



HAL
open science

De la vocation des facultés de droit (françaises) de notre temps pour la science et l'enseignement

Christophe Jamin, Mikhaïl Xifaras

► To cite this version:

Christophe Jamin, Mikhaïl Xifaras. De la vocation des facultés de droit (françaises) de notre temps pour la science et l'enseignement. *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, 2014, 72 (1), pp.107 - 140. 10.3917/riej.072.0107 . hal-03385326

HAL Id: hal-03385326

<https://sciencespo.hal.science/hal-03385326>

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.

De la vocation des facultés de droit (françaises) de notre temps pour la science et l'enseignement

Christophe JAMIN

Directeur, École de Droit de Sciences Po (Paris)

Mikhail XIFARAS

Professeur, École de Droit de Sciences Po (Paris)

Avant-propos

Christophe Jamin est le directeur de l'École de Droit de Sciences Po. Il a relaté les motifs et l'expérience de sa création en 2009 dans un petit livre, La cuisine du droit (Lextenso, 2012, 277 pages), qui a suscité une vive controverse après sa parution en France¹. Mikhaïl Xifaras a participé de près à cette création en tant qu'enseignant à l'École de droit et responsable de son programme doctoral. Il a voulu apporter sa pierre à la discussion en proposant un compte rendu de ce livre à la plupart des revues juridiques françaises d'actualité, qui ont toutes refusé d'en assurer la publication, sous des motifs divers, parfois surprenants.

Ces refus ont conduit l'un et l'autre à vouloir donner à ce compte-rendu la forme d'un article écrit de concert et d'aller se faire publier ailleurs, en l'occurrence en Belgique, pays dont ils connaissent et apprécient l'hospitalité. Les idées qui s'y trouvent ne prétendent pas être originales, elles ont souvent été mieux dites ailleurs, et depuis fort longtemps. Il semble toutefois qu'elles ont été perçues comme urticantes dans les facultés de droit françaises, ce qui, aux yeux des auteurs, en dit plus long sur celles-ci que sur celles-là. Le but de cet article n'est pas de donner à un public étranger le spectacle douteux des bisbilles de la communauté académique

¹ Th. WICKERS, « Remettre la faculté de droit au service de la profession d'avocat », *Gaz. Pal.*, 14-16 oct. 2012, p. 13; H. CROZE, « Confessions d'un cumulard – Essai de schizophrénie juridique », *Gaz. Pal.*, 28-30 oct. 2012, p. 10; F. ROME, « "Facs" de droit : apocalypse now ? », *Recueil Dalloz*, 1er nov. 2012, n°38, p. 2505; P. BRUN, « Les facultés de droit sont au service des usagers de l'enseignement supérieur », *Gaz. Pal.* 11-13 nov. 2012, p. 13; M. GOBERT, « Lettre ouverte à Monsieur le Bâtonnier Wickers », *Petites Affiches*, 20 mars 2013, n° 57, p. 7 ; Adde, Th. WICKERS et P.-Y. GAUTIER, « La formation d'un jeune juriste au XXI^e siècle », *Gaz. Pal.*, 20-22 janv. 2012, p. 10; P. ANCEL, « compte rendu de Christophe Jamin, *La cuisine du droit* », *RTD Civ.* 2013/1, p. 213.

française, mais de tirer de cette polémique quelques enseignements susceptibles de nourrir la réflexion sur l'enseignement du droit, en France et au-delà.

Débattre de l'enseignement du droit dans les facultés de droit

Commençons par rappeler les conditions de la réception de la *Cuisine du droit*. Il fallut attendre le compte-rendu positif qu'en fit un ancien président du Conseil National des Barreaux (Thierry Wickers), sous un titre quelque peu provocateur (« Remettre les facultés de droit au service de la profession d'avocat »), pour qu'une polémique, très violente, prenne corps, directement à l'encontre du compte-rendu et de son auteur, indirectement contre le livre lui-même. Il faut se réjouir de ce vacarme : le débat sur l'enseignement du droit en France a été à peu près inexistant durant des décennies, alors qu'il intéressait tous les juristes de quelque rang jusqu'aux années trente. Il indique aussi que les professeurs de droit sont encore capables de passions quand il s'agit de discuter de leur métier. Et l'on entend souvent dire que la création de l'École de Droit de Sciences Po en 2009 n'est pas pour rien dans cette revitalisation. Raison de plus pour souhaiter qu'au vacarme succède la discussion de fond que le sujet mérite.

Dans un éditorial furieux signé sous le pseudonyme de Felix Rome, Denis Mazeaud fait état des conditions selon lui requises pour que celle-ci ait lieu. Il mentionne l'objectivité, la sérénité et le respect². Sans doute. Pour notre part, nous ajouterions volontiers à cette liste deux autres exigences, à titre préalable. *Primo*, vouloir entendre et faire droit aux éventuelles critiques plutôt que se réfugier dans des postures d'autorité. *Secundo*, accepter de débattre sérieusement sans se contenter de formules. Thierry Wickers trouve qu'on enseigne mal le droit dans les facultés de droit. Peut-on se contenter de rétorquer (Denis Mazeaud) qu'on connaît de bons avocats qui y ont été correctement formés, voire en produire la liste par voie de pétition comme le fait notre collègue Michelle Gobert³ ?

Le débat est pourtant sérieux. Il porte sur la pertinence pédagogique d'une certaine conception « doctrinale » de la pensée juridique et de son enseignement. Thierry Wickers trouve dans la *Cuisine du droit* une généalogie politique de cette conception, qui retrace le rêve conçu par l'École de nous prémunir contre l'arbitraire des acteurs, particulièrement des juges, en les soumettant à l'autorité de leurs « théories générales », évalue ensuite le succès de cette prétention, conclut à son échec et invite à passer au chapitre suivant. Est-ce à ce point ridicule qu'il faille se contenter d'en

² Voy. *supra*, n. 1.

³ Voy. *supra*, n. 1.

sourire (Philippe Brun) ou hésiter entre en rire et en pleurer (Denis Mazeaud) ? Il nous semble qu'on gagnerait à sortir de l'ironie et des formules, d'autant que celles-ci nourrissent le soupçon – certainement injustifié – de masquer l'ignorance de ceux qui en usent. Les questions soulevées méritent bien d'être discutées comme il se doit, c'est-à-dire avec le minimum raisonnable d'érudition qu'on est en droit d'attendre d'une corporation savante s'interrogeant sur sa vocation. Le dialogue engagé avec Hervé Croze dans *La Semaine Juridique* (au demeurant très lue) montre assez bien qu'une telle exigence n'est pas irréalisable⁴. C'est aussi ce que font Pascal Ancel dans le compte rendu qu'il donne de la *Cuisine du droit* à la *Revue trimestrielle de droit civil*⁵, les éditeurs et contributeurs de la revue *Grief* qui consacre le dossier de sa première livraison à l'École de Droit de Sciences Po⁶ ou encore ceux de la revue *Jurisprudence Critique* dont le premier numéro porte sur l'enseignement du droit⁷. Discutons donc.

Savoir de quoi l'on parle, sortir des lieux communs

Pour discuter sérieusement, il faut savoir de quoi on parle. Non pas seulement généraliser son expérience personnelle et l'horizon dans lequel elle s'inscrit, mais faire usage des outils ordinaires des juristes savants lorsqu'ils cherchent à connaître un problème : *a minima* l'histoire et le droit comparé. Affirmer comme un dogme qu'on ne peut enseigner le droit qu'en cinq ans, c'est n'avoir aucune idée de ce qui se passe en Angleterre comme sur une bonne moitié du globe. Penser que l'autonomie des Universités se confond nécessairement avec leur caractère public, c'est n'avoir pas assez médité l'exemple japonais. Croire que les facultés de droit ont conservé le monopole de la formation des avocats, c'est n'avoir pas lu les ouvrages de sociologie qui décrivent les évolutions récentes de la profession. Penser *a priori* que le cours d'amphithéâtre est une expérience nécessaire au développement intellectuel des étudiants, c'est ignorer des bibliothèques entières d'études pédagogiques.

Notons que pour débattre de l'avenir des facultés de droit et de ce qu'on y enseigne, nous manquons cruellement d'études empiriques. On

⁴ H. CROZE et Chr. JAMIN, « Formation des juristes : dialogue entre cuisinier et gastronome », *Juris Classeur Pér. Ed. Générale*, 2012, 928; H. CROZE et Chr. JAMIN, « Formation des juristes 2 : échange électronique avec un schizophrène juridique », *JurisClasseur Périodique Ed. Générale*, 2013, 433.

⁵ P. ANCEL, « Compte rendu de Christophe Jamin, *La cuisine du droit* », *op. cit.*, *supra* n.1.

⁶ O. CAYLA et R.M. KIESOW (eds.), *Grief*, Editions de l'EHESS, Paris, Dalloz, 2014, n°1.

⁷ A. GUIGE, S. PIMONT, V. FORRAY, (dirs.), dossier « L'enseignement du droit au début du 21ème siècle. Perspectives critiques » in *Jurisprudence - Revue Critique*, Université de Savoie, Lextenso, vol. 1, 2010.

Accessible en ligne : <http://www.fac-droit-savoie.fr/index.php?page=430#TOME1>

nous dit par exemple que ces facultés sont garantes des « vertus républicaines » (Denis Mazeaud), par quoi on veut sans doute évoquer l'ouverture sociale qui les caractériserait. Il est vrai que les facultés de droit accueillent les élèves issus de quartiers défavorisés (les fameuses « Zones d'Education Prioritaires »⁸) qui viennent s'y inscrire, mais combien d'entre eux sont effectivement diplômés cinq années plus tard, à la fin du master ? Nous n'en savons rien, et tant que nous n'en saurons rien, le débat restera abstrait. On peut toutefois imaginer que la réponse varie grandement selon les établissements : faire réussir ces étudiants est devenu la marque de fabrique de certaines facultés comme Villetaneuse ou Nanterre où les collègues et l'administration dépensent des trésors d'efforts et d'imagination pour y parvenir. Ailleurs, d'autres collègues et d'autres administrations font, parfois très explicitement, tout ce qui est possible pour leur barrer l'accès ou s'en débarrasser au plus vite. On peine à croire que Denis Mazeaud ait pu ne pas avoir vent de ces pratiques. On peine donc à croire que tout ce qui se fait dans les facultés de droit soit forcément vertueux et républicain.

On affirme aussi que les facultés de droit ont pour vocation première de former des juristes, mais combien des étudiants qui les fréquentent deviennent effectivement juristes ? Et que deviennent les autres ? Là encore, nous n'en savons rien, faute de nous être donné les moyens de le savoir. Nous nous trouvons ainsi condamnés à concevoir et dispenser un enseignement sans savoir à quoi il sert vraiment.

Il faut en tirer ce premier enseignement : le débat sur l'enseignement du droit en France est saturé d'idéologie et de lieux communs, nous manquons cruellement d'études empiriques fiables et, pour une large part, nous ne savons pas de quoi nous parlons. Comment se fait-il qu'une communauté savante pourtant rompue à ce genre d'études ait si peu d'appétence à se connaître elle-même ? Comme si l'avenir des facultés de droit exigeait qu'on les loue plutôt qu'on les connaisse et les réforme. Nous en sommes donc réduits à tâtonner. Eh bien, tâtonnons. Nous nous en tiendrons à trois questions : que faut-il enseigner dans les facultés de droit, à qui confier ces enseignements et que font les professeurs de droit de leur temps.

⁸ Rappelons que l'ancien président de Sciences Po Richard DESCOINGS avait défrayé la chronique en concluant des conventions avec les lycées situés dans ces zones, ouvrant avec succès aux élèves concernés une voie d'accès nouvelle à l'établissement, dans le but affiché de diversifier socialement un système de reproduction des élites célèbre pour son incroyable étroitesse.

1. Que faut-il enseigner dans les facultés de droit ?

Le droit des facultés de droit entre technique et dogmatique

Le président Wickers propose de confier la formation des avocats aux avocats eux-mêmes plutôt qu'aux facultés (ou du moins de leur confier un rôle beaucoup plus important). Cette proposition est réfutée par nos collègues soit au motif que les praticiens sont déjà très bien formés à la pratique dans des facultés de droit qui ont su prendre le tournant de la « professionnalisation » soit au motif que la vocation de ces facultés est de former des esprits libres, pas de former à un métier.

Par delà la contradiction des raisons, qui traduit une diversité bienvenue des opinions, on s'accorde pour dire que la technique juridique requise à l'exercice professionnel est bien enseignée dans les facultés de droit, tout en soutenant parfois que cette technique ne peut s'acquérir vraiment que par l'expérience (Hervé Croze). On admet aussi qu'on y enseigne fort bien la théorie – par quoi il faut certainement entendre les « systèmes », ou encore les « théories générales » qui font la substance de ce « droit des professeurs de droit » qui est depuis Savigny la forme ordinaire que revêt la dogmatique sous nos latitudes. Certains en tirent la conclusion que sont inutiles l'enseignement de Derrida ou de Posner (Philippe Brun) ou l'ouverture à la sociologie et aux sciences politiques (Hervé Croze). Ces positions sont courageuses, elles disent tout haut ce que nombre de collègues pensent tout bas, elles décrivent sans fard l'anti-intellectualisme qui règne en salle des professeurs, et ce faisant, nous semble-t-il, elles pointent, involontairement mais implacablement, ce qui explique et nourrit le déclin politique des facultés de droit.

La place du droit dans le monde réel de la vraie vie

Dans la vraie vie, aucun savoir n'est aujourd'hui en mesure de rendre compte à lui seul et intégralement des situations professionnelles concrètes qui attendent nos étudiants, les juristes et les autres. Qu'ils travaillent dans le secteur privé ou dans l'administration, à des postes de responsabilité ou pas, ils auront à comprendre des stratégies d'organisation, des contraintes comptables, un contexte politique. Ils devront donner sens à des textes, s'affronter aux divers enjeux de la vie humaine. Ils seront confrontés à des discours tenus, pas toujours en français, dans les idiomes de l'économie industrielle, de la gestion des ressources humaines, de l'économie, de la théologie, de la géopolitique et de bien d'autres choses, parmi lesquelles, aussi, celui du droit. Dans la vraie vie, le droit n'est pas une dimension étanche de la vie humaine, c'est un des nombreux dispositifs qui

contraignent et rendent possible l'action collective. Rien n'indique qu'il ait jamais été ou qu'il soit toujours le dispositif dominant. C'est pourquoi rien n'est susceptible d'indiquer *a priori* quelle sera la place du droit dans les projets, stratégies et décisions qui pourraient fleurir de cette mixture. Pour maîtriser un tant soit peu ces situations complexes mais quotidiennes, il n'est pas inutile d'avoir acquis un peu plus que des rudiments dans quelques-uns de ces idiomes. C'est même nécessaire si l'on veut articuler les perspectives, opérer les traductions, créer les synergies que bloque la simple juxtaposition de savoirs experts distincts. C'est tout aussi nécessaire pour éviter la fascination, garder la distance critique requise à l'endroit de ces savoirs.

On objectera que les professionnels du droit n'ont pas besoin d'être formés à ces opérations, mais qu'ils doivent en revanche maîtriser parfaitement la technique juridique.

La place de la technique dans la formation des professionnels du droit

Faut-il que les futurs avocats, notaires et plus généralement « professionnels du droit » soient d'abord et avant tout d'excellents techniciens ? L'ironie de l'histoire veut que ce soit ce qu'affirmaient déjà au début du XX^e siècle les ... avocats, quand les facultés de droit s'étaient réformées pour y introduire autre chose que l'enseignement des codes. Ces avocats prétendaient aussi que ces nouveaux enseignements étaient bons pour former des administrateurs et des diplomates, mais n'avaient rien à voir avec la vocation des facultés de droit à former des gens de robe. Ils ont tort aujourd'hui et avaient déjà tort hier, parce que la formation des professionnels du droit exige bien d'autres choses que de la technique. Pour le comprendre, il faut faire un peu de prospective.

La conjugaison des technologies de l'information et de la mondialisation fait que les questions juridiques, même (surtout) les plus simples et les plus répétitives, seront de plus en plus traitées ailleurs, aussi bien et moins cher. Devrait rester ce qui est à haute valeur ajoutée et nous quitter tout ce qui peut être standardisé. Or ce qui est à haute valeur ajoutée implique sans doute une bonne dose de sophistication technique, mais plus encore la capacité à répondre aux multiples interrogations des usagers du droit, celle de décrypter les enjeux, de parler les idiomes non juridiques dans lesquels ils s'énoncent, de les traduire, de les articuler entre eux, d'en déduire des stratégies et des projets. Ces questions font l'objet d'intenses débats à l'étranger, dans les revues savantes comme dans la presse, mais

hélas pas chez nous⁹. Il est vrai que dans ces matières, nous souffrons collectivement d'un excès de réponses satisfaites et d'un manque cruel de questionnement. Tôt ou tard, nous le payerons.

De plus, et c'est essentiel, il n'y a pas que les professionnels du droit qui sont concernés par l'enseignement du droit au sein des facultés de droit. N'oublions que le nombre des étudiants qui les fréquentent est aujourd'hui supérieur à 200.000 ! Et ne faut-il pas s'en réjouir ? N'est-il pas heureux qu'une part non négligeable de notre jeunesse soit éveillée aux responsabilités qui seront les siennes à travers un enseignement *par le droit* ? C'est au demeurant le cas depuis deux siècles, il est grand temps d'en tirer les conséquences pédagogiques.

Enseigner les humanités juridiques

Ces jeunes gens ont besoin d'un enseignement réellement généraliste et pluridisciplinaire. Il est possible qu'un enseignement à dominante juridique puisse le leur apporter, à la condition qu'il ait pour finalité non de leur apprendre à faire fonctionner un type unique de dispositifs techniques (généralement organisé autour du contentieux), mais de comprendre la place, variable et parfois fragile, du droit dans les activités humaines, la force et les limites des opérations et raisonnements qui lui sont propres et plus généralement l'art – éminemment politique – d'articuler entre eux divers dispositifs formulés dans des idiomes non juridiques (ce qui tombe bien, le droit étant un formidable opérateur de telles articulations). Pour ce faire, ces jeunes gens ont grand besoin d'accéder aux analyses non juridiques du droit (Derrida ! Posner !), comme aux analyses juridiques d'objets non juridiques (que pense le droit de la littérature, de l'économie, des relations internationales, etc. ?). Pour ce faire, ils ont bien plus besoin de comprendre les enjeux, de maîtriser les concepts juridiques de base (et leur critique !), les modes de raisonnement fondamentaux (et leur critique !), de savoir décrypter les déterminations implicites et explicites des règles de droit et des doctrines que d'apprendre la liste exhaustive de ces dernières, qui se trouvent de toute façon dans les codes et dans les livres. Le droit devrait s'enseigner comme la formidable boîte à outils pour la compréhension du monde tel qu'il est. Ce qui devrait s'enseigner donc, ce sont les humanités juridiques plutôt que la vision étroitement technique et pour tout dire notariale du droit qui domine aujourd'hui bien des cursus (nous avons fort heureusement à l'esprit des contre-exemples passionnants,

⁹ V. sur deux registres très différents, R. SUSSKIND, *The End of Lawyers ? : Rethinking the Nature of Legal Services*, Oxford, Oxford U. Press, 2008; T. DENIS MORGAN, *The Vanishing American Lawyer*, Oxford, Oxford U. Press, 2010.

dans des établissements réputés centraux comme dans d'autres). Bien sûr, le droit, c'est aussi de la technique, il en faut, personne ne le nie. 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. 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.

Libérer les savoirs du droit de l'entreprise doctrinale

Il est aussi vrai qu'on n'enseigne pas seulement la technique dans les facultés de droit, mais aussi la théorie. Celle-ci revêt parfois la forme d'une initiation à l'économie, aux sciences politiques ou à la sociologie. Mais qui ne voit qu'il s'agit là d'un saupoudrage, limité le plus souvent à la première année de licence à destination des étudiants mal orientés, ou bien réservé à la poignée de ceux qui ont réussi à intégrer les très sélectifs « collèges de droit » institués au sein de certaines facultés. 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).

De ce point de vue, l'exemple le plus frappant est sans doute celui de l'enseignement du doyen Carbonnier qu'on présente généralement comme le plus « ouvert » des juristes dogmaticiens, le passeur de la sociologie dans les facultés de droit. Il faut se rappeler que Carbonnier pratiquait la sociologie « sans rigueur » parce qu'il y voyait une « science auxiliaire », un supplément utile à l'élaboration de doctrines juridiques, la seule qui importait vraiment à ses yeux. Sous d'autres cieux, cette démarche surprendrait, les juristes (et les praticiens, à commencer par les juges) qui prennent depuis fort longtemps très au sérieux les outils d'analyse offerts (entre autres) par la sociologie. Ils ne semblent pas s'en porter plus mal, ni être plus mauvais juristes.

Il n'est pas question ici de plaider pour que les juristes deviennent des spécialistes chevronnés de ces savoirs. Il n'est pas question non plus de les inviter à adopter aveuglement, au nom de la pluridisciplinarité, toutes leurs conclusions, plus d'un siècle de critique interne nous a appris combien les sciences sociales aussi sont sujettes aux replis disciplinaires, aux biais méthodologiques à l'épuisement des projets qui les ont vu naître. Tout au contraire, on voudrait suggérer qu'en s'y intéressant, les juristes pourraient contribuer à leur nécessaire renouvellement. Mais en tout état de cause, la fécondité de telles circulations repose sur le sérieux avec lequel elles sont entreprises.

En outre, le spectre des disciplines non juridiques qui ont droit de cité dans les facultés est étonnement étroit. On songe par exemple à l'inexistence assourdissante des études de « droit et littérature », comme si le style des juristes n'entraîne en rien dans ce qu'ils font. Et que dire de la psychologie, de la linguistique, de l'anthropologie ou de l'histoire sociale ?

Il n'est donc hélas pas crédible de défendre l'enseignement dispensé par les facultés de droit au motif qu'il serait ouvert aux autres savoirs et contribuerait par là à « former des esprits libres ».

Il est surtout vrai qu'en règle générale, les enseignements non techniques revêtent cette forme très spécifique de théorisation qu'on appelle « la doctrine » – un genre d'abord propre aux manuels, mais qui irradie désormais l'ensemble de la littérature.

La « doctrine » se donne pour tâche de présenter, pour une institution de droit donnée, l'agencement technique des règles juridiques afférentes sous forme cohérente et systématique, en dégagant les principes généraux qui organisent cet agencement et en associant ces principes à l'idée-mère réputée les gouverner. On dira par exemple que la propriété est la manifestation de la liberté de la personne dans les choses (idée-mère), d'où l'on déduira les « caractères » ou « attributs essentiels » d'exclusivité, d'opposabilité *erga omnes*, de perpétuité etc. qui sont censés organiser les règles applicables à la matière. 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

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.

Faut-il craindre qu'en enseignant Posner et Derrida les facultés de droit se détournent de la formation des professionnels du droit ? On se demande comment s'est imposée l'idée saugrenue que lire ces auteurs ait jamais interdit à quiconque d'apprendre aussi à lire un arrêt du Conseil d'Etat ou à rédiger un contrat. 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.

Théoriser et enseigner quoi ? Droit dans la vie vs droit dans les livres

Dissipons cet éventuel malentendu. Quand nous parlons de la place et du sens du droit dans la vraie vie, nous parlons du droit tel qu'il se pratique, et non pas du droit tel qu'il est décrit dans les manuels de droit. Nous sommes tellement habitués à confondre les deux qu'il n'est pas inutile de s'attarder sur cette distinction. Commençons par suivre le témoignage de notre collègue Croze, qui se décrit lui-même comme un cumulard :

« En traversant le Rhône, je change de discours. Je quitte la faculté de droit où j'ai travaillé au milieu de collègues compétents et sympathiques, pour rejoindre des confrères compétents et sympathiques. Je sais que les questions qui me seront posées ne seront pratiquement jamais celles que j'enseigne à l'université, qu'elles me surprendront perpétuellement et que je n'aurai d'autre ressource que de recourir à ce que médecins nomment le « diagnostic différentiel » pour tenter de dégager une solution vraisemblable que l'on ne trouve dans aucun livre. Je sais aussi que je ne parlerai pas exactement la même langue, bien que ce soit la même matière et que je muterai de nouveau en traversant le fleuve en sens inverse. Telle est la condition du cumulard qui prétend tout à la fois être professeur de droit et avocat (...) au delà du secret plaisir de jouer à Clark Kent et superman, ce dédoublement de personnalité stimule mais fatigue ».

Passionnant témoignage, où se redit si bien l'étendue du gouffre (symbolisé ici par un fleuve) qui sépare ce que le doyen Pound appelait le « droit dans les livres » (« *Law in books* ») du « droit dans l'action » (« *Law in action* »)¹⁰ et la difficulté de franchir les ponts. On peut n'avoir pas voulu l'entendre (Hervé Croze l'a entendu), c'est là l'essentiel du propos du président Wickers : ceux des manuels qui veulent se faire le plus précis possible ne parviennent guère qu'à présenter des abstractions de manière plus détaillée. Les règles qu'ils exposent sont celles qui trouvent leur place dans le système des catégories et des principes qui régissent ... le manuel. Quant aux règles « dans l'action », elles se disent dans une autre langue, celle de la stratégie, de la politique, de l'idéologie, des intérêts matériels et des rapports de force. Elles répondent à d'autres questions, selon d'autres modes de raisonnement et protocoles de pensée. Mieux comprendre ces règles serait le rôle d'une pensée juridique enfin distinguée de la doctrine.

¹⁰ R. POUND, « *Law in Books and Law in Action* », *American Law Review*, 1910, n°44, p. 12 suiv.

Distinguer le droit en action du droit dans les livres n'est pas sans conséquences pédagogiques. A commencer par celle-ci : la pratique ne s'apprend pas dans les livres, elle s'apprend en pratiquant. Illustration : dans tous les pays du monde circule la même anecdote du jeune avocat nouvellement débarqué au cabinet qui se voit dire sur le ton de la confiance enjouée par un ancien qu'il lui faut désormais oublier tout ce qu'il a appris à l'Université, parce qu'ici, vois-tu, mon petit (ou ma petite), ça se passe tout à fait autrement. Variation sur le vieux thème du *learning by doing*. Principalement, cet apprentissage se fera sur le tas, comme il s'est toujours fait. L'Université ne peut qu'y préparer, pas s'y substituer. La question est de savoir comment.

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.

Concluons ce point : on n'enseigne pas assez la théorie et pas assez la pratique dans les facultés de droit. Pas assez la pratique parce que le droit en action dans la vraie vie n'est pas celui dont s'occupent les doctrines qu'on enseigne aux étudiants. Pas assez de théorie parce que les systématisations dogmatiques de nos manuels sont un savoir *ad hoc* bien souvent trop indigent pour mériter le beau nom de « théorie ». Il faudrait mettre fin à ce que dénonçait notre collègue Eric Millard selon qui « notre enseignement n'est ni pratique, ni théorique (deux fois hélas !), il est simplement dogmatique et abstrait, pour l'essentiel »¹¹. Enseigner plus et mieux la théorie, plus et mieux la pratique. Et comme on ne peut pas tout faire, il convient d'alléger les cursus de ce qui est le moins savant et le moins utile à la compréhension du droit, le « droit des professeurs de droit ».

¹¹ E. MILLARD, « Sur un argument d'analogie entre l'activité universitaire des juristes et des médecins » in *Frontières du droit, critiques des droits : Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, (coll.), Paris, Dalloz, 2007, p. 344.

2. A qui confier ces enseignements ?

Le président Wickers a trouvé dans *La cuisine du droit* des arguments pour formuler certains reproches qu'il avait à faire à l'enseignement du droit, tel qu'il est ordinairement pratiqué dans les facultés de droit. Il a conclu cette critique par une adresse à ses confrères, pour les enjoindre de se saisir de la formation des avocats. Cette conclusion est respectable et intéressante, *mais ce n'est pas la nôtre*. Notre conclusion est qu'il convient certes d'associer le plus étroitement possible les praticiens, mais que la définition et la mise en œuvre d'un projet pédagogique requiert des compétences, des savoirs, des expériences qui ne sont pas les leurs. C'est un autre métier. Mais commençons par prendre au sérieux la question que pose le président Wickers : l'enseignement du droit serait-il trop important pour être confié aux professeurs de droit ?

Avouons que la question ne manque pas de sel et qu'elle a le mérite de faire réfléchir : après tout, les métiers du droit sont des métiers pratiques, et l'on apprend les métiers pratiques en les pratiquant. Pourquoi faudrait-il qu'il en aille autrement du droit que, disons, de la menuiserie ? Avouons aussi qu'on est sensible à l'impertinence du propos, qui s'inscrit dans un contexte marqué par l'étonnante suffisance de certains collègues, qui s'en vont répétant comme un mantra que le droit ne s'enseigne correctement que dans les facultés de droit, parce que l'enseignement y est dispensé par des professeurs agrégés de droit, qui serait le seul label de qualité incontestable, valant donc titre légitime de monopole.

Enseignement du droit = faculté de droit = agrégés de droit ?

Pour ces collègues, l'affaire est entendue : avant, quand les choses allaient mieux donc, le droit ne s'enseignait que dans des facultés de droit dirigées par des professeurs agrégés de droit, les seuls qui soient dignes de s'acquitter de cette tâche¹². Depuis, les choses vont hélas de mal en pis

¹² Un exemple édifiant est offert par la version provisoire d'un rapport rédigé par Alain GHOZI pour les journées internationales de l'Association Capitant consacrées à la "formation du juriste" (version provisoire disponible sur le site de l'Association Capitant). Les grandes écoles de commerce et l'Institut d'Etudes Politiques de Paris sont sévèrement jugées : ils auraient pour objectif de « concurrencer » les facultés de droit, cet objectif n'étant « pour l'heure pas atteint », ces établissements manquant d'une « conception appropriée des cursus » comme du « personnel enseignant apte à conduire l'étude systématique des éléments constitutifs du raisonnement qui sous-tend notre corpus juridique ». L'auteur ajoute que les faits qui étayaient son jugement procèdent des « témoignages reçus tant des étudiants que des employeurs » (p. 5) qu'il aurait eu l'occasion de recueillir. Pour une étude digne de ce nom, dont les conclusions sont bien différentes, L. ISRAEL et E. BILAND, « A l'école du droit, les apports de la méthode

parce que le droit est aussi enseigné ailleurs, par des personnels aux compétences douteuses. Les fondateurs de l'École de Droit de Sciences Po se sont fait traités de « cuisiniers du droit » par un éminent collègue (ancien président de jury d'agrégation) pour qui la formule, empruntée à Rabelais, n'était pas un compliment. En 2007, d'autres éminents collègues avaient porté la défense de leur monopole devant la justice administrative, qui leur avait donné tort.

A dire vrai, on peine à comprendre. Numériquement, l'immense majorité de ceux qui enseignent le droit dans les facultés de droit ne sont pas des professeurs agrégés. Ce sont des maîtres de conférences, souvent aussi des professionnels, mais surtout des doctorants chargés de travaux dirigés (les seuls qui soient vraiment en contact avec les étudiants en licence).

Ouvrons une parenthèse à ce propos : au risque de froisser la sensibilité des collègues titulaires de « grands cours », ce qui se passe dans l'amphithéâtre ne représente très vraisemblablement qu'une toute petite partie du processus d'apprentissage du droit, et peut être pas la plus significative. Peut-être, parfois, la parole magistrale, lorsqu'elle est conforme à ce qu'elle devrait être, ce qui n'est pas toujours le cas, peut donner envie de faire du droit et même susciter quelques vocations pour les métiers du droit. Mais il y a fort à parier que le nombre des étudiants proprement édifiés est statistiquement insignifiant. Il ne peut en tout cas excéder celui des étudiants qui deviendront effectivement juristes, soit une petite minorité. De plus, ni ces édifiés, ni l'immense masse de ceux qui ne l'ont pas été n'auront vraiment appris le droit en suivant des cours d'amphi. C'est en « TD » (pour travaux dirigés) que les uns et les autres ont découvert et se sont familiarisés avec les modes de raisonnement et d'argumentation juridiques, avec le style propre au droit. Peut-être faut-il voir là la confirmation des vertus du *learning by doing* et des limites pédagogiques de *l'imitatio* ? On apprend à raisonner juridiquement en raisonnant soi-même, c'est-à-dire en faisant des commentaires d'arrêts et des cas pratiques plutôt qu'en regardant quelqu'un raisonner ou exposer des raisonnements. On objectera que, pour commenter un arrêt ou faire un cas pratique, il faut avoir une idée des règles qui gouvernent la matière. Certes, mais c'est moins sur les bancs des amphes que dans la lecture des manuels et des mémentos que les étudiants les apprennent. En matière d'apprentissage le principe d'économie règne en

ethnographique à l'analyse de la formation juridique », *Cahiers du droit*, vol. 52, 2011, n° 3-4, , p. 619-658.

maître : dès lors qu'il s'agit de bachoter des règles, autant les lire tranquillement chez soi.

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.

C'est sans doute cette même poutre qui les empêche de constater que les agrégés de droit n'enseignent pas exclusivement dans les facultés de droit, mais aussi à l'EHESS, dans les IEP, à l'Ecole de Droit de Sciences Po tout comme dans les écoles professionnelles que sont l'Ecole Nationale d'Administration, les Centres de Formation Professionnelle du Notariat ou les Centres Régionaux de Formation des Avocats, et même dans des établissements privés (dont le fameux et si contesté HEAD). Il faut se rendre à l'évidence, l'enseignement du droit déborde désormais largement le cadre des facultés de droit, et ce mouvement n'est pas prêt de s'inverser. Songeons à l'ouverture, demain, d'antennes françaises d'écoles de droit étrangères – pas seulement anglo-saxonnes – très riches, très prestigieuses, très ambitieuses et très globales. Demain vient vite.

Et puis tout de même, puisqu'il faut bien poser la question, qui mériterait toutefois de plus amples développements : est-ce que l'agrégation, qui consiste essentiellement en une série de « leçons »

données selon un rituel minutieux, constitue vraiment le gage de l'excellence en matière de recherche et d'enseignement ? Si tous les agrégés étaient bons enseignants et bons chercheurs, ça se saurait. Pensons aussi à la longue liste des excellents enseignants et excellents chercheurs recalés à l'agrégation bien qu'excellents, et même parfois *parce qu'excellents*, mais selon d'autres critères d'excellence que ceux du jury. (Ceux là font parfois le bonheur des facultés de droit des pays limitrophes). Il se pourrait d'ailleurs que l'excellence ne soit pas son objet principal. Selon certains de ses promoteurs les plus fervents, la finalité première du concours est de garantir un niveau uniforme sur l'ensemble du territoire national. Tout est dit.

Concluons cette parenthèse : s'il est vrai (on en doute) que les professeurs agrégés sont seuls compétents pour enseigner le droit, il faut reconnaître la même dignité à tous les établissements où ceux-ci exercent. Si l'on estime que le droit ne doit pouvoir s'enseigner que dans les facultés de droit, il faut renoncer à fonder ce monopole sur la compétence particulière des professeurs agrégés, qui ne sont qu'une portion très congrue de ceux qui y enseignent. Dans quelque sens qu'on la prenne, l'équation enseignement du droit = faculté de droit = agrégés de droit ne tient pas. Revenons donc à l'essentiel, qui est à chercher du côté de la substance plutôt que des titres et des statuts, du côté des pratiques ordinaires et des projets pédagogiques, implicites ou revendiqués, là où très concrètement les choses se passent : devant les étudiants.

Et commençons par noter à titre préliminaire combien la prétendue unité des facultés de droit est illusoire. Les conceptions du droit et de son enseignement qui prévalent à Nanterre, à Saint-Etienne ou à la Sorbonne sont différentes et c'est une bonne nouvelle. Dans le compte rendu qu'il en propose, Pascal Ancel reproche avec raison à *La Cuisine du droit* de n'être pas assez attentive à la diversité des modèles et des expériences pédagogiques. Et puis, reconnaissons-le, là encore pour s'en réjouir, même si la blessure symbolique est vive, on n'enseigne plus le droit en France tout à fait de la même manière depuis la création de l'École de Droit de Sciences Po. Certains établissements ont entrepris de concevoir et d'expérimenter de nouveaux cursus et modèles d'enseignement du droit (on pense au Collège de droit de Paris 2¹³, de Montpellier I ou de Toulouse 1, à l'école de droit de

¹³ Sur ce point, Louis VOGEL, ancien Président de Paris 2, écrit : « À la faveur de l'autonomie, j'ai d'ailleurs créé des cursus différenciés à l'université Panthéon-Assas (Collège de droit et Parcours Réussite), parcours qui ont à leur tour été repris par de nombreuses autres universités françaises. Ces innovations, ainsi que l'ouverture du cursus droit aux autres disciplines, inspiré par l'exemple de Sciences Po, permettent aujourd'hui aux deux types de formation de coexister et de se renforcer mutuellement », <http://www.louisvogel.net>. Commentaire du 5 février 2013, 10:37.

Paris 1 ou de Lyon 3, au développement de programmes cliniques à Nanterre, etc.). Ces établissements n'ont au demeurant pas tous attendu l'École de Droit de Sciences Po pour innover, ni pour faire des filières communes de master avec les écoles de commerce et des dérogations pour leurs étudiants des grandes écoles, et cela dès la licence. S'il y a sans doute encore un modèle « doctrinal » dominant de l'enseignement du droit en France, ce modèle est loin d'être unique, et ne l'a peut-être jamais vraiment été.

Revenons sur ce qui constitue ce modèle et la manière dont il s'est mis en place. Rappelons qu'il repose sur une façon d'alliance politique implicite entre le Palais et l'École : contre le monopole du législateur, les professeurs de droit reconnaissent (parfois du bout des lèvres) le rôle créateur des juges en leur conférant le titre de « source du droit », mais traitent les arrêts comme un matériau et s'octroient la fonction de manifester la rationalité qu'il recèle sous forme de théories et de principes généraux, dont la vocation est de guider en retour la pratique des juges. Cette boucle élève le « droit des professeurs de droit » au rang de législation matérielle, confère à la doctrine son « autorité » et fait de l'agrégation le titre par lequel on reconnaît ses membres. Il en découle au versant pédagogique que les étudiants devraient d'abord être formés à la maîtrise du « système » et des articulations qui lui confèrent son unité avant de pouvoir tâter de la pratique. De là sans doute procède l'hégémonie des manuels et des mémentos dans la (mince) bibliothèque juridique des étudiants. C'est aussi pourquoi la pratique n'est jamais aperçue que comme une « application » du système. Lorsqu'il furent rendus obligatoires dans les années 1950, les TD devaient balancer les enseignements théoriques en mettant les étudiants en prise directe avec le droit de la vraie vie, les cas, les décisions. Sa fonction a rapidement été détournée, pour devenir une simple illustration des théories offertes par les cours magistraux. L'organisation de l'espace dans la salle de classe en témoigne : les tables sont individuelles, tournée vers l'estrade, alignées en rangs les unes derrière les autres. Est ainsi instauré un dispositif qui met face à face l'enseignant et chacun des élèves pris individuellement. Ce dispositif n'interdit pas tout à fait le travail en petits groupes ou l'apprentissage des processus de délibération et de décision collectifs, mais le moins qu'on puisse dire, c'est qu'il ne le favorise pas. Tellement moins en tout cas que la disposition en demi-cercle ou en plusieurs tables, parmi lesquelles passerait l'enseignant. Comme s'il n'était pas essentiel aux futurs juristes d'apprendre à travailler en équipe, à écouter ses voisins, à mener une discussion, etc.

Allons plus loin. L'enseignement du droit n'est pour ainsi dire jamais sorti des salles de classes : le rôle des cliniques, des *moots* et autres simulations a toujours été marginal dans le curriculum classique. Pourtant, ces dispositifs pourraient faire bien plus que stimuler l'intérêt d'étudiants perpétuellement guettés par l'ennui dans une classe où ils sont cantonnés à un rôle passif. Bien utilisés, ces dispositifs leur permettent de participer, chercher, discuter d'un cas fictif ou réel. Ils offrent l'occasion de développer leur goût de la recherche collective, de s'approprier concrètement les savoirs en cause (et leur critique !), d'acquérir les compétences effectivement requises dans la pratique concrète (et leur critique !). Et surtout, surtout, ils invitent à découvrir qu'en pratique, dans la vraie vie, le droit n'illustre pas une théorie, qu'il est beaucoup moins ordonné que dans les manuels, que sa production obéit à bien d'autres règles que le raisonnement déductif, qu'à un problème donné, il n'y a pas forcément de « bonne réponse » unique, que le choix entre telle ou telle réponse, telle ou telle stratégie n'est pas une question technique, que les questions les plus techniques sont parfois le lieu de violentes contradictions entre les intérêts et les points de vue, que faire émerger les réponses requiert non seulement la connaissance de la matière, mais aussi de la force de conviction, de l'instinct, de l'imagination, de la ruse, et bien d'autres choses encore, bref que la vie du droit est autrement plus riche et plus intéressante que les manuels des professeurs en donne à voir. Jerome Frank – un juriste aux idées stimulantes –, notait que pour apprendre le droit, comme pour apprendre le golf, il ne suffisait pas de lire des règles du jeu et des comptes rendus de matchs en se tenant assis dans les vestiaires ! C'est très précisément ce que voulait suggérer le président Wickers. Ce dernier ajoute que le seul moyen pour doter les étudiants des compétences requises par la pratique du droit est de confier leur éducation aux praticiens eux-mêmes. Sur ce point, nous divergeons.

Les « attentes des praticiens » et le rôle des institutions d'enseignement supérieur

D'après cette opinion, il suffirait de pratiquer soi-même pour pouvoir enseigner la pratique. On peut en douter, pour les deux raisons suivantes. *Primo*, si la pratique ne s'apprend qu'en pratiquant, sur le tas, on subira cet apprentissage avec d'autant plus de succès qu'on y aura été préparé. Et rien n'indique que cette propédeutique se confonde avec ce à quoi elle prépare. *Secundo*, certaines des compétences requises pour pratiquer ne relèvent pas de l'art juridique. On peut par exemple souhaiter que les futurs avocats soient polyglottes. Ces avocats ne sont cependant pas professeurs de langue. C'est donc bien plutôt dans la collaboration entre les pédagogues

et les professionnels que la formation aux métiers du droit doit être élaborée. A quoi peut bien ressembler cette collaboration ? Aujourd'hui, elle relève de ce qu'on appelle dans les facultés la « professionnalisation » et prend la forme d'une réponse aux « attentes des praticiens ». C'est bien le problème.

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.

Ces relations se laissent concevoir comme une tension nécessaire et inévitable, mais féconde et intéressante, qui tient au fait que les praticiens ont des « attentes » contradictoires. Passons sur ceux, toujours trop nombreux, qui attendent que les jeunes soient formés comme ils l'ont été eux-mêmes, oubliant qu'on ne forme pas aux pratiques de demain avec les méthodes d'hier. La faculté qu'ils ont fréquentée est généralement la référence unique et l'horizon de leur pensée, ils se contentent de souhaiter à leurs successeurs de faire la même expérience qu'eux, sans doute parce qu'ils sont tellement satisfaits d'être ce qu'ils sont qu'ils n'imaginent rien de mieux. C'est à ça qu'on les reconnaît.

Attardons-nous sur ceux, décidément nombreux, qui voudraient que les jeunes soient formés à la manière dont le droit se pratique aujourd'hui, caressant parfois l'idée d'externaliser le poste « formation », et de recevoir des produits prêts à l'emploi (le moins cher possible, évidemment). Ceux-là ont le vent en poupe aux USA en ce moment, leur opinion se donne à lire dans les éditoriaux du New York Times. Il est vrai que les temps sont durs, que les clients ne veulent plus payer un prix exorbitant pour qu'un apprenti

fasse le travail et que les cabinets aimeraient bien que l'apprenti se forme ailleurs, sur un autre budget. A ceux-là, il faut rappeler que le métier de juriste s'apprend en se pratiquant et pas autrement, que tout ce que peut faire une Université, c'est préparer en amont les étudiants à apprendre leur métier sur le tas. Ou plus exactement, c'est préparer les étudiants à ne jamais cesser d'apprendre ce que sera leur métier quand il aura tellement changé qu'on ne pourra plus le pratiquer comme aujourd'hui, c'est-à-dire très bientôt. A ceux-là, il faut dire qu'ils agissent en prédateurs et ne servent pas le renouvellement de leur profession.

La bonne nouvelle, c'est qu'il existe aussi des praticiens qui s'intéressent à l'avenir de leur profession, en pleine conscience du fait que le droit, la pensée juridique et les professions connaissent des mutations d'une telle ampleur qu'il est impossible de savoir à quoi ressemblera le paysage dans à peine une décennie. Avec ceux-là, il est possible de travailler, non pas pour « répondre à leurs attentes », mais pour les construire ensemble, entre partenaires égaux qui savent être trop complémentaires pour pouvoir se passer l'un de l'autre.

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.

Bien comprise, la « professionnalisation » appelle une pensée juridique à la fois plus et mieux théorique, capable de déceler dans la pratique les nouveaux modes de raisonnement et d'argumentation, les disciplines juridiques émergentes, ce qui suppose qu'elle soit enfin libérée de l'entreprise doctrinale de production des théories générales. Une telle pensée juridique ne serait plus réfugiée dans son splendide isolement, elle aurait cessé de croire entièrement distinctes les formes juridiques des autres formes sociales. De nombreux praticiens regrettent certainement aujourd'hui de n'avoir pas appris hier à dégager les logiques souterraines qui président

à l'écriture d'une décision (Derrida, parmi d'autres) ou à anticiper les effets distributionnels d'un dispositif juridique (Posner, parmi d'autres et moins bien que d'autres, peut-être). Nos étudiants d'aujourd'hui, que regretteront-ils de n'avoir pas appris quand ils seront grands ? On suggèrera donc que les universités troquent un peu de leur illusoire « autorité doctrinale » pour le pouvoir indirect mais réel que confère la participation active à l'émergence de nouvelles pratiques et conceptions du droit.

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 surcroît 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. Nous touchons ici notre troisième question, la plus délicate et la plus importante peut-être, qui est celle de savoir ce que les professeurs de droit font de leur temps.

3. Ce que font les professeurs de droit de leur temps

Les collègues semblent faire des choses très diverses de leur temps, pas seulement des consultations. Ils font aussi de la politique, des affaires, de la pêche à la ligne. C'est la splendeur du métier et du statut que d'autoriser cette liberté. Il s'en trouve aussi – on ne le répétera jamais assez – qui profitent de cette liberté pour se consacrer à plein temps à la recherche et à l'enseignement. Nombreux sont aussi ceux qui succombent sous le poids des tâches administratives. Quelques uns arrivent à tout faire à la fois, et parfois même à tout faire bien, ce sont des héros. En l'absence de statistique sérieuse, on en est réduit à des impressions. Parmi celles-ci, s'impose tout de même avec force celle qu'un nombre significatif de collègues mène des doubles ou des triples vies, celle d'académique n'étant pas toujours la principale, celle de consultant voire d'avocat n'étant pas toujours la dernière. Au point que le corps facultaire de certains établissements est entièrement composé de ces professeurs praticiens. Étonnante ironie que de voir le rêve du président Wickers réalisé en douce par ceux qui le fustigent !

Posons donc la question franchement : pourquoi les professeurs de droit courent-ils autant les cabinets et les consultations ? On connaît la réponse traditionnelle : il est bon que les professeurs se tiennent au courant de la pratique des praticiens pour mieux penser le droit en train de se faire. Réponse intéressante, et qui a de belles illustrations historiques à faire valoir, mais trop pleine d'ambiguïtés pour qu'on s'en satisfasse pleinement. Il est vrai que c'est en pratiquant qu'on découvre et qu'on se familiarise avec les règles et les usages tels qu'ils se pratiquent vraiment, qu'on en éprouve l'efficace et la violence. Il arrive aussi que cette expérience nourrisse le doute à l'endroit des idées abstraites et des généralisations, faire perdre ses attraits à l'esthétique de la clarté et de la cohérence, initier à ceux du gris, du fluide et du composite, qu'elle contribue en somme à une salutaire perte de foi dans la vérité et dans l'utilité du « droit des professeurs de droit ». Mais il ne suffit pas de pratiquer pour sortir du sommeil dogmatique, encore faut-il pouvoir décrire et penser son expérience. Faire la théorie de ce que font vraiment les juristes est une des tâches les plus difficiles que se soit jamais donnée la pensée juridique, des bibliothèques entières ont été consacrées au sujet, souvent inconnues dans l'hexagone. Sans ces références, sans les outils théoriques, les protocoles méthodologiques, les arguments et les disputes qu'elles recèlent, de quoi dispose le professeur pratiquant qui voudrait s'affronter à cette tâche ? D'un savoir inadéquat (la doctrine) et de son bon sens, éventuellement augmenté de quelques intuitions générales que lui souffle la philosophie spontanée des professionnels. Rien qui

permette vraiment de décrire adéquatement et de donner sens à l'expérience du droit en action. Il faut s'arrêter un instant et méditer la terrible condition de celles et ceux qui ne peuvent ni faire ce qu'ils pensent (parce que ce qu'ils pensent est trop abstrait pour être faisable), ni penser ce qu'ils font (parce qu'à dire vrai, ils n'en pensent pas grand chose, faute d'avoir acquis les outils nécessaires). La pratique peut alors fort bien ne plus être une source de questionnement, de découverte et de renouvellement, mais au contraire l'aliment de la résignation. Dans cette pénible condition, l'attitude la plus répandue est en effet le renoncement, ce dont témoigne l'anti-intellectualisme ambiant dans les facultés de droit. D'autres se construisent une identité professionnelle dans la mauvaise foi (« ne plus y croire, mais continuer à faire comme si »), au risque de l'absurde et surtout du cynisme (Ripert !). Certains se réfugieront dans le clivage, qu'Hervé Croze appelle la schizophrénie (« y croire et en même temps savoir qu'on ne peut plus y croire »). Aucun de ceux-là ne se met en mesure de théoriser et d'enseigner ce qu'il fait. Non pas qu'il soit tout à fait impossible que la pratique nourrisse de belles œuvres qui lui soient consacrées. Mais pour que ces œuvres voient le jour, il ne suffit pas de pratiquer, il faut encore sérieusement prendre le temps de les écrire et de les enseigner. Et où trouver ce temps, quand on consulte beaucoup ?

On songe aussi aux rémunérations. La question est centrale : en payant somme toute assez mal ses professeurs (cf. la baisse constante de leur pouvoir d'achat durant ces dernières décennies), l'Etat ne s'adjoint les services que d'un petit bout de leur temps, de leur énergie et de leurs talents, parfois seulement un tiers ou la moitié. Ce qui reste est suffisant pour faire quelques enseignements, écrire quelques notes de jurisprudence, et même des manuels, mais (sauf très rares exceptions qui doivent être saluées pour leur extraordinaire capacité de travail), pas assez pour être l'intellectuel savant, le pédagogue inventif, l'entrepreneur de la recherche innovant que mérite l'Université. C'est sans doute la stratégie la plus efficace pour maintenir ces établissements sous tutelle ; on n'a même plus besoin de les transformer en écoles professionnelles !

Dans de nombreux pays, mais aussi en France dans d'autres disciplines, être universitaire, c'est principalement aller à l'université tous les jours, y rencontrer des collègues parce qu'on a envie de les rencontrer, former avec eux et avec les étudiants avancés une communauté enseignante et intellectuelle dont la vie est rythmée par des discussions fréquentes, des séminaires réguliers, des projets scientifiques et éditoriaux communs. Une communauté où il est normal de suivre avec attention le développement intellectuel de *tous* les étudiants dont on se voit confier

l'éducation. Bien sûr, il existe un peu de tout cela un peu partout dans les facultés de droit françaises, mais partout où cela se trouve, c'est au prix d'efforts et de dévouements tellement considérables que ces situations sont fatalement trop rares et trop exsangues pour qu'elles puissent s'imposer comme « normales ». On voit d'ailleurs trop bien pourquoi. Aller à l'université tous les jours pour y écrire ses articles quand on n'y a pas de bureau, demander à un doctorant (qui devrait se consacrer à l'écriture de sa thèse) de commenter intelligemment les copies de ses étudiants quand il lui en reste six cents à corriger d'ici après-demain sont autant de bonnes idées que la condition misérable des universités françaises rend absurdes.

La misère n'explique cependant pas tout. Il est très difficile de s'impliquer dans des projets un peu nouveaux, de risquer des expérimentations, de monter des projets hardis parce que le poids des habitudes et des routines, la main de fer de la tutelle étatique sont tels que le moindre changement scientifique, institutionnel ou pédagogique est un gouffre de temps et d'énergie. Malgré ça, on trouve des collègues assez vertueux pour essayer, et parfois même pour réussir. Mais là encore, le moins qu'on puisse dire est que le cadre est contraint et les marges de manœuvre étroites. Nombre de collègues en concluent qu'il vaut mieux ne rien faire plutôt que de faire des projets voués à l'échec ou trop peu significatifs pour valoir la peine. Comment s'étonner qu'ils préfèrent faire autre chose dans la vie plutôt que de mal faire un métier qu'ils n'ont pas les moyens de faire correctement ?

Ajoutons que les hiérarchies pesantes, les coutumes absurdes et l'atmosphère très formelle et compassée qui règnent dans certains établissements ne favorisent pas le dynamisme et l'esprit d'initiative. En matière de pédagogie par exemple, en dépit de quelques rapports et articles, le débat sur l'éducation juridique est resté à peu près au point mort pendant un demi-siècle. Comment expliquer cet incroyable manque d'intérêt pour ce qui fait tout de même la majeure part de notre métier ? Peut être au fait que les enseignants qui sont vraiment au contact des étudiants, les doctorants en charge des TD, ne participent pas à l'élaboration des enseignements. Ce sont pourtant les seuls à (parfois) prendre le temps de discuter avec eux. Mais, hiérarchie oblige, ces doctorants ne peuvent jouer un rôle actif et créatif dans la pédagogie, faute de se voir sérieusement offrir la possibilité de discuter les finalités, les modalités et les conditions des enseignements. Est-il pourtant inconcevable qu'un jeune esprit, étudiant parmi les plus brillants et bientôt docteur, qui enseigne depuis des années près de deux cent heures par an, puisse avoir des idées intéressantes sur le sujet avant d'avoir passé l'agrégation ?

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.

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

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. Ils n'ont pas limité l'exercice de leur liberté d'interprète aux enseignements des professeurs de droit. Ils n'ont pas laissé l'Ecole guider l'évolution de leur pratique. On se demande d'ailleurs par quelle naïveté les professeurs ont pu espérer qu'ils le fissent : la seule force de leurs théories ? Le prestige de la Science ? Celui des Professeurs ?

Au final, que reste-t-il de cet océan d'illusions ? Le Conseil d'Etat ne se prive pas de dire ce qu'il pense des « faiseurs de systèmes ». On admire les efforts, largement récompensés dans la dernière décennie, que déploie le Conseil constitutionnel pour se doter d'une doctrine aussi révérencieuse et souvent méprisée de lui que celle que s'est adjointe le Conseil d'Etat au cours du XX^e siècle. On note que la Cour de cassation continue à n'en faire qu'à sa tête (selon une thèse récente, il paraît qu'elle aurait commencé dès 1815, faut-il s'en étonner ?). Le « dialogue » de l'Ecole et du Palais sert à embellir les décisions du second plutôt qu'à les guider.

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

¹⁴ Un exemple récent et spectaculaire, parmi mille autres : P.-Y. GAUTIER, « The influence of scholarly writing upon the courts in Europe » in *The internationalisation of law*, M. HISCOCK and W. VAN CAENEGEM (ed), U.K., Edward Elgar, 2010, p. 202.

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'École 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.

On dira que ce n'est pas grave, parce que la vocation académique n'est pas tant politique que sacerdotale, la doctrine se devant de dire le droit sous une forme rationnelle, quand bien même ce tableau n'aurait guère d'impact politique. Le rôle des juristes savants serait avant tout d'être les gardiens de la *raison juridique*. Les professeurs se devraient donc de brandir sans cesse l'idéal rationnel du droit face à l'inflation normative, la perte du grand style, l'influence du *common law*, le salmigondis des sciences sociales et la corruption des mœurs. L'argument mérite qu'on s'y arrête.

Les professeurs de droit, gardiens de la raison juridique ?

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, ou 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

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 défaits, 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,

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.

On verra plutôt dans cette opinion la confirmation du fait que la dogmatique a dégénéré au point de n'être plus qu'une propédeutique à une conception technique du droit désormais dépourvue de ce qui pourrait s'apparenter à une théorie digne de ce nom. On ajoutera que le degré d'abstraction et de généralité de cette propédeutique ne garantit pas contre l'ennui. Et si l'on en juge par les taux d'échec en première année, proches de 70 %, la méthode n'a pas fait ses preuves.

Comme les calices se boivent jusqu'à la lie, il faudra bien qu'un jour on en vienne à trouver que même pédagogiquement la forme dogmatique est morte, qu'on finisse par admettre que farcir la tête des étudiants avec des généralités abstraites sans lien avec ce que font, disent et pensent les acteurs n'a jamais préparé correctement qui que ce soit à devenir praticien du droit. Il est vrai que la formule « autorité de la doctrine » désigne aussi le surcroît d'expertise technique qui justifie l'existence des consultations, et l'on sait le rôle que jouent celles-ci dans la lutte privée contre la misère académique. On comprend qu'il soit difficile d'y renoncer tout à fait.

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

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

Librement, c'est-à-dire en s'autorisant de tous les outils qu'offre le libre usage de la raison savante pour dire des choses intéressantes sur le droit, quand bien même ces moyens ressortiraient de la littérature, de l'économie ou de la philosophie. En se donnant le temps de lire, et pas seulement du droit, comme le font tous les intellectuels et tous les professeurs d'universités pour qui ce titre a un sens élevé.

Librement, en se soumettant au jugement des pairs donc, au sein d'une communauté qui inclurait les doctorants et les maîtres de conférences, parce qu'elle ne connaîtrait d'autre hiérarchie que celle de l'intérêt des opinions défendues et de la robustesse des arguments avancés.

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.

Mais bien sûr, c'est un rêve, une utopie. En fait, dans ce monde-ci, les facultés de droit sont ligotées et affamées par leur tutelle, fascinées par les « professions », écrasées par le poids des habitudes de pensée, des procédures et des incuries. Le « modèle doctrinal » a beau être intellectuellement exsangue, et depuis fort longtemps, il règne encore, plus tout à fait en maître, mais assez tout de même pour déterminer largement les carrières et les orientations intellectuelles. Les professeurs qui l'incarnent, le défendent et le reproduisent pourraient avoir à perdre personnellement dans le moindre changement.

Heureusement, la situation n'est pas noire, elle est grise, comme toujours, et elle change vite. Le droit s'enseigne ailleurs que dans les facultés de droit et il s'enseigne de très diverses manières au sein des facultés de droit. On trouve partout, dans les interstices et les marges du modèle dominant, au cœur du centre comme dans les établissements les plus périphériques, des projets pédagogiques formidables, des personnalités étonnantes, des miracles de dévouement et d'intelligence. La vocation intellectuelle des facultés de droit est encore soutenue par des réseaux de recherche, des individus dont il faut saluer le courage et l'abnégation dans leur acharnement à vouloir écrire de vrais livres, apprendre aux étudiants à penser, transmettre la flamme au grand nombre. Il reste des juristes universitaires dans ce pays, en nombre et en qualité. La question de l'avenir des facultés de droit sera celle de l'accueil qu'elles sauront faire, ou pas, à tout ce qui, en matière de recherche et d'enseignement, contribue à innover, expérimenter, tâtonner et changer. Celle de leur capacité à produire et encourager ces forces, à leur laisser la liberté d'exister. Celle de leur capacité à sortir de leur isolement intellectuel, de leurs routines et de leurs modes de recrutement en vase clos.

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

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.

Rien de tout cela n'est impossible, mais il faudrait pour cela que ceux des collègues qui confondent la défense des facultés de droit avec celle du « modèle doctrinal » aient la courtoisie d'accepter qu'on puisse en débattre tranquillement. Quand des voix s'élèvent pour demander qu'on en parle, elles sont accueillies par de telles démonstrations d'ignorance, de haine et de mépris qu'on en reste les bras ballants. Tout de même, chers collègues, le roi n'est pas loin d'être nu, vous le savez, et vous en concevez parfois de la fatigue. Alors parlons-en, lisons-nous¹⁶. Sereinement. Et mettons-nous au travail, car il y a beaucoup à faire et peut-être un peu de retard à rattraper...

¹⁵ On objectera qu'ils sont trop nombreux pour ce faire, ce qui est vrai, mais cette objection est une incitation à inventer, pas à baisser les bras. Deux pistes, évoquées non pas comme des propositions, mais pour alimenter la discussion : on peut renoncer aux licences de droit au profit de cursus pluridisciplinaires, parce qu'après tout, il n'est pas ridicule de penser qu'à 18 ans, on a besoin d'apprendre bien d'autres choses que du droit. On peut aussi supprimer le format cours / TD, le remplacer par des cours de 50 étudiants, diminuer massivement le nombre de cours (un cours par jour étant sans doute l'idéal, si celui-ci est préparé sérieusement en amont) et uniformiser les statuts des enseignants titulaires.

¹⁶ Tous commentaires courtois et constructifs de cet article sont les bienvenus : mikhail.xifaras@sciencespo.fr ; christophe.jamin@sciencespo.fr