraire que pour mieux former des praticiens, il est utile de leur proposer une vision du droit plus en adéquation avec celle à laquelle ils seront confrontés dans la pratique. Et dans la pratique, le droit n'apparaît ni comme découpé en branches ou différencié en disciplines, ni comme stratifié et ordonné par des principes. Et le savoir le plus utile au futur praticien, qui apprendra au demeurant son métier comme tout le monde, en le pratiquant, c'est bien de pouvoir s'orienter dans l'apparent magma sous la forme duquel se présente le droit dans la vraie vie.

21 - Au début du 20e siècle, certains juristes, certes peu connus (qui se souvient du professeur toulousain Brissaud ?), avaient pourtant soutenu, en France même, que cette manière de présenter le droit, analytiquement, n'était pas satisfaisante, car le droit ne se découpait pas en branches dans la vie pratique. Aussi avaient-ils songé à inaugurer des « écoles pratiques du droit » qui seraient venues compléter les cours facultaires. Cependant ils ne poussèrent pas plus loin leur analyse en tirant les conséquences ultimes de leur propos, au rebours de certains « réalistes » aux États-Unis. Ce que ces derniers souhaitaient, c'était appréhender le droit « en action », non l'enseigner à partir de textes et d'interprétations soigneusement sélectionnées par la doctrine, mais à partir de cas concrets (non pas des arrêts, mais des « dossiers » étudiés dans leur contexte). Dit autrement, non pas enseigner le droit des contrats tel qu'il est présenté dans les livres, mais prendre pour point de départ les contrats tels qu'ils sont conclus et exécutés dans la vie réelle. Poussée jusqu'à son terme dans notre pays, cette façon de procéder aurait mis en lumière une vision du droit plus foisonnant, plus incertain, parfois logique mais parfois illogique, parfois cohérent, mais parfois contradictoire, certainement changeant et forcément incomplet, un droit en tout cas nettement moins « autonome » que celui qui apparaît dans les livres. Contre la production et l'enseignement du « modèle doctrinal » (pardon, de la « coordination doctrinale ») nous estimons que la science juridique devrait chercher à appréhender cette vision du droit là, non seulement comme objet de savoir, mais comme objet d'enseignement. Qu'il est préférable de renoncer à quelques certitudes sur la vérité du droit, sa complétude et sa rationalité pour faire justice à ce que font vraiment les juristes, s'intéresser à leurs tours de mains et savoir-faire, voire à leurs « trucs » (pour parler comme Gény). Ce faisant, d'une part on peut mieux les étudier, et pour ce faire, toute la boîte à outils des sciences humaines et sociales n'est pas de trop, d'autre part, on peut mieux les enseigner aux futurs praticiens. Appréhendé dans cette perspective, le droit ne se laisse plus diviser en disciplines ou branches et n'a pas besoin de coordination doctrinale. S'ouvre ainsi la possibilité de réfléchir à de profondes modifications du travail des professeurs et à d'autres façons d'enseigner le droit, en incitant, par exemple, au développement des programmes dits de « cliniques juridiques »[21].

22 - Nous estimons pour notre part que la capacité collective des professeurs de droit à envisager la possibilité de changer en profondeur la manière dont ils pensent et enseignent le droit est au cœur du débat sur la liberté institutionnelle et intellectuelle des facultés de droit. Comme le soulignent nos collègues, nous exerçons le même métier, mais il y a de très nombreuses et très diverses manières de l'exercer. Soit les facultés de droit ont la force de s'ouvrir à d'autres modes de théorisation, d'autres styles et d'autres types d'enseignement du droit que ceux qui procèdent du « modèle doctrinal » dominant, soit elles seront incapables de se hisser à la hauteur de leur vocation, qui est de conquérir la liberté savante et politique qui leur fait tant défaut aujourd'hui. Dans ce sens, MM. Beaud et Libchaber semblent être restés au milieu du gué : ils veulent la liberté mais pour faire la même chose, pour préserver le modèle intellectuel dominant. La conquête de la liberté institutionnelle et intellectuelle des facultés de droit engage pourtant de toute évidence de nouvelles manières de penser et d'enseigner le droit, de nouveaux rôles politiques pour les professeurs de droit, une transformation profonde de la manière d'exercer leur métier. Imaginer que les facultés puissent devenir libres en continuant à faire ce qu'elles font comme elles le font est un vœu pieu. ■

21 V. sur ce thème, *Ch. Jamin, Cliniques du droit : innovation versus professionnalisation ? : D. 2014, pp. 675 et s.*