

Sous la direction de
Frédéric Audren
et de Ségolène Barbou des Places



Qu'est-ce qu'une discipline juridique ?

Fondation et recomposition des disciplines
dans les facultés de droit

Qu'est-ce qu'une discipline juridique ?

*Fondation et recomposition
des disciplines dans les facultés de droit*

Sous la direction de

Frédéric AUDREN

*Directeur de recherche au CNRS,
École de droit de Sciences Po – CEE (UMR 8239)*

Ségolène BARBOU DES PLACES

*Professeur à l'École de droit de la Sorbonne,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, IREDIES*

Dans la même collection

- F. AUDREN et S. BARBOU DES PLACES (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit*, 2018.
- A.-S. CHAMBOST (dir.), *Histoire des manuels de droit, Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire*, 2014.
- A.-S. CHAMBOST (dir.), *Les blogs juridiques et la dématérialisation de la doctrine*, 2015.
- A.-S. CHAMBOST et A. MAGES (dir.), *La réception du droit du travail par les milieux intellectuels et professionnels*, 2017.
- D. DEROUSSIN (dir.), *La Grande Guerre et son droit*, 2018.
- A. DESRAMEAUX et F. COLONNA D'ISTRIA (dir.), *Penser la technique juridique*, 2018.
- P. DEUMIER et J.-M. SOREL (dir.), *Regards croisés sur la soft law en droit interne, européen et international*, 2018.
- N. LAURENT-BONNE et S. TISSEYRE (dir.), *Le formalisme, Sources et technique en droit privé positif*, 2017.
- N. LAURENT-BONNE et X. PRÉVOST (dir.), *Penser l'ordre juridique médiéval et moderne, Regards croisés sur les méthodes des juristes (I)*, 2016.
- N. LAURENT-BONNE et X. PRÉVOST (dir.), *Penser l'ancien droit privé, Regards croisés sur les méthodes des juristes (II)*, 2018.
- J.-J. SUEUR et S. FARHI (dir.), *Pratique(s) et enseignement du droit, L'épreuve du réel*, 2016.
- L. WILLEMEZ, *Le travail dans son droit. Sociologie historique du droit du travail en France (1892-2017)*, 2017.

Retrouvez tous nos titres

**Defrénois - Gazette du Palais
Gualino - Joly - LGDJ
Montchrestien**

sur notre site



www.lextenso-editions.fr



© 2018, LGDJ, Lextenso éditions
70, rue du Gouverneur Général Éboué
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex
ISBN 978-2-275-04672-3

Sommaire

AVANT-PROPOS	1
--------------------	---

Éloge de la discipline

Le savoir juridique face au modèle disciplinaire

Sécolène BARBOU DES PLACES

*Professeur à l'École de droit de la Sorbonne,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, IREDIES*

Frédéric AUDREN

Directeur de recherche au CNRS,

École de droit de Sciences Po – CEE (UMR 8239)..... 3

PREMIÈRE PARTIE

DÉFINIR, FAIRE VIVRE (OU MOURIR) UNE DISCIPLINE

La crise du modèle disciplinaire

Jean-Louis FABIANI

Directeur d'études à l'EHESS, CESPRA

et Professeur à l'Université d'Europe centrale de Budapest 37

Ce qui fait discipline en droit

Jacques CHEVALLIER

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2),

CERSA-CNRS..... 47

Le regard d'une juriste du *common law* sur les disciplines en droit

Ruth SEFTON-GREEN

Maîtresse de conférences, École de droit de la Sorbonne,

Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, ISJPS..... 61

Disciplines et discipline juridique: un regard nord-américain

Daniel JUTRAS

*Professeur et titulaire de la Chaire Wainwright en droit civil,
Université McGill.....*

75

**L'enseignement du droit romain dans les Facultés de droit françaises
à l'époque contemporaine ou la chronique d'une mort annoncée**

Nader HAKIM

Professeur à l'Université de Bordeaux, CAHD.....

89

**Les Allemands et les Français font-ils la même science du droit
avec une cartographie des disciplines différentes ?**

Jean-Louis HALPÉRIN

*Professeur à l'École normale supérieure, Centre de théorie et analyse du droit,
UMR 7074, Institut universitaire de France*

119

Disciplinariser le droit public

Guillaume RICHARD

Professeur à l'Université Paris-Descartes, Institut d'histoire du droit

135

Des savoirs juridiques aux disciplines juridiques**Lecture politiste de l'accession d'un savoir au statut disciplinaire****L'exemple du droit communautaire**

Julie BAILLEUX

*Maîtresse de conférences**à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), CERSA.....*

153

Faire de la criminologie une nouvelle discipline ?**Contexte et enjeux d'une controverse**

Laurent MUCCHIELLI

*Directeur de recherche au CNRS,
Laboratoire méditerranéen de sociologie, UMR 7305,
CNRS & Aix-Marseille Université.....*

173

**Du droit commercial au droit des affaires,
ou comment se construisent matière et discipline juridiques**

Jean-Pascal CHAZAL

Professeur à l'École de droit de Sciences Po

187

Réactions

Les disciplines juridiques : déconstruire et reconstruire des mythes ?	
Véronique CHAMPEIL-DESPLATS	
<i>Professeure à l'Université de Paris Ouest-Nanterre, CREDOF.....</i>	213

Des disciplines à la discipline juridique	
Sébastien PIMONT	
<i>Professeur à l'École de droit de Sciences Po.....</i>	219

DEUXIÈME PARTIE

ORDRES ET DÉSORDRES DISCIPLINAIRES

Le droit civil, modèle disciplinaire ?	
Pascal ANCEL	
<i>Professeur émérite de l'Université Jean Monnet (Saint-Étienne), Senior professor à l'Université du Luxembourg.....</i>	227

Le dépérissement du droit civil	
Rémy LIBCHABER	
<i>Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, IRJS.....</i>	243

Une discipline performative : les libertés publiques ou fondamentales	
Patrick WACHSMANN	
<i>Professeur à l'Université de Strasbourg, Institut de recherches Carré de Malberg.....</i>	265

Les migrations transdisciplinaires du droit des étrangers	
Quelles causes, quels enjeux ?	
Danièle LOCHAK	
<i>Professeur émérite de l'Université Paris Nanterre, CREDOF.....</i>	279

La procédure comme discipline	
De structuration en recompositions	
Loïc CADIET	
<i>Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, IRJS.....</i>	295

**Ceci n'est pas une pipe. Le droit comparé n'est pas
une discipline juridique**

HORATIA MUIR WATT

Professeur à l'École de droit de Sciences Po 315

L'émergence d'une discipline : le droit global

BENOÎT FRYDMAN

Professeur à l'Université libre de Bruxelles, Centre Perelman 331

Rapports de systèmes et cadre disciplinaire

DENYS SIMON

*Professeur émérite de l'École de droit de la Sorbonne,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne* 347

Réactions

**Permanences et mutations disciplinaires ou de la nécessité
de se méfier des apparences...**

CATHERINE FILLON

Professeure à l'Université Jean Moulin – Lyon 3, CLHDPP 359

À propos de « Ordres et désordres disciplinaires »

PASCAL GONOD

*Professeur à l'École de droit de la Sorbonne,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, ISJPS* 363

La discipline comme institution

Un point de vue historien

EMMANUELLE PICARD

*Maîtresse de conférences à l'ENS de Lyon,
Triangle UMR 5206* 369

AVANT-PROPOS

Cet ouvrage est le fruit des réflexions échangées lors d'un colloque qui s'est tenu les 28 et 29 janvier 2015 à l'École de droit de la Sorbonne et à l'École de droit de Sciences Po. L'ambition de cette rencontre était d'analyser comment les savoirs juridiques se constituent en disciplines et de comprendre quand, comment et pourquoi le paysage disciplinaire évolue en France. L'enjeu était donc d'appréhender le droit et la science du droit sous l'angle de la *discipline*, définie comme un espace intellectuel organisé, qui sert à ordonner la multiplicité des connaissances produites et transmises par les juristes. Mode d'organisation du savoir qui se déploie dans un cadre et un contexte institutionnel spécifiques, la discipline était donc pour nous, dès le départ, conçue comme un découpage du réel et un traitement possible de la sphère juridique. Mais un des enjeux de la réflexion était de resituer la formation et la structuration du savoir juridique dans ses rapports avec les pratiques des juristes et l'organisation des facultés de droit françaises.

Le colloque avait un double objectif. Il s'agissait tout d'abord de chercher à comprendre comment un corps de règles juridiques et le savoir sur ces règles parviennent ou non à se constituer en discipline. Quel rapport existe-t-il donc entre discipline, matière, branche du droit ? Quelles corrélations existent entre les divisions du fond du droit, les classifications pédagogiques, les catégories de pensée de la doctrine, les divisions institutionnelles universitaires ? Existe-t-il des éléments constitutifs de la discipline juridique ? En d'autres termes, nous souhaitions mieux comprendre, dans une perspective historique et comparatiste, les rapports qui se nouent entre le fond du droit, les savoirs juridiques, la communauté scientifique et les éléments institutionnels environnants.

Mais la notion même de discipline évoque l'articulation d'un savoir avec d'autres savoirs : la discipline n'existe pas au singulier. C'est pourquoi la seconde ambition du colloque était d'analyser les recompositions disciplinaires. L'enjeu n'était pas de saisir comment, individuellement, chaque discipline juridique évolue. Cet ouvrage ne rend donc pas compte des évolutions substantielles de chaque branche du droit. L'approche proposée est

plus globale et vise à comprendre comment l'organisation disciplinaire – ce que l'on appelle parfois aussi le « paysage disciplinaire » – dans son ensemble, évolue. Certains savoirs accèdent au statut de disciplines nouvelles, d'autres disparaissent; de nouveaux pans du droit et leur doctrine sont absorbés par une discipline ou ventilés dans différentes disciplines qui changent alors de périmètres. Il s'agissait donc de dresser un état des lieux et d'évaluer comment le cadre disciplinaire des juristes évolue depuis la refondation napoléonienne des écoles de droit. Ces nombreuses questions ont été abordées dans les deux journées de travail qui nous ont réunis. La première journée a été consacrée au thème *Des savoirs juridiques aux disciplines juridiques*; lors de la seconde journée, nous avons analysé *Le paysage disciplinaire, mutations et permanences*.

Ce colloque a été l'occasion d'échanges particulièrement stimulants dont nous garderons le souvenir. Cela est dû à la très grande qualité des interventions et des discussions dont cet ouvrage ne peut restituer toute la richesse. Nous remercions chaleureusement les intervenants qui ont accepté de reprendre, à l'écrit, leur communication orale. La qualité des débats a aussi été rendue possible par la participation de Denis Baranger, Pierre Bonin, Christophe Jamin, Dominique Rousseau et Mikhaïl Xifaras, que nous remercions vivement de leur active présence. Enfin, nous avons dès le début souhaité le regard critique de discutants réagissant à certaines des interventions. Véronique Champeil-Desplats, Catherine Fillon, Pascale Gonod, Emmanuelle Picard et Sébastien Pimont ont accepté de livrer par écrit quelques-unes de leurs remarques aux contributeurs. Qu'ils en soient remerciés. Enfin, ce colloque n'aurait pu voir le jour sans le soutien matériel et financier de l'Institut de recherches en droit international et européen de la Sorbonne (IREDIÉS), de l'UMR de droit comparé (ISJPS) et de l'École de droit de Sciences Po. Nous souhaitons adresser nos plus sincères remerciements à Catherine Botoko, Cathy Grenier et Rafaële Pedersen pour l'aide très précieuse qu'elles nous ont apportée dans l'organisation du colloque.

Le thème que nous avons choisi pour cette étude s'est révélé aussi fécond que difficile. Nous avons conscience de ne répondre que très imparfaitement à la question posée par le titre de cet ouvrage: *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ?* Mais nous avons la conviction que les facultés de droit vivent un « moment » disciplinaire. Par là nous entendons un usage très marqué de la notion de discipline et une interrogation diffuse mais de plus en plus présente sur le sens et la portée de cette notion. Nous espérons que les riches analyses reproduites ici permettront de progresser dans la compréhension de *la* discipline juridique et *des* disciplines juridiques. Nous faisons le vœu que les travaux ici réunis aideront à mieux comprendre cette catégorie qui participe à la structuration de la pensée des juristes.

Éloge de la discipline

Le savoir juridique face au modèle disciplinaire

Sékolène BARBOU DES PLACES

*Professeuse à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris 1
Panthéon-Sorbonne, IREDIES*

Frédéric AUDREN

*Directeur de recherche au CNRS, École de droit de Sciences Po – CEE
(UMR 8239)*

Qui emprunte le couloir de la salle des professeurs, place du Panthéon, déambule au milieu du paysage disciplinaire de la faculté de droit de Paris au XIX^e. En lisant, sur les murs, les affiches présentant par bribes les programmes d'enseignements entre 1852 et 1903, on peut en effet observer comment l'enseignement du droit a évolué à la faculté. En 1852, conformément à l'esprit de l'Université napoléonienne, on n'enseignait qu'un nombre réduit de matières¹. Progressivement, le nombre de cours augmente et, en 1901-1902, les étudiants peuvent s'initier à de « nouvelles » matières comme l'économie politique, le droit constitutionnel, le droit maritime, le droit international privé ou encore la législation financière. La multiplication des enseignements s'accompagne de leur spécialisation. Si, au début du XIX^e, on enseigne le droit civil comme une matière unitaire, un demi-siècle plus tard, l'enseignement de cette matière est plus fragmenté (famille et successions, régimes hypothécaires, etc.). Enfin, certains cours disparaissent progressivement, après avoir été d'abord transformés en cours facultatifs (les Pandectes ou le droit colonial qui finit par s'effacer derrière le droit d'outre-mer).

1. En première année, étaient enseignés le droit romain, le Code Napoléon, l'introduction générale à l'étude du droit; en deuxième année, le Code Napoléon, la législation criminelle, la procédure civile et criminelle; en troisième année, le Code Napoléon, le Code de commerce et le droit administratif; en quatrième année, le droit des gens, l'histoire du droit romain et du droit français et une conférence sur les Pandectes.

Malgré ces évolutions, il ressort de ces listes une impression de forte continuité. Certaines matières (le Code civil, la législation criminelle, le Code de commerce, le droit des gens) demeurent, imperturbables, même si elles changent de nom. Surtout, on entrevoit une cohérence incontestable. Non qu'il faille nécessairement y chercher un esprit de système, mais le découpage correspond manifestement à un effort de transmission de l'état du droit positif qui se veut aussi progressif et aussi rationnel que possible².

Cette impression de (relative) stabilité des programmes contraste fortement avec la labilité des maquettes contemporaines des cours de Licence et de Master en droit. S'il l'on affichait aujourd'hui la liste des cours enseignés dans les facultés de droit françaises, c'est certainement la multiplication des enseignements et la spécialisation qui marqueraient les esprits. Le paysage disciplinaire des facultés juridiques est aujourd'hui plus composite, plus flexible, peut être plus soucieux de répondre immédiatement aux évolutions sociales que le droit tente d'accompagner³. Sans doute est-ce pourquoi tant de nouvelles matières tentent de se faire reconnaître comme *disciplines* juridiques par la communauté académique.

Quelle place la *discipline* occupe-t-elle dans ce champ juridique contemporain ? La réponse est malaisée car si la notion de « discipline » appartient au vocabulaire quotidien des juristes, elle demeure encore très largement un impensé de la science du droit. La discipline est pourtant le « cadre de référence premier dans le monde de l'université et de la science »⁴. Elle est communément décrite, dans les travaux de sciences humaines et sociales, comme un « principe d'ordre et de structuration du champ scientifique »⁵ qui a à voir avec « l'identité sociale, l'identité professionnelle ou l'identité épistémologique des différents corps de savoirs spécialisés »⁶. Pour Thomas S. Kuhn, référence incontournable ici⁷, la discipline combine une entité intellectuelle, un dispositif organisationnel et une forme de consensus social. La philosophe Judith Schlanger ne dit pas autre chose quand elle décrit la

2. Pour une vue d'ensemble, J. Gatti-Montain, *Le système d'enseignement du droit en France*, Lyon, PUL, 1987. À compléter par J. Verger (dir.), *Histoire des universités en France*, Toulouse, Privat, 1986.

3. Sur le paysage disciplinaire de 1804 à nos jours, F. Audren, J.-L. Halpérin, *La culture juridique française. XIX^e-XX^e siècles. Entre mythes et réalités*, Paris, CNRS Éditions, 2013.

4. J. Heilbron, « A regime of disciplines: Toward a Historical Sociology of Disciplinary Knowledge », in Ch. Camic et H. Joas (dir.), *The Dialogical Turn: New Roles for Sociology in the Postdisciplinary Age*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2004, p. 23.

5. C. Blanckaert, « La discipline en perspective. Le système des sciences à l'heure du spécialisme (XIX^e-XX^e siècle) », in J. Boutier, J.-C. Passeron et J. Revel (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline ?*, Éd. de l'EHESS, 2006, p. 118.

6. J. Boutier, J.-C. Passeron et J. Revel, « Qu'est-ce qu'une discipline ? », in J. Boutier, J.-C. Passeron et J. Revel (dir.), *op. cit.*, p. 6.

7. Th. S. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972.

discipline comme un arrangement historiquement situé entre des éléments épistémiques et des structures sociales⁸. La notion de « discipline » permet donc aux sciences sociales de décrire leurs pratiques professionnelles en se situant au carrefour du savoir, des institutions (de l'enseignement et la recherche) et des usages des chercheurs⁹.

La discipline a en effet trait, en premier lieu, à la manière dont les acteurs construisent leur pédagogie et assurent la transmission de leur savoir. Le terme discipline emprunte son sens au *discipulus*, de sorte que dans la période antérieure à la science moderne, le terme discipline renvoyait à une relation pédagogique. Aujourd'hui encore, la discipline désigne souvent une relation décrite du point de vue de l'élève. Toutefois, si l'idée de transmission demeure, elle est moins pensée dans la seule relation du maître à l'élève que d'une manière collective. Ainsi, la discipline est décrite comme un corps de connaissances inscrit dans des textes, composé de noms, d'exemples, de cas paradigmatiques « qui fait l'objet d'une transmission à d'autres (étudiants ou autres membres de la communauté scientifique), ce qui nécessite une mise en forme, une organisation du savoir, une traduction pédagogique qui va du simple au complexe et un programme d'enseignement »¹⁰.

Pour certains auteurs, la discipline n'est pas seulement l'inculcation, la transmission de savoirs. Telle est l'hypothèse de Henri-Irénée Marrou¹¹, qui met en regard les deux termes « doctrine » et « discipline ». Ces deux mots, qui appartiennent au fonds commun de latinité et signifient enseignement, ne sont pas synonymes. *Doctrina* décrit la connaissance acquise par l'étude ou encore « la connaissance opposée à l'empirisme »¹². *Disciplina*, au contraire, renvoie à l'éducation qui combine un élément intellectuel et un élément moral. De la notion d'enseignement, la discipline retient moins l'élément connaissance que la méthode, les préceptes, la règle que le maître impose à l'élève. Une règle est imposée, se manifeste par des rites et autres prescriptions. Progressivement, indique H. I. Marrou, la

8. J. Schlinger, « Fondation, nouveauté, limite », Les débuts des sciences de l'homme, numéro spécial de *Communications*, 1992, 54, p. 289-298.

9. Voir D. R. Kelley, « Le problème du savoir et le concept de discipline », in J. Boutier, J.-C. Passeron et J. Revel (dir.), *op. cit.*, p. 97-115.

10. J.-L. Fabiani, « À quoi sert la notion de discipline ? », in J. Boutier, J.-C. Passeron et J. Revel (dir.), *op. cit.*, p. 19.

11. H.-I. Marrou, « *Doctrina et disciplina* dans la langue des Pères de l'Église », *Arch. Lat. Med. Aev.*, 1934, 9, p. 5-25. On trouve également une distinction entre *ars* et *disciplina* qui remonte à Isidore de Séville. Pour certains humanistes, comme Pétrarque et Boccace, le droit n'est pas vraiment une science (au sens d'arts libéraux) mais une simple technique (*disciplina*) : cf. P. Gilli, *La noblesse du droit. Débats et controverses sur la culture juridique et le rôle des juristes dans l'Italie médiévale (XI^e-XV^e siècles)*, Paris, Honoré Champion, 2003, p. 168-169, 180-182.

12. *Ibid.*, p. 10.

notion d'enseignement a fini par s'effacer et *disciplina* a pris le sens de règle imposée, de bon ordre et d'autorité¹³. L'on se rapproche imperceptiblement du sens popularisé par Michel Foucault, c'est-à-dire la « discipline » comme technique de gouvernement des corps et des âmes.

La discipline est, en second lieu, une question de savoirs et de science. Les sciences sociales s'accordent à considérer qu'une discipline est un arrangement entre des éléments cognitifs et épistémiques¹⁴. Toutefois, la discipline doit être distinguée de la *spécialité scientifique*. Claude Blanckaert¹⁵ y insiste : l'une serait le contenant et l'autre le contenu. La spécialité suggère « une sectorisation de la compétence appropriée à un "objet" plus qu'à des problématiques construites, évolutives ». La spécialité renvoie donc, dans son usage historique, à une table des « matières » ou à l'index d'une encyclopédie. La discipline, en revanche, participe d'une structure sociale de la recherche qui ne se résume pas à une classification par objet : la différenciation et les intérêts de connaissance des chercheurs participent à l'ordonnement général.

Toutefois, les sciences sociales décrivent un phénomène de contestation, peut être même de disparition programmée des disciplines, au nom de l'inter-disciplinarité (ou de la trans-disciplinarité) et de la « recherche par projet », tendance qui affecte le financement de la recherche et son organisation¹⁶. Ce mouvement est une tentative de dépassement de la logique disciplinaire dans l'enseignement supérieur, née dans les années 1920 et 1930 puis reprise dans les travaux des années 1970. Les disciplines y sont critiquées pour être des « bastions de fermeture académique et de privilèges corporatistes »¹⁷, des structures sclérosées et sclérosantes de la pensée ; elles constitueraient des structures insulaires, isolées des autres disciplines et des utilisateurs de la connaissance qui se trouvent hors du monde universitaire. De nombreux travaux ont souligné la non-superposition de la discipline et du savoir et ont posé la question de l'improductivité disciplinaire car elle lierait des savoirs à des configurations institutionnelles qui ne sont pas inefficaces et obsolètes¹⁸. En réaction à ce qui a été décrit comme l'« oppres-

13. *Ibid.*, p. 19.

14. J.-L. Fabiani, « À quoi sert la notion de discipline ? », in J. Boutier, J.-C. Passeron et J. Revel (dir.), *op. cit.*, p. 9.

15. C. Blanckaert, « La discipline en perspective. Le système des sciences à l'heure du spécialisme (xix^e-xx^e siècle) », in J. Boutier, J.-C. Passeron et J. Revel (dir.), *op. cit.*, p. 123.

16. J.-L. Fabiani, « Du chaos des disciplines à la fin de l'ordre disciplinaire ? », *Pratiques* [En ligne], 153-154, 2012. URL : <http://journals.openedition.org/pratiques/1969>.

17. J. Heilbron et Y. Gingras, « La résilience des disciplines », *Actes de la recherche en sciences sociales* 2015/5, n° 210, p. 5.

18. Pour une lecture très négative de la clôture de l'éducation juridique en Grande-Bretagne, voir A. Bradney, « Law as a Parasitic Discipline », *Journal of Law and Society*, 1998, Vol. 23, N° 1, p. 71-84.

sion disciplinaire », l'interdisciplinarité est devenue la règle aux États-Unis dans les « elite schools »¹⁹. En Europe, c'est plus tardivement mais tout aussi fortement que l'on a assisté à une remise en cause du paradigme disciplinaire par l'introduction de nouvelles logiques de financement et du pilotage de la recherche.

L'on ne peut ignorer certaines limites imposées par le paradigme disciplinaire ni même douter des tentatives de dépassement dont il est l'objet. Mais on peut, en revanche, s'interroger sur les effets et l'issue d'une telle contestation. Certains auteurs mettent d'ailleurs en évidence la résilience des disciplines²⁰ ou leur résistance²¹ aux tentatives de les dépasser. Il n'est pas démontré – loin s'en faut – que la discipline cessera d'être une structure fondamentale de l'organisation universitaire, le cadre élémentaire d'organisation de la pensée et des débats scientifiques dans les facultés. Dans tous les cas, la discipline nous semble toujours jouer un rôle majeur dans le fonctionnement des facultés de droit²². Cette première impression doit néanmoins être mise à l'épreuve et évaluée.

Le but de cette contribution est donc de mieux comprendre la place et le rôle joué par la discipline en droit et dans la science du droit. Notre hypothèse est que la discipline est une notion peu travaillée par les juristes, une catégorie pour le moins floue dans leur discours qui pourtant, à nos yeux, peut constituer une ressource cardinale pour comprendre comment ces juristes pensent, organisent leur savoir, leurs enseignements, leur carrière et leur fonctionnement collectif. En effet, les facultés de droit font un usage particulièrement lâche du terme et de la notion. La doctrine – à quelques exceptions près – ne l'interroge pas sérieusement ni ne la définit. La discipline est, dans le discours des juristes, une catégorie supplétive ; elle nous apparaît même comme une « notion discrète » (I). En réalité, les juristes font un usage intensif de la notion de discipline presque exclusivement quand ils revendiquent le statut disciplinaire pour leur matière, soit pour obtenir sa consécration comme discipline nouvelle, soit pour résister à un mouvement de recomposition disciplinaire en cours. La discipline est donc alors une catégorie instrumentale : nous la considérerons comme une « catégorie de combat » (II). Il y a une explication à cet usage minimal de la notion de discipline. Historiquement, les juristes ont organisé leur savoir sans la notion de discipline et ils résistent à l'idée de réduire le droit à une simple

19. J. M. Balkin, « Interdisciplinarity as Colonization », *Yale Law School Legal Faculty Scholarship Series*, 1996/266.

20. J. Heilbron et Y. Gingras, « La résilience des disciplines », *op. cit.*, p. 5.

21. Selon la formule de J. M. Balkin, « Interdisciplinarity as Colonization », *Yale Law School Legal Faculty Scholarship Series*, 1996/266.

22. Sur la résilience de l'identité disciplinaire du droit, voir D. W. Vick, « Interdisciplinarity and the Discipline of Law », *Journal of Law and Society*, June 2004, Vol. 31, N° 2, p. 163-193.

discipline académique qui laisserait dans l'ombre les aspects pratiques et dogmatiques de leur activité (III). Pourtant, les travaux des sciences sociales nous invitent à prendre au sérieux la discipline. Non qu'il s'agisse, coûte que coûte, de rabattre le savoir juridique sur le « modèle disciplinaire » emprunté aux sciences sociales. Mais penser le droit et la science du droit au prisme de la catégorie *discipline* permet de comprendre comment le savoir juridique se structure, se transmet et se recompose. Le regard disciplinaire éclaire en effet la compréhension des enjeux internes de la science juridique (structuration, controverses entre les acteurs, les contenus, les enseignements, etc.). La discipline, souhaitons-nous montrer, est une catégorie féconde et utile à la compréhension du savoir juridique (IV).

I – LA DISCIPLINE, UNE NOTION DISCRÈTE DANS LE DISCOURS JURIDIQUE

Alors qu'en sciences sociales c'est « l'évidence disciplinaire »²³ qui semble dominer, le statut de la notion de discipline est, chez les juristes, plus incertain. Non que les juristes ignorent cette notion. Au contraire, les disciplines appartiennent à leur quotidien : ils utilisent couramment le terme pour décrire des branches du droit et, naturellement, revendiquent pour le Droit, avec un grand D, la qualité de discipline au même titre que la philosophie, l'histoire ou la sociologie. Mais, en réalité, la notion de discipline est une notion de faible portée. Elle n'est guère utilisée autrement que comme un synonyme de la *branche du droit* ou de la *matière* et la majorité des juristes se refuse ou ne parvient pas à lui assigner un contenu propre.

À lire la production juridique, on observe que la « discipline » est, pour les juristes, une catégorie seconde, pour ne pas dire secondaire. D'autres notions, plus traditionnelles et moins exogènes au monde du droit, lui sont préférées. D'une manière très significative, Guillaume Richard a recensé l'usage des termes utilisés par la doctrine pour qualifier les spécialités juridiques au moment de la réforme de l'agrégation au milieu des années 1890²⁴. Il montre l'emploi – notamment sous la plume d'Adhémar Esmein – de termes variés et largement interchangeables : « enseignement », « matières », « options de l'agrégation » et « épreuves » mais aussi « parties de législation », « ordre de connaissances », « branches du droit ». Cette pluralité de termes sert à désigner les différentes spécialités juridiques,

23. Nous empruntons la formule à Jean-Louis Fabiani, « À quoi sert la notion de discipline ? », in J. Boutier, J.-C. Passeron et J. Revel (dir.), *op. cit.*, p. 11.

24. G. Richard, *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 150, Dalloz, 2015, p. 279.

les sections d'agrégation, les options. La même imprécision caractérise la description des cours de droit. Bien souvent, la liste des cours enseignés est énumérée sans forme de spécification. Quant au rapport d'Émile Chénon, à la même époque, il fait mention des « sciences juridiques » et des « enseignements nouveaux ». Les termes qui permettent d'opérer les regroupements en plusieurs cours manquent donc. Le terme de « branche » revient fréquemment mais c'est un terme flou qui correspond aussi bien à un domaine scientifique ou un domaine du droit, un regroupement de matières qu'à une matière en particulier²⁵.

À dire vrai, la situation n'a guère changé. Les « spécialités » juridiques sont, aujourd'hui encore, toujours décrites à l'aide d'une pluralité de termes ; celui de la discipline n'est qu'une ressource parmi d'autres. De plus, les termes apparaissent toujours interchangeable et la doctrine juridique ne semble accorder à la discipline ni un sens particulier ni un rôle descriptif important. Elle est un quasi-synonyme des termes « branche du droit » et « matière ». À moins que les auteurs n'ignorent purement et simplement la discipline.

Si nous nous arrêtons, à titre d'exemple, sur le cas des manuels de droit, si structurants du discours juridique, cet état de fait se manifeste clairement. Encore faut-il distinguer deux aspects différents. En premier lieu, la notion de discipline peut rencontrer un certain intérêt et une certaine fortune dans un contexte précis : lorsqu'elle désigne l'activité des juristes et ses caractéristiques. Des auteurs s'efforcent alors de relever en quoi le droit est une discipline (une science, une technique, un art, une culture) au même titre que la sociologie, la science politique, l'économie politique, la philosophie ou la biologie. Le droit est ainsi une « discipline parmi les autres disciplines », en dépit de la spécificité de son objet, de ses ambitions normatives, de l'originalité de ses méthodes, etc.²⁶. La mobilisation de la notion s'inscrit ici, souvent, dans le classique « conflit des facultés » et s'efforce de démontrer la dignité scientifique du droit contre sa réduction à une pure pratique ou un simple art. Il y a bel et bien une « discipline juridique », la *discipline-Droit*, qui peut en toute légitimité prétendre, malgré ses préoccupations pratiques, occuper une place dans le panthéon des savoirs académiques. Les juristes s'entendent assez bien pour défendre l'existence de « leur discipline », de sa grandeur et de sa

25. *Ibid.*, p. 279.

26. H. Mazeaud, *Leçons de droit civil. Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd., Montchrestien, développe longuement « la nature et la place de la discipline du droit ». De même, dans J.-P. Gridel, *Introduction au droit et au droit français*, 2^e éd. 1994, le chapitre 2 est intitulé « Le droit est une discipline » et l'auteur pose la question de savoir « En quoi le droit est-il une discipline ».

spécificité. C'est sans doute, dans ce cadre (souvent un peu défensif) que la notion de discipline est mobilisée avec le plus d'évidence et de simplicité.

En second lieu, le regard se porte du côté des « divisions du droit » et c'est à cette occasion que la notion de discipline émerge, le plus souvent, dans des manuels. Écartant les apories et les contradictions que soulèvent ces opérations même de divisions²⁷, les manuels s'efforcent, en quelques pages, de donner une représentation, une image simplifiée, ordonnée et cohérente de l'océan des règles de droit. Il est alors question des distinctions classiques (droit public et droit privé²⁸; droit substantiel et droit processuel; etc.) mais aussi de la spécialisation progressive des règles entraînant une subdivision accrue du droit. Les manuels mettent en scène une dialectique de l'unité et de la diversité, de la subordination et de l'autonomie. D'où le recours très fréquent (et pour le moins problématique) à l'image de « l'arbre juridique » et de ses branches²⁹. C'est, en effet, la notion de « branche du droit », entendue le plus souvent comme un « ensemble cohérent et autonome de règles adaptés à un secteur déterminé d'activités », qui a la faveur des juristes pédagogues. La notion de « matière » est plus rare. Les juristes se livrent, par la même occasion, à un recensement et à un classement de ces différentes branches.

C'est ici qu'apparaît, d'une manière assez désordonnée, le terme de discipline comme un équivalent de la branche, un simple synonyme. On évoque les « disciplines rattachées au droit public » (droit public interne, droit administratif, droit international public...), les « disciplines rattachées au droit privé » (droit civil, droit commercial, droit du travail, etc.), les « disciplines auxiliaires du droit » (histoire du droit, droit comparé, sociologie juridique, etc.). Les uns, comme un Georges Ripert³⁰, pointent les « disciplines spécialisées par leur objet » (législation industrielle, législation rurale, législation coloniale) et les « disciplines du droit public intéressant le droit privé » (droit pénal, législation financière)³¹. D'autres affirment qu'il « n'y a guère que trois disciplines qui sont de droit public pur (droit constitutionnel, droit administratif, droit international public) » et que « les

27. Sur ces problèmes, voir l'article suggestif de François Grua, « Les divisions du droit », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1993, p. 59-71.

28. La *summa divisio* a fait récemment d'un intérêt accru comme le montre la publication de plusieurs études, notamment B. Bonnet, P. Deumier (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit privé-droit public*, Dalloz, 2000.

29. Sur « l'arbre juridique », F. Terré, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 8^e édition, 2009, n^o 93, p. 84-85.

30. Georges Ripert s'illustre, dans l'entre-deux-guerres, par l'usage fréquent qu'il fait de cette notion de discipline (et de celle de « disciplines juridiques »), notamment dans ses écrits sur le droit maritime.

31. *Traité élémentaire de droit civil de Marcel Planiol*, revu et complété par G. Ripert et J. Boulanger, Paris, LGDJ, 4^e éd., tome 1, 1948, p. 14-15.

disciplines de pur droit privé sont au nombre de deux (droit civil et droit commercial) ». Nous pourrions multiplier les exemples de ce glissement manifeste de la branche vers la discipline, d'une confusion de l'une et de l'autre. Dans tous les cas, il s'agit moins de désigner le droit *comme* discipline que de recenser et classer *les* disciplines juridiques composant le droit dans sa diversité.

Au-delà de ces considérations générales, il faudrait examiner comment les spécialistes de certaines branches usent eux-mêmes de cette notion de « discipline » pour présenter et analyser leur domaine de spécialité. Cette enquête démontrerait toujours, sans aucun doute, l'usage limité de la notion mais présenterait également des façons contrastées d'en faire usage. À cet égard, il est frappant de constater que, malgré les développements obligés et détaillés sur « l'autonomie du droit administratif », les manuels consacrés à ce droit mobilisent fort peu la notion : les notions de branche et matière lui sont encore préférées³². D'autres auteurs, nous y reviendrons, soucieux de donner consistance au corps de règles qu'ils étudient, de renforcer la légitimité et le particularisme de leur objet, mobilisent plus facilement le terme « discipline »³³.

À quelques exceptions près³⁴, cette exploration succincte des manuels montre que la distinction entre branche, discipline et matière n'est ni nette ni précisée. Même lorsque la recherche s'oriente vers la production doctrinale dans son ensemble, la récolte demeure assez décevante. C'est, en définitive, l'indifférence qui domine. Les quelques mentions et notations sur le terme et la notion, aussi utiles soient-ils, sont loin d'épuiser la question³⁵. Cette situation marque d'ailleurs une différence notable avec la « branche » qui, elle, a retenu plus systématiquement l'attention de la

32. Didier Truchet (*Droit administratif*, PUF, Thémis, 6^e éd. 2015) évoque la « naissance de la matière universitaire » et constate que « le droit administratif n'est pas la seule discipline universitaire qui s'intéresse à l'activité administrative ».

33. Un seul exemple : M. Prieur, *Droit de l'environnement*, Dalloz, 5^e éd., 2004, p. 9, présente le droit de l'environnement comme « une nouvelle branche du droit », une « discipline juridique nouvelle ».

34. Dans leur manuel Jean Pélissier, Alain Supiot, Antoine Jammaud (*Droit du travail*, 23^e éd., 2006) consacrent un chapitre au « droit du travail, branche et discipline ». À leurs yeux, la « constitution d'une discipline universitaire » a « naturellement incité à voir dans les règles spéciales et particulières ainsi rapprochées une branche de l'ordre juridique, bientôt baptisée "droit du travail" » (p. 4, n^o 6).

35. Voir, par exemple, les remarques de Xavier Bioy et Albane Gueslin dans Bertrand Sergues, (dir.), *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, LGDJ, 2016, p. 19-29 et 79-130 et la précieuse mise au point d'Antoine Jammaud à propos de la distinction *branche/discipline*, « La part de la recherche dans l'enseignement du droit », *Jurisprudence. Revue critique*, 1/2010, p. 186 n.21. Sur l'identité disciplinaire du droit public, X. Bioy (dir.), *L'identité du droit public*, Toulouse, Presses de l'université Toulouse 1 Capitole, 2011.

doctrine³⁶. Toutefois, la question de la division du droit reste particulièrement controversée et la « branche » elle-même, plus familière aux juristes, n'échappe pas à la critique. Frédéric Rouvière ne soutient-il pas qu'une branche du droit n'est en réalité qu'une « matière » ? Pour lui, la branche du droit est fonctionnelle : elle synthétise autour d'un objet factuel l'ensemble des règles applicables dans la pratique. Cette conception est proche de celle de Raymond Martin³⁷. Réagissant aux revendications d'auteurs favorables à la reconnaissance d'une branche du *droit économique*, il juge qu'une telle division « n'a aucun contenu scientifique et est instable ». Au plus admet-il que le droit comme corps de règles soit divisé en branches (car la division en branche est d'abord d'ordonner la matière), ce qui a un intérêt didactique et dogmatique. Elle permet la répartition des cours ou la distribution des affaires judiciaires. Mais le concept de branche, soutient-il, n'aurait aucune cohérence *a priori* : « à quel degré de généralité ou de spécificité s'arrête la construction d'une branche ? Quand y a-t-il branche principale ou branchillon secondaire ? ».

La « discipline » est une notion plus invisible (discrète) que controversée. Si le mot est loin d'être absent du vocabulaire quotidien des facultés de droit, la discipline n'en est pas pour autant une notion cardinale de la description du droit et de la science du droit. Au point que l'univers juridique et la science du droit pourraient bien exister sans elle, sans dommage. Dans les facultés de droit canadiennes, nous indique Daniel Jutras³⁸, la question disciplinaire est d'ailleurs un non-enjeu.

Toutefois, si les juristes semblent n'avoir besoin ni du terme lui-même ni de la notion pour penser adéquatement le droit, son organisation et ses divisions, hier comme aujourd'hui, en revanche, l'idée de discipline est mobilisée pour des raisons stratégiques, qu'il s'agisse de soutenir l'émergence d'une nouvelle discipline ou de discuter le découpage disciplinaire existant. La discipline apparaît donc surtout comme une catégorie de combat.

36. Sur l'effort de clarification concernant la « branche du droit », quelques exemples : A. Rainaud, *Le droit des risques industriels. À la recherche d'une branche du droit*, thèse de doctorat en droit public, Université de Nice, 1993 ; J. Robichez, *Droit, du travail, droit de la concurrence, droit de la consommation. Le rôle de la branche du droit dans la dialectique juridique*, thèse de doctorat en droit privé, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 1999 ; G. Bricker, *Le droit de la génétique. À la recherche d'une branche du droit*, Paris, L'Harmattan, 2015. Voir, par ailleurs, les remarques très pertinentes de Jean-Pascal Chazal sur l'idée d'un « droit spécial » : « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », *Études de droit de la consommation : liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Paris, Dalloz, 2003, p. 279-309.

37. R. Martin, « Le droit en branches », *Dalloz*, 2002, p. 1703.

38. Voir, dans ce volume, la contribution de Daniel Jutras, « Disciplines et discipline juridiques : Un regard nord-américain ».

II – LA DISCIPLINE, UNE CATÉGORIE DE COMBAT DES JURISTES

Dans la vie des facultés de droit françaises, la question disciplinaire surgit à deux moments particuliers : quand il est question de (re)découpage disciplinaire et quand une nouvelle *discipline* juridique cherche à émerger. Chacun connaît la vivacité des débats qui peuvent naître à l'occasion du remaniement des maquettes d'enseignement ou lors de la réforme des « disciplines » du concours d'agrégation. Ces instants sont autant de moments de grande fébrilité et d'oppositions virulentes entre les juristes. Au travers de la discussion des périmètres disciplinaires est en réalité convoquée « l'identité » de chaque « discipline » et, en toile de fond, sa plus ou moins grande légitimité, sa plus ou moins grande autorité. En d'autres termes, la discipline est utilisée dans un double but : soit elle est une catégorie d'émancipation : elle sert à revendiquer (A). Soit elle permet de contrer la tentative d'émancipation : elle sert à résister (B).

A. Revendiquer

La notion de discipline apparaît comme une catégorie d'émancipation. Elle est ainsi systématiquement convoquée au moment où un groupe de juristes – qui se présente comme unifié – souhaite la reconnaissance d'un objet (un corpus juridique et/ou une méthode) et revendique pour cet objet le *statut disciplinaire*. C'est généralement la création d'un (ou plusieurs) nouveaux enseignements qui est d'abord demandée, idéalement en licence où sont dispensés les cours les plus généraux au plus large public³⁹. La revendication la plus symbolique a lieu quand, des années plus tard, les promoteurs d'une discipline demandent sa consécration comme « discipline » du concours d'agrégation.

Dans ces différents cas, le recours au terme de discipline est très largement instrumental. La revendication de la qualité disciplinaire est en effet un moyen pour accéder à une « positivité scientifique », une revendication pour obtenir un statut épistémologique et pour asseoir l'autorité du discours sur une base plus prestigieuse⁴⁰. Judith Schlanger a montré combien la conquête de l'espace intellectuel et la conquête d'un terrain socio-professionnel se jouent à travers la catégorie de discipline : il s'agit d'exister et se faire reconnaître comme un savoir⁴¹.

39. Pour un exemple de compétition disciplinaire et ses implications juridiques, Ch. Tomlins, « Framing the Field of Law's Disciplinary Encounters: A Historical Narrative », *Law and Society Review*, 2000, Vol. 34, N° 4, p. 911-945.

40. J. Schlanger, *op. cit.*, p. 291.

41. *Ibidem*.

La catégorie discipline est, dès lors, une ressource à disposition de ceux qui cherchent à arracher à la communauté scientifique des juristes une reconnaissance. À l'origine de la discipline il y a toujours un processus de séparation et/ou d'émancipation : il s'agit pour les « porteurs » de la discipline de soutenir un mouvement de spécialisation. Guillaume Richard décrit ce processus pour le droit public. Il montre combien, au cœur de la spécialisation, se trouve la constitution d'un corps autonome par rapport au droit privé et par rapport aux influences extérieures : « l'autonomie du droit public est indissociable de ce processus corporatiste »⁴². Or un tel processus d'autonomisation est complexe. Les travaux de science sociale montrent que la constitution d'une discipline relève d'un « mouvement d'auto-référentialisation »⁴³ : c'est un « exercice auto-réflexif » par lequel la communauté de savants définit les critères de ses pratiques, de ses usages et de ses acteurs⁴⁴. La discipline moderne résiderait même dans l'autorité qui lui est concédée de choisir, seule, ses problématiques de travail, ses méthodes et son régime de publication. Il y a discipline, du disciplinaire pourrait-on dire, quand devient possible et pensable un « système autopoïétique produisant ses normes », ses « questions vives », ses modalités d'administration de la preuve, ses structures⁴⁵. La revendication disciplinaire suppose, par conséquent, un travail d'argumentation élaboré. L'enjeu est de démontrer qu'un corpus juridique et un segment du savoir peuvent être détachés des autres corpus et segments : il s'agit de convaincre de leur singularité. Le but est de pouvoir établir que ce corpus décrit comme spécifique réunit toutes les caractéristiques requises, non pas pour *devenir* mais pour *être* autonome.

Récemment, on observe un tel processus de revendication à l'œuvre dans un article dans lequel Marie Mercats-Brun⁴⁶ soutient qu'une nouvelle branche du droit, « le droit de la non-discrimination », se serait muée en discipline. Au support de sa démonstration, elle évoque différents arguments justifiant l'autonomie. Elle part du constat d'une production normative « transversale » qui irrigue toutes les normes quel que soit leur niveau de hiérarchie. Elle évoque encore la construction d'un ordre juridique spécifique puis identifie le « périmètre d'un nouveau droit » et montre enfin que le droit de la non-discrimination n'entre pas dans certaines catégorisations traditionnelles du droit privé car il « a sa propre grammaire ». Elle s'efforce

42. G. Richard, *op. cit.*, p. 278.

43. A. Laks, « L'émergence d'une discipline. Le cas de la philosophie présocratique », in J. Boutier, J.-C. Passeron et J. Revel (dir.), *op. cit.*, p. 166.

44. J. Lamy, « La république des Lettres et la structuration des savoirs à l'époque moderne », *Littératures* 2013, 67, p. 102.

45. C. Blanckaert, « La discipline en perspective. Le système des sciences à l'heure du spécialisme (xix^e-xx^e siècle) », in J. Boutier, J.-C. Passeron et J. Revel (dir.), *op. cit.*, p. 139.

46. M. Mercats-Brun, « Le droit de la non-discrimination, une nouvelle discipline en droit privé ? », *Dalloz* 2017, p. 224.

ainsi de décrire comment les savoirs résultant de cette branche du droit permettent une nouvelle lecture des catégories du droit selon des canons différents. La « discipline droit de la non-discrimination » permettrait une « relecture » du droit existant en ce qu'il révèle le mouvement de proceduralisation du droit. La nouveauté et la singularité sont donc convoquées pour convaincre de la nécessaire autonomisation de cette « branche » qui accéderait au statut disciplinaire. On retrouve ici l'idée d'un paradigme émergent, d'une méthode spécifique qui vient compléter (ou permettre de réinterpréter) le corpus nouveau qui se distingue des solutions précédentes. L'auteur met en avant une spécificité d'objet et de concepts ainsi que l'existence d'une « méthode » identifiable.

Quelques années auparavant, pour prendre un second exemple, Georges Vedel⁴⁷ avait cherché à établir l'existence d'un droit public économique. Il proposait de conclure à l'autonomie toutes les fois que l'application à une matière des principes de raisonnement empruntés à une discipline existante conduit à des inexactitudes ou quand la matière en cause, bien que ne mettant en œuvre que des principes et méthodes empruntés à des branches existantes, « en fait une sorte de combinaison chimique ayant un caractère de nouveauté ». C'est par une démarche empirique et fonctionnelle que l'on identifie la nouveauté, ajoutait-il, « quand on a le sentiment que l'on change les solutions ». Si au contraire on ne trouve qu'une simple juxtaposition de solutions dans la même matière, il convient de renoncer à chercher une discipline nouvelle. Toute revendication disciplinaire, pour produire ses effets et soutenir le processus d'autonomisation, doit donc être étayée. Elle doit démontrer la singularité du corpus identifié, la spécificité des questions posées et résolues par l'émergence de la discipline, elle doit permettre une unité de questionnement. À ce moment précis, le vocabulaire disciplinaire apparaît bien plus fécond, plus efficace que celui de la matière ou de la seule branche du droit.

B. Résister

Généralement, la tentative d'émancipation se heurte à des résistances. On connaît les vives oppositions entre internationalistes et européenistes⁴⁸,

47. G. Vedel, « Le droit économique existe-t-il ? », *Mélanges Vigreux*, Université de Toulouse 1981, p. 766.

48. On se rapportera ainsi à la controverse entre Alain Pellet et Denys Simon : A. Pellet, « Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire », in *Collected Courses of the Academy of European Law* 1997, Vol. V, livre II, p. 193-271 et D. Simon, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in Société française pour le droit international, *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles, actes du colloque de Bordeaux*, Pedone, 2000, p. 209-249.

quand ces derniers ont milité pour que ce que Julie Bailleux appelle « le droit communautaire-discipline »⁴⁹ soit détaché du droit international. À l'argument répété de la « spécificité » du droit communautaire était systématiquement opposé celui de la « banalité » des règles et décisions européennes qui ne démontraient pas leur originalité et n'échapperaient donc pas à leur nature internationale.

On peut généraliser cet exemple. Quand la formation d'une discipline se fait par sécession d'un corps d'une discipline déjà existante, la revendication disciplinaire se voit opposer l'unité du droit⁵⁰. C'est que l'argument de l'unité de la science est fort chez les juristes, souligne Guillaume Richard, en décrivant la résistance et le malaise – voire l'hostilité – des professeurs face à la montée du droit public à la fin du XIX^e⁵¹. Non que les réticences des professeurs de droit à l'égard des divisions à l'intérieur de la matière juridique soient nouvelles. La question de l'unité du droit a resurgi au moment des débats sur le sectionnement du concours d'agrégation, dès le début des années 1880. Bufnoir s'opposait au projet de sectionnement de l'agrégation en plusieurs disciplines au nom de l'unité de la science juridique⁵². Au contraire, Esmein, favorable au sectionnement⁵³, soutenait l'agrégation d'histoire du droit car il voulait ériger l'histoire du droit en méthode plutôt qu'en ordre de connaissance. Il voulait surtout, rappelle Jean-Louis Halpérin⁵⁴, prendre acte de la nécessaire spécialisation d'enseignants auxquels les recherches historiques demandaient un long apprentissage. La corporation des historiens du droit existait déjà en fait ; il revenait donc à l'agrégation de la consacrer et de l'unir à celles des romanistes qui s'étaient ralliés à la méthode historique. Mais cette proposition a généré des oppositions importantes. Duguit considérait plutôt l'histoire du droit comme une méthode, un point de vue, et non comme une science proprement dite et autonome : il n'imaginait pas qu'elle puisse faire l'objet d'une agrégation⁵⁵.

En réalité, c'est toute l'organisation disciplinaire, nous enseignent les travaux de sciences sociales, qui repose sur une irréductible tension entre besoin d'unité et de spécialisation. Selon une logique de division du travail scientifique, les disciplines sont fondées sur une répartition de tâches spécifiques que l'on espère cohérente et sur l'idée de « maîtrise cognitive d'un

49. J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, Nouvelle Bibliothèque de thèses Science politique, Dalloz, 2014.

50. Sur cette idée de l'unité du droit, R. M. Kiesow, *L'unité du droit*, Paris, EHESS, 2014.

51. G. Richard, *op. cit.*, p. 278.

52. V. C. Bufnoir, « Projet de sectionnement de l'agrégation de droit », *Revue internationale de l'enseignement*, 5, p. 221-224.

53. J.-L. Halpérin, « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *Revue d'histoire des sciences humaines* 2001/1, N° 4, p. 24.

54. *Ibid.*, p. 24.

55. *Ibid.*, p. 25.

objet préalablement défini comme limité »⁵⁶. Mais dans le même temps et en arrière-plan, se trouve la croyance que cet ensemble des savoirs particuliers poursuit une même visée scientifique. La discipline est donc nécessairement la partie d'un tout; elle se situe toujours dans un « concert des savoirs ». Judith Schlanger insiste sur ce point: la notion de discipline implique la pluralité des disciplines. Elle suppose une organisation du savoir « qui renonce au rêve totalisant, à l'institution holistique de l'unité systématique du savoir (...) toute discipline se pose comme circonscrite (...), elle se reconnaît comme locale et partielle »⁵⁷. C'est pourquoi, parler de discipline, consiste à traiter de « la stabilisation d'un objet de connaissance, de la sécurité aux frontières et de l'établissement de modes unifiés de traitement d'objet préalablement découpés »⁵⁸.

L'unité du droit est, aujourd'hui, évoquée avec la même constance que par le passé. Philippe Terneyre et Claudie Boiteau, s'interrogeant sur l'émergence d'un droit de l'énergie comme branche de droit autonome⁵⁹, se penchent sur l'intérêt théorique ou pratique de se poser cette question de l'existence d'un droit de l'énergie « si l'on postule qu'il n'existe en droit interne, qu'un seul ordre juridique où aucune règle n'est indépendante des autres, car toutes articulées dans une seule et même hiérarchie des normes. Dit autrement, puisque, dans l'ordre juridique français (comme dans tout État de droit d'ailleurs), aucune branche de droit n'est autonome, pourquoi l'interrogation sur l'existence d'un droit de l'énergie ne serait-elle pas pure et vaine spéculation théorique ? ».

Frédéric Rouvière⁶⁰ conteste sur cette même base de l'unité du droit l'existence d'une « discipline droit de la non-discrimination ». Il voit un usage pragmatique de la discipline par Marie Mercats-Brun, fondé sur des objectifs politiques ou stratégiques. Or la notion de discipline « repose sur des présupposés » qui seraient absents en l'espèce. Sa critique repose surtout sur une contestation des distinctions disciplinaires car, indique-t-il, l'identification d'une réalité fonctionnelle (un secteur de l'activité juridique) ne suffit pas à créer une discipline. Même une distinction a priori aussi évidente que celle du droit public et du droit privé ne donne pas naissance à deux disciplines distinctes: les objets sont distincts, les concepts sont différents mais la différence de méthode n'est pas si aisée à caractériser. Pour penser

56. J.-L. Fabiani, « À quoi sert la notion de discipline ? », in J. Boutier, J.-C. Passeron et J. Revel (dir.), *op. cit.*, p. 12.

57. J. Schlanger, *op. cit.*, p. 291, p. 292.

58. J.-L. Fabiani, « À quoi sert la notion de discipline ? », in J. Boutier, J.-C. Passeron et J. Revel (dir.), *op. cit.*, p. 25.

59. Ph. Terneyre et C. Boiteaux, « Existe-t-il un droit de l'énergie ? », *RFDA* 2017, p. 517.

60. F. Rouvière, « La notion de discipline juridique: enjeux et intérêts. M. Mercats-Brun, « Le droit de la non-discrimination: une nouvelle discipline de droit privé ? », *D.* 2017, p. 530-531.

la division du droit, il faudrait donc, d'abord, penser son unité : « de cette façon, nous comprendrions mieux pourquoi la fragmentation du droit en branches ou en matières n'altère pas son identité disciplinaire ». La division des champs d'expertise ne serait ainsi qu'une simple division des tâches de sorte que la notion de discipline doit d'abord servir à comprendre ce qui réunit les juristes malgré la différence de leur spécialité.

Comment expliquer le caractère discret, sans contenu propre ou définitif, instrumental d'une telle notion ? Les juristes ont construit leur savoir hors de la discipline, soit que la discipline ne leur soit jamais apparue nécessaire à l'ordonnement de leur pensée et de leur organisation, soit que la discipline au contraire, leur apparaisse comme une approche trop restrictive – pour ne pas dire réductrice – de leurs savoir et pratiques.

III – PENSER LE PHÉNOMÈNE DISCIPLINAIRE SANS LA « DISCIPLINE » ?

On l'aura compris : la notion de « discipline » n'appartient pas vraiment, pas pleinement à la langue du droit, au vocabulaire du juriste. Le juriste, soucieux de contribuer à la production du droit ou de commenter cette dernière, se dispense le plus souvent d'y recourir. Faut-il voir, dans cette attitude, le signe d'une mauvaise volonté ou d'un refus de se conformer aux standards de la vie académique ? S'agit-il d'une méconnaissance des vertus dont la notion est porteuse ? En réalité, les juristes pensent le « phénomène disciplinaire » sans recourir à la notion elle-même ni à la logique savante qu'elle permet de mettre en œuvre. Non pas qu'ils méconnaissent les débats autour des frontières savantes, qu'ils ignorent les règles de conduite qui s'imposent à leur communauté professionnelle ou qu'ils mésestiment l'ordre du discours juridique. Mais les juristes traitent très majoritairement de ce phénomène d'une autre manière, qui le rabat sur les seuls aspects de la structuration des contenus du droit. Et, non sans paradoxe, les circonstances historiques et l'affirmation d'une certaine spécificité du droit les conduisent *in fine* à mener ce travail analytique hors (A), voire contre le cadre disciplinaire (B). Penser, en somme, la disciplinarisation du droit sans la « discipline ».

A. L'a-discipline

Le juriste dispose d'autres termes, d'autres notions, aux accents plus indigènes, pour désigner les classifications ou les segments du droit, les contenus de l'enseignement, le matériau juridique, etc. Et il fut même un temps (au Moyen Âge, en particulier) où l'agencement par matières, branches et, à plus

forte raison, disciplines a été purement et simplement ignoré. Les raisonnements et les argumentations se déployaient selon une autre économie de la pensée, selon d'autres principes (analogie, exemples, allégations, etc.)⁶¹. Le basculement des méthodes et raisonnements juridiques vers une compartimentation du droit, vers sa systématisation *rationae materiae* ne date que des XVI^e-XVII^e siècles⁶². Cette tendance s'est renforcée à partir du XVIII^e siècle comme en témoignent les codifications au sens moderne.

C'est une évidence qu'il n'est pas inutile de rappeler : le droit a appris à se penser lui-même, à penser sa production et ses articulations, *bien avant* que la notion « discipline » se dote de sa coloration académique moderne. Cette dernière est aussi récente que le droit est frappé du sceau de l'ancienneté (d'autres diraient, de la romanité). On a pu parler, à propos du droit, de la *Oldest Social Science*⁶³. Or la « discipline » moderne est une invention de la fin du XIX^e siècle. Maurice Sachot⁶⁴ souligne d'ailleurs que le terme « discipline » est totalement absent des débats sur l'éducation pendant la révolution française. Condorcet, note-t-il, parle constamment de « sciences » ou de « partie de sciences » et non de disciplines. Quand le terme est employé au XIX^e, ce n'est donc que pour désigner la « discipline scolaire », entendue comme la police des établissements, c'est-à-dire le maintien du bon ordre. De nombreux historiens s'accordent sur l'idée que la discipline ne renvoie à l'idée d'organisation du savoir et à l'enseignement qu'à la fin du XIX^e⁶⁵. Telle est la position d'André Chervel⁶⁶ qui, dans

61. Cf. les remarques d'A. Wijffels, « Qu'est-ce que le *ius commune* ? », in A. Supiot (dir.), *Tisser le lien social. Florilèges de dix années de conférences à la Maison des sciences de l'homme Ange-Guépin*, Paris, Éditions de la maison des sciences de l'homme, 2004, p. 138-141.

62. Sur cette systématisation du droit à partir du XVI^e siècle : H. J. Berman, *Droit et Révolution. L'impact des Réformes protestantes sur la tradition juridique occidentale*, Paris, Fayard, 2010 (en particulier le chapitre 3).

63. T. Murphy, *Oldest Social Science: Configurations of Law and Modernity*, Oxford, Oxford University Press, 1997.

64. M. Sachot, « Un discours éclaté. Entre logique disciplinaire et logique curriculaire », *Le Portique* 6/2000 (en ligne).

65. Dans un article très suggestif, Maurice Sachot (« Culture contre cultures, ou la finalité première des disciplines d'enseignement », in G. Vincent (dir.), *La partition des cultures. Droits culturels et droits de l'Homme*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2008, p. 203-225) propose une lecture politique de l'apparition de la catégorie discipline. La discipline a, selon lui, été le vecteur de la forme scolaire d'une éducation républicaine. Le changement de sens de la notion de discipline traduirait donc une rupture épistémologique, institutionnelle et politique. La nouvelle acception du mot discipline serait ainsi liée au changement dans ce qui est tenu pour l'instance instituante de l'éducation. La République a introduit la culture en un sens nouveau : elle a pour ambition de former un citoyen « cultivé » et non plus un sujet « acculturé » : la discipline d'enseignement devient alors « l'exercice nécessaire de la raison d'un sujet humain mis en mesure de juger par lui-même ce qui est vrai et bien ».

66. A. Chervel, « L'histoire des disciplines scolaires : réflexions sur un domaine de recherche », *Histoire de l'éducation*, n° 38, 1988, p. 59-119.

un article pionnier, estime que la qualification des enseignements comme discipline ne date que d'une centaine d'années. Et chez les juristes, la notion de discipline apparaît plus tard encore. Guillaume Richard a bien montré que le terme n'est pas utilisé dans les discussions des professeurs avant l'entre-deux-guerres⁶⁷. Il ne se diffuse, quoique toujours modestement, avec le sens de matière d'enseignement qu'à partir de la fin du XIX^e et ce n'est que dans les années 1930 que la *discipline* sera employée comme synonyme d'enseignement ou de matière.

Pourquoi cette utilisation tardive de la notion de discipline ? Pour A. Chervel⁶⁸, elle serait due au changement de sens de la notion. Son introduction dans le domaine des enseignements s'est faite en deux temps. Au début des années 1880, le terme apparaît d'abord au singulier, comme synonyme de gymnastique intellectuelle. Il vise le développement du jugement, de la raison. La seconde étape se situerait au début du XX^e quand le terme de discipline passe du général au particulier et en vient à signifier une « matière d'enseignement susceptible de servir d'exercice intellectuel »⁶⁹. Toujours selon André Chervel, on peut alors parler au pluriel, *des* différentes disciplines. Avant cette évolution, il n'y avait « qu'une seule façon de former les esprits », une seule « discipline », au sens fort du terme : les humanités classiques. L'introduction de la logique disciplinaire traduit donc un saut qualitatif avec l'abandon du modèle des humanités classiques.

Le reflux d'un tel modèle au profit d'un modèle alternatif, le modèle disciplinaire, trouve naturellement quelque écho au sein des facultés de droit, comme le démontre le débat autour du sectionnement du concours d'agrégation⁷⁰. Chénon voyait l'unité de l'agrégation comme un obstacle aux progrès de la science du droit empêchant la division optimale du travail scientifique. Pour lui comme pour tous les promoteurs du sectionnement, la spécialisation devait à l'inverse permettre de se consacrer à un nombre limité de matières liées par certaines affinités. Or, souligne Guillaume Richard, cela conduit à admettre, par la division du travail scientifique, « la constitution de sphères de recherche autonomes où l'intégration se fait par la reprise de connaissances spécialisées et par un processus supposé cumulatif de connaissances »⁷¹. Un tel modèle, précise-t-il, s'oppose à la conception humaniste du savoir (ou à celle de l'érudit) qui ne se pose pas la question de la discipline, considérant que tout approfondissement du

67. G. Richard, *op. cit.*, p. 280.

68. A. Chervel, *op. cit.*, p. 63.

69. *Ibid.*, p. 60.

70. G. Richard, *op. cit.*, p. 282. Voir également sur le recul des humanités classiques dans les milieux juridiques, F. Audren, J.-L. Halpérin, *La culture juridique française. op. cit.*, p. 61-75.

71. G. Richard, *op. cit.*

savoir trouve en lui-même sa propre fin. Chez les juristes, la naissance de la catégorie « discipline » révèle donc un processus de spécialisation dans la recherche et l'enseignement. Cette spécialisation disciplinaire n'apparaît pas comme un progrès naturel de la raison mais comme un changement dans la façon d'aborder le savoir juridique. On peut notamment y voir une rupture dans la conception professionnelle des facultés de droit. À partir de ce moment, les juristes assument plus nettement une fonction de recherche et d'enseignement à finalité d'universalisation selon une logique qui se veut scientifique.

Cette nouvelle économie du savoir (spécialisation, questionnement méthodologique, raison scientifique, etc.) impose sa puissante logique au champ juridique dans son ensemble et provoque un *aggiornamento* des savoirs juridiques. Le « moment 1900 » voit ainsi de nouveaux enseignements universitaires se développer, la science du droit se moderniser et la formation aux professions juridiques s'ajuster aux demandes sociales⁷². De ce point de vue, les milieux juridiques n'échappent pas, au xx^e siècle, à la *disciplinarisation* de leur(s) savoir(s). Mais, les juristes n'analysent pas pour autant (ou du moins, rarement) ces transformations à partir du prisme disciplinaire ; jouant constamment de la dialectique unité/diversité, ils continuent à mobiliser les catégories traditionnelles pour penser les articulations du droit (matière, branche, *summa divisio*, etc.), déploient une *esthétique* capable de matérialiser l'ordre juridique (arbre, pyramide, réseau, etc.) ou encore convoquent la force centripète d'une « culture juridique » pour ramener à un creuset commun la pluralité des compétences et des objets. Les juristes parviennent donc à penser le phénomène accru de spécialisation disciplinaire sans recourir... à la « discipline » et au regard qu'elle autorise. Cela fait une grande différence avec d'autres savoirs, en particulier dans le domaine des sciences humaines et sociales, dont le développement académique est concomitant de l'invention même des « disciplines », dans son sens moderne. La sociologie, l'anthropologie ou la géographie naissent, académiquement, au moment même où la matrice disciplinaire s'impose et ne se penseront plus *en dehors* d'elle. Celle-ci leur est, pour ainsi dire, constitutive.

On ajoutera ici un autre point important, déjà évoqué : les juristes, lorsqu'ils consentent à recourir à cette notion de « discipline », en réduisent le plus souvent la portée analytique, pour ne pas dire sociologique. Parler d'une/de la « discipline juridique », c'est pour eux presque exclusivement envisager une collection de normes relatives à un objet déterminé. Là où les autres savoirs abordent la discipline comme l'association complexe d'une

72. O. Jouanjan, É. Zoller (dir.), *Le « moment 1900 ». Critique sociale et critique sociologique du droit en Europe et aux États-Unis*, Paris, Édition Panthéon Assas Paris 2, 2015.

collectivité réunie par une connivence intellectuelle, d'un accord sur le savoir légitime, de clefs conceptuelles et verbales (schèmes, catégories, etc.), d'institutions portant un programme de travail, le savoir juridique, quant à lui, construit (par sélection et regroupement) des ensembles de normes distinctes jugés suffisamment robustes pour prétendre gagner une existence autonome. La « discipline » ne prend sens, ici, que par rapport à un ordre juridique donné : elle est inséparable d'une *connaissance des sources* du droit. Alors même que, pour les sociologues ou les géographes, la « discipline » est plutôt une *source de la connaissance* : elle est l'instrument d'une meilleure compréhension des conditions sociales et institutionnelles de la production savante, des contraintes qu'elles supposent, des résultats qu'elle obtient.

Face à la prolifération des normes, à la nécessité de les organiser et aux exigences de la pédagogie, les juristes ne contentent pas de maintenir le prisme disciplinaire à distance d'eux ; ils n'hésitent pas non plus à vouloir sortir le Droit de l'ordre disciplinaire, qui structure le champ des sciences sociales et humaines, tout en y participant. Existe-t-il, à proprement parler, une « discipline juridique » ?

B. Indiscipline

Une ambivalence fondamentale gît au cœur même de l'usage que les juristes font de la « discipline » juridique. Ils rappellent sans cesse le caractère disciplinaire du savoir juridique (le droit est une discipline) mais résistent profondément au modèle disciplinaire revendiqué par les autres sciences sociales et humaines (le droit n'est pas une discipline comme les autres). Bref, les juristes revendiquent le titre pour mieux le repousser en constatant qu'il n'est pas tout à fait adapté au « mode d'existence » du droit. Il n'est pas ici possible de s'appesantir sur ce qui apparaîtrait aux yeux de certains comme une contradiction, contradiction fondatrice, en réalité, du discours des juristes.

Il serait nécessaire de mener une longue enquête historique pour déterminer la place et le statut du droit dans l'espace des savoirs. Ce travail montrerait sans aucun doute la tension constante, chez les juristes, entre le désir de se conformer (du moins, de se rapprocher) et celui de différer des façons de voir et de faire des autres sciences de la société. Il excède notre projet et nous conduirait non seulement sur les rivages de l'histoire mais également de la philosophie et de la théorie du droit. Relevons, néanmoins, pour le seul XIX^e siècle, que les milieux juridiques ont défendu l'idée tantôt que le droit est une *science morale* tantôt qu'il est une *science dogmatique*.

Comme « science morale et politique », le droit (ou la « législation ») venait prendre sa place aux côtés de l'économie politique, de la philosophie,

de la morale ou encore de la statistique. Il complétait ainsi cet espace savant à l'unité épistémologique incertaine mais que de nombreux acteurs de l'époque (scientifiques, politiques, sociaux) cherchaient à s'approprier. Accueillant une classe puis une section de législation, l'Académie des sciences morales et politiques, notamment celle de Guizot, offre une parfaite illustration de l'effort mené par certains pour intégrer le savoir juridique dans cet ensemble des sciences de la société⁷³. Les juristes engagés dans cette aventure des sciences morales resteront, pour l'essentiel, en marge des facultés de droit qui restent dominées par une approche plus strictement normative du travail juridique. Comme « science dogmatique », le droit est au nombre des savoirs transmis dans les *facultés supérieures* (avec la théologie et la médecine) et manifeste un rapport plus étroit et complexe avec la construction institutionnelle de la vérité.

Toutefois, et ce point est central, qu'ils soutiennent l'idée d'une science morale ou d'une science dogmatique, les juristes ne renoncent jamais au statut particulier que leur savoir entretient avec la pratique : le droit est un savoir pratique ou appliqué. De ce point de vue, les facultés de droit sont des facultés professionnelles qui regardent avec inquiétude et scepticisme le principe d'une structuration disciplinaire qui considère le savoir dans sa pureté méthodologique et sans considérations d'ordre pratique. Pour les juristes, il ne s'agit pas seulement de fonder leurs réflexions sur l'empire de la raison (et non sur une doxa), d'instruire un problème en suivant des règles objectives et partagées ; il s'agit également de donner raison au droit, ou du moins *des raisons et moyens au droit de s'appliquer*. Cette façon de voir réduit quelque peu l'ambition disciplinaire qui vise à rendre au sujet (savant) les moyens de décider par lui-même, indépendamment d'une vérité institutionnelle. On comprend bien, ici, le malaise ancien et constant des juristes vis-à-vis de l'exigence épistémique contenue dans la « discipline » qui heurte de plein fouet la raison juridique (et dans une certaine mesure, la raison de l'État). Cette dernière ne peut jamais se réduire au bon usage, par les juristes, de leur seule raison, ni se confondre avec une maîtrise rigoureuse, contrôlée par un « sujet pensant » des outils scientifiques partagés et validés par la communauté savante. La raison juridique continue d'une manière ou d'une autre à être liée au pouvoir, à l'institution, là où la logique disciplinaire prétendait justement s'en affranchir.

73. J. Vincent, « Les “sciences morales” : de la gloire à l'oubli ? », *La revue pour l'histoire du CNRS*, 2007, n° 18, p. 38-43 ; « Les sciences morales et politiques : un nouveau paradigme » dans C. Charle et L. Jeanpierre (dir.), *La vie intellectuelle en France XIX^e-XX^e siècles*, Paris, Seuil, 2016, p. 137-142.

Enfin, le droit ne cesse, au moins depuis sa fondation romaine⁷⁴, d'invoquer son autonomie⁷⁵, son caractère autoréférentiel qui conduit très souvent à conclure par une étrange tautologie. « Toute tentative de définition du droit, constate Bruno Latour, aussi brutale ou sophistiquée soit-elle, finit toujours par rajouter, en désespoir de cause, l'adjectif "juridique" pour le qualifier ». Et d'ajouter: « Pour décrire le droit de façon convaincante, il faut être déjà, par un saut, installé en lui »⁷⁶. Construction sociale par excellence, le droit ne se conçoit pourtant que comme éminemment autonome: constamment connecté aux enjeux sociaux et politiques, irréductible pourtant à ces dimensions. Ici, encore, ce n'est pas le lieu de discuter d'une telle prétention, de sa réalité et de ses limites. Un fait demeure incontestable: les juristes restent le plus souvent dans le champ juridique et peuvent activer leur savoir sans jamais se référer aux autres « disciplines ». Naturellement, ils n'ignorent pas leur existence et, très souvent, se montrent attentifs à elles. Pourtant, les opérations du droit absorbent, intègrent, digèrent d'une manière si particulière les apports des autres disciplines qu'elles semblent disparaître quasi-complètement de l'horizon juridique. Le droit fait *avec* les autres disciplines, avec les disciplines *extérieures* mais sans se préoccuper de se positionner par rapport à elles. Elles existent *pour* le droit; le droit les maintient dans une zone grise, sans consistance véritable, sans penser le lien avec elles. Cette tendance traditionnelle a pour conséquence de penser le droit hors de toute autre référence qu'à lui-même. Elle heurte une dimension essentielle du cadre disciplinaire: celui de penser le champ des savoirs à partir d'une pluralité constitutive. Une discipline se pense et se construit par rapport aux autres disciplines. Le droit peut (et de nombreux professionnels de la chose juridique le démontrent quotidiennement) se satisfaire de lui-même, de sa rationalité propre, indépendamment d'un panorama des sciences en perpétuel mouvement. D'où, conséquence essentielle, l'extrême difficulté pour les juristes d'endosser une posture interdisciplinaire ou transdisciplinaire. Récuser, suspendre cette dernière tient moins à une *attitude psychologique* des juristes qu'au mode d'existence même du droit qui l'instaure dans une sorte d'auto-isolement, dans un univers de formes et d'abstractions, peu sensible aux apports des autres « disciplines »⁷⁷. Incontestablement, le droit se montre particulièrement

74. A. Schiavone, *Ius. L'invention du droit en Occident*, Paris, Belin, 2011.

75. Sur l'autonomie du droit comme discipline, voir R. A. Posner, « The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987 », *Harvard Law Review*, 1987, N° 100, p. 761-780.

76. Bruno Latour a parfaitement repéré cette curieuse forme d'autonomie du droit: *La fabrique du droit. Une ethnographie du Conseil d'État*, Paris, La découverte, 2007, p. 272-286.

77. Voir sur ce point, A. Schiavone, *op. cit.*, p. 209-239.

indiscipliné : il préférerait plier la notion de discipline à sa logique spécifique plutôt que passer sous les fourches caudines du cadre disciplinaire standard.

Ce constat ne clôt pourtant pas notre enquête. Nous proposons de prendre la discipline au sérieux, non comme notion interne au discours du droit ou comme catégorie structurante du savoir juridique et de la vie académique, mais plutôt comme *catégorie externe*, dotée de vertus descriptives et analytiques. Notre hypothèse est que le regard disciplinaire permet d'enrichir, presque cliniquement, la compréhension du droit, de ce qui structure la pensée des juristes et sous-tend leur organisation institutionnelle.

IV – LA DISCIPLINE, UNE CATÉGORIE UTILE À LA COMPRÉHENSION DU SAVOIR JURIDIQUE

L'intérêt d'un regard disciplinaire sur le droit apparaît nettement lorsque l'on s'efforce de distinguer la branche, la matière et la discipline juridique. Pour Antoine Jeammaud⁷⁸, la branche du droit se rapporte à un sous-ensemble de règles juridiques identifiables, c'est-à-dire au segment d'un ordre juridique déterminé ensuite découpé en matière. La discipline est pour sa part « l'activité ou l'ensemble des activités de connaissance des problèmes juridiques d'un secteur des relations sociales et des solutions que prétendent leur procurer les règles juridiques en vigueur (qui peuvent appartenir à des branches différentes de l'ordre juridique concerné) »⁷⁹. En d'autres termes, la branche décrit le phénomène normatif alors que la discipline a trait à « la connaissance de la pratique de ce phénomène ». On peut aussi distinguer matière et discipline. Toutes les deux sont relatives au savoir juridique. Mais la matière, indique Antoine Jeammaud, est liée à un savoir d'abord « descriptif et classificatoire » ; la branche est une construction du droit qui sert avant tout à faire apparaître un ordre juridique cohérent. La discipline correspond aussi à un segment du savoir mais elle renvoie dans le même temps aux méthodes et aux démarches de la doctrine.

Observé au prisme de la notion de discipline, le savoir juridique est donc tout sauf une masse inerte découpée en rubriques. D'ailleurs, les sciences sociales soulignent combien la discipline repose fondamentalement sur une tension. Elle se situe au point de rencontre entre deux exigences qui peuvent apparaître irréconciliables : les conditions de reproduction d'un

78. A. Jeammaud, « La part de la recherche dans l'enseignement du droit », *Jurisprudence critique* 2010, p. 186.

79. A. Jeammaud, M. Le Friant et A. Lyon-Caen, « L'ordonnancement des relations de travail », *D.* 1998, p. 359.

corps de savoirs à travers la fidélité à un exercice d'une part ; l'exigence de progrès scientifique d'autre part. Au sein de la notion de discipline coexiste toujours, constate Jean-Louis Fabiani, « un principe reproducteur centré sur l'établissement d'une autorité pédagogique et d'un principe déstabilisateur induit par la dynamique propre de la découverte ». C'est pourquoi Kuhn a décrit la difficulté du chercheur qui doit être à la fois traditionaliste et iconoclaste⁸⁰. Autant dire que la discipline est une réalité agissante.

Mais la discipline n'est ni un découpage purement abstrait du savoir ni, indique Balkin, une « forme de vie » au sens de Wittgenstein : les disciplines sont des « on-going, self-representing enterprises, reproductive mechanisms »⁸¹. La discipline sert à décrire l'identité sociale et professionnelle d'un corps de savoir spécialisé reconnu au sein de la communauté académique. On l'aura compris, de nombreux travaux de sciences sociales soulignent le caractère profondément social – pour ne pas dire politique – de l'organisation disciplinaire. Il n'est donc pas surprenant que la « discipline » soit devenue une catégorie analytique centrale de la sociologie, l'anthropologie et la philosophie qui interrogent leur fonctionnement au travers de cette particule élémentaire qu'est la discipline. Elle permet aux sciences sociales de décrire leurs pratiques professionnelles en se situant au carrefour des idées, des pratiques, des normes et des institutions.

La valeur ajoutée du regard disciplinaire, nous semble-t-il, est de décrire sous un nouvel angle, social, la production et la structuration des savoirs juridiques dans les facultés françaises. En s'intéressant moins à l'identité de chacune des disciplines qu'à leur inscription sociale, ce modèle permet de ne pas penser le savoir juridique sous une forme abstraite, désincarnée et statique. Parce qu'elle invite à considérer le savoir juridique sous une forme dynamique (ce n'est pas un découpage figé du savoir en branches distinctes) et non abstraite, l'approche du savoir juridique à partir de la discipline conduit à référer ce savoir à la communauté des juristes qui l'organise. C'est pourquoi la « discipline » est utile pour penser le droit et la science du droit : elle conduit en effet à souligner combien l'organisation du savoir juridique est d'abord une construction sociale (A) qui repose sur des conventions (B) et/ou résulte de tensions et rivalités (C).

A. La construction sociale des disciplines juridiques

Le regard disciplinaire prête attention à la distribution des rôles des différents acteurs de la vie académique et scientifique. Nous l'avons vu,

80. Th. S. Kuhn, *La tension essentielle. Tradition et changement dans les sciences*, Paris, Gallimard, 1990, p. 307, cité in J.-L. Fabiani, *op. cit.*

81. J. M. Balkin, « Interdisciplinarity as Colonization », *op. cit.*, p. 956.

la discipline repose sur un processus d'autonomisation, elle est le support d'une revendication. Or pour être efficace, toute revendication disciplinaire doit être étayée. Les porteurs de la nouvelle discipline doivent démontrer que le corpus et la compréhension doctrinale qu'ils identifient comme objet singulier contiennent les « éléments constitutifs » de toute discipline juridique. Démontrer la singularité d'un corpus juridique ne suffit pas : il faut, au surplus, convaincre que sont présents les marqueurs de discipline, ces « êtres » collectifs qui témoignent de l'existence d'une discipline nouvelle. Ainsi, alors qu'ils s'interrogent sur l'existence d'un droit de l'énergie, Claudie Boiteau et Philippe Terneyre⁸² se réfèrent à certains de ces marqueurs. Ils mettent en évidence l'existence d'un code de l'énergie, d'un « Dalloz action Droit de l'énergie », de revues juridiques consacrées à l'énergie, d'une Association française de droit de l'énergie, autant d'éléments qui viennent accompagner la progression exponentielle de la réglementation encadrant les énergies. Ce faisant, ils insistent moins sur l'autonomie du corpus juridique que sur la structuration de sa doctrine.

Les sciences sociales s'accordent sur l'idée que l'existence d'un nouveau paradigme ne suffit pas à la constitution d'une discipline. Critiqué pour s'être focalisé sur les paradigmes, Kuhn a dû préciser sa pensée et a développé l'idée de « matrice disciplinaire » pour la compléter. La matrice disciplinaire résulte selon lui de la composition d'éléments ordonnés de nature diverses : des généralisations symboliques acceptées par la communauté qui se formalisent, la croyance partagée de la validité de certains énoncés, les valeurs de la communauté scientifique et enfin des exemples partagés de solutions à des problèmes qui constituent des références communes et régulièrement mobilisées par ce collectif. Vue sous cet angle, on réalise combien la discipline juridique repose sur un complexe d'idées, d'institutions et de pratiques.

L'existence de valeurs communes est un point nodal de toute vie disciplinaire. En droit, les valeurs qui forment le sous-bassement de chaque discipline peuvent se traduire dans des principes juridiques qui en marquent les traits. Ainsi, pour émerger comme discipline, le droit de l'environnement⁸³ a utilisé ce registre principal. On le dit doté de principes propres comme le principe pollueur-payeur ou le principe de précaution et de valeurs spécifiques : la volonté de protection liée à l'idée de développement durable par exemple. En réalité, chaque discipline est construite autour de « valeurs » qui fondent l'adhésion du groupe. Les valeurs d'ordre ou d'humanisme, de libéralisme ou de protection des plus faibles, ne sont-elles pas cardinales dans la construction du droit pénal, du droit civil et du droit social ?

82. Ph. Terneyre et C. Boiteau, « Existe-t-il un droit de l'énergie ? », *RFDA* 2017, p. 517.

83. *Ibid.*, p. 517.

Mais la discipline n'est pas un pur jeu de l'esprit : elle se rend tangible dans des marqueurs matériels ou humains. On a pu citer l'existence d'un code ou de revues spécialisées qui rendent visibles les débats et auteurs de la discipline. Le manuel est, pour les juristes, un marqueur très fort de disciplinarité. Il est même un exercice très typique des juristes français. La rédaction d'un recueil des grands arrêts constitutifs de la matière est un autre rite des juristes français. Des arrêts, élevés au stade de la « grandeur », sont réunis pour témoigner de l'histoire de la construction de la matière, de ses évolutions, de ses chaos et revirements. Ils sont importants car ils ont généré des controverses qui sont des moments de vie intellectuelle intense. Les controverses sont d'autant plus révélatrices d'une vie disciplinaire qu'elles opposent des « grands auteurs », figures éminentes qui oeuvrent à la systématisation du corpus ou portent un courant de pensée.

La discipline juridique s'adosse aussi à des formes institutionnelles d'organisation de la recherche. La création du premier centre de recherche en droit européen à la Faculté de droit de Paris, par Teitgen, fut ainsi un moment décisif dans l'émergence de la discipline droit communautaire⁸⁴. Mais les regroupements des membres de la discipline peuvent prendre d'autres formes, comme l'association ou le colloque annuel qui réunit les « spécialistes de la discipline ». Chacun de ces lieux témoigne de ce qu'une discipline, c'est aussi un habitus, des codes et des rituels de professionnalisation. Dans ces codes et rituels, le rapport à l'enseignement peut être important. La revendication d'un enseignement en licence est souvent forte car c'est le marqueur d'une discipline « générale » qui sera étudiée par tous les apprentis juristes. C'est aussi pourquoi le « manuel » est important chez les juristes français : il contient l'énoncé de ce qui est « essentiel » à la connaissance de la discipline et il sert à des fins d'inculcation⁸⁵. De plus son lectorat n'est pas le seul public étudiant. Enfin, quand la discipline est si importante qu'elle doit être ramifiée en sous-discipline, les porteurs de la discipline s'entendent alors sur une gradation de la transmission du corpus qui va du simple au complexe. C'est ce que Jean-Louis Fabiani appelle un « espace du programme »⁸⁶.

Une forte dimension allégorique doit également être présente au moment de la fondation disciplinaire. On trouve souvent un récit des origines de

84. J. Bailleux, *op. cit.* et « Des savoirs juridiques aux disciplines juridiques. Lecture politiste de l'accession d'un savoir au statut disciplinaire. L'exemple du droit communautaire », dans cet ouvrage.

85. Sur le rôle des manuels dans la structuration des champs disciplinaires : A.-S. Chambost (dir.), *Histoire des manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire*, Paris, LGDJ, 2014.

86. J.-L. Fabiani, « À quoi sert la notion de discipline ? », in J. Boutier, J.-C. Passeron et J. Revel (dir.), *op. cit.*, p. 19.

la discipline, un ou plusieurs mythes fondateurs, des pères fondateurs à l'origine d'une école⁸⁷. On ne compte plus, dans les rendez-vous annuels des associations ou sociétés savantes, les sessions consacrées aux grands maîtres de la discipline (un tel rendez-vous est systématisé à l'Association française pour la recherche en droit administratif). La reconnaissance de ces maîtres est parfois menée rétrospectivement, pour énoncer l'existence d'une lignée, d'une cohérence, d'une appartenance. Parfois le récit disciplinaire nécessitera d'exagérer la différence avec le rameau principal dont on se sépare. En tout état de cause, une culture commune existe ou est convoquée, qui est une approche particulière d'un corpus identifié; elle structure incontestablement la discipline.

Il est impossible de dire à partir de quand une communauté pourra revendiquer l'appartenance au groupe des disciplines juridiques. Il n'y a pas non plus de conditions minimales ni de seuil quantifiable ou objectif de la qualité disciplinaire. Ainsi, l'existence d'une association peut servir à assoir la reconnaissance d'une discipline mais il est aussi possible qu'elle vienne, *a posteriori*, en constater l'existence. La reconnaissance par les autres juristes (ou leur passivité) aura parfois un rôle constitutif. Nous apprenons ainsi des sciences sociales qu'une discipline juridique est constituée quand est assurée la conjonction de différents aspects (épistémologiques, méthodologiques, pédagogiques, institutionnels), quand elle fait sens et devient « crédible » ou nécessaire pour combler un manque dans le découpage disciplinaire.

Penser la science du droit avec la discipline conduit donc à prêter une attention particulière à ces activités quotidiennes, ces agencements, ces pratiques et ces objets qui structurent la pensée des juristes, l'ordonnent et lui permettent d'exister. Une telle réflexion conduit à insister sur ce qui permet au savoir, dans le quotidien des facultés de droit, de se construire et se développer. C'est dire combien une discipline est un construit.

B. Le caractère conventionnel des disciplines juridiques

Pour qu'une discipline (et un découpage disciplinaire) existe, il faut à la fois un accord entre les porteurs sur l'identité de la discipline et une reconnaissance par les membres extérieurs de la qualité disciplinaire. Il y a donc en principe, à l'origine de la discipline, un consensus⁸⁸. C'est pourquoi dans

87. J. Chevallier, « La fin des écoles ? », *Revue du droit public*, 1997, n° 3, p. 679-700; S. Gilbert, « Les écoles doctrinales », in *La doctrine en droit administratif*. Actes du colloque organisé par l'Association française pour la recherche en droit administratif, LexisNexis, 2010, p. 89-145.

88. J.-L. Fabiani, « À quoi sert la notion de discipline ? », in J. Boutier, J.-C. Passeron et J. Revel (dir.), *op. cit.*, p. 11-34.

le processus par lequel une proposition intellectuelle devient une discipline, la dimension de communication est fondamentale : elle établit l'adhésion, le partage collectif des évidences dans la communauté académique⁸⁹.

Du côté des promoteurs de la nouvelle discipline, l'accord doit être large : il porte à la fois sur le genre, le type, le modèle, le style du savoir légitime. Il est un accord sur la façon dont doit se présenter un savoir scientifique « sérieux » ou « normal »⁹⁰. Le groupe porteur doit aussi partager une connivence, et valoriser en front les « clefs conceptuelles et verbales spécifiques : schèmes, modèles, catégories, etc. »⁹¹. Judith Schlanger insiste sur l'idée que cette connivence porte à la fois sur un premier programme de travail (des modèles partagés, empruntés, diffusés, etc.) et sur le statut de la future recherche (est-elle sérieuse, enseignable, conforme ?). Un accord doit donc se former sur ce qui « fait discipline ». L'identité de chaque discipline n'est donc pas « innée » : elle procède d'une convention initiale puis d'un accord renouvelé sans cesse.

Mais la discipline nécessitant un consensus social, son émergence implique une communauté plus large que celle de ses porteurs : aucune discipline ne saurait exister sans reconnaissance de son périmètre par les représentants des autres savoirs. Cela vient de ce que toute nouvelle discipline est une nouvelle subdivision d'un cadre disciplinaire plus large, ce qui impose une validation de son périmètre. Ainsi, au milieu du XIX^e, quand certains professeurs se sont spécialisés en histoire du droit en Italie, ils ont dû obtenir une reconnaissance officielle. Jean-Louis Halpérin montre que cette reconnaissance s'est manifestée par l'attribution des chaires d'histoire de la législation ou du droit à Pise et Florence, Turin, en Lombardie-Vénétie. Elle exprimait vraiment une reconnaissance car les chaires étaient généralement attribuées par des concours spécifiques avec des jurys de professeurs de la même discipline⁹². En France et plus proche de nous, la reconnaissance de la qualité de discipline peut passer par la consécration dans un texte organisant l'enseignement supérieur ou par l'élévation à la qualité de « discipline du concours d'agrégation ». Tel fut le cas du « droit communautaire et européen », à l'origine simple partie du droit des organisations internationales puis devenu matière autonome enseignée dans plusieurs niveaux des études de droit et finalement consacré (pour ne pas dire couronné) matière du concours d'agrégation de droit public

89. J. Schlanger, « Fondation, nouveauté, limites, mémoires », *op. cit.*, p. 292.

90. *Ibid.*, p. 293.

91. *Ibid.*

92. J.-L. Halpérin, « L'histoire du droit constitué en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 20001/1, n° 4, p. 9-32.

par l'arrêté de 2001⁹³. Il ne faut donc pas sous-estimer l'importance de la reconnaissance par les membres extérieurs à la discipline. L'accord donné, même tacitement, est autant déclaratif que constitutif de la discipline qui permet d'organiser la recherche scientifique sous une forme cohérente et fonctionnelle. Le consensus est donc toujours nécessaire à la stabilité de l'ensemble.

En insistant sur son caractère conventionnel, nous ne cherchons toutefois pas à dire que la discipline serait une catégorie vide, purement instrumentale, dont par accord, les juristes conviennent à leur guise. Popper a tenté une telle voie pour ensuite y renoncer. La discipline n'était pour lui qu'un cadre artificiel, surajouté, par rapport à l'accord sur l'objet scientifique. Pour lui, ce qui est étranger à la configuration problématique d'une science ne pouvait relever que du seul espace de la tradition⁹⁴ : il y voyait un pur artefact. Ce n'est pas la lecture que nous préconisons. Certes, la discipline juridique est un arrangement social mais elle n'est pas sans rapport avec un savoir donné qui est liée à un corpus juridique particulier. La discipline est une division ou une classification mais le découpage n'est ni purement aléatoire ni le seul produit de rapports de forces. En d'autres termes, dénaturiser l'évidence disciplinaire n'a rien d'une démarche nihiliste. La discipline juridique est à la fois une portion de savoir, une méthode, et le produit de la vie des juristes qui la façonnent.

C. Les disciplines juridiques au cœur de tensions

Les sciences sociales nous invitent à nous méfier d'une lecture irénique de l'organisation disciplinaire. Les disciplines, nous enseignent-elles, sont au cœur de rapports de force. Empruntant au savoir-pouvoir de Foucault, Balkin considère ainsi que la disciplinarité est moins relative à la recherche de la vérité scientifique que le produit de rapports sociaux, de forces qui imposent une normalisation et une éducation, des récompenses et des sanctions.⁹⁵ Il décrit même les disciplines à partir de l'idée de populations ayant en commun des logiciels culturels proches qui concourent pour l'espace limité de l'esprit des universitaires⁹⁶. Jean-Louis Fabiani souligne aussi

93. Arrêté du 18 mai 2001 modifiant l'arrêté du 13 février 1986 relatif à l'organisation générale du premier concours d'agrégation pour le recrutement des professeurs des universités des disciplines juridiques, politiques, économiques et de gestion, JORF n° 127 du 2 juin 2001 page 8814. Voir aussi J.-C. Gautron, « La communauté doctrinale », in F. Picot (dir.), *Doctrines et droit de l'Union européenne*, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2009, p. 31 et s.

94. K. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, Paris, Payot, 1973.

95. V. J. M. Balkin, « Interdisciplinarity as Colonization », *op. cit.*, p. 954.

96. *Ibid.*, p. 961 (« similar culture softwares competing for limited space in the minds of academics »).

l'importance des concurrences inter et intra-disciplinaires qui parcourent l'activité scientifique et l'organisation académique. Le mouvement à l'œuvre d'interdisciplinarité est, lui aussi, un mouvement de conquête que Balkin décrit comme un véritable processus de "colonisation".

Il est un fait que les facultés de droit sont le siège de rivalités, d'enjeux de pouvoirs et la discipline joue un rôle dans ces rivalités. La discipline est donc avant tout un phénomène collectif, le produit d'une communauté liée par un savoir commun mais aussi par des règles communes, une discipline de pensée qui doit être respectée. Les rites d'appartenance à une discipline sont importants et peuvent devenir très contraignants. Surtout, le « système disciplinaire » repose sur des hiérarchies, implicites ou explicites. Cette hiérarchie peut se manifester dans l'organisation des enseignements parce que la discipline suppose toujours la superposition d'une logique classificatoire et d'une échelle pédagogique. Les principes de hiérarchie sont « tantôt liés à la place dans un cursus (et donc à un gradient de difficultés d'accès), tantôt liés au contenu objectif de chaque savoir disciplinaire et à sa place dans une concaténation »⁹⁷.

En droit, le découpage disciplinaire ne repose pas sur le principe de l'égalité autorité de toutes les disciplines. Certaines, en raison de leur ancienneté notamment, sont considérées comme plus importantes, parfois même matricielles (on pense, bien sûr, au droit civil). Éduqué dans les facultés de droit, tout juriste apprend vite que certains cours « doivent » être enseignés dès la première année de droit ou « doivent » absolument être abordés en licence. En réalité, toute discussion sur la distribution des savoirs dans les maquettes de licence procède d'une conception de ce qui est majeur et de ce qui est mineur. Souvent, les disciplines récentes sont renvoyées à leur faible légitimité alors que les disciplines anciennes devront se battre pour conserver une place substantielle et résister à la multiplication des disciplines de spécialité.

Mais la hiérarchie ne s'exerce pas au seul stade de la transmission. Muriel Fabre-Magnan⁹⁸ le décrit bien avec sa « radiographie » de l'agrégation de droit privé qui lui permet de rendre compte des hiérarchies implicites entre les disciplines du droit privé. La hiérarchie disciplinaire produit un effet immédiat sur la carrière des universitaires. On admettra donc que le monde disciplinaire est, pour reprendre une formule plusieurs fois utilisée dans le colloque ici publié, un véritable « champ de bataille ». Convenons donc que le regard disciplinaire nous éloigne considérablement de la description des

97. J.-L. Fabiani, « À quoi sert la notion de discipline ? », in J. Boutier, J.-C. Passeron et J. Revel (dir.), *op. cit.*, p. 19.

98. M. Fabre-Magnan, « Radiographie de l'agrégation (les résultats du concours d'agrégation externe de droit privé et de sciences criminelles depuis 1968) », in *Mélanges Philippe Malaurie, Liber amicorum*, Defrénois, 2005, p. 215-235.

branches du droit ou des matières juridiques définies comme découpages neutres et fonctionnels du savoir aux fins de transmission pédagogique.

En somme, penser la science du droit comme savoir disciplinaire produit des effets contrastés. Quand il s'agit, non pas de décrire la vie interne au droit mais de saisir le droit dans son rapport aux autres sciences sociales, le modèle disciplinaire trouve sa limite : il est un patron trop étroit ou mal ajusté pour qualifier le droit comme « totalité » distincte et autonome des autres disciplines (sociologie, histoire, philosophie, anthropologie, etc.). C'est donc au mieux en creux que la notion de discipline joue son rôle : en révélant la spécificité de la discipline droit. En revanche, le regard disciplinaire éclaire l'organisation du savoir des juristes, ses découpages internes et insiste sur son inscription sociale. Il conduit ainsi à dénaturer les disciplines juridiques et à rappeler leur caractère contingent et mortel. En définitive, alors que les juristes mobilisent souvent, d'une manière quelque peu forcée, l'idée de *la* discipline juridique, on peut se demander si le modèle disciplinaire ne serait pas plus pertinent pour décrire la dynamique *des* disciplines juridiques. Admettons donc qu'il s'agit alors de plaider pour un usage plus sociologique que catégorielle de la « discipline » pour analyser la vie du droit, autrement dit, et cela n'est pas le moindre des paradoxes, pour une *pratique transdisciplinaire du modèle disciplinaire...*

PREMIÈRE PARTIE
DÉFINIR, FAIRE VIVRE
(OU MOURIR) UNE DISCIPLINE

La crise du modèle disciplinaire

Jean-Louis FABIANI

*Directeur d'études à l'EHESS, CESRA
et Professeur à l'Université d'Europe centrale de Budapest*

INTRODUCTION

Comment la sociologie peut-elle aborder la question des disciplines ? Elle est d'abord confrontée à la question de leur genèse sociale, c'est-à-dire de la manière dont elles constituent un territoire qui n'est jamais purement épistémique : leur existence est exprimée à travers des justifications et des rituels qui présentent des caractères éminemment sociaux. Elle constate ensuite le caractère fortement conflictuel des relations entre les disciplines : les querelles de frontière abondent et les pratiques prédatrices ne sont pas rares. Elle est enfin aux prises avec l'inégal succès des tentatives de création de disciplines : certaines avortent, d'autres survivent brillamment aux conditions historiques de leur émergence, quelques-unes se maintiennent loin de toute nécessité, comme des astres morts. Lorsque le sociologue veut examiner de manière réflexive la notion de discipline, il se trouve face à une sorte de dilemme. D'un côté, l'approche qu'il développe des configurations de savoir lui permet de comprendre que la notion même de système des disciplines est un artefact, qui est bâti sur une bonne part d'arbitraire culturel. D'un autre côté, le sociologue n'a pas son drapeau dans sa poche et il pratique comme ses collègues d'autres disciplines la défense du corps : il demande aux institutions plus de postes, plus de moyens et plus de considération. La sociologie est depuis la fin du XIX^e siècle pourvue d'un objet à peu près stabilisé, même s'il est vague et qu'il fait l'objet d'assauts réguliers de la part des pouvoirs ou d'autres savoirs (pensons à ce que Michel Foucault a pu dire des sciences sociales). Nous avons une association professionnelle (dont la constitution est toutefois plutôt récente en France), des revues spécialisées et un code de déontologie. Notons toutefois que les armes dont dispose la discipline sont plutôt faibles lorsqu'un des membres de la communauté professionnelle viole ses règles, comme lorsque

le Professeur Michel Maffesoli, de l'Université Paris V, fit d'une extralucide une docteure dans la discipline, ce qui ne l'empêcha pas d'occuper par la suite une position de pouvoir au sein du CNRS. L'indignation largement majoritaire de ses collègues ne fit pas grand-chose à l'affaire, tant est plastique le régime de vérité de leur discipline. Celui qui entend objectiver le système des disciplines et donc en montrer la part d'arbitraire ne se facilite pas la tâche, car le savoir qu'il développe a des effets puissamment corrosifs sur l'idéologie disciplinaire et sur la croyance établie en l'existence pérenne d'une division rationnelle des connaissances en départements ou compartiments. Il continue, sous peine de masochisme aggravé, de manifester lui-même son adhésion sans mélange à l'autorité d'une discipline pourvue de délimitations précises et d'un territoire mesurable et configurable à partir d'un programme de recherche, fût-il diversement défini par la corporation. Une discipline est toujours une convention provisoire. Un provisoire qui dure et qui continue de constituer l'horizon de nos institutions. Le modèle d'organisation disciplinaire, établi il y a plus de deux siècles, est très résistant. Il semble indissolublement lié au développement des universités et de leur domination sans partage dans l'ordre de la production et de la diffusion des savoirs. Le développement de l'institution universitaire s'est fait au rythme de la division du travail savant en disciplines et ne pourrait se comprendre sans référence à la cartographie des connaissances qu'elle a déployée dans des organigrammes institutionnels. Peter Weingart a utilement signalé que l'émergence des disciplines au sens contemporain du terme était en partie l'effet de la pression exercée par la collection des données, dont le rythme s'est fortement accéléré dans la deuxième moitié du XVIII^e siècle. L'enregistrement « spatial » des informations donnait lieu à des fichiers de plus en plus volumineux et rapidement ingérables : c'est le cas du *Système de la Nature* de Linné qui identifiait 549 espèces en 1735 et 7 000 en 1766-68 (Weingart 2010, p. 5). Le cadre disciplinaire est né de la nécessité de limiter le champ de l'expérience en maîtrisant la collecte de l'information à partir de procédures qui « temporalisent », écrit Weingart, les procédures de collecte et de traitement de l'information. Cadres d'analyse, schèmes d'interprétation et programmes de recherche sont issus du nouvel impératif de productivité suscité par l'accumulation inédite de l'information.

Il n'en reste pas moins que la dimension contextuelle et relative des dispositifs disciplinaires fait désormais partie de l'équipement ordinaire du sociologue et qu'il s'étend à d'autres disciplines, sous l'effet de la généralisation tendancielle de la critique et de la réflexivité. Nous le savons d'abord puisque nous voyageons : l'anthropologie n'a pas les mêmes contours en France et aux États-Unis. Outre-Atlantique, celle-ci inclut l'archéologie et l'anthropologie physique. L'archéologie ici appartient plutôt à l'histoire, et

l'anthropologie française s'est développée, particulièrement depuis Bastide et Lévi-Strauss, mais surtout dès le moment durkheimien, contre toute forme de déterminisme biologique. Nous le savons mais nous n'en faisons pas grand-chose, car les institutions ne cessent de nous rappeler à l'ordre disciplinaire et à la défense du corps qu'il implique. Chacun sait par exemple que la division entre sociologie et anthropologie n'a aucune justification épistémologique, car plus personne ne croit au grand partage des sociétés. La séparation doit l'essentiel de ses traits à l'histoire coloniale, grande accoucheuse des sciences de l'homme. Et l'on constate pourtant des combats fratricides entre les deux disciplines, aux frontières fort variables d'ailleurs : il m'est impossible de diriger une thèse d'anthropologie à l'EHESS, mais je suis l'*external advisor* d'un étudiant en anthropologie visuelle à l'Université de Harvard, et je dirige sans encombre des thèses d'anthropologie au département de Sociology et de Social Anthropology de l'Université d'Europe centrale de Budapest. Les institutions nous font croire que les disciplines existent indépendamment des configurations institutionnelles qui les disposent à tel ou tel moment à un endroit du monde universitaire. Peter Weingart fait remarquer que les disciplines finissent par apparaître comme les « structures données » du monde ; et l'on pourrait ajouter que la chose s'applique au monde physique aussi bien qu'au monde social, quoique sur ces dernières pèse toujours plus le poids de leur inscription historique et sociale (Weingart 2010, p. 3). L'histoire et la sociologie des sciences nous montrent que les principaux enjeux de l'innovation se situent aux frontières disciplinaires, et que nombre de controverses se jouent sur les manières de construire l'objet et de le reconfigurer. Le coup de génie de la sociologie « française » fut d'arracher, avec Durkheim, le suicide à la psychologie et à la criminologie, en le requalifiant en une association inédite entre une construction théorique et un protocole d'enquête. Je privilégierai deux modes d'entrée au sein du modèle disciplinaire. Dans un premier moment, je tenterai d'éclairer la dimension relationnelle de la notion de discipline. Dans un deuxième temps, je m'efforcerai de mesurer, au moins à titre d'esquisse, les conséquences du constat selon lequel nous sommes aujourd'hui en train d'approcher les rives d'un monde post-disciplinaire.

I – LA DISCIPLINE, UN ESPACE RELATIONNEL

Nous entendons par discipline l'ensemble des relations entre des objets et des personnes qui font la spécificité d'un domaine du savoir ou d'un programme de recherche. La notion de discipline présente un caractère universel quand on entend désigner un corps de savoir entendu comme

articulation d'un objet, d'une méthode et d'un programme, d'un côté, et un mode d'occupation reconnaissable au sein d'une configuration plus vaste (*i.e.* l'ensemble des opérations de savoir à un moment donné du temps) de l'autre. Parler en termes de discipline, c'est définir l'activité scientifique comme le résultat d'un processus de division du travail appelé historiquement par la nécessité apparue à la fin du XVIII^e siècle d'organiser le savoir comme un système de tâches différenciées et singularisées à travers un programme de recherche. La prégnance de la notion tient au fait qu'elle permet de penser conjointement : 1) l'organisation de la recherche et de l'enseignement, fondée sur la délimitation d'un type d'objet et la répartition de tâches spécifiques, et 2) la cohérence d'un horizon de savoir entendu comme maîtrise cognitive croissante d'un objet préalablement défini comme limité (pour une présentation plus détaillée de la question voir Fabiani 2006). Une discipline n'existe pas en soi : elle apparaît elle-même comme un vaste réseau d'échanges de personnes, de notions et de flux de matière, mais elle s'inscrit dans des réticulations plus vastes qui supposent des modes d'articulation toujours instables. Le partage du territoire ne se fait jamais sous la forme d'un Yalta épistémologique, qui découperait le monde en régions disciplinaires aux frontières définitivement fixées par un pacte de non-agression, fût-il porteur d'une sorte de guerre froide entre les savoirs. La compétition entre les disciplines constitue le régime dominant. Cela vaut d'abord à l'intérieur de configurations régionales : les sciences de l'homme sont l'objet d'empiétements constants de la part de disciplines qui ne se partagent le territoire qu'en maugréant : ainsi Bourdieu entreprit un jour d'annexer la linguistique à la sociologie, en radicalisant, si l'on peut dire, la sociolinguistique, dans *Ce que parler veut dire* (Bourdieu 1982). Mais la concurrence porte aussi sur les objets à étudier : les neurosciences ont l'ambition non dissimulée d'annexer les domaines autrefois impartis aux sciences sociales, en particulier tout ce qui touche au domaine de la cognition. Il ne peut exister de paix disciplinaire. La cartographie des savoirs ne présente pas de caractère pérenne. La question ancienne de l'unité du savoir, qu'il prenne la forme d'une *mathesis universalis*, qui permet l'usage généralisé d'un principe d'homologie ou la perspective d'un système des sciences ordonné de manière onto-encyclopédique, reste centrale. Comment les savoirs découpés dans la forge disciplinaire peuvent-ils se comprendre entre eux, ou seulement s'envisager comme d'autres savoirs ? On tend à prendre comme allant de soi la croyance en l'existence d'un ensemble cohérent de savoirs particuliers, offrant la perspective d'un mode d'articulation qui postulerait la complémentarité des disciplines entendues comme formes particulières et temporelles, découpées d'un ensemble plus vaste, inscrites dans une visée scientifique générale qu'on ne peut dissocier de la totalité ni de la possibilité, au moins à titre d'idée régulatrice, d'une « théorie du tout ».

II – VERS LA FIN DE L'ÂGE DISCIPLINAIRE ?

Depuis deux siècles, nous avons largement partagé la croyance selon laquelle l'ordre du savoir et l'ordre disciplinaire étaient homologues. On peut se demander aujourd'hui si cette croyance peut se maintenir en l'état ou au contraire si les transformations des pratiques scientifiques ont définitivement ébranlé cet équilibre épistémologique. L'homologie entre savoir et discipline est au principe de toute vision fonctionnelle du développement des sciences, qui en fait le résultat d'un processus de différenciation. Les modèles, quelques fois implicites, de cette vision sont à chercher du côté de la biologie : la différenciation croissante des formes de connaissance s'explique par les avantages adaptatifs de la division du travail. La tentative la plus intéressante de présentation d'une division fonctionnelle des disciplines est incontestablement celle qui a été proposée par Rudolf Stichweh en s'inspirant du cadre théorique développé par Niklas Luhmann : elle permet de penser le passage d'un mode hiérarchique des savoirs à un mode de différenciation fonctionnelle des disciplines. L'organisation présente de la connaissance par disciplines est le produit de cette transformation historique : l'ordre disciplinaire n'est pas le produit d'une histoire des luttes pour la sécurisation d'une niche institutionnelle, mais l'expression d'un ordre fonctionnel de la différenciation du savoir. Une telle conception rend proprement impensable les nombreux chevauchements entre disciplines, les survivances institutionnelles de savoirs inertes, et les nombreux dysfonctionnements des institutions de savoir contemporaines, lesquels n'affectent pas uniquement les sciences sociales. Pour Stichweh, les disciplines sont parfaitement égales dans un univers de coexistence horizontale. Il n'est pas difficile d'objecter à l'auteur l'inégalité criante des ressources et des formes de reconnaissance qui distinguent à l'œil nu les disciplines (Stichweh 1992). On pourrait aussi lui rappeler la prégnance de la hiérarchie des disciplines, dont l'échelle de légitimité est particulièrement étendue (Bourdieu et Passeron 1970, Fabiani 1988). Loin du schéma de la différenciation fonctionnelle, on doit reconnaître aujourd'hui que l'association des points de vue critiques sur l'institutionnalisation des sciences sociales et les acquis des *science studies* dévoilent le caractère conventionnel des arrangements disciplinaires. Si, comme l'a remarqué Steve Fuller (Fuller 2003) dans sa contribution au débat sur l'interdisciplinarité, il existe effectivement des justifications, d'ordre socio-historique aussi bien que d'ordre épistémologique, pour la constitution de connaissances dans un espace disciplinaire particulier, il n'en reste pas moins que nous nous posons rarement la question de savoir si d'autres formes d'arrangement ou de groupement n'auraient pas été, ou ne seraient pas, plus efficaces. Le présupposé de la différenciation fonctionnelle, qui nourrit la conceptualisation

de Stichweh, interdit l'émergence de ce type d'interrogation. La réussite institutionnelle de certaines disciplines pourrait ainsi être déconnectée de leur productivité scientifique. L'enquête historique conduit à la critique radicale du fait qu'on prenne comme un optimum la stabilisation disciplinaire. À l'inverse un point de vue plus « syndical » sur l'organisation de la production scientifique peut conduire à l'expression d'une prudence légitime si l'on considère les intérêts de nos corporations respectives. Il est très probable que cette question constitue un enjeu central dans les politiques de la recherche qui redéfiniront nos objectifs dans l'avenir. La préoccupation post-disciplinaire est déjà largement à l'œuvre dans l'action des agences de financement, particulièrement à l'échelon européen.

En effet il est impossible de traiter de la question disciplinaire aujourd'hui sans l'associer à la dimension politique de l'activité scientifique. Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale de véritables politiques publiques de recherche se sont développées qui ont tendu à réorienter et à requalifier l'espace disciplinaire en fonction d'un agenda de développement. Sous ce rapport, la notion d'autonomie, par rapport au pouvoir ou au public, qui constituait la condition d'exercice de l'activité scientifique doit faire l'objet d'un réexamen à partir de l'analyse des nouvelles pratiques de commande publique. Le jeu des incitations sur la vie des disciplines est très largement antérieur à la mise en place de ce qu'on appelle les politiques néolibérales. Il est certain qu'aujourd'hui l'injonction à sortir des cadres et des routines disciplinaires est plutôt à situer du côté des bureaucraties de la science que des chercheurs de base, encore que toute généralisation à ce sujet doive être évitée. La distinction développée par Gibbons et Nowotny entre deux modes de production du savoir (Gibbons 1994) est devenue une sorte de cliché post-kuhnien adopté par des agences gouvernementales et internationales pour distinguer un âge disciplinaire qui serait celui de la *Structure des révolutions scientifiques* de Kuhn de la période qui s'annonce, caractérisée par des reconfigurations d'ordre transdisciplinaire. Au mode de production ancien (Mode 1, à dominante disciplinaire) s'oppose un Mode 2 qui n'est plus celui de l'autonomisation des savants et de la différenciation fonctionnelle des savoirs, mais celui d'un processus « piloté par l'aval » comme disaient les bureaucrates du CNRS il y a vingtaine d'années : l'objectif est de combler les trous épistémologiques qui ont émergé entre les disciplines à la suite de leur spécialisation croissante (Fuller 2010 p. 51). Le Mode 2 peut être aussi considéré comme un mode postuniversitaire, puisqu'il est destiné à produire des questionnements s'inscrivant largement dans une problématique de la demande sociale : c'est le cas en particulier des sciences de l'environnement, de la santé ou des problématiques savantes liées au *care*, qui ont fait une apparition remarquable sur les agendas de la commande publique. Jusqu'à présent, ce nouveau mode de production est plutôt resté

de l'ordre de l'injonction bureaucratique que de celui de la réalité de la cité savante. Les travailleurs de la preuve ont encore les plus grandes chances de poursuivre leurs recherches à l'ombre de leur tutelle disciplinaire. Cette distinction a au moins le mérite de rendre palpable le fait que le mode de développement habituel des disciplines leur permet d'approfondir leur point de vue centré sur des problèmes spécifiques au détriment d'un projet unifié de construction du sens, laissant ainsi en jachère la dimension proprement civique de l'activité scientifique.

Comment peut-on aller plus loin ? Pour Craig Calhoun et Diana Rhoten, les sciences sociales sont toutes caractérisées par des découpages largement arbitraires que le système d'enseignement reproduit et renforce (Calhoun et Rhoten 2009 p. 103). L'intégration des sciences sociales s'opère plutôt au plus loin des revendications de singularités disciplinaires, à travers les protocoles d'enquête et les outils techniques mise en œuvre pour la collecte et l'analyse de données : c'est ainsi que les *area studies*, les diverses méthodes de recherche et plus récemment l'analyse de réseaux ont pu fournir à des disciplines aux labels très variés et aux prétentions concurrentes la possibilité d'un sol commun.

La question du regroupement des disciplines et de leur hybridation constitue l'horizon actuel de la réflexion sur les régimes disciplinaires. Le débat est particulièrement intense dans les sciences sociales qui présentent le cas particulier d'associer contradictoirement une extrême rigidité institutionnelle et une grande incertitude paradigmatique. Peut-on par exemple imaginer une fusion prochaine de l'anthropologie, de la sociologie et de l'histoire, disciplines dont Jean-Claude Passeron a établi l'indiscernabilité épistémologique (Passeron 1991) ? Et viendrait-elle d'une fusion *from below* ou d'une logique bureaucratique *top down* ? Aucune réponse n'est possible dans l'état actuel de nos connaissances. Les points communs théoriques et méthodologiques de ces trois disciplines, de plus en plus souvent attestées n'ont aucun effet sur les représentations hyper-disciplinaires qui dominent la quotidienneté institutionnelle de nos activités. Au rebours de la réflexion en cours sur les recompositions disciplinaires, les pratiques des commissions spécialisées insistent toujours sur l'allégeance à des formes ou à des rites considérés comme constituant le cœur de la discipline. Ainsi des anthropologues qui travaillent sur des objets historiques se voient régulièrement reprocher par leurs pairs de ne pas avoir de « terrain », comme si cette notion allait de soi, alors qu'elle est certainement un mixte confus : pris au pied de la lettre par des patriotes disciplinaires, le terrain est plutôt un obstacle au progrès du savoir, mais les anthropologues se rattachent désespérément parce qu'il leur semble le seul signe tangible d'un métier par ailleurs difficile à définir aujourd'hui.

CONCLUSION

L'objectivation de nos statuts disciplinaires est d'autant plus difficile qu'elle menace de mettre en question la stabilité de nos arrangements institutionnels. Un des mérites de la notion de discipline est qu'elle nous a apporté la stabilité dont les entreprises de connaissance ont besoin. La discipline est une zone pacifiée où l'on peut développer des expériences ou des enquêtes à l'abri des raids venus de l'extérieur. La notion est irrémédiablement associée au développement de l'Université dont elle est un principe organisateur, et elle est en rapport avec la stabilité de la *tenure*, de l'emploi à vie des chercheurs. On comprend que le déclin des universités et celui des disciplines puisse être synchrone. L'âge post-disciplinaire, le Mode 2 des bureaucrates qui rêveraient de sciences entièrement pilotées par la demande sociale, trouve une traduction parfaite dans le lexique de la flexibilité et de l'humeur anti-institutionnelle. À ce titre le discours gestionnaire sur les disciplines pourrait être la traduction idéologique d'un cauchemar néolibéral : oubliez vos garanties disciplinaires pour entrer dans le monde fluide des configurations provisoires. Substituons le contrat à la discipline, le projet à l'institution. Le management par projet n'est-il pas l'incarnation rêvée de l'âge post-disciplinaire ? La discipline est-elle l'incarnation de la routinisation de la *libido sciendi*, de l'émergence d'une forme bureaucratifiée de la recherche ou au contraire la garantie de l'autonomie du champ scientifique, au sens que Bourdieu donnait à ce terme ? C'est bien dans un réexamen de la notion d'autonomie et du jugement par les pairs que peut se loger l'espoir d'une approche à la fois renouvelée et prometteuse de la mise en question des disciplines. La montée de la question environnementale fournit un concentré des tensions qui vont marquer le futur proche : comment concilier la nécessaire autonomie des savants avec le contrôle citoyen ? Qui doit décider des programmes scientifiques ? Si l'on pressent que le monde disciplinaire est en crise, on doit pourtant constater sa grande résilience, alors qu'un mode alternatif de production des connaissances n'a pas encore fait ses preuves

Références

- Abbott, A. 1999, *Department and Discipline*, Chicago Sociology at 100, Chicago, University of Chicago Press.
- Abbott, A. 2001, *Chaos of Disciplines*, Chicago, University of Chicago Press.
- Boudon, R. 1992 « Comment écrire l'histoire des sciences sociales », *Communications*, n° 58, L'écriture des sciences sociales, p. 299-317.
- Bourdieu, P. 1982, *Ce que parler veut dire*, Paris, Fayard.

- Bourdieu, P. et Passeron, J.-C. 1970 *La reproduction. Éléments pour une théorie du système d'enseignement*, Paris, Éditions de Minuit.
- Bulmer, M. *The Chicago School of Sociology*, Chicago, University of Chicago press.
- Calhoun, C. et D. Rhoten "Integrating the Social Sciences: Theoretical Knowledge, Methodological Tools, and Practical Applications" R. Frodeman, J. Thompson Klein and C. Mitcham, *The Oxford Handbook of Interdisciplinarity*, Oxford, Oxford University Press, p. 103-118.
- Connell, R.W. 1997 "Why is Classical Sociology Classical?" *American Journal of Sociology*, 102, n° 6, p. 1511-1557.
- Fabiani, J.-L. 1988 *Les philosophes de la République*, Paris, Éditions de Minuit.
- Fabiani, 2006 « À quoi sert la notion de discipline ? », J. Boutier, J.-C. Passeron et J. Revel *Qu'est-ce qu'une discipline ?*, Enquête, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, p. 11-34.
- Fuller, 2003 S. « Interdisciplinarity. The Loss of a Heroic Vision in the Market place of Ideas » sur Rethinking Interdisciplinarity, site d'échanges : <http://www.interdisciplines.org> (texte déposé le 1^{er} octobre 2003).
- Fuller, S. 2010 "Deviant Interdisciplinarity", R. Frodeman, J. Thompson Klein and C. Mitcham, *The Oxford Handbook of Interdisciplinarity*, Oxford, Oxford University Press, p. 50-64.
- Gibbons, M. 1994 dir., *The New Production of Knowledge*, London, Sage.
- Heilbron, J. 2003 "A Regime of Disciplines. Toward a Historical Sociology of Disciplinary Knowledge", in Charles Camic and Hans Joas, ed. *The Dialogical Turn: Roles for Sociology in the Post Disciplinary Age*, Lanham (MD), Rowman and Littlefield.
- Kuhn, T. 1970 *The Structure of Scientific Revolutions*, Second Édition, Enlarged, Chicago, The University of Chicago Press. Traduction française : *La Structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972.
- Lepenies, W. 1976 *Das Ende der Naturgeschichte: Wandel Kultureller Selbstverständlichkeiten in den Wissenschaften des 18. und 19. Jahrhunderts*, Munich, Hanser verlag.
- Passeron, 1991 *Le raisonnement sociologique. L'espace non-popperien du raisonnement naturel*, Paris, Nathan.
- Platt, J. 2003, « The Chicago School and Firsthand Data », *History of the Human Sciences*, 1994, 7,1, p. 57-80. Traduction française par Eloi

- Fiquet dans *L'Enquête de terrain*, Textes réunis et présentés par Daniel Cefaï, Paris, La Découverte, 2003.
- Schlanger, J. 1992, « Fondation, nouveauté, limite » *Communications*, n° 58 L'écriture des sciences sociales, p. 289-298.
- Stichweh, R. 1992 "The Sociology of Scientific Disciplines: On the Genesis and Stability of the Disciplinary Structure in Modern Science", *Science in Context*, n5, p. 3-15.
- Weingart, P., "A Short history of Knowledge Formations" R. Frodeman, J. Thompson Klein and C. Mitcham, *The Oxford Handbook of Interdisciplinarity*, Oxford, Oxford University Press, p. 3-14.

Ce qui fait discipline en droit

Jacques CHEVALLIER

*Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2),
CERSA-CNRS*

1) Si l'on entend par discipline un domaine de la connaissance présentant certains caractères communs et spécifiques, dont l'étude exige la possession d'un savoir spécialisé, la cause paraît entendue: le droit constitue sans aucun doute une discipline à part entière, centrée sur l'étude des règles disposant de la force particulière attachée aux énoncés juridiques et structurée autour d'un groupe de professionnels, les juristes, identifiables par la singularité de leur position sociale, les valeurs auxquelles ils se réfèrent, les protocoles de recherche qu'ils mettent en œuvre.

Ainsi institutionnalisée, la « discipline » que constitue le droit est organisée autour de « branches », elles-mêmes déclinées dans une série de « matières », qui représentent autour de modalités de découpage de l'objet juridique, en fonction des traditions propres à chaque pays; enracinée dans l'imaginaire des sociétés occidentales, la distinction du public et du privé a été très généralement retranscrite dans le monde du droit, sous la forme de branches différentes¹, conçues de manière plus ou moins rigide et dotées d'un contenu variable; quant à la place toujours plus importante occupée par le droit dans la vie sociale, elle s'est traduite par un processus de spécialisation du savoir juridique, débouchant sur la démultiplication des matières². La discipline juridique fait ainsi l'objet de « divisions »³, qui

1. E. Desmons, in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003.

2. La discipline juridique se présente ainsi « sous la forme d'un arbre aux branches étalées, rattachées à l'une ou l'autre des deux branches maîtresses: la branche du droit public et la branche du droit privé » (M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, Maspéro, 1976, p. 175).

3. F. Terré, *Introduction générale au droit*, 5^e éd., Précis Dalloz, 2000, p. 79. P. Deumier, *Introduction générale au droit*, LGDJ, 2011, n° 151.

sont autant de « classifications »⁴ visant à ordonner la matière juridique : si elles sont présentées comme « naturelles », en n'étant que le reflet de la réalité, ces classifications sont bel et bien construites par les juristes, pour les besoins du fonctionnement de la discipline⁵. Au-delà de la fonction pratique qu'elles remplissent pour les professionnels du droit, ces classifications contribuent, non seulement à consolider certaines représentations de la réalité, par les vertus de la dogmatique juridique⁶, mais encore à conforter l'image de rationalité du droit, sous couvert d'une « présentation, ordonnée, systématique et cohérente »⁷. Toute une série de mécanismes, formels et informels, seront ainsi mobilisés pour préserver l'ordre sur lequel est construite la discipline juridique et garantir la conformité des pratiques de ses représentants : ce faisant, le droit apparaît comme une authentique « discipline », au sens foucauldien du terme.

Branches et matières ne pourraient dès lors être conçues comme des disciplines autonomes, mais comme de simple découpages, ne remettant pas en cause l'unité fondamentale de la discipline juridique et l'existence d'une « culture » commune à l'ensemble des juristes⁸ ; ainsi la question récurrente de la « pluridisciplinarité » en droit n'est-elle pas relative aux relations entre différentes « disciplines juridiques » mais à la place qu'il convient d'accorder aux disciplines non juridiques (science économique, science politique...) dans la formation des juristes.

2) Cette présentation apparaît cependant réductrice : elle tend à surestimer l'unité et la cohérence du champ juridique, figé dans un ordre compact et monolithique, dont les ramifications s'emboîteraient logiquement et harmonieusement. Une autre perspective est concevable, conduisant à envisager le champ juridique comme un assemblage de dispositifs, sans doute reliés les uns aux autres, mais présentant, au moins pour certains d'entre

4. V. Champeil-Desplats, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, Dalloz, 2014, p. 329.

5. Comme le disait Charles Eisenmann (« Problèmes de méthodologie des distinctions et des classifications », *Archives de philosophie du droit*, 1966, p. 21), alors que « les juristes croient en général que les classifications leur sont données au départ, qu'elles seraient préétablies, avec les qualificatifs et avec les classements corrélatifs », c'est en réalité à eux « de les choisir, de les décider, en tenant compte des seules exigences et des intérêts de la connaissance scientifique ».

6. Le caractère idéologique de la distinction du droit public et du droit privé, à partir de laquelle s'ordonnent les branches du droit, a été souvent souligné (voir H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1934, Dalloz, 1962, p. 373).

7. P. Amselek, « Interpellation actuelle de la réflexion philosophique sur le droit », *Droits*, 1986, n° 4, p. 132.

8. La « culture juridique » devant être entendue comme « un ensemble de valeurs, de savoirs et de savoir-faire qui orientent, donnent sens et cohérence aux activités des différents professionnels du droit » (F. Audren, J.-L. Halpérin, *La culture juridique française*, CNRS Éditions, 2013, p. 8).

eux des éléments suffisants de singularité pour qu'il soit possible de parler, en ce qui les concerne, de « disciplines » : d'une part, l'existence d'un corpus de règles dotées d'une spécificité au moins relative au sein de l'ordre juridique; d'autre part, l'existence d'un groupe de spécialistes, unis par une communauté d'investissements, d'intérêts et de pratiques de recherche. On tend dès lors à retrouver, cette fois au sein même du champ juridique, la logique disciplinaire qui préside à sa construction et garantit son unité⁹.

Cette transposition de la notion de discipline au cœur même du droit implique un triple élargissement des perspectives. D'abord, elle repose sur l'idée d'emboîtement: l'appartenance à un même champ disciplinaire, celui du droit, serait compatible avec l'insertion dans un champ disciplinaire partiel, « local »; et l'intériorisation d'une culture juridique commune n'interdirait pas la référence à des valeurs spécifiques, des cultures « plurielles »¹⁰. Ensuite, elle exclut toute approche essentialiste de la notion de discipline, qui tend à n'être qu'un simple label: le degré d'autonomie des différents sous-ensembles qui composent le monde du droit est éminemment variable; les critères qui permettraient de les qualifier de « disciplines » sont affectés d'un fort degré d'incertitude et d'indétermination. Enfin, l'accès au statut de discipline n'est jamais l'expression d'une nécessité objective et d'une logique purement interne au droit: produit d'un certain état des rapports sociaux, c'est aussi le reflet des stratégies corporatives déployées par les professionnels concernés pour asseoir leur autorité et consolider leur prestige; les découpages disciplinaires sont un enjeu de luttes et varient en fonction de l'évolution des rapports de force au sein du monde du droit.

On voit ainsi se profiler une tension entre la logique d'ordre, sous jacente à la conception du droit comme discipline, et l'existence de disciplines juridiques diverses, qui semblent perturber ce bel agencement et être un facteur de désordre: mais on sait que le désordre est inhérent à l'ordre et que celui-ci a besoin du premier pour se régénérer¹¹; à travers la tension permanente entre ses composantes, le droit se présente comme une discipline vivante et en constante évolution.

Cette problématique ouverte conduit à approfondir deux questions: celle des éléments constitutifs de la notion de discipline juridique (I); celle de la dynamique qui sous-tend leur développement (II).

9. On n'évoquera ici la question qu'en droit français. Ailleurs, et notamment dans les pays anglo-saxons, elle perd l'essentiel de sa pertinence.

10. Pour F. Audren et J.-L. Halpérin (*op. cit.*, p. 9), « la diversité de milieux sociaux et professionnels paraît impliquer une pluralité de cultures juridiques ».

11. CURAPP, *Désordre(s)*, PUF, 1997.

I – LA LOGIQUE DISCIPLINAIRE EN DROIT

La notion de discipline juridique présente une coloration singulière dans la mesure où elle intègre les deux perspectives selon lesquelles peut être conçu le savoir juridique : la perspective « scientifique » qui, se plaçant en position d'extériorité par rapport au droit, entend adopter sur lui un point de vue réflexif et critique ; la perspective « doctrinale » qui, refusant toute prise de distance par rapport à son objet, est partie prenante au processus de production du droit. Alors que la première démarche vise à construire une « science du droit », la seconde relève de la « dogmatique juridique »¹². Néanmoins, si les deux démarches se différencient, tant par leurs fondements épistémologiques que par leur méthodologie¹³, elles sont en réalité intimement mêlées dans la production du savoir juridique, au point qu'il est pratiquement impossible de tracer entre elles une quelconque frontière¹⁴. Les disciplines juridiques présentent de ce fait un double caractère : d'une part, elles reproduisent un ensemble de traits inhérents à la constitution de tout champ scientifique ; d'autre part, le poids de la dogmatique juridique leur confère, notamment en France, des attributs particuliers.

A. Un champ de savoir

Il n'est possible de parler de discipline que si l'on est en présence d'un champ scientifique clairement identifié et relativement stable, perçu comme distinct des autres domaines du savoir et régi par une logique propre de fonctionnement.

Toute discipline scientifique suppose d'abord un processus de délimitation dans le champ du savoir, la définition d'un objet d'analyse spécifique, qui la différencie des autres disciplines, l'établissement de frontières, qui assurent sa visibilité et garantissent son autonomie : pour y être intégré, il conviendra d'acquiescer un « droit d'entrée », plus ou moins formalisé et plus ou moins élevé, passant notamment par la détention de certains titres universitaires et la production de travaux reconnus par ses membres.

Tout champ disciplinaire ainsi délimité se caractérise par une combinaison complexe d'unité et de diversité. L'unité résulte de l'intériorisation par les chercheurs d'un ensemble de croyances, valeurs, protocoles et

12. En ce sens J. Chevallier, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société*, n° 50, 2002, p. 103-119. Voir aussi E. Picard, « Science du droit ou doctrine juridique », *L'unité du droit, Mélanges Drago*, p. 119 et s.

13. V. Champeil-Desplats, *op. cit.*, p. 16-17.

14. De même que toute construction doctrinale a une incidence scientifique, la science juridique a une portée doctrinale, en contribuant à agir sur le droit en vigueur.

techniques de recherche, véritable « capital collectif » de méthodes et de concepts spécialisés produisant un « habitus disciplinaire »¹⁵. Thomas Kuhn¹⁶ a insisté sur l'importance de ces « paradigmes », « matrices disciplinaires » qui permettent à une communauté scientifique de s'institutionnaliser : l'émergence de ces paradigmes, non seulement crée « le minimum de certitudes théoriques et méthodologiques » indispensables pour « la sélection, l'évaluation et la critique », mais encore autorise « une connaissance plus approfondie des problèmes » ; en s'appuyant sur eux, les chercheurs peuvent faire l'économie d'un retour aux principes et conduire des recherches « avec une précision et une profondeur qui autrement seraient inimaginables ». Ayant gagné « leur droit à l'existence » parce qu'ils réussissent mieux que leurs concurrents à résoudre « les énigmes concrètes », les paradigmes sont ainsi la condition de développement d'une « science normale », en servant à guider les processus de recherche ; la référence à ces paradigmes est à la fois, sur un plan individuel, le passeport qui permet au chercheur de revendiquer son appartenance au champ disciplinaire, et sur un plan collectif, la garantie de capitalisation du savoir scientifique¹⁷. Ce principe d'unité, sur lequel une discipline construit son identité, est cependant contrebalancé par des éléments de diversité. Toute communauté scientifique est une communauté vivante, au sein de laquelle se déploient des stratégies concurrentielles¹⁸ : les chercheurs s'efforcent d'asseoir leur position, de conforter leur « autorité scientifique », en se démarquant les uns des autres, ce qui les conduira à s'investir dans des objets nouveaux ou à construire des problématiques originales ; au gré de ces luttes, on assistera au réajustement et à la redéfinition des positions occupées dans le champ scientifique¹⁹.

L'existence d'une discipline présuppose enfin l'existence d'un ensemble de mécanismes destinés à consolider en permanence ses assises, à renforcer sa cohésion et à assurer sa reproduction²⁰ : associations savantes, chargés

15. P. Bourdieu, *Science de la science et réflexivité*, Raisons d'agir, 2001.

16. *La structure des révolutions scientifiques*, 1962, Flammarion, 1972.

17. Il reste que le chercheur ne saurait se borner à faire application des outils construits par ses prédécesseurs (H. Becker, *Les ficelles du métier. Comment conduire la recherche dans les sciences sociales*, 1998, La Découverte, coll. Repères, 2002) : caractérisée par une volonté constante de dépassement, la démarche scientifique implique pour le chercheur d'aller au-delà des schémas d'interprétation et d'explication de la réalité déjà là, déjà produits (J. Chevallier, « Libres propos sur la démarche scientifique », *Études en l'honneur du professeur Jean-Arnaud Mazères*, Litec, 2009, p. 128).

18. Comme l'écrit P. Bourdieu (*op. cit.*, p. 93), « les savants ont en commun des choses qui sous un certain rapport les unissent et sous un autre rapport les séparent, les divisent, les opposent. Les chercheurs sont unis par des luttes qui les opposent ».

19. A. Bernard, Y. Poirmeur, « Doctrine civiliste et production normative », CURAPP, *La doctrine*, PUF, 1993, p. 127 et s.

20. Comme le note P. Bourdieu (*op. cit.* p. 122), la discipline « a un nom reconnu scolairement net socialement » ; elle est « inscrite dans des institutions, des laboratoires, des

de promouvoir la discipline, défendre les intérêts de ses membres et forger une culture commune; publications (ouvrages, revues) permettant de capitaliser les acquis des recherches, favoriser leur enrichissement et entretenir leur visibilité; mise en place d'enseignements et de filières universitaires spécialisées, assurant la didactique de la discipline, la normalisation de son contenu, son enracinement social.

Ces divers éléments, qui témoignent de l'institutionnalisation d'une discipline scientifique, en l'inscrivant dans la durée, sont présents, à des degrés divers, dans une série de branches du droit qui, étant parvenues à asseoir leur autonomie, au moins relative, au sein de l'univers juridique, méritent le nom de « disciplines ». La notion de discipline n'en prend pas moins une dimension particulière en ce qui les concerne, compte tenu du poids de la dogmatique juridique.

B. Le poids de la dogmatique juridique

Même si elles se réclament de la « science du droit », les disciplines juridiques ne sont pas analogues aux autres sciences : leur domaine d'investigation leur donne une dimension singulière. Les énoncés juridiques sont en effet des énoncés d'un type particulier dans la mesure où, visant à agir sur les comportements sociaux, ils sont dotés d'une portée normative : fixant le statut de chacun, définissant les « droits » dont il dispose, les obligations auxquelles il est soumis, la position qu'il occupe dans l'organisation sociale, ils indiquent les règles à observer, tracent les lignes de conduite à suivre; le droit assure l'encadrement normatif des conduites, en imposant le respect de certains modèles de comportement. Les différentes disciplines construites autour de leur étude ne peuvent manquer d'être imprégnées par cette dimension normative.

Celle-ci se dessine clairement dans leurs principes de constitution. Une discipline juridique n'est pas seulement un champ de savoir réflexif sur le droit, mais encore un moyen de connaissance pratique du droit, soutenu par un objectif professionnel; l'objet devient ainsi partie intégrante de la discipline, présente dans le processus même de production du droit. La place centrale occupée par la doctrine dans la constitution et dans le fonctionnement des différentes disciplines juridiques en est l'illustration emblématique. S'attachant à connaître et à faire connaître le droit, l'activité doctrinale comporte une dimension essentielle d'interprétation : elle vise à démêler l'écheveau des significations, à dégager de l'enchevêtrement des textes certains fils conducteurs, certaines lignes de force, à dénouer les

départements universitaires, des revues, des instances nationales et internationales (congrès), des procédures de certification des compétences, des systèmes de rétribution ».

contradictions éventuelles qu'ils recèlent; et cette interprétation, même si elle n'est pas « authentique », a bel et bien une force créative, en contribuant à fixer le sens de la norme. Au-delà de ce travail d'interprétation, la doctrine contribue encore à la production de la normativité juridique, par un effort de systématisation, visant à établir les chaînons indispensables entre les productions juridiques et à dégager des principes sous-jacents, par l'élaboration de nouvelles représentations, qui contribuent à faire évoluer la réalité juridique, ou encore par la participation plus directe aux processus d'élaboration des textes. Les disciplines juridiques ne sauraient par ailleurs être envisagées sans prise en compte de la position occupée en leur sein par cet acteur juridique à part entière qu'est le juge: c'est ainsi en reproduisant le « modèle de juridicité » hérité du droit administratif, modèle conférant un poids particulier à la jurisprudence, que le droit constitutionnel français confortera ses assises; loin de se borner à trancher des litiges sur la base du droit existant, le juge contribue par son activité d'interprétation à la production des normes, tout en n'hésitant pas à s'immiscer dans le travail d'élaboration doctrinale. Les disciplines juridiques se caractérisent ainsi par la formation à l'intérieur de l'univers juridique de sous-ensembles, construits à partir d'un investissement spécifique de certaines franges de la doctrine auxquelles l'existence d'un juge spécialisé apportera un utile appui²¹.

L'idée de « discipline juridique » implique celle d'un corpus de règles, dotées des attributs de la normativité, dont il s'agit d'assurer la transmission le plus fidèlement et le plus exactement possible. La didactique des disciplines juridiques prend dès lors des formes singulières, irréductibles à celles des autres disciplines. Les facultés de droit sont restées en France marquées par l'ancien modèle des Écoles de droit, dans lesquelles l'enseignement était conçu de manière à assurer l'inculcation du savoir juridique et la connaissance de la lettre des textes — le contrôle des connaissances servant à vérifier la capacité de mémorisation des étudiants: les inflexions dans la pédagogie, qui se produiront au cours du xx^e siècle²² n'ont pas réellement remis en cause la prééminence du cours magistral, institué

21. Le champ juridique comporte ainsi selon P. Bourdieu (« La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la Recherche en sciences sociales*, n° 64, septembre 1986, p. 6) deux pôles: d'un côté, l'interprétation tournée vers l'élaboration purement théorique de la doctrine, monopole des professeurs qui sont chargés d'enseigner, sous une forme normalisée et formalisée, les règles en vigueur; de l'autre, l'interprétation tournée vers l'évaluation pratique d'un cas particulier, apanage des magistrats, qui accomplissent des actes de jurisprudence et peuvent par là, pour certains d'entre eux, contribuer aussi à la construction juridique ».

22. J. Chevallier, « L'enseignement du droit en question », in X. Dupré de Boulois, M. Kaluszinski, *Le droit en révolution(s). Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours*, LGDJ, coll. Droit et Société, 2011.

en 1804, qui est resté l'acte pédagogique essentiel²³ ; produisant un savoir ordonné et cohérent, témoignant de la rationalité du droit, le cours magistral se présente comme un moyen privilégié d'inculcation disciplinaire. Si la formule renvoie à une tradition juridique spécifique, la pédagogie de l'enseignement du droit présente partout des éléments de singularité²⁴. Corrélativement, la persistance de voies spécifiques de recrutement des professeurs de droit, différentes de celles des autres disciplines, ne saurait être envisagée indépendamment de cette conception de l'enseignement du droit : les épreuves du concours d'agrégation servent à tester l'assimilation par les candidats de la technique du cours magistral et, plus généralement, leur capacité à assumer les différentes facettes de la fonction doctrinale, dans la spécialité qui est la leur ; l'agrégation apparaît par là comme un vecteur privilégié de normalisation disciplinaire.

La logique disciplinaire prend ainsi en droit des formes irréductibles à celles qu'elle prend dans les autres disciplines : si l'on retrouve en droit les principes habituels qui président à la constitution des champs scientifiques, ces découpages ont d'autres implications ; les disciplines juridiques ne sont pas seulement des champs de savoir, mais encore des lieux de production et d'apprentissage de la normativité juridique. Reste à déterminer les conditions de leur développement.

II – LA DYNAMIQUE DISCIPLINAIRE EN DROIT

Le découpage du droit en disciplines distinctes est un processus complexe et évolutif. Complexe, parce que résultant de facteurs divers, les uns internes, les autres externes au monde du droit : la structuration du champ du savoir juridique ne dépend pas seulement d'une dynamique purement scientifique, mais de la configuration du système juridique ; et cette configuration ne saurait être envisagée sans référence à l'état des rapports politiques et sociaux. Évolatif, parce que les contours des disciplines juridiques ne sont jamais définitivement stabilisés : ils sont appelés à être redessinés en fonction des changements qui affectent le droit et des luttes internes au champ du savoir juridique ; la dynamique qui agite en permanence les disciplines juridiques se traduit dans leurs modes de constitution, l'aménagement de leurs relations et l'inflexion de leurs équilibres.

23. J.-M. Carbasse, « Professeurs à la faculté de droit », *Dictionnaire de la culture juridique*, préc., p. 1242 et s. et « L'agrégation des facultés de droit », *Revue du droit public*, 2009, n° 2, p. 301 et s.

24. Elle est par exemple fondée aux États-Unis sur l'étude des cas.

A. Dynamique de constitution

L'autonomisation d'une discipline juridique est la résultante d'un processus lent, passant par une série d'étapes successives, au cours lesquelles interagissent une série de facteurs, qui renvoient de l'un à l'autre et s'alimentent réciproquement selon un mouvement en spirale.

Elle présuppose en tout premier lieu un phénomène de diversification des enseignements²⁵ et de spécialisation corrélative des enseignants²⁶, qui est lui-même le produit d'influences variées : l'apparition de nouveaux domaines d'intervention du droit dans la vie sociale, impliquant l'adoption de règles spéciales, parfois réunies dans des codes²⁷ et entraînant le besoin d'un savoir spécialisé²⁸; l'investissement des enseignants dans des champs nouveaux du savoir juridique²⁹; les réformes de l'enseignement du droit décidées par le pouvoir politique, avec l'appui d'une partie au moins des universitaires³⁰, mais parfois aussi en dépit de leurs réticences.

À partir de là, la constitution d'une discipline passe par un processus d'institutionnalisation, qui assoit sa prétention à l'autonomie sur des fondations solides. L'introduction d'enseignements spécialisés n'est pas à elle seule suffisante : elle témoigne tout au plus de l'existence d'une « matière », prenant place dans le cursus des études juridiques ; et le sort réservé à cette matière est susceptible de varier selon les lieux d'enseignement et

25. On sait que l'enseignement du droit dans les facultés de droit françaises a été au départ structuré autour de l'étude du Code civil de 1804 (C. Chêne, « L'enseignement du droit », in *Dictionnaire de la culture juridique*, préc.).

26. Le sectionnement de l'agrégation de droit en 1896, opéré en dépit des réticences des enseignants, attachés à une formation juridique fondée sur le droit civil, sera le point de départ de ce mouvement de spécialisation.

27. Code du commerce en 1807, Code du travail au début du xx^e siècle.

28. L'essor du travail du travail a été ainsi lié au développement du travail salarié, son étude scientifique étant devenue dès lors une « nécessité impérieuse de notre temps » (G. Lyon-Caen, J. Péliissier, A. Supiot, *Droit du travail*, 18^e éd., Dalloz, 1996, p. 3). De même, l'essor du droit communautaire a été concomitant au développement de la construction européenne.

29. Julie Baillieux (*Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, Dalloz, 2014) montre que l'émergence en France du droit communautaire comme discipline savante doit être rapportée au rôle joué par une « petite communauté de juristes », « communauté charismatique » autour de Pierre-Henri Teitgen.

30. Visant à « adapter la structure de l'enseignement du droit à l'évolution de la structure sociale », la réforme de 1954 sera soutenue par la grande majorité des professeurs de droit, favorables à cette adaptation, mais combattue par une partie d'entre eux, notamment les juristes de droit privé, soucieux de sauvegarder l'unité du savoir juridique et de limiter les conséquences de la spécialisation (J. Gatti-Montain, *Le système d'enseignement du droit en France. La formation, l'adaptation et la transformation du système d'enseignement du droit à travers la réforme de la licence en droit de 1954*, thèse Grenoble, mai 1983 (ronéo) et « Le droit et son enseignement : un demi-siècle de réflexion », *Droits*, n° 4, 1986, p. 111 et s.)

les moments³¹. Encore faut-il que la matière soit enseignée de manière générale et stable, voire qu'elle débouche sur une grappe ou une filière d'enseignements³², et que son contenu soit normalisé par la publication de manuels, voire de traités, définissant son périmètre et ses différentes rubriques³³. La création de revues juridiques spécialisées sera le prolongement de cette opération de cristallisation d'un champ du savoir juridique. L'institutionnalisation se traduira encore par la constitution d'associations ou de sociétés savantes³⁴, dont les congrès et réunions périodiques renforceront la cohésion de la discipline, ainsi que par les liens établis avec les sociétés comparables existant à l'étranger, qui contribuent à son objectivation.

Le degré de cette institutionnalisation est variable : si la qualification de discipline ne prête guère à discussion dans certains cas, elle est plus incertaine concernant des champs de savoir plus récents, dont l'autonomie est moins assurée³⁵ ; toute tentative pour tracer une ligne claire de démarcation

31. Tel était le cas des premiers enseignements de droit administratif, la chaire de droit administratif créée à la faculté de Paris en 1819 ayant été supprimée en 1822, avant d'être rétablie en 1828 ; des chaires seront ensuite créées à Poitiers, Caen, Toulouse... mais le mouvement ne sera achevé qu'au cours des années 1840 et la place de l'enseignement dans le cursus universitaire sera fluctuante. De même, l'enseignement de droit constitutionnel créé à la faculté de droit de Paris en 1834 sera suspendu, puis reporté en doctorat et supprimé en 1852 ; il faudra attendre le début de la Troisième République pour qu'un enseignement soit rétabli, d'abord en doctorat (1878) puis en première année (1889), la discipline s'implantant alors durablement dans les facultés de droit — entreprise, non seulement appuyée, mais encore initiée par le pouvoir politique, en dépit des réserves du corps professoral (G. Sacriste, *La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Presses de Sciences Po, 2011)

32. Il faudra attendre les années 1980 pour que le droit communautaire, qui était jusqu'alors enseigné sous forme de conférences ou de cours optionnels et semestriels se généralise dans les facultés de droit, la discipline faisant alors l'objet d'un processus de codification et de standardisation (J. Bailleux, *op. cit.*).

33. Alors que les premiers ouvrages de droit administratif étaient conçus sur le mode de la compilation, la parution du *Traité de la juridiction et des recours contentieux* d'Édouard Laferrière, succédant aux premiers traités des années 1860, marque le point de départ d'une véritable science du droit administratif ; dans la voie ainsi ouverte, seront publiés une série de « manuels », qui modifient la didactique de la discipline, en fixent le cadre conceptuel qui sera désormais le sien. Pour le droit constitutionnel les *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* d'Adhémar Esmein, publiés en 1895-1896, deviendront une référence incontournable. La publication en 1947 par Paul Durand du *Traité de droit du travail*, succédant aux premiers traités de « législation industrielle » ou « ouvrière », marque la véritable naissance de la discipline.

34. Le droit administratif a longtemps fait exception à la règle, l'absence, en ce qui le concerne, d'une telle société savante s'expliquant par les liens étroits de la discipline avec le Conseil d'État : la création de l'Association française de droit administratif (AFDA) en juin 2006 corrigera cette anomalie.

35. Tels que le droit parlementaire, le droit des collectivités territoriales, le droit sanitaire et social etc.

est vouée à l'échec, dans la mesure où les positions ne sont jamais stabilisées. Ces différences sont un vecteur d'inégalité.

B. Dynamique de relations

L'autonomisation des disciplines juridiques n'est que relative : toutes appartiennent à un même champ disciplinaire, celui du droit, au sein duquel elles occupent une certaine position. Le mouvement d'éclatement se présente comme un processus ordonné : d'une part, les disciplines juridiques se sont développées par ramifications successives à partir des deux branches maîtresses du droit privé et du droit public ; d'autre part, leur diversification croissante a été contrebalancée par une hiérarchisation à la fois explicite et implicite.

La hiérarchie des disciplines est révélée par la place qui leur est donnée dans le cursus juridique : certaines matières, anciennes, sont présentées comme « fondamentales », tandis que d'autres, plus récentes, sont censées relever de l'idée de « spécialisation ». On débatera donc, à l'occasion de projets de réforme³⁶, pour définir la liste des matières qui, en tant que fondamentales, doivent faire partie d'un « tronc commun », devant être suivi par tous les étudiants et leur permettre d'acquérir le bagage indispensable à tout juriste³⁷ : il s'agit là d'un enjeu essentiel, autour duquel se mobiliseront les représentants des diverses disciplines. L'aménagement des épreuves du concours d'agrégation est un autre révélateur de cette hiérarchie : la présence des disciplines dans ces épreuves témoignera de leur importance, les autres apparaissant comme secondaires ou marginales ; mieux encore, au sein d'un même concours, celui de droit privé, le droit civil constituera la discipline reine, que tous les candidats sont tenus de maîtriser, les autres n'étant considérées que des spécialisations, entre lesquelles le choix effectué par les candidats établira une autre hiérarchie.

Corrélativement, les disciplines disposent d'un prestige et d'un capital d'autorité inégaux, qui pousseront les enseignants-chercheurs à s'investir de manière privilégiée dans les disciplines dominantes. Même si elle se caractérise par une remarquable continuité, cette hiérarchie connaît cependant certains infléchissements au fil du temps.

36. La réforme de 1954 reléguera ainsi les disciplines nouvelles qu'elle intègre dans la cursus juridique dans le second cycle, prolongé d'une année.

37. Voir rapport D. Truchet, « 76 recommandations pour l'enseignement du droit », 22 janvier 2007. L'établissement de cette hiérarchie entre les disciplines est une préoccupation permanente du conseil national du droit, qui a été créé par le décret du 28 avril 2008.

C. Dynamique d'évolution

Les disciplines juridiques sont affectées par un mouvement permanent d'évolution qui tend à modifier, non seulement leurs équilibres internes, mais encore la structuration du champ juridique dans son ensemble.

La dynamique d'évolution des disciplines juridiques est indissociable de l'évolution du contexte politique et social. Sans doute, leur forte institutionnalisation est-elle un facteur de résistance au changement : face à la pression qui vient de l'extérieur, les représentants de la discipline mobiliseront les ressources dont ils disposent pour éviter des changements trop brutaux et assurer la continuité des significations juridiques ; les paradigmes disciplinaires tiendront lieu de filtre, à travers lequel le changement sera tamisé, les réformes décantées, les innovations édulcorées. Néanmoins, cette résistance au changement n'est pas synonyme d'immobilisme : les disciplines juridiques sont contraintes à un effort incessant d'adaptation en vue d'intégrer les éléments d'innovation qui résultent de l'adoption de règles ou de principes nouveaux ; les paradigmes qui assurent l'unité et la cohésion de la discipline seront ainsi amenés à être infléchis pour rendre compte de l'évolution du droit. Il convient par ailleurs de ne pas ignorer le processus d'évolution interne des disciplines, conçues comme des univers relativement autonomes : les luttes qui opposent les différents acteurs pour imposer leur vision de la discipline peuvent conduire à l'inflexion des paradigmes jusqu'alors dominants ; elles aboutissent aussi à la réévaluation des équilibres au sein du champ disciplinaire³⁸.

La hiérarchie entre les disciplines juridiques peut elle-même être modifiée au terme d'un mouvement lent et graduel : si elle ne remet pas en cause l'hégémonie du droit civil, la montée en puissance du droit commercial, rebaptisé droit des affaires, favorisée par la transformation du contexte économique, se fait au détriment d'autres disciplines, telles que le droit pénal et le droit du travail ; en droit public, l'hégémonie traditionnelle du droit administratif a été mise en cause à partir des années 1980 par l'assurance nouvelle de la doctrine constitutionnaliste, solidement arrimée à la

38. Les mutations du droit constitutionnel constituent une bonne illustration des évolutions qui peuvent se produire à l'intérieur d'un champ disciplinaire. L'essor de la jurisprudence du Conseil constitutionnel a entraîné en effet à partir des années 1980 des modifications en profondeur dans la conception classique du droit constitutionnel, traditionnellement couplé à l'étude des institutions politiques (J. Chevallier, « Droit constitutionnel et institutions politiques : les mésaventures d'un couple fusionnel », *La République, Mélanges Avril*, Montchrestien, p. 183-199) : le droit constitutionnel va désormais être présenté comme un droit essentiellement jurisprudentiel, dont le champ de validité est censé s'étendre progressivement, au fil des décisions du Conseil ; ce changement de paradigme de la discipline est indissociable de la montée en puissance au sein de la communauté des constitutionnalistes de l'École aixoise, autour de Louis Favoreu.

jurisprudence du Conseil constitutionnel; quant au droit européen il fera son entrée au cours des années 1990 dans le « cercle étroit des disciplines juridiques importantes »³⁹. Les positions respectives des différentes disciplines ne sont donc jamais définitivement stabilisées et tendent à être en permanence redéfinies au gré de l'évolution du savoir juridique.

La notion de discipline peut donc s'appliquer à certains au moins des sous-ensembles autour desquels le droit est construit. Parler de discipline, en l'espèce, ne renvoie pas seulement, comme dans les autres domaines scientifiques, à l'autonomisation d'un champ de savoir : les disciplines juridiques se présentent aussi comme des lieux de production et d'apprentissage de la normativité juridique, ce qui leur donne une dimension toute particulière. Il reste qu'il serait vain de chercher à tracer de manière précise les contours des disciplines juridiques : le champ juridique est animé par un mouvement permanent, qui conduit à réévaluer sans cesse sa configuration et les positions occupées par ses différents éléments constitutifs ; le découpage des disciplines juridiques est dès lors par essence contingent et en perpétuelle évolution.

39. J. Bailleux, *op. cit.*, p. 415.

Le regard d'une juriste du *common law* sur les disciplines en droit

Ruth SEFTON-GREEN¹

*Maîtresse de conférences, École de droit de la Sorbonne,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, ISJPS*

Le juge Coke expliquait au Roi James 1^{er} en 1607, dans l'affaire *des Prohibitions del roy*, que comme le roi ne connaissait pas le raisonnement juridique, acquis et utilisé par les juristes, il devait lui aussi se plier au droit². Si je choisis de commencer par cette anecdote du Roi James, discipliné par le juge et mis à sa place *sub lege*, c'est pour indiquer que les juristes ont besoin de maîtriser une discipline particulière, celle du raisonnement juridique. Dans la langue anglaise et de manière emblématique du³ *common law*, on utilise l'expression « *to think like a lawyer* », selon laquelle devenir juriste signifie apprendre à raisonner comme un juriste. Ceci n'est pas forcément un compliment⁴.

1. Je remercie Lionel Smith pour ses remarques précieuses sur une version antérieure de cette contribution. Je souhaite conserver la teneur orale de ce propos dans sa version écrite.

2. *Prohibitions del Roy* (1607) 77 ER 1342, 12 Co. Rep. 64: « (...) then the King said, that he thought the law was founded upon reason, and that he and others had reason, as well as the Judges: to which it was answered by me, that true it was, that God had endowed His Majesty with excellent science, and great endowments of nature; but His Majesty was not learned in the laws of his realm of England, and causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his subjects, are not to be decided by natural reason but by the artificial reason and judgment of law, which law is an act which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it (...) ».

3. J'ai délibérément choisi d'adopter l'article indéfini neutre pour chaque terme étranger utilisé dans un texte en français; choix d'usage en traduction et en linguistique.

4. V. W. Twining, *Blackstone's Tower. The English Law Schools*, Hamlyn Lectures, Sweet & Maxwell, 1994, p. 179, qui relève que lorsque les non juristes utilisent cette expression pour désigner les juristes, elle est loin d'être flatueuse. Penser comme un juriste signifie: « (...) narrow-minded; unreflective; tricky; manipulative; venal; or any of the other qualities that provide a basis for anti-lawyer jokes ».

En général, lorsqu'on parle de disciplines académiques, c'est pour faire référence à l'enseignement universitaire⁵. Le terme de « discipline » ayant plusieurs acceptions, on pourrait penser de prime abord que l'objet de nos réflexions aujourd'hui est la branche de connaissance pouvant donner matière à un enseignement⁶, tels le droit des contrats, le droit de la responsabilité, le droit pénal, etc. Toutefois, je ne me bornerai pas à cette signification, que j'appellerai les disciplines-matières. Je m'intéresse, en revanche, à une deuxième signification de la discipline, en lien direct avec mon récit. La discipline est également « une règle de conduite que l'on s'impose, une maîtrise de soi, un sens du devoir »⁷. Je retiens donc l'idée du droit comme une discipline intellectuelle qui oblige une maîtrise de soi, une rigueur intellectuelle, une sorte d'éthique⁸, ou de contrainte. Je la qualifie ainsi pour mettre en exergue l'intellect du juriste concerné. Avant de devenir une matière, ou branche de connaissance, le droit est une discipline intellectuelle. La rigueur intellectuelle qui doit l'accompagner n'est pas naturelle, mais doit être acquise et apprise⁹. Il s'agit donc de la discipline que possédait le juge, et que le roi ne possédait pas. La question de discipline en droit, dans toutes ses connotations, a donc un lien consubstantiel avec l'apprentissage du raisonnement juridique. Historiquement, du point de vue du *common law*, le juriste apprenait à travers la pratique¹⁰. Cela

5. A. Krishnan, « What are academic disciplines ? Some observations on the Disciplinarity vs. Interdisciplinarity debate » ESRC National Centre for Research Methods, NCRM Working Papers Series 03/09 disponible au : http://eprints.ncrm.ac.uk/783/1/what_are_academic_disciplines.pdf. Pour une étude récente du droit comme discipline académique, v. H. Dagan, « Law as an Academic Discipline », in H. Dedek et S. Van Praagh, *Stateless Law. Evolving Boundaries of a Discipline*, Ashgate, 2015, p. 43-60.

6. Dictionnaires Larousse du français disponible au <http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/discipline/25818> : « Branche de la connaissance pouvant donner matière à un enseignement ; matière ».

7. Le droit est également une discipline externe, selon une deuxième définition lexicographique évidente, v. Dictionnaire Larousse, *loc. cit.* « ... un ensemble de lois, d'obligations qui régissent une collectivité et destinées à y faire régner l'ordre ; règlement : Se plier à la discipline ».

8. Pour une vision idiosyncratique de la discipline du droit dans sa dimension éthique, v. Lord Denning, *The Discipline of the Law*, Butterworths, 1979, féroce critiqué dans un compte rendu par John Griffith, qui soutient que la ligne directrice des décisions difficiles est éminemment politique et non, comme le prétendait Lord Denning, une question de justice pure, v. J.A.G. Griffith, 42 *Modern Law Review* 1979, 348-350.

9. *Prohibitions del Roy*, *loc. cit.*, « laws of his realm (...) are not to be decided by natural reason but by the artificial reason and judgment of law, which law is an act which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it (...) ».

10. V. pour une étude fascinante des avantages et des inconvénients de ce système au XVIII^e siècle, quand la pratique se consolidait autour de l'obligation de dîner dans les « *Inns of Court* », ainsi que d'autres plaisirs (et leurs excès) qui étaient loin d'être purement juridiques, la profession étant réservée en grande partie à l'époque à des « *gentlemen* », D. Lemmings, *Professors of the Law. Barristers and English Legal Culture in the Eighteenth Century*,

indique que l'on peut dissocier la discipline de l'Université. Rappelons qu'aussi tard qu'en 1883, le grand juriste Dicey se demandait si le droit anglais pouvait être enseigné à l'université¹¹.

Le choix de me focaliser sur la discipline intellectuelle me permet d'envisager le droit dans sa dimension dynamique ou évolutive; la discipline comme outil avec ses utilisateurs. Par contraste, en parlant d'une discipline-matière, je vois le droit comme un objet, plus statique et ordonné, même si je dois identifier les acteurs qui l'ont rendu ainsi. Pour schématiser, selon le raisonnement du *common law*, on met l'accent sur le juriste, sujet de la discipline, alors qu'en droit français, on met l'accent sur le droit, comme étant l'objet de celle-ci. Notre perspective n'est pas la même. D'où vient une interrogation phénoménologique: notre regard, modifie-t-il l'objet qu'on examine? Ou inversement, l'objet – le droit – est-il transformé par notre regard?

Si j'envisage les disciplines en droit ainsi, c'est à cause du contexte historique et culturel du *common law* anglais, où la pratique juridique et judiciaire a déterminé les disciplines – s'il y en a –, et non l'enseignement universitaire, à travers une théorisation doctrinale¹². Le découpage de matières universitaires suscite peu d'intérêt dans un système juridique qui s'est développé progressivement, dont la systématisation n'est pas le point de départ, mais seulement, et éventuellement, le point d'arrivée.

Voici donc mon hypothèse que je développerai: la manière dont on pense le droit – en concepts et en catégories – construit les disciplines. Une discipline-matière n'est rien d'autre qu'une construction intellectuelle et académique. Le poids qu'on donne aux disciplines juridiques en droit français est entremêlé au pouvoir, voire à l'hégémonie de la doctrine, à la puissance de la théorie sur l'enseignement du droit. Historiquement, le droit anglais ne s'est pas construit ainsi¹³.

Oxford University Press, 2000, notamment chapitre 4, « Gentleman Bred to the Law: Induction and Legal Education », p. 107-148.

11. A.V. Dicey, *Can English law be taught at the universities? An Inaugural Lecture, delivered at All Soul's College, 21st April 1883*, Macmillan and Co., 1883.

12. V. pour une réflexion contemporaine sur le rôle de la doctrine et de l'enseignement du droit, M. Bodig, « Doctrinal Knowledge, Doctrinal Scholarship and the Problem of Interdisciplinary Engagement » in H. Dedek et S. Van Praagh, *op. cit.*, p. 63-70; « Legal Theory and Legal Doctrinal Scholarship » 23 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 2010, 483-514; E. Weinrib, « Can Law Survive Legal Education? » 60 *Vanderbilt Law Review* 2007, 401-438.

13. V. W. Twining, *Blackstone's Tower*, préc. p. 4., en expliquant la métaphore de la tour, l'appellation de son ouvrage, précise que le *common law* anglais est un édifice sans structure architecturale ordonnée, dont une des tâches des universitaires est de trouver l'ordre et la cohérence.

Partant de la distinction entre disciplines juridiques matières et intellectuelle, je vais démontrer d'abord que le droit anglais, fabriqué par la pratique, ignore les disciplines-matières (I). En somme, les disciplines-matières ne décrivent ni ne capturent l'essence du *common law*. Puis, j'examinerai les utilisateurs de la discipline intellectuelle pour essayer de comprendre pourquoi celle-ci prime toujours (II).

I – LES DISCIPLINES-MATIÈRES IGNORÉES

Très brièvement, voici quelques explications enchevêtrées, qui aident à démontrer que le droit anglais s'est construit à travers la pratique. En premier lieu, le droit vient du contentieux, il est né dans les interstices de la procédure. Comme disait le juriste Frederic Maitland : « The forms of actions we have buried, but they still rule us from their graves »¹⁴. L'émergence d'une grande partie du droit est donc historiquement aléatoire ou accidentelle¹⁵. L'aléa de la pratique judiciaire est antinomique avec une systématisation des matières. Cette systématisation requiert un acteur, la doctrine, qui n'existe pas encore. Le droit anglais n'a été enseigné à l'université qu'au milieu du XIX^e siècle. Le seul juriste visible dans le paysage universitaire avant le XIX^e siècle fut William Blackstone¹⁶, nommé professeur à *All Soul's College*, Oxford en 1758, qui en effet, a tenté d'ordonner le droit anglais dans ses commentaires. Notons cependant qu'au lieu de rester à l'université, il est devenu très riche avec la publication de son *magnum opus*, chose rare pour une publication académique, au moins à l'époque. Ensuite il a repris son activité en tant que praticien (« *barrister* »), puis il est devenu juge sans distinction, ce qui fut considéré par lui néanmoins comme étant le sommet de sa carrière¹⁷. Ces deux anecdotes – que Blackstone a semblé préférer la pratique, au lieu d'être professeur, ainsi que

14. F. W. Maitland, *The Forms of Action, A course of lectures*, Cambridge University Press, 1909.

15. V. en matière contractuelle, par exemple, la théorisation ou la systématisation doctrinale du droit des contrats n'a émergé que très tardivement, v. W. B. Simpson, « Innovation in Nineteenth Century Contract Law » 91 *Law Quarterly Review* 1975, 247; J. Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon Law Series, 1993, p. 134.

16. W. Blackstone (1723-1780), *Commentaries of the Laws of England*, Vols I-IV, Clarendon Press, 1765-1769.

17. Pour un aperçu de la biographie de William Blackstone, v. I. G. Doolittle, « Sir William Blackstone and his Commentaries on the Laws of England (1765-1769) ; a biographical approach », 3 *Oxford Journal of Legal Studies* 1983, 99-112, qui suggère, v. not. p. 103, que l'un de motifs propulsant la carrière de Blackstone aurait pu être lucratif, étant donné qu'il venait d'une famille de commerçants.

le fait que son statut judiciaire lui procurait plus de *kudos*, sont une parfaite illustration de la fabrication du droit par la pratique. N'oublions pas par ailleurs que l'œuvre de Blackstone fut la cible de critique et de censure de la plume virulente de Jeremy Bentham, qui la considérait comme l'archétype du raisonnement artificiel et inaccessible du droit¹⁸.

En deuxième lieu, l'apprentissage du droit s'est fait à travers la pratique. Avant que le droit ne soit introduit comme étude universitaire, les juristes apprentis ont appris le droit en le faisant, donc on peut parler littéralement d'acquérir le raisonnement juridique par un savoir-faire. C'est pourquoi on suggère parfois que le raisonnement juridique du *common law* relève en partie du bon sens, dont l'épithète chérie « raisonnable » fait partie¹⁹, mais cela ne suffit pas, comme nous l'avons déjà relevé. Je souhaite faire une distinction entre le savoir (juridique) et le savoir-faire (juridique)²⁰, dont le premier pourrait faire partie des sciences; le second évoquant une dimension plus artisanale²¹. Si on conçoit le droit autant comme une pratique et un art²², le fait même de le pratiquer requiert une pensée pragmatique et non une réflexion systématique. L'organisation des matières du droit n'existait pas en tant que telle, ou si elle existait, c'était en rapport, et par rapport, à la pratique judiciaire. En troisième lieu, l'accent sur la pratique du droit est central au *common law* anglais, puisque la pratique judiciaire est liée à l'ordre juridictionnel. Bien que le reflet de l'ordre juridictionnel dans les matières du droit soit visible en droit anglais, l'image que renvoie ce miroir est flottante. Les deux exemples qui suivent illustrent parfaitement la manière dont l'ordre juridictionnel, peu systématisé pendant longtemps, n'a pas aidé à découper et à définir les disciplines-matières.

18. W. Twining, *Blackstone's Tower*, préc. p. 2, qui suggère que les quatre juristes paradigmatiques du *common law* sont: William Blackstone (« l'exposant »), Jeremy Bentham (« le *critic* »), John Austin (le « scientifique ») et Andrew Amos (« l'artisan »). Ces deux derniers dans la lignée de Bentham ont fondé la première Licence en droit à University College London où John Austin était professeur en « jurisprudence » de 1826-1833.

19. Pour une riche comparaison entre le raisonnement juridique reposant sur une approche « raisonnable » du *common law* et celle fondée sur les « droits » du droit codifié, v. G. P. Fletcher, « The Right and the Reasonable », 98 *Harvard Law Review*, 1984-1985, 949-982.

20. V. à ce propos, W. Twining, *Blackstone's Tower*, préc. p. 51, note 9, qui différencie trois types de savoirs: le savoir-pourquoi, le savoir-quoi et le savoir-faire.

21. V. J. B. White, « Legal Knowledge » 115 *Harvard Law Review* 2002, 1396-1431, qui compare le savoir juridique à un outil d'interprétation et d'expression littéraire.

22. Pour deux formulations suggérant que le droit combine les deux aspects – scientifiques et artistiques, v. Justice B. Cardozo, « Law and Literature » (on judicial writing style written in 1925), reproduit en 48 *Yale LJ* 1939, 471, spec. p. 489; Lord Reid, « The Judge as Law Maker » 12 *Journal of Society of Public Teachers of Law*, 1972-1973, 22, spec. p. 29: « law is as much an art as a science ».

Le premier exemple concerne l'*equity*, qui fut à l'origine une juridiction propre, nommé la *Court of Chancery*, dont le vestige se trouve dans la division de *Chancery* dans la *High Court* actuelle. Toutefois, on peut se demander, à juste titre si l'*equity* est devenue par la suite une matière. Rappelons à ce propos que la tentative des réformes juridictionnelles judiciaires en 1873 à 1875 pour fusionner les sources de *common law* et d'*Equity* a échoué, n'étant qu'une réforme mineure, par rapport aux ambitions originelles plus vastes à l'instar de Jeremy Bentham²³. La réforme procédurale a abouti, mais non la réforme matérielle du droit²⁴. On l'a comparée au confluent du Rhône et de la Saône²⁵. Il est difficile de décrire la matière d'*equity* qui dépasse largement un clivage propre. On trouve des concepts d'*equity* épisodiques dans d'autres branches du droit, tels le droit des contrats²⁶, le droit des biens²⁷, mais parallèlement l'*equity* a fondé l'institution des *trusts*, réglementée également par la suite par des lois spécifiques²⁸. Il serait plus approprié de décrire l'*equity*, comme une discipline intellectuelle alors, avec sa propre mentalité et éthique, plutôt que de l'expliquer comme une matière, ayant un champ du savoir propre et déterminé.

23. R. Sefton-Green, « Les codes manqués », *Revue trimestrielle de droit civil* 2005, 539-552.

24. La réussite, ou l'échec, de cette réforme est une question très controversée, v. R. Evershed, « The Fusion of Law and Equity after 70 years », *70 Law Quarterly Review* 1954, 326 : « The truth of the matter is, I am sure, that the so-called "fusion" of law and Equity was a procedural matter and (save incidentally and because procedural matters cannot under our system sensibly be divorced from substantive law) the fusion of Equity in relation to the common law was not thereby changed ».

25. V. Lord Diplock, *United Scientific Holdings Ltd v. Burnley Borough Council* (1978) AC 908, à p. 925 : « The innate conservatism of English lawyers may have made them slow to recognise that by the Judicature Act 1873 the two systems of substantive and adjectival law formerly administered by courts of law and courts of Chancery (...) were fused. As at the confluence of the Rhône and the Saône, it may be possible for a short distance to discern the source from which each part of the combined stream came, but there comes a point at which this ceases to be possible. If Professor Ashburner's fluvial metaphor is to be retained at all, the confluent streams of law and Equity have surely mingled now ».

26. V. J. Glister et J. Lee (dir.), *Hanbury and Martin: Modern Equity*, 21^e éd, Sweet and Maxwell, 2018, notamment les remèdes de *specific performance* et d'*injunction* (dont la dernière couvre la responsabilité extra-contractuelle). Les traités et manuels du droit des contrats traitent également de manière approfondie les remèdes de ce domaine, ainsi que les vices du consentement tel l'*undue influence*, d'origine d'*equity*, etc.

27. V. C. Harpum, S. Bridge et M. Dixon (dir.), *Megarry and Wade: The Law of Real Property*, 8^e éd, Sweet & Maxwell, 2012 ; E.H. Burn et J. Cartwright (dir.), *Cheshire and Burn's Modern Law of Property*, 18^e éd, Oxford University Press, 2011, pour une explication des concepts équitables tels les « *equitable interests* », les « *equitable mortgages* », le « *proprietary estoppel* », etc.

28. V. à titre d'exemple la première consécration qui se trouve dans le *Law and Property Act* 1925.

Le second exemple concerne la ligne de démarcation entre les droits civil et pénal. Sans la grande distinction du droit français entre droits privé et public²⁹ – reflet ou conséquence du double ordre juridictionnel ? – le droit anglais connaît une autre grande ligne de démarcation entre les droits civil et pénal. Or, même si cette distinction est représentée dans l'organisation juridictionnelle, elle n'est pas nette. Les juridictions se chevauchent et traversent la ligne de frontière. Ce constat illustre bien l'absence de catégorisation intellectuelle en droit anglais ; la construction du droit se faisant de manière graduelle, déconstruite et aléatoire. À titre d'illustration, les *Justices of the peace* siégeant dans les *Magistrates' courts*, juridiction en matière pénale, ont compétence en affaires civiles relatives au droit de la famille³⁰. Corrélativement, la *High Court*, ayant une compétence de première instance et d'appel en matière civile, comprend une division, notamment la *Queen's Bench Divisional Court* qui tranche des appels en droit pénal³¹. Si l'organisation judiciaire ne respecte pas les catégories étanches entre les droits civil et pénal et si le droit anglais dérive de la procédure, comment voudrions-nous que le droit même se divise en branches et matières ordonnées et imperméables ?

Il me semble que le reflet entre les juridictions et les branches du droit est révélateur : la question de disciplinarité en droit anglais peut être le résultat d'une construction intellectuelle *post hoc facto*, mais n'est pas l'origine du raisonnement juridique. Ce constat appuie la démonstration : la discipline-matière est une catégorisation artificielle et académique, alors que c'est la discipline intellectuelle, non académique, qui importe plus dans le *common law*. Retournons la question encore une fois. Si la discipline intellectuelle – la faculté de penser comme un juriste – est au cœur du *common law*, qui la manie et à quelle fin ?

II – LES UTILISATEURS DE LA DISCIPLINE EN DROIT

Je tenterai de démontrer que la discipline intellectuelle du droit prime sur la discipline-matière dans le *common law*. Cela indique que le juriste est le sujet de la discipline. Cette intuition correspond bien à l'image que nous avons du *common law*. Le juge est au cœur du système juridique

29. V. D. Oliver, *Common Values and the Public-Private Divide*, Butterworths, 1999, qui démontre que la frontière n'est pas du tout significative.

30. Une description sommaire est accessible au : <https://www.judiciary.gov.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/magistrates-court/>.

31. V. <https://www.judiciary.gov.uk/you-and-the-judiciary/going-to-court/high-court/>

et on parle bien du *common law* comme étant « *judge-made law* », mais est-ce toujours vrai ?

Le juge ne détermine pas les matières, objet de droit, car découper les matières distinctes ne relève ni de sa compétence, ni de sa fonction. En droit anglais, on pourrait dire que le travail de théoriser et de systématiser le droit, comme objet et matière, vient après le contentieux et non en amont. C'est l'absence de systématisation préalable, qui rend la question de disciplines-matières moins significative, pour ne pas dire absente. Dès lors, on peut constater, d'une part, que l'empreinte – doctrinale et théorique – sur la matière du droit était relativement faible, au moins dans le passé³². D'autre part, que cette empreinte vient historiquement des juristes (*legal scholars*) qui étaient parfois praticiens (« *barristers* » et « *solicitors* »), parfois juges, et enfin universitaires (dans cet ordre-là).

Deux illustrations, l'une relative au pouvoir institutionnel, l'autre au rapport relationnel entre les acteurs juridiques étayent mon propos. Premièrement, examinons le pouvoir institutionnel, c'est-à-dire le rapport de force entre l'Université et les professions juridiques, dont la double nature est une des spécificités du droit anglais. N'oublions pas que dans le passé et jusqu'aux années 1970, beaucoup de praticiens ne sont pas allés à l'université. Ils ont appris à être juristes, à travers la pratique : leur apprentissage était plus pragmatique, concret et moins théorique³³. Alors qu'il est devenu la norme que les juristes obtiennent un diplôme universitaire, l'héritage demeure, car on peut toujours devenir juriste même aujourd'hui, après avoir acquis un diplôme universitaire dans une autre matière, sans étudier le droit à l'université³⁴. En effet, certains juristes apprennent le droit plus tard, grâce à une année d'études intensives de conversion³⁵. Puis, on peut relever un changement important dans l'enseignement à l'université dans les années 1990 quand on a déterminé les matières fondamentales (nommées « *core subjects* »), qui sont devenues obligatoires dans le cursus universitaire³⁶. Toutefois, la pratique, institutionnellement puissante, a pu

32. Pour un contre-exemple du xx^e siècle, voir *infra*.

33. V. W. Twining, *Blackstone's Tower*, préc., chapitre 2 « Law in the universities: the historical context », p. 23-48.

34. V. H.L.A. Hart, « Philosophy of Law and Jurisprudence in Britain (1945-1952) » *2 American Journal of Comparative Law* 1953, 355, spéc. p. 356. Hart était bien placé pour en parler étant donné que ce parcours était le sien.

35. Un diplômé d'une licence dans n'importe quelle discipline (*Bachelor of Arts* ou *Bachelor of Sciences*) peut étudier une année à temps plein pour se convertir aux études de droit, et obtenir le diplôme connu sous le nom de « *Common Professional Exam* » (CPE) ou le « *Gradual Diploma in Law* » (GDL) et reconnu par la *Law Society*, l'ordre réglementant les *solicitors* et le *Bar Council* réglementant les *barristers*.

36. Ces réformes ont fait l'objet de nombreuses critiques, v. par exemple, A. Bradney, « Raising the Drawbridge: Defending University Law Schools, *1 Web Journal Current*

dicter ses impératifs à l'Université, ce qui n'a pas été forcément apprécié par tous les universitaires, mais ce fait ne surprend pas et corrobore encore une fois de plus le poids de l'histoire³⁷.

À partir du moment où on commence à examiner le pouvoir institutionnel entre certains acteurs sur la scène juridique, on est conduit à explorer le rapport relationnel entre ses acteurs, c'est-à-dire entre les professions ou les praticiens du droit, les juges et les universitaires. Cet examen relationnel n'est qu'une façon d'examiner le rapport concret et réel entre la théorie et la pratique en droit anglais³⁸. *A priori*, les auteurs des traités et des ouvrages sont fondamentaux pour la systématisation et la catégorisation des matières : c'est leur rôle principal³⁹. Vient la question qu'un juriste français attend peut-être : quelle est la place et le rôle de la doctrine en droit anglais ? Notons que, historiquement, il y a des liens étroits entre, d'un côté, les praticiens et les juges qui forment le même corps en quelque sorte car les juges sont des anciens praticiens le plus souvent des *barristers* ; et de l'autre côté, les universitaires appelés « *jurists* »⁴⁰ ou parfois « *legal scholars* »⁴¹. Cependant la passerelle entre ces deux secteurs professionnels est, et a toujours été, fluide⁴².

En examinant l'empreinte de la doctrine – si je puis dire, car la doctrine (singulier) n'existe pas en droit anglais – à travers ses écrits, on constate deux choses. D'une part, que les praticiens et surtout les juges ont toujours été auteurs d'ouvrages de droit : d'autre part, qu'ils le sont toujours. Comme les exemples abondent, mon choix sélectif est purement illustratif, ne relevant pas d'un esprit disciplinaire. Au XIX^e siècle, Joseph William Chitty fut juge

Legal Issues 1995 ; P. Birks, « Compulsory Subjects : Will the Seven Foundations Ever Crumble ? » 1 *Web Journal Current Legal Issues* 1995.

37. Pour une étude critique du rapport institutionnel, v. P. Birks, « The Academic and the Practitioner » 18 *Legal Studies* 1998, 397-414.

38. À l'évidence, les rapports entre le *common law* et la théorie en droit sont infiniment plus complexes, v. W. Twining (dir.), *Legal Theory and Common Law*, Basil Blackwell, 1986.

39. V. D. Sugarman, « Legal Theory, The Common Law Mind and the Making of the Textbook Tradition » in W. Twining, *op. cit.*, p. 26-62.

40. V. N. Duxbury, *Jurists and Judges. An Essay on Influence*, Hart Publishing, 2001, qui examine le rapport entre ces deux acteurs juridiques.

41. V. pour un bilan cinquantenaire sur les juristes universitaires, v. C. Glasser, « Radicals and Refugees: the Foundation of the Modern Law Review and English Legal Scholarship » 50 *Modern Law Review* 1987, 688-708, vol. spécial, *passim*.

42. Le rapport entre juges et universitaires évolue constamment, v. P. Birks, « The academic and the practitioner » précité, p. 413, qui a suggéré de manière précoce, qu'il s'agit d'un vrai « *partnership* ». Pour une étude sur le rapport contemporain entre juges et universitaires, v. A. Braun, « Judges and Academics: Features of a Partnership », in J. Lee (dir.), *From House of Lords to Supreme Court. Judges, Jurists and the Process of Judging*, Hart Publishing, 2011, p. 227-253.

et auteur d'un traité du droit des contrats⁴³ ; Thomas Edward Scrutton, juge également fut auteur d'un traité sur le droit maritime⁴⁴. Puis, avec l'essor des universitaires au début du xx^e siècle⁴⁵, les traités et manuels sont pris en charge par les universitaires, tels Sir Frederick Pollock⁴⁶, ou Frederic William Maitland⁴⁷. On ne doit pas oublier les universitaires qui, à partir des années 1950, ont écrit des traités qui ont eu un impact sur le développement du droit public, tels Stanley Alexander de Smith⁴⁸ et Sir William Wade⁴⁹. On pourrait également évoquer les nombreux auteurs qui ont collaboré pour écrire des traités, dont l'un est juge et l'autre universitaire, tels Lord Goff of Chieveley⁵⁰ et Gareth Jones⁵¹ qui ont co-écrit le traité fondateur, qui a dénommé le droit de « *restitution* » en 1966⁵². Certains diraient que cet ouvrage a contribué à faire reconnaître la matière – peut-être s'agit-il de créer une discipline-matière. Aujourd'hui certaines disciplines semblent se confondre avec les noms des auteurs renommés⁵³. Cette observation renforce le caractère personnalisé, voire ad hominem, du droit anglais que nous avons déjà relevé : le juriste, qu'il soit juge, praticien ou universitaire, est le sujet (et potentiellement maître) de la discipline. Cela nous permet

43. 1828-1899.

44. 1856-1924. V. D. Foxton, *The Life of Thomas E. Scrutton*, Cambridge University Press, 2013 ; dans la recension du livre on apprend que l'auteur de la biographie est l'éditeur actuel du traité et que le juge Scrutton avait un tempérament tellement colérique qu'il « *scruttonised* » ses adversaires, v. J. Bellido, « Publication Review », 130 *Law Quarterly Review* 2014, 518-521.

45. V. F.H. Lawson, *op. cit.*, passim.

46. 1845-1937. V.N. Duxbury, *Frederick Pollock and the English Juristic Tradition*, Oxford University Press, 2004.

47. 1850-1906, *barrister* et professeur à la chaire de *Downing Professor of the Laws of England* à l'Université de Cambridge.

48. 1922-1974, également professeur à la chaire de *Downing Professor of the Laws of England* à l'Université de Cambridge.

49. 1941-2004, professeur à l'université d'Oxford et à la chaire de « *Rouse Ball Professor of English Law* » à l'Université de Cambridge.

50. 1926-2016, Robert Goff, Baron Goff of Chieveley, *barrister*, juge et *fellow* à Lincoln College, Université d'Oxford, c'est-à-dire brièvement universitaire.

51. 1930-2016, professeur à la chaire de *Downing Professor of the Laws of England* à l'Université de Cambridge.

52. R. Goff et G. Jones, *The Law of Restitution*, 1^{re} éd, Sweet & Maxwell, 1966. L'ouvrage, transformé dans un autre, s'approprie les noms des auteurs originaux, v. C. Mitchell, P. Mitchell et S. Watherson, *Goff & Jones: The Law of Unjust Enrichment*, 9^e éd, Sweet & Maxwell, 2016.

53. *Idem* et pour d'autres exemples, v. H. Beale (dir.), *Chitty on Contracts*, 32^e éd., Sweet & Maxwell, 2015 ; *Cheshire and Burn's Modern Law of Property*, *op. cit.* ; *Megarry and Wade: The Law of Real Property*, *op. cit.* (où il s'agit encore d'une collaboration entre juge et universitaire).

d'insister sur la dimension concrète et particulière du droit anglais, par rapport à une conception universaliste, voire abstraite du droit⁵⁴.

Ce constat ne fait que corroborer l'idée que la pratique a un impact décisif sur la matière, mais cette fois-ci pour des raisons relationnelles. On peut identifier le rapport personnel entre praticiens, juges et universitaires : leur proximité est liée à un passé partagé, parfois de l'école à l'université. Leur association est consolidée au barreau où ils dînent ensemble. Puis, les juges continuent d'être invités à l'Université, pour assister aux séminaires, ainsi parfois qu'aux dîners⁵⁵. Parmi ces amitiés, prenons à titre d'exemple emblématique, Lord Millett, qui assistait aux séminaires du Peter Birks, dont les traces d'une filiation intellectuelle se trouvent dans ses opinions judiciaires⁵⁶ et ses écrits extra-judiciaires⁵⁷. En tant que juge il a écrit des articles académiques, comme beaucoup d'autres juges de l'ancienne Chambre des Lords et de la Cour suprême⁵⁸. Ce phénomène indique que les juges anglais, protagonistes toujours, participent activement dans la production de la réflexion juridique⁵⁹. De ce point de vue, on pourrait dire que la théorie et la pratique s'allient davantage qu'en droit français, d'une part parce que le lien entre les deux est visible, permettant un certain chassé-croisé. D'autre part, la théorie et la pratique se concrétisent à travers les personnes ou les acteurs – le droit étant une activité humaine – et le dialogue entre les juges et les universitaires est bien à la fois audible et lisible⁶⁰.

L'idée de penser et repenser les disciplines-matières veut dire systématiser et organiser le droit, en mettant de l'ordre dans la matière. Cela

54. C'est une raison selon laquelle on pourrait suggérer qu'il y a un lien entre la théorie philosophique nominaliste et le droit anglais. V. W. Twining, *op. cit.* p. 172, qui suggère que le pragmatisme et les spécificités du droit anglais le rendent plus propice au pluralisme juridique.

55. V. A. Braun, *loc. cit.*, p. 231.

56. V. les opinions de Peter Millett dans les décisions suivantes : *Agip (Africa) Ltd v Jackson* (1991) Ch. 547 ; *Boscawen v Bajwa* [1995] EWCA Civ. 15 ; *Foskett v McKeown* [2000] UKHL 29. Mr Peter Millett fut respectivement juge à la *High Court*, puis Lord Justice à la Cour d'appel, puis *Law Lord*, *Lord of Appeal in Ordinary* à la chambre des Lords lors de chaque décision.

57. Mr Justice Millett, « Tracing the Proceeds of Fraud » 107 *Law Quarterly Review* 1991, 71, p. 72 ; Lord Justice Millett, « Equity – The Road Ahead » 6 *Kings College Law Journal*, 1995, 1-19.

58. Les écrits extra judiciaires des juges sont de plus en nombreux. On peut citer, entre autres, les écrits de Lord Bingham, Lord Rodger of Earlsferry, Lord Neuberger, Lord Hoffmann... Depuis la création de la Cour suprême, on peut trouver leurs discours extra judiciaires diffusés sur le site officiel de la Cour suprême accessible au : <https://www.supremecourt.uk/news/speeches.html>.

59. Ce phénomène mérite sans doute une étude spécifique.

60. V. A. Patterson, *Final Judgment. The Last Law Lords and the Supreme Court*, Hart Publishing, 2014.

suppose une empreinte, par laquelle on marque des territoires ou des frontières. La description suggère une tendance à maîtriser ou à dominer, d'où l'idée de la colonisation ou de l'impérialisme doctrinal, selon la métaphore géographique ou politique que l'on préfère. Cette attitude ne s'articule pas avec la quintessence du droit anglais. Toutefois, un contre-exemple récent existe; comparable peut-être à William Blackstone, quoi qu'il soit peut-être prématuré pour se prononcer. Je pense à la tentative par le regretté Peter Birks, professeur à Oxford, qui était passionné par la taxinomie du droit⁶¹. Regardons, d'abord son héritage pour réfléchir si l'on peut identifier un changement de paradigme – un champ d'action pour les disciplines-matières dans l'avenir. Au préalable, Peter Birks était très influent dans la construction d'une nouvelle discipline-matière nommé d'abord « *restitution law* », puis « *unjust enrichment* »⁶². Autant Birks rencontrait une opposition forte des universitaires, qu'il faisait des disciples, lorsqu'il a essayé de théoriser et de systématiser la matière. Ensuite, son ambition était plus grande, puisqu'il a conçu une sorte d'encyclopédie de droit privé anglais⁶³. Voici donc une nouveauté: un professeur de droit anglais qui aspirait à construire la matière. Birks lui-même était très influencé par le droit romain et le droit civil, ce qui explique sans doute, sa démarche. On pourrait dire qu'il a essayé de créer une discipline-matière et en le faisant, il nous a montré la difficulté et l'énormité de la tâche⁶⁴. Comment nettoyer et organiser le droit anglais aujourd'hui? Et dans quelle mesure est-ce utile et nécessaire? Les opposants de Birks diraient que le droit anglais est par sa nature indiscipliné. Si c'est le cas, est-ce si problématique puisqu'il est, avant tout, très fonctionnel?

En conclusion, je voudrais suggérer très brièvement qu'il y a une opposition inhérente entre la systématisation des matières et la dimension organique du droit anglais⁶⁵. En examinant la distinction entre disciplines-intellectuelles et disciplines-matières on a pu réfléchir sur les fonctions

61. A. Burrows et Lord Rodger of Earlsferry, *Mapping the Law: Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford University Press, 2006.

62. L'intitulé de cette discipline-matière en droit anglais est très controversé. Le premier ouvrage de Peter Birks fut renommé après une grande controverse doctrinale. V. P. Birks, *An Introduction to the Law of Restitution*, 1^{re} éd, Clarendon Paperbacks, 1989, puis P. Birks, *Unjust Enrichment*, 2^e éd, Clarendon Law Series, 2005.

63. P. Birks (dir.), *English Private Law*, 2 vols, Oxford University Press, 2000.

64. V. P. Birks, « The academic and the practitioner » préc. p. 400, où il suggère que le praticien du droit n'a pas le temps suffisant pour écrire des traités juridiques.

65. V. A. C. Hutchinson, *Evolution and the Common Law*, Cambridge University Press, 2005. Pour une étude qui montre comment les concepts se combinent en formant constamment des nouvelles constellations graduellement en droit privé anglais, v. S. Waddams, *Dimensions of Private Law. Categories and Concepts in Anglo-American Legal Reasoning*, Cambridge, 2003.

diverses des disciplines en droit et leurs valeurs respectives. Les juges anglais continuent de laisser la plus grande empreinte sur le droit. Cependant, ils collaborent davantage avec les juristes universitaires aujourd'hui, et on constate une métamorphose graduelle, notamment grâce à certains universitaires visionnaires. Cette collaboration implique les juges en tant qu'auteurs dans la production doctrinale croissante⁶⁶, ainsi que le fait qu'ils utilisent et citent de plus en plus fréquemment la doctrine dans leurs décisions⁶⁷. Toutefois, à l'heure actuelle, le *common law*, chaotique peut-être, désordonné pour l'esprit cartésien, échappe toujours à la domination. Le raisonnement juridique prime sur la forme et l'organisation du contenu. C'est la façon dont on pense et raisonne qui compte plus que l'esthétique de la forme. En somme, le *common law* évolue et s'adapte sans besoin d'être disciplinée – par les universitaires !

66. Pour le point de vue d'un juge, v. Lord Rodger of Earlsferry, « Judges and Academics in the UK » 29 *U. Queensland Law Journal* 2010, 29; A. Braun, *loc. cit.*

67. A. Braun, « Burying the Living? The Citation of Legal Writings in English Courts » 58 *American Journal of Comparative Law* 2010, 27.

Disciplines et discipline juridique: un regard nord-américain

Daniel JUTRAS

*Professeur et titulaire de la Chaire Wainwright en droit civil,
Université McGill*

Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Voilà une question spécifiquement universitaire¹.

Les professionnels du droit s'interrogent parfois sur les frontières de leur activité, eux aussi. Avocats et notaires cherchent à accroître leur part respective du marché des services juridiques ou réfléchissent à l'avenir de la profession. La magistrature avance prudemment sur le terrain occupé par les médiateurs et autres experts des modes alternatifs de résolution des conflits. Mais ces questionnements relèvent plus de la répartition des tâches (ou des profits) juridiques que de l'épistémologie. Les universitaires du droit, au contraire, discutent beaucoup et fréquemment de ce qu'ils sont censés enseigner, de ce qui constitue leur champ de recherche propre, et de la manière dont ces objets évoluent sur la durée, du moins en Amérique du Nord. Pour les professeurs et les chercheurs, la fixation des limites disciplinaires et le balisage interne du savoir juridique ont acquis une valeur identitaire, indubitablement. La réponse à ces questions détermine le contenu des cursus universitaires, l'objet et la portée des programmes de recherche, la place occupée par la faculté de droit au sein de l'université, et la nature des rapports qu'entretiennent les professeurs de droit et les membres du barreau, du notariat et de la magistrature. C'est donc le juriste universitaire et ses états d'âme qui m'intéressent ici, en particulier la manière dont il définit son terrain de prédilection et partage avec d'autres un habitus disciplinaire.

1. Sur l'émergence de l'idée de disciplinarisation elle-même, voir par exemple J. Boutier, J.-C. Passeron et J. Revel (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline ?*, Paris, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 2006.

Cet exercice cartographique est largement déterminé par le contexte et le regard subjectif des acteurs. S'agissant, d'une part, de définir un objet de connaissance scientifique aux contours relativement stables, c'est à partir d'une représentation partagée implicitement ou inconsciemment par ceux qui se reconnaissent en tant que condisciples que les frontières de l'objet seront tracées. S'agissant, d'autre part, des paradigmes, méthodes et pratiques à travers lesquels on explore cet objet d'étude, c'est toujours en fonction du consensus plus ou moins robuste que la discipline sera définie. Partons donc de la prémisse que la discipline est une construction variable dans le temps et dans l'espace. Ni les contours d'un objet d'étude, ni l'autonomie relative du discours scientifique qui s'y rattache n'ont de valeur absolue ou intemporelle. Ajoutons qu'il en va du droit comme de toutes les disciplines : des facteurs culturels, institutionnels, politiques, historiques ou économiques déterminent largement ce que les juristes reconnaissent comme un cursus approprié dans l'apprentissage du droit ; comme un sujet de réflexion légitime au sein de la faculté de droit ; ou comme une production scientifique appuyée sur une méthodologie propre à la science du droit. Comme tous les acteurs de la vie universitaire, les juristes ont une conception assez déterminée du dedans et du dehors, de ce qui est leur en propre et de ce qui appartient aux autres, mais cette conception varie selon la communauté d'interprètes relativement locale à laquelle ils appartiennent. Le balisage du savoir juridique n'est donc pas constant d'une tradition à l'autre. Et il y a fort à parier que les frontières de la discipline soient tout aussi contestées au sein même d'une tradition nationale.

Un bref regard sur la discipline juridique telle qu'elle se déploie hors de l'hexagone français confirme le caractère contingent du découpage du savoir des juristes. Dans la faculté de droit à laquelle j'appartiens, par exemple, les étudiants font l'apprentissage du droit civil et de la common law à partir de sources récoltées aussi largement que ce que le cadre pédagogique permet de gérer. Depuis près de cinquante ans, on y offre un diplôme conjoint fondé sur la comparaison et la compréhension intégrée des traditions juridiques occidentales². C'est un droit cosmopolite qu'on aspire à y enseigner, et pas seulement le droit pertinent à l'ordre juridique national. L'objet de connaissance y est défini de manière plus ouverte que dans la plupart des facultés de droit du monde. Les professeurs à McGill sont issus de plusieurs traditions nationales différentes : le droit civil québécois, la common law anglo-américaine, la tradition française, allemande, anglaise ou italienne, le

2. Sur la spécificité et l'histoire du programme de formation juridique à McGill, voir R. A. Macdonald, « The National Law Programme at McGill: Origins, Establishment, Prospects » (1990) 13:1 *Dalhousie Law Journal* 211 ; N. Kasirer, « Bijuralism in Law's Empire and in Law's Cosmos » (2002) 52 *J. Legal Educ.* 29 ; et D. Jutras, « Énoncer l'indiscible : Le droit entre langues et traditions » (2000) 52 : 4 *Rev. int. dr. comp.* 781.

droit indien ou chinois. C'est un obstacle supplémentaire à la reproduction d'un corps disciplinaire homogène. Par ailleurs, même si la grande majorité des professeurs a reçu une formation de base en droit, on n'y trouvera pas beaucoup de membres du barreau, actifs ou non. Quelques professeurs occupent un poste partagé entre la faculté de droit et un département de sciences sociales ou de sciences humaines. Deux professeurs à la faculté de droit, un anthropologue et un philosophe, n'ont jamais reçu de formation en droit. La plupart des professeurs publient des travaux qui s'appuient, en partie, sur une discipline connexe au droit : la sociologie, la philosophie, l'histoire, l'économie, l'anthropologie, l'analyse féministe, linguistique ou littéraire. Quelles sont les frontières et les découpages de la discipline juridique, dans ce cadre ? Comment en arrive-t-on là ? Avons-nous fait fausse route ? Ou jouissons-nous plutôt d'un contexte institutionnel moins... discipliné, qui fragilise les mécanismes de reproduction d'une science juridique traditionnelle ?

C'est l'objet de ce texte : offrir la perspective de l'observateur externe, pour mettre en lumière les structures et les enjeux qui sont peut-être devenus invisibles en France par la force de l'habitude. Pour mieux identifier les facteurs qui expliquent les convergences et les divergences, j'aborderai la question en deux temps. Dans une première partie (I), j'examinerai le découpage des disciplines juridiques, au pluriel, c'est-à-dire les conditions qui dictent l'arrangement des matières au sein de la « science juridique » elle-même. Dans une seconde partie (II), j'envisagerai la manière dont la discipline juridique, au singulier, détermine son autonomie par rapport aux autres disciplines scientifiques au sein de l'université.

I – LES DISCIPLINES JURIDIQUES : LA CONSTITUTION DU DROIT EN SAVOIR ORGANISÉ

L'idée d'une pluralité de « disciplines juridiques » pose déjà problème, du point de vue comparatif. La question de savoir si un sujet ou une matière juridique a acquis le statut de « discipline » n'a tout simplement pas de sens en Amérique du Nord. Les vecteurs institutionnels qui accordent une importance à ce statut en France n'existent pas au Canada ou aux États-Unis. On n'y connaît pas de concours d'agrégation national qui puisse déterminer d'avance et pour toujours l'appartenance disciplinaire d'un nouveau professeur. Au Canada, le recrutement professoral s'effectue localement, chaque université étant libre de ses choix. Au sein des facultés de droit, les postes, crédits et budgets ne sont pas répartis selon les champs disciplinaires. La concurrence entre les disciplines existe, bien entendu,

mais elle n'a pas de portée ni de fondement institutionnel. En Amérique du Nord, les luttes de pouvoir au sein de la faculté de droit opposent plus souvent des adversaires sur les plans méthodologique ou idéologique que des membres de groupes disciplinaires distincts. Outre le financement des centres de recherche par l'université à laquelle ils sont rattachés, on ne trouve pas de marqueurs identitaires ni de bénéfiques professionnels qui puissent justifier la constitution de communautés disciplinaires cohésives se définissant en opposition les unes par rapport aux autres.

Malgré cette différence fondamentale, il y a des points de convergence dans le découpage disciplinaire de part et d'autre de l'Atlantique. L'enseignement et la recherche en droit sont organisés partout autour d'un assemblage de matières ou de disciplines aux contours plus ou moins stabilisées.

S'agissant des conditions d'existence de cet assemblage, il faut tout de suite faire un premier constat : ni les cursus universitaires, ni les réseaux de chercheurs ne se constituent dans une harmonie parfaite avec l'architecture du droit étatique, si tant est qu'elle existe indépendamment du travail de la doctrine qui en fait la représentation. La structure du droit positif, d'une part, et celle du droit en tant que matière ou champ de recherche et d'enseignement, d'autre part, ne sont pas nécessairement identiques. Malgré tout, l'ordonnancement législatif joue très certainement un rôle déterminant dans la constitution des disciplines juridiques. Dans les facultés de droit au Canada, le découpage des matières reflète dans une bonne mesure la structure de quelques textes fondateurs. Au Québec, par exemple, les questions de droit privé sont généralement organisées à partir de la grille générale du *Code civil* : on y enseigne comme des matières distinctes le droit des personnes, le droit de la famille, le droit des biens, les successions, les obligations contractuelles et extra-contractuelles, ou la plupart des contrats nommés, reprenant avec des variations mineures le plan général du Code. De même, plusieurs sujets tirent leur définition de l'existence de textes constitutionnels en droit public. Les droits fondamentaux sont enseignés dans des cours qui s'articulent sur la *Charte canadienne des droits et libertés*. Tenant compte de la structure fédérale du Canada, la division d'autres matières est parfois fonction de la répartition de la compétence constitutionnelle entre les ordres fédéral et provincial, comme en matière de faillite et insolvabilité, de fiscalité, ou de droit maritime. Nul doute que la constitution des disciplines juridiques en France est également tributaire de l'ordonnancement législatif propre à son système juridique.

Les frontières conceptuelles qui en résultent sont néanmoins fluides. La division des matières change sur la durée. De nouveaux champs de connaissance sont constitués par l'émergence de nouveaux acteurs ou espaces

normatifs à l'échelle régionale, transnationale ou internationale³; ou par le regroupement transversal de notions éparses en fonction d'une nouvelle thématique portée par des « entrepreneurs » académiques qui en assurent le succès. On trouve un bon exemple de ce type de reconfiguration dans la constitution du droit de la consommation en champ distinct du droit privé, à partir des années soixante-dix, avec son corpus législatif hors du droit commun, et un ensemble doctrinal – des chercheurs, un enseignement et une production scientifique – qui en ont assuré l'émergence, l'autonomie et la reproduction⁴. Ces recompositions mettent du temps à se constituer, et le moment critique est généralement celui de la reconnaissance d'une cohésion suffisante de la matière pour qu'on passe du séminaire avancé sur « le droit et... » à un cours de base sur « le droit de... ». Une constellation de nouvelles matières ou disciplines est ainsi apparue au cours des trente dernières années, en fonction d'un objet redéfini – comme la justice privée et les modes alternatifs de résolution des conflits, ou les technologies de l'information – ou encore à partir d'une perspective théorique gagnant des adeptes – comme les théories féministes, critiques ou économiques du droit.

Il reste que l'architecture des disciplines juridiques est caractérisée par une stabilité qui ne se dément pas. Le programme d'enseignement des matières fondamentales, surtout celui de la première année du cursus à la faculté de droit, n'a que très peu changé depuis un siècle en Amérique du Nord⁵. Le constat est le même en France. Cette pérennité du découpage disciplinaire – ou du moins de son noyau dur – ne s'explique pas nécessairement par son ancrage dans les structures du droit positif, ni par une rationalité objective qui en imposerait la vérité. D'autres facteurs sont à l'œuvre, y compris des verrouillages de nature politique. Le contrôle du contenu des programmes par l'État (en France) ou par les ordres professionnels (en Amérique du Nord) y est pour beaucoup. Ainsi, aux USA, et dans une moindre mesure au Canada, le Barreau gère un système d'accréditation des programmes, imposant entre autres à chaque faculté de couvrir un certain nombre de matières obligatoires, en échange de quoi il donne accès à la profession aux diplômés de ces institutions. La liste de ces

3. Voir par exemple A. Guilmain, « Du droit cosmopolitique au droit global: pour une rupture épistémologique dans l'approche juridique » (2014) 26 *Revue québécoise de droit international* 219, ou B. Frydman, « Comment penser le droit global », dans J.-Y. Chérot et B. Frydman (éd.) *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 17.

4. Voir l'analyse de ce cheminement au Québec par B. Moore, « Sur l'avenir incertain du contrat de consommation » (2008) 49 *Cahiers de droit* 5. Dans un retournement tout aussi caractéristique des mouvements frontaliers entre disciplines, souligné à juste titre par Benoît Moore, le droit de la consommation est en voie de réinvestir le droit commun, transformant celui-ci en même temps qu'il s'efface comme discipline distincte et autonome.

5. Voir à cet égard R. W. Gordon, « The Geologic Strata of the Law School Curriculum » (2007) 60:2 *Vanderbilt Law Review* 339.

matières reflète une conception conservatrice du savoir des juristes qui se répercute sur la configuration des programmes universitaires⁶. D'autre part, le poids imposant du lucratif marché des manuels pédagogiques dicte lui aussi la stabilité du découpage des matières – c'est la queue qui remue le chien. Dans un marché plus petit, comme le Québec, c'est un facteur qui a moins d'importance que dans les juridictions comme la France, ou les États-Unis, où le contenu des cours et le contenu des manuels se déterminent réciproquement.

Plus fondamentalement, la relative stabilité des frontières disciplinaires juridiques est fondée sur la représentation que se font les universitaires de leur place au sein du système juridique. Plusieurs juristes universitaires se conçoivent comme des acteurs du droit. Ils ne regardent pas le droit de l'extérieur, comme un phénomène à analyser, mais participent à son élaboration, en critiquant tel jugement ou telle loi, offrant du même souffle des réponses alternatives aux questions juridiques. Ils offrent une représentation cohérente du maelstrom jurisprudentiel et législatif, organisant et structurant le droit en même temps qu'ils prétendent le décrire. Dans cette représentation de leur tâche, les juristes universitaires partagent le pouvoir de dire le droit avec le législateur, sinon avec les juges. Le prestige disciplinaire accordé au professeur de droit, de manière très marquée en France, lui vient d'abord de ce pouvoir qu'il prétend ne pas avoir. Et puisque le professeur de droit dispose dans les faits d'un véritable pouvoir normatif, les frontières de son activité scientifique doivent être celles de l'ordre juridique à l'intérieur duquel son pouvoir s'exerce⁷. Pour avoir de l'influence, il faut parler le même langage. Ainsi, les disciplines juridiques reconnues comme telles, celles qui constituent le noyau dur des programmes d'enseignement – les matières nobles, dira-t-on – explorent le droit en vigueur dans l'espace domestique en fonction des découpages qui lui sont propres. Les contours du droit privé, du droit public, du droit pénal, sont calqués sur les divisions du droit positif national. Ainsi, l'idée d'une formation juridique cosmopolite, où l'étudiant serait exposé au phénomène juridique dans sa pluralité locale, nationale et globale – ce à quoi aspire le programme de McGill, décrit ci-dessus, par exemple – apparaît comme quelque chose d'incongru dans la plupart des institutions.

Cette résistance à une définition de l'objet de connaissance des juristes qui ne soit pas calquée sur celles du droit positif en vigueur *hic et nunc* est généralement expliquée par le devoir des facultés de droit de former les

6. R. A. Macdonald et Th. B. McMorrow, « Decolonizing Law School » (2014) 51:4 *Alberta Law Review* 717.

7. Pour un regard critique sur cette correspondance entre la science du droit et l'ordre juridique étatique, voir J.-G. Belley, « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit » (2011) 26 *Revue Canadienne de droit et société* 257.

futurs professionnels du droit. Mais c'est aussi la seule posture compatible avec l'idée que le professeur de droit participe à une pratique normative, à l'intérieur même d'un système juridique lié à l'état nation. Plus le rattachement à ce système est fort, moins il est permis au professeur de droit d'adopter une perspective externe ou pluraliste par rapport à son objet d'étude⁸. Le professeur de droit – du moins celui qui participe à une discipline juridique au sens strict – ne peut pas sortir du droit, puisqu'il *dit* le droit. Cette primauté accordée à la perspective interne soutient une hiérarchie entre les disciplines juridiques, celles qui appartiennent au cœur du droit devant celles qui relèvent des champs « spécialisés », les disciplines nobles et fondatrices au-dessus des disciplines techniques ou éphémères. Le noyau dur disciplinaire se reconnaît aussi par son rattachement à une méthode « scientifique » exclusive aux juristes et inscrite dans la durée – comme l'activité doctrinale consignée dans les grands traités français, ou l'enseignement par cas Langdellien (la *case method*) dans les *law schools* américaines, par exemple. L'affirmation d'une rationalité inhérente de l'objet de connaissance, accessible par ces méthodes « éprouvées », assure la primauté accordée à quelques matières dans les cursus obligatoires, et le prestige historique des professeurs qui les enseignent⁹.

Sur ce plan, et vue de l'extérieur, l'université française apparaît uniformément beaucoup plus attachée au droit national, à son découpage traditionnel, et au prestige rattaché au statut de professeur que ne le sont les institutions nord-américaines. En effet, de moins en moins de professeurs au Canada et aux États-Unis se conçoivent comme des participants à une activité normative étatique, ou comme des acteurs du droit national. Par voie de conséquence, ces juristes universitaires nord-américains ne jouissent pas du même respect que leurs collègues européens au sein de l'espace politique et judiciaire où s'élabore de droit positif. Plusieurs chercheurs adoptent une perspective externe et critique dans leurs travaux scientifiques, souvent inspirée par une méthodologie caractéristique des sciences humaines et des sciences sociales. L'activité doctrinale a perdu de son vernis, les grands traités occupent une place moins importante, et le paysage disciplinaire est moins balisé, tant à l'intérieur du droit lui-même que dans ses rapports avec les autres champs de la connaissance.

Ce virage interdisciplinaire, phénomène des vingt-cinq dernières années, remet en question les frontières entre le droit et les disciplines connexes. Il faut donc envisager dans une deuxième partie non plus le découpage du

8. Sur le lien entre l'ordre étatique et les représentations de la discipline juridique, voir M. Gracia Villegas, « On Pierre Bourdieu's Legal Thought », (2004) 56-57 *Droit et Société* 57.

9. Je pense au statut privilégié des professeurs de droit civil dans les facultés françaises, ou à la prédominance du droit privé dans le programme obligatoire de première année, dans les facultés anglo-américaines. Voir R. Gordon, *supra* note 5.

droit en une pluralité de disciplines juridiques, mais plutôt la discipline juridique, au singulier, dans ce qui la distingue des autres champs de la connaissance.

II – LA DISCIPLINE JURIDIQUE : UNE AUTONOMIE MENACÉE

La revendication d'un territoire exclusif ou autonome dans le paysage disciplinaire est souvent motivée par des considérations liées au pouvoir institutionnel et aux ressources qu'il permet de mobiliser. On a vu que, si en France les disciplines juridiques se disputent le terrain et les postes, crédits et autres bénéfices intangibles qui l'accompagnent, les facultés de droit nord-américaines ne connaissent pas de véritables conflits tribaux opposant des entités doctrinales organisées autour d'une matière ou d'un champ de la connaissance juridique. Là où elles existent, les divisions intestines sont plutôt idéologiques et méthodologiques, et résultent, justement, de l'érosion de l'autonomie disciplinaire du droit par rapport aux sciences sociales et aux sciences humaines. Mais où que se trouve la ligne de front, c'est toujours de pouvoir, de prestige, et de positionnement au sein d'une hiérarchie des rôles intellectuels dont il est question.

Les facultés de droit ont joui et continuent de jouir d'un important prestige au sein de l'université nord-américaine. Au cours du dernier siècle, la discipline juridique s'est installée sur son terrain propre. Elle s'est défendue de la colonisation par les autres disciplines à partir des mêmes remparts qui servent à séparer les disciplines nobles au sein du droit des matières « à la mode » qui ne méritent pas le statut de discipline : l'interdépendance avec les ordres professionnels juridiques, l'affirmation du pouvoir normatif exercé par le professeur, et une « méthode scientifique » et des pratiques pédagogiques distinctes de celles des autres champs de la connaissance¹⁰. Dans la première partie de ce texte, j'ai brièvement exposé l'impact de ces facteurs sur l'architecture des disciplines juridiques, au pluriel. Il suffira donc ici d'évoquer leur signification dans la défense de l'autonomie de la discipline juridique, au singulier.

Historiquement, les membres de l'élite professionnelle juridique ont joué un rôle de premier plan dans la création de plusieurs grandes universités nord-américaines. Au Canada, les membres du barreau et de la magistrature

10. Voir entre autres J. M. Balkin, « Interdisciplinarity as Colonization » (1996) 53 *Washington and Lee Law Review* 949, et D. W. Vick, « Interdisciplinarity and the Discipline of Law » (2004) 31 *Journal of Law and Society* 163.

ont largement contribué à la gouvernance et au financement des universités au XIX^e et XX^e siècle, bien au-delà de leur participation significative aux activités pédagogiques des facultés de droit naissantes¹¹. Inversement, enseigner le droit à l'université, et faire de la faculté de droit – très graduellement – la porte d'entrée de la carrière d'avocat ou de notaire a contribué à donner une crédibilité accrue aux ordres professionnels émergents. Nul doute que cette interdépendance, cette synergie ont été bénéfiques tant pour le Barreau que pour les facultés. Elle a surtout favorisé l'autonomie, sinon l'isolement des facultés de droit au sein de la structure universitaire¹².

Au Canada, la faculté de droit de la première moitié du XX^e siècle était avant tout un lieu de formation des avocats et notaires¹³. Le corps professoral, d'abord largement composé de juges et d'avocats en exercice enseignant à temps partiel, s'est développé ensuite en fonction d'une mission à la fois professionnelle et doctrinale. Une nouvelle génération de professeurs de carrière est apparue à partir des années cinquante, partageant ses repères identitaires avec les professionnels du droit, plutôt qu'avec le reste de la communauté universitaire. Les professeurs de droit étaient, et demeurent aujourd'hui dans leur très grande majorité, des juristes formés à la faculté de droit dans un cadre essentiellement professionnel. À l'heure actuelle, leur auditoire est encore composé à peu près exclusivement d'étudiants en droit, dont l'immense majorité se destine à la pratique du droit. À l'échelle universitaire, il y a peu d'interactions – intellectuelle ou sociale – entre les étudiants en droit et ceux des autres départements et facultés. Les programmes conjoints (droit/MBA, droit/travail social, droit/administration publique) attirent relativement peu d'étudiants. Seuls quelques professeurs de droit ont une charge de cours en dehors des murs de leur propre faculté. Les facultés de droit sont encore autonomes, et il

11. À l'Université McGill, par exemple, c'est à Charles Dewey Day, membre de la magistrature et personnage influent de l'élite anglophone de Montréal, que revient l'honneur d'avoir servi le plus longtemps à titre de président du conseil des gouverneurs de McGill. Depuis la création de l'Université McGill, la moitié des présidents du conseil et des chanceliers de l'Université McGill ont été des avocats et d'anciens étudiants de la Faculté de droit, occupant ces postes pendant les deux tiers de l'histoire de cette institution. À l'heure actuelle, le président du conseil, Me Kip Cobbett, et le chancelier de l'Université, Me Michael Meighen, sont tous deux avocats.

12. Plus largement, il faut ajouter que l'organisation et l'institutionnalisation de l'enseignement universitaire au Québec n'a pas été un projet pensé de façon unitaire par l'État, mais est le fruit d'un processus social et politique qui a varié selon les institutions, où les autorités religieuses ont joué un rôle très important. Voir par exemple Yvan Lamonde, *La philosophie et son enseignement au Québec (1665-1920)* (Montréal, Les Éditions Hurtubise HMH, 1980), collection Cahiers du Québec – Histoire.

13. Les juges étant nommés parmi les avocats comptant au moins dix années au barreau, les facultés de droit nord-américaines n'ont pas d'écoles de la magistrature telle qu'elles existent en France.

n'y a pas au Canada ou aux USA de vaste mouvement pour les fusionner à d'autres unités disciplinaires – comme c'est le cas pour les institutions plus jeunes au Royaume-Uni¹⁴. Néanmoins, le profil interne des facultés est en transformation¹⁵.

D'abord, les relations entre la faculté et les ordres professionnels sont devenues ambivalentes. Le barreau contrôle toujours dans une certaine mesure le contenu des programmes par le biais du processus d'accréditation des facultés, mais plusieurs universitaires y opposent une résistance de plus en plus farouche, affirmant une autonomie fondée sur la liberté académique et la recherche de savoir qui demeure la mission de l'université¹⁶. Cette quête d'indépendance comporte une part de risque, qui n'échappe pas aux administrateurs : sur le plan institutionnel, la faculté de droit tire encore une part importante de son pouvoir d'attraction auprès des meilleurs étudiants du fait que le diplôme de droit donne accès à une profession dont le prestige social est réel. Difficile de se priver de cet apport essentiel au positionnement hiérarchique des facultés de droit au sein de l'université. La discipline juridique gère tant bien que mal cette dualité identitaire, entre la formation professionnelle et le savoir fondamental. Mais au sein de l'université, la nature professionnelle de la formation juridique, et les liens historiques étroits entre la faculté de droit et les ordres professionnels la rendent désormais suspecte aux yeux des chercheurs des autres disciplines, qui demeurent dubitatifs devant le manque de rigueur des paradigmes de recherche qui caractérisent la doctrine juridique dans sa forme traditionnelle.

D'autre part, de manière parallèle et à l'échelle individuelle, le professeur de droit renonce aussi à sa situation privilégiée dans l'ordre juridique national. C'est un phénomène assez récent. Historiquement, les professeurs de droit partageaient une évidence disciplinaire, fondée sur une représentation du droit en tant que pratique normative, irréductible aux autres disciplines, où le professeur de droit contribuait à la systématisation du droit positif, proposait des solutions aux problèmes contemporains du droit, et participait à l'élaboration et à la réforme continue de l'ordre

14. Une exception, au Canada : à l'Université du Québec à Montréal, les départements de sciences politiques et de droit sont jumelés au sein d'une seule faculté depuis leur fondation en 1968. C'est le fruit d'un projet institutionnel et politique qui visait justement à remettre en question l'autonomie disciplinaire du droit et son rattachement à l'élite professionnelle.

15. Voir M.M. Siems et D. Mac Sithigh, « Mapping Legal Research » (2012) 71 :33 *Cambridge Law Journal* 651, qui présentent une comparaison des transformations intellectuelles et institutionnelles des facultés de droit au Royaume-Uni, aux États-Unis et en Allemagne, à la lumière de leurs activités de recherche respectives.

16. Voir par exemple H. W. Arthurs, « The Future of Law School: Three Visions and a Prediction ».

(2014) 51:4 *Alberta Law Review* 705; et R.A. Macdonald et Th. McMorrow, *supra* note 6.

juridique national. Aujourd'hui, dans la foulée du *Legal Realism* américain, lui-même lié aux mouvements de libre recherche scientifique en Europe, la plupart des universitaires au Canada et aux USA ne croient plus que leur méthode scientifique puisse se réduire à la présentation systématique du droit en tant qu'objet immédiatement accessible à la raison. Ce qui servait de rempart préservant l'autonomie disciplinaire du droit est aujourd'hui la manifestation de sa faiblesse méthodologique¹⁷.

Plus largement, l'activité du professeur de droit, du moins en tant que chercheur, est en profonde mutation depuis au moins vingt ans. Les structures de financement de la recherche, par exemple, déplacent sensiblement les mesures de prestige au sein de l'université, et à l'intérieur des facultés de droit elles-mêmes. En Amérique du Nord, il existe peu de financement pour l'activité doctrinale au sens strict, et les juristes qui font valoir une approche interdisciplinaire ont plus de succès dans les concours nationaux pour l'attribution des fonds publics consacrés à la recherche. Dans bien des cas, les demandes de subventions sont évaluées par des comités mixtes, composés à la fois de juristes et de représentants de disciplines connexes, qui évaluent la qualité des propositions en fonction de leurs propres paradigmes. L'obtention d'un volume important de subventions est une condition de succès et d'avancement dans la carrière, ce qui a pour effet d'inciter les chercheurs les plus prometteurs – de même que les plus ambitieux – à développer une grille d'analyse fondée sur la sociologie, l'économie, l'anthropologie, la science politique, la philosophie, l'herméneutique, ou l'histoire, sans toujours disposer des outils pour le faire à bon escient. Outre le financement, une portion importante des marques de reconnaissance par les pairs – chaires de recherche, fellowships, invitation à joindre les rangs des sociétés scientifiques prestigieuses, publication dans les grandes revues – va à ceux qui se réclament de l'interdisciplinarité¹⁸.

Bref, un nouveau modèle remplace peu à peu celui de l'auteur de doctrine superbement isolé des sciences sociales et sciences humaines. Les caractéristiques identitaires de la communauté des juristes universitaires sont encore plutôt uniformes, mais s'éloignent maintenant de celles de l'entité doctrinale décrite par Philippe Jestaz et Christophe Jamin¹⁹. Aux USA, même en l'absence d'un concours d'agrégation national, le corps professoral est

17. Voir par exemple le texte célèbre de Richard A. Posner, apôtre de l'analyse économique du droit, « The Decline of Law as an Autonomous Discipline 1962-1987 » (1987) 100 *Harvard Law Review* 761, et sa suite: R. A. Posner, « Conventionalism: The Key to Law as an Autonomous Discipline » (1988) 38 *University of Toronto Law Journal* 333.

18. D. Vick, *supra* note 11, à la p. 171, parle des motivations moins nobles du virage interdisciplinaire des juristes comme d'une « opportunity for product differentiation in an increasingly competitive academic environment ».

19. Ph. Jestaz et Ch. Jamin, « L'entité doctrinale française », *D.* 1997, chron. 167.

relativement homogène, et le parcours professionnel ne varie pas beaucoup : premiers diplômés universitaires dans une autre discipline, formation de base à la faculté de droit avec ceux et celles qui aspirent à la pratique du droit, suivie d'un stage prestigieux auprès d'un juge ou d'un cabinet d'avocats qui précède l'entrée à la faculté de droit comme jeune professeur. La majorité des professeurs de droit américains sont issus d'une poignée de grandes institutions qui dictent la teneur du discours scientifique, et sont titulaires d'un diplôme de deuxième ou troisième cycle dans une autre discipline que le droit. Au Canada, le profil émergent est celui d'une formation juridique professionnelle comme deuxième diplôme universitaire, suivie d'un doctorat en droit, le plus souvent consacré à l'examen approfondi d'un sujet étroit à partir d'une grille théorique issue d'une autre discipline. Le cheminement professionnel du professeur de droit et le cadre des programmes d'études de deuxième et troisième cycles sont de plus en plus proches de celui des autres disciplines, permettant à la faculté de droit de s'inscrire, pour le meilleur et pour le pire, dans la tradition scientifique qui sert de point de référence à l'université.

Cela dit, c'est surtout dans son activité de recherche que le professeur de droit s'ouvre aux autres disciplines²⁰. S'il est vrai que le juriste hésite maintenant entre deux identités – celle de l'avocat qui pratique son art à l'université, et celle de l'universitaire qui s'intéresse à la chose juridique – la médiation de cette ambivalence s'effectue souvent par une séparation plutôt étanche entre son activité de chercheur, d'une part, et ce qu'il enseigne au quotidien, d'autre part. Plusieurs ne trouvent pas de passerelle entre leur réflexion critique sur le phénomène juridique, qui ne reconnaît plus de frontières incontestables à l'objet de connaissance, et la formation qu'ils continuent d'offrir aux étudiants au premier cycle, qui ne se déplace qu'à l'intérieur d'un terrain fortement balisé. Ceux qui ont renoncé à leur prétendu pouvoir de dire le droit jugent encore que l'obligation de former les futurs avocats, notaires et juges circonscrit fortement le contenu de leur enseignement.

En d'autres termes, la salle de cours est le dernier retranchement d'une discipline juridique autonome. Bien des chercheurs parmi les moins timorés s'y enferment, contre toute logique, dans une représentation formelle, positiviste, domestique et réductrice de la normativité juridique, à laquelle ils ne croient plus vraiment. Il y a là un mystérieux refus d'aller au bout de

20. M.M. Siems et D. Mac Sithigh, *supra* note 15, p. 655, distinguent « the law-as-humanities scholar », « the law-as-social-science scholar » et « the law-as-practical-legal-research scholar ». Malgré la diversité des travaux interdisciplinaires en droit, Vick, *supra* note 11, suggère que le succès de la recherche interdisciplinaire théorique sur le droit, au détriment de la recherche empirique, est le signe de l'emprise continue de la tradition doctrinale sur la pensée des juristes.

ses convictions, qui ne s'explique que par la force de l'habitude et le poids des traditions. En ce sens, c'est l'émergence de nouveaux programmes de formation professionnelle pluralistes, cosmopolites et interdisciplinaires, qui comporte le plus grand potentiel de transformation de la discipline, et des disciplines juridiques. Cela explique, dans une bonne mesure, pourquoi ces programmes sont parfois perçus comme une menace à l'intelligibilité du droit. Mais l'intelligibilité du droit est toujours à construire – elle ne réside pas de manière objective dans la structure intellectuelle et institutionnelle des facultés de droit, où qu'elles se trouvent.

Le refus des découpages conduit nécessairement à de nouveaux découpages. On ne peut pas faire l'économie d'une structure, de théories, de concepts et de méthodes qui permettent de penser le droit – la production du savoir est à ce prix²¹. Mais une stratégie de remise en question permanente des frontières disciplinaires du droit n'ouvre-t-elle pas la porte à un savoir juridique plus riche, plus nuancé, et plus proche de sa finalité même ?

21. J.-M. Balkin, *supra* note 11. Sur la résilience de l'organisation de la connaissance par disciplines, voir Jean-Louis Fabiani, « Vers la fin du modèle disciplinaire ? », (2013) 67 *Hermès* 90.

L'enseignement du droit romain dans les Facultés de droit françaises à l'époque contemporaine ou la chronique d'une mort annoncée

Nader HAKIM

Professeur à l'Université de Bordeaux , CAHD

Jean-Philippe Lévy commence par ces mots son *Histoire du droit civil*: « Pendant des siècles, dans toute l'Europe occidentale et centrale, le droit romain, considéré comme le droit commun ou la raison écrite, a été la base essentielle des études de droit. Longtemps après les codifications, jusqu'au milieu du xx^e siècle, tous les étudiants en droit ont dû l'apprendre. On a pu y voir, comme le disait le Président Boulouis, "la méthode Hébert" de la formation des juristes »¹. Si l'on ajoute qu'aujourd'hui encore l'occur-

1. J.-Ph. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, p. xi. Il ajoute aussitôt: « La réforme entrée en vigueur dans notre pays en 1955 a aboli – à tort ou à raison – cette obligation. Elle a, d'autre part, réalisé l'amalgame du droit romain avec l'histoire du droit privé français, jusque-là réservé aux cours préparatoires au doctorat. Les incessantes réformes édictées par la suite n'ont pas altéré ce trait fondamental ». Cf. également J. Gaudemet, « Études juridiques et culture historique », *Archives de philosophie du droit*, 1959, *Droit et histoire*, p. 11-21 ainsi que M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, Dalloz, 10^e éd., 2011, p. vii-x. Jean Gaudemet et Emmanuelle Chevreau notent quant à eux: « Enfin, lorsqu'il s'agit du droit privé *romain*, le seul envisagé ici, il peut être étudié comme un excellent moyen de façonner l'esprit juridique ou comme une *introduction au droit civil moderne* [comme le prévoyait la loi du 22 ventôse an XII]. Une telle conception, largement inspirée par l'impérialisme, qu'entendait exercer le tout jeune Code civil de 1804, n'a plus de place aujourd'hui. Les droits privés modernes (civil, commercial et autres) sont devenus "majeurs". Ils ont leur méthode, leurs sources et, déjà leur histoire. L'appui du droit romain ne leur est plus nécessaire. Mais ils gagnent toujours à ne pas l'ignorer ». (*Droit privé romain*, n^{elle} éd., Montchrestien, 2009, p. 1-2). Sur cette question, cf. F. Cherfouh, « Les usages de l'histoire et du droit romain dans les ouvrages d'introduction au droit », dans *Histoire des manuels de droit. Une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire*, sous la dir. d'A.-S. Chambost, LGDJ, Contextes culture du droit, 2014, p. 95-110 et, pour des informations ponctuelles et descriptives, P.-M. Ducret, *De iuris romani parisiensis*

rence la plus fréquente du *Dictionnaire de la culture juridique* est « Droit romain »², il semble dès lors que ce droit ait été, au moins jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, le parangon de l'enseignement du droit.

Il demeure toutefois possible de s'interroger sur la place et la fonction de cet enseignement du droit romain, ou, autrement dit, sur les enjeux théoriques et pratiques d'une telle discipline au sein des facultés de droit. Ne faut-il pas en effet se souvenir des propos de Jhering datant de 1857 : « Je me sens épouvanté, je l'avoue, lorsque je songe au scandaleux usage qui, depuis la réception du droit romain, a été fait de ce corps de doctrine, lorsque je vois les jugements qui se couvrent de son autorité, tout en révoltant la raison et le sentiment. Alors que l'étude du droit romain aurait dû nous apporter la liberté intellectuelle, nous préparer à justifier l'impulsion de nos consciences, qui se raidissent contre l'application servile de ces règles spécifiquement romaines, et nous apprendre à proclamer leur inapplicabilité aux temps modernes, on ne tend que trop souvent à nous faire, de ce même droit, l'instrument du pire esclavage intellectuel. C'est cet emploi du droit romain, ce fanatisme aveugle de la lettre, prétendant maintenir la vraie doctrine – tels les tribunaux de l'inquisition – par le fer et le feu, – c'est cette tyrannie qui, de tout temps a soufflé la révolte contre l'empire de ce droit »³. Cette critique, portant en réalité sur le travail des romanistes et leurs enseignements et non sur le droit romain lui-même, conduit l'auteur de *L'esprit du droit romain* à adopter comme devise éditoriale le slogan devenu célèbre et maintes fois repris par la suite : « Par le droit romain, mais outre et par-delà le droit romain »⁴. Il invite alors à une mutation méthodologique devant permettre aux juristes de mieux plonger dans « cette citerne de la sagesse civile »⁵.

Si la France ne peut certainement pas être comparée à l'Allemagne en la matière, spécialement si l'on s'intéresse au XIX^e siècle⁶, la belle permanence immuable d'un droit romain enseigné avec autant d'influence et

magistris. Les professeurs de l'Université de Paris au XIX^e siècle et le droit romain, thèse droit, Université de La Rochelle, dactyl., 2012.

2. Sous la direction de D. Alland et S. Rials, Lamy-PUF, 2003.

3. R. von Jhering, « Notre programme », dans *Études complémentaires de l'esprit du droit romain*, tome IV, *Mélanges*, traduit par O. de Meulenaere, A. Marescq, 1902, p. 33-34.

4. *Ibid.*, p. 44-45.

5. *Ibid.*, p. 74.

6. Sur cette question, cf. spécialement O. Motte, *Sur la genèse allemande d'un nouveau paradigme de l'histoire du droit*, Lang, 1986 ; *Savigny et la France*, Lang, 1983 et bien sûr ses *Lettres inédites de juristes français du XIX^e siècle conservées dans les archives et bibliothèques allemandes*, 2 tomes, Röhrscheid, 1989 ; M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, préface J.-L. Mestre, Dalloz, Rivages du droit, 2014 ; O. Jouanjan, *Une histoire de la pensée juridique en Allemagne (1800-1918)*, PUF, 2005 ; J.-L. Halpérin, « L'histoire du droit constituée en discipline : consécration ou repli identitaire ? », *Revue d'Histoire des Sciences humaines*, n° 4, *La science juridique entre politique et sciences humaines (XIX^e-XX^e siècles)*, 2001, p. 9-32. À compléter pour le XX^e siècle par J. Chapoutot,

de bonheur du Moyen Âge jusqu'aux années 1950 peut sans doute être remise en question.

Le droit romain est certes bel et bien enseigné sans relâche et à titre obligatoire jusqu'en 1954. Il n'en demeure pas moins que cette discipline académique a changé de statut lors de la Révolution et de son dénouement juridique. Ce dernier constitue en effet une étape déterminante dans la mesure où la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804) dispose dans son article 7 : « À compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code ». Il faut certes préciser que le rôle du droit romain ne réside bien évidemment pas uniquement dans sa « force de loi générale », mais l'époque contemporaine marque une rupture dans le rapport des juristes au droit romain⁷, sans pour autant que la promulgation du Code civil n'emporte la suppression de l'enseignement de ce droit qui reste au cœur des programmes des facultés napoléoniennes et postérieures.

Dénué de toute valeur positive, le droit romain voit désormais son utilité inéluctablement et intimement liée à l'œuvre codificatrice. Ceux-là mêmes qui ont défendu son abrogation justifient d'ailleurs la pérennité de sa transmission aux futurs juristes non seulement parce qu'il est l'une des sources du Code civil, mais également, et peut-être surtout, parce qu'il incarne une raison écrite devant guider tout jurisconsulte. À l'instar de Portalis et de bien d'autres à sa suite, Bigot de Préameneu peut ainsi déclarer au Conseil d'État qu'une fois abrogé, le droit romain « n'en sera que plus utile, en ce que, dans l'usage, on pourra n'employer que les maximes d'équité qu'il renferme, sans être forcé de se servir des subtilités et des erreurs qui s'y mêlent quelquefois »⁸.

Quel peut être alors le statut d'une discipline non positive mais obligatoire, d'un droit à la fois mort et vivant, et donc d'un enseignement tout à la fois central et marginal ? Suivre la chronique d'une telle mort annoncée permet de saisir ne serait-ce que partiellement le sort d'une référence commune qui a très longtemps été la justification de ce qu'est le droit et, par voie de conséquence, le juriste. Car si le droit romain fait l'objet d'un

« La réception du droit romain sous le III^e Reich », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 2, 2010, p. 231-246.

7. Sur cette rupture qui n'est que le prolongement de ruptures bien antérieures, cf. J.-L. Halpérin, « Droit romain et droit contemporain », en ligne : <https://sites.google.com/site/sanslelatin/colloques-et-publications/textes-des-conferences/j-1-halperin-droit-romain-et-droit-contemporain>

8. Cf. J. G. Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle, Prolégomènes*, chap. VI, Paris, 1827, tome 1^{er}, p. 64.

consensus variable au sein de la communauté des juristes universitaires, il n'en demeure pas moins qu'au XIX^e siècle, il a constitué une référence partagée, un savoir commun qui a structuré une part substantielle des disciplines juridiques. Sa résistance aux remaniements et autres découpages des savoirs juridiques, aux réformes et aux doutes relatifs à son utilité confirme son importance à la fois dans la « reproduction d'un corps de savoir à travers la fidélité à des exercices » et dans l'« organisation particulière au sein de laquelle se développent les savoirs modernes comme ensemble de pratiques codifiées et reconnues valides par un collectif auto-limité »⁹.

Pièce importante de la formation du juriste, le droit romain est *ab initio* intimement lié au droit civil dont il devient un complément indispensable. Le prix à payer est alors une dénaturation qui n'a certes rien de nouveau¹⁰, mais dont il s'agit dorénavant de tirer les conséquences officielles au sein des facultés de droit. Or, dans un premier temps, il semble que la même scène classique se rejoue : quelle que soit sa valeur positive, le droit romain doit venir conforter le droit positif. Ainsi, entre 1804 et 1880, malgré les critiques, le droit romain est enseigné dans le cadre d'une dogmatique faisant, le plus souvent, peu de cas tant de sa nature originelle que de son évolution tant au sein des treize siècles de son histoire propre qu'au cours de la période allant de Justinien à la Révolution française.

Dans un second temps toutefois, à partir des années 1880, s'ouvre une période de doutes, de crises. Le temps n'est plus à la continuité par-delà la Révolution mais celui d'un renouveau. Le droit romain devient l'objet d'un nombre considérable d'attentions aussi bien de la part des romanistes ou des historiens que des civilistes. L'heure est alors à fois de rénover la romanistique par l'histoire, mais également de sauvegarder un modèle sur lequel s'adosse une part substantielle du magistère des juristes. La question est de justifier la fonction des experts d'une « technologie sociale » autonome et complexe, d'une science juridique à nulle autre pareille et insubmersible.

9. J.-L. Fabiani, « À quoi sert la notion de discipline ? », dans *Qu'est-ce qu'une discipline ?*, J. Boutier, J.-C. Passeron et J. Revel (éd.), éd. EHESS, 2006, p. 12-13.

10. Jacques Krynen note par exemple : « Jamais le droit romain n'a été reçu en tant que tel. Toujours, commentaire après commentaire, il a été décrypté et adapté pour fournir des solutions aux besoins de l'époque » (*L'État de justice – France, XIII^e-XX^e siècle – I – L'idéologie de la magistrature ancienne*, Gallimard, NRF, 2010, p. 41). Du même auteur, cf. en outre « La réception du droit romain en France. Encore la Bulle Super Speculam », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, n° 28, 2008, p. 227-262 et, du même, « L'encombrante figure du légiste. Remarques sur la fonction du droit romain dans la genèse de l'État », *Le débat. Histoire, politique, société*, n° 74, 1993, p. 45-53. Cf. également J.-L. Thireau, « La doctrine civiliste avant le Code civil », dans *La doctrine juridique*, LGDJ, 1993, p. 13-51 ; « Le jurisconsulte », *Droits*, n° 20, *Doctrine et recherche en droit*, 1994, p. 21-30 ; P. Legendre, « Ce que nous appelons le droit », *Le débat. Histoire, politique, société*, n° 74, 1993, p. 107-122 et la magistrale démonstration d'A. Schiavone, *Ius. L'invention du droit en Occident*, Belin, 2008, not. p. 25.

Alors que les progrès de l'histoire du droit romain modifient son enseignement, il faut insister sur son utilité dogmatique et tenter de limiter les conséquences inéluctables des transformations en cours.

Loin de vivre un lent et paisible déclin, le droit romain connaît ainsi des phases de réaffirmation de son rôle au sein des facultés de droit. D'abord utile à la légitimation du droit codifié, il devient nécessaire à la légitimité des juristes ou du moins des civilistes. Pur instrument de la dogmatique, il acquiert une envergure scientifique grâce à l'histoire. Fruit de relatives mais fortes certitudes malgré quelques remises en cause précoces, il fait peu à peu l'objet de doutes de plus en plus persistants qui vont finir par l'emporter. De crises apparemment superficielles en crises fondamentales, l'enseignement de ce droit révèle ainsi une part majeure de l'histoire des facultés de droit, des disciplines qui structurent l'enseignement et la recherche et, incidemment, de celle d'un système juridique en pleine mutation.

I – LES CERTITUDES FRAGILES D'UN ENSEIGNEMENT DOGMATIQUE : L'EMPIRE FORMEL DU DROIT ROMAIN

L'article 2 de la loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804) instaurant les écoles de droit impose comme on le sait un enseignement entièrement orienté vers le Code civil. Le programme de ces écoles est bien connu, et « le droit romain dans ses rapports avec le droit français » figure immédiatement après « le droit civil français dans l'ordre établi par le Code civil » et « les éléments du droit naturel et du droit des gens »¹¹. Les écoles de droit transformées en facultés de droit par le décret du 17 mars 1808 ont dès lors comme mission de former les juristes par la transmission d'un savoir juridique articulé autour de l'expression la plus marquante du pouvoir normatif qu'est la codification.

La nouveauté n'est pas alors que l'on use de cette ressource inépuisable des juristes en Occident qu'est le droit romain, mais que l'on assigne aux facultés une mission explicite en la matière : « Dans quelques leçons préliminaires, le professeur de droit romain donnera un précis historique de la jurisprudence romaine, dans lequel il développera les parties du système de cette législation qui, quoiqu'étrangère à nos mœurs, ont cependant besoin d'être connues pour mieux entendre les lois et les matières que nous avons

11. Cf. D. de Folleville, *Recueil des règlements des Facultés de droit renfermant les décrets et règlements jusqu'au 8 janvier 1881*, Alphonse Picard, 1882, p. 56. L'article 10 du décret du 4^e jour complémentaire de l'an XII, concernant l'organisation des écoles de droit, dispose : « Un professeur enseignera, tous les ans, les *Institutes* de Justinien et le droit romain. »

adoptées ». L'article suivant de l'Instruction du 19 mars 1807 est encore plus clair: « Après ce préliminaire, le professeur, aux termes de la loi, prendra pour texte de ses leçons les *Institutes* de Justinien; mais il en retranchera tout ce qui n'est pas applicable à notre législation, et remplacera ces matières par le rapprochement des plus belles lois répandues dans les autres livres du droit romain »¹².

On retranche, on remplace, on choisit. Le « Beau », l'« Utile » et le « Vrai » doivent désormais prendre le pas sur toute autre considération. Apparâit ainsi clairement le fait pourtant souvent négligé: il n'est nullement question d'un enseignement de nature historique ou comparatiste. Le droit romain n'est pas plus enseigné par lui-même que pour lui-même, il ne s'agit que d'exposer un droit romain revisité, expurgé, découpé, manipulé, et donc très largement transformé. Il devient, ou plus précisément demeure mais dans une perspective relativement nouvelle, une formidable boîte à outils dans laquelle on apprend aux juristes à puiser pour justifier et conforter le droit positif dorénavant localisé et hypostasié au sein des codes. Mieux, on inculque aux étudiants des formules à apprendre par cœur dont la véracité tient à la fois à l'autorité du maître¹³, au prestige conféré par une langue latine au demeurant mal maîtrisée¹⁴ et à une ancienneté aussi impressionnante que traditionnelle. Qu'il s'agisse des besoins de la pratique ou de la science juridique, le droit romain est un instrument dont on use dans une perspective éminemment contemporaine, malgré ou peut-être grâce à l'absence de positivité des textes employés. Le choix de centrer les cours de droit romain sur les *Institutes* est ici très révélateur. Il n'est d'ailleurs question que de former les étudiants à la manipulation de règles conçues comme autant de vérités incarnées, de formules anhistoriques et de principes immuables venant se combiner aux dispositions du droit positif. Le droit romain tel qu'il est enseigné n'est donc pas le droit de Rome, mais

12. Article 42 de l'Instruction du 19 mars 1807 (D. de Folleville, *op. cit.*, p. 76). Les autres matières enseignées confortent cette orientation civiliste. Outre « le droit romain dans ses rapports avec le droit français », ce sont « les éléments du droit naturel et du droit des gens », « le droit public français et le droit civil dans ses rapports avec l'administration publique » et enfin « la législation criminelle et la procédure civile et criminelle ».

13. Rappelons que l'article 70 du décret du 4^e jour complémentaire an XII prévoit un enseignement magistral dans lequel l'apprentissage et la répétition de la parole du maître est essentielle: « Pendant une partie de leurs leçons, les professeurs dicteront des cahiers que les étudiants seront tenus d'écrire eux-mêmes; Les professeurs expliqueront et développeront verbalement, dans chaque leçon, le texte qu'ils auront dicté ».

14. Le préambule de l'ordonnance des 25 juin-9 juillet 1840 constate par exemple le déclin du latin et la désuétude des examens en latin, et en tire les conséquences: « À l'avenir, dans toutes les facultés de droit, les examens auront lieu en français, et les étudiants soutiendront également en français les thèses latines qu'ils auront rédigées sur le droit romain » (article 1^{er}). Quant au concours de suppléances, les aspirants font encore une composition de droit romain en latin ainsi qu'une leçon publique de droit romain (règlement du 19 juin 1841 et règlement du 22 août 1843).

celui d'une tradition occidentale composant une réserve d'images fortes, et donc d'identités destinées à forger la culture du juriste¹⁵, à conditionner sa méthode et à valider sa croyance dans la véracité du Droit dont il peut devenir le porte-parole.

L'enseignement du droit romain est ainsi conçu dans une perspective presque exclusivement dogmatique. En témoigne notamment la mode qui suit immédiatement la codification. Ce sont alors les ouvrages de la romanistique moderne finissante, notamment celui d'Heneccius, qui connaissent le plus de succès. Si cela ne saurait surprendre compte tenu des forts liens unissant droit romain et droit naturel moderne¹⁶, liens qui innervent le Code civil¹⁷, il s'agit tout de même d'un élément décisif transformant en vertu d'un rationalisme triomphant le droit romain en argument d'autorité limitant le champ discursif ou permettant de clore toute discussion.

Les ouvrages les plus usuels du temps comme celui de Lagrange, docteur en droit, illustrent cette caractéristique. Son *Manuel de droit romain ou explication des Institutes de Justinien par demandes et réponses*¹⁸ donne certes une « Introduction historique à l'étude du droit romain » assez importante (70 pages) et assez bien documentée puisqu'il cite et utilise notamment Gibbon, Hugo et Mackeldey, mais le cœur de l'ouvrage expose en réalité un droit romain positif et anhistorique. Par un jeu de questions et de réponses, Lagrange ne distingue que très peu l'évolution des opinions et des règles, et privilégie un exposé tout à fait comparable à celui d'un droit applicable. Nulle part ou presque l'épaisseur historique n'apparaît et nulle mention n'est faite des transformations radicales opérées par la romanistique moderne. On passe ainsi directement des *Institutes* de Justinien au Code civil, sans que l'auteur ne restitue ou ne tente de restituer une quelconque relativité historique et *a fortiori* une quelconque distance analytique¹⁹. Au deme-

15. Sur cette question, cf. désormais F. Audren et J.-L. Halpérin, *La culture juridique française. Entre mythes et réalités (XIX^e-XX^e siècles)*, Paris, éd. du CNRS, 2013.

16. Cf. not. l'ouvrage de Perreau, Inspecteur général des écoles de droit, *Principes généraux du droit civil privé*, Paris, 1805 et A.-M. Demante, *Cours analytique de Code civil continué depuis l'article 980 par E. Colmet de Santerre*, E. Plon et Cie, 2^e éd., 1881, tome 1, n° 37, p. 18.

17. Sur ce lien fondamental, cf. notamment J.-L. Thireau, « Fondements romains et fondements coutumiers du Code civil », *Droits. Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 42, *esprit du Code civil/2*, 2005, sp. p. 3-11.

18. Paris, J.-B. Mulot, 7^e éd., 1857.

19. Cf. également par exemple Léopold Thézard (doyen de la faculté de droit de Poitiers), *Répétitions écrites sur le droit romain*, 4^e éd., Ernest Thorin, 1883. L'ouvrage ne compte que 14 pages d'introduction historique et propose un simple commentaire des *Institutes* de Justinien en suivant pas à pas l'ouvrage romain. Notons d'ailleurs que cela ne change pas fondamentalement dans certains ouvrages postérieurs comme ceux du prolifique répétiteur qu'est René Foignet. Cf. not. son *Manuel élémentaire de droit romain à l'usage des étudiants en droit de première et de deuxième années*, 6^e éd., Arthur Rousseau, 1920.

rant, les praticiens semblent apprécier cet ouvrage comme ses semblables puisque, sauf exceptions notables²⁰, ils recourent particulièrement aux citations, adages et autres locutions dont ils trouvent l'utilité pour émailler leurs plaidoiries et leurs argumentaires²¹. En l'occurrence, les éditions successives des ouvrages didactiques de droit romain les plus sommaires montrent leur succès auprès des étudiants à une époque où les répétitions écrites, quelle que soit la discipline, sont bien davantage lues et utilisées que les grands manuels ou les traités les plus aboutis.

Cette domination de la perspective dogmatique ne doit cependant pas dissimuler les tensions et les réformes qui marquent cet enseignement. Dès 1810, la création de chaires de droit commercial et de droit français approfondi restreint la place du droit romain au sein de la faculté de droit de Paris²². Surtout, la réforme de 1819 vient momentanément bouleverser l'économie de cet enseignement²³. À Paris toujours, est institué un professeur « d'histoire philosophique du droit romain et du droit français », enseignant en quatrième année, alors que le cours de première année de licence devient en 1820 un enseignement d'« histoire du droit romain et du droit français », celui de deuxième année demeurant quant à lui un cours d'« *Institutes* de droit romain »²⁴. L'ouverture vers l'histoire ne dure cependant que peu de temps puisque l'ordonnance des 6 septembre – 1^{er} décembre 1822 restaure le

20. Cf. not. le propos de Jean-Baptiste Sirey (S. 19.II.321-322) et d'un certain Millelot (« Réflexions sur l'enseignement du droit », *Thémis ou Bibliothèque du jurisconsulte*, tome 3, p. 75-92).

21. « Il en est des antiquités du droit romain, comme du droit romain lui-même; on n'est pas fâché d'en savoir quelque chose et l'on est bien aise de montrer ce qu'on en sait. » (« Observations sur l'enseignement du droit romain », *Thémis ou Bibliothèque du jurisconsulte*, tome VIII, 1^{re} partie, p. 21).

22. Sur la faculté parisienne, cf. J.-L. Halpérin (dir.), *Paris, capitale juridique (1804-1950). Étude de socio-histoire de la faculté de droit de Paris*, éd. rue d'Ulm, 2011.

23. Cf. C. Lecomte, « La Faculté de droit de Paris dans la tourmente politique, 1830-1848 », *Revue d'histoire des facultés de droit*, n^{os} 10-11, 1990, p. 59-98 ainsi que les travaux de M. Ventre-Denis, « Sciences sociales et université au XIX^e siècle. Une tentative d'enseignement de l'économie politique à Paris sous la Restauration », *Revue historique*, n^o 520, 1976, p. 322-338; « La première chaire d'histoire du droit à la Faculté de droit de Paris (1819-1822) », *Revue historique du droit français et étranger*, 1975, p. 596-622; *Les sciences sociales et la Faculté de droit de Paris sous la Restauration. Un texte précurseur: l'ordonnance du 24 mars 1819*, Paris, 1985; « La Faculté de droit de Paris et la vie sous la Restauration. L'affaire Bavoux », *Revue d'histoire des facultés de droit*, n^o 5, 1987, p. 33-64. Cf. également P. Legendre, *Trésor historique de l'État en France. L'administration classique*, Fayard, 1992, p. 30 et 38; J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, PUF, Quadrige, 2001, n^o 37 et s., p. 70 et s.

24. Cf. l'article 3 de l'ordonnance des 24 mars-14 avril 1819 et l'ordonnance des 4 au 17 octobre 1820. L'année universitaire parisienne 1820-1821 est ainsi marquée par le nouvel enseignement de l'histoire du droit romain et du droit français, réalisé par Poncelet qui s'inspire de Hugo. En 1821-1822, Poncelet poursuit son cours et Blondeau assure le cours de droit romain de deuxième année.

système antérieur et affirme dans son article 4 : « Les *Institutes* de Justinien et les Pandectes seront enseignées principalement dans leurs rapports avec le droit français »²⁵. La valse-hésitation ne s'arrête toutefois pas là puisqu'à nouveau l'ordonnance des 16 mars-14 avril 1829 vient rétablir à Paris « une chaire d'histoire du droit romain et du droit français ».

Il n'en demeure pas moins que le schéma général, spécialement en province²⁶, reste inchangé depuis 1804. Seule la réforme en 1853 apporte un aménagement, certes timide, mais notable. L'arrêt du 4 février 1853 concernant les institutions de chaires de droit romain pris par Fortoul vient en effet quelque peu distinguer l'enseignement du droit romain et celui du droit positif. L'article 2 de l'arrêt précité dispose en effet : « Le cours de droit romain a pour objet l'explication des *Institutes* de Justinien, développées et complétées par des textes choisis dans le Digeste, le Code et les Nouvelles. Les principaux textes sont indiqués par le professeur dans les programmes annuels soumis à l'approbation du ministre de l'Instruction publique. L'histoire des institutions et des principes du droit public et privé, auxquels se rapportent les textes, précédera l'explication de chaque titre ». La nouveauté n'est pas alors l'existence d'une introduction historique, chose acquise même s'il ne s'agit que d'un passage obligé ne modifiant pas la nature dogmatique des cours de droit romain, mais réside dans la prise de distance avec le Code civil. Dorénavant enseigné sur deux années, le droit romain perd une partie de son lien avec le Code civil et acquiert une relative autonomie. Certains y voient alors la possibilité d'un changement radical, le cours de droit romain devenant le lit d'un possible enseignement de la philosophie du droit²⁷.

Il semble toutefois difficile de voir après cette réforme une réelle transformation de l'enseignement du droit romain²⁸ et les débats de la fin du siècle suffisent à montrer la pérennité des pratiques antérieures. L'amélioration est

25. Le préambule de l'ordonnance est intéressant : « Considérant qu'il importe de donner plus de développement à l'étude du droit romain, qui a servi de base aux Code français, et voulant disposer les cours de la faculté de droit de Paris, de manière que les étudiants n'y reçoivent que des connaissances positives et usuelles ». Cette réforme est confirmée par l'arrêt du 1^{er} octobre 1822 prévoyant que les étudiants de quatrième année seront « interrogés sur les *Institutes* de Justinien et sur les Pandectes ».

26. Pour quelques informations, cf. *Thémis ou Bibliothèque du jurisconsulte*, tome 4, 1822, p. 88-89.

27. Cf. par exemple H. Brocher, *De l'enseignement du droit romain. Dissertation au concours pour la chaire de droit romain, d'histoire générale du droit et de philosophie du droit à l'Académie de Lausanne*, Lausanne, 1867. Sur Brocher, cf. F. Cherfouh, *Le juriste entre science et politique : la Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger (1877-1938)*, thèse droit, Bordeaux IV, 2010, p. 270.

28. L'ouvrage très bien diffusé d'Accarias témoigne par exemple d'une méthode bien peu historique malgré ses déclarations de principe. Cf. *Précis de droit romain contenant avec l'exposé des principes généraux, le texte, la traduction et l'explication des Institutes de Justinien*, 3^e éd., A. Cotillon et Cie, 1879, 2 tomes.

ainsi simplement relative en ce qu'elle permet une ouverture vers l'histoire du droit romain sans remettre en cause fondamentalement la domination d'une perspective dogmatique toujours prépondérante.

Or cette situation suscite un débat doctrinal relativement important. Déplorant une crise de l'enseignement du droit romain, Paul Bravard Veyrières professeur à la faculté de droit de Paris, note dès 1837 : « plus on fait d'efforts pour y attirer de force les étudiants, en les mettant dans l'obligation de répondre minutieusement, bon gré mal gré, sur cette matière, à presque tous les examens, plus on leur en inspire le dégoût »²⁹. Pour lui, le « mal [est] réel, profond », car « si on prétend qu'en étudiant les grands jurisconsultes romains on forme les juristes d'aujourd'hui »³⁰, en réalité, ce n'est qu'un « dédale d'incohérences et de contradictions », une « masse confuse de textes tronqués », un « informe amas de ruines et de débris »³¹. Il ajoute plus loin : « toute l'utilité que l'on peut se flatter raisonnablement de retirer de l'étude du droit romain, considéré comme moyen de se former dans l'art du raisonnement et de l'interprétation des lois, en un mot, d'acquérir les qualités essentielles au jurisconsulte, se réduit à celle d'une espèce de *gymnastique intellectuelle*, moins propre en vérité à fortifier l'esprit et à l'éclairer, qu'à le fatiguer et à le décourager, sans parler de tout le temps qu'il faudrait se résoudre à y perdre »³². Radical, il conclut : « nous n'avons rien à envier, rien à emprunter à ses institutions et à sa législation. Ses lois, ses institutions politiques et judiciaires, bouleversées d'ailleurs par tant de vicissitudes et de révolutions diverses qui les ont rendues presque méconnaissables, bonnes peut-être pour leur temps, ne sont plus aujourd'hui, pour nous, que des monuments surannés, que les débris d'un état social usé, et d'ailleurs factice et oppressif »³³. Il admet alors que le droit romain doit trouver son utilité non pas dans les « vaines et stériles recherches d'érudition scolastique »³⁴, cette « mythologie du droit », mais dans la recherche de principes généraux. En arguant du soutien et de l'autorité de Blondeau³⁵, il propose finalement au professeur, après avoir étudié historiquement les textes, de choisir des matières analogues au droit français et d'en dégager

29. *De l'étude et de l'enseignement du droit romain et des résultats qu'on peut en attendre*, Joubert, 1837, p. VIII-IX.

30. *Ibid.*, p. 23-24.

31. *Ibid.*, p. 25.

32. *Ibid.*, p. 43-44.

33. *Ibid.*, p. 20. Il reprend en cela une tradition ancienne. Pour un exemple de critique, cf. récemment P. Bonin, « La première leçon de droit français à Paris par François de Launay : actualité de l'anti-tribonianisme sous Louis XIV ? », *Droit et cultures*, n° hors série, 2010, *L'enseignement du droit*, p. 146-148 et le *Discours* de Launay en annexe.

34. *De l'étude et de l'enseignement du droit romain...*, *op. cit.*, p. 328.

35. Celui-ci insiste également il est vrai sur l'imperfection, voire l'inadaptation, du droit romain. Cf. not. *Chrestomathie, ou choix de textes pour un cours élémentaire du droit privé des romains, précédé d'une introduction à l'étude du droit*, Paris, 1830, p. 60.

le « système général » sans perdre de temps avec les matières inapplicables qu'il faut simplement soumettre à « une appréciation philosophique et raisonnée »³⁶. Il peut ainsi conclure : « nous avons, par conséquent, à chercher dans le droit romain, à y chercher avec indépendance, discernement et impartialité, non pas ce qui est loi ou texte, mais ce qui est raisonnable en soi, et conforme à une saine doctrine »³⁷.

Loin de contredire les programmes officiels, Paul Bravard Veyrières, comme d'autres avec lui, renforce et justifie ainsi un usage dogmatique du droit romain. Et si nul n'est totalement dupe, si le niveau de cet enseignement est en réalité globalement faible, de nombreux cours étant de simples répétitions entre la première et la troisième année de licence³⁸, sa fonction n'en est pas moins explicite. Le droit romain, comme d'autres sources de l'Ancien droit, mais avec bien plus de force, permet de fonder le droit nouveau et de forger des certitudes. Véritable ressort fondamental de la dogmatique juridique, spécialement civiliste, il augmente la valeur d'un droit codifié qui échappe aux contingences historiques, notamment politiques. Presque nécessairement anhistorique, ne serait-ce que dans les programmes et les cours les plus usuels, il incarne la pérennité et la stabilité. Aubry et Rau, par exemple, relèvent avec précision une utilité d'ailleurs ciblée aux matières du droit civil les plus « romaines ». Il est ainsi un « guide dans les matières relatives à la propriété, [à certaines] servitudes, aux obligations et conventions et au régime dotal ». Ils notent d'ailleurs avec justesse que les principaux emprunts, notamment la théorie des obligations et les contrats, ne sont faits que par l'intermédiaire de Pothier, et que ce droit romain est celui qui « avait été interprété et appliqué par la doctrine et la jurisprudence des Parlements »³⁹. Bien après les premiers commentateurs formés sous l'Ancien régime, la doctrine continue de la sorte au cœur du XIX^e siècle à recourir au droit romain, pour justifier les dispositions du Code⁴⁰. Si certains ont visiblement moins d'appétence,

36. *De l'étude et de l'enseignement du droit romain...*, *op. cit.*, p. 333.

37. *Ibid.*, p. 334. Cf. le profond désaccord d'Henri Brocher qui fustige cette vision du droit romain « comme un musée, où l'on offre à leur admiration et à leur imitation des œuvres achevées et parfaites » (*De l'enseignement du droit romain...*, *op. cit.*, p. 63).

38. Sur ce point, cf. *Thémis ou Bibliothèque du jurisconsulte*, tome 4, 1822, p. 88-89.

39. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4^e éd., Marchal et Billard, 1869, tome 1, p. 24.

40. Pour le cas de Troplong, cf. Ph. Rémy, « Préface aux préfaces », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, n° 18, 1997, p. 174 et s. ; M. Xifaras, « L'école de l'exégèse était-elle historique ? Le cas de Raymond-Théodore Troplong (1795-1869), lecteur de Friedrich Carl von Savigny », dans *Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne*, J.-F. Kervégan et H. Mohnhaupt (dir.), Francfort-sur-le-Main, 2001, p. 177-209.

comme Demolombe⁴¹ et plus encore Laurent⁴², nombreux sont ceux qui font de ce droit un « supplément naturel des lois nouvelles »⁴³ et presque tous recourent à cette réserve inépuisable d'arguments et de « raisons de décider », ou autrement dit à la *ratio scripta* qu'incarne le droit romain⁴⁴.

Les auteurs de la *Thémis* constituent en la matière un groupe un peu singulier auquel on peut d'ailleurs adjoindre quelques historiens du droit comme Laboulaye⁴⁵. Déplorant le déclin de l'étude du droit romain⁴⁶,

41. Par exemple, cf. *Cours de Code Napoléon – De la publication, des effets et de l'application des lois en général*, 2^e éd., Auguste Durand et L. Hachette, 1860, n^{os} 11-12, p. 11. Sur cet auteur, cf. N. Hakim, « Continuità o rottura nella storia del pensiero giuridico? Egesesi, transtestualità e positivismo legalistico del *Cours de Code Napoléon* di Charles Demolombe », *Historia et Ius, Rivista di storia giuridica dell'età medievale e moderna*, www.historiaetius.eu, 12/2017, paper 2. Cf. également J. B. V. Proudhon, *Traité sur l'Etat des personnes et sur le Titre préliminaire du Code civil*, 3^e éd. considérablement augmentée par M. Valette, Dijon, 1842, tome 1, p. xii. À la fin du siècle, cf. l'attitude également réservée de Charles Beudant qui reproche au droit romain ses contradictions et la maîtrise des personnes par l'État (*Le droit individuel et l'État. Introduction à l'étude du droit*, Arthur Rousseau, 1891, n^o 38, p. 59-62).

42. *Principes de droit civil*, Bruylant et A. Durand & L. Pédone, 1869, tome 1^{er}, n^{os} 21-24, p. 31-33. Il note par exemple que si le droit romain est un « instrument admirable pour l'éducation juridique » (*ibid.*, n^o 28, p. 39-41), « les Romains, peuple de juristes, ont la gloire d'avoir porté la science du droit à la perfection, mais ils ont payé cher cette gloire (...) C'est une race formaliste, dure, impérieuse, sans cœur, toute de calcul » (*ibid.*, n^o 24, p. 33).

43. Ch. Bonaventure Toullier, *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code, ouvrage dans lequel on a tâché de réunir la théorie à la pratique*, Paris, 4^e éd., 1824, tome, n^o 157, p. 125. En ce sens, cf. par exemple A. Duranton, *Cours de Droit civil français suivant le Code civil*, 3^e éd., Paris, 1834, tome 1, n^o 7, p. 6.

44. Cet argument constitue un lieu commun fréquemment répété. Cf. par exemple J.-F. Berthelot, « Préface », dans Johann Gottlieb Heineccius, *Éléments du droit civil romain selon l'ordre des Institutes de Justinien*, Tardieu Denesle et C^{ie}, 1812, p. vii (Berthelot est professeur de droit romain à Paris avant et après la Révolution); D. Dalloz et H. Thiercelin, « Essai sur l'histoire générale du droit français », dans *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, n^{lle} éd., Bureau de la jurisprudence générale, 1870, tome I^{er}, p. 29; Ch. Aubry et F.-Ch. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, 4^e éd., Marchal et Billard, 1869, tome 1, p. 23.

45. Cf. not. É. Laboulaye, « De la méthode historique en jurisprudence et de son avenir », *Revue historique du droit français et étranger*, tome 1, 1855, p. 1-23. Sur Laboulaye, cf. les travaux d'A. Dauteribes, « Laboulaye et la réforme des études de droit », *Revue d'histoire des facultés de droit*, n^{os} 10-11, 1990, p. 13-57; « Laboulaye, l'enseignement et la recherche », *Droits*, n^o 20, *Doctrine et recherche en droit*, 1994, p. 55-64; « Les relations entre juristes européens au XIX^e siècle: la correspondance Laboulaye – Warnkoenig (1839-1866) », *Revue d'histoire des facultés de droit*, n^o 13, 1992, p. 159-186. Pour une utile comparaison avec Klimrath, cf. F. Audren, « Écrire l'histoire du droit français: science du politique, histoire et géographie chez Henri Klimrath (1807-1837) », dans *Histoire de l'histoire du droit, Actes des Journées internationales de la Société d'Histoire du Droit (Toulouse, 1-4 juin 2005)*, textes réunis par Jacques Poumarède, *Études d'histoire du droit et des idées politiques*, n^o 10, 2006, p. 113-131.

46. « Faculté de droit de Paris – Ouverture des cours de l'année judiciaire 1820-1821 », *Thémis ou Bibliothèque du jurisconsulte*, tome 2, 1820, p. 387.

Du Caurroy, Warnkoenig comme Jourdan et, dans une moindre mesure Blondeau, défendent un enseignement historique et souhaitent rompre avec les habitudes qui font du droit romain un droit vulgaire et dogmatique⁴⁷. Jourdan, plein d'optimisme, note ainsi en 1820: « L'étude du droit romain ne fut considérée que comme surrogatoire: il suffisait, disait-on, de connaître les idées mères, les résultats généraux de la législation romaine. Ce fut à la faveur de cette opinion étrange, qu'Heineccius, déjà délaissé en Allemagne, fut introduit en France, et reçut les droits de cité et de bourgeoisie dans nos écoles: on imprima et réimprima ses *Elémens* [sic]; on les traduisit en langue française; on lui voua une sorte de culte; on le défendit avec une sorte d'idolâtrie. Et si quelques erreurs furent relevées dans le livre du grand homme, on s'entoura de formes respectueuses pour les signaler (...) Ainsi, la synthèse, la méthode dogmatique, bannies de toutes les sciences morales et naturelles, furent introduit dans la science du droit; la méthode d'observation, l'analyse furent négligées, repoussées. – On abjura sa raison, pour ne cultiver que sa mémoire. Cette apostasie ne fut pas de longue durée. Heineccius disparut peu à peu de nos Écoles; mais, quel que soit le mérite des ouvrages élémentaires publiés depuis, nous devons poser en fait qu'aucun d'eux n'a obtenu un succès général, une faveur universelle; enfin, nous sommes en France, pour ainsi dire, sans livre élémentaire pour l'étude du droit romain. La science attend une nouvelle direction: c'est le moment de la lui imprimer. »⁴⁸ Associant histoire et philosophie, l'étude du droit romain « agrandit le droit civil, qu'elle unit à la philosophie en nous montrant dans leur ordre naturel et chronologique la succession des idées du juste et de l'injuste et par quelles variations et quels changements dans les principes du droit, les Romains parvinrent à constituer ce grand système de jurisprudence, l'objet de l'admiration des peuples les plus éclairés, comme il est le modèle et le type de leurs législations »⁴⁹.

Jourdan propose alors un accroissement notable des cours de droit romain. Pendant les quatre années du cursus complet, l'étudiant devra suivre d'abord un cours relatif aux *Institutes* de Gaius, puis pendant deux ans des enseignements sur la législation et la jurisprudence des II^e et III^e siècles et enfin un cours sur le droit de Justinien⁵⁰. L'ambition est alors toujours de faire du droit romain le pendant du cours de droit civil, mais cet enseignement

47. Cf. not. Du Caurroy, *Thémis ou Bibliothèque du jurisconsulte*, tome 7, 1825, p. 36.

48. A. Jourdan, « Coup d'œil sur l'histoire de la science du droit en France, suivi de quelques réflexions sur la découverte d'un manuscrit de Gaius », *Thémis ou Bibliothèque du jurisconsulte*, tome 2, 1820, p. 79-80. On trouve le même ton optimiste dans son étude: « Considérations sur l'état de la science du droit en France et revue de quelques ouvrages relatifs au droit romain », *Thémis ou Bibliothèque du jurisconsulte*, tome 3, p. 369-378.

49. L. Warnkoenig, « Discours prononcé à l'ouverture d'un Cours d'histoire du droit romain, à l'Université de Liège, le 17 octobre 1820 », *Thémis ou Bibliothèque du jurisconsulte*, tome 2, 1820, p. 382-383.

50. A. Jourdan, « Considérations sur l'état de la science du droit... », *op. cit.*, p. 378.

doit devenir la vitrine d'une science du droit renouvelée. Loin d'être subsidiaire, il s'agit d'un relais décisif au cœur même de facultés demeurant profondément marquées par leur nature professionnelle. D'ailleurs, Jourdan devra répondre à diverses accusations, parfois très violentes. Devant réfuter l'influence allemande, il est également contraint de justifier l'intérêt de la recherche historique. Accusé de remettre en cause la tradition juridique fondée sur les œuvres de la romanistique moderne et sur la doctrine française classique, et donc de mettre en doute certaines dispositions du Code civil qui en sont issues, les principaux artisans de la *Thémis* se voient contraints de répondre en montrant que les découvertes historiques ne contestent en rien la légitimité et la suprématie du droit codifié⁵¹. Face au lecteur qui écrit : « Vos doctrines sont infectées du double vice de périgrinité et de nouveauté. Pour moi qui suis Français, je proteste contre l'importation de toute idée qui n'est pas éclosée d'un cerveau français », et ajoute : « L'interprétation du droit romain est désormais frappée de stérilité (...) les siècles des jurisconsultes interprètes sont passés ; le doctorat est mort-né ; les jurisconsultes protes et typographes vont commencer pour ne jamais finir. »⁵² Jourdan répond qu'il est grand temps de remettre en question l'infailibilité d'Heineccius et de Pothier, et d'œuvrer aux progrès d'un droit qui ne peut faire figure d'exception face aux autres sciences. Et Jourdan d'ajouter : « Espérons donc que la science triomphera de ses adversaires, servons-la toujours avec le même zèle sous le drapeau de Cujas et de Montesquieu... adviene que pourra »⁵³.

Ce que le groupe de la *Thémis* remet ainsi en cause n'est donc pas l'enseignement du droit romain, ni même le lien entre cet enseignement et le droit codifié. Bien au contraire, ils souhaitent simplement transformer cet enseignement en une discipline scientifique grâce à la méthode historique⁵⁴, et lui insuffler une vie nouvelle en en faisant un cours directement lié aux découvertes scientifiques les plus récentes. Souhaitant rompre avec les habitudes acquises, ils suscitent l'ire de ceux-là mêmes qui souhaitent préserver les usages d'un enseignement purement dogmatique ancré dans la romanistique moderne⁵⁵. Pour Jourdan, l'histoire du droit romain, loin de contester

51. « Ils disent que le droit romain doit être enseigné dans ses rapports avec le droit français ; puis ils nous accusent de désobéissance, et prétendent que, non contents de ne pas exécuter la loi, nous luttons ouvertement contre ses dispositions. » (« Observations sur l'enseignement du droit romain », *Thémis ou Bibliothèque du jurisconsulte*, tome 8, 1^{re} partie, p. 18).

52. « Lettre à M..., rédacteur de la *Thémis* », *Thémis ou Bibliothèque du jurisconsulte*, tome 8, p. 83-84.

53. A. Jourdan, « Réponse du Rédacteur », *Thémis ou Bibliothèque du jurisconsulte*, tome 8, p. 84.

54. En ce sens, cf. J.-L. Halpérin, « L'histoire du droit constituée en discipline... », *op. cit.*, p. 16. Cf. également A.-J. Arnaud, *Les juristes face à la société, du XIX^e siècle à nos jours*, PUF, 1975, p. 65-67.

55. Un passage est particulièrement révélateur. Avec ironie, les rédacteurs de la *Thémis* répondent à leurs détracteurs : Gaius a un défaut « impardonnable : il détruit beaucoup

l'œuvre codificatrice, fournit au contraire des outils pour restituer une assise romaine au droit positif servant de formation aux étudiants auxquels on ne doit plus présenter des principes simples, immuables et définitifs, mais des éléments de compréhension du droit positif et un moyen d'apprentissage des ressorts fondamentaux de la science juridique. Ni rudimentaire et amputé pour le faire entrer de force dans l'œuvre codificatrice, ni trop comparatiste au risque d'être trop érudit et difficile, l'enseignement du droit romain doit servir d'initiation à une science non limitée à la dogmatique la plus vulgaire⁵⁶.

Firmin Laferrière ne s'y trompe pas. Pour lui, le projet de Jourdan est de « remonter à ce qui avait fait la grandeur et la puissance du droit romain, à cette haute philosophie qui avait éclairé et soutenu les jurisconsultes dès l'époque des Antonins, et il appela de tous ses vœux et de tous ses efforts l'alliance de la philosophie et du droit : mais il devançait un peu son époque dans ces aspirations. Il fallait d'abord revenir à l'étude critique, réelle, exégétique, des textes du droit romain, étude qui s'étendait avec la rapidité de l'enthousiasme en Allemagne, et qui était peu cultivée en France »⁵⁷.

Malgré les doutes qui assaillent les romanistes le plus savants et malgré les réformes, l'enseignement du droit romain reste toutefois globalement stable. Si la méthode historique progresse indubitablement, le droit romain demeure l'un des éléments du socle fondamental d'une éducation juridique fondée sur l'apprentissage d'un droit codifié devant échapper aux fluctuations et aux critiques. La réglementation des facultés de droit veille d'ailleurs scrupuleusement à l'application de programmes scellant ce rôle. Il suffit de citer en l'occurrence l'arrêté du Conseil royal de l'Instruction publique du 22 septembre 1843 qui, dans le cadre du premier examen de baccalauréat, divise très dogmatiquement le programme de révision de droit romain (dans une logique proche du découpage opéré à propos des examens relatifs au Code civil) : le premier examen de baccalauréat porte ainsi uniquement « sur les deux premiers livres et sur les dix-sept derniers titres du troisième livre des *Institutes* de Justinien. » Calque de l'enseignement du droit civil dans l'ordre du Code, cette discipline conserve son objectif de diffusion stricte d'une technique et d'une culture au service du droit positif, et ce, jusqu'à la fin de la première décennie de la Troisième République. En marge des

d'idées reçues, beaucoup d'opinions facilement admises. En un mot, il dépouille de toute la science qu'ils avaient acquise, certains savants qui ne veulent pas prendre la peine d'en acquérir une autre. Gaius est bien coupable ! » (« Observations sur l'enseignement du droit romain », *op. cit.*, p. 22).

56. Pour une intéressante comparaison avec l'Angleterre, cf. H. Summer Maine, « Le droit romain et l'éducation juridique », dans *Études sur l'histoire du droit*, Ernest Thorin, 1889, p. 363 et s. (le texte est la reprise de ses *Cambridge Essays* datant de 1856).

57. « Introduction historique à la table collective des revues de droit et de jurisprudence », dans *Tables analytiques de la revue de législation et de la revue critique, de législation et de jurisprudence, précédées des tables de la Thémis et de la revue de droit français et étranger*, par Coin-Delisle et Charles Million, Cotillon, 1860, p. VI-VII.

progrès notables de la romanistique contemporaine, notamment allemande, destiné à conforter et fonder un enseignement demeurant essentiellement dogmatique, le droit romain reste ainsi dominé par les certitudes d'une science juridique française intimement liée à l'œuvre codificatrice. La belle stabilité législative du droit centré sur le Code civil corrobore d'ailleurs cette perspective qui n'est profondément remise en cause qu'après 1880, malgré les vives controverses de la première moitié du XIX^e siècle.

II – LES DOUTES DE L'HISTOIRE : LA CRISE DU DROIT ROMAIN

Cette crise est bien entendu celle de l'Université dans sa globalité depuis la défaite de Sedan. De toute évidence, le domaine juridique n'échappe pas à cette remise en question touchant à la fois le modèle juridique lui-même et ses principaux acteurs, dont la doctrine juridique⁵⁸. La première étape décisive pour le droit romain est le décret du 28 décembre 1880 établissant un cours d'histoire générale du droit français public et privé sur deux semestres⁵⁹. Si la place et le volume horaire du droit romain ne sont pas radicalement affectés, il n'en demeure pas moins que d'ores et déjà il n'est plus le seul véhicule ni de la culture juridique ni de la légitimité historique du droit positif. La porte est ouverte à un élargissement progressif des programmes aux disciplines nouvelles devant trouver leur place aux côtés des matières classiques. Le « décret relatif au programme de licence dans les Facultés de droit » du

58. Sur ces questions, cf. A.-J. Arnaud, *Les juristes...*, *op. cit.*, p. 75 et s.; Ch. Jamin, « Relire Labbé et ses lecteurs », *Archives de philosophie du droit*, tome 37, *Droit et économie*, 1992, p. 247-267 et, du même, « L'oubli et la science. Regard partiel sur l'évolution de la doctrine positiviste à la charnière des XIX^e et XX^e siècles », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1994, p. 815-827; J.-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français...*, *op. cit.*, n° 112 et s., p. 171 et s.; N. Hakim et F. Melleray, « La Belle Époque de la pensée juridique française », dans *Le renouveau de la doctrine française. Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XX^e siècle*, Dalloz, 2009, p. 1-12; F. Audren, « Les professeurs de droit, la République et le nouvel esprit juridique », *Mil neuf cent*, n° 29, *La Belle époque des juristes. Enseigner le droit dans la République*, 2011, p. 7-33.

59. Sur ce moment décisif et ses suites, cf. les analyses de J. Poumarède, « Pavane pour une histoire du droit défunte (sur un centenaire oublié) », *Procès. Cahiers d'analyse politique et juridique. Crise et droit. Droits et crise*, n° 6, 1980, p. 91-9; M. Villey, « Sur une maladie de la section historique du droit », dans *Religion, société et politique. Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, Paris, 1983, not. p. 405-406; J.-L. Halpérin, « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », *Revue historique du droit français et étranger*, 1997, n° 3, not. p. 426 et s.; du même, « L'histoire du droit constituée en discipline... », *op. cit.*, p. 15-19 et 22-23; J. Hilaire, « Les orientations de l'historiographie du droit privé entre 1850 et 1950 », dans *Histoire de l'histoire du droit*, *op. cit.*, p. 237-255 et, enfin, F. Audren, « L'histoire à contre-courant. Discipline et indiscipline dans la section d'histoire du droit (1970-1990) », dans *Le droit en révolution(s). Regards sur la critique du droit dans années 1970 à nos jours*, sous la dir. de X. Dupré de Boulois et M. Kaluszynski, LGDJ, 2010, p. 51-69.

24 juillet 1889 franchit une étape notable en réduisant l'enseignement du droit romain à un seul semestre en deuxième année. Cet enseignement passe ainsi de quatre semestres à trois semestres, alors que parallèlement l'histoire du droit nouvellement instaurée passe de deux à un seul semestre⁶⁰. Est ainsi remise en cause la suprématie du droit civil combiné au droit romain. Pour faire de la place aux éléments du droit constitutionnel et à l'organisation des pouvoirs publics en première année comme, par exemple, à la législation industrielle en deuxième année, il a fallu que les républicains au pouvoir modifient la physionomie générale des études de droit.

La conséquence de ce mouvement est un allègement décisif de la réglementation universitaire et l'enseignant gagne une certaine liberté dans la répartition des matières⁶¹. Élément décisif pour le progrès de la méthode historique, la porte étant ouverte aux découvertes les plus récentes et aux analyses plus scientifiques du droit de Rome, cette liberté ne supprime toutefois pas le recours à la méthode dogmatique. Celle-ci est d'ailleurs toujours présente au sein des programmes des facultés puisque le concours d'agrégation réformé en 1896 prévoit une épreuve bien peu historique de droit romain au sein de la section de droit privé et de droit criminel⁶².

De leur côté, les romanistes orientent notablement l'enseignement du droit romain vers l'histoire et l'analyse érudite. Depuis 1896, le concours d'agrégation d'histoire du droit contient une leçon orale de droit romain et « une explication orale et critique d'un ou de plusieurs textes intéressant l'histoire du droit romain et pris, soit dans le *Corpus iuris civilis*, soit dans les œuvres et fragments des jurisconsultes romains qui ne figurent pas au *Corpus*, soit dans les textes épigraphiques, soit dans les auteurs littéraires

60. Cf. A. de Beauchamp, *Recueil des lois et règlements sur l'enseignement supérieur*, tome 5 (juin 1889-mai 1898), publié par Auguste Génères, Delalain frères, 1898, p. 10-14.

61. « La restriction apportée à la durée de l'enseignement du droit romain appelle nécessairement une autre modification. Jusqu'à présent, les professeurs expliquaient en 1^{re} année les livres III et IV. C'est là non seulement un usage, mais une règle obligatoire. Or, si cette règle était maintenue, il en résulterait que le plus chargé des deux cours serait celui qui a la moindre durée. La Commission demande, en conséquence, que pleine liberté soit laissée au professeur dans la répartition de ses matières. L'enseignement y gagnera d'être plus personnel et plus vivant. Toutefois la Commission ne croit pas nécessaire que le décret s'explique formellement à cet égard; elle pense qu'une circulaire ministérielle suffira. À cette occasion, et tout à fait incidemment, elle exprime un vœu identique relativement à l'enseignement du Code civil. Actuellement, des textes déterminent les matières qui doivent être expliquées chaque année. Il n'est donc pas possible au professeur d'avoir un plan d'ensemble qui s'écarte sensiblement du programme posé. » (Rapport de Calixte Accarias cité dans Arthur de Beauchamp, *Recueil des lois et règlements sur l'enseignement supérieur*, tome 5 (juin 1889-mai 1898), publié par Auguste Génères, Delalain frères, 1898, p. 13). Momentanément, cette liberté sera acquise à la fois en matière de droit romain et de droit civil (cf. la circulaire du 31 octobre 1889).

62. L'arrêté du 23 juillet 1896 prévoyant le sectionnement du concours d'agrégation instaure une première épreuve écrite portant « sur un sujet choisi dans les parties du droit romain désignées par le jury du précédent concours ». Notons que la section de droit public voit le droit romain disparaître de son programme.

latins ». Le tournant historique a bien lieu et les commentateurs de cette réforme ne sont pas dupes. Aussi Esmein peut-il y voir la consécration du rôle éminent de l'histoire qu'il a tant défendu, mais également une victoire décisive de l'histoire du droit sur le droit romain dogmatique⁶³.

En résulte un essor considérable de la romanistique française illustré par les travaux de Paul Frédéric Girard⁶⁴, Jean-Baptiste Brissaud⁶⁵ et Edouard Cuq. Suivrons Henri Lévy-Bruhl qui soutient en 1912 sa thèse consacrée au témoignage instrumentaire en Droit romain, puis Raymond Monier et d'autres encore. Chez ces auteurs, l'enseignement du droit romain devient principalement un enseignement de l'histoire du droit romain. Certes

63. « C'est, en effet, dans la section d'histoire du droit que nous plaçons le droit romain; c'est elle qui aura pour mission de former les romanistes, c'est la conséquence et la consécration d'un fait bien connu: depuis vingt ans, le droit romain, profondément renouvelé, ne s'enseigne plus que par la méthode historique, et cette admirable législation, dont ils peuvent suivre le développement dans son entier, fournit aux historiens du droit un champ d'études incomparable. Mais en même temps, dans l'histoire du droit romain, l'histoire des doctrines juridiques tient une large place, une place prépondérante, et la doctrine romaine, c'est souvent le cœur du droit lui-même; sur bien des points, les jurisconsultes romains ont fixé définitivement les catégories de la pensée juridique. En raison même de ce rôle capital que joue le droit romain, et pour ménager, autant qu'il est possible, les traditions antérieures, tout en lui assignant sa place propre et principale dans la section d'histoire du droit, nous l'avons également introduit dans la section du droit privé, sous la forme d'une composition écrite. » (A. de Beauchamp, *op. cit.*, tome 5, p. 611-612). Sur la pensée toute en finesse d'Esmein en la matière, cf. également « La licence en droit et le droit romain », *Revue internationale de l'enseignement*, tome 44, 1902, p. 292-294. Sur Esmein lui-même, cf. J.-L. Halpérin, « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », *op. cit.*, p. 415-433 ainsi que J. Boudon, « La méthode juridique selon Adhémar Esmein », dans *Le renouveau de la doctrine française...*, *op. cit.*, p. 263-279. Quant à la « bataille de l'agrégation », cf. J.-L. Halpérin, « L'histoire du droit constituée en discipline... », *op. cit.*, p. 23-25; « La première génération d'agrégés d'histoire du droit », dans *Histoire de l'histoire du droit*, *op. cit.*, p. 257-264.

64. Jean-Philippe Lévy écrit en effet: « Son manuel est le premier, en France, à suivre la méthode historique, en cherchant toujours à distinguer le droit classique de celui de Justinien » (« Présentation », dans P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, rééd. Dalloz, 2009, p. 1). Il rappelle également que « Les traités en vogue à cette époque étaient principalement ceux de Pellat, d'Ortolan et d'Accarias. Ces auteurs étaient d'éminents juristes. Mais ils ne se préoccupaient qu'assez peu de l'évolution subie par le droit de Rome au cours des siècles. Ils n'avaient suivi que de loin les recherches et la méthode historique qui se développaient, avec un éclat particulier, en Allemagne » (*op. cit.* et *loc. cit.*). André-Jean Arnaud écrit quant à lui: « le manuel de P. F. Girard apparut comme révolutionnaire. La première édition, parue en fascicules, d'octobre 1895 à avril 1897, fut très mal accueillie, à la suite des critiques que lui adressa Accarias, « le Baudry-Lacantinerie du Droit romain ». La dernière édition, la huitième, revue et publiée par F. Senn en 1929, fut le livre de chevet des historiens du droit jusqu'à la publication, après 1950, des manuels français de J. Ellul et allemand de Max Kaser. » (*Les juristes...*, *op. cit.*, p. 114). Cf. également D. Deroussin, « Enseigner le droit romain: pour quelle utilité et selon quelle méthode? La réponse lyonnaise sous la III^e République », dans *Les Facultés de droit de province au XIX^e siècle. Bilans et perspectives de la recherche*, Ph. Nélidoff (dir.), *Études d'histoire du droit et des idées politiques*, n° 13, 2009, not. p. 387-396 et p. 410-411.

65. Sur Brissaud, cf. H. Le Roy, « Jean-Baptiste Brissaud, un juriste positiviste entre sociologie et anthropologie », dans *Histoire de l'histoire du droit*, *op. cit.*, p. 265-280.

Girard note que l'étude du droit romain a une utilité professionnelle, mais il ne peut s'agir à ses yeux d'une raison décisive, car ce que cet enseignement « amènerait à étudier, ce ne serait pas le droit romain vrai, tel que la critique moderne peut chercher à le dégager de l'ensemble des documents qui nous sont parvenus, ce serait le droit romain tel qu'il était entendu par nos anciens auteurs ». Certes il admet également que ce droit permet, grâce à sa belle technique, de perfectionner l'intelligence juridique, mais il souligne aussitôt que cet apport n'est pas crucial, compte tenu des « défauts de l'esprit romain ». Il n'affirme en fin de compte que l'existence d'un intérêt réellement déterminant : le droit romain est pour lui un « instrument d'éducation historique » car « les lois diffèrent selon le temps et les lieux ». Il doit non pas conduire à apprendre les solutions toutes faites ni à imiter les grands jurisconsultes romains, mais à former « des hommes de métier aptes à interpréter correctement un texte concret », et surtout « des hommes de sciences capables de remonter de ce texte à sa raison première, à même de discerner d'un coup d'œil sûr les parties saines et les éléments morbides d'une législation, ses garanties de durée et ses chances de transformation »⁶⁶.

Cette renaissance du droit romain par l'histoire⁶⁷ n'est toutefois pas sans poser problème quant à l'insertion de cette discipline rénovée au sein des facultés de droit. Science très tôt accusée d'être trop érudite, notamment lorsqu'elle se consacre à la « chasse aux interpolations » à partir des années 1890, cette histoire du droit romain pêche également par la distance qu'elle prend avec le droit positif. Le risque de rupture n'est en effet pas loin lorsque la rigueur historique impose aux romanistes de mettre en exergue l'évolution intrinsèque du droit de Rome, et donc les différences décisives avec le droit positif⁶⁸. Mais le danger majeur vient davantage encore du délitement du lien pérenne entre l'enseignement du droit romain et l'enseignement du droit civil.

Inutile, élitiste, suranné, le droit romain devient le symbole de facultés de droit qui n'ont pas pris la mesure des changements sociaux et de l'arrivée de nouvelles classes favorisées par la République. Que ce soit pour critiquer le frein à la rénovation méthodologique que constitue cet enseignement toujours trop dogmatique et justifiant le maintien de principes juridiques contestés (on prend alors les exemples historiquement douteux

66. P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^e éd. revue et mise à jour par Félix Senn, Arthur Rousseau, 1929, p. 5-7.

67. Cf. le témoignage de F. Larnaude, *La science française – Les sciences juridiques et politiques*, Larousse, 1915, p. 50-51.

68. Sur ce point, cf. J. Poumarède, « Pavane... », *op. cit.*, p. 97 et A. M. Hespanha, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. Arnaud (dir.), 2^e éd., LGDJ, 1993, v^o Histoire du droit, p. 277-278. Comparer avec M. Villey, *op. cit.*, p. 402.

de l'autonomie de la volonté, de l'individualisme et de l'égalité des contractants⁶⁹), ou pour refuser la domination classique du couple droit civil-droit romain, les propos d'Émile Accolas⁷⁰, d'Édouard Lambert⁷¹, de Paul Pic⁷², de Charles Lyon-Caen⁷³, de Gaston Jèze⁷⁴, de Léon Duguit⁷⁵ ou d'Edmond Villey⁷⁶ ne peuvent manquer de provoquer un sentiment de crise. Qu'il s'agisse du déclin du latin, des modalités d'un enseignement autoritaire par lequel les étudiants reçoivent la parole d'un maître s'appuyant sur des autorités, ou bien des méfaits d'une culture jugée aristocratique⁷⁷, la remise en cause du schéma classique de l'enseignement du droit provoque

69. Cf. par exemple Gaston Morin, *La révolte du droit contre le Code. La révision nécessaire des concepts juridiques (Contrat, responsabilité, propriété)*, Sirey, 1945 (1^{re} éd. 1920), not. p. 12.

70. *Manuel de droit civil. Commentaire philosophique et critique du Code Napoléon*, Gerner-Baillièrre, 1874, tome 1, not. p. LVI-LVIII et LXXII.

71. Il écrit notamment: « *L'Esprit juridique*, en délaissant la dogmatique romaine, pour animer désormais et féconder de préférence les doctrines civilistiques nationales, n'a pu brusquement renouveler ses procédés. Il a seulement remplacé la caisse à double fond d'où il faisait jadis jaillir le flot intarissable de ses principes, de ses dogmes et de ses concepts, le *Corpus juris*, par des instruments moins usés, n'attirant point autant la défiance du spectateur, les *Codes civils* » (« Le droit civil et la législation ouvrière. La fonction dynamique de la jurisprudence et l'interprétation sociologique du droit », *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 1904, p. 245). Sur ce texte de Lambert, cf. notre commentaire dans *Le droit civil et la législation ouvrière*, Dalloz, coll. tiré-à-part, 2013.

72. Cf. par exemple « De la rupture ou de la suspension d'exécution du contrat de travail par l'effet des grèves ou des lock-outs patronaux », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1905, p. 47.

73. « La réforme de l'agrégation des Facultés de droit », *Revue internationale de l'enseignement*, tome 21, 1891, p. 115-116.

74. Les études de droit romain « habituent à interpréter des textes morts, alors que le Droit est vivant. (...) On opère sur des cadavres » (*Les principes généraux du droit administratif*, Paris, Berger-Levrault, 1904, p. iv-v) cité par J. Boudon, article précité.

75. « De quelques réformes à introduire dans l'enseignement du droit », *Revue internationale de l'enseignement*, tome 15, 1888, p. 155-156.

76. « L'enseignement du droit », *Revue internationale de l'enseignement*, tome 42, 1901, p. 401. Cf. également les propos de son collègue professeur d'économie politique de Poitiers, A. Girault, « Nos facultés de droit », *Revue internationale de l'enseignement*, tome 43, 1902, p. 5-12.

77. Sur cette crise européenne du droit romain, cf. V.-A. Georgesco, « La crise des études de droit romain », *Revue d'histoire du droit*, tome XVI, 1937, p. 403-433; P. Noailles, « La crise du droit romain », dans *Mémorial des études latines publié à l'occasion du vingtième anniversaire de la Société et de la Revue des études latines*, Les Belles Lettres, Paris, 1943, p. 388-411. Sur la crise du latin, outre les articles précités, cf. le Rapport d'Accarias dans Arthur de Beauchamp, *op. cit.*, tome 5, p. 126; J.-E. Labbé, « Le droit et le latin », *Revue internationale de l'enseignement*, tome 13, 1886, p. 403 et, à nouveau, C. Accarias, « La question du latin et les études de droit », *Revue internationale de l'enseignement*, tome 13, 1886, p. 117.

nécessairement un réajustement de la place du droit romain au sein de la formation du juriste et la réaction tant des romanistes que des civilistes.

En première ligne, les romanistes se trouvent alors dans l'obligation de défendre une science historique utile à la formation des juristes. Ils se trouvent toutefois dans une situation relativement délicate lorsqu'ils optent clairement, tel Girard ou plus tard Henry Lévy-Bruhl⁷⁸, pour une méthode essentiellement historique et donc une pure utilité culturelle. La défense de l'histoire présente en effet une ambivalence sournoise. Si, comme Charles Turgeon, ils affirment que « le droit romain ne peut plus être matière à simple dialectique ou prétexte de pure argumentation. Il importe d'apprendre à nos étudiants l'origine et l'évolution (...) Autrement compris et enseigné, je suis convaincu que le droit romain fait plus de mal que de bien »⁷⁹, ils prennent le risque de perdre tout avantage comparatif face à l'histoire du droit. Simple moment historique parmi d'autres, le droit de Rome peut se voir préférer l'ancien droit français bien plus proche du droit codifié, et bien plus conforme dans ses principes au droit que l'on veut promouvoir en cette fin de XIX^e siècle. Les prises de position d'Adhémar Esmein, en sa qualité d'historien du droit français, sont symptomatiques de cette ambiguïté et, dans cette optique, restreindre la part du droit romain devenu historique pour faire place à un accroissement des enseignements d'histoire du droit devient une conclusion logique déjà présente chez certains analystes antérieurs⁸⁰.

Aussi scientifiquement justifié qu'il soit, le pari de rompre avec la méthode dogmatique, et donc avec toute utilité pratique, rend le positionnement des romanistes éminemment fragile. C'est la raison pour laquelle la défense de l'enseignement du droit romain, marqué par de profondes tensions entre les méthodes⁸¹, tente souvent de sauvegarder les deux méthodologies contraires mais jugées indispensables pour en justifier l'intérêt pratique. Apparaissent

78. « Pour le droit romain », *Revue internationale de l'enseignement*, tome 79, 1925, p. 88-97. Il écrit notamment : « loin d'être une école de logomachie et de dogmatisme stérile, le droit romain constitue un perpétuel et remarquable effort pour adapter le droit à un milieu en transformations constantes. » Giffard écrit quant à lui : « Les deux méthodes, historique et dogmatique, furent utilisées et se combinèrent jusqu'à la fin du XIX^e siècle (...) Aujourd'hui, le droit romain est étudié partout comme un droit du passé, sans application directe à la pratique. » (*Précis de droit romain*, Dalloz, 3^e éd., 1938, n^o 3, p. 2).

79. Ch. Turgeon, « L'enseignement des facultés de droit de 1879 à 1889 », *Revue internationale de l'enseignement*, tome 19, 1890, p. 289.

80. C'est notamment le cas de Paul Bravard Veyrières et de Brocher.

81. En témoignent les hésitations des professeurs de droit qui demeurent très partagés entre un enseignement du droit romain à finalité pratique et donc dogmatique, refusant par là même toute érudition, et un enseignement davantage scientifique et historique. Cf. C. Accarias, *Rapport adressé à M. le Ministre de l'Instruction publique au nom de la commission des études de droit*, 1874. Sur ce point, cf. not. J.-L. Halpérin, « L'histoire du droit constituée en discipline... », *op. cit.*, p. 19; J. Poumarède, « Pavane... », *op. cit.*, p. 93.

ainsi toute une série de justifications intermédiaires et souvent reproduites, selon lesquelles si l'enseignement du droit romain ne saurait être à finalité réellement pratique, il demeure indispensable en tant que connaissance de la source du droit civil (et constitue en cela un apport dogmatique), un instrument de formation des juristes (en l'occurrence l'acquisition de l'« esprit juridique » grâce à la perfection de la méthode romaine) et une culture historique nécessaire à la compréhension du phénomène juridique⁸². Gagnant un avantage comparatif certain avec l'histoire du droit qui, par nature trop fluctuant et imprécis, ne dispose pas de façon aussi évidente de cette fonction formatrice du parfait juriste⁸³, le droit romain joue sa survie sur son arrimage dogmatique au droit privé positif.

L'exemple de Charles Appleton est intéressant à cet égard car, à diverses reprises, il entend justifier l'utilité du droit romain contre les accusations d'archaïsme et d'érudition stérile. Il choisit alors de mettre en exergue les vertus pédagogiques d'un enseignement qui a pour but de diffuser la méthode juridique classique. Il est à la fois un « instrument indispensable de l'éducation juridique », une « clef d'or qui ouvre la porte de toutes les autres connaissances juridiques », et une « connaissance nécessaire pour l'intelligence de notre droit et des législations étrangères ». Si le temps n'est plus à une étude du droit romain « dans ses rapports avec le droit français », il insiste, comme Calixte Accarias avant lui⁸⁴, sur les liens entre le droit romain et le droit positif, liens qui passent par l'apprentissage de « l'esprit juridique » qui est avant tout une méthode⁸⁵. Est ainsi perpétuée la méthode dogmatique aux côtés de l'approche historique⁸⁶.

82. Cf. par exemple G. May, *Introduction à la science du droit*, M. Giard et E. Brière, 1920, p. 97-101 et, du même, *Éléments de droit romain à l'usage des étudiants des facultés de droit*, 10^e éd., Sirey, 1909, not. n° 2, p. 4 et n° 4, p. 8; R. Foignet, *Manuel élémentaire de droit romain à l'usage des étudiants en droit de première année*, Arthur Rousseau, 9^e éd., 1928, p. 1-2 ou encore plus tard J. Brèthe de la Gressaye et M. Laborde-Lacoste, *Introduction générale à l'étude du droit*, Sirey, 1947, n°s 121-123, p. 95-98.

83. J. Brèthe de la Gressaye et M. Laborde-Lacoste, *ibid.*, n° 126, p. 100.

84. Si le droit romain est un droit « inapplicable chez nous, droit mort, droit auquel aucun avocat n'oserait plus aujourd'hui emprunter ses arguments ni aucun juge ses considérants », il permet l'acquisition de l'« esprit juridique » (*Précis de droit romain*, 3^e éd., A. Cotillon et Cie, 1879, tome 1, p. xxii et xxiv-xxx).

85. Ch. Appleton, « Observations sur la méthode dans l'enseignement du droit en général, du droit romain en particulier et sur les réformes adoptées en 1889 », *Revue internationale de l'enseignement supérieur*, tome 21, 1891, p. 247-277. Notons qu'Edmond Dreyfus-Brisac, rédacteur en chef de la revue, prend le soin d'ajouter une note finale : « L'opinion qu'on exprime ici, nous devons le constater, est toute personnelle et, à notre avis, très contestable. » Sur Appleton, outre le travail précité de David Deroussin, cf. F. Cherfouh, *Le juriste entre science et politique...*, *op. cit.*, p. 269-292.

86. Cf. en ce sens P. Noailles, « La crise du droit romain », dans *Mémorial des études latines publié à l'occasion du vingtième anniversaire de la Société et de la Revue des études latines*, Les Belles Lettres, Paris, 1943, not. p. 408 et 411. Celui-ci note ainsi : « Quoique

D'autres professeurs de droit romain défendent plus nettement encore la dogmatique classique et restent relativement en marge des progrès de la méthode historique⁸⁷. C'est notamment le cas de Georges Bry qui déplore la réforme de 1895 supprimant la liberté des professeurs de droit civil et de droit romain et instaurant un programme fixe : en première année est prévu un « exposé général des institutions du droit romain envisagées particulièrement dans leur développement historique » et, en deuxième année, dans le cadre du cours semestriel, une étude spéciale d'une matière choisie par le professeur parmi celles qui sont utiles pour l'étude du droit français, « ce qui implique l'examen attentif des textes et l'initiation des élèves aux procédés des jurisconsultes romains »⁸⁸. Bry juge en effet le décret contraignant pour le professeur qui perd sa « liberté » acquise en 1889. Il adopte toutefois un plan qui ne correspond ni à la lettre du décret ni à une réflexion originale en la matière. Il procède ainsi à une simple réorganisation de sa présentation antérieure largement inspirée des ouvrages plus anciens⁸⁹. Aussi perpétue-t-il largement les travaux du milieu du XIX^e siècle et ne prend pas part au tournant historique du droit romain.

Les civilistes, également directement concernés par la crise en cours, prennent alors conscience de l'enjeu déterminant que constitue cet enseignement du droit romain. Si comme le relève le rapport de Raymond Poincaré, alors ministre de l'Instruction publique, sur la réforme du 30 avril 1895, le nouveau programme « concilie très heureusement deux méthodes d'enseignement du droit romain dont chacune a son utilité propre et aussi ses

nous cherchions à appliquer à notre science une exacte méthode historique, nous sommes encore largement tributaires de la méthode d'exégèse des jurisconsultes. » « Les témoignages du passé ont pour le jurisconsulte l'importance seconde de venir confirmer son système du présent. Aussi ne cherche-t-il pas à les étudier pour eux-mêmes, mais il les choisit. Je ne jurerais pas que cette méthode ait été désormais abandonnée dans nos études historiques ».

87. Sur le contenu des cours de droit romain à partir de 1870, cf. Ch. Pfister, « L'enseignement du droit romain à l'ancienne Faculté de droit de Strasbourg (1806-1870) », dans *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, 1933, p. 419-432 ; H. Vidal, « Alfred Pierron et l'enseignement du droit romain à Montpellier de 1881 à 1895 », dans *Recueil des mémoires et travaux publié par la Société d'Histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, fasc. IX, *Mélanges Roger Aubenas*, 1974, p. 749-759 ; M. Malherbe, « La science romaniste bordelaise au XIX^e siècle », dans *Les Facultés de droit de province au XIX^e siècle...*, *op. cit.*, p. 425-436 ; A. Cérati, « Considérations sur la grandeur du droit romain à Aix et sur sa décadence », dans *Six siècles de droit à Aix 1409-2009, Mémorial de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille à l'occasion du sixième centenaire de sa fondation*, J.-L. Mestre (dir.), PUAM, 2009, p. 45-46.

88. Notons que le décret du 30 avril 1895 supprime tout enseignement de droit romain dans le cadre du doctorat de sciences politiques et économiques.

89. *Principes de droit romain*, 3^e éd., L. Larose, 1901, p. VIII-IX. Le titre de la première édition de son manuel est un vrai programme : *Principes de droit romain exposés dans leur développement historique pour servir d'introduction à l'étude du droit français à l'usage des étudiants des facultés de droit* (1892).

partisans »⁹⁰, et si le lien entre droit romain et droit civil est réaffirmé à cette occasion, Bufnoir et d'autres avec lui craignent qu'il ne s'agisse que d'une étape supplémentaire vers la suppression de ce qu'ils considèrent comme le tronc commun indispensable des études de droit : le droit civil conforté par un droit romain essentiellement dogmatique. Ce sentiment de crise est d'ailleurs aggravé par la réforme opérée par le décret du 1^{er} août 1905 rendant facultatif le cours de droit romain semestriel de deuxième année⁹¹. Bien que modifié dès 1922⁹² ce texte symbolise dans la lignée des mesures de 1889 et de 1896 une remise en cause qu'une large partie du corps professoral civiliste n'entend pas subir passivement.

L'un des civilistes à avoir le plus tôt et le plus vigoureusement défendu la méthode dogmatique est Bufnoir⁹³ qui, très clairement, associe le déclin de l'« esprit juridique » à la remise en cause du couple fondateur unissant le droit civil et le droit romain⁹⁴. Il craint en effet de voir disparaître avec ce dernier un élément essentiel de la formation juridique classique, et donc de la dogmatique juridique⁹⁵. Alors qu'il défend une méthode historique en réalité destinée à mettre en exergue la généalogie du droit et sa pérennité, il souhaite sauvegarder un droit romain servant d'initiation obligatoire pour

90. A. de Beauchamp, *op. cit.*, tome 5 (juin 1889-mai 1898), 1898, p. 467.

91. L'intitulé du cours de deuxième année devient : « Droit romain : études de quelques théories importantes de droit romain ». Notons que le lien intrinsèque et originel avec le droit civil s'amenuise encore.

92. L'arrêté du 2 août 1922 restaure le caractère obligatoire du cours de droit romain de deuxième année.

93. Sur Bufnoir, nous nous permettons de renvoyer à notre étude « De l'esprit et de la méthode des civilistes de la seconde moitié du XIX^e siècle : l'exemplarité de Claude Bufnoir », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n° 47, 2008, p. 45-75.

94. « À nos yeux, ce qui fait le docteur en droit, c'est moins la connaissance acquise et pour ainsi dire accumulée de notions exactes sur les branches spéciales plus ou moins nombreuses de la législation, que la possession à un degré éminent de cette doctrine des principes qui fait le jurisconsulte. Cette doctrine n'existe pas en dehors d'une connaissance suffisamment approfondie du droit romain et du droit civil » (« Rapport présenté au nom de la section de droit du groupe parisien », *Revue internationale de l'enseignement*, tome 1, 1881, p. 383-384). Cf. également en ce sens G. Ripert, « L'avenir des facultés de droit », *Annales de la faculté de droit d'Aix*, Nlle série, n° 2, 1918, p. 20.

95. Il écrit notamment à propos du sectionnement de l'agrégation : « pour dégager la nature intime des institutions, il existe deux méthodes également nécessaires. L'une, aussi vieille que le droit lui-même, procède par l'analyse abstraite et par la déduction ; c'est la méthode dogmatique. L'autre est une méthode d'observation : elle procède par l'histoire du droit et par le droit comparé ; elle est appelée à renouveler toutes les sciences juridiques. N'est-il pas contraire à la science d'isoler l'histoire du droit à l'agrégation en la séparant du droit privé et du droit public dogmatiques ? Ne peut-on pas craindre aussi que les historiens du droit ainsi formés ne tournent leur attention principale vers l'archéologie juridique et vers l'histoire des sources ? » Cf. « Rapport présenté au nom de la Faculté de droit de Paris sur le projet de sectionnement de l'agrégation en Droit », *Annales d'histoire des facultés de droit*, 1984, n° 1, p. 115.

les études du droit le plus pur, c'est-à-dire le droit civil. Instrument de la formation des juristes, permettant ainsi de perpétuer un modèle toujours d'actualité, le droit romain présente alors à ses yeux un intérêt scientifique en montrant par l'exemple aux étudiants ce qu'est la nature d'un phénomène juridique presque immuable⁹⁶.

Véhicule de la tradition juridique, moyen de transmettre les valeurs juridiques, le droit romain devient indispensable pour éviter les dérives que Bufnoir dénonce. Remettre en cause la place du droit romain, le transformer en science pour érudit⁹⁷ revient alors à renoncer à un socle principal de la civilisation occidentale⁹⁸. Autrement dit au cœur de l'école dite scientifique, le projet de sauvetage du « classicisme du droit » passe par le maintien d'un enseignement au moins partiellement dogmatique du droit romain.

Or, cet argument ne saurait dissimuler un motif davantage politique de cette défense du droit romain. Alors que les réformes de 1889 et de 1905 ont clairement comme raison l'ouverture des études de droit et leur démocratisation⁹⁹, et alors que la crise du droit civil¹⁰⁰ est une remise en cause

96. En l'occurrence, la défense du droit romain par Bufnoir ne peut être comparée à celle du groupe de la *Thémis* dont l'ambition est une refondation scientifique et philosophique du droit substantiellement différente. Pour s'en persuader, il suffit de comparer les articles de la *Thémis* (par exemple Warnkoenig, « Discours prononcé à l'ouverture d'un Cours d'histoire du droit romain, à l'Université de Liège, le 17 octobre 1820 », *Thémis ou Bibliothèque du jurisconsulte*, tome 2, 1820, p. 375) avec l'ouvrage publié par Bufnoir, *Théorie de la condition dans divers actes juridiques suivant le droit romain*, Cotillon, 1866.

97. Cf. également son rapport d'inspection de la faculté de droit de Caen en date du le 21 juillet 1891 dans lequel il reproche à Gauckler, chargé du cours de Pandectes, d'avoir une « tendance un peu exclusive à l'enseigner uniquement au point de vue historique et à faire, peut-être, une part trop restreinte, à mon avis, au point de vue juridique » (« Rapport d'inspection pour la Faculté de droit de Caen adressé au ministre de l'Instruction publique le 21 juillet 1891 », A. N. F¹⁷ 13072).

98. Sur ce point, cf. également V.-Al. Georgesco, « La crise des études de droit romain », *Revue d'histoire du droit*, tome XVI, 1937, p. 415-417. Celui-ci écrit notamment qu'à une époque révolutionnaire : « Les valeurs les plus solides du passé, et parmi elles le droit romain, sont remises en discussion et souvent répudiées. » Il ajoute : « Finalement, le droit romain est battu en brèche par le modernisme facile, par la superficialité intellectuelle et par une certaine insensibilité morale propre à notre époque ».

99. Le bordelais Frantz Despagne a très tôt mis l'accent sur ce point central (« La fonction sociale des facultés de droit », *Revue internationale de l'enseignement*, tome 21, 1891, p. 1-24 et tome 22, p. 533-560). Cf. également Esmein qui justifie les réformes opérées par l'ouverture des facultés de droit aux nouvelles élites (A. de Beauchamp, *op. cit.*, tome 6 (juin 1898-janvier 1909), 1909, p. 754). Sur cette question, cf. plus récemment M. Miaille, « Sur l'enseignement des Facultés de droit en France (les réformes de 1905, 1922 et 1954) », *Procès*, n° 3, 1979, p. 87 et J. Gatti-Montain, *Le système d'enseignement du droit en France*, PUL, 1987.

100. « J'ai cru constater qu'il y avait dans nos facultés de droit, je ne dirai pas une crise du droit civil – le mot serait tout à fait excessif et profondément injuste – mais comme une désaffection à l'endroit du droit civil. On ne l'aime plus ; on le comprend moins qu'autrefois (...) Toute cette science n'a plus le don de les intéresser. L'esprit juridique, le sens juridique,

de ses principes jugés trop individualistes et injustes, l'enseignement du droit romain doit permettre de sauver non seulement une relative unité du droit autour du droit civil, mais également, et peut-être surtout, un modèle juridique accordant une place de choix aux principes juridiques qui doivent demeurer au cœur de toute éducation juridique.

C'est d'ailleurs Raymond Saleilles qui exprime le plus clairement cet enjeu décisif que constitue la place faite au droit romain dans les facultés de droit. Dans un article publié en Italie en 1905, il lie explicitement cette question à la démocratisation des études juridiques et du droit¹⁰¹. Jugé par ses détracteurs comme trop aristocratique¹⁰², radicalement opposé à l'économie politique ou à l'économie sociale¹⁰³, le droit romain serait devenu obsolète¹⁰⁴. Or il n'en est rien à aux yeux de Saleilles puisque non seulement le droit romain offre une méthode rivée aux « nécessités sociales »¹⁰⁵, la méthode historique étant la méthode scientifique par excellence, mais il doit permettre de sauver la science juridique d'un possible déclin. À l'opposé d'un droit forgé « par à-coups législatifs », d'un droit dans lequel « il n'y a plus de science », refusant « l'anarchie législative, autre forme de l'anarchie sociale »¹⁰⁶, il plaide vigoureusement pour une science d'« adaptation de la loi à la vie ». Il peut ainsi affirmer que « ce qu'il faut à la démocratie, c'est une science du droit fondée sur une base largement progressive et armée d'une méthode aussi objective que possible, instrument de justice et de progrès tout à la fois »¹⁰⁷. Or, le meilleur exemple de cette méthode objective est fourni par le droit romain ! Pour sauver la démocratie de ses vices, il

est en voie, je ne dirai pas de se perdre, mais tout au moins de s'atténuer. » R. Saleilles, « Droit civil et droit comparé », *Revue internationale de l'enseignement*, tome 61, 1911, p. 5.

101. « Le droit romain et la démocratie », dans *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto pubblicati in onore di Vittorio Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*, Ulrico Hoepli, Milan, 1905, volume 2, p. 711-730. Sur cette question, cf. notre étude « Le droit romain et la démocratie : de Saleilles à Schiavone », *Revue d'histoire des facultés de droit et de culture juridique, du monde des juristes et du livre juridique*, n° 35, 2015, p. 409-420.

102. *Ibid.*, p. 713-715.

103. Pour lui, économie politique et socialisme plongent « le mouvement démocratique moderne » dans le « chaos » ! « Il se produit, par le fait même de cette préoccupation hâtive de donner une satisfaction immédiate à toutes les nécessités de fait et de régler toutes les questions dans leur ensemble, sans jamais tenir compte des solutions individuelles à intervenir, un véritable désarroi, qui est, en lui-même, la négation radicale de la science du droit, et la négation de toutes les réalités historiques. Car, en matière sociale, il n'y a de science que celle de la réalité historique. Nier l'une c'est détruire l'autre. » (« Le droit romain et la démocratie », *op. cit.*, p. 722).

104. *Ibid.*, p. 715-717.

105. « Droit civil et droit comparé », *Revue internationale de l'enseignement*, tome 61, 1911, p. 21.

106. « Le droit romain et la démocratie », *op. cit.*, p. 722-723.

107. *Ibid.*, p. 724.

est donc nécessaire de transmettre aux étudiants la façon la plus objective de « concilier incessamment les exigences de la justice individuelle avec celles de la justice sociale ». Il ajoute enfin : « c'est une méthode que nous lui empruntons, pour servir à transposer aujourd'hui dans le domaine du droit, sans attendre la loi, toutes les solutions de fait qu'exige la conscience sociale progressive, et que nous lui empruntons afin de substituer à l'arbitraire du "Bon juge" la technique protectrice, équitable et savante, du "Juste juge" »¹⁰⁸.

Ainsi, le droit romain devient plus que jamais une matrice qu'il faut sauver des mutations en cours pour maintenir une science juridique certes réformée et devenu « scientifique », mais une discipline toujours classique en ce qu'elle accorde une place centrale aux juristes eux-mêmes. Car enseigner le droit de Rome, surtout d'un point de vue historico-dogmatique, dans le cadre d'une histoire non érudite ou d'une dogmatique « sans rigueur », c'est bien reproduire un modèle juridique dans lequel le juriste, interprète de la réalité sociale, joue un rôle moteur¹⁰⁹. Rome, en tant que lieu de l'invention de *iurisprudentia*, de la figure du jurisconsulte, d'un droit largement façonné par des juristes titulaires d'un savoir prestigieux et irremplaçable, d'une science sociale singulière, d'une méthode permettant d'échapper à la subjectivité, permet un discours qui autorise et rend possible une mise en scène de la légitimité¹¹⁰.

Bien plus que Gény qui reste en retrait sur cette question¹¹¹, mais dans la droite ligne de Bufnoir, Saleilles fait de l'enseignement du droit romain la pierre angulaire du devenir des facultés de droit dans le contexte républicain¹¹². Aussi n'est-il pas surprenant de voir les romanistes eux-mêmes

108. *Ibid.*, p. 729. Il écrit par ailleurs : « Enfin, ces procédés de retour au système romain, qui sont les procédés de formation naturelle, au lieu des instruments artificiels que nous a légués l'école doctrinale du contrat social, ont cet autre avantage de chercher leurs éléments d'évolution, non plus en haut, dans les régions supérieures de l'idéologie abstraite, mais en bas, dans celles de la réalité des faits ; et alors, le droit perd enfin son caractère de science verbale, pour redevenir ce qu'il est, et ce qu'il doit être, une science purement sociale, empruntant ses éléments aux lois de la sociologie dominées par l'adaptation aux principes de justice » (« Préface », dans *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif – Essai critique*, 2^e éd., 1919, tome 1^{er}, p. XXIII-XXIV).

109. La comparaison avec Savigny ne peut bien sûr manquer d'être faite en l'occurrence.

110. Cf. les analyses stimulantes d'A. Schiavone, *op. cit.*, not. p. 22, 26 et 48-50.

111. *Méthode d'interprétation...*, *op. cit.*, tome I^{er}, not. n° 76, p. 171 et n° 80, p. 182-183. Sur Gény, cf. également notre étude « Droit naturel et histoire chez François Gény », *Clio@Themis, Revue électronique d'histoire du droit*, n° 9, 2015.

112. Sur ce point déterminant, cf. M. Xifaras, « La *veritas iuris* selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juridisme », *Droits*, n° 47, 2008, p. 77-148 ainsi que les contributions réunies dans *La République et son droit (1870-1930)*, F. Audren, J.-L. Halpérin et A. Stora-Lamarre (dir.), PU de Franche-Comté, 2011.

parfois reproduire cette défense, et souvent hésiter quant au discours à tenir quant à l'utilité de leurs enseignements.

Que conclure de cette courte incursion dans une histoire des facultés de droit et de l'enseignement du droit romain ? Si « le droit romain a été la grande victime des réformes appliquées à partir de 1955 »¹¹³, il n'en demeure pas moins que la méthode historique a indubitablement progressé. Inversement, et de ce fait découle la crise de cet enseignement¹¹⁴, la méthode dogmatique a quelque peu délaissé les cours de droit romain.

Pour autant, le droit romain n'est-il plus un lieu de mémoire du droit ? Ou a-t-il passé le flambeau à une histoire du droit qui, en s'éloignant de ses origines iconoclastes, s'est transformée en gardienne du temple juridique ?¹¹⁵

Si, comme le souligne Aldo Schiavone, au cours de la seconde moitié du xx^e siècle « la sortie de scène a l'air d'être définitive »¹¹⁶, et s'il est vrai que le droit romain devenu davantage, voire principalement, historique perd sa normativité, il n'en demeure pas moins que le décret du 27 mars 1954¹¹⁷ ne met pas totalement fin à la fonction disciplinante et légitimante du droit romain. Savoir souvent considéré par certains comme indépassable, il demeure marqué d'une aura qui permet de ne pas le confondre parfaitement avec l'histoire du droit. S'il est heureusement des juristes n'ayant jamais appris la loi des douze tables, le droit prétorien, les œuvres des juristes classiques ou le droit de Justinien, le droit en général, et le droit privé en particulier, véhicule toujours un lien ombilical revendiqué et emblématique qui resurgit régulièrement lorsque les juristes défendent une tradition, une identité collective¹¹⁸ ou encore telle ou telle opinion. La filiation dogmatique¹¹⁹ ne semble ainsi pas avoir disparu, ne serait-ce que lorsqu'il s'agit de s'interroger sur la nature du phénomène juridique, ses formes et sa

113. J.-Ph. Lévy, « Présentation », dans P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, *op. cit.*, p. iv).

114. M. Villey, *op. cit.*, p. 402-407.

115. Cf. F. Audren, « L'histoire à contre-courant... », *op. cit.*, p. 51-69.

116. A. Schiavone, *op. cit.*, p. 28.

117. Sur cette réforme, cf. récemment C. Moreau du Bellaing, « Un bon juriste est un juriste qui ne s'arrête pas au droit. Controverse autour de la réforme de la licence de droit de mars 1954 », *Droit et société*, n° 83/2013, p. 83-96.

118. Pour une comparaison avec la fonction des manuels de droit, cf. F. Audren, « Les juristes en travailleurs manuels », dans *Histoire des manuels de droit*, *op. cit.*, p. 341.

119. Sur cette permanence en matière de droit privé, cf. Ch. Jamin et Ph. Jestaz, *La doctrine juridique*, Dalloz, 2004 ; N. Hakim, « Droit privé et courant critique : le poids de la dogmatique juridique », dans *Le droit en révolutions(s)*, *op. cit.*, p. 71-83.

technologie¹²⁰. Signe supplémentaire de cette survivance, le sentiment de crise du droit est encore parfois présenté comme ayant pour manifestation évidente le déclin de l'enseignement du droit romain¹²¹.

Discipline morte le droit romain ? Rien n'est donc certain, si l'on veut bien considérer, au-delà de la rupture réelle entre notre droit et celui-ci et, bien évidemment, son intérêt devenu historique, son rôle structurant que ce soit en France ou dans les pays relevant de la tradition romano-canonique. Sa fonction esthétique semble être le premier argument qui a justifié son maintien. Beau droit, droit savant, droit érudit et christianisé, le droit romain esthétise le savoir juridique. Surtout, il autonomise la « science juridique » en l'éloignant de toute autre forme de savoir et de toute autre discipline universitaire. Le « Vrai » et le « Beau » du droit romain définissent souvent, comme les humanités grecques et romaines l'on fait pendant fort longtemps, l'acceptable, le faisable et l'admirable. À cela s'ajoute immédiatement une fonction filiale qui permet de devenir un juriste digne de ce nom en éprouvant et en apprenant un droit modèle qui « canonise » l'expérience d'une juridicité singulière. Le droit romain inscrirait ainsi le juriste dans le droit conçu comme modèle de société fort actuel, mais presque toujours présenté comme hérité et transmis. Droit modèle et modèle du droit, le droit romain a dans un même mouvement une fonction distinctive, car peu importe ce qu'il transmet réellement ou ce qu'il permet de faire ou de faire faire. Par son ancienneté et son apparente immutabilité, il légitime l'irréductibilité du droit, spécialement du droit privé, aux autres disciplines des sciences sociales. Il sanctuarise une hiérarchie disciplinaire des savoirs en séparant le « dedans » et le « dehors » des sciences non juridiques, le noble et le non noble. Il participe d'une identité encore véhiculée par une partie la culture juridique dominante, spécialement en droit privé et par certains historiens du droit qu'ils soient romanistes ou non. Aussi n'est-il guère concevable encore aujourd'hui de trop l'historiciser en ce que cela implique de relativisation et de quête de ses spécificités ou de son étrangeté. Si, avec Maitland, on veut bien admettre, non sans peut-être quelques nuances, que l'orthodoxie est nécessaire au juriste et incompatible avec l'histoire¹²²,

120. Sur cette question, cf. not. Y. Thomas, « Présentation », *Annales. Histoire, sciences sociales*, 2002, n° 6, p. 1427.

121. Un exemple un peu ancien d'un discours toujours récurrent est ici significatif : les étudiants « comprendront-ils même la langue juridique maintenant qu'est supprimée l'étude du droit romain qui l'a créée ? » « Si on leur apprenait le droit romain ce n'était pas pour le plaisir d'analyser les lois d'un peuple disparu, c'était pour leur montrer la pérennité de certaines règles et pour expliquer la formation du droit français, et, avec le nôtre, celui de beaucoup d'autres pays. » (G. Ripert, « La réforme des études dans les Facultés de droit », *D.* 1955, chron. xxvi, p. 137).

122. « The lawyer must be orthodox otherwise he is no lawyer; an orthodox history seems to me a contradiction in terms. If this truth is hidden from us by current phrases

alors n'est-ce pas sa fonction dogmatique qui justifie encore et toujours le droit romain en tant que discipline distincte de l'histoire ? Ce dernier, comme discipline universitaire, reste ainsi encore irréductible au droit des romains et à l'histoire du droit. Il demeure ainsi vivace dans un imaginaire collectif qui ne fait certes plus l'unanimité, loin s'en faut, mais structure encore certains de nos savoirs et peut-être surtout les configurations institutionnelles de ces savoirs¹²³.

about "historical methods of legal study", that is another reason why the history of our law is unwritten. If we try to make history the handmaid of dogma she will soon cease to be history. » F. W. Maitland, *Why the History of English Law Is Not Written: And Inaugural Lecture Delivered in the Arts School at Cambridge on 13th October, 1888*, Cambridge University Press, 1888, p. 14-15 et dans *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, H.A.L. Fisher ed., Cambridge University Press, vol. I, 1911, p. 480-497.

123. Cf. en l'occurrence J.-L. Fabiani, « À quoi sert la notion de discipline ? », *op. cit.*, p. 11-34 et, du même, « Du chaos des disciplines à la fin de l'ordre disciplinaire ? », *Pratiques – linguistique, littérature, didactique*, n° 153/154, 2012, p. 129-140.

Les Allemands et les Français font-ils la même science du droit avec une cartographie des disciplines différentes ?

Jean-Louis HALPÉRIN

*Professeur à l'École normale supérieure,
Centre de théorie et analyse du droit, UMR 7074,
Institut universitaire de France*

Dans le discours des juristes, le mot « discipline » ou l'expression « disciplines juridiques » font partie de ces habitudes langagières pour lesquelles chacun se croit dispensé de donner une définition ou de caractériser un concept. Tout au plus pourrait-on dire d'un point de vue positiviste, que les « disciplines juridiques » sont un « concept du droit », autant qu'un concept de la science du droit au sens que Michel Troper a donné à ces formulations¹, puisqu'en France le décret du 6 juin 1984 organise, dans son article 49-2, le concours d'agrégation dans « chacune des disciplines juridiques », c'est-à-dire en relation avec le sectionnement de ce concours depuis 1896 entre le droit privé, le droit public et l'histoire du droit. On voit tout de suite ce que cette approche a d'insatisfaisant en matière de réflexion sur la notion de « discipline juridique ». Non seulement, cette définition réglementaire ne rend pas compte du caractère « scientifique » qu'évoque le mot discipline (et des justifications substantielles de la subdivision en disciplines à l'intérieur des sciences), mais elle est trop étroitement liée à la situation universitaire française (du moins depuis 1896) pour nous guider dans une enquête sur le sens et la portée du mot « discipline » appliqué à la science du droit. Pour sortir de cette aporie, avec un point d'appui objectif, on est tenté de se tourner vers les langues étrangères et le droit comparé. Cela d'autant plus que le syntagme « disciplines scientifiques »

1. En dernier lieu, M. Troper, *Le droit et la nécessité*, PUF, coll. « Léviathan », 2011, p. 256.

nous conduit à l'emploi du terme « science » dans le champ juridique. Or l'on sait bien que l'emploi du mot *scientia* dans le droit romain – la définition placée en tête des *Institutes* de Justinien (I, 1, 1, 1), *Iurisprudentia est humanarum atque divinarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia* – n'a pas le même sens que l'allemand *Rechtswissenschaft* au XIX^e siècle² ou que le terme de « science du droit » en France au XX^e siècle. Chacune de ces formulations concernant la « connaissance » (pour utiliser un mot plus neutre) du droit correspond à des paradigmes « scientifiques » différents qui pouvaient incliner des juristes, dans le contexte de leur époque, à utiliser le mot de « science » pour le droit. C'est pour ces raisons que nous proposons ici une comparaison sur ce qu'on peut entendre par « disciplines juridiques » en France et en Allemagne, depuis la fin du XIX^e siècle. Sans pouvoir être étendue à un grand nombre de pays et d'ordres juridiques (en anglais et dans tous les pays de *common law*, il n'y a pas d'équivalents à cette notion de disciplines juridiques), l'étude aurait pu concerner d'autres traditions, comme celle de l'Italie où il est question dès le début du XX^e siècle de *disciplina giuridiche* (par exemple, dans des articles de la *Rivista italiana per le scienze giuridiche* fondée en 1886, notamment celui de Benvenuto Donati, *Teoria delle discipline giuridiche e filosofia del diritto* en 1905). Faute d'éléments suffisants, nous avons préféré nous borner à une comparaison entre la France et l'Allemagne, en tenant compte notamment de l'importance des juristes de langue germanique au XIX^e et au XX^e siècle en termes de « science » ou de « discipline juridique » (il suffit de penser à l'emploi fréquent de ces deux termes par Kelsen). Après avoir esquissé une brève histoire des occurrences les plus anciennes de ce syntagme (I), nous essaierons de restituer ses rapports avec la structuration de l'enseignement universitaire du droit qui distingue nettement l'Allemagne et la France au XIX^e siècle et dans la première moitié du XX^e siècle (II), puis de nous interroger sur la portée que peut avoir, depuis la Seconde Guerre mondiale, cette expression dans deux pays où beaucoup de juristes considèrent le droit comme une science (III).

I – LES PREMIÈRES OCCURRENCES DES MOTS « DISCIPLINE » ET *DISZIPLIN*

Les dictionnaires des langues française et allemande nous apprennent, les uns et les autres, que les mots « Discipline » et « *Disziplin* » sont attestés avec le sens de branche ou spécialité de la connaissance, de l'enseignement

2. Sur l'emploi de cette expression depuis le XVIII^e siècle, J. Schröder, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933)*, Beck, 2012, 2^e éd., notamment p. 170 et s.

et de la science depuis la fin du xiv^e siècle : Nicolas Oresme l'utilise ainsi dans sa traduction de l'*Éthique* d'Aristote vers 1370³. Pour autant, son emploi répété dans les ouvrages juridiques n'apparaît, d'abord en Allemagne, qu'au xviii^e siècle. Il faut attendre beaucoup plus longtemps, jusqu'à Gény au début du xx^e siècle, pour que le terme « discipline juridique » pénètre la doctrine française. Quelques jalons, résultant d'une enquête sur les manuels et « encyclopédies » juridiques permettent de saisir combien l'emploi de ce mot ou d'équivalents est lié aux classifications à l'intérieur de la science du droit.

En Allemagne, le mouvement nous paraît commencer avec le professeur Johann Stephan Pütter, un des chefs de file de l'Université de Göttingen où se développèrent les premières études historiques sur le droit. Dès le début de son *Encyclopédie* ou *Méthodologie* juridique parue en 1767, Pütter parle de *Disziplin* au singulier pour l'ensemble de la science du droit⁴. Quelques décennies plus tard, le mot n'est pourtant pas central pour les deux grands protagonistes de la querelle sur la codification, Thibaut et Savigny. En partant de la caractérisation du droit comme *Wissenschaft*, Thibaut dans son *Encyclopédie* de 1797⁵ établit une *summa divisio* (comme *Haupttheile unsrer Wissenschaft*) entre droit naturel (ou de la raison) et droit positif (ou civil). Le droit naturel, comme le droit positif appliqué en Allemagne se divisent en *Staatsrecht*, *Privatrecht* et *Völkerrecht*. Le droit positif privé comprend, comme matières particulières, le droit féodal (*Lehnrecht*), le droit ecclésiastique (*Kirchenrecht* qui comporte aussi des aspects publics). Thibaut, qui n'emploie pas le mot « *Disziplin* », utilise une notion personnelle de *Regierungsrecht* pour regrouper le droit criminel, la police, le droit financier (ou caméral) et la procédure. Les régions (*Gebiete*) du droit apparaissent en plus petit nombre dans l'œuvre de Savigny. Les divisions fondamentales sont au nombre de

3. Pour l'emploi du mot en français, K. Baldinger, *Etymologisches Wörterbuch zu Rabelais*, Walter de Gruyter, 2001, p. 213 (avec également des mentions chez Rabelais); P. Imbs (dir.), *Trésor de la langue française*, éd. du CNRS, 1979, vol. VIII, p. 257-258; il nous paraît significatif que ce sens scientifique ne soit pas mentionné dans P. Poitevin, *Dictionnaire universel de la langue française*, Reinwald, 1856, vol. I, p. 727, ce qui serait un indice d'un faible usage du mot « discipline » dans l'université française du xix^e siècle. Pour l'emploi du mot en allemand (qui n'est pas mentionné dans le Dictionnaire des frères Grimm), H. J. Meyer, *Neues konversations-lexikon*, Verlag vom Bibliographischen Institut, 1863, Bd. V, p. 756; W. Pfeifer, *Etymologisches Wörterbuch des Deutschen*, Akademie Verlag, 1989, p. 292 (fait remonter au xv^e siècle l'emploi scientifique du mot *Disziplin* en allemand); F. Kluge, *Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*, Trübner, 1883, rééd. Walter de Gruyter, 2002, p. 206.

4. J. S. Pütter, *Neuer Versuch einer juristischen Encyclopädie und Methodologie*, Vandendoek, 1767, p. 1 et p. 50 (pour l'application à la statistique de l'expression « discipline particulière »).

5. F. J. Thibaut, *Juristische Encyclopädie und Methodologie*, 1797, p. 9, 15.

quatre : *Privatrecht*, *Staatsrecht* (ou *öffentliches Recht* comprenant le droit criminel et la procédure), *Kirchenrecht* appelant un traitement particulier et *Völkerrecht*. De manière nuancée, Savigny remarque cependant que le droit de la procédure entremêle les prérogatives de l'État et les droits des particuliers, rendant difficile la qualification de la nature de cette discipline (*innere Wesen dieser Rechtsdisciplinen*)⁶.

Ces classifications vont être davantage discutées dans la littérature des *Encyclopédies* correspondant à des enseignements introductifs proposés aux étudiants dans les facultés de droit. La *Juristische Encyclopädie* de Niels Nikolaus Falk (professeur à Kiel) a connu un grand rayonnement à partir de sa première publication en 1821. L'auteur parle plusieurs fois de *Disciplin* (cette graphie était fréquente au XIX^e siècle), au singulier pour la science du droit et au pluriel pour qualifier aussi bien le *Staatsrecht* que le droit féodal (*Lehnrecht*), le droit criminel ou le droit des gens (dont le caractère de discipline est rattaché à la fondation de l'Université de Göttingen en 1734)⁷. En 1856, Ferdinand Walter (1794-1879), professeur à Bonn, fait un lien explicite entre les disciplines juridiques (qu'il qualifie de *gegebene*, données, ce qui pourrait laisser entendre qu'elles résultent de la nature des choses) et la tripartition de la science du droit en trois *Rechtsgebiete* : le « droit en Allemagne » (subdivisé en droit privé, droit d'État et droit du procès), le droit des gens et le droit des Églises. C'est le critère de l'emprise territoriale, différenciant le droit en Allemagne (on remarquera que Walter comme ses devanciers entend dépasser les frontières entre les différents *Landrechte* allemands), le droit des gens et le droit des Églises, qui est déterminant. Au sein du droit en Allemagne, l'on retrouve la distinction droit privé/droit d'État (*Staatsrecht*), ce dernier incluant le droit du procès et le droit criminel⁸. Chaque région du droit a ses sources, qui en font du droit positif (il n'est plus question du droit naturel), son contenu organisé en système, son exposition scientifique avec sa littérature spécialisée qui paraît être le propre d'une « discipline ». Walter reconnaît qu'il y a différentes classifications du droit qui ont été proposées. La classification en quatre catégories (*Privatrecht*, *öffentliches Recht*, *Völkerrecht*, *Kirchenrecht*), celle de Savigny, était presque exacte, mais négligeait le fait que droit privé et droit public appartenaient au même cercle, celui qui dépend d'un État déterminé (il faut peut-être voir ici le signe d'un déclin du droit romain et

6. F. C. von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Veit und Comp, 1840, Bd. I, § 9, p. 27 et § 11, p. 33.

7. N. N. Falck, *Juristische Encyclopädie*, Vösenberg, 4^e éd., 1839, p. 31, 34, 64, 217, 239 et 261.

8. F. Walter, *Juristische Encyclopädie*, Adolph Marcus, 1856, p. 61-64. L'auteur, qui insiste aussi sur le rôle du *Juristenstand* (p. 53) critique la classification proposée par Warnkönig dans son *Encyclopédie*.

d'une liaison entre droit interne et législation étatique). La définition juste venait, selon Walter, de Bluhme qui aurait montré que le droit des Églises comme le droit des gens ne pouvait être rattaché complètement au droit de l'État (là encore, on peut y voir une première émancipation du droit international ou supranational moderne), en distinguant les trois cercles (*Kreise*) de l'État, des Églises et du droit des gens⁹.

Le vocabulaire disciplinaire est couramment utilisé en Allemagne et en Autriche par les Encyclopédies ou Introductions au droit de Merkel (1885, réédité en 1900, cet ouvrage élémentaire parle du droit naturel comme d'une *Disziplin* et conserve la tripartition héritée de Walter entre droit de la communauté étatique, *Kirchenrecht* et *Völkerrecht*, le droit national étant lui-même divisé entre *Staatsrecht*, droit privé, droit pénal et droit du procès), Grueber (1888) et Kohler (1902)¹⁰. Ces ouvrages font aussi des distinctions avec les disciplines « auxiliaires » ou « accessoires » (*Nebendisziplinen*) ou « disciplines pratiques ». La redéfinition de la place de l'histoire du droit (notamment du droit romain), après l'adoption et la mise en vigueur du BGB (1896-1900) n'a sans doute pas été étrangère à l'apparition de cette catégorie de « disciplines » accessoires.

La France n'a jamais connu le développement, au sein des facultés de droit, d'un enseignement « encyclopédique », donnant lieu comme en Allemagne ou en Belgique à des manuels spécifiques, et même la littérature consacrée à l'introduction au droit est restée longtemps très pauvre, face à la présence écrasante des cours et manuels de droit civil. Faisant figure d'exception en son temps, l'ouvrage de Glasson, *Éléments de droit français considéré dans ses rapports avec le droit naturel et l'économie politique*, nous paraît révélateur des conceptions des juristes français en ce domaine au début de la Troisième République. Dans ses deux éditions de 1875 et 1884, cet ouvrage exposant les « principes fondamentaux de notre droit français » pour les étudiants et pour un public plus large des personnes « voulant se tenir au courant des lois et institutions de leur pays » contient le même développement sur les « divisions du droit ». Glasson (qui était à la fois civiliste et historien du droit) donne l'explication suivante : « le droit est une science très vaste, qui se subdivise en plusieurs branches, toutes fort importantes. Chacune de ces branches forme, dans notre droit français, un ensemble de lois ». Il ajoute que la réunion des lois de même nature et de la

9. F. Bluhme, *Übersicht der in Deutschland geltenden Rechtsquellen*, 2^e éd., Adolph Marcus, 1854, p. 25. La première édition date de 1847 et Bluhme, qui parle encore de droit divin et de droit naturel, ne nous paraît pas avoir caractérisé des disciplines comme Walter.

10. A. Merkel, *Juristische Encyclopädie*, Guttentag, 1885, 2^e éd. 1900, p. 40 et p. 135 qui divise sa seconde partie entre les *Spezialwissenschaften*; B. E. Grueber, *Einführung in der Rechtswissenschaft*, 4^e éd. Springer, 1918 (la première édition est de 1888); J. Köhler, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, Böhme, 1908.

même branche du droit dans un recueil complet et méthodique constitue un code. Suit la présentation de ces branches du droit fondée sur une tripartition droit privé/droit public/droit des gens. Au droit privé sont rattachés le droit civil (avec le Code civil comme loi commune), le droit commercial et la procédure civile. Dans le droit public, Glasson cite le « droit constitutionnel », le « droit administratif » et le droit criminel. Le droit des gens ne contient pas de subdivisions et Glasson le considère comme « le plus imparfait de tous », avec une conclusion plutôt désabusée sur la guerre faisant triompher la raison du plus fort (rappelons que la première édition de l'ouvrage suit de près la défaite française de 1870-1871)¹¹.

L'on remarquera que le terme de « discipline » n'est jamais utilisé et que Glasson croyait dans une parfaite correspondance entre les « branches » de la science du droit et les ensembles (codifiés ou non) constitués par les lois (dans lesquels il faut comprendre les traités pour le droit des gens) en vigueur en France. La subdivision est des plus simples et se résume, en tenant compte de la place marginale du « droit des gens » (curieusement incorporé dans le droit français) à la dualité droit privé – droit public. On notera aussi, qu'avant le sectionnement de l'agrégation, le droit criminel est rattaché au droit public. On mesure le « retard » de la doctrine universitaire française – dont Glasson, futur doyen de la Faculté de droit de Paris n'est pas un représentant mineur – par rapport à la sophistication des classifications allemandes.

Il faut attendre, plus de vingt après, les travaux de Gény pour que le vocabulaire disciplinaire pénètre en France. Après quelques mentions de ce terme dans *Méthode et sources d'interprétation du droit* en 1899, c'est la publication en 1914 du premier volume de *Science et technique* qui manifeste le tournant et l'influence de la littérature juridique allemande. Dès les premières pages de ce livre, Gény écrit que « la critique d'une discipline déterminée se doit faire par les principes internes et propres de cette discipline ». Plus loin, le droit est défini comme une des « disciplines sociales » qui se subdivisent (selon les expressions de Wundt que Gény dit reprendre à son compte avec un sens différent) en disciplines « descriptives » et « normatives »¹². De manière très isolée par rapport à ses contemporains en France, Gény n'hésite pas à qualifier le droit de « discipline normative » et à en proposer l'épistémologie. Gény cite Jellinek qui utilise ce terme « discipline » à propos de sa célèbre distinction entre doctrine sociale et

11. E.-D. Glasson, *Éléments de droit français considéré dans ses rapports avec le droit naturel et l'économie politique*, G. Pedone-Lauriel, 1^{re} éd. 1875, p. 37-41 et 2^e éd. 1884, p. 44-48.

12. F. Gény, *Science et technique*, Sirey, 1914, p. 4, p. 68-69 (avec des citations de Jellinek et d'H. Kantorowicz), p. 180.

doctrine juridique de l'État¹³. Il ignore, ce qui n'est pas très surprenant, les premiers textes que Kelsen a consacrés à la distinction des disciplines du droit et de la sociologie¹⁴. Comment expliquer à la fois ce point de contact avec le vocabulaire utilisé par Jellinek et Kelsen et cette distance entre la doctrine française et la doctrine allemande dans la définition des subdivisions disciplinaires du droit ?

II – UNE CARTOGRAPHIE DISCIPLINAIRE RÉVÉLATRICE

Les caractéristiques de l'enseignement du droit en France au XIX^e siècle, telles qu'elles ont été fixées au moment de la recréation des écoles de droit par la loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804) sont bien connues. C'est un enseignement dont l'État a le monopole, dans des facultés consacrées exclusivement à l'étude du droit français, laissant une petite place au droit romain, mais ayant fait disparaître toute référence au droit canon. Le programme des cours (ou matières d'enseignement qui sont considérées comme autant de parties de la « science » du droit, expression déjà utilisée à l'époque) est limité, mettant en première ligne « le droit civil français dans l'ordre établi par le Code civil » (enseigné dans les trois ans de la licence), puis « le droit romain dans ses rapports avec le droit français », la législation criminelle, de la procédure civile et criminelle (ces trois matières faisant l'objet d'un seul cours). Le droit naturel et le droit des gens annoncés en mars 1804 ayant disparu du programme dès septembre 1804, date à laquelle le droit public et « le droit civil dans ses rapports avec l'administration publique » ne subsistent plus que « sur le papier », l'organisation des chaires se limite d'abord au droit civil, au droit romain et à l'ensemble législation criminelle/procédure pénale/procédure civile.

Dans la première moitié du XIX^e siècle, les chaires font l'objet, à Paris puis en province, de timides ajouts sur le Code de commerce et le « droit français » (1809, cette dernière chaire étant supprimée en 1819), le « droit public positif et le droit administratif français » (1819), l'histoire du droit (1820 et 1829), le droit des gens (1829), le droit constitutionnel (1834), la

13. G. Jellinek, *L'État moderne et son droit*, trad. G. Fardis, Giard et Brière, 1911, vol. I, p. 27 pour l'emploi du terme « discipline ».

14. H. Kelsen, « Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode » (1911) in M. Jestaedt (Hg.), *Hans Kelsen Werke*, Mohr Siebeck, 2010, Bd. 3, p. 25 et 29 notamment pour l'emploi du terme « *Disziplinen* » et la distinction entre disciplines explicatives et disciplines normatives.

législation pénale comparée (1837)¹⁵. Dans le vocabulaire employé, il est question de « cours » ou de « matières »¹⁶, jamais de disciplines dans un contexte où les professeurs exaltent l'unité du droit et refusent en majorité (surtout à Paris) tout élargissement de l'enseignement à travers des cours libres (ces derniers institués en 1840 ont donné lieu à des essais sporadiques d'introduction au droit qui pouvaient ressembler aux cours d'encyclopédie du droit en Allemagne, mais n'ont pas conduit à une littérature spécifique) ou toute création d'une licence en droit administratif (un projet en ce sens échoue en 1849).

Recrutés par des concours locaux de chaire, où les candidats se présentent quelle que soit leur préférence pour telle ou telle matière, les professeurs et suppléants ne peuvent enseigner que les cours prévus par les règlements avec d'infimes différences entre les facultés en fonction de la date d'établissement des chaires (par exemple en droit administratif entre 1819 et 1840). La création d'un concours national d'agrégation (1854-1855) ne change pas fondamentalement cette cartographie des matières : le concours est unique, dominé par le droit civil et le droit romain, alors que le Second Empire a supprimé l'enseignement du droit constitutionnel, accru la part du droit romain, avant de créer des chaires de « droit français étudié dans ses origines féodales et coutumières » (Paris et Toulouse, 1859) et de droit administratif (une à Paris en 1862 élargie à l'économie politique en 1864). La Troisième République a bien multiplié le nombre de matières dans les programmes et diversifié les chaires, avec le droit constitutionnel à partir de 1879, l'histoire du droit et le droit international à partir de 1880, la science financière à partir de 1886, le droit international privé distingué du droit international public à partir de 1889, le droit maritime, la législation commerciale comparée, la législation industrielle, la législation coloniale, la législation civile comparée, l'histoire des doctrines économiques, la législation et l'économie rurales. Les réformes n'ont pas touché l'unité du corps professoral (passé de 80 professeurs en 1850 à 220 en 1914), jusqu'à ce que le sectionnement de l'agrégation en quatre concours en 1896 ne fasse sentir ses effets, après 1919, sur la division entre privatistes (auxquels les pénalistes ont été rattachés par l'agrégation), publicistes¹⁷, historiens du droit et économistes.

Le contraste est fort avec les universités allemandes où, sur le modèle humboldtien de l'Université de Berlin (1810), l'enseignement du droit est

15. J.-L. Halpérin (dir.), *Paris capitale juridique (1804-1950)*, éd. de la rue d'Ulm, 2011, p. 14.

16. Dalloz, *Répertoire alphabétique et méthodique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, 1869, vol. XXXIV/II, V^o Organisation de l'instruction publique, p. 1417-1423.

17. Sur la difficile constitution d'une « section de droit public », G. Richard, *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, Dalloz, 2015.

caractérisé par la liberté académique et l'absence de programme comme d'examen, au cours des trois années d'études. Les étudiants sont libres de suivre les cours de leur choix, sans qu'aucun ordre ne soit prescrit entre ces cours, dont l'intitulé est déterminé par les enseignants (surtout pour les cours « privés » donnant lieu à une rémunération payée par les étudiants). À Berlin, où la faculté de droit avait été ouverte avec seulement trois chaires en 1810, ce sont finalement six chaires qui sont prévues par les statuts : deux en droit romain, une en droit ecclésiastique (*Kirchenrecht*), une en droit des gens et des États européens, une en droit allemand et une en droit criminel. Outre la prépondérance du droit romain, et en second rang du droit allemand selon les perspectives de l'École historique (il s'agit d'enseigner le droit commun allemand transcendant les frontières des États particuliers de la Confédération germanique), on notera l'absence d'enseignement du Code prussien (une chaire pour l'ALR de 1794 ne fut instituée qu'en 1845), la persistance du *Kirchenrecht*, la séparation claire du droit criminel et la préférence donnée au droit des gens sur le *Staatsrecht* (ce dernier fut néanmoins enseigné par Gans à la fin des années 1820). Dans les cinq autres universités prussiennes et, avec plus d'originalité, dans les treize autres universités des États allemands (trois en Bavière, deux dans la Bade, huit dans les autres États), on retrouvait les mêmes chaires (presque toujours avec le même nombre de cinq ou six par faculté de droit) avec une place reconnue à l'encyclopédie du droit, au droit naturel, au droit féodal (*Lehnrecht*), au droit de la procédure (*Prozessrecht*), au droit local (ce *Landrecht* concernait le droit privé, y compris le droit d'origine française en Rhénanie, et le droit public qualifié de *Staatsrecht* ou d'*öffentliche Recht*, par exemple en Bavière), voire au droit commercial, à l'économie (à Heidelberg, en lien avec les sciences camérales alors en déclin), à la philosophie du droit ou à l'herméneutique juridique (à Munich). Non seulement la liste des matières enseignées était plus étendue qu'en France en l'absence de toute contrainte réglementaire, mais chacune des dix-neuf facultés de droit avait ses particularités avec un corps professoral de 110 professeurs ordinaires pour toute l'Allemagne en 1835. Ces professeurs étaient recrutés par des procédures associant les facultés et le ministère des cultes dans chaque État, sans concours. Après le doctorat (ou promotion), les candidats à l'enseignement supérieur passaient l'habilitation, qui leur conférait la *venia legendi* en général dans plusieurs matières et leur permettait de commencer à donner des cours libres (payés par les étudiants) en tant que *Privatdozent*¹⁸. La pratique allemande était donc beaucoup plus souple que le système uniforme imposé en France. Les professeurs étaient habilités,

18. S. Wollgast, *Zur Geschichte des Promotionswesens in Deutschland*, Dr Frank Grätz Verlag, 2011, p. 133-156 ; J.-L. Halpérin, *Histoire de l'état des juristes. Allemagne XIX^e-XX^e siècles*, Garnier, 2015, p. 53-69.

parfois en plusieurs temps, pour faire différents cours (avec beaucoup plus d'heures d'enseignement qu'en France, du fait de l'absence d'examens), changeaient fréquemment de faculté, voire d'intérêt pour telle ou telle partie du droit.

C'est dans ce contexte que l'École historique du droit diffusa, sans jamais avoir le monopole, l'idée d'une *Rechtswissenschaft*, d'une science du droit fondée sur l'étude de l'histoire (du droit romain et, pour certains, du droit allemand) et divisée en « régions » ou « disciplines » avec, dans les Encyclopédies juridiques, une répartition en trois ou quatre blocs : droit privé, droit public (réunis, on l'a vu, par Bluhme et Walter dans le « droit en Allemagne », ce qui incluait le droit romain), *Kirchenrecht* et droit des gens (dans une position subordonnée, mais avec une reconnaissance qui leur manquait en France).

Dans la seconde moitié du XIX^e siècle, la spécialisation ne résulta pas, comme en France, de programmes imposés ou de modifications des modes de recrutement, mais des orientations spontanées des professeurs (toujours formés avec une solide base de droit romain et de droit privé) vers le droit pénal (qui avait en Allemagne deux fois plus de professeurs qu'en France¹⁹), le droit commercial (le mouvement fut initié par Thöl à la fin des années 1840 et poursuivi par Goldschmidt à partir de la fin des années 1860), plus tard vers le droit administratif (avec une première chaire spécifiquement dédiée à cette matière en Prusse en 1881²⁰) et le droit international (dans les années 1890, un peu plus tard qu'en France, de même que pour le droit du travail, pour lequel les chaires spécialisées n'apparaissent que dans les années 1920). Le principal effet de la mise en vigueur du BGB en 1900 fut de faire du droit romain et de l'histoire du droit allemand des disciplines spécialisées et non plus la base de l'enseignement du droit désormais occupée par le Code civil.

Sans aucun phénomène comparable à l'agrégation et à son sectionnement, le corps professoral allemand, formé d'environ 150 professeurs ordinaires dans vingt facultés vers 1900, restait unifié et la répartition entre « disciplines », définies par leur objet mais aussi par leurs concepts propres, se faisait à travers les enseignements, les séminaires (développés à partir des années 1850), les revues spécialisées (par exemple, en droit commercial à partir de 1858, en droit public à partir de 1885, en droit international

19. S. Kesper-Biermann, *Einheit und Recht. Strafgesetzbuch und Kriminalrechtsexperten in Deutschland von Beginn des 19 Jahrhunderts bis zum Reichsstrafgesetzbuch 1871*, Klostermann, 2009, p. 58 évalue le nombre des professeurs de droit pénal en Allemagne à une trentaine par génération dans la période 1780-1870. Les chiffres français étaient deux fois moins importants.

20. M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne (1800-1914)*, trad. fr. M.-A. Maillet et M.-A. Roy, Dalloz, 2014, p. 556.

à partir de 1890)²¹, plus tard les sociétés savantes (l'association internationale pour la science du droit comparé fondée à Berlin en 1894, l'association des publicistes de langue allemande fondée en 1922, le *Rechtshistorikertag* qui remonte à 1927). Sur un peu moins de 500 enseignants en droit (tous statuts confondus) en 1932, on comptait une moitié de privatistes (269), presque un tiers de publicistes (163), 13,5 % de pénalistes (70) et seulement 15 enseignants dont l'habilitation ne comportait que l'histoire ou la philosophie du droit (en réalité de nombreux historiens du droit étaient habilités dans une autre matière)²². Si nous ne disposons pas de chiffres directement comparables pour la France, l'on peut estimer que le cap des 500 professeurs n'était pas dépassé en 1950 en incorporant encore les économistes (ce qui n'était pas le cas en Allemagne depuis l'entre-deux-guerres²³), que les privatistes et les publicistes formaient des groupes de plus de 130 professeurs chacun, devant les historiens du droit autour de 80. Avec des effectifs comparables, les enseignants allemands se répartissaient en disciplines identifiées d'un point de vue scientifique, tandis que les enseignants français étaient séparés en « sections » de manière rigide sur le seul critère des concours de recrutement.

III – LA PERSISTANCE D'UNE CONFUSION SUR LA NOTION DE DISCIPLINE

Cette opposition historique dans la formation de ce qu'on peut appeler des « groupes disciplinaires », entre des enseignants en droit de plus spécialisés à travers le temps, s'est-elle maintenue depuis 1945 ? Plusieurs facteurs paraissent de nature à répondre, d'abord, de manière positive. Les rapports entre procédures de recrutement et répartition par disciplines n'ont pratiquement pas changé et continuent à différencier fortement les deux pays. En France, les effets structurants de l'agrégation ont été renforcés par l'organisation des sections du CNU, et donc du recrutement des maîtres de

21. M. Stolleis (Hg.), *Juristische Zeitschriften. Die neuen Media des 18.-20. Jahrhunderts*, Klostermann 1999.

22. S. Höpel, « Die « Säuberung » der deutschen Rechtswissenschaft. Ausmaß und Dimension der Vertreibung », *Kritische Justiz*, 1993, 26, p. 449. Cette étude sur l'épuration effectuée par les nazis dans les facultés de droit fournit également de précieux renseignements sur la place des épurés (pour motifs raciaux et/ou politiques) dans ces différentes disciplines.

23. L'émancipation des professeurs d'économie par rapport aux facultés de droit est passée en Allemagne par les écoles de commerce (comme celle de Berlin depuis 1906), puis par la constitution de facultés d'économie dans les nouvelles universités comme Francfort en 1914 et Cologne en 1919. Ce phénomène ne débute en France que quarante ans plus tard !

conférences, en trois sections juridiques (droit privé, droit public, histoire du droit) après la séparation des économistes et des facultés de droit achevée dans les années 1960. En Allemagne, le recrutement s'effectue toujours par les universités elles-mêmes parmi les candidats habilités dans plusieurs disciplines, avec même un mouvement récent tendant à accroître le nombre de ces disciplines énumérées dans l'habilitation pour ne pas diminuer les chances du candidat à une chaire (*Lehrstuhl*). Chacune de ces chaires (permanente ou temporaire, le corps des « maîtres de conférences » n'ayant guère d'équivalent en Allemagne) a un intitulé, mais sans aucune rigidité, avec de grandes possibilités d'adaptation au moment du recrutement du titulaire ou de la répartition des cours.

Parmi les conséquences de ce cadre d'ensemble, l'on retrouve certaines des différences déjà marquées entre l'Allemagne et la France au XIX^e siècle : en Allemagne, le droit pénal n'est pas rattaché au droit privé comme en France, le *Kirchenrecht* n'a pas totalement disparu soit comme matière propre, soit comme dépendance du *Staatsrecht*, le droit public (*öffentliches Recht*) permet toutes sortes de combinaisons entre le droit constitutionnel, le droit administratif (intégrant le droit communal, *Kommunalrecht*, mentionné expressément par certains professeurs), le *Völkerrecht*, le droit économique (*Wirtschaftsrecht*), voire le droit social ou le droit de l'environnement, le droit civil peut être ou non associé au droit commercial, au droit social, au droit comparé ou à l'histoire du droit, cette dernière discipline étant rarement isolée et souvent combinée avec le droit civil, voire le droit public.

Sur d'autres aspects, la situation allemande s'est néanmoins rapprochée de la configuration française par des voies différentes. Il existe maintenant un véritable programme des enseignements dans les facultés de droit allemandes, en liaison (comme cela était déjà le cas dans la pratique antérieure) avec la préparation du premier examen d'État. Les conférences entre doyens de facultés de droit, notamment celles organisées à Baden-Baden (1967), Munich et Mainz (1968), ont réparti les matières obligatoires en quatre blocs : droit civil du BGB, droit pénal, *Staatsrecht* et droit processuel. Le droit international, le droit économique, le droit européen comme l'histoire, la philosophie et la sociologie du droit se trouvent dans une liste de matières facultatives, ce qui ne veut pas dire que les dernières disciplines aient autant de place que les premières. La réforme récente de 2002, qui a exigé un minimum de neuf semestres pour se rapprocher du modèle de Bologne, prévoit une spécialisation sur une matière (prise dans une liste dressée par chaque université) avec désormais 30 % de la note du premier examen d'État qui est attribuée par la Faculté. Par ailleurs les publicistes (au sein de la *Vereinigung der Deutscher Staatsrechtslehrer*) et les historiens du droit (participant au *Rechtshistorikertag*) se distinguent, sur des bases associatives,

des civilistes réunis depuis 1950 dans la *Zivilrechtslehrervereinigung* (une Société pour le droit comparée a été reconstituée à partir de 1950 sur les traces de la *Vereinigung* fondée en 1894 et disparue pendant l'entre-deux-guerres). Les plus de mille professeurs de droit allemands (contre 1 500 en France et 2 500 maîtres de conférences) continuent à se répartir sur des bases volontaires entre droit privé, droit public et histoire du droit et il reste plus de liberté qu'en France, par exemple pour ceux qui se spécialisent en droit comparé (et qui sont souvent habilités aussi en droit civil et en droit international privé).

Deux autres phénomènes ont fait que la cartographie des groupes disciplinaires formés par les enseignants présente en Allemagne davantage de ressemblances qu'au XIX^e siècle avec la France. Il s'agit, en premier lieu, de l'essor des matières nouvelles (droit européen, droit de l'environnement ou *Umweltrecht*, droit économique, droit de la concurrence, dans une moindre mesure le droit d'auteur, celui des brevets ou de l'information²⁴) qui nous paraît comparable des deux côtés du Rhin avec des associations assez proches : le droit européen avec le droit international, mais dans certains cas avec le droit privé ; le droit de l'environnement avec le droit public ; le droit de la concurrence avec le droit international privé et le droit comparé ou étranger.

Il faut, en second lieu, tenir compte du fait que, malgré des tentatives périodiques dans les deux pays, les autres disciplines des sciences sociales et les disciplines dites auxiliaires (à l'exception de l'histoire du droit) sont restées tenues à l'écart des facultés de droit. La place de la sociologie du droit demeure, par exemple, très faible dans les études juridiques des deux pays, même si des institutions de recherche comme le CNRS et le Max-Planck Institut peuvent permettre aux juristes de la pratiquer. La structuration de l'ordre juridique, par la constitution, les codes, l'organisation juridictionnelle, l'insertion dans l'Europe et la société internationale déterminent aujourd'hui une cartographie des enseignements qui place la France et l'Allemagne dans des situations souvent plus proches que celles de leurs autres partenaires européens (comme l'Italie, l'Espagne ou le Royaume-Uni).

Qu'en est-il maintenant de la réflexion théorique sur la définition et la délimitation des disciplines du point de vue de leur objet et de leur méthode, et non plus du seul point de vue de l'identité collective de groupes

24. Sur la littérature des manuels en langue allemande relativement à ces matières : D. Willoweit, (Hg), *Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert. Mit Beiträgen zur Entwicklung des Verlages C. H. Beck*, Beck, 2007. A. Jeammaud, J. Péliissier, A. Supiot, *Droit du travail*, Dalloz, 22^e éd., 2004, n° 6 proposent une distinction entre le droit du travail comme branche (ensemble de normes contenues dans un même corpus) et comme discipline (la matière enseignée).

de spécialistes organisés en sections ou associations ? Nous ne prétendons pas répondre à cette question (qui soulève toute la problématique de l'épistémologie juridique en France et en Allemagne), tout au plus indiquer quelques pistes. Il nous semble que, paradoxalement, les juristes allemands et français d'aujourd'hui s'interrogent peu sur cette notion de « discipline ». Ne sont-ils pas, d'abord, attachés à l'unité du droit, en tant que science et discipline, alors qu'ils sont de plus en plus spécialisés ? Même en Allemagne, les ouvrages didactiques de théorie du droit, qui ont remplacé les anciennes *Encyclopédies*, présentent le droit comme une discipline homogène (distinguée des autres sciences sociales par son caractère normatif²⁵) portant sur un ordre juridique lui-même unifié au niveau national et international. Les manuels d'Introduction au droit font de même en France. Plus personne ne paraît s'interroger sur les divisions de cette science du droit qui formerait une unique discipline.

Il faut y voir, selon nous, l'acceptation (souvent plus inconsciente que consciente et véritablement fondée sur la connaissance des textes, notamment de Kelsen, sur cette question) d'une partie des thèses positivistes et normativistes : en faveur du rejet du droit naturel et de la reconnaissance du droit comme « science », comme de la distinction entre sciences normatives et explicatives. La pensée de Kelsen s'est révélée influente, même si sa réception a été tardive en Allemagne (plutôt à partir des années 1970) et même si sa compréhension reste très incomplète en France (il est paradoxal que le vocabulaire kelsénien de la science et de la discipline ait pénétré en France à travers l'œuvre de Gény, qui ignorait les textes de Kelsen sur ce sujet). Une sorte de « sens commun » laisse entendre que chacun s'accorde sur le caractère scientifique de la « discipline » juridique et sur sa subdivision en « disciplines » (au sens d'enseignements ou de matières) spécialisées. En Allemagne, comme en France, le droit est aujourd'hui considéré, du moins par celles et ceux qui réfléchissent à sa théorie et à son épistémologie, en tant qu'objet d'une science constituant une discipline identifiable par son contenu (les normes juridiques) et par sa méthode (même si le consensus est moins étendu sur ce qui caractérise cette méthode). De ce fait, la subdivision de la science du droit entre plusieurs disciplines spécialisées passe à l'arrière-plan théorique, quand elle n'est pas remise en cause, à l'instar de la division entre droit public et droit privé.

Une telle conception d'une science juridique subdivisée en (sous)-disciplines thématiques (portant sur des branches du droit) nous paraît reposer sur une équivoque et un malentendu par rapport aux thèses kelséniennes. Elle identifie la science du droit à ce que nous appelons « doctrine » en France

25. B. Rüthers, *Rechtstheorie*, Beck, 1999, p. 173.

et à ce que les Allemands désignent souvent sous le terme de « *Dogmatik* »²⁶ quand ils ne parlent pas de *Rechtswissenschaft*. Or, Kelsen a voulu séparer la science du droit de cette dogmatique qu'il considérait comme prescriptive et mêlée d'idéologie. Pour lui, la dogmatique (qui n'est pas inutile en matière d'enseignement, comme sur le terrain de la « pratique » du droit) ne pouvait être érigée en « discipline scientifique ». Une discipline supposerait non seulement un champ d'études, mais aussi une méthode et une réflexion épistémologique avec un point de vue extérieur à l'objet étudié. Pour Kelsen, seule la théorie pure du droit pouvait constituer cette science objective, susceptible d'être appliquée à tous les droits. Si l'on suit le point de vue positiviste de Kelsen qui distingue la doctrine d'un discours « méta-juridique » et scientifique sur le droit, l'on n'est pas obligé d'adhérer à son idée (fondée sur le postulat problématique qu'un même objet ne pourrait faire l'objet que d'une seule science²⁷) d'une seule « discipline juridique ». L'œuvre de Kelsen invite à considérer le droit comparé comme une discipline juridique au même titre que la théorie du droit. La critique de Kelsen (dans son cantonnement des perspectives sociologiques ou historiques) amène à considérer que seules la sociologie du droit et l'histoire du droit sont des disciplines à la fois juridiques et compréhensives. Est-il besoin de dire nos convictions au-delà de ces mots conclusifs ?

26. *Ibid.*, p. 177.

27. Développée dans H. Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, J. C. B. Mohr, 1922, p. 116-118, cette affirmation qu'un même objet (le droit) ne peut avoir qu'une seule méthode de connaissance (*Erkenntnis-Methode*) est principalement destinée à critiquer la théorie de Jellinek (de la double face de l'État) et plus généralement la notion sociale de l'État. Plus tard, Kelsen n'a pas exclu qu'en utilisant le concept juridique d'État (confondu à l'époque contemporaine avec l'ordre juridique), le droit puisse être étudié avec une méthode sociologique. En restant fidèle aux conceptions de Kelsen sur l'identification des normes juridiques (par une méta-théorie du droit), il nous paraît possible d'envisager diverses disciplines et méthodes pour étudier le droit.

Disciplinariser le droit public

Guillaume RICHARD

*Professeur à l'Université Paris-Descartes,
Institut d'histoire du droit*

Que recouvre le « droit public », lorsque l'expression est employée, à la fin du XIX^e siècle, dans le contexte académique ? Son emploi institutionnel semble marquer, dans le contexte de réformes alors connues par les facultés de droit, la reconnaissance longtemps attendue et comme nécessaire d'un pan négligé du savoir juridique, l'adéquation enfin trouvée entre la structure des facultés de droit et la structure même du droit, divisé entre droit public et droit privé. Ce présupposé, qui ne cesse d'être réinterrogé¹, ne sera pas pris comme point de départ. L'hypothèse privilégiée sera de montrer la complexité des conditions intellectuelles ayant permis la reconnaissance institutionnelle de quelque chose appelé « droit public », désigné à un certain moment sous le terme de « discipline du droit public » ou de division disciplinaire du droit entre le droit public et le droit privé.

S'agit-il alors de fonder une discipline du droit public ? Le terme lui-même n'apparaît pas à l'époque au sens de matière d'enseignement ou de compartiment de la science. Les qualificatifs désignant cette partie du droit sont souvent plus vagues : soit le terme de « droit public » lui-même, soit des expressions comme le « domaine », la « sphère », les « études »². Il est en revanche fréquemment utilisé à propos du droit public à partir du

1. Sur la division du droit public et du droit privé structurant les facultés, plus douteuse pour le droit lui-même, cf. B. Bonnet et P. Deumier (dir.), *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, Paris, Dalloz, 2010, p. ix ; P. Ancel, « L'enseignement du droit, instrument de la *summa divisio* », in *ibid.*, p. 207-213 (notamment p. 208-210, sur le recrutement différencié des professeurs comme marque principale de cette division, plus que dans l'organisation des programmes).

2. Ainsi de Larnaude, dans le texte programmatique placé en tête du premier volume de la *Revue de droit public*, « Notre programme » (*RDP*, 1894, vol. 1, p. 1-14) : il parle du « droit public » (p. 2, 10), parfois associé à la « science politique » (p. 1, 7, 9) ou distingué du droit privé (p. 2, 5), des « études de droit public » (p. 3), de ce « vaste domaine » (p. 5, 11) ou de la « sphère du droit public » (p. 10). Sur l'évolution du terme discipline en droit,

milieu du xx^e siècle, et la reconnaissance d'une section de « droit public et science politique » en licence après la réforme de 1954 n'a pu que favoriser la tendance à faire de la discipline du droit public une catégorie fondamentale de l'enseignement et de la science juridiques³.

Avec ou sans le terme de discipline chez les acteurs, nous nous plaçons ici du point de vue du monde académique ou universitaire et de ses catégories. C'est en effet en son sein que le droit public se trouve alors identifié. Plusieurs éléments plaident en ce sens à la fin du xix^e siècle, notamment la création d'une agrégation de droit public (1896), mettant en place une spécialisation pérenne des carrières universitaires dans le droit public. Ce sectionnement intervient à la suite de plusieurs réformes (réforme globale de la licence juridique en 1889, création de deux mentions de doctorat, sciences juridiques et sciences politiques, en 1895) qui réservent une place plus importante aux matières de droit public. Les références officielles au « droit public » se multiplient pour désigner, dans les structures universitaires, et souvent indistinctement, des parties du savoir juridique et de l'enseignement⁴. Auparavant, pas plus la période révolutionnaire que le début du xix^e siècle n'avaient entraîné de reconnaissance véritable du droit public dans les facultés de droit⁵.

cf. G. Richard, *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, Paris, Dalloz, 2015, p. 280-281.

3. Cf. le décret n° 53-343 du 27 mars 1954 (*BOEN* n° 13, 1^{er} avril 1954, p. 979 et s.), qui distingue quatre sections (dont celle de droit public et science politique et celle de droit privé) en troisième et quatrième années, correspondant peu ou prou aux sections d'agrégation créées en 1896. Peu avant, P. Roubier parle de « division fondamentale [entre droit public et droit privé] » (« Avant-Propos », *Archives de philosophie du droit [APD]*, 1952, n° 1, p. 1-4 [p. 3]). Le texte introduit notamment l'article de G. Chevrier, « Remarques sur l'introduction et les vicissitudes de la distinction du *ius privatum* et du *ius publicum* dans les œuvres des anciens juristes français », *ibid.*, p. 5-77. Pour le terme de discipline à la même époque, cf. P. Duparc, « Leçon d'ouverture du cours d'histoire du droit privé et canonique à l'École des Chartres », *Bibliothèque de l'École des Chartes*, 1966, t. 124, 1, p. 5-29, qui demande : « Dans quelle mesure la distinction du droit public et du droit privé constitue-t-elle la *summa divisio* ? Cette question demeure un sujet de controverses pour les juristes. » (p. 15) ; il parle ensuite de « ces deux disciplines, droit public et droit privé » (p. 16).

4. On compte quelques emplois dispersés du terme auparavant, par exemple : loi du 22 ventôse an XII, article 2, qui prévoit un cours de « droit public français et [de] droit civil dans ses rapports avec l'administration publique » (A. de Beauchamp, *Recueil des lois et règlements sur l'enseignement supérieur*, 7 vol., Paris, Delalain, 1880-1915 [noté ensuite Beauchamp], I, p. 137), intitulé en partie repris pour l'éphémère chaire créée en 1819 à Paris au profit de Gérando (Beauchamp, I, p. 426-427), supprimée dès 1822 ; chaire de droit public créée à Toulouse en 1830 (Beauchamp, I, p. 658), transformée en chaire de droit administratif en 1837.

5. La Révolution correspond sur le long terme à une modification du rapport aux institutions politiques : leur fonctionnement n'obéit plus au secret des arcanes du pouvoir, mais peut faire l'objet d'un enseignement public ; mais cela ne se traduit pas immédiatement dans l'enseignement des facultés. Cf. J. Portemer, « Recherches sur l'enseignement du droit

Le décalage apparaît frappant par rapport aux États allemands ou italiens, où des chaires de droit public, avec un contenu d'ailleurs variable, souvent éloigné de ce que nous désignons par le terme de droit public, apparaissent dès le XVIII^e siècle⁶. Ce décalage, voire ce « retard » de la France amène alors à interpréter la place croissante occupée par le droit public à partir de la fin du XIX^e siècle comme une sorte de « rattrapage », qui vient enfin faire coïncider l'organisation des facultés et des diplômes de droit avec la structure du droit lui-même. Les discours de la fin du XIX^e siècle soulignent à l'envi que ce processus, tardif en France, est un élargissement longtemps souhaité, alors que les étudiants restaient « absolument étrangers à tout un ordre de connaissances »⁷.

Les réformes sont ainsi souvent promues comme une ouverture des savoirs juridiques reconnus : les facultés de droit, centres de l'enseignement juridique, prendraient (enfin !) en compte des pans entiers du droit auparavant méconnus par les professeurs eux-mêmes. Elles s'adapteraient à la structure du droit en faisant coïncider le champ des savoirs juridiques universitaires avec les divisions internes du droit lui-même, selon une étroite correspondance qu'il aurait suffi de mettre au jour. Cet aspect joue un rôle évidemment important dans la réforme de l'agrégation : le sectionnement de 1896 cherche à faire correspondre le recrutement des professeurs avec les matières nouvelles qu'ils vont enseigner par la suite. Dans les diplômes eux-mêmes, cette division est moins évidente ou plus lente : l'intitulé de droit public n'apparaît qu'en 1925, lors de la création du diplôme d'études supérieures (DES) de Droit public.

Cette vision paraît surtout trop superficielle et mécanique pour comprendre des évolutions à replacer dans un contexte plus large. Elle correspond d'abord au processus de monopolisation de la parole juridique par les facultés de droit, seules représentantes de la véritable structure du droit qu'elles contribuent par là même à diffuser. Surtout, la formation d'une discipline du droit public est un processus qui n'est pas de simple adéquation entre un découpage académique et un objet, mais qui amène

public au XVIII^e siècle», rééd., *Revue d'histoire des facultés de droit et de la science juridique*, 1999, n° 20, p. 17-68 (p. 40-42) sur les craintes politiques liées à la divulgation et à l'étude du droit public dans l'Ancien Régime.

6. Sur les chaires à l'étranger créées dès le XVIII^e siècle, voire le XVII^e (Hollande, États allemands, Écosse, etc.), cf. J. Portemer, *op. cit.*, p. 23-25 ; J. Krynen et M. Stolleis (dir.), *Science politique et droit public dans les facultés de droit européennes (XIII^e-XVIII^e siècles)*, Klosterman, 2008, p. 3.

7. Le rapport Accarias sur la réforme de 1889 (Beauchamp, V, p. 11 et s.) considère que les étudiants restaient « absolument étrangers à tout un ordre de connaissances » ; il évoque l'« éducation fort incomplète », la « lacune », l'« étroitesse de l'organisation primitive », les programmes « restés incomplets ». Notons que le terme de « droit public » n'apparaît en tant que tel en 1889 qu'à propos de l'histoire du droit français.

justement à décider et fixer certains contenus et certains critères permettant d'identifier ce champ de savoir.

Il faut en effet prendre en compte plusieurs éléments. D'abord, le droit public ne correspond pas à une idée simple, mais constitue au contraire un agrégat, un produit composite correspondant à plusieurs tendances, associées à la fin du XIX^e siècle (I). La mise en évidence, mais plus encore le découpage académique entre plusieurs sections ou « disciplines », procède d'une mutation dans la conception du savoir juridique (II). Cela se traduit dans les hésitations concernant le choix même du terme de « droit public » ou le contenu précis à donner au droit public, qui ne semblent fixés qu'au terme de controverses cristallisant partiellement un état jusque-là incertain (III).

I – LE DROIT PUBLIC DE LA FIN DU XIX^E SIÈCLE COMME AGRÉGAT

Considérer que l'institutionnalisation du droit public correspond simplement à la répartition de différents objets selon un agencement calquant la structure du droit revient à adopter non seulement le résultat de long terme pour la cause, en négligeant les champs pour lesquels la répartition droit public/droit privé pose problème⁸, mais aussi à se contenter d'un découpage interne au droit. Cela correspond à des images fréquemment utilisées, comme celle de l'arbre, qui distingue, à partir d'un tronc (le droit), les différentes branches ou ramifications qui composent l'ensemble, selon un principe de *distinctio* et de *subdistinctio* : le droit est divisé entre droit public et droit privé, selon un processus de division⁹. Or, non seulement, la distinction droit public/droit privé, pendant longtemps, n'est pas plus structurante qu'une autre, mais elle ne résume pas la position intellectuelle du droit public à partir du XVIII^e siècle¹⁰.

A. Sur le premier point, en effet, faire des divisions à l'intérieur du droit (qu'il s'agisse des règles de fond ou de la science juridique elle-même)

8. Mentionnons seulement le cas bien connu du droit pénal, qui cadre mal avec ce schéma, cf. M. Baldovini, *La classification académique du droit pénal, entre droit public et droit privé. Sur un paradoxe de la science du droit*, thèse Caen, 2009.

9. Sur la fortune de l'image de l'arbre depuis l'Antiquité pour présenter les découpages du droit à tous les niveaux, cf. A. Errera, *Arbor actionum. Genere letterario e forma di classificazione delle azioni nella dottrina dei glossatori*, Bologna, 1995, en particulier p. 1-72.

10. Le terme de « droit public » n'a pas nécessairement un usage classificatoire à l'intérieur du discours juridique savant ou parmi les règles de fond du droit, mais nous nous intéressons ici à ce seul aspect.

pour distinguer des parties du droit est un procédé ancien et courant. *L'Encyclopédie* de Diderot et d'Alembert (sous la plume de Boucher d'Argis) cite ainsi certains plusieurs découpages possibles, selon un critère, l'objet, qui n'est d'ailleurs que très approximativement respecté dans la suite des articles :

« On fait plusieurs divisions du *droit*, selon les différens objets auxquels il s'applique. Ainsi le *droit* est ou naturel, ou *droit* des gens, ou civil ; il est public ou privé, civil ou canonique, écrit ou coutumier, & ainsi de plusieurs autres divisions qui vont être expliquées dans les articles suivans »¹¹.

La division privé/public nous semble la plus familière et la plus évidente, d'autant qu'elle se réfère à des catégories purement juridiques. Le droit public (*ius publicum*) s'inscrit dans la classification romaine présentée par Ulpien¹², qui le distingue du droit privé (*ius priuatum*). Cette division n'a pourtant pas toujours occupé une place centrale dans la structuration de la pensée juridique. L'enchevêtrement des règles empêche longtemps d'appliquer utilement au droit positif d'Ancien Régime la division public/privé, tirée de la littérature juridique romaine. La formation même d'une opposition nette entre droit privé et droit public, l'identification de deux domaines distincts et clairement déterminés, est tardive, ne remontant pas au-delà du XVII^e siècle dans son application au droit positif (et non au seul droit romain)¹³. Au milieu du XIX^e siècle, encore, Eschbach dans son *Manuel d'encyclopédie juridique*, présente comme principale division celle entre droit naturel et droit positif, à l'intérieur duquel il distingue non pas deux, mais trois termes : le droit privé, le droit public et le droit des gens, ailleurs rattaché au droit public¹⁴.

11. *Encyclopédie*, vol. 5, p. 117. *L'Encyclopédie* est un des rares textes jusque-là à opposer nettement au droit public le droit privé – d'autres termes (lois civiles, droit particulier) étant plus fréquemment employés pour ce dernier (G. Chevrier, *op. cit.*, p. 51).

12. Ulpien, *Digeste*, 1, 1, 1, 2: *Huius studii* [du droit] *duae sunt positiones, publicum et priuatum*.

13. G. Chevrier, *op. cit.*, p. 25, qui souligne que le terme de « droit public » est le plus souvent réservé pendant le Moyen Âge au Saint Empire (p. 30).

14. A. Eschbach, *Cours d'introduction générale à l'étude du droit ou Manuel d'encyclopédie juridique*, Paris-Strasbourg, Delamotte-Derivaux, 1843 (en particulier p. 17 & 28-51). On trouve d'autres exemples de classification dans L.-A. Barrière, « Une approche historique de la *summa divisio* droit public-droit privé », in B. Bonnet et P. Deumier (dir.), *op. cit.*, p. 7-30 (p. 20, n. 88). M. Boudot, « L'enseignement du droit, un instrument de la *summa divisio* ? », *ibid.*, p. 245-253 (p. 246-250) souligne que les écrits ne distinguent droit public/droit privé (de préférence à d'autres alternatives) qu'à partir du milieu du XIX^e siècle, moment où commencent donc à se fixer les catégories et le vocabulaire que nous utilisons encore – sans compter que le terme de *summa diuisio*, appliqué à cette distinction (ce que ne font pas les textes romains), semble même plus récent.

La catégorie de « droit public » est alors utilisée pour classer certaines matières à l'intérieur de l'ensemble plus vaste du droit ; la catégorie du droit public se subdivise elle-même en plusieurs domaines. Ajoutons que les usages font régulièrement du droit public un presque synonyme (ou une partie) du droit naturel ; c'est le cas de plusieurs cours créés à l'étranger, dont l'intitulé « droit public » recouvre souvent au XVIII^e siècle une présentation du droit naturel ou du droit des gens, dans des sens variables¹⁵. Le terme de « droit politique » est également souvent synonyme¹⁶.

Le « droit public » est alors une catégorie purement interne au droit, à partir d'une division public/privé, au critère variable selon que l'on distingue des règles à la finalité différente (intérêt privé ou public), produites par des organes distincts (État, particuliers) ou concernant des objets différents. Appliquée à la science, la distinction avec le droit privé se présente alternativement sous une forme méthodologique ou matérielle, ce deuxième critère étant mis en avant par Esmein lors du sectionnement de 1896¹⁷. Ce faisant, on place la distinction à l'intérieur même du droit, sans considérer l'extérieur du droit ou l'idée que le droit puisse être imbriqué dans d'autres types de division.

B. À l'inverse, depuis le XVIII^e siècle, une seconde tendance associe le droit public à d'autres champs, comme l'économie ou la science sociale puis politique, dans des classifications plus larges que le seul droit et qui ne mettent pas le droit public en miroir du droit privé. Ces classifications, incluant le droit public, sont appliquées à des savoirs qui ont pour point commun de dégager des lois sociales spécifiques mais relativement stables à même d'expliquer l'évolution de la société.

Cette tendance est illustrée notamment par Condorcet, dans le tableau des connaissances qu'il propose et dans ses projets de réforme pour

15. Cf. à propos des États italiens, I. Birocchi, « L'insegnamento del diritto pubblico nelle Università italiane nel XVIII secolo », in J. Krynen et M. Stolleis (dir.), *op. cit.*, p. 549-581 (p. 558 et 566 et s.).

16. Cf. *Catéchisme du citoyen, ou Éléments du droit public français, par Demandes & Réponses*, 2^e éd., Genève, 1787, comp. p. v-vi & VIII.

17. Cf. rapport Esmein sur le sectionnement de l'agrégation en 1896, Beauchamp, V, p. 610. En réalité, le critère de l'objet et de la méthode sont employés alternativement et sans grande rigueur dans les différents rapports sur le sectionnement, rendant illusoire la recherche et la détermination d'un critère unique (au demeurant variable quand il s'agit concrètement de classer les matières entre les groupes créés). Tout cela montre l'incertitude qui pèse sur cette division institutionnelle du droit : le classement recourt parfois au découpage « objectif » d'un pan de faits se rattachant au droit public, parfois à l'insistance sur la méthode particulière caractérisant le droit public par rapport au droit privé (mais que les juristes se refusent à présenter comme complètement différente, pour ne pas faire du droit public et du droit privé deux champs étrangers que ne réunirait plus l'appartenance commune au droit).

l'éducation¹⁸. En 1793, il présente ainsi sa science de « l'homme dans l'état de société » comme composée de « trois branches » : « Nous adopterons pour les distinguer, les dénominations de *Droit naturel*, de *Droit politique* et d'*Économie publique* », au fondement de trois arts, parties pratiques de chacune de ces sciences : la morale, l'art social et l'art d'administrer¹⁹. La Société nationale des sciences et arts qu'il envisage pour former le cinquième et dernier degré d'instruction comporterait ainsi, au sein de la classe de sciences morales et politiques, cinq sections, dont celles de « Droit naturel, droit des gens et sciences sociale », de « Droit public et législation » et d'« Économie politique »²⁰.

Le droit public ou le droit politique ne fait donc pas seulement partie des catégories internes au droit, mais entretient des liens avec la morale ou les sciences morales et politiques. Cela se rattache, au XVIII^e siècle et par la suite, à la volonté d'étudier les relations existant au sein de la société et de fixer les possibilités d'encadrement de la puissance publique, soit par des moyens de droit public (des règles instituées), soit par des moyens tirés de l'économie politique (consistant à dire que les faits sociaux opposent une résistance « naturelle » au pouvoir de l'État). Le droit public se trouve inséré dans une série de savoirs s'intéressant à ces résistances, qui existent dans la société parallèlement à l'État et dont celui-ci doit tenir compte²¹.

C. Or, la fin du XIX^e siècle est marquée par la conjonction de ces deux tendances au sein des facultés de droit : celles-ci accueillent dans leurs enseignements, à partir des années 1860-1870, des matières qui se ramènent à la classification juridique comme à la classification élargie (avec en particulier l'introduction de l'économie politique). Le rapport de Claude Bufnoir devant le Conseil supérieur de l'Instruction publique en 1895 sur le texte réformant le doctorat évoque ainsi (en parlant de matières comme les « principes du droit public », le « droit constitutionnel comparé », le « droit

18. Sur Condorcet et sa réutilisation sous la Troisième République, C. Nicolet, *L'Idée républicaine en France (1789-1924)*, Paris, Gallimard, 1994 (1982), p. 74-80; cf. aussi D. Damamme, « Entre science et politique. La première science sociale », *Politix*, 1995, n° 29, p. 5-30 (p. 5-6).

19. « Prospectus » du « Journal d'instruction sociale », 1793, in *Œuvres de Condorcet*, t. XII, Paris, Didot, 1847, p. 605-613.

20. « Rapport et projet de décret sur l'organisation générale de l'instruction publique », présentés à l'Assemblée nationale au nom du Comité d'instruction publique les 20 et 21 avril 1792, *Œuvres de Condorcet, op. cit.*, VII, p. 449-573 (p. 535-537, 540 & 545). Les trois degrés supérieurs d'instruction (instituts, lycées et société nationale) seraient concernés par cette classe.

21. Cf. F. Alengry, *Condorcet, guide de la Révolution française*, Paris, Giard & Brière, 1904 (en particulier p. 361-367, 687-688 et 798-802) : Condorcet associe l'économie politique, berceau de la science sociale, et le droit constitutionnel (ici proche du droit public) afin de fixer les limites à l'intervention de l'État; M. Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, Paris, Gallimard-Seuil, 2004, p. 14-15, 38-42 et 286.

administratif» ou le « droit international public », qui se retrouvent dans la section politique du doctorat, puis l'année suivante dans l'agrégation de droit public) les « matières juridiques qui rentrent dans la notion acceptée des sciences politiques » ou encore de « sciences juridiques-politiques », comme pour manifester la double nature irréductible de ces matières²².

Cette conjonction n'a pourtant rien d'évident. Elle juxtapose en effet deux classifications faisant appel l'une au droit exclusivement, l'autre à l'extérieur du droit, aboutissant à des débats nombreux entre ceux qui considèrent le droit public comme un simple moyen de division du droit (ou comme la part du droit consacrée à l'État ou à l'administration) et ceux qui jugent nécessaire de sortir du droit pour pleinement faire du droit public. Elle associe également deux temporalités. La distinction droit public/droit privé est un lieu commun présent anciennement dans la réflexion juridique et (avec des effets longtemps limités) dans le temps long des catégories juridiques. Mais le droit public s'inscrit aussi dans le cadre plus récent des sciences morales et politiques : le droit public, rattaché aux sciences politiques (ou à d'autres catégories), se distingue alors du savoir juridique civiliste par l'absence de clôture sur le droit et la difficulté à développer un fonctionnement de « glose » ou d'exégèse autour d'un texte fondé en autorité sur le modèle du Code (romain ou civil).

Cette double tendance pèse enfin sur les choix de construction disciplinaire : faut-il créer des établissements spécifiques ou introduire ces matières dans les facultés de droit ? La double appartenance du droit public aboutit au développement parallèle des deux solutions. À la création de l'École libre des sciences politiques (ELSP) en 1872, qui propose le regroupement du droit public avec des matières comme l'économie, l'histoire ou la géographie, dans un ensemble vaste, non exclusivement juridique et dans lequel le droit romain ne tient aucune place, répondent les réformes de la fin du XIX^e siècle pour introduire dans les facultés de droit certaines matières des sciences politiques ou économiques. La période marque ainsi la volonté de beaucoup de professeurs de droit d'investir une partie du champ juridique savant concernant le droit public, qui n'en faisait jusque-là pas partie²³. Cette intégration est aussi une tentative de monopoliser le discours sur le droit public, dans toutes ses dimensions, même si l'effet structurant

22. Beauchamp, V, p. 475. Bufnoir lui-même est célébré pour avoir introduit les « savoirs d'État » dans les facultés de droit et avoir transformées ces dernières en « facultés des sciences politiques » (cf. l'hommage de Maurice Deslandres, *RDP*, 1898, vol. IX, p. 555).

23. G. Sacriste, *La République des constitutionnalistes. Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Paris, Presses de Sciences Po, 2011, p. 96-121, retrace la concurrence entre les Facultés de droit et l'Académie des sciences morales et politiques (relayée par l'ELSP) dans la seconde moitié du XIX^e siècle à propos du droit constitutionnel. Sur le long terme, le nombre de lieux de production du savoir réputé légitime scientifiquement tend à se réduire et se resserrer sur les facultés.

de long terme est de cristalliser le découpage du droit public et du droit privé, dont la dualité prend sens au sein des facultés de droit. Elle se fait de façon conflictuelle avec d'autres établissements, en raison notamment du caractère d'agrégat de la notion de droit public.

Caractériser le droit public comme un agrégat ne suffit pourtant pas à expliquer les processus en jeu dans les facultés de droit à la fin du XIX^e siècle. Il faut aussi prendre en compte les changements dans la conception même du savoir juridique qui expliquent l'institutionnalisation académique de secteurs distincts dans le droit.

II – L'ÉVOLUTION DÉTERMINANTE DES CONCEPTIONS SUR LE SAVOIR JURIDIQUE

A. L'acceptation et la promotion du droit public dans les facultés témoignent de la perte de centralité, au moins relative, des savoirs juridiques principaux au sein des facultés de droit au XIX^e siècle que sont le droit romain et le droit civil. Le champ des savoirs est alors structuré selon des règles communes ; l'existence d'un centre autour du droit civil et du droit romain entraîne la position périphérique des autres champs du savoir. Cette prédominance est visible dans l'enseignement comme dans le recrutement des professeurs de droit jusqu'à la fin du XIX^e siècle.

Ce centre ne détermine pas seulement des connaissances plus importantes, mais surtout une méthode qui doit être assimilée par toute personne voulant devenir un juriste²⁴. Le rôle du discours juridique, savant ou pédagogique (à la fois celui tenu par les professeurs et attendu des étudiants en droit), est d'assurer la transmission d'une forme d'argumentation plus ou moins semblable dans toutes les matières et que l'étudiant doit être capable de reproduire. Cela explique l'importance des exercices d'argumentation, qu'il s'agit de maîtriser dans tous les domaines, en s'appuyant en particulier sur la référence à certains textes de droit (Code civil, *Corpus Iuris*), selon le modèle plus ou moins direct de la rhétorique judiciaire²⁵. Un bon exemple en est la « thèse » au XIX^e siècle, qui est d'abord un acte public où sont soutenues des « positions », principalement en droit civil et en droit romain, mais aussi en droit administratif ou en droit commercial

24. Cf. P. Legendre, *Trésor historique de l'État en France*, Paris, Fayard, 1992, p. 31, à propos du droit romain.

25. Sur le rôle de la rhétorique dans la formation juridique, correspondant à un « modèle Camus-Dupin » du juriste de la fin du XVIII^e et du début du XIX^e siècle, cf. S. Rials, « Dogmatique et humanités. Considérations françaises sur une séparation », *Droits*, 2009, n° 50, p. 189-220 (p. 190).

par exemple, selon un mode de raisonnement toujours semblable. Cette conception du savoir juridique est marquée par l'unité, comme marque de la formation du juriste et refus des séparations – ce qui ne veut pas dire refus des classifications.

B. Cette conception du savoir juridique évolue progressivement à la fin du XIX^e siècle. L'image des « entrailles du droit », régulièrement utilisée à la fin du XIX^e siècle, décrit la tâche qui est désormais celle du discours savant : saisir le droit dans sa réalité même, sans devoir recourir à la médiation du droit romain ou du droit civil comme à un modèle valable pour tout le droit ; elle exprime le refus de l'analogie comme principe unificateur du droit. Dans l'enseignement, il ne s'agit plus d'apprendre à reproduire le droit par des exercices d'argumentation, mais de transmettre un contenu spécifique à chaque matière, dans un discours distinct du droit (au sens des règles). Il faut désormais être capable non pas d'imiter le discours juridique, mais d'analyser la spécificité des règles juridiques dans chaque champ du droit. Ce point est particulièrement net dans l'effort des juristes pour organiser le plan des matières nouvellement créées, en se séparant à des degrés divers de la référence au droit civil ou au droit romain²⁶.

Cette transformation, amenant à s'intéresser au contenu spécifique de chaque champ du droit, ne traduit pas seulement un « détachement » ou une autonomisation, résultat d'une longue conquête des publicistes dans le cas du droit public. Elle traduit surtout l'effacement, le recul d'une conception unifiante du savoir juridique, qui donnait son importance à la forme rhétorique et à la maîtrise de schèmes communs de pensée et d'énonciation. L'éclatement et la division du travail ainsi produits rendent possible la création de sections ou de matières à un niveau plus fin.

De plus, pendant le XIX^e siècle, la culture juridique des facultés était apparue, selon une même conception unifiante des savoirs d'enseignement, comme le prolongement de la culture secondaire, marquée par l'importance du latin ou de la rhétorique, c'est-à-dire de la capacité à produire des textes. La rupture est marquée à partir de la réforme du baccalauréat de 1902, qui autorise l'accès de bacheliers non-latinistes aux études de droit, malgré

26. Pour l'emploi opposant les « entrailles du droit » à la recherche d'analogies communes à tous ses champs, cf. T. Ducrocq, *Cours de droit administratif contenant l'exposé et le commentaire de la législation administrative dans son dernier état, l'analyse ou la reproduction des principaux textes dans un ordre méthodique*, 2^e éd., Paris, A. Durand, 1863 (1861), p. x (reprise de la préface de 1861) ; M. Hauriou, « De la formation du droit administratif français depuis l'an VIII », 2^e partie, *Revue générale d'administration*, 1892, t. 45, p. 15-28 (p. 19). L'expression apparaît dans d'autres contextes, mais toujours pour insister sur la spécificité irréductible à d'autres règles de l'objet d'étude juridique, cf. Larnaude parlant des « entrailles mêmes du régime parlementaire [français] » (*Bulletin de la société de législation comparée*, 1901, n° 4-5, p. 257). Cf. G. Richard, *op. cit.*, p. 476-490.

la réticence de la plupart des juristes²⁷. Les professeurs de droit cessent progressivement de considérer leur enseignement comme la continuation, dans le domaine juridique, de la culture générale secondaire²⁸.

Constituer le droit public en discipline ne suppose donc pas simplement de faire d'un pan du droit une discipline; il s'agit de modifier non seulement la « cartographie » du droit (la distribution des savoirs juridiques sur une carte ou l'organisation des classifications), mais la façon même de concevoir le régime du savoir juridique.

Qu'il s'agisse de la position du droit public au sein des classifications ou du changement dans le régime du savoir juridique, les évolutions se jouent sur un temps relativement long. Le droit public se fixe progressivement comme un élément structurant des facultés de droit, ce qu'il n'est pas au même degré auparavant (et non parce que les juristes ne prennent pas en compte les divisions du droit, bien au contraire). Mais cette institutionnalisation obéit aussi à une chronologie courte, celle d'une cristallisation opérée en cette fin de XIX^e siècle, qui fige des positions jusque-là très discutées, car objets de controverses. Le moment des réformes, qui établissent le droit public dans les facultés, est gouverné par l'incertitude du choix final et par le rôle déterminant de celui fait à la fin du XIX^e siècle.

III – L'INSTITUTIONNALISATION DU DROIT PUBLIC, OBJET DE CONTROVERSES

L'institutionnalisation du droit public montre la difficulté à interpréter le droit public comme un domaine scientifique distinct existant en puissance et qu'il suffirait de faire passer en acte. Ces difficultés sont très sensibles si l'on considère le nom à donner à cette partie du champ juridique ou le contenu auquel la faire correspondre.

A. La difficulté à nommer le droit public

L'exemple de la terminologie est significatif. Les années 1890 voient une hésitation permanente entre les termes de « droit public » et de « science politique » pour désigner le champ en voie d'institutionnalisation.

27. De ce point de vue, la référence aux sciences sociales ou politiques peut donner l'impression d'une unification à un autre niveau : mais elle opère à la fin du XIX^e siècle le même type d'éclatement de la science juridique. Cf. S. Rials, *op. cit.*, p. 198-199, sur ce passage d'un principe d'unité (liée à la culture scolaire du secondaire) à un principe de division.

28. Sur l'attitude distante vis-à-vis du secondaire dans les années 1930, cf. par exemple A. Mestre, *Études & étudiants*, Paris, Dalloz, 1928, p. 17-18.

La question est agitée en particulier lors du sectionnement de l'agrégation. Compte tenu de la multiplication des cours depuis la fin des années 1870, des voies de recrutement distinctes deviennent nécessaires, la majorité des professeurs adhérant à cette idée dans les années 1890. Il s'agit de professionnaliser le recrutement, en faisant correspondre les compétences de la formation, les compétences évaluées lors du recrutement et les compétences mises en œuvre dans l'exercice de la profession. Les modalités et le nombre de sections ne font cependant pas l'unanimité. Paris est la seule faculté à proposer le sectionnement en quatre, après de nombreuses discussions où le sectionnement en deux est d'abord adopté. Les autres facultés n'approuvent qu'un sectionnement en deux ou, plus rarement, le maintien du système précédent²⁹.

Or, l'alternance des projets, entre deux et quatre sections, se traduit par un changement terminologique. Comme indiqué précédemment, les termes de droit public et de sciences politiques sont souvent rapprochés, voire confondus dans la bouche des juristes du XIX^e siècle, du fait de la position particulière du droit public (cf. *supra*, I). Le terme a soit un sens purement scientifique (dans le découpage des savoirs), soit un sens institutionnel (lié aux savoirs enseignés à l'ELSP). Cette apparente difficulté n'a pas empêché de nommer l'une des mentions du doctorat « sciences politiques et économiques » (l'autre étant la mention de « sciences juridiques »)³⁰. Les projets de sectionnement de l'agrégation en deux sections, prolongeant le choix fait pour le doctorat en 1895, adoptent en général les termes de « sciences juridiques » et « sciences politiques » pour les désigner. Le passage, dans les discussions parisiennes, de deux à quatre sections, se traduit précisément par le changement des noms proposés pour les sections ; le terme de « sciences politiques » est évacué au profit de celui de « droit public », retenu par l'arrêté de 1896.

Cela correspond à une logique de division poussée, qui conduit à écarter l'économie politique de la section de droit public (sauf sous la forme de la législation financière). Mais, les discussions le montrent, dans l'hypothèse de deux sections, celles-ci auraient été respectivement structurées autour du droit privé et du droit public – montrant autant la quasi-interchangeabilité des termes entre « sciences politiques » et « droit public » que la part d'incertitude qui gouverna le choix final³¹.

29. Cf. *Enquêtes et documents relatifs à l'enseignement supérieur. LXIV. Agrégation des facultés de droit*, Paris, Imprimerie nationale, 1896 : Paris seul propose quatre sections ; Dijon, Lille et Caen rejettent tout sectionnement, les autres facultés optant pour un sectionnement en deux (souvent en proposant de distinguer les « sciences juridiques » des « sciences politiques » ou « politiques et économiques »).

30. Décret du 30 avril 1895, Recueil Beauchamp, V, p. 480-483.

31. Et que traduit bien le nom complet de la RDP, créée en 1894 : *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger*.

B. L'incertitude sur le contenu du droit public

Le contenu même du droit public apparaît comme objet de controverse. Est-il possible d'isoler un domaine scientifique propre ayant des caractères identifiés (le droit public) ou n'est-il jamais que la somme des matières disparates qui le composent (droit administratif, droit constitutionnel, droit international, etc.) ? La création à Paris d'un cours consacré au droit public et à la théorie générale de l'État suscite une controverse sur ce point entre Ferdinand Larnaude, qui est chargé du cours à partir de 1890, et Théophile Ducrocq, professeur de droit administratif, lors de la présentation du cours en assemblée de la Faculté.

Pour Ducrocq, ce cours n'a pas de contenu spécifique : « Il n'existe pas, en effet, un droit public distinct du droit constitutionnel, du droit administratif, du droit pénal et de l'organisation judiciaire (droit public interne) et du droit des gens (droit public externe) »³² ; les matières qui le composent sont d'ores et déjà enseignées et il est inutile de créer un doublon superficiel. Ducrocq se rattache ainsi au modèle de la subdistinction et de l'addition : le droit public n'est rien, sinon une somme de champs distingués par leur objet ; il n'est que l'étage d'une classification, posé par commodité mais sans réelle portée. Ducrocq développe un modèle généraliste de formation, où l'ensemble du champ est agencé exactement (sans redites ni doublons) et où l'organisation de la faculté de droit se confond avec son objet. Il inscrit son argumentation sur un terrain à la fois scientifique et institutionnel : l'enseignement du droit doit consister à présenter de la façon la plus précise l'ensemble des différentes divisions du droit, de manière à former un tableau complet en fin d'études.

Larnaude, en créant le cours, se place pourtant dans une autre perspective, qu'il défend également lors de la création de la *RDP*. Pour lui, l'exhaustivité érudite doit céder face à la mise en perspective méthodologique et scientifique. Le cours de droit public (ou de droit public général) ne doit pas être une somme de connaissances éparses ni une compilation de données, mais une réflexion d'ensemble sur le droit public, avec une forte portée méthodologique. Le contenu est spécifique : non seulement il distingue le droit public du droit civil, mais il échappe aux classifications internes au droit. Sa conception du droit ne part pas d'une structuration duale (public/privé), mais rattache le droit public à des méthodes ou des savoirs extérieurs (notamment ceux des sciences politiques, de l'histoire, de la sociologie naissante, etc.).

La discussion contribue à manifester deux positions antagonistes d'un même mouvement de réforme et d'institutionnalisation du droit public, et

32. Assemblée de la Faculté de droit de Paris, 3 novembre 1890, Archives nationales (AN), AJ/16/1795, p. 156.

à traduire deux tendances persistantes : l'une s'inscrit dans la classification juridique par spécification progressive des matières juridiques, selon une logique de subdistinction ; l'autre conçoit le droit public comme la partie d'un plus vaste ensemble, en partie extérieur au droit.

La controverse n'atteint jamais qu'une ampleur réduite. La création du cours est décidée en amont par le ministère et approuvée à une large majorité par la Faculté parisienne (dans un vote essentiellement symbolique). Ducrocq se contente, en 1892, lors de la création de la chaire de droit public général à laquelle est rattaché le cours de Larnaude, de redire devant ses collègues sa préférence pour une chaire de droit administratif et législation financière³³. L'analyse en termes de controverse peut cependant permettre de comprendre le processus d'institutionnalisation du droit public³⁴. En effet, le conflit entre Larnaude et Ducrocq intervient pendant la période où se cristallise, se fixe la position du droit public dans les facultés, tout en demeurant sujette à des conflits entre professeurs. La controverse s'exprime à travers des arguments scientifiques et pédagogiques, mais concerne avant tout la place et la forme que doit prendre le droit public au sein de l'université. Elle est indissociablement scientifique (sur le domaine scientifique du droit public), pédagogique (sur la forme et le contenu de son enseignement) et académique (sur l'organisation des structures chargées de son enseignement). La discussion, ouvertement pratique, suscite la mobilisation d'arguments sur ce qu'est ou doit être la science du droit public ; l'ensemble des professeurs, quelle que soit leur spécialité, sont pris à témoin non seulement de l'objectif de Larnaude, mais aussi des réticences exprimées par d'autres professeurs comme Ducrocq.

On reste dans le cadre d'une controverse interne au milieu des juristes, étant entendu que la création du cours relève du ministère³⁵. Mais ce faisant, quel que soit le choix fait sur le contenu du droit public, ce qui est implicitement revendiqué par les deux acteurs est la place que doit revendiquer

33. Conseil de la Faculté de droit de Paris, 31 mars 1892, AN, AJ/16/1795, p. 294 et s.

34. Sur la notion de controverse dans les milieux scientifiques, cf. C. Lemieux, « À quoi sert l'analyse des controverses ? », *Mil Neuf Cent*, 2007, n° 25, p. 191-212. Notons que nous ne nous intéressons pas ici à la controverse comme matière même de l'enseignement juridique, sur ce point cf. C. Atias, « La controverse et l'enseignement du droit », *RHFD*, n° 2, 1985, p. 107-123.

35. C. Lemieux, *op. cit.*, p. 196, distingue ainsi la controverse, qui se déroule devant les pairs, de la crise institutionnelle, qui met à mal l'autonomie du milieu académique en imposant le recours à un tiers profane (autorité politique, opinion publique). La situation de la Faculté de Paris n'est parfois pas loin, dans ces années, de basculer dans la crise institutionnelle, notamment par la « publicité » (ou les fuites) faite de certaines discussions dans la presse, cf. G. Richard, *op. cit.*, p. 176-177.

et occuper le droit public au sein des facultés³⁶. Ce qui les distingue, en revanche, est la façon dont ils justifient devant leurs pairs leur conception du droit public, mettant au jour des arguments qui témoignent de la diversité avec laquelle la notion de droit public est reçue : d'un côté, le droit public apparaît comme la partie d'une structure à la fois unifiée (sous l'égide du droit) et divisée en autant de champs qu'il y a de sous-domaines (administratif, constitutionnel, etc.); pour Larnaude, au contraire, le droit public est une partie de la réalité sociale qu'on ne peut jamais totalement détacher d'autres facteurs (économiques ou politiques).

L'institutionnalisation du droit public n'est ainsi pas un processus mécanique : elle correspond à un temps de cristallisation, suscitant en peu d'années des débats et controverses d'intensité diverse, qui peuvent jouer un rôle d'accélérateur soudain, élever des questions d'organisation pratique au niveau plus abstrait des principes, mais qui sont ensuite figés sur le plus long terme³⁷. La controverse (aussi limitée paraisse-t-elle dans notre exemple) joue ainsi un rôle producteur³⁸. Elle contribue finalement à établir la position du droit public comme incontournable dans les facultés de droit. Cet élément est le plus significatif et déterminant sur le long terme, alors qu'aucune des ambiguïtés concernant la nature ou le contenu du droit public n'est véritablement résolue.

La cristallisation institutionnelle (par la création d'une section de droit public, ou plus modestement d'une chaire de droit public général, par le vote des pairs lors du conflit entre Larnaude et Ducrocq) ne règle en effet pas définitivement le conflit : la fin de la controverse est provisoire, canalisée par la nouvelle situation institutionnelle, mais continue en sourdine – notamment parce que les relations entre les sciences juridiques et les savoirs extra-juridiques ne sont pas réglées par les décisions des années 1890. La traduction la plus visible est l'hétérogénéité des modes par lesquels le droit public (ou ses sous-matières) est enseigné, et tout simplement compris, par les différents professeurs qui en ont la charge à partir des années 1890,

36. De ce point de vue, les acteurs de cette controverse, Larnaude et Ducrocq, sont totalement d'accord pour considérer que la Faculté de droit doit proposer des enseignements de droit public, Ducrocq étant lui-même un des principaux partisans de la réforme de la licence en 1889.

37. Cf. J.-L. Fabiani, « Disputes, polémiques et controverses dans les mondes intellectuels. Vers une sociologie historique des formes de débat agonistique », *Mil Neuf Cent*, 2007, n° 25, p. 45-60 (p. 49), qui souligne que les controverses ne sont qu'un moment parmi d'autres de la vie scientifique ou académique, marquée à d'autres moments de périodes plus consensuelles.

38. En d'autres termes, la controverse (dont nous ne présentons ici qu'un exemple parmi d'autres) n'est pas seulement le résultat mécanique de causes préexistantes, dont elle serait la simple manifestation ; elle possède son autonomie, sa dynamique propres, qui sont proprement constituantes.

chacun poursuivant des voies qui, tout en s'inscrivant dans l'institutionnalisation du droit public au sein des facultés, n'en traduisent pas moins les différentes tendances à l'œuvre sous la couverture du droit public³⁹.

CONCLUSION: Y A-T-IL EU DISCIPLINARISATION DU DROIT PUBLIC ?

La fin du XIX^e siècle correspond à l'institutionnalisation de certains pans du savoir juridique, en particulier par le sectionnement de l'agrégation, avec des conséquences indéniables sur le moyen et le long terme, même si elles ne sont pas immédiates – que l'on considère les carrières professorales ou l'organisation de la recherche scientifique en droit. Cette spécialisation suppose une opération de division et de classement du savoir juridique, une mise en ordre du droit, qui entraîne à son tour des effets. De ce point de vue, le droit public n'est pas créé parce qu'il y a des publicistes, mais un certain moment crée la discipline du droit public et (mais plus lentement) les publicistes. Or, ce moment n'est lui-même rendu possible que par une certaine configuration intellectuelle, scientifique ou sociale.

Discipliniser le droit public revient à admettre un changement dans le régime du savoir juridique, le recul d'une conception unifiante du savoir, qui associe l'enseignement secondaire et supérieur, au profit de sa spécialisation et de sa dispersion. Cette évolution de long terme rend possible l'existence institutionnelle du droit public (comme d'autres matières juridiques distinctes), en ayant des conséquences directes sur l'organisation des carrières professorales. Tout ceci crée une configuration institutionnelle et intellectuelle favorisant l'apparition d'une section de droit public, sans pour autant la déterminer entièrement. Il y faut le jeu plus localisé et rapide des controverses et des réformes pour fixer en peu de temps (les années 1890) des éléments qui perdurent beaucoup plus longtemps, en partie jusqu'à nos jours.

Pour autant, la disciplinarisation n'évacue pas tout débat. Le savoir juridique reste-t-il un savoir désormais compartimenté, mais toujours distingué par des traits spécifiques, ou certaines parties du droit doivent-elles faire appel à l'extérieur du droit ? Ce débat n'est pas tranché à la fin du XIX^e siècle, et continue de susciter par la suite des tendances contraires chez les professeurs de droit public.

39. Nous avons tenté de reconstituer certaines de ces voies de l'enseignement du droit public dans G. Richard, *op. cit.*, p. 538-655.

La création disciplinaire du droit public s'inscrit ainsi dans une série d'histoires aux temporalités différentes, en raison de la nature d'agrégat du droit public (et peut-être de toute discipline scientifique à l'époque contemporaine⁴⁰), dont il faudrait pouvoir analyser toutes les composantes ou temporalités, dans la mesure où elles obéissent à des logiques distinctes. Ce caractère composite explique finalement que la « disciplinarisation » n'ait aucun caractère achevé ni définitif. De ce point de vue, l'analyse reste ici très partielle : elle ne concerne qu'un aspect (important sur le plan intellectuel) pour comprendre l'apparition du droit public, mais aussi comprendre son instabilité ou les controverses pesant sur son contenu et son « véritable » profil.

40. Cf. J.-D. de Certaines, « La biophysique en France : critique de la notion de discipline scientifique », in P. Weingart, G. Lemaine, R. MacLeod et M. Mulkay (dir.), *Perspectives on the Emergence of Scientific Disciplines*, La Haye-Paris-Chicago, 1976, p. 99-121 : la notion de discipline (et l'idée sous-jacente, présente dans les travaux de Kuhn, de progression vers une science normale) ne permet pas de rendre compte du fonctionnement contemporain de la science, une discipline n'étant rien d'autre qu'un « arrangement instable des cellules élémentaires que sont chaque technique, chaque objet, chaque théorie » (p. 116).

Des savoirs juridiques aux disciplines juridiques

Lecture politiste de l'accèsion d'un savoir au statut disciplinaire L'exemple du droit communautaire

Julie BAILLEUX

Maîtresse de conférences

à l'Université Panthéon-Assas (Paris 2), CERSA

« Le droit communautaire fait, de lui-même, partie intégrante des droits nationaux sans qu'il soit nécessaire que les autorités nationales l'y aient reçu par un acte juridique interne approprié. On qualifie cette propriété "d'applicabilité directe". Dès lors qu'il en est ainsi, la question se pose du rang que le droit communautaire va occuper au sein de ces ordres juridiques nationaux où il vient s'intégrer et de quelle autorité il y sera revêtu. La réponse à cette question est donnée par une seconde qualité reconnue au droit communautaire : sa primauté sur le droit national ». Or, poursuit le professeur Boulouis en 1981 dans son cours de droit institutionnel des Communautés européennes, « les traités ne [contenant] aucune stipulation expresse qui reconnaîttrait de manière générale l'applicabilité directe de leurs dispositions ou de celles des actes institutionnels, (...) c'est la Cour de justice qui (...) devait poser, par un arrêt de principe, les bases de l'applicabilité directe du droit communautaire (5 févr. 1963, 26/62, *Van Gend & Loos*, p. 1 – G.A. n° 29) », et « c'est par un arrêt tout aussi notoire que l'arrêt *Van Gend & Loos* (...) que la Cour (...) a posé le principe de la primauté du droit communautaire sur le droit national (15 juill. 1964, 6/64, *Costa c/ ENEL*, p. 1141 – G.A. n° 31) »¹.

1. J. Boulouis, *Droit institutionnel des Communautés européennes*, maîtrise, Paris, Les cours de droit, 1981-1982, p. 177.

On le voit, le droit communautaire, tel que présenté par le professeur Boulouis au début des années 1980, puise sa légitimité en lui-même, c'est-à-dire dans l'existence d'un ordre juridique autonome, dont il expose les caractéristiques « applicabilité directe » et « primauté » –, faisant, au passage, des « arrêts de principe » *Van Gend & Loos* et *Costa c/ ENEL*, son acte de naissance. Au terme de la lecture de ce court extrait, la réponse à la question posée par les organisateurs de ce colloque s'impose donc avec la force de l'évidence : une discipline juridique appelée « droit communautaire » apparaît au sein des cursus juridiques universitaires dès lors qu'il existe un ensemble de normes dont les caractéristiques sont telles qu'il se distingue à la fois du droit interne – et de ses différents démembrements – et du droit international.

À rebours de cette histoire officielle des origines, construite, *a posteriori*, par les juristes savants (la doctrine) dans et pour leur activité professionnelle, et qui tend bien à faire de l'existence du « droit communautaire-discipline savante » une nécessité objective commandée par l'existence d'un « droit communautaire-ensemble de normes »², l'ambition de cette contribution est de restituer à cette discipline son statut de construit social – et politique – et, partant, sa contingence. Ce faisant, on le verra, c'est le sens même de la relation qui unit savoir académique et droit positif qui s'en trouve inversé : ce n'est pas l'existence de normes spécifiques qui produit une discipline juridique, mais bien la fabrique de la discipline qui construit la spécificité desdites normes.

Ainsi, on montrera, d'une part, – et pour reprendre les termes utilisés par les organisateurs –, que l'histoire de « l'accession du droit communautaire au statut disciplinaire » est absolument indissociable de la stratégie de construction d'une Europe politique mise en œuvre par un certain nombre de ceux qui incarnent les institutions communautaires naissantes. De fait, non seulement, ce sont ces « entrepreneurs d'Europe » qui, dès le milieu des années 1950, théorisent l'existence d'un nouveau droit supranational ; mais ils participent également, dans les années 1960, à l'institutionnalisation en France de la nouvelle discipline, notamment, en finançant les premiers enseignements de droit communautaire. On montrera, d'autre part, que l'introduction de ces nouveaux cours au sein des programmes des facultés de droit françaises est loin d'aller de soi au milieu des années 1960, bien au contraire. C'est du reste, dans un premier temps, la version internationaliste de ce droit qui s'impose dans l'univers académique.

2. Sur la valeur heuristique de cette distinction entre « droit-discipline savante » et « droit-ensemble de normes », voir B. François, « Préalables avant de prendre le droit comme objet. Notations en forme de plaidoyer pour un point de vue a-disciplinaire mais néanmoins soucieux des impensés disciplinaires », dans J. Commaille, L. Dumoulin, C. Robert (dir.), *La juridicisation du politique : leçons scientifiques*, Paris, LGDJ, 2001, p. 115-121.

I – L'EUROPE COMMUNAUTAIRE AU TEMPS DES INTERNATIONALISTES

A. Quand les praticiens se font docteurs : le Service juridique de la commission et l'invention de la « théorie de l'ordre juridique communautaire »

La Communauté européenne du charbon et de l'acier a pour origine la déclaration du 9 mai 1950 par laquelle Robert Schuman propose aux pays européens qui le souhaitent de poser la première pierre de la construction d'une Europe fédérale en acceptant de confier à une organisation commune, qu'il qualifie de « supranationale », la gestion de leurs ressources minières et sidérurgiques. Après une période de négociation, le traité de Paris est signé en avril 1951 et prévoit la mise en place d'un ensemble d'institutions : un exécutif « supranational », la Haute autorité, dont les décisions s'imposent à la fois aux États membres et à leurs ressortissants ; un Conseil de ministres où sont représentés les gouvernements des États membres qui a pour particularité, par rapport aux organisations internationales existantes, d'adopter la plupart de ses décisions à la majorité ; une Cour de justice et une Assemblée commune où siègent les délégués des parlements nationaux.

À l'été 1952, alors que les premiers fonctionnaires de la CECA s'apprêtent à prendre leurs quartiers à Luxembourg, l'espace politique de la construction de l'Europe unie est déjà fortement concurrentiel. La CECA vient, en effet, s'ajouter à un certain nombre d'autres organisations – le Conseil de l'Europe, l'OECE, ou encore le Pacte de Bruxelles, pour ne citer que les principales – qui prétendent elles aussi incarner l'avenir de l'unité européenne et avec lesquelles la nouvelle venue entre donc en concurrence.

Dans ce cadre, pour ses promoteurs et pour ceux qui en incarnent désormais la destinée, ce qui fait véritablement l'intérêt de cette dernière venue, et qui la distingue des autres tentatives d'organisation de l'Europe, c'est précisément son caractère supranational. La CECA est censée inaugurer une manière révolutionnaire, et LA bonne manière de construire l'Europe autour de la mise en place d'organisations sectorielles auxquelles les États membres délèguent une partie de leur souveraineté et dont la multiplication doit conduire, à terme, à la création des États-Unis d'Europe. Ainsi, la supranationalité, qui désigne à leurs yeux, tout à la fois, l'autonomie de la Haute autorité à l'égard des gouvernements des États membres – et donc la relation de subordination des États membres par rapport aux organes commun qui y est instaurée – mais aussi ce que l'on appelle alors « l'immédiateté du pouvoir communautaire », c'est-à-dire le fait que les décisions de la Haute autorité s'appliquent directement aux ressortissants des États

membres, est bien au cœur de l'identité de la CECA, c'est en quelque sorte sa raison d'être.

Or, si pour Jean Monnet et son équipe l'organisation « supranationale » dont il assure la présidence à l'été 1952 est à l'évidence l'ébauche d'un Etat fédéral et incarne l'avenir de l'Europe unie, il s'en faut de beaucoup que l'ensemble des acteurs qui ont participé à son élaboration ou qui en commentent le résultat partage le même point de vue. Si bien que dans les années 1950, l'identité et le rôle de la CECA – et, partant, le sens du terme « supranational », dont elle est la traduction institutionnelle – font l'objet de violentes controverses sur la scène politique³. Ce d'autant plus qu'à la veille de l'installation des institutions de la CECA, les projets de « pools » calqués sur le modèle du plan Schuman se multiplient et donnent une certaine envergure à la « méthode Monnet »⁴.

Ainsi, c'est au cœur des luttes que se livrent sur la scène politique partisans et adversaires de la « méthode Monnet », et, plus précisément, au moment où l'Europe supranationale subit une série de revers politiques, que les entrepreneurs d'Europe qui peuplent les institutions de la CECA – puis de la CEE et d'Euratom – théorisent l'existence d'un droit communautaire distinct du droit interne des États membres comme du droit international.

3. Les opposants à la méthode fonctionnelle se recrutent principalement dans les rangs des communistes aux yeux de qui toute forme d'unité européenne fait figure de coalition de l'Europe occidentale – sous domination américaine – à visée antisoviétique, et des gaullistes qui, pour leur part, se revendiquent d'un européisme sincère mais rejettent avec vigueur la méthode supranationale et a-politique inaugurée par la CECA: « Loin de rapprocher de l'Europe, déclare Jacques Soustelle, le Plan nous en éloigne, car, au lieu d'ébaucher des pouvoirs communs de nature démocratique, il livre tout un secteur capital à une technocratie qui ne représente ni des pays ni des gouvernements, qui n'est ni démocratiquement désignée ni démocratiquement responsable. Ce n'est pas l'Europe que vous édifiez, mais la place forte d'une nouvelle oligarchie » (Propos tenus par Jacques Soustelle à la tribune de l'Assemblée nationale rapportés dans l'organe de liaison du RPF: *Rassemblement*, semaine du 14 au 20 décembre 1951).

4. Dès le mois de juin 1950 Pierre Pflimlin envisage la création d'une organisation européenne du marché agricole – plus connu sous le nom de « pool vert ». En août 1950, Édouard Bonnefous propose, lui, devant l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, la création d'une autorité européenne supranationale des transports, ou « pool des transports ». Enfin, et surtout, en octobre de la même année, c'est au tour du Président du Conseil, René Pleven, de se faire le promoteur d'un projet de Communauté européenne de défense afin de résoudre le problème posé par la question du réarmement allemand. Directement inspiré par Jean Monnet, le plan Pleven se concrétise le 27 mai 1952. Les six États engagés dans le plan Schuman signent à Paris le traité instituant une Communauté européenne de défense dont l'article 38 prévoit de confier à son Assemblée la charge de préparer une structure « fédérale ou confédérale » devant servir de cadre juridique à une Communauté politique européenne chargée de chapeauter et de contrôler démocratiquement la future armée européenne et l'ensemble des pools qui verront le jour.

De fait, le refus du Parlement français de ratifier le traité CED en août 1954 inaugure une phase critique de la construction européenne. Aux yeux de ceux qui ont lié leur avenir professionnel à l'Europe supranationale, cette première crise atteint paradoxalement son paroxysme avec la signature des traités de Rome en 1957 dans la mesure où, négociés dans un contexte politique marqué par l'échec de la CED et le discrédit qui entoure désormais un certain nombre de mots d'ordre comme « supranationalité » ou « abandon de souveraineté », ces deux traités donnent naissance à deux nouvelles Communautés au sein desquelles le rôle des États membres est largement réévalué, leur faisant craindre une réorientation du projet européen vers la construction de cette « Europe des Patries » chère au général de Gaulle.

Dans ce contexte, un certain nombre d'entre eux prennent les armes, au premier rang desquels les membres du Service juridique de la CECA – puis de la CEE – emmenés par son directeur, Michel Gaudet⁵. Pour le dire vite, il s'agit pour les juristes des institutions politiques européennes, de tenter de récupérer en droit ce qu'ils ont l'impression d'être en train de perdre sur le plan politique. En théorisant l'existence de ce droit communautaire, et en tentant de soustraire le fonctionnement des Communautés de l'emprise des règles du droit international, leur ambition est, tout à la fois, de conforter l'indépendance et le pouvoir de la Haute autorité – et des commissions CEE et Euratom – par rapport aux gouvernements des États membres, mais aussi d'assurer un avenir au projet de construction des États-Unis d'Europe.

En effet, le problème qui se pose à eux est le suivant : si les Communautés sont considérées comme des organisations internationales classiques et si donc le droit international public régit leur fonctionnement, non seulement, les traités constitutifs des Communautés doivent être interprétés de façon restrictive de manière à protéger, dans la plus large mesure possible la souveraineté des États, mais de plus, la valeur et les effets des règles d'origine communautaire en droit interne sont réglés par les dispositions constitutionnelles qui définissent, au sein de chacun des États membres, la place des règles internationales dans la hiérarchie des normes nationales. Et donc, si le droit issu de l'activité des Communautés européennes est assimilé à du droit international, il est plus que probable qu'il ne sera pas appliqué de la même manière au sein de tous les États membres. Or aux yeux des juristes des Communautés l'application effective et uniforme des règles communautaires sur tout le territoire de la Communauté est la

5. Sur le rôle de Michel Gaudet dans la formulation de la « théorie de l'ordre juridique communautaire », voir J. Bailleux, « L'Europe et ses légistes », *Politique Européenne*, n° 41, 2013, p. 84-113.

condition *sine qua non* de la mise en place du marché commun qu'ils envisagent lui-même comme une condition essentielle de la réalisation future des États-Unis d'Europe⁶.

C'est dans ce contexte que les juristes des institutions européennes inventent, à la fin des années 1950, ce que l'on appelle alors la « théorie de l'ordre juridique communautaire ». Selon cette théorie, qui fait figure de « doctrine-maison » de l'intégration européenne, les traités de Paris et de Rome ont mis en place des organisations d'un nouveau genre, des organisations supranationales, qui ne sont ni des États ni des organisations internationales et dont, par conséquent le fonctionnement répond à des règles propres qui ne ressortissent ni du droit international ni du droit interne, mais d'un nouveau droit communautaire, véritablement supranational, dont les règles, par leur nature même, en raison de la spécificité de l'ordre juridique communautaire, sont d'effet direct et priment l'ensemble des règles nationales qu'elles soient réglementaires, législatives ou constitutionnelles.

B. À l'université : une version internationale du droit de l'Europe naissante

Or, au début des années 1960, bien que la Cour de justice des Communautés européennes ait reconnu, par deux arrêts désormais mythiques, *Van Gend & Loos* (1963) et *Costa c. ENEL* (1964), la spécificité de l'ordre juridique communautaire et la primauté du droit communautaire sur le droit interne des États membres, au niveau national, l'existence d'un droit communautaire demeure une doctrine politico-juridique sans aucune effectivité, notamment en France. Non seulement le Conseil d'État et la Cour de cassation appliquent les règles communautaires comme s'il s'agissait de règles de droit international classique⁷ mais, pour ce qui nous intéresse ici au premier chef, c'est la version internationaliste du droit des communautés qui s'impose au sein des facultés de droit.

6. Cf. M. Gaudet, « la Communauté économique européenne. Problèmes juridiques », 13 juillet 1959, Milan, AFJM, fonds Gaudet, Conférences. De manière générale, sur ce point, voir, Julie Bailleux, « L'Europe et ses légistes », *op. cit.*

7. Les premières décisions des juridictions suprêmes faisant application du droit communautaire sont rendues par la Cour de cassation le 19 février (arrêt *Riff*) et le 22 octobre 1964 (arrêt *Brandt*); et par le Conseil d'État le 19 juin de la même année (arrêt *Shell-Berre*). Dans ces décisions, la Cour de cassation et le Conseil d'État font application de la « théorie de l'acte clair » en vertu de laquelle « si la portée du texte à appliquer ne soulève pas de doute dans l'esprit d'un homme raisonnable, il n'y a pas de question à résoudre, ni partant d'interprétation à demander à un juge spécialisé » (M. Gaudet, « Les rapports des tribunaux français avec les organisations et juridictions communautaires », conférence prononcée le 23 mai 1964 au Centre national des études judiciaires de Bordeaux, AFJM, fonds Gaudet).

Et pour cause, le nouveau droit communautaire que les entrepreneurs d'Europe tentent à tout prix de promouvoir et de diffuser au sein des communautés de juristes nationales⁸ est par bien des aspects impensable aux yeux de la grande majorité des professeurs de droit dans la mesure où il a pour principale caractéristique de remettre profondément en cause ce sur quoi reposent les principaux découpages juridiques de la réalité : les notions d'État et de souveraineté. C'est du reste ce dont excipent les internationalistes pour considérer que, malgré leurs caractéristiques spécifiques, les Communautés européennes demeurent des organisations internationales et que le droit international est parfaitement adapté pour en décrire (et en prescrire) le fonctionnement⁹.

Certes la « doctrine-maison » des juristes des institutions européennes a bien quelques soutiens épars au sein des facultés de droit françaises. En effet, le plus souvent en raison de leur adhésion politique au projet de construction d'une Europe supranationale, un certain nombre de professeurs de droit ont eu l'occasion, dans leurs écrits, de prêter allégeance à la supranationalité et de soutenir l'existence de ce droit d'un nouvel ordre. Mais, au début des années 1960, aucun d'entre ces derniers n'est en mesure de s'investir dans la promotion de l'enseignement du droit communautaire en France et donc d'assurer, au national, le relais de la « doctrine-maison » des institutions.

Pour le dire de manière un peu rapide, outre les internationalistes, deux catégories de professeurs de droit se sont intéressées au droit de l'Europe naissante. Les premiers, que l'on peut qualifier de « marginaux », s'investissent véritablement dans le commentaire et l'enseignement du droit communautaire mais ne disposent en aucun cas de ressources académiques suffisantes pour assurer la promotion d'une nouvelle discipline.

8. Sur ce point, cf. J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, Paris, Dalloz, 2014 (chapitre 4).

9. S'exprimant au sujet de la nature juridique de la CECA à l'occasion du premier congrès international dédié à cette nouvelle organisation, Paul de Visscher estime que « si l'on tient compte du fait que la CECA est née d'un traité international, qu'elle fait une large part dans son fonctionnement interne et dans la composition même de ses organes aux souverainetés étatiques et, qu'enfin, sa compétence est autant d'harmonisation que de subordination, il paraît difficile d'admettre que la reconnaissance au profit de la CECA de certaines compétences à effet immédiat sur les entreprises et associations d'entreprises du secteur charbon-acier, puisse justifier à elle seule l'abandon de la qualification, au demeurant fort souple, d'institution internationale » (P. de Visscher, « La Communauté et les États membres », *Actes officiels du congrès international d'études de la Communauté européenne du charbon et de l'acier. Milan-Stresa, 31 mai – 9 juin 1957*, tome II, Milano, Giuffrè, 1957, 34). Pour une analyse des prises de position des professeurs de droit sur l'épineuse question de la nature juridique de la CECA à la fin des années 1950, voir J. Bailleux, « Comment l'Europe vint au droit. Le premier congrès international d'études de la CECA (Milan-Stresa 1957) », *Revue française de science politique*, vol. 60, n° 2, 2010, p. 295-318.

C'est le cas, par exemple, de Guy Héraud, Michel Mouskhély ou encore de Léontin Constantinesco¹⁰. Guy Héraud et Michel Mouskhély font, en effet, figure d'originaux au sein de la doctrine publiciste française, notamment en raison de leurs activités militantes en faveur d'un fédéralisme intégral¹¹. Cet engagement proprement politique est loin de servir la cause du droit communautaire. Bien au contraire il tend plutôt à la discréditer, Guy Héraud et Michel Mouskhély passant au pire pour de dangereux extrémistes¹², au mieux pour des gens peu sérieux aux actions militantes étrangères à l'éthos professoral¹³. Pour sa part, Léontin Constantinesco, *privatdozent* à l'Université de la Sarre, ne peut pas soutenir de manière efficace le développement institutionnel du droit communautaire en France puisqu'en raison de sa nationalité roumaine il n'a pas pu passer l'agrégation de droit public.

Les membres du second groupe de professeurs qui a manifesté son soutien à la version communautaire de la « doctrine-maison » ont des propriétés sociales qui s'opposent en tout point à celles des professeurs que l'on a qualifiés de « marginaux ». De fait, ces professeurs – au nombre desquels on trouve Georges Vedel, André de Laubadère, Roger Houin ou

10. On peut également ajouter à cette première catégorie de professeurs Jean Boulouis ou Louis Cartou en raison de leur jeune âge.

11. Si Guy Héraud et Michel Mouskhély font bien partie de ceux qui, au congrès de Stresa en 1957, se rallient faute de mieux à la thèse supranationaliste défendue par les juristes des institutions, déçus par le tour que prend la construction de l'Europe à l'aube des années 1960, ils abandonnent progressivement l'analyse positive du droit et des institutions communautaires pour se consacrer, notamment au sein du Collège d'études fédéralistes du Val d'Aoste qui voit le jour en 1961, à l'exposition de ce que devraient être les institutions, et le système juridique, d'une Europe véritablement fédérale. Ils s'engagent, par ailleurs, aux côtés d'Altiero Spinelli, alors qu'il inaugure le Congrès du peuple européen (cf. C. Rognoni Vercelli, « Il Congresso del popolo europeo », dans Pistone (dir.), *I movimenti per l'unità europea 1954-1969*, Jaca Books, Roma, 1988, p. 373-397). Michel Mouskhély en est élu président, tandis que Guy Héraud supervise la Commission de juristes chargée, par le Congrès, de rédiger un avant-projet de traité par lequel les États s'engagent à confier au Peuple européen la rédaction d'une constitution européenne.

12. Guy Héraud s'est ainsi illustré pour son engagement « ethniste » qui a pu le faire passer pour un extrémiste de droite au sein du milieu feutré des facultés de droit (cf. *L'Europe des ethnies*, Nice, Presses d'Europe, 1963).

13. Vlad Constantinesco se souvient à cet égard que Michel Mouskhély et Guy Héraud « détonnaient un peu dans la profession : Michel Mouskhély devait être considéré comme une sorte de rigolo, un passionné qui n'avait pas de rigueur scientifique, et Guy Héraud comme quelqu'un de dangereux. Le fédéralisme était perçu comme une atteinte à l'unité, à l'unité française, à la souveraineté. On a donc pu le considérer comme quelqu'un d'un peu suspect. (...) On raconte souvent que Guy Héraud et Michel Mouskhély seraient allés, accompagnés d'étudiants, mettre le feu aux poteaux frontière séparant la France de l'Allemagne. (...) Je crois qu'ils l'ont payé dans leurs carrières. L'Université de Strasbourg n'a pas donné l'honorariat à Guy Héraud, et beaucoup étaient contents qu'il s'en aille à Pau » (entretien, juillet 2007).

encore Henri Batiffol, tous membres de la Fédération internationale pour le droit européen¹⁴ – bénéficient de l'ensemble des ressources légitimes au sein du champ juridique universitaire français : ils sont généralement très bien classés à l'agrégation, ils ont été doyen d'une faculté de province avant de rejoindre la faculté de droit de Paris, ils sont les auteurs d'ouvrages faisant référence dans leurs disciplines respectives, et ils appartiennent souvent aux instances régulatrices du corps des professeurs de droit comme le Conseil de l'enseignement supérieur ou le comité consultatif des universités. Ces derniers seraient donc en mesure d'assurer avec un certain succès la promotion d'une nouvelle discipline juridique mais, précisément en raison de leur réussite dans l'une des disciplines juridiques canoniques, le droit communautaire n'est qu'une activité secondaire qu'ils investissent à la manière des notables en politique, c'est-à-dire, en amateurs et aucun d'entre eux ne manifeste l'intention de s'investir dans l'enseignement et la promotion de cette nouvelle discipline. Par ailleurs, ce n'est le plus souvent qu'à travers le prisme de leur spécialité disciplinaire qu'ils s'intéressent au droit des Communautés¹⁵.

Si bien qu'au début des années 1960, aucun de ceux qui, parmi les professeurs de droit, ont pu manifester un intérêt pour la construction juridique de l'Europe et prêter allégeance, plus ou moins directement, à la supranationalité, n'est en mesure de porter le développement institutionnel, en France, d'une discipline autonome dédiée à l'étude du droit de l'intégration européenne. Soit ces professeurs ne bénéficient pas des ressources suffisantes pour mener à bien une telle entreprise ; soit, ils disposent potentiellement des ressources nécessaires, mais ils ont investi avec succès une discipline existante et les profits qu'ils en retirent en termes de carrière ne les incitent en aucun cas à s'engager dans une entreprise de promotion académique pour le moins incertaine et potentiellement coûteuse. Par conséquent, si à l'aube des années 1960 le droit de l'intégration européenne n'est pas totalement absent des facultés de droit, ce savoir est encore loin de s'apparenter aux autres disciplines juridiques, il n'est, en effet, enseigné que sous la forme

14. Au début des années 1960, cette association transnationale, créée de toutes pièces en 1961 par le Service juridique de la Commission, rassemble l'ensemble des juristes européens – pour la plupart juges, avocats ou membres des institutions européennes – qui soutiennent la « doctrine-maison » et fait alors figure d'« avatar doctrinal » du Service juridique (sur ce point et sur le rôle de la FIDE dans la construction du sens des arrêts *Van Gend and Loos* et *Costa c/ ENEL*, voir J. Bailleux, *L'Europe et ses légistes*, *op. cit.*).

15. Ce sont les questions liées aux conflits de lois au sein des États membres qui retiennent l'attention du spécialiste de droit international privé, Henri Batiffol ; alors que le commercialiste Roger Houin, féru de droit comparé, s'intéresse avant tout aux incidences du droit des Communautés sur le droit des sociétés des États membres. De la même manière, c'est l'organisation du contentieux communautaire, en grande partie calquée sur le contentieux administratif français, qui retient l'attention de l'administrativiste André de Laubadère.

de conférences épisodiques au sein de centres ou d'instituts périphériques¹⁶. Bien sûr, un nouveau cours d'organisations européennes est introduit au sein des cursus juridiques à partir de 1958. Mais cet enseignement n'a rien d'obligatoire; il s'agit tout au plus d'une option dans le cadre du second certificat de la licence en droit – mention droit public et sciences politiques. De plus, loin d'être uniquement dédié à l'étude des Communautés, ce cours – dispensé à la faculté de droit de Paris par Paul Reuter puis par Roger Pinto, tous deux spécialistes de droit international public – a pour objet la présentation de l'ensemble des organisations internationales régionales européennes. Figurent ainsi au programme de cet enseignement optionnel l'OECE, l'UEO, l'OTAN, le Conseil de l'Europe et l'AELE, mais aussi le Pacte de Varsovie et le COMECON; les Communautés européennes y étant appréhendées en tant qu'élément d'un nouveau « droit international public européen » « qui prend place parmi d'autres droits internationaux localisés, régionaux: droit international américain, droit international des pays arabes, droit international des États non engagés, droit international des pays “socialistes” »¹⁷. Ce n'est donc pas la définition « supranationale » du droit communautaire défendue par les juristes des institutions politiques européennes qui s'impose de prime abord au sein du champ universitaire français, mais sa version « internationaliste ». C'est dire si, au début des années 1960, l'enseignement du droit communautaire semble fort peu engagé sur la voie de l'institutionnalisation. Un accident de l'histoire va cependant en modifier le cours...

II – DE GAULLE ET LA NAISSANCE D'UNE DOCTRINE COMMUNAUTARISTE FRANÇAISE

Paradoxalement, l'introduction et la généralisation de l'enseignement du droit communautaire en France doivent beaucoup au général de Gaulle. De fait, le retour au pouvoir de celui qui est alors perçu comme l'un des plus virulents adversaires de l'Europe supranationale a deux conséquences importantes pour ce qui nous intéresse. La première est de rendre à la vie

16. Les premiers cours de droit communautaire à proprement parler sont organisés sous forme de conférences au sein du centre européen universitaire de Nancy et au sein de l'Institut des hautes études européennes de Starsbourg au tout début des années 1960, qui plus est ces conférences sont la plupart temps assurées par les « juristes-maison » des institutions, c'est-à-dire, par les collaborateurs de Michel Gaudet au sein du Service juridique des exécutifs européens (sur ce point, voir J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit*, op. cit., notamment chapitre 5, p. 344-348).

17. R. Pinto, *Organisations européennes*, Licence 4^e année, 1960-1961, Paris, Les cours de droit, p. 4-5.

civile – et, en l’occurrence, à l’université – l’un des leaders MRP, Pierre-Henri Teitgen, qui, victime de la victoire électorale des gaullistes, sera alors contraint de réinvestir un autre univers social que celui de la politique. La seconde est d’obliger les services de la Commission à réviser leur politique d’information en donnant à cette dernière une apparence moins ouvertement politique pour parer à l’offensive lancée par les gaullistes, dès le début des années 1960, contre l’Europe supranationale, et plus précisément contre toute forme de propagande politique en sa faveur. Ainsi, et comme dans toutes les situations faiblement objectivées où la réalité sociale repose essentiellement sur les personnes, cette nouvelle discipline juridique a d’abord été incarnée en la personne de Pierre-Henri Teitgen avant de s’institutionnaliser – grâce au soutien des institutions communautaires – dans des cours, des manuels, des diplômes et des chaires etc.¹⁸.

A. Pierre-Henri Teitgen: l’homme de la situation

Forcé d’abandonner les tribunes politiques pour celles des amphithéâtres de la faculté de droit, au début des années 1960, Pierre-Henri Teitgen sera tout à la fois incité et en mesure d’assurer la promotion du droit communautaire en France en raison de la position ambiguë de « marginal-sécan »¹⁹ que cet européiste convaincu occupe alors au sein du champ juridique universitaire.

De fait, Pierre-Henri Teitgen est reçu premier au concours d’agrégation de 1934 après avoir soutenu à Nancy, la même année, une thèse de droit administratif. Âgé de 26 ans – ce qui fait de lui le plus jeune agrégé de droit de France – il commence alors une carrière universitaire prometteuse à l’Université de Nancy où il est titulaire de la chaire de droit public. Catholique social engagé, il milite parallèlement au sein du Parti démocrate populaire aux côtés de son père et de son collègue de la faculté de droit de Nancy, François de Menthon avec qui il fonde en 1934 la revue *Droit social*. Mais sa carrière est brutalement interrompue par la guerre en 1939. La trajectoire de Pierre-Henri Teitgen prend alors une tout autre direction. Durant les deux décennies suivantes, c’est en effet la politique qu’il investit. Révoqué en juillet 1942 par le gouvernement de Vichy en raison de son hostilité au nouveau régime – Pierre-Henri Teitgen est à l’origine

18. Que le droit communautaire ait été incarné avant de s’institutionnaliser n’a rien de spécifique à ce savoir. Comme le soulignent Yves Dezalay et Brian G. Garth « When a new symbolic field is being constructed it requires the personal legitimacy of “grand old men” or their equivalent to provide it with sufficient legitimacy to survive » (Y. Dezalay, B. G. Garth, *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago, University of Chicago Press, 1996, p. 35).

19. Sur la notion de « marginal-sécan », voir *infra*, note 22.

de la création d'un des premiers réseaux de résistance de la zone libre²⁰ –, il sera rapidement appelé à participer aux diverses institutions de la France Libre. Il est membre du Comité général d'études dès 1942. En avril 1943 le général de Gaulle le nomme Commissaire provisoire à l'Information dans la clandestinité, poste qu'il conserve après la Libération au sein du gouvernement De Gaulle. Élu député MRP d'Île-et-Vilaine en 1945, Pierre-Henri Teitgen devient alors l'une des personnalités politiques centrales de la IV^e République²¹ dont il incarne l'un des principaux combats : la construction d'une Europe unie.

C'est donc un « grand homme » politique, un leader de la démocratie chrétienne encore auréolé de son passé héroïque dans la Résistance, qui rejoint, contraint et forcé, la faculté de droit de Rennes en 1959 puis de Paris en 1961. Mais après vingt ans d'absence, le capital symbolique que Pierre-Henri Teitgen a accumulé dans le champ politique ne suffit pas à compenser, au sein de l'université, la faiblesse de ses ressources académiques. Autrefois promis à un brillant avenir universitaire, sa carrière est en friche. Pierre-Henri Teitgen ne peut, en effet, se présenter comme le spécialiste incontournable d'une des disciplines canoniques du droit public, à l'image de ses prestigieux congénères de la faculté de droit de Paris – avec qui il partage pourtant, à l'origine, certain nombre de propriétés. Marginalisé dans le champ politique comme dans le champ juridique universitaire bien qu'étant fortement doté en ressources sociales et politiques, Pierre-Henri Teitgen est donc, à la fin des années 1950, un « marginal-sécant »²². Et c'est

20. Le mouvement *Liberté* est fondé en septembre 1940 lors d'une réunion qui se tient au domicile de Marcel Prélot.

21. Pierre-Henri Teitgen est successivement ministre de la Justice dans les deux cabinets De Gaulle (mai 1945-janvier 1946), puis dans les cabinets Gouin (janvier-juin 1946) et Bidault (juin-novembre 1946); vice-président du Conseil (janvier-octobre 1947) puis ministre des Forces armées (octobre-novembre 1947) dans le cabinet Ramadier, poste qu'il conserve dans le cabinet Schuman (novembre 1947-juillet 1948) avant d'être de nouveau nommé vice-président du Conseil dans le cabinet André Marie (juillet-août 1948); ministre d'État chargé de l'Information dans le cabinet Bidault (octobre 1949-juin 1950); vice-président du Conseil dans le cabinet Laniel (juin 1953-juin 1954); et enfin ministre de la France d'outre-mer dans le cabinet Faure (février 1955-février 1956).

22. Cf. H. Jamous, *Sociologie de la décision. La réforme des études médicales et des structures hospitalières*, Paris, Éditions du CNRS, 1969. Le « marginal-sécant » est un acteur issu d'un secteur défavorisé d'une organisation, plus ou moins considéré comme déviant à l'égard des règles organisationnelles, et qui entretient, de par sa position périphérique, des relations plus ou moins formalisées avec d'autres systèmes d'action. De ce fait, il peut souvent jouer le rôle essentiel d'intermédiaire ou d'interprète entre des logiques d'action différentes, voire contradictoires. Ainsi, cette « multipositionnalité « à la marge » » (cf. D. Dulong, *Moderniser la politique. Aux origines de la V^e République*, Paris, L'Harmattan, 1997) constitue bien une ressource alternative à celles, légitimes, qui ont cours dans le champ – universitaire en l'occurrence –, et, selon Haroun Jamous, prédispose également ceux qui en bénéficient à l'adoption de postures « réformatrices ». Et pour cause. Marginaux au sein du champ en

cette position très singulière qui fait de lui l'homme de la situation. D'une part, contraint de réinvestir le monde académique au mitan de sa carrière, il est, à la différence du second groupe de professeurs que l'on a évoqué plus haut et que l'on pourrait qualifier de « dominants », disposé à inventer au sein du champ juridique universitaire, une position nouvelle susceptible de rectifier son déclassement accidentel et qui lui permette d'obtenir la reconnaissance et les rétributions qu'il est objectivement en droit d'espérer. D'autre part, et à la différence cette fois des membres du groupe de professeurs que l'on a qualifié de « marginaux », il dispose de ressources sociales et symboliques, nationales et européennes, qui, si elles ne sont pas purement scientifiques, n'en demeurent pas moins légitimes – ou, pour le moins, efficaces – dans l'univers relativement hétéronomes des facultés de droit, et en particulier au sein de la faculté de droit de Paris²³.

On comprend dès lors que Pierre-Henri Teitgen, européiste convaincu²⁴, s'investisse dans la promotion de l'enseignement du droit communautaire et qu'il tente, par ce biais, d'inventer une position à sa mesure. Incarnation vivante de ce qu'est alors le droit communautaire – c'est-à-dire un droit très politique, théorisé et mobilisé par des praticiens qui évoluent dans un espace transnational encore faiblement objectivé – Pierre-Henri Teitgen endosse alors le rôle de porte-parole en France de la « doctrine-maison » élaborée par le Service juridique de la Commission et relayée avec constance par la FIDE dont il est un membre éminent. Il est ainsi, plus ou moins directement, à l'origine de la création, au milieu des années 1960, de trois institutions qui constituent une première objectivation de l'existence d'une

question, ne disposant du surcroît de ressources légitimes nécessaires, ils ne peuvent accéder, en son sein, aux positions de pouvoir prédéfinies.

23. Sur les relations privilégiées qu'entretiennent les membres des facultés de droit avec le champ politique, voir G. Sacriste, *Le droit de la République. Légitimation(s) de l'État et construction du rôle de professeur de droit constitutionnel au début de la Troisième République*, thèse pour le doctorat en science politique, Université Paris 1, 2002; et M. Milet, *Les professeurs de droit citoyens. Entre ordre juridique et espace public, contribution à l'étude des interactions entre les débats et les engagements des juristes français (1914-1995)*, thèse pour le doctorat en science politique, Université Paris 2, 2000.

24. Proche des milieux fédéralistes et très actif au sein des Nouvelles équipes internationales, Pierre-Henri Teitgen participe au Congrès de La Haye en 1948 et s'investit dans la mise en place du Mouvement européen au sein duquel il préside la Section juridique internationale. Cet organe sera à l'origine d'un projet de Convention européenne des droits de l'homme et d'un projet de statut pour une Cour européenne des droits de l'homme qui aboutira en 1950 à la signature de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, texte auquel Pierre-Henri Teitgen a attaché son nom, non seulement au titre de sa participation à la Section juridique internationale du Mouvement européen, mais aussi en tant que rapporteur de la Commission juridique de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe. Membre dès 1952 de l'Assemblée commune de la CECA, il prend fait et cause pour la CED et pour le projet de Communauté politique européenne dont il est l'un des inspirateurs.

nouvelle discipline juridique : un centre d'études spécialisé, une association professionnelle, et une revue. De fait, le premier centre universitaire dédié exclusivement à l'étude des Communautés européennes – dont les enseignements sont inscrits au programme de quatrième année de licence au titre de matières à option²⁵ – ouvre ses portes à la faculté de droit de Paris à l'automne 1963 ; la Commission pour l'étude des Communautés européennes (CEDECE), dont l'ambition est alors de développer l'enseignement de la nouvelle discipline au sein des facultés de droit de province, est créée en 1965. Pierre-Henri Teitgen, qui y assume la fonction de trésorier, en confie la présidence à Jean Boulouis ; enfin, c'est également dans l'entourage de Pierre-Henri Teitgen que la *Revue trimestrielle de droit européen* voit le jour en avril 1965²⁶.

Ceci étant, le droit communautaire alors une discipline extrêmement marginale, et perçue comme éminemment politique. Et pour cause. Si la CJCE vient de rendre une décision qui, aux yeux des entrepreneurs de droit communautaire, doit s'interpréter comme la reconnaissance officielle de la spécificité du droit émanant de l'activité des Communautés européennes²⁷, cette décision n'a pas d'écho dans la jurisprudence nationale. C'est donc un savoir dont l'existence sociale n'est que très faiblement objectivée dans des lieux, des pratiques routinisées ou encore des rôles précodifiés que le « Centre-Teitgen » prétend enseigner. Il n'est pas non plus formalisé dans des manuels. Bien au contraire, sa définition fait l'objet, dans les facultés de droit, de luttes au sein desquelles les tenants de la supranationalité du droit communautaire sont encore très isolés, minoritaires, voire stigmatisés²⁸.

25. Quatre nouvelles chaires « européennes » – premières du genre – sont créées à la rentrée universitaire de 1963 (cf. Archives nationales, CAC, 77 12 32, article 6, Création de chaires et de départements dans les facultés de droit 1959-1963). Lors de la séance du 12 novembre 1963 de la section droit du Comité consultatif des universités, ces quatre nouvelles chaires sont attribuées : M. Dumont est proposé pour occuper la chaire d'histoire comparative des institutions de l'Europe ; Berthold Goldman pour occuper celle de droit du commerce et de la concurrence dans les Communautés européennes ; André Marchal celle d'économie des Communautés européennes ; et Pierre-Henri Teitgen celle de droit financier et fiscal européen (cf. Archives nationales, CAC, 91 07 59, article 6).

26. La *RTDE* est fondée par Roger Houin (membre de la branche française de la FIDE, l'Association des juristes européens) et Claude-Albert Colliard (membre de l'AJE et enseignant au CUECE). La nouvelle revue est domiciliée rue des Belles-Feuilles, dans les locaux du Bureau d'information et de presse de la Commission à Paris.

27. Sur ce point, voir A. Vauchez, « *Judge-made law*. Aux origines du “modèle” politique communautaire (retour sur *Van Gend & Loos* et *Costa c/ ENEL*) », dans O. Costa et P. Magonette (dir.), *Une Europe des élites ?*, Bruxelles, Presses de l'Université de Bruxelles, 2007, p. 139-165. L'arrêt *Van Gend & Loos* est rendu le 5 février 1963 par la Cour de justice des Communautés européennes.

28. C'est ce dont témoigne cette anecdote de Gérard Nafilyan : « Nous étions très peu à partager le point de vue selon lequel le droit communautaire s'impose entre le droit international et le droit interne. Nous étions considérés comme des originaux, comme des

Aussi son étude et son enseignement suscitent-ils très peu de vocation parmi les professeurs agrégés et parmi ceux qui ambitionnent d’embrasser la carrière universitaire²⁹.

Le droit communautaire dont Pierre-Henri Teitgen s’est fait l’apôtre est donc loin, au milieu des années 1960, du savoir standardisé – et désincarné – enseigné au sein des facultés de droit aujourd’hui. Aussi, on ne comprendrait pas totalement le processus par lequel le droit communautaire advient à la réalité, en France, sans voir que celui-ci se joue simultanément sur deux scènes. Parallèlement à ce qui se joue à la faculté de droit de Paris dans les années 1960, on assiste en effet à une réorientation de la politique d’information de la Commission qui contribuera fortement à la généralisation de l’enseignement du droit communautaire au sein de l’ensemble des facultés de droit françaises, créant du même coup les conditions d’une codification et d’une standardisation de la nouvelle discipline.

B. La réorientation de la politique d’information de la Commission ou comment faire de la politique par d’autres moyens

La Commission européenne et son antenne parisienne rue de Belles feuilles ont, en effet, joué un rôle important dans le processus d’invention du droit communautaire en France, par la même force des choses qui incite Pierre-Henri Teitgen à investir le monde académique, c’est-à-dire en raison du retour au pouvoir du général de Gaulle. De fait, au début des années 1960, la Commission subit les assauts répétés du gouvernement français qui reproche notamment à son service d’information de mettre en place une véritable propagande politique – ce qui n’est en aucun cas dans ses attributions. Fin 1962, François Morin s’exprimant au nom du SGCI, estime ainsi que les activités du Service d’information et de presse de la Commission sont « trop communautaires » et que « l’orientation de la politique d’information des Communautés ne peut être approuvée », la Commission ayant

marginiaux, parce que le droit communautaire était considéré comme une branche décadente du droit international. Je vais vous raconter une anecdote qui vous dira bien la situation. À l’époque, il y avait un assistant en droit international qui était Jean-Pierre Cot. Il faisait un séminaire en droit international et moi je faisais des séminaires en droit communautaire avec la bénédiction de Pierre-Henri Teitgen. Et les étudiants qui suivaient les deux cours venaient me dire “je ne comprends pas. M. Cot dit que le droit communautaire ça n’existe pas en tant que tel, et vous, vous dites le contraire!” » (entretien avec Gérard Nafilyan, mai 2005) ?

29. Claude-Albert Colliard, qui enseigne alors au CUECE, aurait ainsi conseillé à Jean-Claude Masplet, alors même qu’il était l’assistant de Pierre-Henri Teitgen, de choisir son sujet de thèse en droit constitutionnel qu’il estime « plus porteur pour l’agrégation qu’une thèse exotique en droit communautaire » (entretien avec Jean-Claude Masplet, septembre 2007).

« une préférence marquée pour les développements de nature politique au détriment de la documentation d'ordre économique et de l'information précise sur les actions de la Communauté »³⁰. Le gouvernement français va même jusqu'à suggérer sa mise sous tutelle par les États membres³¹.

C'est dans ce contexte pour le moins orageux que Jean Moreau, qui dirige alors la division « Information universitaire – Jeunesse – Éducation des adultes » du Service d'information et de presse, décide de faire « profil bas » et d'accorder, par conséquent, son soutien, notamment financier, à des initiatives « techniques » perçues comme politiquement neutres – comme celles de Pierre-Henri Teitgen – au détriment d'actions plus directement engagées dans la promotion de la construction d'une Europe fédérale, à l'image des divers centres d'études mis en place, en marge des universités, par les militants de l'Union européenne des fédéralistes depuis le début des années 1950³².

En effet, dès 1962-1963, un ensemble d'actions sont entreprises en vue de faciliter l'implantation de centres d'études économiques et juridiques au sein des universités, d'encourager la recherche sur l'intégration européenne et de contribuer à l'émergence d'un corps de professeurs spécialisés. Outre l'attribution d'un prix de thèse existant d'ores et déjà du temps de la CECA, la division « Information universitaire » propose, à partir de 1963, à de jeunes professeurs (ils doivent être âgés de moins de 40 ans) de bénéficier d'une bourse pour conduire une recherche sur l'intégration européenne. Elle s'attache également, dès 1963, à faciliter l'accès des quelques professeurs intéressés par la construction européenne à la documentation nécessaire à la conduite de leurs travaux en proposant aux universités un service gratuit des publications et documents des différentes institutions européennes en

30. « Note du Secrétaire général adjoint du SGCI du 15 juillet 1963 », cité dans J.-R. Rabier, « Les origines de la politique d'information européenne (1953-1973) », in Melchionni Maria Grazia (dir.), *Fondi e luoghi della documentazione europea. Istruzioni per l'uso*, Université de la Sapienza, Rome, 2000, p. 90.

31. « Dans ces conditions, écrit-il, [les représentants de la France à Bruxelles] sont résolus à [se] désolidariser entièrement des activités de ce service en attendant que l'on institue un contrôle réel des États membres dans un domaine qu'il n'y a aucune raison d'abandonner à l'autorité exclusive des Commissions et de la Haute Autorité » (J.-M. Boegner, « Télégramme du 26 mai 1965 », cité dans *ibid.*).

32. Ainsi, explique Jean Moreau, c'est en raison du « trop grand engagement politique de l'équipe du Centre international de formation européenne, ce qui le rend vulnérable, notamment sur le plan gouvernemental français », que le Service d'information, « qui ne nie pas, du point de vue communautaire, l'intérêt de l'existence d'un organisme d'enseignement post-universitaire “plus engagé” », a décidé « de mener une politique consistant à susciter la création de centres du type “Byé” [l'embryon de centre universitaire de Maurice Byé deviendra en 1963 le CUECE, autrement dit, le centre “Teitgen”] au sein des universités » (J.-P. Gouzy, « Note relative aux entretiens JPG/Jean Moreau, Bruxelles, 28 octobre 1964 », AHCE, CIFE-185).

échange de la mise à disposition d'un local autonome affichant clairement sa vocation « européenne » et dont la responsabilité scientifique serait confiée à un professeur dispensant un enseignement « communautaire ». Dans l'esprit de ses concepteurs, la création de ces « centres de documentation européenne » (CDE) a l'inénarrable avantage d'inciter les universités à créer ce type d'enseignements, mais également d'améliorer la visibilité des « études européennes » en leur sein, et d'encourager, éventuellement, les professeurs à s'appuyer sur ces centres de documentation pour en faire de véritables centres de recherche. Ainsi, c'est un ensemble important de ressources qui est mis à disposition des universitaires dans le but de les inciter à s'investir dans l'étude et l'enseignement de l'intégration européenne.

En France, cette nouvelle « politique universitaire » est relayée avec d'autant plus d'énergie que François Fontaine craint fort de voir disparaître le Bureau d'information et de presse des Communautés qu'il dirige depuis 1954. C'est donc, en 1965, au plus fort de la crise de la chaise vide, que le bureau de Paris participe à la création de deux associations qui joueront un rôle essentiel dans la généralisation de l'enseignement du droit communautaire en France et, partant, dans le processus d'institutionnalisation de la nouvelle discipline. Pour le dire vite, il s'agit alors de mettre en place une structure associative paravent qui permettrait à la Commission d'agir sur les milieux scolaires et universitaires français en cas de fermeture du bureau de Paris³³.

L'automne 1965, François Fontaine propose ainsi aux jeunes assistants de Pierre-Henri Teitgen au sein du CUECE – Gérard Nafilyan, Henri Lesguillons, et Max Peyrard – de fonder une association dont la mission serait « de faire exister l'Europe dans les classes secondaires et dans l'enseignement supérieur ». Bras armé du Service commun d'information des Communautés en France, l'association Europe-Université, qui voit le jour en octobre 1965, est plus précisément chargée d'« une mission de prospection et d'intéressement à l'étude des Communautés dans les différents milieux universitaires »³⁴. Très concrètement, d'une part, les membres de cette association aideront les universités de province à mettre en place les CDE dont il a été question précédemment, ils en formeront les responsables administratifs et ils en assureront l'interface avec les Communautés; d'autre part, ils feront en sorte d'encourager les universitaires à organiser

33. « On n'avait aucun soutien à Paris, c'est le moins que l'on puisse dire », alors « on a trouvé des biais » explique Jacques-René Rabier, « on créait des associations, on aidait des associations ». « Pour relayer, pour faire passer de l'information pour lesquelles officiellement les services... » complète Robert Pendville (Entretien accordé par Jacques-René Rabier à Yves Conrad et Julie Cailleau, janvier 2004, disponible sur le site de l'EUI, www.eui.it).

34. « Europe-Université. Rapport d'activité. Année universitaire 1965-1966 », AHCE, FDLV-65 (1963-1974).

colloques et journées en mettant à leur disposition une véritable assistance technique puisque les services qu'ils proposent vont de l'obtention du soutien financier des Communautés aux choix du thème de la journée ou du colloque, en passant par la pré-sélection d'intervenants potentiels. Par ailleurs, et toujours avec pour ambition de faire naître et d'animer cette communauté vivante de spécialistes de l'intégration européenne, Europe-université édite un bulletin de liaison mensuel – *Les Nouvelles universitaires*. Dans le même ordre d'idée, le bureau de Paris apporte également son soutien à la création de la CEDECE dont le siège est, dans un premier temps, établi dans ses locaux, rue des Belles-Feuilles. Selon Gérard Nafilyan, c'est Émile Noël, alors secrétaire général de la Commission CEE, qui en aurait même soufflé l'idée à Pierre-Henri Teitgen³⁵. Dans l'esprit de ses initiateurs, il s'agissait de mettre en place une association dont seraient membres toutes facultés de droit et d'économie françaises, représentées par leur doyen ou un professeur désigné à cet effet. L'objectif principal poursuivi est, en effet, d'inciter les facultés à introduire dans leur cursus des enseignements d'économie et de droit communautaire. C'est ainsi qu'au printemps 1966 – à l'occasion d'un entretien avec le directeur de cabinet du président Hallstein, Karl-Heinz Narjes, et avec l'un de ses conseillers, Pierre Bourguignon – Pierre-Henri Teitgen propose à la Commission de financer la création d'enseignements communautaires dans les facultés de province françaises, par l'intermédiaire d'une subvention accordée à la CEDECE. La Commission allouerait une somme globale à l'association qui serait chargée de la répartir, le cas échéant, entre les facultés qui entreprendraient d'organiser de tels enseignements, et ce pendant les deux ou trois années qui suivront la création du cours. Ce projet suscite l'enthousiasme au sein de la Commission. De sorte qu'au mois de juillet 1966, le directeur du Service juridique de la Commission, Michel Gaudet, peut affirmer à Pierre-Henri Teitgen, qui s'enquiert auprès de lui des suites accordées à son projet, que « M. Bourguignon a manifestement été convaincu (...) de l'importance et du "rendement" du projet », et que, pour sa part, « [il] a suggéré un aménagement qui pourrait aider à libérer dans les tiroirs de la Commission le montant espéré pour la mise en œuvre du programme en 1966 »³⁶. À la rentrée 1966, la CEDECE est en mesure de proposer aux professeurs de province qui le souhaitent de financer un séminaire de troisième cycle ou la mise en place d'une option en quatrième année de licence, jetant ainsi les bases d'un processus de généralisation de l'enseignement de la nouvelle discipline³⁷. Tant et si bien qu'au milieu des années 1980, la

35. Entretien avec Gérard Nafilyan, mai 2005.

36. Lettre de Michel Gaudet à Pierre-Henri Teitgen du 29 juillet 1966, fonds Gaudet, Chronos 1966.

37. En juin 1966, 16 facultés de droit françaises sont pourvues d'un Centre de documentation européenne (cf. « Europe-Université. Rapport d'activité. Année universitaire 1965-1966 »,

quasi-totalité des facultés de droit françaises proposent, à tout ou partie de leurs étudiants, au moins un enseignement de droit communautaire optionnel ou obligatoire.

Or, si leur nombre demeure encore limité, la multiplication de ces cours entre le début des années 1970 et le milieu des années 1980, représente néanmoins, pour les aspirants professeurs, une incitation significative, et pour les professeurs, de plus en plus nombreux, qui seront chargés de ses enseignements, une contrainte à s'y investir et, par conséquent, à participer au travail proprement doctrinal, sans cesse recommencé, d'analyse et de rationalisation dont le droit issu de l'activité normative des Communautés européennes doit faire l'objet – ne serait-ce que pour pouvoir être transmis aux étudiants auxquels ils s'adressent. On assiste alors à un phénomène de codification et de standardisation de la nouvelle discipline, dont l'existence d'un ordre juridique autonome, caractérisé par l'« effet direct » et la « primauté » de ses normes à l'égard du droit interne des États membres, s'impose comme l'épicentre. De fait, il n'y a pas grand-chose de commun entre le droit incréé, transcendant, a-historique et a-politique que Jean Boulouis présente à ses étudiants au début des années 1980 – et que l'on a cité en introduction de ce texte – et la « théorie de l'ordre juridique communautaire » que Claude-Albert Colliard *défend* en introduction de son cours de « droit administratif européen » en 1965. En effet, l'existence d'un ordre juridique communautaire autonome y a le statut d'une théorie, parmi d'autres, à laquelle « on a eu recours »³⁸ pour pallier les inconvénients qui auraient résulté du respect des diverses solutions constitutionnelles nationales en matière d'application des traités en droit interne³⁹, mais de plus, Claude-Albert Colliard ne manque pas de préciser que cette question « a fait l'objet de diverses opinions doctrinales en même temps qu'elle a donné lieu aux différentes interprétations de la Cour de justice

document cité). Leur nombre est porté à 25 en 1972 (cf. « Diffusion des publications des Communautés européennes dans les milieux universitaires. Rapport sur les Centres de documentation européenne et les bibliothèques dépositaires d'universités 1971-1972 », AHCE, FDLV-65). Les premiers diplômes de second et troisième cycles spécialisés en droit communautaire apparaissent au début des années 1970. Une enquête de la Commission fait ainsi état de l'existence de 93 enseignements et de 13 formations de troisième cycle spécialisés en droit et/ou en économie communautaire en France en 1972 (cf. « Diffusion des publications des Communautés européennes dans les milieux universitaires. Rapport sur les Centres de documentation européenne et les bibliothèques dépositaires d'universités 1971-1972 », AHCE, document cité).

38. C.-A. Colliard, *Droit administratif européen*, Licence 4^e année, Paris, Les cours de droit, 1965-1966, p. 130.

39. « En raison de leur disparité, il a été nécessaire d'élaborer la théorie de l'ordre juridique communautaire, de manière à obtenir une solution qui soit la même partout », *Ibid.*, p. 130-131

des Communautés européennes »⁴⁰. Enfin, c'est sur le discours « politique », prononcé en juin 1965 au Parlement européen, par le président de la Commission, « le professeur Walter Hallstein »⁴¹, que Claude-Albert Colliard s'appuie pour exposer, ce qui demeure alors une « théorie de l'autonomie du droit communautaire », à laquelle, du reste, il souscrit, et dont il souligne la conformité aux décisions de la Cour de justice⁴². Entre le milieu des années 1960 et la fin des années 1980, c'est donc bien un champ de la doctrine communautariste française, formé de spécialistes d'un corps de connaissances relativement standardisé, aux caractéristiques professionnelles relativement homogènes, et doté, sur le modèle des autres disciplines juridiques « d'un appareil de production, de reproduction et de célébration »⁴³, relativement autonome vis-à-vis de ces dernières, qui s'institutionnalise.

40. *Ibid.*, p. 148.

41. *Ibid.*

42. Cf. *ibid.*, p. 148-151.

43. L. Boltanski, « La constitution du champ de la bande dessinée », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 1, 1975, p. 43.

Faire de la criminologie une nouvelle discipline ?

Contexte et enjeux d'une controverse

Laurent MUCCHIELLI

*Directeur de recherche au CNRS,
Laboratoire méditerranéen de sociologie, UMR 7305,
CNRS & Aix-Marseille Université*

À la télévision, à la radio, dans les journaux et sur Internet, à l'occasion notamment des faits divers criminels qui jalonnent ce que les médias appellent « l'actualité », il n'est désormais presque plus possible d'échapper à la parole d'un « criminologue »¹. La chose surprend sans doute d'autant moins nos concitoyens qu'ils retrouvent cette figure du « criminologue » quasiment tous les soirs, lorsqu'ils regardent la télévision après dîner et qu'ils se voient inévitablement proposer des séries policières américaines. Ce conditionnement télévisuel est tel que les universités enregistrent depuis quelques années une nouvelle demande de la part de ces grands adolescents qui, au sortir du baccalauréat, nous disent qu'ils veulent devenir quelque chose comme « criminologues/profileurs/agents du FBI ». Certains tombent alors de haut lorsqu'ils apprennent que le métier de « criminologue » n'existe pas en France, qu'aucun diplôme universitaire n'en délivre le titre et le droit d'exercice, que cette appellation n'est par conséquent la garantie d'aucune compétence, que toutes celles et tous ceux qui l'utilisent dans les médias se sont en réalité autoproclamés tels, et que certains d'entre eux sont même des charlatans.

Cette situation pourrait néanmoins évoluer dans les années à venir. En effet, loin du « JT de 20 heures » et de la Une des médias, dans l'univers plus feutré du milieu universitaire et scientifique français, l'existence d'une

1. Ce texte synthétise une partie des arguments développés dans mon livre : *Criminologie et lobby sécuritaire : une controverse française*, Paris, La Dispute, 2014.

discipline baptisée « criminologie » a fait l'objet d'une intense controverse durant les cinq années de pouvoir de Nicolas Sarkozy. Elle a démarré en 2008, a connu son apogée en 2012 et elle n'est pas terminée. La plupart des personnes qui sont extérieures à cet univers professionnel n'y ont pas compris grand-chose et l'on ne saurait les en blâmer. La question est complexe. Quantité d'enjeux s'entremêlent alors qu'ils sont de natures très différentes même s'ils sont tous très importants : la conception même de la science, la structuration des disciplines à l'université et au CNRS, la formation des professionnels des métiers de la prévention, de la sécurité et de la justice, la production des connaissances et des statistiques sur la délinquance, l'orientation plus ou moins sécuritaire des politiques pénales, la définition de l'expertise auprès des pouvoirs publics.

Cette controverse a été et demeure âpre. Là encore pour plusieurs raisons. Certains ont pensé sincèrement que l'organisation de la criminologie en France serait un progrès collectif, notamment pour la formation des professionnels. Mais d'autres y ont engagé surtout des besoins de reconnaissance personnelle et institutionnelle. D'aucuns y ont joué par ailleurs une crédibilité qui impacte aussi leur médiatisation, leur réputation, leur influence politique voire même leurs « bonnes affaires » car l'expertise en sécurité est par ailleurs un *business*. D'autres y ont vu au contraire l'indice d'une perte de légitimité des institutions universitaires et scientifiques, de l'emprise croissante d'un « star system » médiatique et politique toujours plus superficiel, et enfin de l'influence grandissante d'un lobby sécuritaire très lié à « l'air du temps ».

Dans cette communication, je vais m'efforcer rapidement d'explicitier les multiples enjeux de cette controverse, du moins telle que je l'ai vécue. Ayant été l'un de ses principaux acteurs, je suis obligé de parler ici à la première personne et je ne saurais prétendre à la neutralité et à l'objectivité. Je ne me situe pas à côté de la controverse pour en faire une étude sociologique, examinant froidement et symétriquement l'ensemble des positionnements et des arguments des uns et des autres². Je peux dire cependant que je n'y ai pas d'autre enjeu personnel que la défense de l'éthique scientifique : le désintéressement, la transparence, la recherche du vrai pour le vrai, la mise en discussion collective des travaux de recherche, la transmission et la diffusion des connaissances³. Non seulement la science n'est ni de droite ni de gauche, mais elle ne saurait être au service d'un programme politique

2. Cher à David Bloor, *Sociologie de la logique. Les limites de l'épistémologie*, Paris, Pandore, 1983. Sur ces débats, cf. O. Martin, *Sociologie des sciences*, Paris, Armand Colin, 2000.

3. La plupart de ces principes ont été énoncés dès 1942 par Robert Merton dans « The normative structure of science » (repris dans N. W. Storer (ed.), *The sociology of science*, Chicago, University of Chicago Press, 1973, p. 267-278).

quel qu'il soit. Elle ne saurait non plus cohabiter avec la recherche du profit commercial. Elle ne peut être exercée que par celles et ceux qui ont fait l'effort d'en obtenir les qualifications et les habilitations par les institutions scientifiques et par leurs pairs. Elle est fondamentalement une pratique, un métier, et non un titre destiné à orner une carte de visite, donner une apparence de sérieux aux opinions personnelles du premier quidam venu ou dissimuler des objectifs d'une tout autre nature.

Je vais donc tenter d'éclairer cette controverse à travers quatre séries d'arguments, premièrement sur l'histoire des champs scientifiques concernées, deuxièmement sur le mythe de la pluridisciplinarité, troisièmement sur le lobby sécuritaire, quatrièmement sur ce qui m'apparaît comme un enjeu caché dans le monde des pénalistes, et qui intéresse là encore tout particulièrement le thème commun de réflexion de ce colloque.

I – UN PEU D'HISTOIRE DES SCIENCES

C'est dans les années 1870-1914 que la question du crime est devenue à la fois un enjeu politique et un enjeu scientifique⁴. La potentielle nouvelle discipline qui émerge en France n'est pas baptisée « Criminologie » par ses promoteurs mais le plus souvent « Anthropologie criminelle », à l'instar de son principal acteur Alexandre Lacassagne, professeur de médecine légale à la Faculté de Lyon. Dans ce dix-neuvième siècle finissant, la science s'affirme par le biais d'un déterminisme à la fois absolu et terriblement simpliste. C'est le temps de la croyance magique en l'hérédité. Le criminel est né comme tel selon la célèbre théorie de Lombroso, bien partagée en réalité à travers les facultés de médecine françaises et plus largement européennes. Les criminels seraient des hommes dont la constitution même est viciée, au point de ne plus être responsables de leur maladie héréditaire. Dès lors, il apparaît légitime que la société s'en débarrasse sans plus d'état d'âme. Et dans cette arène dominée par les médecins et les juristes, ce sont certains de ces derniers qui vont défendre en fin de compte l'humanité et la responsabilité des criminels.

Contrairement à ce qui va se produire aux États-Unis, notamment à l'Université de Chicago, les sciences sociales naissantes ne vont pas

4. Sur ce qui suit, cf. notamment L. Mucchielli (dir.), *Histoire de la criminologie française*, Paris, l'Harmattan, 1994 ; M. Renneville, *La médecine du crime. Essai sur l'émergence d'un regard médical sur la criminalité en France (1785-1885)*, Lille, Presses Universitaires du Septentrion, 1997 ; L. Mucchielli, « Criminologie, hygiénisme et eugénisme en France (1870-1914) : débats médicaux sur l'élimination des criminels réputés "incorrigibles" », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 2000, 3, p. 57-89.

parvenir à s'emparer pleinement de cet objet, faute de forces. Bien sûr, on trouve dans l'œuvre prolixe de Gabriel Tarde un très grand nombre de réflexions sur le crime et la peine, à travers une série d'ouvrages dont certains ont eu un retentissement international. Mais, malgré les fonctions importantes qu'il a occupées à partir de 1894 (la direction de la statistique judiciaire au ministère de la Justice et la codirection de la revue de Lacassagne : les *Archives d'anthropologie criminelle*) ainsi que son élection au Collège de France en 1900, Tarde n'a jamais formé des chercheurs ni établi un programme de recherches.

Il faut se tourner vers le groupe fondé en 1897 par Émile Durkheim autour de la revue *L'Année sociologique* pour voir l'esquisse de la constitution d'une sociologie criminelle⁵. Ce groupe rassemblait des jeunes philosophes convaincus de la nécessité de donner à la sociologie un véritable programme scientifique sur la base d'une autonomie par rapport aux autres sciences. Parmi eux, c'est Gaston Richard qui est chargé de la section « Sociologie criminelle et statistique morale » de la revue et qui va tenter de poser les bases d'une sociologie du crime, en opposition radicale avec la biologisation des comportements alors dominante. Le travail accompli autour de Richard constitue, autant dans son aspect critique (par exemple à travers la notion de « milieux criminogènes ») que dans son apport érudit propre (l'analyse historique des changements de systèmes de valeurs et de travail et leurs conséquences sur la criminalité), une tentative pour constituer peu à peu l'objet et le programme d'une sociologie criminelle. Toutefois, en comparaison avec l'influence que les durkheimiens ont exercée dans d'autres secteurs de l'activité scientifique de l'époque, leur travail critique dans le champ criminologique a été un échec. À cela, au moins trois raisons. La première est la force et l'autonomie considérable du milieu des psychiatres dont le discours est de plus en plus dominant une fois la mode de l'anthropologie criminelle passée, et dont l'alliance avec les magistrats est déjà institutionnalisée⁶. La seconde est la très forte cohésion du monde médical autour d'une conception principalement héréditariste de la criminalité (de Valentin Magnan à Georges Heuyer en passant par Ernest Dupré). La troisième est la quasi-disparition des recherches sociologiques en ce domaine passé le tournant du siècle et le départ de Richard du groupe durkheimien.

À cette époque, la production sociologique internationale dans ce domaine est dominée par les travaux américains, essentiellement autour

5. L. Mucchielli, *La découverte du social. Naissance de la sociologie en France (1870-1914)*, Paris, La Découverte, 1998.

6. M. Kaluszynski, « Identités professionnelles, identités politiques : médecins et juristes face au crime au tournant du 19^e et du 20^e siècle », in L. Mucchielli (dir.), *Histoire de la criminologie française*, Paris, L'Harmattan, 1994, p. 215-235.

de l'École de Chicago. Mais ceux-ci ne sont guère connus en France⁷. Toutefois, l'intérêt pour le crime dans les sociétés modernes disparaît à peu près complètement dans la sociologie universitaire française de l'entre-deux-guerres⁸.

Durant cet entre-deux-guerres, ce sont en réalité les juristes qui investissent véritablement ce qu'ils appellent parfois « criminologie », plus souvent « science criminelle », parfois aussi « science pénitentiaire », en y associant les médecins intervenants au pénal (médecins légistes et experts psychiatres)⁹. Le mouvement s'enclenche dès avant la première guerre mondiale. Les choses trouvent d'abord une traduction universitaire avec la multiplication des enseignements associant le droit pénal, la criminologie et/ou la science pénitentiaire, au sein de quelques facultés de droit. Une dynamique est donc enclenchée du côté juridique, dans une alliance institutionnelle entre médecins et juristes mais pilotée cette fois par ces derniers. Côté universitaire, cette alliance trouvera finalement sa consécration dans la fondation de l'Institut de criminologie de Paris en 1922, sous la double tutelle de la faculté de droit et de la faculté de médecine de Paris. Depuis cette date, la criminologie ou la « science criminelle » ne cessera d'être enseignée dans les facultés de droit en tant qu'annexe savante du droit pénal. En 1936, elle trouve son organe d'expression : la *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*.

Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale s'ouvre une autre époque pour les sciences humaines et leur implication dans la vie sociale et politique. Cette nouvelle ère philosophique se traduit notamment au plan juridique dans les principes de la « défense sociale nouvelle » développés en France par Marc Ancel et constituera une culture commune à bien des juristes dans les années 1950-1960¹⁰. De surcroît, l'idéal socialiste (au sens large) est de plus en plus influent en Europe. Dans le champ scientifique, trois exemples illustrent les rapprochements nouveaux que permet cette culture commune : le premier est l'ouverture des juristes vers la sociologie (autour des figures d'Henri Lévy-Bruhl puis d'André Davidovitch¹¹), le

7. J.-C. Marcel, « Maurice Halbwachs à Chicago ou les ambiguïtés d'un rationalisme durkheimien », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 1999, 1, p. 103-141 ; C. Topalov, « Maurice Halbwachs et les sociologues de Chicago », *Revue française de sociologie*, 2006, 3, p. 564-590.

8. J.-C. Marcel, *Le durkheimisme dans l'entre-deux-guerres*, Paris, Presses Universitaires de France, 2001.

9. M. Kaluszynski, « Identités professionnelles, identités politiques », art. cit.

10. G. Levasseur, « L'influence de Marc Ancel sur la législation répressive française contemporaine », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1991, 1, p. 9-24 ; S. Enguéléguélé, *Les politiques pénales (1958-1995)*, Paris, l'Harmattan, 1998.

11. F. Soubiran-Paillet, « Juristes et sociologues français d'après-guerre : une rencontre sans lendemain », *Genèses*, 2000, 41, p. 125-142 ; J.-C. Marcel, L. Mucchielli, « André Davidovitch

second est le dialogue pluridisciplinaire qui se développe dans le secteur de la délinquance juvénile (autour du Centre de formation de l'Éducation surveillée à Vaucresson¹²), le troisième est le dialogue théorique qui semble un temps pouvoir enfin se nouer entre sociologie et psychologie¹³. Mais ce mouvement n'est ni une nouveauté radicale, ni une dominante exclusive. Les tendances anciennes persistent et le contredisent partiellement.

La tentative de maintenir une criminologie traditionnelle est exemplifiée par la pensée et l'action de Jean Pinatel dans les années 1950-1980. Inspecteur général de l'administration pénitentiaire, Pinatel se présente d'abord comme spécialiste de « science pénitentiaire » puis de « criminologie », matière qu'il enseignera des années durant à l'Institut de criminologie de Paris. Pinatel défend la criminologie de la première moitié du siècle, qui s'ouvre sur la biologie, se poursuit dans la psychopathologie, et va éventuellement chercher *in fine* dans la sociologie quelques contextes généraux favorisant un niveau de criminalité plus ou moins élevé. C'est là le plan de ses cours et c'est aussi le plan scientifique qui domine le Congrès international de criminologie que Pinatel organise à Paris en 1950, fort de son implication dans la Société internationale de criminologie qu'il domi-nera pendant près de trente ans¹⁴.

Cette conception ancienne de la criminologie allait toutefois se heurter à l'évolution des sciences humaines qui consacrait alors d'une part une psychopathologie largement débarrassée de ses présupposés biologisants (et davantage influencée par la psychanalyse et la psychosociologie¹⁵), d'autre part une sociologie connaissant un essor intellectuel et institutionnel. Les outils théoriques et méthodologiques de ces deux ensembles de disciplines (les sciences de l'individu et les sciences sociales) ont ainsi rendu rapidement obsolète le vieux modèle de la « personnalité criminelle » défendu par Pinatel. Il suffisait notamment, comme le fera Philippe Robert dans

ou le deuxième âge de la sociologie criminelle en France », *L'Année sociologique*, 2006, 56 (1), p. 83-117.

12. F. Tétard, « "Délinquance juvénile" : stratégie, concept ou discipline ? », in *Problèmes de la jeunesse, marginalité et délinquance juvénile*, Vaucresson, CFR-ES, 1985, vol. 2, p. 125-147 ; J.-J. Yvorel, « Au carrefour de la construction des savoirs sur la délinquance juvénile : le centre de recherche et de formation de Vaucresson (1951-1980) », *Criminocorpus*, mis en ligne le 19 novembre 2014. URL : <http://criminocorpus.revues.org/2735>.

13. L. Mucchielli, « Une sociologie militante du contrôle social. Naissance du projet et formation de l'équipe francophone, des origines au milieu des années quatre-vingt », *Déviance et société*, 1997, 21 (1), p. 7-45.

14. A. Pires, « Le débat inachevé sur le crime : le cas du Congrès de 1950 », *Déviance et Société*, 1979, 1, p. 23-46.

15. L. Mucchielli, « Le sens du crime. Histoire des (r)apports de la psychanalyse à la criminologie », in L. Mucchielli (dir.), *Histoire de la criminologie française*, Paris L'Harmattan, 1994, p. 351-409.

L'Année sociologique en 1973, de rappeler l'ampleur réelle des pratiques délinquantes (concernant des centaines de milliers voire des millions de personnes, selon les infractions retenues), révélée notamment par les enquêtes en population générale, pour saisir cette obsolescence et l'impossibilité de doter une telle « criminologie » d'un paradigme commun¹⁶.

À l'issue de ce panorama historique, nous sommes en mesure de comprendre pourquoi les nouveaux criminologues autoproclamés et autres pourfendeurs de « l'exception française » induisent en erreur leurs auditeurs en prétendant que « la criminologie a 50 ans de retard en France » (selon une formule d'Alain Bauer)¹⁷. Cet historique nous a permis de comprendre que si le mot *criminologie* était largement absent du monde universitaire et scientifique français, la chose, elle, n'a jamais cessé d'exister. De la nécessité de ne pas confondre les mots et les choses.

II – LE MYTHE DE LA PLURIDISCIPLINARITÉ

Un argument central pour de nombreux partisans de la création d'une nouvelle discipline criminologique consiste à s'imaginer qu'en gravant sur le fronton d'un nouveau bâtiment le mot « criminologie », l'on réalisera « enfin » une vaste et belle pluridisciplinarité (une approche « globale et intégrée » selon une formule fétiche de ces auteurs), opposé au morcellement et aux frontières disciplinaires actuelles. Le tout dans un ensemble des plus vastes puisque la formation universitaire en criminologie réclamée « doit reposer sur un socle commun constitué par quatre à cinq champs disciplinaires de référence: le droit (notamment pénal, civil et administratif), les sciences médicales et du psychisme (notamment neuro-bio-psychologie, médecine, psychiatrie, psychologie), les sciences de la société (notamment anthropologie, ethnologie, histoire, science politique, géographie, sociologie, économie, démographie pénale et statistique), sciences forensiques (notamment médecine légale, police scientifique et technique), philosophie et éthique »¹⁸. On imagine aisément le saupoudrage totalement superficiel en quoi consisterait une telle formation.

16. Ph. Robert, « La sociologie entre une criminologie du passage à l'acte et une criminologie de la réaction sociale », *L'Année Sociologique*, 1973, p. 441-504.

17. Dans le même sens, cf. P. V. Tournier (dir.), *Le Babel criminologique. Formation et recherche sur le phénomène criminel. Sortir de l'exception française ?*, Paris, L'Harmattan, 2009.

18. R. Cario, M. Herzog-Evans, L. Villerbu, *La criminologie à l'Université. Mythes et réalités*, Paris, L'Harmattan, 2012, p. 17.

N'est-ce pas une grande naïveté que de s'imaginer ainsi une sorte de monde scientifique idyllique où tous les points de vue se complèteraient pour parvenir à l'harmonie et à la complétude finales ? Plus que d'une approche scientifique, cela ne relève-t-il pas davantage de la croyance en l'harmonie céleste des pythagoriciens ? En réalité, entre les sciences sociales et les sciences (biopsychologiques) de l'individu, il existe depuis toujours des incompatibilités de paradigmes. Et ce n'est pas un problème du point de vue de l'avancée de la connaissance, c'est sans doute même plutôt stimulant : à bien des égards, on pourrait en effet soutenir que c'est l'enfermement dans un objet unique (le crime) qui menace d'assécher la pensée scientifique, et que le maintien de l'étude de cet objet au sein des grandes disciplines classiques est au contraire gage de bonne santé intellectuelle. Mais, disent les promoteurs de la nouvelle criminologie, c'est pourtant cette harmonie qui se réaliserait dans la plupart des autres pays où la criminologie est depuis fort longtemps une discipline autonome. À quoi l'on doit répondre que l'argument n'est pas recevable tant, derrière le même mot, se cachent selon les pays des choses en réalité fort différentes. Qui sait, par exemple, que dans la plupart des universités américaines la criminologie est en réalité une branche de la sociologie ? Tandis que ce n'est pas le cas en Europe où la criminologie s'est presque partout développée dans des facultés de droit. Mais, disent enfin nos quêteurs du nirvana criminologique, il existe un paradis où cette harmonie parfaite est réalisée : c'est l'école de criminologie de Montréal. À croire qu'ils n'y ont jamais mis les pieds ! Car lorsque l'on lit ce qu'écrivent nos collègues canadiens et lorsque l'on pousse la porte de ladite école, l'on découvre rapidement que la recherche scientifique qui y est menée se sépare en deux couloirs : d'un côté la « socio-criminologie », de l'autre la « psycho-criminologie » (tournée en fait principalement vers la délinquance sexuelle)¹⁹. En fin de compte, ce qui fait l'unité de cette école, ce n'est pas l'unité de l'objet et encore moins l'unité de la pensée sur l'objet, mais le fait que cette école forme une catégorie de professionnels de la justice qui prennent alors le titre de « criminologues ». Pour l'essentiel, ces derniers sont en réalité l'équivalent pour la France des conseillers d'insertion et de probation de l'administration pénitentiaire ainsi que des éducateurs et des psychologues de la Protection judiciaire de la jeunesse, tous ces personnels appartenant en France au ministère de la Justice²⁰.

19. On pourra par exemple lire en parallèle et voir les franches oppositions qui séparent l'ouvrage de S. Leman-Langlois (*La sociocriminologie*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2007) et celui de J. Proulx (*Profession criminologue*, Montréal, Les presses de l'université de Montréal, 2007).

20. Dans leur livre, R. Cario, M. Herzog-Evans et L. Villerbu (*La criminologie à l'université*, Op.cit, p. 31) donnent ces chiffres récents relatifs aux débouchés professionnels des « criminologues » formés à l'École de Montréal : « prison pour adultes, 21 % ; alternatives communautaires à la prison pour adultes, 24 % ; prison pour les jeunes, 18 %, alternatives

Mais notons que, à la différence d'autres pays, en France, les magistrats et les éducateurs de la Protection judiciaire et la jeunesse, les policiers et gendarmes, les personnels de l'administration pénitentiaire, les avocats, ont tous leurs propres écoles de formation, qu'ils rejoignent souvent après un premier cursus universitaire en droit. Une « criminologie » universitaire serait donc un enseignement presque sans étudiants²¹. Dans les pays où elle est universitairement fleurissante, la criminologie a ainsi en réalité une finalité pratique, professionnelle. Et c'est cette finalité qui crée l'unité disciplinaire, et non la cohérence d'un objet ou d'un projet scientifique. On comprend dès lors que la criminologie ne peut être au mieux qu'une science appliquée, mais certainement pas une science fondamentale comme la sociologie ou la psychologie.

III – UNE CONTROVERSE INACHEVÉE, UN LOBBY SÉCURITAIRE TRÈS ACTIF

Une grande controverse a donc eu lieu dans les années 2008-2013. Le point de départ est la parution en 2008 du rapport *princeps* dirigé par Alain Bauer intitulé *Décélérer-Étudier-Former : Une voie nouvelle pour la recherche stratégique. Rapprocher et mobiliser les institutions publiques chargées de penser la sécurité globale*²². À partir de l'élection de N. Sarkozy à la présidence de la République (mai 2007), dont A. Bauer est devenu un conseiller personnel sur les questions de sécurité, l'on a assisté à la mise en place d'une série d'institutions visant à centraliser et contrôler la production des statistiques puis, beaucoup plus largement, la production de connaissances dans le domaine de la sécurité et de la justice²³. Ces processus ont

communautaires à la prison pour les jeunes, 21 % ; police, 3 % ; sécurité privée, 2 % ; toxicomanies, 2 %, centre d'aide pour les victimes, 1 %, (...). Ainsi, 84 % des débouchés professionnels concernent uniquement la prise en charge des personnes sous main de justice.

21. Ainsi, on s'étonne lorsque l'on entend Alain Bauer invoquer la souffrance de « milliers d'étudiants » frustrés de ne pas pouvoir faire de la criminologie en France (A. Bauer, « La criminologie, une science qui répond au besoin d'explication », *Le Monde*, 28 mars 2012). Et on s'amuse cette fois-ci assez franchement lorsque l'on apprend que son cours de criminologie du CNAM n'enregistrerait alors même pas les 20 inscrits théoriquement nécessaires au maintien de l'enseignement concerné (L. Mucchielli, *Criminologie et lobby sécuritaire*, *op. cit.*, p. 162).

22. A. Bauer (dir.), *Décélérer-Étudier-Former : une voie nouvelle pour la recherche stratégique. Rapport au Président de la République et au Premier ministre*, publié dans les *Cahiers de la sécurité*, 2008, supplément au n° 4 (www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/084000174/index.shtml?xtor=RSS-436).

23. L. Mucchielli, « Vers une criminologie d'État ? Institutions, acteurs et doctrines d'une nouvelle science policière », *Politix. Travaux de science politique*, 2010, 23 (1), p. 195-214 ;

été mis en œuvre par un réseau d'acteurs qui partagent une conception policière de la criminologie (où la connaissance de la délinquance a pour but l'interpellation des délinquants, ou du moins de certains types de délinquants²⁴), à laquelle quelques universitaires ou chercheurs ont à mon sens servi de caution scientifique. Il s'agissait d'un projet visant à mettre en place une sorte de « criminologie d'État » au service d'une vision du monde catastrophiste et totalement sécuritaire, dramatisant les « nouvelles menaces » d'un monde devenant « hyper-violent » et où de « nouveaux barbares » menaceraient notre civilisation. De même que l'on a pu dire à une époque que « la géographie, ça sert d'abord à faire la guerre »²⁵, il est clair que, dans l'esprit de tout un réseau que je qualifie de lobby sécuritaire, la criminologie est en réalité la façade scientifique de la « guerre contre le crime », une idéologie néoconservatrice qui a fait l'objet de nombreux travaux outre-Atlantique²⁶.

La controverse a atteint son apogée en 2011 et durant premier semestre de l'année 2012, veille d'une nouvelle élection présidentielle qui menaçait de ruiner les projets des promoteurs de la nouvelle criminologie. L'offensive est alors double. Il s'agissait d'abord, pour l'ensemble de ce groupe fondé sur une alliance entre le réseau politico-institutionnel d'A. Bauer et quelques représentants du monde académique, de tenter d'imposer au Conseil National des Universités (CNU) la création d'une nouvelle section exclusivement consacrée à la criminologie. Il s'agissait ensuite, cette fois uniquement pour A. Bauer et ses proches, de s'implanter et de se développer progressivement au Conservatoire National des Arts et métiers (CNAM) où A. Bauer s'était fait nommer dans une nouvelle chaire de criminologie, par décret présidentiel en mars 2009.

Au final, l'offensive envers le CNU a été bloquée par une vaste mobilisation collective²⁷. Celle envers le CNAM est toujours en cours et l'on ne saurait pronostiquer son résultat car la faiblesse des projets scientifiques

D. Bigo, L. Bonelli, « Critique de la raison criminologique », *Cultures & Conflits* [En ligne], 94-95-96, 2014, mis en ligne le 20 février 2016. URL : <http://journals.openedition.org/conflits/18879>.

24. Cette conception s'exprime par exemple dans cet article : A. Bauer, X. Raufer [pseudonyme de Christian de Bongain, ancien militant du parti Ordre Nouveau], Y. Roucaute, « Une vocation nouvelle pour la criminologie », *Sécurité globale*, automne, 2008, p. 89-93.

25. Y. Lacoste, *La géographie, ça sert, d'abord, à faire la guerre*, Paris, La Découverte, 2^e éd., 1988.

26. Cf. notamment J. Simon, *Governing through crime. How the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear*, New York, Oxford University Press, 2007.

27. Voir le détail de ces nombreux épisodes dans L. Mucchielli, *Criminologie et lobby sécuritaire. une controverse française*, op. cit., p. 147-168.

a été depuis le début de cette affaire compensée par des appuis politiques et probablement par des soutiens liés à la franc-maçonnerie parisienne.

Pour finir, ce réseau que je propose d'appeler un lobby sécuritaire ne désarme pas, appuyé financièrement par une association intitulée « l'Institut pour la Justice », association lancée au lendemain de la victoire de Nicolas Sarkozy (pour mémoire, ses statuts sont déclarés à la sous-préfecture de Rambouillet le 11 mai 2007). Le 8 octobre 2013, cet « institut » organisait une soirée de lancement d'une nouvelle revue baptisée *Revue française de criminologie et de droit pénal*. Cette revue est pourvue d'un comité scientifique regroupant les criminologues Alain Bauer et Maurice Cusson, Jean-Claude Magendie, Premier président honoraire de la Cour d'appel de Paris et les professeurs de droit Yves Mayaud et Jean Pradel²⁸. La soirée fut accompagnée par Dominique Perben, ancien ministre de la Justice, et Jacques-Henri Robert, professeur d'université à la retraite, ancien directeur de l'Institut de criminologie de l'Université Paris 2-Assas²⁹. Le premier numéro a paru fin 2013, introduit par le secrétaire général de l'Institut pour la Justice, contenant des articles de A. Bauer, M. Herzog Evans, J. Pradel, Y. Mayaud et André Varinard (auteur d'un rapport du même nom sur la justice des mineurs, commandité par Rachida Dati lorsqu'elle était ministre de la Justice). Il s'agit toujours des mêmes réseaux politico-intellectuels.

Il s'agit d'un lobby qui a perdu une bataille, mais pas la guerre. Cette guerre, c'est celle que le lobby sécuritaire mène sans relâche pour imposer sa conception de l'ordre et de la justice. Il faut dire qu'il bénéficie d'un environnement idéologique international particulièrement favorable depuis la fin de la guerre froide et le renouveau du néo-conservatisme aux États-Unis et en Europe, tout particulièrement en France désormais, depuis les attentats de *Charlie Hebdo*. Chaque attentat terroriste commis dans le monde renforce la banalisation des idées de « chocs de civilisation », de « menace islamique », de « brutalisation », de « barbarie » et d'« ensauvagement » du

28. Jean Pradel est âgé alors de 80 ans, il est professeur de procédure pénale et de droit pénal européen à l'Institut catholique d'études supérieures de La Roche-sur-Yon, un établissement privé d'enseignement supérieur dont le « garant institutionnel » est l'évêque de Luçon. L'engagement catholique semble important pour J. Pradel qui, parmi ses titres, est aussi Chevalier de l'Ordre de Saint-Grégoire-le-Grand, une décoration accordée directement par le Vatican. Il partage cette décoration avec de nombreux Français parmi lesquels on trouve Patrick Buisson, ancien militant d'extrême droite et ancien conseiller politique de Nicolas Sarkozy (L. Petit, « Le Vatican donnerait-il une consigne de vote déguisée ? », *Le Monde des religions*, 10 févr. 2012).

29. À qui l'on doit cette étonnamment simpliste et bien révélatrice définition : « Au commencement était la tribu qui sépara le bien et le mal ; le droit pénal naquit de cette distinction et dicta les peines applicables aux criminels ; enfin de cette catégorie de réprouvés, la criminologie fit son objet » (J.-H. Robert, « Criminologie et droit pénal », Académie des sciences morales et politiques, Séance du 14 janvier 2008, <http://www.asmp.fr/travaux/communications/2008/robert.htm>).

monde. Chaque fait divers médiatisé est prétexte à réactiver les peurs et justifier les discours sécuritaires les plus simplistes. Les livres des auteurs de ce courant de pensée s'empilent chez les libraires, les sites Internet se multiplient et les causeurs médiatiques à la Éric Zemmour rencontrent un grand succès. Ce réseau ne désarmera donc pas, sachant pertinemment que la partie n'est pas perdue pour eux, que la prochaine échéance politique est proche et qu'ils ont de toute façon quantité de soutiens bien placés dans l'appareil d'État. Ces réseaux sont aussi bien implantés dans l'immense marché de la sécurité privée, directement et inextricablement lié aux industries de la défense et donc à la sécurité nationale³⁰. Les liens sont étroits avec de multiples institutions liées au monde de la défense et du renseignement ainsi qu'avec des *think tank* néoconservateurs dans de nombreux pays du monde³¹.

IV – L'ENJEU CACHÉ DES PÉNALISTES

Dénoncer les usurpations ne suffit pas. Si les criminologues auto-proclamés peuvent aussi facilement tenter de réaliser leur OPA sur la « criminologie », et s'ils ont trouvé en cours de route des soutiens jusque dans les rangs du monde universitaire et scientifique, c'est que ce dernier s'est endormi sur ses lauriers depuis longtemps, au point de devenir une proie facile. Parmi les problèmes que nous avons à résoudre, j'en citerai simplement un pour conclure, l'enjeu caché des pénalistes.

Nous avons vu que, en France, les sciences du crime se sont institutionnalisées en grande partie au sein des facultés de droit. À ce jour, l'on dénombre une douzaine d'instituts de « sciences criminelles » ou de « criminologie » dans les facultés de droit des universités de Aix-Marseille, Bordeaux, Grenoble, Lille, Lyon, Montpellier, Nancy, Paris 2, Paris 10, Pau, Poitiers et Toulouse³². Ceci pourrait constituer le support prin-

30. L. Mucchielli, *Vous êtes filmés ! Enquête sur le bluff de la vidéosurveillance*, Paris, Armand Colin, 2018.

31. Cf. aussi M. Rigouste, *Les marchands de peur. La bande à Bauer et l'idéologie sécuritaire*, Paris, Libertalia, 2011 ; ainsi que P. Berthelet, *Chaos international et sécurité globale. La sécurité en débats*, Paris, Publibook, 2014.

32. À l'initiative de Xavier Pin (professeur à l'Université Lyon 3), une « Conférence pluridisciplinaire des directeurs de centres de recherche et de diplômés en criminologie » s'est constituée en 2012. Le 28 janvier 2013, elle a tenu un colloque à l'Université de Cergy-Pontoise à l'issue duquel un Mémoire a été adopté, visant à définir des règles communes pour l'usage du nom, l'enseignement et la recherche en « criminologie » en France. Voir : « Pour une rénovation des Instituts de sciences criminelles et de criminologie dans l'Université française », *La semaine juridique, édition générale (JCP G)*, 2011, act. 36 ; *Droit*

cial (non exclusif) au développement plus ou moins pluridisciplinaire de l'enseignement des sciences criminelles. Encore faudrait-il que le droit pénal bénéficie de davantage de reconnaissance et d'autonomie. En effet, si les « sciences criminelles » demeurent pour le moment marginales par rapport au droit pénal³³, se pose en amont la question de la marginalité du droit pénal lui-même au sein du droit général et au sein du droit privé³⁴. Pourquoi, à la différence des pays anglo-saxons, une matière aussi éminemment publique se trouve-t-elle en France considérée comme du droit privé ? Et ce lors même que les dimensions européennes et internationales du droit pénal sont de plus en plus importantes ? Et pourquoi un sujet aussi théoriquement important dans la société est-il si peu considéré au sein du monde des juristes ? Pourquoi l'agrégation de « Droit privé et sciences criminelles » impose-t-elle aux candidats de connaître le droit privé mais pas les sciences criminelles ? Le problème est tellement aigu que se posent dans les universités de sérieux problèmes de qualification au CNU des docteurs en droit pénal et sciences criminelles, et que plusieurs facultés se trouvent véritablement en sous-effectif en cette matière, obligeant les enseignants à effectuer de très nombreuses heures supplémentaires. Voilà de vrais problèmes et de grandes questions pour les concernés. Or, de cela, il n'a quasiment jamais été question ces dernières années. Ce non-dit est pourtant révélateur d'un malaise évident sur lequel il serait peut-être temps que nous nous penchions sérieusement.

pénal, 2011, 6, p. 50 et s. ; ainsi que : « Communiqué de la Conférence pluridisciplinaire des directeurs des centres de recherche et de diplômes en criminologie », *Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé*, 2012, 2, p. 469 et s.

33. Le constat est ancien : C. Lazerges (dir.), *L'enseignement des sciences criminelles aujourd'hui*, Toulouse, Erès, 1991.

34. Voir à ce sujet l'article classique de R. Gassin « Le droit pénal : droit public ou droit privé ? », in J.-H. Robert (dir.), *Problèmes actuels de science criminelle*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1991, p. 52-64.

Du droit commercial au droit des affaires, ou comment se construisent matière et discipline juridiques

Jean-Pascal CHAZAL

Professeur à l'École de droit de Sciences Po

Répondre à la question *qu'est-ce qu'une discipline juridique ?* est difficile, ne sachant précisément ni ce qu'est le droit ni ce qu'est une discipline. Avant de tenter d'y répondre (ou plus exactement de suggérer quelques pistes de réflexion), on peut s'interroger sur l'opportunité de vouloir rechercher une telle réponse. Sommes-nous certains que nous ayons à ce point besoin de disciplines ? Avons-nous mesuré ce que cela signifie du point de vue de la théorie de la connaissance ? Ne devons-nous pas, au préalable, réfléchir sur le genre de savoir qui est produit au travers d'une discipline ? La discipline (mot horrible pour désigner le réceptacle d'un savoir qui devrait être libre et donc indiscipliné) produit un savoir clos sur lui-même, borné par des frontières ; tout le contraire d'un savoir ouvert et se moquant des découpages institutionnels. Certes, l'interdisciplinarité ou la transdisciplinarité peut être un remède, mais de faible vertu curative, car cette manière de penser sous forme arborescente (métaphore des branches) ou sectionnelle (découpage disciplinaire) produit nécessairement des rigidités, des conflits de frontières (migration des concepts, annexion d'une discipline par une autre, etc.). Il me semble que nous nous encombrons alors de beaucoup de problèmes inutiles. Après avoir lu Gilles Deleuze et Felix Guattari, il est difficile de continuer à représenter le savoir sous forme d'arbre (ne serait-ce pas plutôt un rhizome ?) ; à la suite d'Edgard Morin, il est difficile de penser les domaines de la connaissance sur le modèle insulaire, quand ils ne sont que des péninsules. Cela est d'autant plus vrai pour le droit car il est rare, dans la réalité, que les problèmes juridiques qui se posent aux praticiens (avocats, juges, etc.) respectent les frontières disciplinaires tracées par la doctrine. Je suis donc d'avis de ne pas prendre trop au sérieux les découpages disciplinaires qui, s'ils sont pratiques aux

plans institutionnel et pédagogique, ont tendance à produire un savoir exagérément cloisonné.

La question de la définition des disciplines juridiques peut trouver une pertinence si elle est posée suivant une perspective historique et épistémologique, c'est-à-dire en s'interrogeant sur la manière dont les savoirs se construisent, se pensent, s'appliquent. Sous cet angle, il peut être intéressant d'examiner non seulement comment le droit commercial et le droit des affaires ont été créés, dans quels contextes, quels sont les intérêts et les stratégies qui ont été à l'œuvre, mais également de se pencher sur la façon dont les membres de la doctrine commercialiste puis affairiste (même si cet adjectif n'est pas en usage) pensent l'existence de leur discipline. Avec à l'esprit l'hypothèse suivant laquelle cette manière de concevoir une discipline influence nécessairement le contenu enseigné dans celle-ci. Il nous faudra donc accueillir avec beaucoup de scepticisme et de sens critique, ce que les juristes nous disent de leur discipline et de ses évolutions.

La lecture des manuels de droit, à quelques exceptions près, laisse à penser que le droit commercial, puis le droit des affaires, sont apparus naturellement, comme par la force des choses. Voici, en gros, l'histoire qui est contée : le commerce existait depuis l'antiquité, mais le besoin d'édicter des règles particulières a grandi à partir de la « révolution commerciale » du XIII^e siècle, lesquelles ont d'abord été des usages, pour ensuite être progressivement légiféré (ordonnances de Louis XIV, Code de commerce de 1807), au fur et à mesure du développement de l'État. Le droit commercial répond donc aux nécessités de la pratique du commerce, auxquelles il a su s'adapter, mais a été mal conçu en ce qu'il était, dès l'origine, incomplet et mal défini (ce qui posera immédiatement la question de son autonomie par rapport au droit civil avec lequel il interagit, soit pour l'influencer soit en étant influencé par lui) ; surtout il s'est rapidement révélé dépassé par le développement du capitalisme et la multiplication des législations particulières prenant pour objet l'entreprise (droits fiscal, social, etc.), ce qui a naturellement provoqué l'apparition d'une discipline beaucoup plus vaste et moderne : le droit des affaires, lequel s'impose depuis que la France a définitivement renoncé à la chimère d'une économie administrée ou dirigée par les pouvoirs publics, qui a caractérisé quelques décennies du XX^e siècle. Depuis lors, le droit commercial est devenu une petite parcelle de cette nouvelle discipline qui a pour « catalyseur » l'entreprise et pour cœur le marché et qui n'est rien moins qu'un « fait de civilisation »¹.

Dans cette belle histoire, la doctrine commercialiste s'est elle-même assignée la tâche de montrer l'autonomie du droit commercial et de l'émanciper de la pesante tutelle civiliste. Plus pragmatique et moins dogmatique,

1. C. Champaud, *Le droit des affaires*, PUF, Que sais-je ?, 1991, 4^e éd., p. 6 et s.

plus novatrice et en phase avec les besoins de la pratique, la doctrine commercialiste, puis affairiste, se différencierait de son homologue civiliste, longtemps marquée par la méthode exégétique, tout en partageant avec celle-ci la mission de dégager du corpus législatif les principes généraux et de construire un système cohérent².

Si l'on ne croit pas, ou seulement de manière très modérée, à cette histoire, il faut alors s'interroger sur la manière dont se sont construits, ou plus exactement ont été construits, le droit commercial et le droit des affaires en tant que matière ou discipline juridique (nous distinguerons plus tard) ? Pour tenter de répondre cette question, encore faut-il admettre qu'une discipline n'est pas un objet naturel ou rationnel. Une discipline se construit à la fois de l'intérieur, par les membres qui la composent, et de l'extérieur en raison des contraintes institutionnelles, politiques, budgétaires, etc. qu'elle subit. Mais ce sont principalement ceux qui font partie du champ disciplinaire qui œuvrent à cette construction, même si des éléments externes peuvent influencer, ou bien pour la freiner ou bien pour la faciliter. La difficulté vient du fait que ces acteurs (notamment les universitaires, mais pas seulement) sont très peu enclins à reconnaître, dans leurs écrits, le rôle par eux joué dans la construction de la discipline qui est la leur et, dans certains cas, dans la destruction d'une discipline ou matière concurrente. Ils s'en expliquent parfois dans les préfaces de leurs ouvrages, mais pas toujours de sorte que l'investigation est souvent délicate. C'est donc à une histoire critique de la construction du droit commercial et du droit des affaires qu'il faut s'atteler, si l'on veut sortir du conte de fée.

Je proposerai quatre hypothèses pour tenter de rendre compte de cette construction et de ce qui s'est joué, et dans une certaine mesure se joue encore. La première est qu'une matière juridique se distingue du corpus de règles qu'elle prend pour objet d'étude (I). La deuxième hypothèse est qu'à la fin du XIX^e siècle, le droit commercial, en tant que discipline juridique, s'est construit sur le même modèle doctrinal que le droit civil (II). La troisième hypothèse est que tant un droit, envisagé ici comme un corps de règles spécial, qu'une matière ou une discipline juridiques se construisent souvent en fonction d'un programme idéologique, comme cela a été le cas pour le droit commercial et le droit des affaires (III). La quatrième hypothèse est qu'à son stade le plus avancé, une discipline juridique se construit selon le modèle doctrinal et produit un discours mythologique, dont la fonction principale est d'occulter le programme idéologique qui lui sert de matrice (IV). Il n'est pas évident que ces quatre hypothèses s'appliquent

2. J. Hamel et G. Lagarde, préface, *Traité de droit commercial*, t. 1, LGDJ, 1954, préface; D. Poracchia et L. Merland, « La doctrine en droit commercial », *Revue de droit d'Assas*, février 2011, p. 57 et s.

à toutes les matières et disciplines juridiques ; je les appliquerai cependant volontiers au droit civil et à ses diverses subdivisions (droit de la famille, droit des obligations, droit des biens, etc.).

I – DU CORPUS DE RÈGLES À LA MATIÈRE JURIDIQUE : LA CONSTRUCTION DU DROIT COMMERCIAL

Il est courant d'enseigner que le droit commercial existe, en tant que corps de règles et de solutions, quelle que soit leur origine ou leur nature (usages, lois, jurisprudence, etc.), dès le Moyen Âge (au XII^e siècle pour faire simple et ne pas parler de la période antique). Pourtant, l'expression « droit commercial » n'est guère attestée, sous la plume des juristes, avant le début du XIX^e siècle et tarde à s'imposer dans les ouvrages destinés aux praticiens (dictionnaires et autres répertoires)³. Il n'est donc pas évident que le droit commercial existe du seul fait que des règles particulières s'appliquent aux commerçants (ou marchands), quand bien même elles seraient rassemblées dans un code (on pense évidemment au Code de commerce de 1807). La concentration d'un corpus de règles dans un code est probablement une étape importante, mais ne suffit pas à faire apparaître une matière.

Certes, la chose peut exister avant le mot qui la désigne. Néanmoins, on constate que les juristes, s'ils écrivent sur le droit commercial, ne le pensent pas en tant que tel et ne l'enseignent point. Posons l'hypothèse que pour qu'une matière juridique existe, il lui faut être enseignée, la pratique et le commentaire des textes ne suffisant pas. Or, l'enseignement du droit commercial, en France, n'apparaît qu'au tout début du XIX^e siècle. Certes, la juridiction consulaire parisienne prend à la veille de la Révolution l'initiative d'un enseignement juridique pour le commerce⁴, réalisant ainsi le souhait de Jean Toubeau⁵ qui demandait à ce que la jurisprudence consulaire soit intégrée dans l'enseignement du droit français institué par l'édit de Saint-Germain-en-Laye de 1679. Il faudra cependant attendre 1810 pour que Jean-Marie Pardessus soit le premier professeur de droit commercial nommé à la Faculté de droit de Paris. Cette concomitance entre l'apparition de l'expression « droit commercial » dans les ouvrages didactiques et la création de cours de droit commercial accrédite donc l'hypothèse formulée.

3. Comme le montre Jean Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986, n° 44, p. 86 ; *Le droit, les affaires et l'histoire*, Economica 1995, p. 26, note 2.

4. J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986, p. 129.

5. *Institutes du droit consulaire, ou la jurisprudence des marchands*, 1682.

Il n'est pourtant pas évident de savoir ce qu'enseignement signifie exactement : faut-il nécessairement qu'un cours soit professé oralement devant des étudiants dans une institution dédiée à cet apprentissage, ou bien pourrait-on se contenter d'une littérature didactique, ayant pour objet de rendre compte et d'expliquer les règles et les solutions dans un domaine particulier ? En pratique, sur une longue période, on constate que l'enseignement oral et les ouvrages didactiques vont souvent de pair, même si leur apparition n'est pas forcément concomitante. L'important est de percevoir que l'enseignement d'une matière juridique, qu'il soit oral ou écrit, suscite la production d'un discours didactique sur le droit que cet enseignement prend pour objet. Pour le dire autrement, on peut parler de matière juridique lorsque les juristes prennent conscience qu'un droit spécial existe et éprouve le besoin de le nommer et donc de le distinguer des autres règles juridiques, afin de l'enseigner de manière raisonnée. Cela ne veut cependant pas dire que nous sommes en présence d'une discipline juridique.

II – LE MODÈLE DOCTRINAL ET LA CONSTRUCTION DE LA DISCIPLINE COMMERCIALE

Traditionnellement, on estime que la doctrine commercialiste est née en Italie à la fin du ^{xvi}^e siècle⁶. La France connaît quant-à-elle des publications sur le droit des marchands à partir du ^{xvii}^e siècle, à la suite des fameuses Ordonnances promulguées par Louis XIV, et notamment celle du 23 mars 1673 dite sur le commerce de terre qui va être rapidement commentée, tout d'abord par l'un de ses principaux inspirateurs, Jacques Savary⁷, puis par une multitude d'auteurs, la plupart praticiens. Malgré ces nombreux commentaires, on se demande toujours s'il a existé une doctrine commercialiste dans l'ancienne France. Si certains le pensent, estimant toutefois que « les œuvres considérées comme la doctrine restent à la limite du commentaire de l'ordonnance de 1673 à l'usage des praticiens »⁸, d'autres le contestent aux motifs que « n'ayant pas été une véritable source de droit commercial (...), elle est restée à l'écart des innovations et des

6. B. Stracca, *De mercatura seu mercatore*, Venise, 1575.

7. Le parfait négociant, ou Instruction générale pour ce qui regarde le commerce de toute sorte de marchandises, tant de France que des pays étrangers, 1675.

8. J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, PUF, 1986, p. 94 ; R. Szramkiewicz et O. Descamps, *Histoire du droit des affaires*, LGDJ, 2^e éd., 2013, n° 143, qui parlent des « ouvrages de pure doctrine commerciale » à l'époque de la Renaissance ; C. Malecki, « La doctrine et le Code de commerce : entre émancipation et reconnaissance », in *D'un Code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, P. Le Cannu (dir.), LGDJ, 2008, p. 63.

projets de réforme qui ont été uniquement l'œuvre des praticiens »⁹. Ce désaccord n'est probablement qu'un quiproquo, les auteurs ne parlant pas de la même chose lorsqu'ils utilisent le terme de doctrine.

Qu'est-ce que la doctrine ? Sauf si l'on croit à la nature des choses, dans une perspective essentialiste, il est impossible de répondre à cette question autrement qu'en rappelant qu'il y a plusieurs conceptions divergentes, voire opposées de la doctrine. Pour certains, il s'agit d'une « entité »¹⁰, pour d'autres, simplement d'une pluralité d'individus¹¹. Pour d'autres encore la pertinence de la thèse de l'entité doctrinale est limitée au champ civiliste, et si l'on veut opter pour une approche plus large, il faudrait passer d'une conception « organiciste et subjective » à une définition « objective et œcuménique » fondée sur la notion « d'écrit doctrinal », elle-même définie comme « le raisonnement en droit »¹². Encore faudrait-il s'entendre sur ce qu'est le raisonnement en droit ; une redoutable tâche, incontestablement. Sans vouloir nécessairement prendre parti dans cette controverse, il est néanmoins possible de prendre la thèse de l'entité doctrinale comme hypothèse de travail afin de tenter de saisir la doctrine commercialiste, et de voir si elle est un outil opératoire pour comprendre ce qui s'est produit chez les commercialistes français à la fin du XIX^e siècle.

Dans cette perspective, c'est de façon anachronique que l'on parle de la « doctrine commercialiste » pour désigner les écrits des juristes de l'Ancien régime sur les règles et usages commerciaux. En effet, il n'y a point d'entité ou de champ, c'est-à-dire de corps homogène à raison de la formation et du mode de recrutement (thèse de doctorat, agrégation) exerçant un pouvoir, avant la fin du XIX^e siècle. Certes, les meilleurs spécialistes de la question distinguent la doctrine universitaire « pure » des « œuvres de praticiens »¹³, ou encore les publications des praticiens, c'est-à-dire d'anciens marchands ou des juges-consuls, et des membres de la

9. J. Guyader, « Existait-il une doctrine commercialiste dans l'Ancienne France ? », in *La doctrine juridique*, PUF, 1993, p. 77 et s. Il est vrai que l'auteur s'intéresse principalement à l'exemple des sociétés commerciales, mais celui-ci lui semble paradigmatique.

10. P. Jestaz et C. Jamin, « L'entité doctrinale française », *D.* 1997, chron. p. 167 ; P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004.

11. L. Aynès, P.-Y. Gautier et F. Terré, « Antithèse de « l'entité » (à propos d'une opinion sur la doctrine) », *D.* 1997, Chron. p. 229 ; F. Terré, « À propos de la doctrine, de la doctrine, de la doctrine », *Revue de droit d'Assas*, février 2011, p. 38, qui tout en affirmant que « la doctrine n'existe pas en tant que telle » (« Ce qui existe c'est une communauté juridique comme il existe une communauté scientifique »), écrit quelques lignes plus haut : « Il pourrait exister, à la limite, un système juridique sans législation ou sans coutume ou sans jurisprudence. Mais il ne saurait y avoir de système juridique sans doctrine, car c'est celle-ci, et elle seule, qui donne aux autres composantes du droit conscience de leur existence ».

12. P. Morvan, « La notion de doctrine » (à propos du livre de MM. Jestaz et Jamin), *D.* 2005, p. 2421.

13. J. Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, p. 94.

« doctrine pure », qui elle-même se divise en professeurs, d'une part, et avocats ou juges, d'autre part¹⁴. Pourtant, ces distinctions ne paraissent guère pertinentes pour comprendre la réalité sociologique de ces écrits juridiques. Ainsi, François de Boutaric était à la fois avocat au Parlement de Toulouse et professeur de droit français ; Claude Serres était aussi avocat et professeur à l'Université de Montpellier ; Claude de Ferrière était docteur-régent de la Faculté de droit de Paris (où il a enseigné ainsi qu'à Reims) et avocat (il est vrai que son fils et continuateur, Claude-Joseph n'était que professeur à la Faculté de droit de Paris, dont il fût le doyen) ; Pardessus, qui fut le premier professeur de droit commercial, était également avocat à la Cour. D'autres, qui ne sont que praticiens, ont publié des commentaires de l'ordonnance de mars 1673 qui sont très comparables, tant sur la forme qu'au fond, à ceux qui étaient écrits par des enseignants : Philippe Bornier (lieutenant au présidial de Montpellier), Daniel Jousse (conseiller au présidial d'Orléans), Jacques-Antoine Sallé (avocat au parlement de Paris), etc.

Cette sociologie particulière des commercialistes confèrerait-elle à leurs écrits une coloration particulière : plus pragmatique, par exemple, que ceux de leurs homologues civilistes, comme certains le prétendent ? C'est douteux, car ils pensent et écrivent *grosso modo* de la même façon. N'oublions pas qu'à l'instar des commercialistes, les auteurs civilistes étaient, eux aussi, très souvent ou bien des praticiens (Domat, Bourjon, Troplong, Marcadé, Larrombière etc.), ou bien des professeurs cumulant l'enseignement avec une activité pratique (Pothier, Toullier, Demolombe, etc.), ce qui met à mal la thèse du divorce entre l'école et le palais, du moins avant le xx^e siècle¹⁵. Formellement, il existe cependant une lente mais notable évolution éditoriale : on passe du commentaire de l'Ordonnance de mars 1673¹⁶ à la publication de cours ou précis de droit commercial à la suite de la promulgation du Code de commerce en 1807¹⁷, puis aux traités¹⁸, qui selon Loaré étaient pourtant réservés naturellement au droit civil, car les lois du commerce « ne peuvent former un système complet sur presque aucune des

14. J. Guyader, art. préc., p. 80 et s, et p. 105.

15. Ch. Jamin, « La rupture de l'École et du Palais dans le mouvement des idées », in *Mélanges Ch. Mouly*, Litec 1998 p. 69.

16. Toubeau, Boutaric, Serres, de Ferrière, Bornier, Jousse, Sallé.

17. Delvincourt, Pardessus, Laurin, Pradier-Fodéré. Il y a tout de même un Commentaires sur le Code de commerce, par J.-B. De Laporte en 1808.

18. Bravard-Veyrières et Demangeat, Delamarre et Le Poitvin, Lyon-Caen et Renault, Thaller ; sachant que certains passent du manuel ou du précis au traité au fur et à mesure des éditions. Lire les explications détaillées sur les différences entre ces divers genres éditoriaux dans les préfaces écrites par Boistel (*Manuel de droit commercial*, 1887) et Bravard-Veyrières (*Manuel de droit commercial*, 2^e éd. 1840, p. 5 et s. ; *Traité de droit commercial*, par C. Demangeat, 2^e éd. 1890, T. 1^{er}).

matières qu'elles règlent»¹⁹. Au fond, ce n'est probablement pas un hasard si la thèse de l'autonomie du droit commercial par rapport au droit civil ne devient prédominante qu'à la fin du XIX^e siècle et marque l'avènement de la doctrine commercialiste²⁰. Par exemple, Bravard-Veyrières (professeur de droit des affaires à Paris où il succède à Pardessus en 1832) abandonne la formule du manuel et sa description en introduction du plan du Code de commerce²¹ pour un traité qui explique les matières sur lesquelles porte le droit commercial en fonction des trois caractéristiques supposées qui permettent de les assembler en un tout cohérent : le crédit, la célérité et la sécurité²². Voilà un début de systématisation qui sera amplifiée par la suite, au moyen de la même rhétorique du particularisme, tant chez ceux qui prônent l'autonomie du droit commercial (Escarra, Hamel et Lagarde) que par ceux qui n'y croient pas (Lyon-Caen et Renault, Thaller, Ripert) ou qui préconisent l'unification du droit privé comme stade ultime des interactions entre droit civil et droit commercial (Lacour et Bouteron²³).

La première moitié du XIX^e siècle voit donc l'institutionnalisation de l'enseignement du droit commercial, la publication de manuels, de cours et de traités présentant de manière didactique et analytique les règles du droit commercial, dont la plupart ont été codifiées. Il manquait encore un travail de systématisation du droit positif et une pensée dogmatique (création de concepts, élaboration de principes permettant des raisonnements déductifs, présentation d'un système cohérent de normes) pour parvenir à la naissance d'un « modèle doctrinal »²⁴, et donc d'une discipline juridique. Contrairement à la matière juridique, dont on peut dire qu'elle existe avec un enseignement et une certaine reconnaissance institutionnelle de celui-ci, la discipline implique une structuration du savoir, nécessite un corps professionnel d'enseignants, une méthode rigoureuse, un objet strictement défini, etc. Elle se confond avec une certaine définition de la doctrine, celle de la fameuse « entité », proche de ce que Bourdieu appelle un champ²⁵.

19. Locré, *Esprit du Code de commerce*, 1807, T. 1, p. V-VI et p. XIII et XIV.

20. La thèse de l'indépendance du droit commercial était soutenue par Vital-Roux et Émile Vincent, *Exposition raisonnée de la législation commerciale, et examen critique du Code de commerce*, 1821 ; puis par Delamarre et Le Poitvin, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, T. 1, 1861. Sur cette question, lire A. Mages, « Le manuel de droit commercial : vecteur d'autonomie (XIX^e, milieu du XX^e siècle) », in *Histoire des manuels de droit*, LGDJ, 2014, p. 149.

21. Bravard-Veyrières, *Manuel de droit commercial*, 2^e éd. 1840, p. 5 et s.

22. Bravard-Veyrières, *Traité de droit commercial*, par C. Demangeat, 2^e éd. 1890, T. 1^{er}, p. 28 et s.

23. *Précis de droit commercial*, Dalloz 1925, 3^e éd., p. 2 et s.

24. F. Audren, « Les professeurs de droit, la République et le nouvel esprit juridique : Introduction », *Mil neuf cent : cahiers Georges Sorel : revue d'histoire intellectuelle*, Société d'études soréliennes, 2011, p. 7 et not. p. 29 et s. : « l'invention du modèle doctrinal français ».

25. Ph. Jestaz, « Genèse et structure du champ doctrinal », *D.* 2005, p. 19.

Comme pour le droit civil, la mutation, produit d'une lente évolution, va s'opérer dans le dernier quart du XIX^e siècle.

Lorsqu'Alphonse Boistel décide de publier, en 1875, le cours de droit commercial qu'il dispense à la Faculté de droit de Paris²⁶, il le fait précéder d'une abondante préface dans laquelle il annonce un changement de méthode et marque probablement une rupture qui laisse apparaître les balbutiements d'un droit doctrinal (au sens où l'entendent Ph. Jestaz et Ch. Jamin)²⁷. Il rappelle que les ouvrages précédents le sien ont déjà répertorié toutes les innovations et créations de la pratique et de la jurisprudence commerciales : ce travail étant accompli, il n'est nul besoin de le répéter, sauf à le réactualiser compte tenu des incessantes créations qui font que les meilleurs œuvres de droit commercial sont périmés en 10 ou 20 ans. En revanche, Boistel estime utile de pallier les insuffisances qu'il repère dans les publications que ses devanciers, lesquelles sont marqués par « l'inexpérience générale » et « l'empressement un peu trop grand de présenter des théories incomplètement élaborées »²⁸. Pour ce qui est de la jurisprudence foisonnante, Boistel manifeste un souci de cohérence : « si l'on ajoute à ces sources variées le travail des arrêstistes, qui vient coordonner toutes les décisions et faire apparaître les liens cachés qui les unissent dans la pensée de leurs auteurs, on comprendra qu'on doive arriver à un corps de doctrines, admirablement approfondi, et bien souvent très-savamment construit dans son ensemble ». Boistel reconnaît qu'il y a puisé des « théories scientifiques très-bien faites » et des exemples nombreux servant à « éclairer les principes ». Il termine avec cette déclaration : « j'ai eu l'intention de faire un livre tout à fait complet et suffisant pour ceux qui désireront connaître le droit commercial dans son ensemble, dans ses éléments, dans ses principes, et dans leurs applications quelque peu importantes »²⁹. Dans la préface de la 3^e édition, Boistel précisera que seule la pratique peut donner l'intelligence des problèmes et la connaissance des solutions concrètes, c'est le domaine de l'art juridique ; en revanche, « ce qui est vraiment scientifique, ce qu'un livre de Droit peut et doit contenir, c'est avant tout l'exposition des principes (...) »³⁰.

26. Il est intéressant de noter que Boistel était professeur de droit civil à la Faculté de droit de Grenoble jusqu'en 1870 date à laquelle, appelé à Paris, il enseigne de droit commercial, pour ensuite devenir professeur de droit civil à partir de 1879.

27. Le rôle de François Rataud (1823-1898), professeur de droit commercial à Paris de 1863 à 1893, est difficile à cerner en raison de son manque de publication. Il est important de noter que tant Boistel que Thaller rendent, dans leurs préfaces respectives, un vibrant hommage à son enseignement.

28. A. Boistel, *Précis du cours de droit commercial*, 1875, p. IV.

29. *Op. cit.*, p. VII. Ce programme méthodologique sera celui des manuels : « j'ai pensé que, grâce à une méthode sévère, poursuivie jusque dans les plus petits détails, la concision de la forme pouvait être obtenue sans nuire à la clarté (préface p. II).

30. *Op. cit.*, 3^e éd., p. III.

On retrouve le même esprit de systématisation et de recherche des principes chez Thaller, qui publie son *Traité élémentaire de droit commercial* en 1898. « Je me suis attaché, dit-il, à dégager les principes de chaque institution, avec la manière dont les institutions se combinent entre elles. C'est de la *méthode* que j'ai eu souci avant toutes choses : j'entends par là la connaissance des idées générales devant servir de clef pour la solution des cas litigieux (...) ». La démarche est donc résolument dogmatique : partir des principes comme base des raisonnements, pour trouver des solutions au moyen d'un raisonnement déductif. Il n'est donc pas étonnant que Thaller, dans la même préface, reconnaisse l'influence du précis de Boistel, du traité de Lyon-Caen et Renault et du cours de Laurin, sans se référer aux autres auteurs à la démarche moins systématique. Thaller reprendra cette même idée dans le Livre du centenaire du Code civil en écrivant : « entre les deux droits [civil et commercial], il n'existe pas ou il n'existe plus de différence, lorsqu'on entend parler de la manière dont s'exerce la faculté déductive ».

La doctrine commercialiste se constitue donc à peu près au même moment que la doctrine civiliste, soit à la fin du XIX^e siècle, avec la même homogénéité de corps et de formation (les professeurs des facultés de droit), la même méthode dogmatique (on raisonne déductivement à partir des principes) et le même objectif, à savoir rationaliser le droit pour en faire un système cohérent. Il faut donc prendre Ripert au sérieux lorsqu'il avoue, dans la préface de son *Traité élémentaire de droit commercial* (1947) : « j'ai essayé de présenter un tableau à peu près complet du droit commercial en vigueur, en usant d'une méthode d'exposition dont j'ai éprouvé la valeur dans la réédition de l'œuvre admirable de Planiol ». Il faut également prendre au sérieux le fait que le *Traité élémentaire de droit commercial* de Thaller (1898) paraît juste un an avant le *Traité élémentaire de droit civil* de Planiol (1899). L'esprit de système et la méthode dogmatique caractérisent désormais le discours doctrinal, qu'il soit commercialiste ou civiliste.

Cette tendance ne fera que s'accroître au XX^e siècle. Ainsi Ripert, toujours dans la même préface, loue les grands juristes de la fin du XIX^e siècle pour avoir « fait un grand effort pour discipliner le droit commercial, j'entends par là, dit-il, faire rentrer sous l'application du droit commun un droit qui a été pendant longtemps le droit des marchands et des banquiers »³¹. Ainsi est défini le modèle doctrinal : une matière disciplinée. La même année, on peut lire sous la plume de Jean Escarra que la méthode du droit commercial, qui plus encore que le droit civil « est une science de l'observation » consiste en « l'étude systématique des principes. Le juriste parvient

31. Ripert continue ainsi : « Les praticiens se soucient peu de l'analyse juridique des actes qu'ils font, mais le juriste sait bien que le jeu régulier de ces actes exige l'observation de règles et qu'il lui appartient de les dégager ».

à la partie constructive de sa tâche. Il doit dégager les lignes générales des institutions, en décrire la structure, en indiquer l'orientation. Placé en face d'institutions nouvelles, il doit s'efforcer de les ramener à des types existants, mais doit se garder de le faire à tout prix, sous peine d'aboutir à des résultats artificiels et de fausser la nature des choses »³².

Il en est de même pour Hamel et Lagarde : « Sous l'influence et à l'exemple du droit civil, les juristes commercialistes de la première moitié du *xx^e* siècle se sont efforcés de construire un droit de la vie des affaires qui fût vraiment un système de Droit. C'est-à-dire que, partant de l'observation méthodique des phénomènes de la vie économique, ils ont tenté d'appliquer aux difficultés juridiques de la vie des affaires des solutions pratiques qu'ils déduisaient de principes généraux, et ils ont réalisé des déductions au moyen de raisonnements construits suivant les meilleures règles de la technique de droit privé »³³. À tel point qu'aujourd'hui, le rôle attribué à la doctrine commercialiste est identique à celui traditionnellement confié à la doctrine civiliste : « il revient à la doctrine de faire œuvre de réflexion et de synthèse, afin de dégager des principes rigoureux. (...) En rappelant les principes qui sous-tendent les règles particulières, en découvrant les cohérences logiques qui justifient les systèmes et en soulignant les objectifs de justice et de sécurité, la doctrine contribue à la réalisation pratique du droit »³⁴. Ce n'est pas un hasard si pour ce même auteur, « la doctrine commercialiste s'est affirmée de façon brillante à la fin du *xix^e* siècle et dans la première moitié du *xx^e* », citant les travaux de Thaller, Lyon-Caen, Escarra, Ripert, Roubier, Hamel, Rodière, tous des universitaires purs. Ch. Atias avait donc raison lorsqu'il apercevait une « grande parenté entre civiliste et commercialiste »³⁵ ; quant à Yves Guyon, il reconnaît que la doctrine « joue en principe le même rôle en droit des affaires qu'en droit civil »³⁶.

Si le droit commercial, comme matière, est née sans doctrine, il a eu besoin de celle-ci pour se constituer en discipline. Il est clair que la formation d'une doctrine commercialiste influence de manière déterminante la manière dont le droit commercial a été construit ; on peut même avancer que c'est la doctrine qui construit, pour l'essentiel, la discipline en produisant et reproduisant un savoir structuré, une manière de penser, de raisonner, d'enseigner, etc. Avec l'avènement de la doctrine à la fin du *xix^e* siècle, le droit

32. J. Escarra, *Manuel de droit commercial*, Sirey, 1947, n° 58.

33. J. Hamel et G. Lagarde, préface, *Traité de droit commercial*, t. 1, LGDJ, 1954, préface.

34. J.-B. Baise, *Droit des affaires*, LGDJ, 2009, 5^e éd., n° 62. Les fonctions de cohérence et de systématisation sont également mises en avant par D. Poracchia et L. Merland, « La doctrine en droit commercial », *Revue de droit d'Assas*, février 2011, p. 57 et s.

35. « Hypothèses sur la doctrine en droit commercial », in *Études dédiées à R. Roblot, Aspects actuels du droit commercial français*, LGDJ, 1984, p. 29.

36. *Droit des affaires*, T. 1, Economica, 2003, 12^e éd., n° 29.

commercial change de statut épistémologique en accédant au rang d'une discipline juridique, occasion de former une dogmatique et d'opter pour une systématisation du droit. Ce passage ne doit pas occulter la présence d'un programme idéologique sous-jacent.

III – L'IMPORTANCE DU PROGRAMME IDÉOLOGIQUE DANS LA CONSTRUCTION DU DROIT COMMERCIAL ET DU DROIT DES AFFAIRES

Il est impossible de construire une matière juridique en entreprenant de tracer ses frontières. Le droit commercial en est un bon exemple puisque la querelle de son autonomie n'a jamais été vidée et que ses relations avec le droit civil ont toujours été ambiguës³⁷. Épistémologiquement artificielles, les frontières du droit commercial sont un faux problème, qui provient de cette croyance naïve que la réalité se plie au découpage disciplinaire des matières juridiques³⁸. Il en est de même pour le droit des affaires, dont le champ n'a jamais été convenablement délimité; on sait seulement qu'il est plus étendu que celui du droit commercial et qu'il varie considérablement selon les auteurs qui s'y réfèrent.

Mieux vaut délaissier la question des frontières disciplinaires pour se concentrer sur le noyau idéologique, qui est au cœur d'une matière ou d'une discipline juridiques. Ce point a été aperçu par Ch. Atias: «la réflexion juridique théorique gagne à être consciente de ses objectifs; elle peut tirer le meilleur parti des idéologies qu'elle adopte dans la mesure seulement où elle parvient à les envisager, non comme des dogmes philosophiques intangibles, mais comme des directives pour la technique juridique»³⁹. C'est précisément cette part d'idéologie que la doctrine commercialiste, à l'instar de son homologue civiliste, a beaucoup de mal à reconnaître et à assumer. Pourtant une matière juridique peut difficilement se construire sans programme idéologique; souvent (mais pas toujours) celui-ci est identique à celui mis en œuvre pour concevoir et élaborer les règles de droit elles-mêmes. Mais on s'aperçoit que ce programme idéologique s'incarne

37. Cette ambiguïté est largement entretenue par les notions, elles aussi ambiguës, de droit commun et de branche (voir J.-P. Chazal, «Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux», in *Mélanges en l'honneur de Jean Calais-Auloy*, Dalloz 2004, p. 279 et s.).

38. Voir ce que j'ai écrit dans la 6^e éd. du *Droit commercial* d'Y. Reinhard et J.-P. Chazal, Litec 2001, n^o 28 à 30.

39. «Hypothèses sur la doctrine en droit commercial», in *Études dédiées à R. Roblot, Aspects actuels du droit commercial français*, LGDJ, 1984, p. 31.

davantage encore dans l'enseignement didactique du droit, présenté sous forme de système cohérent reposant sur des principes. En effet, ce discours didactique sur le droit ajoute au droit positif une couche dogmatique (le plus souvent occultée par les auteurs), qui sert justement à parvenir, en apparence du moins, à la cohérence recherchée et dans laquelle on voit transparaître les linéaments idéologiques.

Ainsi, le droit commercial s'est construit dans l'univers idéologique d'un mercantilisme mêlé de physiocratie (théories qui s'opposent autant qu'elles se croisent historiquement), puis d'économie politique. C'est parce que l'activité des marchands est présumée importante pour la prospérité d'un pays qu'il convient de la favoriser par l'édition de règles adaptées, la *consécration de leurs usages et l'instauration d'une juridiction consulaire*⁴⁰. Loin de se défier de l'État, les marchands attendent de lui ordre et protection (notamment contre la fraude et la banqueroute d'individus malhonnêtes). Il n'est pas anodin que Colbert ait demandé à un ancien négociant, Jacques Savary, de préparer un projet d'ordonnance sur le commerce, ou que Miromesnil confia la réforme de l'ordonnance de 1673 à une commission composée d'intendants et de députés du commerce, ou encore que le Consulat s'en remit à un ancien négociant, Gorneau, pour assurer la rédaction d'un projet de Code de commerce. C'est d'ailleurs une tradition sous l'Ancien régime que d'associer les marchands à certaines décisions royales. Outre, les chambres de commerce, créées en 1701 avec pour fonction, entre autres, d'élire des députés du commerce, l'organe important était le Conseil du commerce, créé en 1700 et réorganisé en bureau du commerce à partir de 1722. C'était un lieu de débats et de propagation des idées économiques auquel participaient marchands, manufacturiers, responsables des corporations et membres de l'administration royale, etc.⁴¹. Or, l'une des idées principales circulant dans ces cercles était les bienfaits de la circulation des marchandises pour le dynamisme économique. Le discours de ces marchands cultivés sur l'intervention étatique n'était pas purement libéral : il mélangeait interventionnisme protecteur et liberté des échanges, selon les intérêts en jeu. Le bureau de commerce, auquel participa l'intendant du commerce Vincent de Gournay (le père présumé de la formule « laissez-faire »), prit une part importante dans la littérature du XVIII^e siècle sur la « science du commerce », par la

40. Édit de Charles IX de 1563 établissant les juges-consuls en la ville de Paris. Il s'agissait de trancher les litiges entre marchands sans être astreint de respecter les subtilités des lois romaines et des ordonnances royales, sans ministère d'avocat, les juges se prononçant en leur honneur et conscience. Ce que l'on appelait « l'équité commerciale ».

41. D. Kammerling Smith, « Le discours économique du bureau du commerce », in *Le cercle de Vincent de Gournay, savoirs économiques et pratiques administratives en France au milieu du XVIII^e siècle*, L. Charles, F. Lefebvre et C. Théré (dir.), INED 2011, p. 31.

constitution d'un véritable cercle d'auteurs prônant, dans de nombreuses publications, la libéralisation du commerce. Le commerce devient, à cette époque, une affaire politique⁴², et des auteurs emblématiques comme de Gournay, Forbonnais ou Melon aimaient à répéter que « le commerce ne demande que liberté et protection ». C'est l'idée du « doux commerce » qui, au fond, passe dans la législation commerciale, au détriment de celle de la « cupidité frauduleuse du négociant » qui conduit à davantage de réglementations et d'interventions étatiques pour surveiller les marchands soupçonnés d'être peu scrupuleux⁴³. En devenant « l'hypothèse régulatrice du commerce », la confiance est un argument contre la réglementation étatique qui pousse le commerce hors de la sphère politique⁴⁴. La défiance à l'encontre des marchands, qui incitait l'État à jouer un rôle protecteur, s'est transformée en une défiance à l'encontre de l'intervention de l'État, lequel doit être cantonné au laissez-faire dans le domaine économique et se contenter de protéger les propriétés et la liberté contractuelle. Comme le disait Forbonnais : « de toutes les lois, la plus efficace est celle de l'intérêt », sous-entendu l'intérêt personnel des individus.

C'est exactement cet objectif économique-politique que le droit commercial, en tant que matière puis discipline juridique, se voit assigné par ceux-là mêmes qui se proposent de le décrire et de l'expliquer de manière systématique, à savoir les auteurs de doctrine. Ainsi, les commercialistes se plairont à voir l'essence de l'activité commerciale et de son droit dans le triptyque crédit, rapidité et sécurité (certains ajoutent technicité, confiance). D'autres expliquent le « particularisme » du droit commercial par des « raisons empiriques »⁴⁵. Pourtant, loin d'en être l'essence ou une vérité empirique, ces caractéristiques sont le produit de l'idéologie de l'époque qui vise à favoriser les intérêts de la classe des marchands et des industriels en les confondant avec ceux de la nation : un « droit au service des commerçants »⁴⁶. Le plus souvent l'influence idéologique ne transparait point, occultée par une présentation technique des règles et raisonnements juridiques. Mais d'autres fois, elle affleure. C'est très clair chez Boistel, pour qui le rôle social et économique du commerce est déterminant dans

42. Ph. Steiner, « Commerce, commerce politique », in *Le cercle de Vincent de Gournay, savoirs économiques et pratiques administratives en France au milieu du XVIII^e siècle*, L. Charles, F. Lefebvre et C. Théré (dir.), INED 2011, p. 179.

43. C'est notamment l'opinion de Melon, *Essai politique sur le commerce*, 1735.

44. C. Larrère, *L'invention de l'économie au XVIII^e siècle*, PUF, Léviathan 1992, p. 133 et 146, qui voit dans le passage de la défiance à la confiance à l'égard du commerce (et du mouvement inverse s'agissant de l'État), la différence entre le mercantilisme et la physiocratie.

45. Y. Guyon, *Droit des affaires*, T. 1, Economica, 2003 12^e éd., n° 15.

46. Y. Chartier, *Droit des affaires*, T.1, *L'entreprise commerciale*, PUF, Thémis, 4^e éd. 1993, n° 13.

la prospérité de la nation ; il cite d'ailleurs les Harmonies économiques de Bastiat⁴⁷, mais l'on pourrait remonter aux écrits de Boisguilbert, de Gournay, de Forbonnais, Mercier de la Rivière, Turgot, etc. L'avocat M. G. Massé⁴⁸ cite, quant à lui, Adam Smith pour faire de la division du travail le fondement du commerce. Favorable au développement des sociétés et nécessaire à la satisfaction des besoins humains, le commerce n'est possible que parce que ceux qui y prennent part se procurent des gains, et Massé de citer sur ce point le *Traité d'économie politique* de J.-B. Say ainsi que son *Cours complet d'économie politique*.

Cette dimension idéologique est aussi très présente dans le droit des affaires (entendu comme matière ou discipline juridiques). Il s'agit, de l'aveu même de ses promoteurs, d'un droit au service des affaires et de ceux qui les font, mais dans un nouveau contexte idéologique, celui du néo-libéralisme, de la théorie de l'entreprise (au sens américain de la firme) et de celle du marché efficient. Le développement du droit des affaires n'est donc pas un « retour aux sources » comme on le pense parfois⁴⁹, du moins pas chez ces principaux promoteurs⁵⁰. C'est très clair chez Claude Champaud qui, pensant analyser scientifiquement un fait de civilisation, écrit que « chacun recourant au crédit, voire à la spéculation, tous voulant s'enrichir, le calcul économique entrant dans les mœurs, le droit des affaires est devenu un droit commun de la société techno-scientifique, industrielle et urbaine »⁵¹ ; ou encore : « La profusion des règlements et l'abus du réglementarisme risquent de devenir un poison pour le droit des affaires. Le goût de décider pour les autres ; la prétention de prévoir l'imprévisible en oubliant parfois le possible, voire le certain ; le penchant pour la formule mathématique qui dissimule l'ignorance des réalités et des raisonnements proprement juridiques ; l'ésotérisme et la préciosité du langage masquant son imprécision, l'amour du détail qui cache la généralité, etc. sont des défauts qui ne caractérisent pas tous les textes et décisions technocratiques, mais qui parquent nombre d'entre eux. Ils sont, par nature, aux antipodes des qualités et des défauts des hommes d'entreprise. Ils sont d'autant plus insupportables parfois qu'ils paraissent, dans certains cas, procéder d'une vision de ces derniers qui tend à les considérer non comme des responsables mais comme des coupables, non comme des agents de production

47. *Manuel de droit commercial*, 1887, n° 3.

48. M.G. Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, Paris 1844.

49. J. Hilaire, *op. cit.*, p. 125 et s.

50. Il est vrai que l'idéologie néo-libérale n'est pas présente dans tous les ouvrages intitulés « droit des affaires » ; ainsi cet intitulé a d'abord été utilisé pour démarquer du cours classique de droit commercial enseigné aux juristes, un ouvrage didactique destiné aux gestionnaires : R. et J. Savatier et J.-M. Leloup, *Droit des affaires*, Sirey, 1961.

51. C. Champaud, *Le droit des affaires*, p. 23.

de richesses communes mais comme des naufrageurs ou des pilliers, non comme des adultes mais comme des mineurs. Ce sont aussi des signes du « déclin du droit » dénoncé par Ripert »⁵².

Sauf quelques exceptions, les auteurs qui contribuent à l'émergence de cette nouvelle discipline, s'appuient autant sur les insuffisances du droit commercial que sur une opposition idéologique avec le droit économique. Celui-ci est une création d'origine allemande qui traduit à la fois la double dimension de l'économie : intervention de l'État et présence de pouvoirs économiques privés (les Konzerns), et la révolution intellectuelle des juristes qui abandonnant la croyance dans la vérité des concepts et du raisonnement déductif, se mettent à penser le droit par le prisme des intérêts opposés (le second Ihering, Heck, Kantorowitz). En France, après avoir été introduit par François de Kiraly⁵³, le droit économique est promu, en tant que matière juridique, par Gérard Farjat dès 1972⁵⁴, comme un droit qui transcende la distinction entre le droit public et le droit privé, comme un droit de l'économie mixte conciliant l'entreprise et la direction de l'économie par l'État. Ici le programme idéologique est clairement interventionniste.

On pourrait s'arrêter à la critique classique que les partisans du droit des affaires adressent au droit économique ainsi conçu : il aurait un problème de définition car il engloberait des branches du droit dont la distinction serait tributaire d'une tradition séculaire⁵⁵. Mais la même critique pourrait être formulée contre cette nébuleuse qu'est le droit des affaires. C'est pourquoi, la véritable critique est idéologique : certains voient dans le droit économique les « germes de la corruption et de la dissolution du droit des affaires », dans sa version néo-libérale⁵⁶. Ainsi, pour Claude Champaud⁵⁷, si le droit des affaires et le droit économique, placent au cœur de leurs préoccupations l'entreprise, le premier est un monde « d'échanges économiques accomplis et décidés par des individus réputés libres et égaux » tandis que le second est un monde « où les relations entre les personnes privées sont encadrées, réglementées, surveillées, autorisées ou interdites, voire pilotées, montées ou organisées par des autorités publiques sous contrôle de fonctionnaires qui sont serviteurs ou maîtres du pouvoir qu'ils incarnent ».

52. *Op. cit.*, p. 45.

53. Le droit économique, branche indépendante de la science juridique, sa nature, son contenu, son système, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Génny*, Sirey 1934, p. 111.

54. *Droit économique*, PUF, 1972, 1^{re} éd.

55. J.-B. Blaise, *op. cit.*, n° 81.

56. C. Champaud, *op. cit.*, p. 43 et 45.

57. Qui pourtant est l'un des tout premiers professeurs de droit français à écrire sur le droit économique : « Contribution à la définition du droit économique », *D.* 1967, chron. 215.

Bref il faut choisir entre le marché libre ou le kolkhoze. Pas étonnant que l'auteur s'en prenne ensuite à la majorité socialiste de 1981 qui paraît « avoir convaincu de son inanité ceux-là mêmes qui assimilaient le “génie de la France” au dirigisme colbertien et qui promettaient de “changer la vie” en ignorant les lois de l'économie de marché et les impératifs de la gestion des entreprises ». Tout est dit.

Peut-être pas tout à fait, car il reste à parler de l'impérialisme disciplinaire du droit des affaires, assumé par Claude Champaud⁵⁸. Cet impérialisme n'est pas dangereux en ce qu'il viserait à annexer d'autres provinces disciplinaires, du moins si l'on ne croit pas trop aux frontières artificiellement tracées entre les matières juridiques. Il est remarquable en ce qu'il vise (mais n'est-ce pas le propre de tout impérialisme ?) à imposer son idéologie à d'autres disciplines. Ainsi, le droit fiscal et le droit social, envisagés par le prisme du droit économique, sont des facteurs de corruption et de dissolution du droit des affaires. La solution serait donc de les annexer pour les mettre au service de l'entreprise et de ceux qui la contrôlent, plutôt que d'en faire des contraintes pour les entreprises sous prétexte de redistribution des richesses ou de protection des salariés. Cette présentation prépare le terrain pour l'étape suivante : la simplification (euphémisme contemporain pour démantèlement) du droit fiscal et du droit du travail afin d'une part d'alléger l'impôt pesant sur les entreprises et les forces vives de la nation et, d'autre part, de faciliter « l'employabilité » des salariés par plus de flexibilité.

Comment avec un discours aussi peu démocratique, la doctrine peut-elle se dire au service de la démocratie⁵⁹ ? Comment avec un programme aussi engagé, peut-elle se prétendre axiologiquement neutre et uniquement technicienne ? Un discours aussi contradictoire ne peut être produit et maintenu que par un procédé mythologique, lequel est étroitement lié au modèle doctrinal et donc à la formation d'une discipline juridique.

IV – DISCIPLINE JURIDIQUE, MODÈLE DOCTRINAL ET MYTHOLOGIE

Paul Didier avait bien compris que le mot « affaires », dans l'expression « droit des affaires », était problématique : « cette indétermination du mot a été habilement exploitée. On a voulu, avec ces mots neufs, créer une

58. « Nul ne songe à nier l'impérialisme disciplinaire du droit des affaires », clame-t-il !, *Le droit des affaires*, p. 23.

59. Comme dans la seconde partie de l'article de D. Porrachia et L. Merland.

“discipline nouvelle” et même un esprit nouveau »⁶⁰. Cette rhétorique le laissait donc sceptique. Mais il s’agit plus que d’une rhétorique, c’est d’une véritable mythologie dont il est question. J’emploie ici le mot mythologie au sens que Paul Feyerabend lui donnait dans ses conférences diffusées en 1961⁶¹, afin de distinguer la mythologie de la science⁶². Cette distinction ne s’opère pas sur le critère de la vérité ou de la vérification empirique : un énoncé mythique n’est ni moins vrai ni moins rationnel qu’un énoncé scientifique. Le scepticisme de Feyerabend ne le mène cependant pas à la confusion des genres. Il reste des différences entre discours mythologique et discours scientifique. Pour simplifier, on peut dire que dans le premier, contrairement au second, les erreurs ne sont jamais rectifiées et il faut continuer à croire coûte que coûte à ce qui serait une vérité dogmatique, par définition incontestable. La croyance mythologique serait donc une attitude d’acceptation complète et absolue au récit (« le mythe raconte la vérité et il n’est pas possible qu’il soit erroné »), alors que la croyance scientifique supporte et accueille la contradiction et favorise l’esprit critique (du moins en théorie, car Feyerabend évoluera ensuite vers encore plus de scepticisme).

Loin d’être scientifique, au sens ci-dessus défini, le discours de la doctrine commercialiste ou affairiste produit une mythologie que l’on reconnaît à trois caractéristiques : 1) l’emploi de formules magiques, qui évitent de rectifier les erreurs et les incohérences, 2) la persistance dans le discours, de contradictions jamais résolues et 3) la faveur pour un exposé déshistoricisé du droit, voire l’utilisation d’un révisionnisme historique, dans un but de légitimation.

Tout d’abord, la doctrine commercialiste (ou affairiste) produit des objet-fétiches, des formules magiques, dont la fonction est de sauvegarder les dogmes qui servent de structure à une pensée fortement idéologisée, mais dont cette dimension est soigneusement dissimulée par un discours pseudo-technique. Par exemple, le droit commercial a un « esprit », autre nom à connotation magique ou surnaturelle pour désigner des particularités essentialisées (sécurité, rapidité, technicité, etc.), qui ne sont rien d’autre que des intérêts particuliers protégés ou promus par le discours doctrinal. Cet « esprit » du Code de commerce est invoqué par Loqué dès 1807, tandis qu’il quitte chez Ripert le Code pour posséder le droit commercial lui-même, puis le droit des affaires chez son lointain continuateur Louis

60. P. Didier, *Droit commercial*, T. 1, PUF, Thémis 1999, 3^e éd., p. 22.

61. *Une connaissance sans fondements*, Dianoia, 1999.

62. Il est loin d’être certain que P. Feyerabend ait maintenu cette distinction dans les écrits postérieurs, qui tendent réfuter l’existence d’une coupure épistémologique entre les sciences, telles qu’elles se pensent et se pratiquent, la connaissance mythologique.

Vogel⁶³. Cette rhétorique de la de réincarnation de ce mystérieux « esprit » a pour finalité de maintenir une idéologie en dépit des changements qui ont affectés le droit, ainsi que la société qu'il a vocation à régir. De simples principes juridiques, qui devraient dans les raisonnements être confrontés à des principes contraires pour tenter de trouver une articulation ou une balance des intérêts, deviennent alors des vérités dogmatiques, voire des fétiches dotés de pouvoirs surnaturels. Ainsi, la propriété, la libre concurrence, la liberté contractuelle, la liberté d'entreprendre, la sécurité juridique, sont autant d'expressions-fétiches qui prétendent clore les débats et résoudre les litiges, alors que ce sont des expressions-problématiques, faites de nuances, d'imprécisions et de contradictions. C'est ainsi que la doctrine fabrique des concepts, tout en faisant semblant de croire (ou en y croyant vraiment) qu'il s'agit d'objets neutres, dotés de fonctions purement techniques et découlant de la nature des choses. Le problème ne réside point dans cette fabrication (elle est peut-être inévitable et utile), mais dans ce refus d'accepter qu'il ne s'agit que de fabrication. Remplaçons le mot « esprit », dans les passages suscités, par le mot politique ou idéologie, et nous aurons fait un grand pas vers un discours un peu plus scientifique, ou un peu moins mythologique.

Le mythe du droit commercial tient aussi grâce à des métaphores qui, par hypostase, passe pour de la réalité. C'est la fameuse « branche autonome » qui loin d'être l'oxymore qu'elle devrait (peut-on concevoir une branche sans tronc ?), passe pour une explication satisfaisante suivant laquelle le droit commercial est à la fois inclus dans un système juridique qui l'influence et suffisamment indépendant pour faire respecter ses particularités⁶⁴. Mais l'explication est plutôt courte, car elle ne dit rien, au cas par cas, sur la primauté du droit commun (ou prétendu tel) ou du droit spécial. Ainsi, on applique en droit commercial l'article 1134 du Code civil qui impose le respect des conventions, mais on écarte l'article 1202 du même code, suivant lequel la solidarité ne se présume pas. Certes, on va recourir à l'usage qui en matière commerciale impose la solidarité présumée entre les débiteurs. Sauf qu'ici l'usage contredit une loi, ce qui est loin d'être admis en doctrine. On voit donc que le ressort du discours mythologique consiste à créer une explication permettant de sauver le dogme (celui de la branche autonome) en l'immunisant contre les effets négatifs d'une expérience qui le contredit. Le jeu est sans fin. Prenons l'exemple de la prohibition de la capitalisation des intérêts sur une période infra-annuelle

63. *Du droit commercial au droit économique, Traité de droit des affaires*, G. Ripert et R. Roblot, T. 1, LGDJ, 19^e éd., 2010, p. 57, n° 64 et s.

64. Lire F. Grua, « Les divisions du droit », *RTD. civ.* 1993, 59 et J.-P. Chazal, « Réflexions épistémologiques sur le droit commun et les droits spéciaux », art. préc., notamment à troisième partie intitulée « L'arbre et le rhizome : de l'hypostase à la vérité métaphorique », p. 302 et s.

(art. 1154 du Code civil). La jurisprudence considère qu'il s'agit d'une règle d'ordre public; pourtant en matière commerciale, les conventions qui y dérogent (notamment la convention de compte courant) sont considérées comme licites. Il faudrait donc admettre un usage commercial qui prime une loi d'ordre public, solution qui est rejeté en doctrine. Celle-ci va donc se contenter de rendre compte de la solution en matière de compte courant, sans donner d'autre explication autre que l'autonomie de la branche. Voilà donc une formule magique bien commode, qui dispense de donner une explication rationnelle.

Ensuite, on trouve dans le discours doctrinal des assertions contradictoires, alors mêmes que ces contradictions ne semblent pas affecter la crédibilité ou la scientificité dudit discours. C'est une autre facette de la mythologie que l'on trouve expliquée chez Paul Veyne, lequel rapporte que le Dorzé d'Éthiopie qui, tout en croyant que le léopard est un animal chrétien et respecte, à ce titre, le jeûne de l'Église copte, continue à surveiller comme d'habitude son bétail les jours de jeûne, sans pour autant renier sa foi, car il sait d'expérience que les léopards sont dangereux tous les jours⁶⁵. À l'instar du Dorzé, il s'agit pour la doctrine de continuer à maintenir des positions contradictoires, sans jamais vouloir résoudre ces contradictions; de maintenir ses dogmes même s'ils expliquent mal la réalité. Le discours mythologique ne peut se maintenir qu'au prix d'incantations qui seront rabâchées *ad nauseam*, sans jamais pouvoir être invalidées par une confrontation avec la réalité. Il en est ainsi, par exemple lorsque la doctrine commercialiste s'autoproclame pragmatique tout en étant dogmatique, neutre (donc technique et scientifique) tout en étant partisane.

Le prétendu pragmatisme de la doctrine commercialiste est assumé en même temps que le dogmatisme le plus académique. Cette position contradictoire se trouve dans la préface du Traité d'Hamel et Lagarde, qui, après avoir expliqué que la méthode dogmatique et l'esprit de système avait été importé du droit civil dans le droit commercial, louent la doctrine commercialiste en ces termes: «sympathie pour les solutions audacieuses même si elles font courir aux intéressés certains risques considérés comme inhérents à la vie économique, rejet systématique des raisonnements logiques lorsqu'ils conduisent à des positions qui ne sont pas en pleine harmonie avec les besoins de la pratique des affaires, recherche de tous les symptômes qui annoncent la transformation des institutions existantes ou qui préparent les évolutions à peine amorcées, désir intense de ne négliger aucun phénomène économique dont le fonctionnement nécessite un cadre juridique adapté

65. Rapporté par D. Sperber, cité par P. Veyne, *Les Grecs ont-ils cru à leurs mythes ?*, Seuil, 1983, p. 11.

à notre milieu social (...)»⁶⁶. Si véritablement la doctrine commercialiste était pragmatique, elle se préoccuperait plus de balance d'intérêts et de raisonnement conséquentialistes que de principes et de logique déductive. Or, la simple lecture des manuels et traités, qu'il soit de droit commercial ou de droit des affaires, montre une profonde unité méthodologique entre la doctrine civiliste et la doctrine commercialiste, la seconde n'étant guère moins dogmatique que la première. Ce qui n'empêche nullement la plupart des commercialistes de continuer à se penser et se prétendre pragmatiques.

De la même façon, la doctrine affiche la neutralité de sa technique et se prévaut de sa posture non partisane, mais soutient, dans le même temps, le modèle d'une économie de libre marché et critiquera toute intervention des pouvoirs publics en invoquant les vérités économiques enseignées depuis Smith, Say et Bastiat jusqu'à Hayek, ou encore la nature des choses ou le sens de l'histoire. C'est évident chez Champeaud, mais un tel positionnement est très répandu. Ainsi lorsqu'il s'attaque à la question de l'influence de « la théorie économique » (le singulier est édifiant) sur le droit des affaires, L. Vogel ne parle que de l'analyse économique du droit, sans nullement éprouver le besoin de justifier ce choix plutôt étroit et orienté⁶⁷. De même, des auteurs dénie, dans le même article, à la doctrine tout rôle de source du droit, en réaffirmant sa fonction d'agencement d'un droit positif qui lui est extérieur en un système cohérent, tout en écrivant ensuite qu'en « réalité, le droit, en ce qu'il est un art du juste, laisse place aux juristes pour faire entendre aux politiques une voix : celle du meilleur ordre ou de l'ordre le plus efficace. La voix du juriste participe ainsi, de manière qualitative, au processus démocratique »⁶⁸. Jean Escarra, pour sa part, professe, dans l'avant-propos de son manuel de droit commercial, le « caractère objectif » de son exposé, et dans le corps du même manuel, que « le droit commercial est une science de l'observation », ce qui ne l'empêche pas de critiquer ensuite la législation sociale qui ferait la part trop belle aux syndicats et réduirait excessivement la liberté des commerçants⁶⁹. On retrouve la même posture contradictoire chez Yves Guyon qui écrit que la doctrine commercialiste « explique et éclaire le droit positif, dont elle donne un exposé systématique, aussi rationnel que possible », mais aussi qu'elle « souffre, comme la doctrine civiliste, de l'instabilité législative qui remet en cause non seulement les solutions de détails mais aussi parfois les principes »⁷⁰. C'est la nature mythologique du discours doctrinal qui

66. J. Hamel et G. Lagarde, préface, *Traité de droit commercial*, t. 1, LGDJ, 1954.

67. Louis Vogel, *Du droit commercial au droit économique*, *Traité de droit des affaires*, G. Ripert et R. Roblot, T. 1, LGDJ. 19^e éd. 2010, n° 62 et 63.

68. D. Porrachia et L. Merland, art. préc.

69. J. Escarra, *Manuel de droit commercial*, Sirey, 1947, n° 32 et 58.

70. Y. Guyon, *op. cit.*, n° 29.

explique que cette structure intrinsèquement contradictoire du discours ne soit jamais remise en cause.

Enfin, le discours mythologique ne tiendrait pas longtemps s'il n'était pas renforcé par des procédés de déshistoricisation, qui caractérisent également le discours mythologique. Par exemple, les partisans du droit des affaires croient discréditer le droit économique en ce qu'il prétendrait transcender la séculaire distinction entre droit privé et droit public, mais ils oublient de rappeler que dans l'histoire les règles régissant le commerce étaient classées dans le droit public par Jean Domat, ou encore que Vital-Roux avait proposé une vision globalisante du droit commercial, incorporant le droit public. C'est ce même procédé de déshistoricisation qui permet à un auteur de réduire le droit économique à la réglementation du marché, pour n'en faire qu'une province annexée par le droit des affaires, avec en prime le tour de force de ne pas citer les travaux de G. Farjat⁷¹ ! Comme si cette subsomption était naturelle et atemporelle : pas de rappel de son origine germanique ni de sa dimension politique, encore moins du contexte historique dans lequel le droit économique, en tant que matière et programme de recherche, a émergé.

Parfois, la déshistoricisation va plus loin que le processus d'occultation pour prendre la forme d'un véritable révisionnisme. C'est ce qui est arrivé à la dernière réédition du *Traité élémentaire de droit commercial* de Ripert, qui avait été continué un temps par Roblot. Désormais, il se dénomme sous la plume de Louis Vogel : *Traité de droit des affaires*⁷². S'il s'agissait d'un simple changement de titre, il n'y aurait pas grand-chose à redire, mais le continuateur lointain de Ripert a gardé, dans l'introduction, le texte rédigé par Ripert en remplaçant quasi-systématique « droit commercial » par « droit des affaires », et ce sans aucun avertissement. Les « sources et technique du droit commercial » deviennent ainsi les « sources et techniques du droit des affaires » ; pourquoi pas. Moins anecdotique est la réécriture qui provoque une distorsion temporelle : « le droit des affaires a été pendant longtemps un droit purement coutumier sans qu'il n'y ait eu aucune rédaction de cette coutume »⁷³. Même opération un peu plus loin : « Le droit des affaires n'a pas connu au XIX^e siècle la rigueur de l'interprétation exégétique, tout au moins au même degré que le droit civil. Le Code de commerce était trop imparfait et incomplet pour que la doctrine pût se contenter de

71. L. Vogel, *Du droit commercial au droit économique, Traité de droit des affaires*, G. Ripert et R. Roblot, T. 1, LGDJ. 19^e éd. 2010, n° 8.

72. LGDJ, 2010, 19^e éd. 2010.

73. N° 41 ; la phrase de Ripert était la suivante : « Le droit commercial a été pendant longtemps un droit purement coutumier sans qu'il n'y ait eu aucune rédaction de cette coutume ».

l'analyse des textes »⁷⁴. Et cela continue : tout le débat qui animait la doctrine sur les influences réciproques entre le droit civil et le droit commercial (avec les grands articles de Lyon-Caen, Thaller, Hamel, etc.) se transforme, avec des textes identiques à ceux de Ripert en « Influence du droit civil sur le droit des affaires. – Pourtant, la codification a eu ce résultat de mettre le droit des affaires sous la domination du droit civil »⁷⁵. Et la réciproque est également vraie : « Influence du droit des affaires sur le droit civil. – (...) Malgré son infériorité de rédaction technique, le droit des affaires a agi sur le droit civil en lui enlevant une partie de son domaine et en lui imposant ses règles. Il a, en effet, pour lui sa mobilité et sa nouveauté qui lui permettent de satisfaire les besoins d'une société livrée tout entière aux affaires »⁷⁶.

Voilà un saisissant exemple de manipulation de l'histoire ayant pour but de conférer une légitimité traditionnelle au droit des affaires, dont il est pourtant dépourvu, après l'avoir dépolitisé, du moins en apparence. Ici le rapport à l'histoire est également très proche du mythe, à savoir que l'important est de raconter une histoire qui sert le propos, sans se préoccuper du point de savoir si c'est vraiment comme cela que les choses se sont déroulées. Comme si le discours mythologique jouait un rôle performatif : en racontant le mythe, le juriste créerait la réalité dont il prétend seulement rendre compte. C'est probablement la condition de l'existence des disciplines juridiques : pour qu'elles existent, il faut y croire.

74. N° 59 ; la phrase de Ripert était la suivante : « Le droit commercial n'a pas connu au XIX^e siècle la rigueur de l'interprétation exégétique, tout au moins au même degré que le droit civil. Le Code de commerce était trop imparfait et incomplet pour que la doctrine pût se contenter de l'analyse des textes. »

75. N° 60 ; la phrase de Ripert était la suivante : Influence du droit civil sur le droit commercial. – Pourtant, la codification a eu ce résultat de mettre le droit commercial sous la domination du droit civil.

76. N° 61 ; le passage d'origine est le suivant : « Influence du droit commercial sur le droit civil. – (...) Malgré son infériorité de rédaction technique, le droit commercial a agi sur le droit civil en lui enlevant une partie de son domaine et en lui imposant ses règles. Il a, en effet, pour lui sa mobilité et sa nouveauté qui lui permettent de satisfaire les besoins de la société moderne livrée tout entière au capitalisme ».

Réactions

Les disciplines juridiques : déconstruire et reconstruire des mythes ?

Véronique CHAMPEIL-DESPLATS

Professeure à l'Université de Paris Ouest-Nanterre, CREDOF

Comme beaucoup de concepts ayant vocation à discerner les savoirs ou à en désigner des formes d'agencements particulières, les contours de celui de discipline sont flous et ambivalents. D'un côté, universitaires et chercheurs en faisons l'expérience quotidienne, la référence disciplinaire répertorie et, à l'occasion, hiérarchise des régimes de savoir. Elle est un outil commode pour leur allouer des ressources institutionnelles, matérielles et humaines spécifiques. D'un autre côté, les tentatives de définition de ce qu'est une discipline et de délimitation des frontières de chacune d'entre elles se heurtent à des oppositions parfois virulentes. Les plus nihilistes seront alors confortés dans le sentiment que les disciplines n'existent pas, ou plutôt, qu'elles sont des mythes qui n'existent que parce qu'on n'y croit¹. Les plus cyniques leur répondront que la meilleure preuve qu'elles existent est qu'ils en vivent et qu'elles leur assurent une reconnaissance confortable qui, parfois, dépasse le seul ordre du symbolique.

Si l'on veut bien s'accorder sur le fait, qu'en tout état de cause, les disciplines ne sont pas inscrites dans un ordre naturel des choses qui s'imposerait à la connaissance, celles-ci peuvent *a minima* être analysées comme des constructions intellectuelles, comme des désignations conventionnelles d'un type particulier d'agencements, effectifs ou prétendus, des savoirs. Ces constructions sont déterminées par de multiples facteurs. Elles sont collectives et institutionnelles, plus rarement individuelles. L'illustre, par exemple, l'échec de la tentative d'ériger en discipline la médialogie². Cette volonté même d'« ériger en discipline » témoigne de ce que la

1. Ainsi le conclut Jean-Pascal Chazal, « Du droit commercial au droit des affaires, ou comment se construisent matière et discipline juridiques » dans le présent volume.

2. Voir la contribution de J.-L. Fabiani.

reconnaissance du statut disciplinaire reste pourvue, en général, d'une charge positive. Elle est supposée crédibiliser un savoir, le grandir.

Les disciplines sont donc des constructions intellectuelles qui, pour s'édifier, sont appelées à recourir à des processus de légitimation des savoirs qui les constituent et des individus qui les portent : revendication du statut de science, appuis sur des appareils méthodologiques et conceptuels réputés fiables, modes de mise à l'épreuve valorisés dans un espace-temps donné... Les disciplines sont des constructions qui, pour perdurer, sont parfois conduites à réifier et à naturaliser les éléments contingents du moment de leur constitution, jusqu'à rejeter toute discussion, toutes ces discussions dans lesquelles leurs pionniers avaient pu s'investir pour justifier leur édification. C'est en cela qu'elles s'apparenteraient aux mythes³.

Certes, mais encore faut-il comprendre comment s'imposent ces mythes sur lesquels est somme toute aujourd'hui structurée la vie institutionnelle et académique de nombreux salariés de l'intellect, de leurs étudiants, sans oublier leurs financeurs. Comment le mythe disciplinaire s'assure-t-il une crédibilité ? Comment s'assure-t-il l'adhésion d'individus souvent dotés d'une capacité auto-réflexive non négligeable ? Les réponses à ces questions exigent à ce stade de délaissier les généralités afin d'analyser, pour chacun des champs de savoir prétendant au statut disciplinaire, les conditions socio-institutionnelles précises de leur avènement. C'est ce que proposent Guillaume Richard, Julie Bailleux, Laurent Mucchielli et Jean-Pascal Chazal s'agissant, dans le champ juridique, respectivement, des processus de disciplinarisation du droit public, du droit européen, de la criminologie ou du droit commercial. Leurs études offrent de précieuses clés de compréhension des éléments dont peuvent procéder les constructions disciplinaires.

L'émergence et l'affirmation d'une discipline supposent alors, tout d'abord, l'identification d'un objet, en l'occurrence, un ensemble de normes résultant d'énoncés de règles, de principes, de pratiques ou d'usages⁴... Cet ensemble de normes doit être réputé par quelques savants (un corps de doctrine) suffisamment consistant et spécial au regard d'objets déjà existants pour pouvoir en détacher et en autonomiser l'étude : des règles produites par des marchands ou visant à encadrer leurs activités de façon distincte du droit civil⁵, des normes produites par des organes internationaux dont on insiste sur le caractère nouveau (celles en l'occurrence

3. P. Feyerabend, *Une connaissance sans fondements*, Saint-Étienne, Éditions Dianoïa, p. 77 et s.

4. Voir la contribution de J.-P. Chazal, « Du droit commercial au droit des affaires, ou comment se construisent matière et discipline juridique ».

5. J.-P. Chazal, *op. cit.*

produites par la Communauté européenne)⁶, des politiques publiques visant à éradiquer les criminels qui exigent des ressources spécifiques⁷, des textes ou des corpus juridictionnels qui s'adressent aux autorités publiques et non à des personnes privées...

La construction disciplinaire, ensuite, dépasse l'état d'un fatras de savoirs. Elle dépasse aussi le simple enseignement d'une matière. Elle suppose un travail de systématisation des éléments qui composent son objet ainsi qu'une structuration du savoir par un corps de doctrine qui publie et qui enseigne⁸. Dès lors, la discipline ordonne. Elle ordonne dans le double sens de mettre en ordre et de donner des ordres. Elle contribue, d'une part, à établir des frontières pour cartographier des savoirs non sans risque de les compartimenter et de les cloisonner. Elle tend, d'autre part à façonner et à encadrer le choix des objets, des méthodes, des concepts, des modes de production et de valorisation des connaissances (certains formulaires d'entrée ou d'avancement dans la carrière universitaire prennent ainsi le soin de préciser que la présentation bibliographique s'effectue conformément aux usages ayant cours *dans la discipline*)... La discipline institue finalement une « police des savoirs ». Elle en conditionne la production et le contenu⁹.

Partant, la construction disciplinaire n'a pas seulement pour visée ni pour conséquence la progression désintéressée des connaissances collectives sur un objet. Elle s'inscrit aussi dans des jeux et enjeux de positions institutionnelles et, à l'occasion, d'ambitions et de reconnaissances personnelles¹⁰. À cet égard, elle produit des effets agrégatifs, d'inclusion, de valorisation et de grandissement des disciplinés et, corrélativement, des effets d'exclusion, de marginalisation, voire de bannissement des indisciplinés. L'investissement du label disciplinaire n'est pas non plus toujours dénué de tout imprégnation idéologique (promotion des échanges commerciaux pour le droit commercial, d'une forme d'État pour le droit public, de la construction européenne pour le droit européen, d'un idéal sécuritaire pour certains criminologues), ni de toute stratégie politique : il peut légitimer un savoir pour et par l'exercice d'une fonction de conseiller du prince¹¹.

Les enquêtes menées sur les conditions d'édification de quelques savoirs en disciplines juridiques ouvrent sur un dernier élément de réflexion, un des plus stimulants sans doute pour les années à venir. Elles confortent en

6. Voir la contribution de J. Bailleux.

7. Voir L. Mucchielli, « Faire de la criminologie une nouvelle discipline ? Contexte et enjeux d'une controverse », dans le présent volume.

8. Voir J.-P. Chazal, *op. cit.*

9. Voir J.-P. Chazal, *op. cit.* ; G. Richard.

10. Voir Laurent Mucchielli, *op. cit.*

11. *Ibid.*

effet l'idée que les redécoupages disciplinaires sont étroitement liés à des contextes plus généraux de transformation : mutations technologiques (biologie, techniques de surveillance pour la criminologie), évolutions sociales (avènement d'une bourgeoisie marchande pour le droit commercial), changements politiques (renforcement de l'État pour le droit public, sortie de la guerre pour pacifier durablement l'Europe s'agissant du droit européen)...

À cet égard, l'arrivée du nouveau millénaire s'avère propice à des processus de redistribution disciplinaire. Elle se caractérise en effet par d'importantes innovations technologiques (nouvelles techniques d'information et de communication, affinement des connaissances et des modes d'exploitation de l'infiniment petit – nanotechnologies – et de l'infiniment grands – informations inédites en provenance des sondes spatiales –, évolution des connaissances médicales et biologiques...), par le déplacement des questionnements politiques et éthiques (blocage des mécanismes classiques de représentation, préoccupation pour les générations futures, pour la vulnérabilité mais aussi pour le risque et la sécurité...), ou encore par la globalisation des échanges. La redistribution disciplinaire susceptible d'en résulter pourrait emprunter plusieurs voies.

Elle pourrait tout d'abord consister à redéfinir les méthodes ou les concepts des disciplines existantes afin de les adapter aux mutations de leur objet. Mais certains peuvent aussi se saisir de ces mutations pour asseoir de nouvelles prétentions disciplinaires sur des ressources institutionnelles – même minimales – déjà acquises par une discipline existante. Tel semble l'un des enjeux de l'investissement de certains dans la criminologie en France¹².

La redistribution des disciplines peut aussi conduire à des engagements interdisciplinaires qui semblent rendus nécessaires par l'émergence de nouveaux objets (environnement, bioéthique, nouvelles technologies de l'information, genre...). Toutefois, l'initiative se heurte à certaines mises en garde sur ce qui est, là encore, qualifié de « mythe » de l'interdisciplinarité¹³. Mythe, parce que celle-ci resterait ancrée dans une représentation disciplinarisée des savoirs¹⁴. Mythe, également parce que l'interdisciplinarité entretiendrait la croyance d'une connaissance « globale et intégrée », complète ou encore harmonieuse d'un objet (par exemple, « le crime », le « commerce », « l'État », « l'Europe »). Mythe, enfin, parce que l'interdisciplinarité produirait un effet de légitimation ou d'autorité alors même que

12. Voir. L. Mucchielli, *op. cit.*

13. Voir. L. Mucchielli, *op. cit.*

14. Voir J.-P. Chazal, *op. cit.*

ceux qui la revendiquent ne s'appuieraient que sur des références superficielles à des savoirs multiples¹⁵.

La redistribution disciplinaire peut également porter l'avènement de nouvelles disciplines, en particulier, à partir de savoirs qui intègrent imparfaitement la cartographie disciplinaire actuelle. Émettons par exemple l'hypothèse d'une disciplinarisation future des études sur le genre, sur le *care*, sur l'environnement, sur le *global law* ou sur la sécurité... Mais la redistribution disciplinaire peut, à l'inverse, provoquer la dissolution de disciplines existantes ou, à tout le moins, de certains des critères qui les classifient. Évoquons ici la remise en cause fréquente, bien que pour le moment peu suivie d'effets institutionnels, de la dichotomie droit public/droit privé qui, historiquement, ne s'est pas toujours imposée, ni concrétisée sous les mêmes formes¹⁶.

Une redistribution disciplinaire, ou plutôt en l'occurrence des champs de savoirs, pourrait enfin plus radicalement consister à abandonner toute référence au concept même de discipline¹⁷. Il fut d'ailleurs un temps où les savants se repéraient dans des « humanités », des « domaines », des « sphères » ou encore des « études »¹⁸. Il s'agirait alors de repenser la configuration des savoirs en assumant l'« indiscipline »¹⁹, l'anarchie, l'esthétisme de la connaissance, la possibilité d'une science sans rigueur ou sans fondement... Cet horizon nous semble toutefois, en France, encore lointain. Car, on le sait au moins depuis Thomas Khun, les révolutions scientifiques (comme les évolutions plus douces) n'échappent pas à de rituels processus de résistance qui confirment, s'il en était besoin, que la cartographie disciplinaire engage non seulement des savoirs mais aussi des positionnements institutionnels et politiques allocataires de ressources. Or leur contrôle s'avère aujourd'hui d'autant plus précieux que ces dernières se raréfient tout autant que leurs modalités d'attribution se modifient.

15. Voir L. Mucchielli, *op. cit.* ; voir aussi sur ce point D. (David) Kennedy, « A rotation in Contemporary Legal Scholarship », *German Law Journal*, 2011, 12, n° 1, p. 344-345.

16. C'est ce que démontre très bien la contribution de G. Richard, *op. cit.*

17. Voir J.-P. Chazal, *op. cit.*

18. Voir G. Richard.

19. P. Gabel, D. Kennedy, « Roll Over, Beethoven », *Stanford Law Review*, 1984, n° 36, p. 3.

Des disciplines à la discipline juridique

Sébastien PIMONT

Professeur à l'École de droit de Sciences Po

Que dire des six textes qui précèdent¹ ? Projetant les préjugés de ma discipline sur eux, me vient d'abord à l'esprit qu'ils pourraient fournir la matière première d'une introduction. Les mots et les idées qu'ils contiennent conviendraient assez bien à la composition d'un texte préparant l'étude des questions posées par la ou les disciplines juridiques. Avec une telle matière première, ce texte aurait toutes les chances de respecter les canons qui gouvernent la rédaction des introductions juridiques : l'histoire de l'enseignement (l'objet des textes de N. Hakim et de J.-L. Halperin) et le droit comparé ou des références aux expériences étrangères (sollicités par les textes de D. Jutras et de R. Sefton-Green ou encore celui de J.-L. Halperin) mais aussi l'utilisation d'une science auxiliaire (la sociologie s'agissant du texte de J.-L. Fabiani), concourraient la définition, la théorisation (sur le modèle du texte de J. Chevalier) et à la recherche d'une problématique portant sur les disciplines juridiques.

Mais rédiger une telle introduction n'est pas mon projet. Je voudrais plus modestement dire ce que la lecture de ces six textes indique sur la ou les disciplines juridiques. Comment ils informent sur cette idée ; c'est-à-dire, à proprement parler, comment ils lui donnent forme. Au surplomb de ces textes, en essayant de tous les embrasser, une première difficulté affleure. C'est un problème de définition. « Les disciplines juridiques », « la discipline juridique », « la discipline en droit », un « modèle disciplinaire » qui serait « en crise »... Parle-t-on toujours de la même chose lorsqu'on parle de discipline ? Peut-être pas (R. Sefton-Green). Il faut dire que le sens du mot « discipline » trouble. Au *grand Robert*, « discipline (...) se dit des diverses branches de la connaissance ». Il s'agit aussi d'une « instruction », d'une « direction morale », d'une « influence » – ce qui est le premier sens

1. Ce texte réagit aux contributions de J.-L. Fabiani, J. Chevallier, R. Sefton-Green, D. Jutras, N. Hakim et J.-L. Halpérin.

au *Littré*. C'est encore le « châtiment qu'impose le maintien de la règle » ou la « règle de conduite commune aux membres d'un corps, d'une collectivité et destinée à y faire régner le bon ordre, la régularité ». Bref, la « discipline » est liée à l'épistémologie, à l'histoire, à la sociologie ou à la philosophie des connaissances. C'est aussi une notion policière, entretenant une relation intime avec la normativité : à l'extrême une technique qui pour soumettre des « corps dociles » cherche les « moyens d'un bon dressement »².

A priori, la plupart des textes ci-dessous traitent de l'enseignement et de la connaissance du droit plutôt que de la police des corps et des comportements ou du dressage des consciences et du discours. Notons, puisque, par métier, nous nous situons à l'intérieur des frontières de la discipline juridique, qu'une telle approche pourrait être jugée positiviste, étroitement positiviste. Le décret du 6 juin 1984 et le code de l'éducation organisent en effet le recrutement des maîtres de conférence et des professeurs des universités par « disciplines » ; le premier texte parle plus précisément d'un concours d'agrégation dans « chacune des disciplines juridiques » ; ces textes font ainsi des « disciplines » un « concept du droit » (J.-L. Halperin). Les raisons d'étudier ces dernières ne résident toutefois pas simplement en cela : l'argument positiviste n'est pas déterminant ; l'analyse proposée par les textes qui suivent n'est pas doctrinale. Un phénomène disciplinaire existe. Dans les textes commentés, c'est ce phénomène qui est objet d'étude. Il s'agit de « l'ensemble des relations entre des objets et des personnes qui font la spécificité d'un domaine du savoir ou d'un programme de recherche » (J.-L. Fabiani). Ou encore « un domaine de la connaissance présentant certains caractères communs et spécifiques, dont l'étude exige la possession d'un savoir spécialisé » (J. Chevalier). Regarder le droit par le prisme du phénomène disciplinaire, c'est aussi définir l'activité des juristes comme « le résultat d'un processus de division du travail » que l'histoire explique ; une sorte de « partage du territoire » savant qui n'a rien de naturel ; « un artefact qui est bâti sur une bonne part d'arbitraire culturel » (J.-L. Fabiani). Le « modèle d'organisation disciplinaire » actuel est lié à la « domination sans partage » des universités « dans l'ordre de la production du savoir » et à sa propre « cartographie des connaissances » ; il s'explique encore par l'existence de stratégies collectives de domination, des luttes, des guerres mêmes, des traités de paix, des annexions – à qui appartient par exemple la connaissance du procès ? Aux juristes ? Aux sociologues ? Quoi qu'il en soit, pour ces raisons, il faut se garder de confondre savoir et discipline, la seconde n'étant qu'une séparation

2. M. Foucault, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, Tel, 1975, p. 159 et s.

des objets et des tâches acquises au terme d'une évolution contingente et relative, variant d'une tradition à l'autre (D. Jutras), pouvant même exister sous des formes totalement différentes dans certains systèmes (R. Sefton-Green). Une évolution qui dans certains cas peut déboucher sur une véritable « institutionnalisation » : création de filières universitaires, de postes, de manuels d'enseignement, de revues spécialisées...

Par suite, quelle que soit la contingence d'une telle évolution, la plupart des textes prêtent à la discipline une fonction d'organisation du savoir, ainsi la distinction entre droit public et droit privé. Ce qui, lorsque la masse des données à connaître et à comprendre croît, présente des avantages pratiques, celle de la division du travail savant ; et qui permet, surtout, de « conforter l'image de rationalité du droit » (J. Chevallier) en corrigeant le pullulement chaotique du droit positif contemporain. Continuant la lecture de ces textes, chemin faisant, comme dans une sorte de jardin à la française, on découvre ainsi des « branches », fractions de discipline ; des « matières », parties de branches, toujours plus nombreuses, des jeunes pousses. À ce propos, on hésite sur le point de savoir s'il existe des nouvelles disciplines juridiques. On distingue les champs scientifiques. On recherche des matrices disciplinaires. La question n'est pas nouvelle. Ainsi, dans un tel rôle, le droit civil moderne, c'est-à-dire français, l'emportera sur le droit romain après la loi du 30 *ventôse* an XII ; ce qui ne veut d'ailleurs pas dire que le droit romain ne conserve pas son importance (N. Hakim).

Souvent, alors, sur ces textes, plane l'ombre de la dogmatique, comme *la* discipline propre aux juristes. L'existence d'une telle discipline, proprement juridique, laisse deviner, tout à la fois, des frontières intérieures, plus ou moins poreuses ; mais aussi, l'existence de points de vue différents : plus scientifiques, plus historiques ; et des allers-retours entre dogmatique et sciences juridiques, un régime de licences disciplinaires. Avec la dogmatique apparaît finalement une figure rassurante pour le juriste qui, tout en faisant le constat de la fragmentation, plus importante chaque jour, des disciplines juridiques, peut se consoler en mesurant qu'existe toujours une irréductible discipline du droit : irréductible par son objet (le signe du droit c'est la loi), par ses méthodes (un juriste n'est pas un sociologue) et son programme (interprétation et systématisation du droit). C'est-à-dire une « unité du droit » (J.-L. Halperin).

En avançant d'un pas, on comprend aussi que la ou les disciplines juridiques sont un « système d'exclusion », celle du vrai, du valide par rapport au faux, à ce qui ne se dit pas ou alors à ce qui ne se dit pas comme cela ou qui se dit ailleurs. Elles sont le « support institutionnel » d'une

« volonté de vérité »³. Grâce à elles, les juristes ont la « faculté de penser comme un juriste » (R. Sefton-Green); ils produisent des énoncés juridiques et concourent à la production des énoncés de droit d'une façon rassurante – comprendre: prévisible, discipliné en somme. Ainsi participent-ils à l'érection de l'ordre juridique. Pour être plus précis, l'ordre juridique a besoin, afin d'exister, de la discipline des juristes dans l'exercice de leur art. Ceux-ci, au moment d'appliquer le droit, ne sauraient en effet prendre des libres décisions – c'est-à-dire, à proprement parler, des décisions. À l'opposé et en exagérant, l'ordre juridique, comme la somme ordonnée des décisions juridiques connues et prévisibles, a besoin de disposer, pour exister, d'homme-machines ou d'automates. Il est, pour emprunter encore quelques formules foucaaldiennes, le fruit de « la loi et la manœuvre » : il est la loi, c'est-à-dire un énoncé à interpréter et la « manœuvre » : l'application d'une discipline permettant d'interpréter la loi et d'en formuler le sens. Il repose donc finalement sur un « bon dressement » des futurs interprètes – ce qu'est aussi la discipline. L'enseignement du droit, qu'évoquent certains des textes, participe ainsi d'un « pouvoir disciplinaire » qui a pour objet de dresser. Comme y participe aussi « la persistance de voies spécifiques de recrutement des professeurs de droit » – l'agrégation semblant être un bon exemple (J. Chevallier, D. Jutras). Ainsi comprise, en tant que « normalisation disciplinaire » (J. Chevallier), « la discipline “fabrique” des individus; elle est la technique spécifique d'un pouvoir qui se donne les individus à la fois pour objet et pour instrument de son exercice »⁴.

Ayant ceci à l'esprit, la lecture des textes appelle une autre compréhension. D'une façon plus souterraine une autre pièce s'y joue. Il s'agit d'un drame. Où l'on devine, derrière les considérations savantes, épistémologisantes si l'on veut, la contestation sans fin d'une discipline: celle du droit romain, du droit civil et finalement celle de la méthode juridique majoritaire: la dogmatique – ce qu'est la discipline juridique. C'est-à-dire celle d'une police discursive⁵ qui se trouve réactivée lors de la production de chaque énoncé juridique. Une telle crise est alors aussi, pour être très exact, celle d'un régime disciplinaire, celle de la discipline qui contraint la production du discours juridique.

On se prend finalement à rêver de l'existence d'une sorte de loi disciplinaire. Il pourrait s'agir d'une sorte de loi existentielle. La discipline, lorsqu'elle finit par produire des disciples serviles, lorsqu'elle fonctionne

3. M. Foucault, *L'ordre du discours*, Paris, Gallimard, NRF, 1971, p. 19 et s.

4. M. Foucault, *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, Tel, 1975, p. 199 et p. 200

5. M. Foucault, *L'ordre du discours*, préc., p. 37

parfaitement donc, n'appelle que la révolte de ceux qui l'appliquent: la révolte des ouvriers du droit, celle des automates, des machines. La chose n'est pas nouvelle. Je crois qu'en un sens Max Weber l'évoquait déjà dans sa sociologie du droit. Elle pourrait aujourd'hui se trouver renforcée par les politiques publiques de recherches (D. Jutras) qui favorisent des travaux « trans » ou même « post » disciplinaires en voulant répondre à une demande sociale (J.-L. Fabiani). Concrètement, une telle révolte, une telle évolution, porte sur tout ou partie de la structure disciplinaire (objet, méthode, programme). Elle s'exerce, en affrontant le conservatisme de certains acteurs, dont les universitaires eux-mêmes (D. Jutras), au nom d'une conception renouvelée du savoir, en déplaçant la ligne de partage entre le vrai et le faux. Lorsqu'elle prend pour objet la dogmatique (la discipline juridique), une telle révolte est ainsi, tout à la fois, une très bonne chose: autorisant les juristes, à la recherche de la vérité (qui impose un retour au texte, une recherche du juste ou une observation des faits), à s'ériger contre la rationalisation de leur propre savoir, elle leur permet de combattre la fureur du pouvoir – une fureur que la rationalisation du droit rend étrangement possible⁶. C'est aussi une malédiction: même s'il s'agit d'un mince rempart, la dogmatique fait toujours limite au fait du Prince; une limite temporaire et fragile, mais une limite tout de même. C'est une grammaire de la liberté, une littérature ayant une portée normative, une épaisseur de mots, ample et profonde, qui, formalisant sans répéter le droit, se place entre l'individu et la violence de l'État, protégeant le premier, limitant le pouvoir du second.

6. M. Foucault, *Qu'est-ce que la critique?* suivi de *La culture de soi*, Paris, Vrin, Philosophie du temps présent, 2015, p. 46.

DEUXIÈME PARTIE
ORDRES ET DÉSORDRES
DISCIPLINAIRES

Le droit civil, modèle disciplinaire ?¹

Pascal ANCEL

*Professeur émérite de l'Université Jean Monnet (Saint-Étienne),
Senior professor à l'Université du Luxembourg*

En conviant les participants à s'interroger sur la notion de « discipline juridique », les organisateurs de ce colloque ont, très probablement, présumé qu'il existait une différence entre cette notion, et celle, plus familière aux juristes, et présente dans tous les cours et manuels d'introduction au droit, de « branche du droit ». On peut en effet – on doit, scientifiquement – distinguer les deux notions, souvent confondues. La différence est parfaitement mise en lumière par Antoine Jeammaud². Remarquant que les termes « branche » et « discipline », sont employés indifféremment par la majorité des juristes universitaires français, l'auteur juge que « cette indifférence, elle-même source de grande confusion, est souvent liée au défaut de distinction du droit-phénomène social normatif et de sa connaissance ou sa pratique ». Il lui semble « opportun d'assigner des significations différentes aux deux termes en distinguant la branche, segment d'un ordre juridique déterminé (du droit de la République française, par exemple), et la discipline, activité ou ensemble des activités de connaissance des problèmes juridiques d'un secteur des relations sociales et des solutions que prétendent leur procurer les règles juridiques en vigueur (qui peuvent appartenir à des branches différentes de l'ordre juridique concerné) ».

Si elle est parfaitement rationnelle, et si je m'y range sans réserve, la distinction – que l'auteur applique principalement au droit du travail – est souvent très difficile à mettre en œuvre, et on le voit tout particulièrement à propos du droit civil. « Pilier principal du droit privé »³, « cœur du droit privé »⁴ « socle commun sur lequel s'élève presque tout l'édifice juridique

1. La version écrite de cette contribution au colloque dont cet ouvrage est tiré date d'octobre 2015. Ni les informations contenues au texte, ni les références n'ont été actualisées.

2. A. Jeammaud, « La part de la recherche dans l'enseignement du droit », in *Jurisprudence revue critique* n° 1, note 21.

3. J.-L. Aubert, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 8^e éd. Armand Colin, 2000, p. 236.

4. F. Petit, *Introduction générale au droit*, Sup Foucher, 2010, p. 66.

français »⁵ « élément moteur »⁶ qui « domine tout le droit privé »⁷ « de toutes les branches du droit la plus essentielle »⁸... ce petit florilège tiré de quelques ouvrages d'introduction au droit témoigne de la place prépondérante que leurs auteurs – eux-mêmes, il est vrai, le plus souvent civilistes – prêtent au droit civil dans le système juridique français. Il est clair que ces auteurs ne font pas habituellement la différence, dans l'affirmation de cette prépondérance, entre le droit civil comme branche – ensemble des règles applicables en principe aux rapports entre personnes privées – et le droit civil comme discipline – activité savante consistant à faire l'étude de ces règles et à les enseigner. Cependant, on peut penser que, dans ce cas au moins, les deux choses sont étroitement liées. D'une part, il n'est sans doute pas de partie du droit où l'activité savante, étalée sur plusieurs siècles, a autant contribué à la construction des règles composant la branche. D'autre part, c'est parce que le droit civil (en tant que branche) a (ou du moins avait à l'origine) un vaste domaine d'application, et constitue le droit commun des rapports juridiques privés, parce qu'il est, dit-on précisément, « non pas une branche, mais le tronc du droit privé »⁹, c'est parce qu'il « innerve toutes les autres branches du droit, au moins du droit privé »¹⁰, que son étude semble devoir être considérée comme « discipline dominante du droit français »¹¹, que, selon Christian Atias, « il ne peut guère être considéré comme une spécialité »¹² qui pourrait être mise sur le même plan que les autres. C'est la centralité de la branche, son importance au sein du système juridique, qui semble justifier qu'on considère comme également centrale, comme constituant un modèle, la discipline qui se donne pour objet l'étude de cette branche et son enseignement.

Cette conception est profondément enracinée dans l'histoire, et elle n'est sans doute pas propre à la France – même si cela mériterait d'être vérifié par des études approfondies. Présentant la « civil law tradition », un juriste américain, John Henry Merryman, souligne que le droit civil – c'est-à-dire la partie du Corpus Juris civilis traitant du droit civil romain – est la branche du droit « qui a fait l'objet des études les plus intensives et qui est devenue la base des systèmes juridiques du monde de “civil law” »¹³. C'est donc

5. C. Atias, *Le droit civil*, Que sais-je ? PUF, 6^e éd., 2001, p. 24.

6. D. Mainguy, *Introduction générale au droit*, 3^e éd., n° 23.

7. R. Cabrillac, *Introduction générale au droit*, p. 61, n° 62 citant C. Atias, *Le droit civil*, précité.

8. Brethe de la Gressaye et Laborde-Lacoste, *Introduction générale à l'étude du droit*, p. 121.

9. P. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 7^e éd., 1995, n° 70.

10. C. Atias, *Devenir juriste, Le sens du droit*, LexisNexis, 2^e éd., 2014, n° 57.

11. J.-L. Aubert, *op. cit.*

12. C. Atias, *Devenir juriste*, *op. cit.*

13. J.-H. Merryman (the civil law tradition), *An introduction to the Legal systems of Western Europe and Latin America*, 2nd ed. Stanford University Press, 1985, p. 8.

cette branche qui a servi de support principal, au cours des siècles, à la formation de la pensée juridique, qui en a constitué la « matrice »¹⁴ avec les moments particulièrement forts que représentent, d'abord, au Moyen Âge, la redécouverte du droit romain, ensuite, au XIX^e siècle, en France et en Allemagne, le développement d'une science juridique toute entière fondée sur le Code civil de ce côté-ci du Rhin et, de l'autre côté, avec l'école pandectiste, sur le droit civil romain. Et c'est précisément cette centralité du droit civil – à la fois comme branche et comme discipline – qui pour l'auteur, au moins autant que la référence formelle à la source première du *Corpus Juris civilis*, justifie que les *common lawyers* désignent la tradition juridique d'Europe continentale sous le nom de « civil law » et les juristes qui l'étudient, l'enseignent ou l'appliquent comme des *civil lawyers*, alors même que leur activité n'a pas nécessairement pour objet le « droit civil » au sens où nous l'entendons ici. Citons encore Merryman pour qui « La ferme croyance que ces matières (de droit civil romain), sont *un corps de règles liées* qui constituent le contenu fondamental du système juridique est une des principales marques distinctives de ce que les *common lawyers* appellent le système de droit civil »¹⁵.

Cette suprématie du droit civil semble à première vue très menacée, voire dépassée, si on considère le mouvement constant de complexification des systèmes juridiques, la multiplication des sources et l'apparition continuelle de multiples branches spécialisées ayant donné naissance à de nouvelles disciplines en perpétuelle expansion. Déjà, au début du XX^e siècle, la fondation de la *Revue trimestrielle de droit civil* se donnait pour premier objectif de redonner vigueur à l'étude du droit civil dont l'hégémonie paraissait considérablement remise en cause, notamment en raison de la montée en puissance d'une forte doctrine en droit administratif¹⁶. Et, dans la période récente, Alain Sériaux souligne que l'histoire du droit civil « apparaît comme celle d'un appauvrissement continu », qui conduit à un « étiolement »¹⁷. Cependant, le même auteur estime, que « même ainsi circonscrit, le droit civil a, au moins dans notre pays, de beaux jours devant lui » en raison notamment du prestige « scientifique et moral » de son Code¹⁸. Et beaucoup de civilistes continuent de croire que, même s'il « n'a plus la même importance quantitative qu'autrefois ... il conserve cependant

14. Merryman, *op. cit.*, p. 68.

15. *Op. cit.* p. 68 « The firm belief that these subjects (of Roman civil law), which seems quite disparate to a common lawyer, constitute a coherent body of interrelated legal principles and institutions, is in itself one of the distinguishing features of the civil law tradition ». C'est moi qui souligne.

16. Ch. Jamin, « Les intentions des fondateurs », in *Un siècle de revue trimestrielle de droit civil*, *RTD civ.* 2002, p. 646 et s.

17. V^o Droit civil, *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2003, p. 435 et s.

18. A. Sériaux, *op. cit.* p. 438

un rôle primordial... dès lors que c'est du droit civil que sont issues la quasi-totalité des notions et des techniques juridiques»¹⁹. Autrement dit, le recul, l'appauvrissement, la restriction du domaine d'application de la « branche » du « droit civil » ne remettrait pas en cause la suprématie de la « discipline » des « civilistes ».

De très nombreuses études ont déjà été consacrées aux rapports que le droit civil, en tant que droit commun, entretient avec les autres branches du droit, et à l'importance qu'il conserve au sein de ces différentes branches. Comme l'a fort bien montré Benoît Plessix dans sa thèse consacrée à « L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif »²⁰, ces études peuvent poursuivre deux objets, souvent confondus, mais en réalité très différents. Il peut être question, d'abord, de se demander quelle place les règles et notions du droit civil continuent de jouer dans les interstices des règles relevant de ces autres branches, lorsque celles-ci ne prévoient pas, sur tel ou tel point, de solution spécifique, ou, lorsqu'elles en prévoient, à côté et en concurrence de ces solutions spécifiques : ainsi, lorsqu'on se demande si les règles spécifiques de protection du consentement dans les contrats de consommation laissent encore une place au droit commun des vices du consentement, ou lorsque, naguère, en droit du travail, on s'interrogeait sur la possibilité de faire jouer la résolution pour inexécution de l'article 1184 du Code civil à côté du licenciement. Mais il s'agit aussi parfois de s'interroger sur la part que les règles du droit civil ont eu ou continuent d'avoir dans la construction des règles spéciales composant les différentes branches, et/ou sur l'influence que ces règles peuvent avoir en retour sur l'évolution des concepts du droit commun : ainsi lorsqu'on se demande dans quelle mesure le contrat administratif est ou non spécifique par rapport au contrat de droit privé, ou si, à l'inverse, le régime spécifique du contrat de travail ou du contrat de consommation n'a pas influencé la théorie générale du contrat. Mon propos ne sera pas ici de revenir sur ces différentes questions : outre que les recherches de ce type, qui ne peuvent se faire que dans le cadre de l'étude des différentes matières spécialisées, dépasseraient très largement le cadre d'une courte communication, elles se situent clairement sur le terrain des rapports entre branches du droit, et non sur celui des disciplines qui nous occupe ici. Plutôt que de revenir sur ces problématiques, je voudrais donc tenter ici de cerner, non pas la place que continuent d'occuper les règles ou les concepts du droit civil dans le système juridique, mais ce que représentent encore, dans le champ académique français (dans les facultés de droit, dans la littérature

19. D. Mainguy, *Introduction générale au droit*, 6^e éd., LexisNexis, 2013.

20. B. Plessix, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, éd. Panthéon-Assas, LGDJ, 2013.

juridique), les activités savantes d'enseignement et de recherche prenant pour objet ces règles et ces concepts.

Cette démarche, qui ne peut ici qu'être esquissée, doit à mon avis être menée dans une double direction. D'une part, il convient de se demander, en se plaçant en quelque sorte à l'extérieur du droit civil, quelle place cette discipline occupe encore par rapport aux autres disciplines, tant dans l'enseignement que dans la recherche. Mais d'autre part, il convient de voir, si, à l'intérieur, cette discipline a conservé une unité, une cohérence suffisante pour prétendre encore servir de modèle. Or si, sur le premier point, la place du droit civil comme discipline académique semble encore importante (I), le maintien de son unité paraît beaucoup plus problématique (II).

I – LA PLACE DU MODÈLE

C'est sur le double plan de l'enseignement et de la recherche – les deux aspects étroitement liés de l'activité savante des civilistes – qu'il faut essayer de mesurer la place que le droit civil conserve au sein des disciplines juridiques en France. Incontestablement, cette place demeure essentielle sur le premier terrain, celui de l'enseignement (A). Mais cela ne garantit pas que les activités doctrinales qui s'y rattachent conservent dans le champ académique une aussi grande influence que les civilistes aimeraient le croire (B).

A. La place du droit civil dans l'enseignement du droit

« Nul ne peut se dire juriste en France, écrit Christian Atias dans son "Que sais-je" consacré au droit civil, s'il n'a été suffisamment nourri de droit civil. Comment parler de propriété, de contrat ou de servitude, que ce soit en droit administratif, en droit pénal ou en droit international, sans se référer au droit civil ? La formation au raisonnement juridique – qui est la seule formation juridique digne de ce nom – s'acquiert spécialement dans l'étude du droit civil »²¹. Cette conception se traduit encore, dans une certaine mesure, dans les programmes d'étude du droit en France. Évidemment, on est sur ce terrain très loin du XIX^e siècle, où les cours portant sur le Code civil français occupaient, à côté du droit romain, la plus grande partie des programmes : quantitativement, aujourd'hui, les cours de droit civil ne représentent plus, si on considère les trois premières années d'études largement communes à tous les étudiants, qu'environ 1/4 et 1/5 des heures d'enseignement, noyées au milieu d'une multitude d'autres

21. C. Atias, *Le droit civil*, Que sais-je ? PUF, 2001, p. 29.

matières²². Cependant, c'est encore beaucoup, si on compare à d'autres matières pourtant aussi généralistes, comme le droit pénal ou même le droit administratif. Le droit civil est quasiment la seule matière à être enseignée sur l'ensemble du premier cycle d'études, et il fait partout l'objet de cours obligatoires, assortis de travaux dirigés eux-mêmes souvent obligatoires (au moins dans les deux premières années), ce qui la valorise aux yeux des étudiants²³. Il faut surtout souligner que, dans la plupart des facultés de droit, les civilistes (ou au moins les privatistes) « tiennent » le cours d'introduction au droit, lequel continue d'être conçu dans une optique civiliste, du moins si on en juge par l'examen des manuels qui servent de support à ces enseignements. Sans doute, comme j'ai eu l'occasion de le montrer dans une précédente contribution²⁴, ces manuels n'ont plus aujourd'hui le même contenu que l'ouvrage fondateur d'Henri Capitant²⁵, et la place des « notions générales du droit civil » y a fortement diminué au profit de la théorie des sources. Cependant, même lorsqu'ils se présentent comme des ouvrages généraux d'introduction « au droit », ou « à l'étude du droit », ils continuent, dans leur grande majorité, à être écrits par des civilistes, qui nourrissent constamment leurs développements d'exemples et de concepts tirés du Code civil, qui ramènent habituellement leurs développements historiques à une étude de l'histoire du droit civil articulée autour du Code de 1804, qui, dans leurs développements sur l'organisation juridictionnelle, accordent beaucoup plus de place aux juridictions de l'ordre judiciaire qu'aux juridictions administratives, et qui marginalisent souvent dans leur présentation des sources la place des règles européennes. Conception assumée et parfaitement résumée par ce passage de Jean Carbonnier, ouvrant son propre manuel d'introduction, lui-même premier volume d'une série de manuels de droit civil : « Il est d'usage qu'une introduction à l'étude particulière du droit civil puisse valoir, de surcroît, comme introduction à l'étude

22. Quelques exemples : à Dijon sur les 1 494 heures des 3 années de licence, 319 heures de droit civil (cours et TD ajoutés) dont 289 obligatoires (par comparaison : 60 heures de droit pénal sans TD, 192 heures de droit administratif dont seulement 132 obligatoires) ; à Strasbourg : 323 heures de droit civil dont 168 heures obligatoires (cours et TD) contre 78 heures de droit pénal ; à Paris I Licence en droit générale : 37 ECTS sur les 180, soit 20 % (contre 8 ECTS pour le droit pénal et 23 ECTS pour le droit administratif). À Luxembourg, avant la réforme récente du bachelor, le droit civil donnait lieu à 8 cours, tous obligatoires.

23. Il est clair cependant que cette valorisation, dans le système de Bologne où toutes les matières sont mises sur le même plan, est bien moindre qu'à l'époque où, quasiment chaque année, le droit civil était traité comme une matière d'admissibilité.

24. P. Ancel, « Les manuels d'introduction au droit de Capitant à aujourd'hui », in A.-S. Chambost, *Histoire des manuels de droit : une histoire de la littérature juridique comme forme du discours universitaire : actes du colloque organisé les 28 et 29 mars 2013*, Contextes : culture du droit, LGDJ, 2014.

25. H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil, Notions générales*, Paris, A. Pedone, 1898.

générale du droit. C'est que le droit civil a dans sa vocation traditionnelle d'offrir des *modèles aux autres disciplines juridiques*. Non pas nécessairement qu'il ait le domaine d'application le plus considérable : s'il l'avait il y a un siècle, il ne l'a sans doute plus aujourd'hui... mais, ce qui reste vrai, c'est *qu'il présente le plus haut degré d'achèvement, et, si l'on veut, de perfection* »²⁶. Dans cette formule, qui aurait pu être mise en exergue de la présente contribution, on retrouve ici toujours la même idée, selon laquelle le droit civil a perdu son rôle premier comme branche, en raison de la restriction de son domaine d'application, mais qu'il l'aurait conservé comme discipline, comme modèle pour les autres disciplines juridiques – même si on ne sait pas bien si, pour l'auteur, le « haut degré d'achèvement et ... de perfection » qui caractériserait la matière s'applique aux règles qui la composent ou, plus vraisemblablement, à la « science » qui s'est donnée pour objet l'étude de ces règles et qui, au fil du temps, a contribué à les construire et à les reconfigurer.

Assez naturellement, quelle en soit la cause ou l'effet, cette place revendiquée du droit civil dans l'enseignement dispensé dans les facultés de droit, se reflète dans celle qu'on continue de lui accorder dans la formation et le recrutement des enseignants-chercheurs en droit. On se contentera d'évoquer ici le rôle que joue le droit civil dans l'organisation du concours d'agrégation. Certes, depuis le sectionnement du concours réalisé par l'arrêté du 23 juillet 1896, le droit civil a disparu des concours de droit public²⁷ – et c'est évidemment en soi une évolution considérable – mais il a (pas tout de suite d'ailleurs) pris la première place dans le concours de droit privé et sciences criminelles, et, au-delà des modifications successives, on peut considérer qu'il l'a conservée. On sait en effet que, dans la formule actuelle, inchangée depuis 1986, le droit civil est représenté, après la leçon sur travaux, à toutes les étapes du concours : au stade de la leçon en loge pour l'admissibilité qui, même si elle n'est plus étiquetée « droit civil » porte sur les preuves, les obligations et les sources ; puis au stade des leçons d'admission, où le droit civil est présent, implicitement dans la leçon de 24 heures consacrée aux « théories générales du droit privé et des sciences criminelles » (théories générales que les civilistes se donnent pour vocation de fournir), et explicitement dans une des leçons de spécialité (le droit civil pouvant être choisi à ce titre). Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que les civilistes – du moins les candidats

26. J. Carbonnier, *Droit civil*, Thémis, t. 1, Introduction n° 1.

27. Avant le sectionnement, le droit civil faisait naturellement l'objet d'une épreuve obligatoire pour tous les candidats, mais il était (au moins dans la première formule) placé sur le même plan que le droit criminel et la part du lion était plutôt donnée au droit romain, qui faisait l'objet de la composition écrite en latin au titre des épreuves préparatoires. Sur le sectionnement de l'agrégation V. les documents rassemblés dans les *Annales de l'histoire des facultés de droit*, 1984, p. 97 et s.

qui ont fait une thèse de droit civil – se taillent la part du lion dans les résultats au concours. Je ne peux que renvoyer ici aux statistiques élaborées par Muriel Fabre-Magnan sur la période 1983-2003 : le nombre des civilistes agrégés s'établit autour de 40 % des candidats, tandis que les candidats ayant fait une thèse de droit pénal ou de droit du travail ne représentent qu'une proportion infime (2 % pour les premiers dans la période 1993-2003, 4,5 % pour les seconds sur la même période)²⁸. Le phénomène semble du reste toujours aussi marqué : ainsi, au concours 2010-2011 (le dernier dont j'ai pu analyser les résultats), sur 36 admis, 23 avaient fait une thèse de droit civil, contre seulement 2 pénalistes, 3 commercialistes et 2 travaillistes ! Ces chiffres, qui en disent long sur la domination de la discipline, doivent cependant être nuancés à deux égards. D'une part, cette prépondérance est sans doute beaucoup moins grande pour le recrutement des maîtres de conférences (même si, traditionnellement, les civilistes dominent souvent la composition du CNU de droit privé²⁹). D'autre part il faut immédiatement observer – sauf à y revenir par la suite – que ce ne sont pas toutes les parties du droit civil qui sont représentées, tant dans les programmes du concours que dans les résultats. C'est, clairement, le droit des obligations qui se taille la part du lion dans ce contexte. Il n'en reste pas moins qu'on a *a priori* plus de chances d'être recruté comme professeur de droit privé si on a fait une thèse de droit civil que si on s'est d'emblée spécialisé en droit du travail ou en droit des entreprises en difficulté. Et cela, en soi, garantit, d'une manière assez artificielle, le maintien d'une place importante du droit civil dans les activités scientifiques – ou si on préfère, doctrinales – des juristes français, du moins des privatistes.

B. La place du droit civil dans les activités doctrinales

En liaison évidente avec les phénomènes précédemment relevés, le droit civil demeure une matière privilégiée pour les jeunes juristes qui ont des ambitions universitaires. On peut ainsi expliquer qu'il se soutient toujours chaque année un nombre impressionnant de thèses de droit civil (ou du moins, là encore portant sur certaines parties du droit civil) – même s'il est

28. M. Fabre-Magnan, « Radiographie de l'agrégation, Les résultats du concours d'agrégation externe de droit privé et sciences criminelles depuis 1968 », in *Mélanges Malaurie*, 2003, p. 215 et s.

29. Ce qui peut être regardé comme un effet de la domination du droit civil en droit privé : les civilistes, plus connus de l'ensemble des collègues que les spécialistes de telle ou telle branche spécialisée (puisque tout le monde est censé lire des écrits de droit civil) figurent toujours en bonne place sur les listes de candidats. L'auteur de ces lignes, au temps où il était membre du CNU, a connu une section où figuraient 4 ou 5 membres élus spécialistes de droit des obligations – dont lui-même – et aucun pénaliste ni aucun spécialiste du droit de la propriété intellectuelle.

évidemment difficile d'en mesurer la part exacte par rapport à l'ensemble des thèses soutenues³⁰. Beaucoup de jeunes docteurs qui ont fait une thèse dans un autre domaine du droit privé demeurent par ailleurs persuadés, à tort ou à raison, que, pour accroître leurs chances d'accès à la carrière universitaire, il est bon d'écrire un « grand » article de droit civil, de préférence en droit des obligations, et si possible de le faire publier à la toujours prestigieuse *Revue trimestrielle de droit civil*. Toujours en liaison avec les besoins de l'enseignement et les aspirations de carrière, on peut remarquer que les manuels de droit civil occupent aujourd'hui encore une place majeure sur le marché éditorial, tandis que les revues couvrant le champ ou une partie du champ se sont multipliées³¹, à la fois pour répondre à une spécialisation croissante de la matière³² et pour ouvrir de nouveaux supports doctrinaux aux auteurs civilistes, qui semblent de plus en plus nombreux. Ce qu'on peut dire au moins avec certitude est que la restriction réelle ou supposée du champ d'application des règles qui composent la branche « droit civil » n'a pas entraîné un appauvrissement quantitatif des productions doctrinales des civilistes.

Il est évidemment plus difficile de dire quelle place le droit civil conserve dans l'activité doctrinale des non-civilistes, des spécialistes des autres disciplines, et en quoi cette discipline-mère continue de leur servir de modèle. C'est sans doute à eux que la question devrait être posée. On peut cependant trouver un élément de réponse dans l'abondance des écrits qui visent à s'interroger sur les rapports de telle ou telle branche spécialisée avec le droit civil, sur leurs influences réciproques, sur l'autonomie de la branche spécialisée par rapport au droit commun. Même si, comme je l'ai dit, mon propos n'est pas de traiter de ce type de question, ces études sont en elles-mêmes révélatrices d'une certaine persistance, dans la pensée juridique française, de l'idée que le droit civil constitue une sorte de point d'ancrage du système. La référence au droit civil demeure, pour la plupart des disciplines juridiques, même celles qui ont acquis depuis longtemps leur autonomie, une sorte de

30. À titre indicatif, et à la suite d'un comptage rapide, on relèvera que, sur la période 2005-2015, les thèses de droit civil (ou portant sur un sujet se rattachant au droit civil) représentent plus de la moitié des thèses publiées dans la Bibliothèque de droit privé (62 sur 113). Ce chiffre doit cependant être manié avec prudence, car il faut tenir compte de l'existence de collections spécialisées dans d'autres branches (droit des affaires, droit international privé, droit du travail...).

31. J'en ai compté 10 à côté de l'ancêtre prestigieux, la *Revue trimestrielle de droit civil* (Dalloz) : *L'Actualité juridique Famille*; *Contrats Concurrence Consommation* (LexisNexis); *Droit et patrimoine* (Lamy); *Droit de la famille* (LexisNexis); *Revue Loyers et copropriété* (LexisNexis); *Revue Responsabilité civile et assurances* (LexisNexis); *Revue des contrats* (Lextenso); *Revue de droit immobilier* (Dalloz); *Revue des loyers* (Lamy); *Revue juridique personnes et famille* (Lamy); *Revue Lamy droit civil* – sans compter bien sûr les grandes revues généralistes dont le contenu reste toujours assez largement dominé par le droit civil (comptage effectué en janvier 2015).

32. Sur laquelle V. *infra*.

passage obligé – comme s’il était, encore et toujours, nécessaire de se situer par rapport à l’ancêtre, plus ou moins lointain, même si c’est pour montrer qu’on n’a plus rien de commun avec lui, ou pour répudier ce qu’on pourrait encore lui devoir. Cette permanence du lien dans le discours doctrinal est évidemment particulièrement sensible en droit privé, où elle est entretenue par le fait, déjà signalé, que de nombreux auteurs spécialisés ont commencé leur carrière par une thèse en droit civil³³, et que certains continuent ensuite de cultiver la discipline-mère (en faisant des cours, en produisant des écrits, en dirigeant des thèses) à côté de leur spécialité : le phénomène s’observe tout particulièrement en droit du travail, en droit commercial, en procédure, en droit de la consommation... Mais la référence au droit civil s’observe même dans les disciplines de droit public. En témoigne ainsi, en droit administratif, le très grand nombre d’études visant à décrypter, sur différents plans, l’application que la jurisprudence administrative fait des notions du droit civil, ou l’utilisation qu’elle en fait dans la construction de ses propres concepts³⁴. Il n’est pas jusqu’aux constitutionnalistes, dont la discipline s’est à première vue développée sur des terrains très étrangers aux concepts civilistes, qui ne se soient, dans la période récente, intéressés aux rapports entre les deux branches, même si c’est plutôt pour montrer la constitutionnalisation du droit privé que la « civilisation » du droit constitutionnel³⁵.

Tous ces éléments, cependant, ne permettent peut-être pas de dire que le droit civil est resté, pour les tenants des autres disciplines, un véritable « modèle disciplinaire ». Il faudrait, pour explorer davantage la question, se demander ce qui reste, dans les autres disciplines, des méthodes, des manières de penser des civilistes. Jusqu’où retrouve-t-on, en dehors du droit civil, le souci aigu de systématisation, de construction de « théories générales »³⁶, fondé sur la croyance dans la cohérence interne à l’ensemble des règles, et la primauté du raisonnement fondé sur la déduction logique à partir de principes fermes ? De ce point de vue, il faut souligner que le droit civil se trouve aujourd’hui confronté à la montée en puissance de nouvelles disciplines

33. Quelques exemples significatifs parmi les travaillistes : B. Teyssié (thèse sur « Les groupes de contrat »), G. Couturier (thèse sur « La confirmation des actes nuls »), P. Lokiec (thèse sur « Contrat et pouvoir ; essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels »); chez les fiscalistes : M. Cozian (thèse sur « L’action directe »); chez les procesualistes : L. Cadiet (thèse sur « Le préjudice d’agrément »), S. Guinchard (thèse « Essai d’une théorie générale de l’affectation des biens en droit privé français »), etc.

34. V. B. Plessix, *L’utilisation du droit civil dans l’élaboration du droit administratif*, précité et les nombreuses références citées dans la bibliographie.

35. V. par exemple : M. Frangi, *L’apport du droit constitutionnel aux droits des personnes et aux droits économiques individuels, contribution à l’étude de la constitutionnalisation du droit privé*, thèse Aix-en-Provence, 1990, PUAM, Economica; M. Verpeaux (dir.), *Code civil et constitution*, Economica, 2005. Pour l’approche inverse : N. Molfessis, « Le droit privé, source de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Economica, 1999, p. 15.

36. S. Pimont, « Peut-on réduire le droit en théories générales ? » *RTD civ.* 2009, p. 417 et s.

où dominant la mise en balance des intérêts et la flexibilité des concepts flous. On songe au droit européen, au droit constitutionnel, en tant qu'il se pose en gardien des droits fondamentaux, et bien sûr au droit européen des droits de l'homme, qui font dire à Philippe Rémy que « tout notre droit civil, y compris le code, a trouvé plus fondamental que lui »³⁷. On peut se demander si ce ne sont pas ces droits – dont les solutions envahissent de plus en plus l'espace des relations de droit privé relevant naguère du seul droit civil – qui, aujourd'hui, imposent leur logique. La passe d'armes survenue il y a quelque temps dans les colonnes de la *Revue trimestrielle de droit civil* entre un « jeune »³⁸ civiliste et un renommé spécialiste de la jurisprudence européenne des droits de l'homme en porte un éloquent témoignage. Ce débat a surgi à propos d'un arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 2013 refusant l'annulation d'un mariage incestueux (entre un père et l'ex-femme de son fils) sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Cet arrêt avait été critiqué, au nom de la rigueur des principes civilistes, par François Chénéde³⁹. À cette conception de « la plupart des juristes français » (qu'on suppose d'abord civilistes), selon laquelle « il est nécessaire à la majesté de la loi républicaine, porteuse d'idées généreuses et fraternelles mais abstraites, qu'elle soit impitoyablement appliquée sans tenir le moindre compte de la cruauté particulière des conséquences qu'elle peut entraîner pour des personnes que les mille hasards de la vie en société ont placées en porte à faux », Jean-Pierre Marguenaud avait opposé la conception du « droit européen des droits de l'Homme... machine travaillant inlassablement à rendre flexible la loi d'airain républicaine »⁴⁰. L'attaque est violente, et sans doute excessive; elle n'en témoigne pas moins, jusque dans les colonnes de la Revue qui en constitue le temple traditionnel, que les manières de penser des civilistes sont aujourd'hui concurrencées par d'autres logiques, par d'autres manières d'appréhender la régulation des relations sociales, dont les deux cours européennes, celle de Strasbourg et celle de Luxembourg, semblent aujourd'hui porteuses. On peut du reste se demander si ces modes de pensée plus flexibles, plus concrets, plus relativistes, en même temps qu'ils s'opposent à la traditionnelle « rigueur » civiliste, ne tendent pas aujourd'hui imprégner le droit civil lui-même, peut-être plus d'ailleurs certaines parties que d'autres, contribuant ainsi à accentuer la perte d'unité de la discipline civiliste.

II – L'UNITÉ DU MODÈLE

37. Cent ans de chroniques, *Un siècle de revue trimestrielle de droit civil*, *RTD civ.* 2002 p. 665 et s.

38. Ainsi présenté par son contradicteur.

39. *D.* 2014. 179.

40. *RTD civ.* 2014, p. 307 et s. Voir la réponse de F. Chénéde, *ibid.* p. 829 et s.

Lorsqu'on se demande si le droit civil est un « modèle disciplinaire », on présuppose que cette branche constitue une entité, dont les différents éléments sont liés à un tel point que cela justifie une activité savante qui les englobe tous, et qui met en œuvre les mêmes concepts, les mêmes techniques, les mêmes méthodes. La domination traditionnelle du droit civil se nourrit, pour reprendre Merryman, de « la croyance que ces matières sont un corps de règles liées », alors même qu'elles peuvent sembler tout à fait disparates aux juristes formés dans une autre tradition⁴¹. Le civiliste, dans cette conception, c'est celui qui peut déployer son activité d'étude et d'enseignement dans toutes les matières couvertes par le Code civil (et aujourd'hui dans les lois qui le complètent), soit à la fois en droit des personnes et de la famille, en droit des obligations, en droit des biens, et en droit des sûretés... C'est, nous dit Alain Sériaux, le Code qui « au moins en France continue de conférer encore son unité à la discipline »⁴². Or il me semble que cette unité – qui n'a rien de naturel, et qui n'est que le produit d'une construction de l'histoire – est aujourd'hui très fortement remise en cause en raison de la spécialisation croissante des civilistes eux-mêmes (A), de sorte que le modèle disciplinaire civiliste semble s'être rétréci, et ne vise sans doute aujourd'hui qu'une partie de ce qui constituait traditionnellement le « droit civil » (B).

A. La spécialisation des civilistes

La conception unitaire du droit civil se manifeste de manière particulièrement claire en France au XIX^e siècle, avec les grands traités de droit civil couvrant toutes les parties du Code et écrits par une seule personne (Demolombe, Laurent, Troplong...) ou deux agissant de concert (Aubry et Rau), tradition qui se prolonge, quoique dans des formats plus réduits, pendant une bonne partie du XX^e siècle (Planiol, Capitant, Josserand, plus près de nous Marty et Raynaud...). On en trouve le reflet, dans les facultés de droit, avec la pratique traditionnelle amenant le professeur de droit civil à suivre les étudiants, de la première à la dernière année, sur toutes les parties du Code. Or ce modèle semble avoir vécu. Dans combien de facultés de droit, aujourd'hui, trouve-t-on encore des enseignants qui acceptent (ou revendiquent) d'assurer l'intégralité des cours de la matière, du droit de la famille au droit des sûretés, en passant par les biens, la responsabilité, les régimes matrimoniaux et les successions ? S'il est difficile de le savoir, sinon par des discussions entre collègues, l'observation des programmes des facultés de droit révèle au moins, de manière remarquable, qu'un certain

41. J.-H. Merryman, *op. cit.*, p. 68.

42. A. Sériaux, *op. cit.*, p. 438.

nombre d'établissements ont aujourd'hui renoncé à marquer la continuité de ces différentes matières par l'intitulé « droit civil », pour ne retenir que le contenu de la matière enseignée (famille, biens, obligations, sûretés...)⁴³. De manière tout aussi significative, plusieurs collections de manuels (Précis Domat, Objectif droit, manuels verts LGDJ, Thémis, Manuels LexisNexis...) font de même depuis quelques années : l'étiquette « droit civil » a purement et simplement disparu de la couverture de ces manuels au profit de la seule partie traitée⁴⁴. Chacun sait bien aussi que les grands traités de droit civil du XIX^e siècle n'ont plus guère d'équivalent moderne, et que le seul qui a aujourd'hui le même intitulé et qui poursuit la même ambition – le *Traité* dirigé par Jacques Ghestin – est en réalité une collection d'ouvrages écrits par des auteurs différents sous une forme commune⁴⁵. Parmi les auteurs vivants, on ne peut en citer que très peu (Philippe Malaurie, François Terré...) qui inscrivent leur nom en tant qu'auteurs sur tous les manuels de droit civil d'une collection – faisant notamment le grand écart entre le droit de la famille et le droit des contrats. C'est que bien peu d'enseignants de droit civil se sentent aujourd'hui capables de couvrir l'ensemble du programme, et la plupart, dans leur activité de recherche, tendent à se spécialiser dans telle ou telle partie. Si on se dit encore « civiliste », on ajoute souvent « spécialiste de droit des contrats, de la responsabilité ou de la famille ». Les colloques rassemblant des spécialistes de ces différentes « sous-disciplines » sont extrêmement rares, et il n'existe pas de société savante qui se présente comme visant à regrouper l'ensemble des civilistes⁴⁶, comme il en existe dans de très nombreuses autres disciplines⁴⁷. Il est vrai que, pour les disciplines apparues plus récemment, le regroupement en association est apparu très souvent comme un des moyens d'affirmer leur spécificité face à l'hégémonie traditionnelle des civilistes, alors que ceux-ci, traditionnellement, n'ont pas ressenti le besoin de se rassembler, peut-être en considérant que tout juriste, du moins tout privatiste, devait d'abord être un civiliste. Mais il est remarquable que, à un moment où cette hégémonie semble menacée, les civilistes ne songent pas

43. Voir par exemple les programmes de la licence en droit à l'Université de Nantes et à l'Université de Bourgogne, accessibles sur les sites Internet de ces établissements.

44. Cette étiquette subsiste cependant dans la collection des Précis Dalloz, ainsi que dans la collection Defrénois chez Lextenso.

45. Même remarque pour le « pendant » belge que constitue le classique *Traité de droit civil* de De Page, en cours de réédition sous la plume de différents auteurs.

46. On songe bien entendu à l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, qui est, de fait, largement dominée par les civilistes. Mais cette Association ne se présente nullement comme visant à rassembler exclusivement des civilistes, et elle se donne plutôt comme mission la défense de la « tradition civiliste » au sens du droit comparé que celle du droit civil comme discipline.

47. Association française des constitutionnalistes, Association française de droit du travail, Association française de droit pénal, etc.

à un regroupement du même type, pour affirmer ou réaffirmer ce qui est supposé les rassembler.

Cette évolution vers la spécialisation – qui n’est sans doute pas propre au droit civil – est bien sûr liée à la prolifération des règles (nationales, européennes, internationales) et à la multiplication des sources de documentation (notamment pour l’accès aux décisions des tribunaux) qui imposent pratiquement une spécialisation si on veut « se tenir à jour ». C’est cette spécialisation qui explique le développement déjà signalé, à côté de la *Revue trimestrielle de droit civil*, restée généraliste, d’une kyrielle de revues de droit civil spécialisées (*Revue des contrats*, *Droit de la famille*, *Responsabilité civile et assurance*, *Revue des loyers*, etc.)⁴⁸. Mais, au-delà, on doit observer une évolution du contenu des règles, qui amène à tisser, entre certaines parties du droit civil et d’autres branches, des liens plus forts que ceux qui existent entre les différentes parties du droit civil (et qui servaient traditionnellement à justifier l’unité de la discipline). Du coup, on peut se demander si le seul fait que ces règles soient formellement rassemblées au sein d’un même code (marquant l’unité de la branche en tant que droit commun des rapports privés) est encore un ciment suffisant pour assurer l’unité de la discipline. S’il est vrai, bien sûr, que, lorsqu’on travaille sur le droit des contrats, on a, à l’occasion, besoin du droit des incapacités (et réciproquement), ou du droit des régimes matrimoniaux, les liens me semblent beaucoup plus forts aujourd’hui entre le droit des contrats et le droit de la concurrence ou le droit de la consommation, de même que le droit des sûretés est aujourd’hui beaucoup plus tiré du côté du droit des entreprises en difficulté et des voies d’exécution que de celui du droit de la famille. Et si les spécialistes du droit de la famille ne sont évidemment pas censés faire abstraction des règles générales sur le droit de la responsabilité ou des contrats lorsqu’ils travaillent sur les relations entre époux ou entre parents et enfants, il est probable qu’ils sont aujourd’hui beaucoup plus souvent confrontés à la jurisprudence sur la protection européenne des droits de l’homme et qu’ils sont davantage amenés à travailler avec les spécialistes de cette protection (qu’ils soient publicistes ou privatistes) qu’avec les autres civilistes⁴⁹. Ils sont aussi davantage concernés par des matières relevant traditionnellement du droit public, comme les règles relatives à l’action sociale, du reste regroupées significativement dans un « Code de l’action sociale et des familles »⁵⁰. Du

48. Voir *supra* note 29. Seule, parmi toutes ces revues spécialisées, la revue *Lamy Droit civil* reste généraliste et couvre toutes les matières relevant du Code.

49. On note ainsi une spécialiste de droit de la famille parmi les auteurs du manuel consacré aux *Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme*, PUF, 7^e éd., 2015.

50. Sur ces aspects non civilistes du droit de la famille, v. E. Millard, *Famille et droit public*, LGDJ, Paris, 1995.

coup se constituent, à la marge du droit civil, des disciplines nouvelles, plus ou moins bien implantées, qui associent des civilistes avec des spécialistes d'autres branches : le droit des affaires, dont la construction à partir du droit commercial est étudiée ailleurs dans ce volume⁵¹, en est un exemple, de même que le droit immobilier (où se côtoient civilistes et spécialistes du droit de l'urbanisme), le droit de l'environnement (où les spécialistes du droit de la responsabilité civile ont leur place à côté des « administrativistes ») etc. On pourrait évoquer aussi la théorie des sources que les civilistes ont longtemps eu tendance à s'accaparer (parce que les rudiments s'en trouvent dans le Code) et qui tend aujourd'hui à devenir une discipline à part, rassemblant privatistes et publicistes.

B. Un rétrécissement du modèle civiliste

La question se pose dès lors de savoir si le « droit civil » qui prétend conserver son rôle de « discipline dominante », et qui, on l'a vu, le conserve en partie au moins au sein des disciplines du droit privé, n'est pas seulement une partie du droit civil du XIX^e siècle. On a l'impression que, de plus en plus, s'opère une distinction entre ce que j'appellerai le droit civil commun – règles générales du droit des obligations, du droit des personnes et du droit des biens – et diverses parties spécialisées – au premier rang desquelles le droit de la famille. En réalité, chaque fois qu'on s'interroge sur les rapports entre branches, sur l'autonomie de telle ou telle discipline par rapport au droit civil, c'est seulement au « droit civil commun » qu'on se réfère, et tout spécialement au droit des obligations. Car c'est uniquement dans ce « droit civil commun » qu'on prétend, à tort ou à raison, trouver un réservoir de notions et de théories générales dont pourraient se servir les autres disciplines. S'interrogeant sur l'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, Benoît Plessix limite *a priori* sa recherche aux « seuls emprunts susceptibles d'avoir été réalisés dans les domaines dits "fondamentaux", c'est-à-dire dans cette partie du droit civil qui, faisant abstraction des relations au sein de la cellule familiale, envisage la régulation juridique des rapports humains pris dans leur acception la plus élémentaire, la plus abstraite, la plus générale, qu'il s'agisse des liens unissant deux personnes (droit des obligations) ou des droits que les individus peuvent posséder ou revendiquer sur des choses (droit des biens) »⁵². De même, dans les nombreux écrits doctrinaux relatifs aux rapports qu'entretiennent avec le droit civil le droit du travail, le droit de la consommation, le droit de la propriété intellectuelle etc., c'est surtout du droit des contrats, des

51. V., dans ce volume, la contribution de J.-P. Chazal, *Du droit commercial au droit des affaires ou comment se construisent une matière et discipline juridiques*.

52. B. Plessix, thèse précitée.

biens et de la responsabilité civile qu'il est question. Et il n'est pas moins remarquable que, à l'intérieur même de la discipline « droit civil », apparaissent des études visant à déterminer les rapports entre telle ou telle partie spécialisée et le « droit civil commun »⁵³.

Aussi bien, c'est surtout ce droit civil là qui reste privilégié dans les programmes des facultés de droit (enseigné à titre obligatoire dans les premières années). Même si le droit extrapatrimonial de la famille demeure enseigné en première année dans de nombreuses facultés de droit françaises, à cause de son caractère « vivant » supposé le rendre plus accessible aux étudiants, cela fait bien longtemps que le droit des régimes matrimoniaux ou le droit des successions ont cessé de faire partie des matières obligatoires dans le cursus des étudiants. Il en va de même dans les procédures de recrutement, notamment l'agrégation, où, ce qui domine le contenu des épreuves, c'est le « droit civil commun » – le droit civil de la famille, patrimonial et extrapatrimonial, n'étant au programme que de la leçon de spécialité. Et c'est ce même droit civil « fondamental » qui exerce son écrasante domination dans les résultats du concours : si on regarde en détail le profil des lauréats, on constate que la grande majorité des civilistes agrégés ont fait une thèse de droit des obligations ou de droit des biens, et que les spécialistes de droit de la famille ou des incapacités ne sont pas mieux traités que les pénalistes ou les travaillistes !⁵⁴

Reste alors à savoir si, même réduite à cette partie commune, la domination que prétend encore exercer la discipline du droit civil est encore justifiée, et si, parce qu'il s'agit précisément de questions communes, plutôt que de continuer à les faire creuser indéfiniment par des « spécialistes des règles générales », il ne conviendrait pas de les mettre dans le champ commun des spécialistes de toutes les autres disciplines, qui ont, tous, une égale légitimité à s'en emparer, et qui pourraient sans doute, mieux que les civilistes patentés qui se comportent comme des « gardiens du temple », contribuer à en renouveler l'approche.

53. Voir par exemple : Ch. Goldie-Genicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, 2009, préf. Y. Lequette ; S. Pons, *La réception par le droit de la famille de l'article 1382 du Code civil*, PUAM, 2007, préf. A. Leborgne.

54. V. M. Fabre-Magnan, art. précité.

Le dépérissement du droit civil

Rémy LIBCHABER

*Professeur à l'École de droit de la Sorbonne,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, IRJS*

Le droit civil est-il menacé, en tant que discipline ? Il n'y a pas de temps à perdre à faire le constat de son dépérissement. Jusqu'au début du xx^e siècle, il y avait une presque coïncidence entre droit civil et droit privé. Un siècle plus tard, il n'est plus qu'une branche du droit privé parmi d'autres, qui n'est ni la plus vivante, ni même la plus diverse : le droit des affaires, au sens large, pourrait lui contester la palme. Et sur cette branche, nombre de rameaux ne sont plus très florissants, tel le droit patrimonial de la famille ou le droit des sûretés réelles immobilières, qui continuent d'exister de façon résiduelle. Comme si cette branche du droit perdait sa vigueur à ses extrémités...

Pourtant, l'enseignement du droit civil résiste assez bien. Il n'a plus l'éclat qui fut jadis le sien, ni chez les enseignants, ni chez les étudiants. Cependant, il survit à périmètre constant, sans que l'on songe à le réduire. On pourrait pousser le paradoxe en célébrant cette survie inespérée, car nul ne prétendrait aujourd'hui que le droit civil ait l'avenir pour lui. Il reste que dans les études, il est demeuré à la façon d'une sorte de propédeutique à la connaissance générale de la matière : il est la matrice dont le droit moderne est tout entier sorti, sans compter que sa pratique permet une formation à la rigueur qui demeure précieuse. Dans cette fonction, il tire mieux son épingle du jeu que l'*Histoire du droit*, vers laquelle il semble irrésistiblement attiré. Ce constat conduit à poser une question de fond : pourquoi ce droit qui plonge ses racines dans le passé n'a-t-il plus les faveurs de l'époque, au point d'être de moins en moins perçu comme un droit vivant ? Des réponses liées à l'actualité pourraient être évoquées – ainsi de la constitutionnalisation, de la fondamentalisation du droit privé. Elles ne sont guère pertinentes, en ce qu'elles représentent bien davantage des conséquences que des causes. On voudrait ici proposer une réponse plus radicale, et presque choquante par son caractère abrupt : le dépérissement de la discipline universitaire n'est que le reflet de l'épuisement du

droit civil lui-même. Évoquer cette hypothèse, c'est violer une sorte de tabou : pourquoi un droit qui remonte à l'Antiquité, qui incarne un bloc de stabilité apparemment indifférent à l'histoire, en vient-il à se périmer sous nos yeux ?

Comme le savent les historiens, toutes les structures sont susceptibles d'évolution, mais certaines à un rythme très lent¹. C'est ce dont on devient conscient avec le droit civil : il continue de conserver en apanage les territoires qu'il a jadis conquis, quoiqu'il ne soit plus situé qu'à la périphérie du droit vivant. Il a cessé d'être le centre de tous les renouvellements du juridique, ce qu'il avait été jusqu'à la fin du XIX^e siècle. Pourquoi se trouve-t-il frappé de stérilité ? On voudrait ici montrer que c'est du cœur des exigences normatives que viennent les forces qui le marginalisent.

De quoi parle-t-on quand on évoque le droit civil ? Il faut bien reconnaître qu'en elle-même, la notion ne nous intéresse plus guère, peut-être parce qu'à tort, nous avons le sentiment de trop bien connaître la réponse. Il est de fait que les manuels n'essaient plus de circonscrire le domaine civil, que nous identifions par le regroupement de quelques matières d'enseignement².

Si l'on veut examiner le droit civil dans son évolution récente³, il importe de commencer par en rechercher la nature, en prenant garde à éviter les erreurs dans notre approche. Trois précautions seront décisives à cet égard.

1. F. Braudel, « La longue durée », *Annales ESC* 1958, n° 4, p. 725.

2. On peut laisser de côté l'*Introduction au droit*, qui ne demeure enseignée par des civilistes que par tradition. Autrefois, elle a pu être considérée comme une présentation générale des concepts du droit civil, qu'elle excédait à un double titre. D'abord, parce qu'elle constituait un cadre adéquat aux développements suggérés par le Titre préliminaire du Code, qui vont bien au-delà des besoins du seul droit civil. À quoi s'ajoute que ce préambule permettait la présentation de notions structurant la matière juridique, tel l'enseignement des sources du droit : notions utiles à toutes les branches, qui n'étaient spécifiques à aucune. Ces notions fondamentales sont aujourd'hui devenues la matière principale de l'*Introduction*, ce qui l'éloigne plus encore du cœur du droit civil.

Les matières de pur droit civil sont : les personnes, la famille, les biens, les obligations *lato sensu*, les contrats spéciaux, les sûretés, les régimes matrimoniaux, les successions, les libéralités. Certaines d'entre elles ne sont plus guère enseignées, comme les libéralités, qui n'apparaissent plus guère que comme un appendice du droit des successions : la richesse d'autrefois s'est perdue avec les grandes fortunes familiales, sans que de nouvelles formes de libéralités ne viennent redonner corps à une matière épuisée.

3. Il s'agit là d'un droit ancien, puisqu'il remonte à l'Antiquité romaine. Il est toutefois vain de solliciter l'histoire pour essayer d'en cerner l'unité. Le droit civil des Romains a d'abord été le droit des *Quirites*, c'est-à-dire le droit des citoyens ; autrement dit, le *droit interne* à cette collectivité. Il s'opposait au droit qui lie ceux qui ne sont pas citoyens du même ensemble – les autres : c'est le *jus gentium*, le *droit des gens*, l'ancêtre de notre droit international. Ce n'est qu'avec le temps que le droit civil cessera d'être le droit interne pour devenir le droit des relations privées, par opposition à un droit plus politique qui lie le citoyen à ceux qui le gouvernent – qui représente l'embryon du droit public (sur

D'abord, il ne faut pas réduire le droit civil au Code civil, sous peine de nous livrer à un constat banal que tous les anniversaires du Code ont réitéré. Par rapport au modèle de 1804, les déperditions sont nombreuses, et des codes entiers se sont constitués à la marge du grand ancêtre – comme si la sève coulant de ses blessures était plus féconde que le tronc. Ce qui crée le sentiment d'un dépérissement progressif, qui donne lieu à des déplorations rituelles. Pourtant, l'évolution du droit commercial, par exemple, a bien montré que le phénomène de la décodification n'équivalait pas à un épuisement de la matière elle-même⁴ : elle s'est épanouie en dépit du déclin du Code qui lui était consacré, il est vrai mal conçu dès son origine. Pour s'intéresser aux évolutions du droit civil, il convient de s'abstraire des problèmes de la codification – qui forment un objet d'étude en soi.

La deuxième précaution à prendre consiste à ne pas idéaliser le droit civil, en le réduisant à une sévère méthode intellectuelle, qui serait faite d'équité et de recherche du juste – sur le modèle du droit naturel antique. C'est là sans doute une approche très flatteuse pour les civilistes, qui s'instituent spécialistes d'une conception forte de la justice, et détenteurs d'une expertise d'autant plus précieuse qu'elle leur serait propre. Pourquoi cette recherche relèverait-elle du droit civil, à l'exclusion de tous les autres domaines du droit ? C'est dans son ensemble que ce dernier doit entretenir des liens privilégiés avec la justice, si l'on considère ce critère comme caractéristique. En toute rigueur, il n'y a pas de raisons que le droit civil incarne cette recherche de justice de façon préférentielle, voire exclusive⁵.

La dernière précaution à prendre consiste à essayer de nous déprendre d'une mentalité obsidionale ! Il importe de comprendre la cohérence d'une matière, sans devoir mêler nos pleurs à l'étude. Certes, les spécialistes ont des raisons d'être amers en constatant la dévalorisation progressive de leur matière. Il importe cependant de problématiser la question, ce qui la fait apparaître sous un jour tout autre. Faisons volontiers l'inventaire des territoires perdus : des contrats particuliers sont sortis du giron civil pour devenir autant de disciplines séparées : droits des sociétés, du travail, des assurances, des transports... Pour satisfaire notre masochisme, ajoutons-y le compte des thèmes progressivement infectés par des problématiques non juridiques : la *famille* amalgame divers point de vue extérieurs, pour former

cette évolution, à très gros traits, v. G. Ripert et J. Boulanger, *Traité de droit civil*, T. 1, Paris 1956, n° 62 et 63, p. 30).

4. B. Oppetit, « La décodification du droit commercial », *Mél. R. Rodière*, p. 197.

5. On prend ainsi quelques distances avec un article par ailleurs admirable, d'une tonalité très pessimiste à laquelle on adhère néanmoins : Ph. Rémy, « Les civilistes français vont-ils disparaître ? », *Revue de droit McGill* 1986, vol. 32, p. 152.

un tout qui serait une organisation globale des unités de vie en commun⁶; le *droit immobilier* s'incorpore le droit de la construction, de l'environnement, de l'urbanisme, pour s'éloigner de l'immeuble du Code civil; les *sûretés* sont de plus en plus absorbées par le droit des procédures collectives... Tout cela dit, nous n'échapperons pas à une question troublante: pourquoi le périmètre du droit civil ne s'est-il jamais étendu depuis 1804? On a le sentiment qu'avec la laïcisation de la famille, le droit civil a occupé le maximum de son territoire – après quoi il ne fait plus que tenir ce bloc, sans pouvoir s'étendre. Diverses occasions de renouvellement se sont pourtant manifestées. La loi de 1901 a ouvert à la société civile des possibilités neuves de s'organiser par elle-même, qui auraient dû être prises en charge par le droit civil: il n'en a rien fait, laissant au droit commercial de rendre compte de ce contrat dans le cadre d'un vaste droit des groupements, peu propice au développement de la matière⁷. De même, l'essor des propriétés intellectuelles aurait pu trouver sa place dans un droit des biens aménagé pour recevoir ces biens incorporels. Au lieu de cela, le droit civil s'est tenu à l'écart d'une élaboration mutuellement profitable: les biens se seraient enrichis des concepts adaptés aux *corpora* intangibles, comme les propriétés intellectuelles auraient pu éviter de tomber dans une forme d'anomie rebelle à la systématisation. On observera enfin que des contrats d'un type nouveau se sont multipliés à partir du milieu du xx^e siècle: ce sont encore une fois les commercialistes qui s'en sont les premiers inquiétés⁸, et la description n'a guère intéressé le droit civil – au moins pour l'instant⁹. Il faut bien le reconnaître, il y a une singularité dans l'évolution du droit civil, qui tient à ce qu'il n'a jamais augmenté son domaine – ce qui demande à être expliqué, et renvoie à une possible sclérose qui ne daterait pas d'aujourd'hui. Il y a en lui comme un classicisme natif, qui l'a conduit à s'enclorre dès l'origine dans des frontières peu franchissables, dont la stabilité commence à céder

6. Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, *Le droit non civil de la famille*, préf. J. Carbonnier, PUF, 1983.

7. À titre d'indice, on observera qu'il faut attendre la 12^e édition des *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, pour voir l'association faire son entrée parmi les contrats spéciaux (F. Terré et Y. Lequette, *GAJC*, 12^e éd., Dalloz 2008, n° 290, p. 821).

8. M. Cabrillac, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale », *Mél. G. Marty*, p. 235; P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », *Mél. Fr. Terré*, p. 635; « Le consentement sans l'échange: contrat de société », *Rev. Jur. com.* 1995, n° spécial sur l'échange des consentements, p. 74.

9. À titre d'élément symptomatique, on notera que l'avant-projet de réforme du Code civil ne s'ouvre pas du tout à ces contrats nouveaux, qui attendraient des éléments de réglementation. En revanche, la recherche les prend de mieux en mieux en considération: F. Chénéde, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, *Economica* 2008; J.-F. Hamelin, *Le contrat-alliance*, Préf. N. Molfessis, *Economica* 2012; S. Lequette, *Le contrat-coopération. Contribution à la théorie générale du contrat*, préf. C. Brenner, *Economica* 2012.

sous nos yeux. Des frontières qui lui ont permis de résister à l'emprise de branches voisines, mais qui ont toujours limité son expansion.

C'est à la lumière de ces trois précautions que nous pouvons essayer de rechercher une conception fondamentale du droit civil¹⁰.

Dès lors que l'on envisage les destinées du droit civil sans prévention, on retombe sur quelques évidences que l'on doit rappeler parce qu'elles sont aujourd'hui passées sous silence. Dans la conception moderne, le droit privé, en général, c'est le droit des personnes privées par opposition à celui qui régit l'État et les personnes publiques. Le droit privé considère les individus dans l'ensemble de leurs besoins sociaux, c'est-à-dire dans les relations qui se nouent entre eux. C'est donc le droit des relations privées au sein de la cité, un droit que l'on peut définir négativement : *a priori*, il s'occupe de liens individuels qui n'intéressent pas le pouvoir.

En essayant de revenir au cœur de la notion, on fait du reste apparaître une ambivalence constitutive du droit civil, qui justifie que l'on ait parfois voulu y voir la véritable "constitution civile de la France"¹¹. Car la tradition y a placé des éléments constitutifs du système juridique, qui lui sont si peu propres qu'ils ont été utilisés par toutes les branches du droit à sa suite : ainsi des notions de personne, de bien, de lien juridique. En définissant et réglementant ces notions, le droit civil constituait les intervenants fondamentaux au système de droit dans l'intérêt de l'ensemble de ses matières : il n'y avait là rien qui lui fût propre, car cette première forme de conscience juridique élaborait les fondations juridiques pour le compte commun. Ce n'est pas un hasard, du reste, si ces notions de base ont été

10. Le mouvement de réduction du droit civil remonte au droit romain : ce droit a été le droit interne de la Cité, avant de s'effriter pour faire leur place à des branches fondées sur d'autres considérations. Somme toute, il apparaît de tout temps comme un corps de règles résiduel, comme un reliquat de sécessions successives. Peut-être est-il vain d'y chercher quelque nature propre qui parviendrait à définir la notion. Au moins pour le présent exercice, on fera le pari qu'une unité sous-jacente existe, de sorte que la crise actuelle peut être expliquée, à tout le moins interrogée.

11. L'idée était chez Demolombe lorsqu'il distinguait au sein du Code Napoléon les règles de droit privé de celles qui relevaient de l'intérêt général : « toutes ces lois sur le mariage, sur la famille, sur l'état et la capacité des personnes, intéressent au plus haut degré la constitution même de la société, et font, sous ce rapport, essentiellement partie du *droit public*, de ce droit auquel les particuliers ne peuvent pas déroger » (Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. 1, 3^e éd., Paris 1865, n° 17, p. 17). Elle est reprise par Carbonnier, qui qualifie le Code civil de véritable "constitution civile de la France : « en moins de deux siècles, le pays a vu avec flegme déferler plus de dix constitutions politiques (sans compter les sénatus-consultes, actes additionnels et manifestes de gouvernements provisoires). Sa véritable constitution, c'est le Code civil – véritable non pas au sens formel, mais au sens matériel, pour emprunter aux publicistes une distinction usuelle » (J. Carbonnier, « Le Code civil », in P. Nora (dir.), *Les lieux de mémoire*, t. 2, vol. 2, p. 17, repris in *Écrits*, PUF 2008, p. 662, et spéc. p. 679. Pour une discussion, Y. Gaudemet, « Le Code civil, "constitution civile de la France" », *Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz 2004, p. 297).

la matière première de la plupart des *Introductions au droit*, du moins quand on a commencé à éprouver le besoin d'une présentation générale¹². Les auteurs sentaient qu'indépendamment des développements techniques intéressant les personnes, les biens et les liens de droit, il était nécessaire de commencer par une présentation de base de ces notions si l'on voulait pouvoir développer une connaissance solide du système du droit¹³.

Ce qui n'appartient qu'au droit civil, c'est le système des liens qui se nouent dans le cadre social. C'est un corps de règles qui tente de faire exister et garantir la société, par les seules relations entre ses membres¹⁴ : un corps qui regroupe l'ensemble des "droits de citoyen à citoyen". Avec toute la philosophie naturaliste du XVIII^e siècle, Portalis considérait qu'« il n'y a que des individus dans la nature »¹⁵ ; il s'agit désormais de refaire une société, contre le législateur révolutionnaire qui s'était trouvé « emporté par le besoin de rompre toutes les habitudes, d'affaiblir tous les liens... »¹⁶. Si le droit civil commence par définir des intervenants sociaux – la personne qui désire, les biens qui sont les objets de ses désirs, les liens qui permettent les échanges –, c'est pour tisser le réseau des relations qui nourrira la vie juridique de la Cité. Des liens vont donc se développer, entre les personnes elles-mêmes, comme entre les personnes et les biens. Les liens naturels des personnes relèvent d'abord de la famille – liens d'alliance et de filiation –, redoublés de leur composante patrimoniale, régimes matrimoniaux et successions, *lato sensu*. Les liens entre les personnes et les biens gouvernent les multiples façons d'en tirer profit : par l'appropriation, la possession, les droits réels, voire des utilités partielles. Viennent enfin les relations patrimoniales entre les personnes, qu'elles soient volontaires avec le droit des contrats – prolongés par la description des contrats réglementés, qui sont les plus emblématiques –, ou non intentionnelles avec le complexe des faits juridiques, où l'on peut regrouper toutes les relations imprévues entre les individus, qu'elles procèdent d'accidents, d'amitié, de voisinage...

12. Il semble que la première soit due à H. Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales*, Paris 1898.

13. Ce plan n'est pas très différent de celui des *Institutes*, où les liens viennent remplacer les actions – rejetées dans le champ de la Procédure civile.

14. Sur l'importance de ces liens, v. X. Martin, *Mythologie du Code Napoléon*, DMM 2003, et spécialement le chapitre ix, 3 : « Un Code civil pour structurer en profondeur la société », p. 490.

15. P. A. Fenet, *Travaux préparatoires du Code civil*, t. 11, p. 112.

16. Paroles de Portalis, dans le *Discours préliminaire* : Fenet, *op. cit.*, t. 1, p. 463, et spéc. p. 464, *in fine*. L'auteur poursuit sur les dérives de la législation révolutionnaire, en énonçant : « on ne s'occupe plus des relations privées des hommes entre eux : on ne voit que l'objet politique et général ; on cherche des confédérés plutôt que des concitoyens. Tout devient droit public ».

Voilà ce que l'on peut identifier comme le droit civil, dans son étendue matérielle: un droit des relations entre personnes privées, qui présente deux caractéristiques du point de vue de la réglementation.

D'abord, par tradition romaine comme depuis la Révolution, le droit civil s'applique à des intervenants indifférenciés, à des citoyens dont il exprime l'égalité en droit: il est un droit de principe, destiné à organiser les principes généraux de la régulation. D'où une indifférence à la singularité, qui se retrouve à trois niveaux. Dans l'absence de spécialité dans la saisie de l'individu: l'homme du droit civil n'est pas un professionnel, mais un citoyen; c'est le membre indifférencié d'une société, abstraction faite de toute spécificité qui viendrait colorer son statut. Ce n'est pas par hasard que l'un des grands traités du xx^e siècle fasse figurer en tête de la description des personnes le principe d'égalité, enté sur l'article 8 du Code: « tout français jouira des droits civils »¹⁷. À quoi s'ajoute que les biens sont également envisagés de façon générale. S'ils sont tous "meubles ou immeubles", selon la désespérante pauvreté de l'article 516, ils restent saisis par un droit largement uniforme qui essaie de faire l'impasse sur leurs contours précis. Aucune naïveté là-dedans: on a toujours su que des choses dissemblables pouvaient appeler un régime différencié, que la jurisprudence et des règlements de détail viendront constituer en cas de besoin. L'effort du droit civil est précisément de « recouvrir le monde bariolé des choses d'un uniforme capuchon gris, la notion de bien, cette abstraction »¹⁸. Il en va de même pour les liens entre les personnes, que le Code décrit toujours de façon générique, avant d'en présenter certaines applications: la description générale des contrats précède la diversité des contrats spéciaux; l'article 1370 ouvre sur la responsabilité comme sur les quasi-contrats, dont les réglementations de détail viennent après.

Ensuite, au moins dans le droit civil que l'on connaît depuis 1804, on constate un certain libéralisme dans les liens qui sont tissés entre ces intervenants abstraits, qui n'intéressent pas le pouvoir. Ce qui signifie que pour ce qui les concerne, la réglementation est longtemps demeurée légère – au moins tant que la vocation du droit n'a pas été de pénétrer partout. Cette réglementation se contentait de poser quelques contraintes essentielles à la caractérisation des relations. Pour le surplus, les individus demeuraient libres de s'organiser comme ils l'entendaient: c'était leur affaire! À bien des égards, le droit civil que nous avons longtemps connu était un droit

17. Ripert et Boulanger, *op. cit.*, n° 390, p. 185. Le bref commentaire de l'article est très instructif: « il ne s'ensuit pas qu'une règle juridique ne puisse pas déterminer les catégories de personnes qui seront soumises aux règles qu'elle édicte... Toutes les fois que ce principe n'est pas respecté, on peut affirmer que la loi a un certain caractère politique ». Elle sort ainsi du droit civil *stricto sensu*.

18. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 2, 1^{re} éd., PUF Quadrige, 2004, n° 707, p. 1592.

à normativité faible. Pour reprendre le vocabulaire des libertés, on dirait volontiers qu'il était gouverné par une conception répressive : les individus sont libres d'entretenir les relations qui leur conviennent, sous réserve de quelques impératifs de structure, alors intangibles ; les dérives toujours susceptibles d'apparaître sont sanctionnées par les tribunaux, sans qu'il y ait eu besoin d'aucune habilitation préalable. D'où un lien insécable entre le fond du droit et la mise en œuvre judiciaire, la procédure venant apporter au droit civil un complément essentiel sans lequel sa régulation serait impossible.

Cette entreprise de définition du droit civil est-elle pertinente ? On n'en jurerait pas, car il est possible que la notion, comme on l'a suggéré, ne soit qu'un reliquat historique sans cohérence intrinsèque. On observera toutefois qu'à supposer même que l'on s'efforce de mettre de la cohérence là où il ne devrait pas y en avoir, le portrait ne serait pas infidèle pour autant, qui permet d'évoquer assez précisément les évolutions de la matière.

C'est en tout cas de cette approche que l'on partira pour interroger le dépérissement qui frappe le droit civil, un dépérissement qui se constate aujourd'hui mais qui vient de plus loin. Cette crise procède de ce que les liens personnels abstraits qui le caractérisent sont de moins en moins des objets privilégiés de la réglementation juridique. Une transformation des techniques juridiques est intervenue, qui pousse le pouvoir à influencer directement sur les destinées sociales sans tenir compte du caractère privatif des sphères dans lesquelles il n'a peut-être pas de raisons d'entrer. Du coup, les liens personnels font l'objet d'une sorte de désintérêt au profit de techniques plus intrusives. Leur centralité n'est plus de saison, alors qu'ils sont longtemps restés des objets réglementation privilégiés – même si cela devait alors être entendu avec un contenu faible. Il semble qu'il y ait deux raisons principales à cette défaveur.

Par nature, le droit civil est sous-réglementé, qui laisse souvent les individus s'organiser à leur guise car la teneur de leurs relations les concerne en propre. Or le dirigisme actuel n'admet pas cette liberté : la technocratie veut avoir l'œil à tout dans une société civile considérée comme son pré carré ; ce qui aboutit à une extension incroyable de l'emprise réglementaire, qui excède de très loin la tradition. D'autre part, le droit civil est fondé sur des considérations abstraites, par principe, qui n'ont plus les faveurs de la réglementation. Pour des raisons diverses, toute relation juridique doit être précisément située, pour être considérée comme efficace. Notre époque ne croit plus aux vertus de l'abstraction dans la réglementation, sur laquelle le droit civil était naguère fondé – tout comme la démocratie, dans une conception quelque peu originaire. Il en résulte que divers corps de règles sortent du domaine anciennement occupé pour devenir des droits

“en situation”, des droits de tel individu, de tel bien spécial, qui ne relèvent plus du droit civil en dépit de leur rattachement initial.

Telles sont les deux causes principales de la défaveur contemporaine au droit civil : notre époque refuse l'esprit libéral et indifférencié sur lequel il est fondé, au moins par une tradition bi-séculaire. Non seulement le dirigisme prétend tout réglementer (I), mais il le fait de façon particulariste : en saisissant des intervenants en situation, jamais dans leur généralité (II).

I – LE DIRIGISME DANS LA RÉGULATION JURIDIQUE

L'accroissement de la régulation est une réalité qui remonte au milieu du xx^e siècle, précisément à la deuxième guerre mondiale et à la période qui la suit¹⁹. C'est l'époque où la technocratie juridique se met en place, qui est aussitôt apparue comme une menace pour le droit civil. D'ailleurs, de grands auteurs de l'époque s'en sont émus, en évoquant une inacceptable “publicisation du droit”²⁰. Dans un article d'une remarquable profondeur, Charles Eisenmann leur avait objecté qu'ils se trompaient dans leur critique, car le droit public *stricto sensu* n'avait aucune part aux incontables évolutions qu'ils dénonçaient – ce qui paraît tout à fait certain avec le recul du temps²¹.

On peut reprendre une critique de même ordre, en évoquant plutôt l'accroissement du *dirigisme juridique*, un accroissement qui se comprend si l'on adopte le point de vue de la régulation étatique – et ses désirs de couverture absolue, pour ne pas dire totale, voire totalitaire. Le droit civil

19. La première guerre mondiale était déjà responsable d'une certaine poussée de fièvre réglementaire, qui s'était déjà traduite par une tendance invasive de l'exécutif, qui se manifestait notamment par des décrets-lois. Ce n'étaient néanmoins que les prodromes de l'installation d'une technocratie juridique, qui s'imposera une guerre plus tard. Pour notre propos, on peut prendre comme butte témoin le moment où le cœur juridique de l'État, le Conseil d'État, cesse d'être peuplé de juristes recrutés sur concours, pour être constitué de technocrates indifférenciés au gré de leur rang de sortie de l'ENA.

20. L'offensive privatiste commence avec R. Savatier, « Droit privé et droit public », *D.* 1946.25, qui reprend les lignes principales de son ouvrage : *Du droit civil au droit public. À travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, 1^{re} éd, LGDJ, 1945. V. aussi : G. Ripert, *Le déclin du droit*, LGDJ 1949, spéc. chap. II : « tout devient droit public », p. 37 ; H. Mazeaud, « Défense du droit privé », *D.* 1946.17. V. surtout l'article particulièrement éclairé et nuancé de J. Flour, « Influence du droit public sur le droit privé », *Trav. Capitant* 1946, t. II, p. 39.

21. Ch. Eisenmann, « Droit public, droit privé (En marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du xix^e au xx^e siècle) », *RDP* 1952.903. Cet article avait été précédé d'une très utile mise au point, plus brève et moins vive, de J. Rivéro, « Droit public et droit privé : conquête, ou statu quo ? », *D.* 1947.69.

est d'abord en butte à ce dirigisme en ce qu'il laisse, par nature, une large part à l'initiative individuelle. Ce qui ne signifie d'ailleurs pas qu'il soit un droit de liberté: sa structure peut impliquer des contraintes fortes, qui pèseront lourd sur les individus²². C'est bien plutôt un droit libéral: il exige de la flexibilité dans les relations entre individus, et répugne à toute réglementation uniforme. Ce qui a du reste longtemps été considéré comme naturel, dans des domaines qui ne mettaient en cause aucun intérêt public. De plus, le droit civil est difficile à sanctionner. Parce que le contrôle opéré par l'administration est incertain, ce qui dérange un droit devenu régulateur, toujours à la recherche de relais d'application extrajudiciaires. Or, en la matière, il faut qu'un juge vienne arbitrer tout conflit, quelque modeste qu'il soit. Ce qui se révèle onéreux, et surtout susceptible de créer de la diversité dans les solutions concrètes, ce que ne peut pas tolérer un État amateur d'uniformité. C'est ainsi qu'un certain caractère sur-mesure du droit civil, qui fit longtemps son prestige, s'est progressivement retourné en une accusation d'inacceptable singularité.

Il était normal que le droit civil offensât la conception technocratique de la régulation juridique, dont les tendances dirigistes ont cru après la guerre avec les transformations des modes d'action étatiques. « Tout devient droit public »: inexacte techniquement, la formule de l'après-guerre est tout de même suggestive en ce qu'elle exprime le désarroi d'un droit civil privé d'assises. Elle renoue d'ailleurs avec la stigmatisation de la législation révolutionnaire qu'exprimait Portalis, dans son *Discours préliminaire*²³. À l'instant de restaurer un droit des relations individuelles, il en exprimait l'enjeu vital, qui était aussi réel dans l'après-guerre qu'il le fut un siècle et demi avant, au sortir de la Révolution. Les liens individuels sont en danger quand leur maintien bute sur un État qui veut tout gouverner sans rien laisser hors de son regard: le droit civil dépérit à mesure que la réglementation devient envahissante. Dans la tradition française, la vitalité du droit civil est à bien des égards un marqueur du libéralisme politique!

Par un paradoxe qui n'est qu'apparent, le thème des libertés a pu devenir omniprésent au moment même où l'État assurait sa mainmise sur la société civile, et les réduisait à proportion. C'est parce que les espaces de liberté individuelle se raréfiaient que le thème s'est installé au cœur des préoccupations collectives, pour tenter de sauvegarder ce qui pouvait être maintenu à l'abri du regard étatique. Par un surcroît de cynisme, les

22. Ainsi, par exemple, de l'incapacité de la femme mariée, prévue par l'article 217 du Code civil de 1804, qui produisit ses effets jusqu'à la loi du 18 février 1938, qui introduisit un article 215, nouveau, dans le Code: « la femme mariée a le plein exercice de sa capacité civile » – amené à disparaître en 1965 quand ce texte de rupture finit par être considéré comme allant de soi, pour laisser la place à une nouvelle vague de rééquilibres pécuniaires au sein du mariage.

23. Fenet, *op. cit.*, t. 1, p. 463, et citation p. 465.

tribunaux étatiques se sont d'ailleurs déclarés défenseurs naturels de ces libertés, alors qu'ils avaient partie liée avec la puissance centralisatrice qui instaurait le carcan, et le resserrait peu à peu !

Sans souci d'exhaustivité, on peut dire que cet accroissement de la régulation a étouffé le droit civil par des interventions procédant de trois techniques convergentes.

La technique régulatrice la plus radicale consiste à soustraire un domaine tout entier à l'empire du droit civil, pour le doter d'une réglementation d'ensemble impérative, où les choix individuels n'ont plus de part. C'est ce que l'on a observé avec le droit du travail, sur le champ duquel on a pu constater le dépérissement d'une conception personnelle du lien de travail – qui s'exprimait dans un contrat de travail où il y a de moins en moins de stipulations à négocier –, et son remplacement par une organisation du marché du travail, qui passe par de prétendus contrats qui ne sont plus que des instruments standardisés d'une régulation globale. On en dirait autant du bail, qui a cessé de relever du contrat prévu par le Code civil – dont les dispositions survivent néanmoins dans un état de quasi abandon²⁴ –, pour faire l'objet de réglementations constituées de blocs impératifs, différentes selon les types d'immeubles ou de projets locatifs. Il existe des statuts réglementaires divers, dans lesquels les parties se glissent selon la destination des lieux. Au terme de cette transformation des techniques d'intervention juridique, on constate à peu près les mêmes effets qu'en matière sociale : le dépérissement d'une conception fondée sur la volonté contractuelle, et son remplacement par une organisation du marché locatif, de plus en plus encadrée²⁵. On pourrait multiplier les exemples de basculement de la relation personnelle dans l'organisation d'un marché, plus ou moins réalisé, en évoquant les prêts bancaires, le transport, la vente de masse...

Il convient de constater une évolution que l'on ne critique pas au regard de son efficacité régulatrice : il paraît évident que l'on réglemente mieux un marché qu'un contrat, par nature rebelle à la réglementation. Ce qui n'empêche pas les civilistes d'en éprouver du dépit : le regret que l'on perçoit dans ces lignes ne tient pas tant à la façon dont l'État exerce sa tutelle qu'au fait qu'il s'ingère aussi ouvertement dans des domaines privés, qui longtemps lui ont échappé sans forcément se porter plus mal²⁶.

24. Les dispositions contenues dans le Code ne s'appliquent plus guère qu'aux locations mobilières (J. Cayron, *La location de biens meubles*, préf. Ph. Delebecque, PUAM, 1999). Sans oublier qu'il arrive, dans des cas résiduels, que des parties soumettent volontairement leurs relations aux règles du Code civil.

25. Il est ainsi devenu aujourd'hui habituel de voir des municipalités exercer un contrôle sur le montant des loyers en cas de renouvellement ou sur celui de leurs augmentations, ce qui réduit plus encore ce qu'il pouvait rester de liberté dans une matière presque toute d'ordre public.

26. Libre à chacun, selon son tempérament, d'apprécier ou non cette ingérence. Aux yeux de certains, l'État s'identifie par nature au bien public, de sorte qu'il n'intervient que pour

Une deuxième technique régulatrice se révèle moins radicale, qui respecte en apparence l'empire du droit civil tout en subvertissant son intervention. Moins apparent, le résultat est peut-être plus préoccupant en ce qu'il laisse au droit privé une fonction de principe, qui se révèle à l'examen n'être qu'un trompe-l'œil. En apparence, il continue de gouverner certains domaines, alors que les décisions y sont en réalité dictées par des considérations extérieures. La force du droit civil est exténuée, quoique les apparences soient sauvées : cela signifie aussi bien que les ressorts réglementaires les plus efficaces sont dissimulés, ce qui laisse songeur quant à la pureté des intentions à l'œuvre...

Dans ce cas, le principe d'intervention consiste à jouer sur des branches du droit accessoires, qui auront un impact déterminant sur les relations des personnes privées, de sorte que la règle civile s'en trouve marginalisée – sans même que l'on ait besoin de la désactiver. Elle continue d'exister, sans plus guider des conduites qui sont souterrainement dictées par d'autres considérations. Pour évoquer cette façon de faire subtile mais perverse, on partira de la technique accessoire pour remonter à son impact. À l'évidence, le droit fiscal est l'une des branches les plus utiles à cet égard : dans un pays à taxations multiples et lourdes, il suffit de jouer sur la répartition des prélèvements et des taux pour obtenir des effets immédiats sur les relations substantielles. C'est d'ailleurs par cette façon de procéder que le droit patrimonial de la famille s'est trouvé quelque peu vidé de sa substance. Dans les cas extrêmes, certains choix fiscaux aboutissent à scléroser toute une institution : la clause de tontine, par exemple, a été presque mise à mort par la décision de traiter l'accroissement comme une donation. En sens inverse, la suppression des droits de mutation entre époux a réduit à presque rien la question autrefois décisive des avantages matrimoniaux dans le cadre de la communauté conjugale – ce qui pourrait aboutir à mettre en péril la survie des régimes de communauté²⁷. Dans des cas plus légers,

corriger des situations malsaines. On aimerait en être certain... Car pour d'autres, peu nombreux en France car le collectivisme y est très avancé, jusque dans les esprits, l'État agit d'abord pour lui-même, pour accroître son empire et resserrer son emprise. Comme tout pouvoir, il tend à l'absolutisme en évinçant les rivaux qui pourraient le concurrencer, pour exercer une domination de plus en plus totale. Le droit fiscal serait une assez bonne illustration de cette dérive : non content d'avoir ruiné le pays par une gestion des Finances publiques qui relève de son seul pouvoir, l'État s'institue désormais défenseur de l'intérêt public pour prélever à sa guise dans toute poche disponible, sans autres justifications que le constat hâtivement dressé de l'existence de besoins – qu'il a d'ailleurs commencé par créer.

27. Le régime de communauté est une organisation forgée par le temps et les contraintes, d'une subtilité qu'aucun esprit n'aurait pu concevoir (R. Libchaber, « Les incertitudes de la notion de communauté », *Mél. G. Champenois*, Deffrénois, 2012, p. 583). Combien de temps la technocratie juridique tolérera-t-elle cet instrument baroque dont elle ne comprend pas bien les ressorts, avant d'imposer à la place une indivision sur le modèle du pacs, pourtant bien moins performante ?

la fiscalité se borne à un rôle incitatif : si l'on veut favoriser des libéralités entre tel et tel acteur, il suffira de baisser les droits de mutation qui les concernent, et le désir d'optimisation fiscale fera le reste. De la sorte, les flux d'argent intrafamiliaux cessent progressivement d'être justifiés par l'intention libérale : on continue d'enseigner que cet *animus* est la cause de la libéralité, ou qu'il en marque le consentement ; le vrai est qu'il ne joue presque plus aucun rôle, car les décisions sont souterrainement dictées par des considérations pécuniaires. Il est à cet égard inutile de multiplier les exemples, que chacun trouve aisément !

Une autre branche du droit a pu avoir des effets décisifs sur le droit civil : le droit des assurances, qui a produit des conséquences déterminantes sur l'évolution de la responsabilité. Sans vouloir alourdir l'exposé, on dira que l'assurance obligatoire a emporté deux transformations radicales. La première est interne : le passage d'une responsabilité pour faute à des responsabilités diverses, fondées sur le fait des choses, le fait d'autrui, qui culminent avec l'émergence des responsabilités de plein droit. Ainsi la loi de 1985 peut-elle recourir au vocabulaire des assurances, alors qu'elle concerne au moins en apparence une question de responsabilité. Au principe ancien – cherchez le responsable ! –, on en a substitué un autre, bien différent : suivez l'assuré ! L'effet externe est également notable : le développement de la socialisation du risque, c'est-à-dire la prise en charge collective des troubles individuels, qui a abouti à une transformation profonde des fondements idéologiques de la responsabilité. Au total, que reste-t-il de la responsabilité civile, considérée comme technique réparatrice dans les relations individuelles ?

Et l'on pourrait proposer bien d'autres exemples, qui montrent une péremption du droit civil en raison du développement de certaines branches annexes. Le droit de l'aide sociale vient scléroser les obligations alimentaires au sein de la famille ; la concurrence, comme la consommation, produisent des effets contraignants sur les contrats, de moins en moins soumis aux volontés des parties.

Une dernière technique dirigiste est propre au domaine contractuel ; elle est du reste si connue que l'on ose à peine l'évoquer. Elle consiste à user de l'arme de l'ordre public, là même où la nécessité se révèle inexistante : aucun impératif ne justifie de contraindre ponctuellement les volontés privées, ce qui ne dissuade pas le législateur de déclarer le caractère intangible de sa réglementation²⁸. Ce qui ne doit pas être confondu avec la première

28. Au reste, l'ordre public n'ayant plus l'intensité symbolique qui le caractérisait autrefois, c'est un autre procédé qui tend désormais à marquer l'importance attachée par le législateur : le recours au droit pénal. Des règles tout à fait anodines sont parfois ornées d'une sanction pénale comme si la disposition était cruciale, ce qu'une observation superficielle suffit

technique d'intervention, qui consiste à réguler un marché là où il n'y avait autrefois que de contrats, soumis à un principe de liberté perçu de moins en moins favorablement. Ici, dans son principe, le mode contractuel conserve son empire – avec la liberté qui lui est *a priori* chevillée au corps. Précisément, c'est elle que l'on réduira en intercalant ici ou là des règles d'ordre public – qui créent comme une carapace impérative de plus en plus imposante, qui s'impose aussitôt que les parties ont convenu de s'organiser. On peut déplorer le forçage du contrat par la loi, ce qui se fait régulièrement; cela n'empêche en aucune manière la récurrence du phénomène.

Or ces lois déclarées impératives sans autre raison que d'imposer des règles étatiques à la volonté privée, se multiplient de façon inquiétante dans la législation française, depuis le milieu du *xx*^e siècle. On se bornera ici à deux exemples. En matière contractuelle, l'ordre public conduit à feindre de laisser l'initiative aux individus, quoique l'État leur impose ses désirs et réduise leur autonomie toutes les fois qu'il répugne à leur laisser un libre choix. Et parfois, cela aboutit à des déséquilibres plus graves: en matière matrimoniale, l'extension d'un statut primaire prétendument impératif pour le tout a restreint l'utilité du régime matrimonial lui-même²⁹.

L'accroissement du dirigisme se constate depuis le milieu du *xx*^e siècle, qui relève d'un objectif de réglementation plus efficace. Il s'ensuit que le droit civil dépérit, et de façon d'autant plus sensible qu'un autre élément de désarticulation est apparu, qui pèse de plus en plus lourd dans son étouffement.

à dénoncer. Le recours au droit pénal vient marquer la règle d'une façon particulièrement solennelle, qui renouvelle un ordre public par trop épuisé par des usages abusifs.

29. On pourrait compléter le panorama des méthodes en évoquant d'autres techniques concourant à la marginalisation du droit civil – tel le refus de l'adapter aux besoins de l'heure. Par la loi du 17 juin 2008, le législateur réduisait le délai de prescription des créances civiles de façon drastique: de trente ans, on passait à cinq. Or rien ne se produisit: aucun trouble social, causé par quelque réveil douloureux de créanciers frustrés; aucun afflux de demandes! Il faut croire que le monde juridique vivait avec une prescription trentenaire qu'il avait depuis longtemps vidée de sa substance. La règle survivait néanmoins, mais sans application notable.

Une étude de la saisine héréditaire permettrait de montrer de quelle façon le législateur abandonne les individus à leur sort, quand l'État n'est pas concerné. Il est vrai que les droits de mutation sont perçus six mois après le décès, ce qui est l'essentiel. Pour le reste, le désordre dans lequel les héritiers se trouveront plongés pour la gestion de l'hérédité n'intéresse pas un État déjà satisfait. D'où cette institution incompréhensible sur le plan des notions, à l'efficacité nulle sinon négative, et contournée par tous les arrangements *præter legem* entre le notariat et les grands comptes sociaux.

II – L'ABSTRACTION AU CŒUR DE LA RÉGULATION JURIDIQUE

Le refus de l'individualisme abstrait constitue une seconde façon d'épuiser les ressources internes du droit civil, par soustraction de catégories entières à son empire. On l'a dit, le droit civil a pour vocation de saisir les relations dans lesquelles l'individu ou le bien apparaissent dénués de toute singularité. Il suit de là qu'il perd son empire toutes les fois qu'ils sont envisagés à travers une particularité déterminant un régime juridique. Ce qui a pu se produire de deux façons différentes, qui ont toutes deux marginalisé le droit civil.

La première époque de cette sortie du droit civil commence quand l'individu est saisi et réglementé à travers sa profession, comme si celle-ci justifiait une dérogation au droit commun. Qu'il soit pris comme *commerçant, salarié, locataire, transporteur*, et c'est tout un rameau qui quitte aussitôt le droit civil pour devenir une branche spéciale, qui prendra son autonomie avec le temps en se dotant de méthodes de fonctionnement spécifiques. Après la constitution des grands corps de règles professionnelles, au début du xx^e siècle, la technique s'est un peu perdue de sorte que les civilistes ont pu se croire dorénavant à l'abri de ce type d'évolution.

On dit parfois que le droit de la consommation avait ressuscité la méthode, en la radicalisant : n'opère-t-il pas un partage du monde entre professionnels et consommateurs, jusque dans les contrats les plus ordinaires. Est-ce pour autant une sortie du droit civil ? On objectera volontiers que le consommateur est en réalité l'autre nom de l'individu abstrait, en ce qu'il constitue le droit commun auquel déroge le professionnel qui prend en quelque manière la suite du commerçant. L'individu abstrait a été renommé sans intention particulière, probablement par méconnaissance du fonctionnement du droit civil, à moins que ce ne soit de l'indifférence : le droit de la consommation renoue en réalité avec le droit commun, tout en ayant le sentiment d'en éviter l'abstraction. Il reste qu'une sorte de droit commun des petits contrats s'est recréée autour du consommateur, où l'on n'a pas de raisons de voir une dérogation marquée à l'abstraction civile. L'exemple ne prouve guère ; en tout cas, il ne contribue pas au constat d'ensemble qui est ici dressé³⁰.

30. Rouhette ne s'y était d'ailleurs pas trompé : au rebours de tous ceux qui voyaient dans les premières règles du droit de la consommation une offense faite à la pureté du droit des contrats, il objectait qu'il était davantage question d'un retour aux sources : G. Rouhette, « "Droit de la consommation" et théorie générale du contrat », *Mél. R. Rodière*, Dalloz, 1982, p. 247.

En revanche, la spécialisation professionnelle se retrouve parfois de façon souterraine, de sorte qu'un corps de règles peut demeurer présent dans le Code civil tout en s'écartant de son esprit. C'est ce que l'on perçoit par exemple avec la réorientation des sûretés réelles, due à l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006. Alors que la matière était autrefois conçue autour de l'individu soucieux de mobiliser son crédit – ce débiteur parfois malheureux, pas toujours de bonne foi –, elle s'est retournée sur son axe puisqu'elle est organisée en considération du banquier dispensateur de crédit. C'est au regard de ses besoins et de son intérêt que le système est pensé. Les textes relatifs aux sûretés demeurent dans le Code civil comme s'il ne s'était agi que d'une réforme de surface, destinée à adapter la matière à la modernité. L'esprit de la matière en sort transformé : on est en présence d'une législation bien plus financière que civile.

Cette première époque a consisté à réorienter le droit civil en le fondant sur la réglementation d'une profession. On commence à assister à une deuxième période, qui témoigne d'un refus de principe de la considération de l'abstraction dans la réglementation. Il est délicat d'en donner des manifestations expressives, car on se trouve au cœur d'une actualité normative difficile à saisir. On observera toutefois que cette tentation du concret se retrouve parfois chez les civilistes eux-mêmes, qui tendent à employer un vocabulaire dangereux pour la survie de leurs principes. En effet, ils utilisent communément une bipartition entre partie faible et partie forte, qui paraît de plus en plus structurer leur pensée : la première doit être protégée, tandis que le sort de la seconde peut être exposé – et le doit même selon certains, à des fins de rééquilibrage social. Il y a sans doute des raisons à ce refus de l'abstraction ; il manifeste toutefois le retournement des droits spéciaux, par nature protecteurs, contre la législation abstraite dont ils se sont jadis émancipés. C'est ainsi qu'une logique particulariste vient informer le droit commun, et lui fournit de pernicious outils. À bien des égards, ce retrait hors de l'individualisme abstrait, émanant des civilistes eux-mêmes, incarne l'épuisement d'un droit qui n'est plus même défendu par ses partisans, désormais insoucieux de ses exigences.

Dans un monde bipolaire partagé entre faibles et forts, il ne peut plus y avoir de liberté dans les relations : la partie forte est toujours suspectée d'abuser, et le soupçon gagne toutes ses actions. Paradoxalement, c'est du cœur du droit civil que viennent de nouveaux Lacordaire, convaincus de ce qu'« entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit »³¹ – tout

31. H.-D. Lacordaire, *Conférences de Notre-Dame de Paris*, t. III, Paris 1872. La citation est extraite de la 52^e Conférence, « Du double travail de l'homme », prononcée le 16 avril 1848, p. 471, et la citation se trouve p. 494.

en prenant d'ailleurs la citation à contresens³². Du coup, la réglementation tend à s'orienter par réaction contre une supposée puissance, et se donne pour objet principal, sinon exclusif, de protéger la partie faible. Du reste, elle n'a même plus besoin de le faire de façon systématique: à défaut, les juges s'en chargeront tant l'idéologie vengeresse leur convient !

Cette spécialisation se retrouve encore quand on se livre à de véritables divisions au sein de l'humanité. Il n'y a pas encore de droit des femmes, mais cela pourrait bien venir tant les études de genre y poussent³³. En revanche, il y a un droit de l'enfant, dont la réglementation a culminé dans un principe contraire à l'esprit du droit civil traditionnel, celui de son intérêt par nature supérieur³⁴. Dans cette façon nouvelle de procéder, il n'est plus question de concilier des droits que l'on préfère hiérarchiser, comme s'il existait une échelle humaine, rétive à toute égalité de principe. Il se pourrait d'ailleurs, au vu des tendances contemporaines, que le droit s'adapte de façon différenciée aux âges de la vie, notamment quand ils semblent appeler une réglementation spécifique. En quelque manière, le droit des incapacités est déjà segmenté: la minorité appelle d'autres règles que celles qui s'appliquent aux incapables majeurs. Sur ce modèle, on pourrait avoir une législation qui, par différentialisme de principe, finisse par modeler ses contours sur chaque moment de la vie, sur chaque situation sociale nouvelle – études, maladie, chômage, retraite... –, et perde de vue que l'on peut aussi saisir l'individu en soi. On l'a d'ailleurs fait pendant longtemps sans que la législation ait pu être considérée comme oppressive: une certaine conception de la démocratie est à ce prix, aujourd'hui datée, qui ne voyait dans la société que des individus égaux en droit.

32. La loi protectrice qu'invoque Lacordaire, c'est la loi divine. En l'occurrence, celle du repos du 7^e jour, et non pas la loi humaine qui est susceptible de ne pas le respecter, ce qu'il dénonce vivement !

33. V. tout de même le travail précurseur de: F. Dekeuwer-Defossez, *Dictionnaire juridique. Droit des femmes*, Dalloz, 1991.

34. L'intérêt supérieur de l'enfant semble avoir été pour la première fois posé par l'article 3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (CIDE), du 20 novembre 1989. Le premier alinéa énonce en effet: « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». À partir de la consécration de son effet direct, la Cour de cassation a relayé cette exigence dans la jurisprudence de droit privé: « attendu que dans toutes les décisions qui concernent les enfants, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale » (à partir de Cass. 1^{re} civ., 18 mai 2005, n° 02-20.613, *Bull. I*, n° 212, p. 180, *D.* 2005. 1909, note V. Egéa, qui ouvre sur une longue lignée jurisprudentielle). Sans aller jusque-là, le législateur avait déjà sanctifié l'intérêt de l'enfant, quoiqu'il ne fût pas encore considéré comme *supérieur*. Issu de la loi du 4 mars 2002, l'article 371-1 C. civ. énonce en effet: « l'autorité parentale est un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant » – mais pourquoi pas celui de la famille toute entière ?

Pourquoi considérer que cette primauté dénature le fonctionnement civil ? Parce que dans son organisation habituelle, ses règles cherchent la justice *in abstracto*, en fonction d'intérêts différents et divergents qu'il s'agit d'harmoniser, du moins de concilier. Dès lors que l'on proclame que l'intérêt d'un individu écrase celui des autres, on établit une hiérarchie *a priori* qui trouble l'égalitarisme du droit civil. Du coup, la sous-réglementation qui le caractérise est contrariée par la multiplication des avantages juridiques divers, au profit de celui qui se situe à son sommet. Il n'est évidemment pas question de considérer que par principe, une règle de faveur n'a jamais de raisons d'être ; bien plutôt, il faut être conscient qu'elle se retourne en règles discriminatoires à l'égard de tous ceux qui n'en bénéficient pas. Quand la faveur se généralise au point de marquer l'esprit d'une branche du droit, ou d'être le mode opératoire de la résolution des conflits, il ne s'y trouve plus aucune neutralité. Au rebours de son habituelle finalité départitrice, la règle de droit se charge d'une mission promotionnelle dont il est bien certain que le droit civil ne se croyait pas investi, dans sa perspective traditionnelle³⁵. De fait, il n'y a pas de raisons que la règle de droit soit destinée à opérer des refontes sociales, qui relèvent d'abord d'un politique qui n'en exprime pas directement le désir.

Le dernier exemple de spécialisation que l'on peut alléguer est celui que l'on trouve parfois mis en œuvre dans les procédés de la *Cour européenne des droits de l'homme*. La Cour conteste la pratique législative consistant à réglementer les situations de façon abstraite, sans faire aucune part à leurs contours effectifs. Peut-être la généralisation est-elle abusive, mais c'est celle que l'on trouve par exemple dans les arrêts rendus en matière de mort volontaire, ou si l'on veut d'euthanasie : peu importe que tel ou tel État dispose d'une législation considérée comme satisfaisante, dont les règles ont été scrupuleusement appliquées dans un cas précis. Dès lors qu'il n'y a pas eu de prise en compte individualisée de la situation d'un requérant, il peut y avoir violation des exigences de la Cour – comme si l'idée même de règle de droit, générale et abstraite, ne convenait plus à notre époque du droit³⁶.

Si le procédé se généralisait³⁷, on constaterait une véritable éviction des méthodes du droit civil, car cela touche aussi bien la considération de

35. Si le Code civil de 1804 a résisté à d'étonnants changements d'époque, s'il s'est maintenu dans des sociétés aux orientations politiques ou sociales diverses, c'est parce qu'il présentait une neutralité qui le rendait apte à régir la France de la République, comme celle de la Royauté ou de l'Empire ; celle qui était gouvernée par la droite comme celle des périodes socialistes – sans compter sa résistance en cas de révolutions politiques.

36. V. Par ex. CEDH 19 juillet 2012, *Koch c. Allemagne*, n° 65 et s., sur la violation du droit au respect de la vie privée.

37. Des auteurs expliquent d'ores et déjà qu'il est inéluctable que la Cour de cassation cesse d'être juge de la règle, pour devenir juge du fait à la demande de la Cour européenne. Et dans cette mission nouvelle, il ne lui appartiendrait plus de coordonner l'interprétation

l'individu, des biens ou des liens. Toute règle de droit appliquée de façon mécanique est susceptible de contrarier une idéologie fondée sur l'attention aux singularités de détail. Dans les grandes Déclarations de principes, l'homme des droits de l'homme était un être abstrait. Dans la pratique de la Cour, il est le plus souvent question d'un individu en situation, que l'on ne doit jamais saisir ni traiter abstraitement. Sa politique consiste à estimer que la règle la mieux suivie peut être un paravent destiné à éviter de prendre en considération une situation par trop concrète : il s'agit en quelque manière d'une machine de guerre contre l'idée de règle de droit, par nature générale et abstraite, qui est le support d'une conception juridique qui a donné ses plus beaux fruits dans le droit civil et le droit international privé.

Que la rigueur de la règle soit difficile à supporter, toute notre époque le montre ; que l'on gagne à sortir de la règle pour entrer dans le monde des appréciations concrètes, c'est une tout autre affaire. Longtemps, en droit civil, le culte de la règle a protégé la France de l'arbitraire ; souhaitons que l'abandon de telles considérations n'y ramène pas³⁸.

Si l'on voulait réconcilier les deux mouvements qui portent atteinte au vieux droit civil, il suffirait d'y considérer les tribulations actuelles de l'animal. Celui qui fut longtemps un meuble, sous l'empire du Code civil de 1804 comme des législations antérieures, a commencé une migration dont on ne sait où elle le conduira. Aux termes du nouvel article 515-14, issu de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015³⁹ – « les animaux sont des êtres vivants doués de sensibilité. Sous réserve des lois qui les protègent, les animaux sont soumis au régime des biens » –, il semble bien que l'animal ne doive plus être qualifié de meuble, sans pouvoir encore être considéré comme une personne. Néanmoins, il a dorénavant acquis une place de

de la règle, mais de contrôler son adaptation à toutes les situations de détail protégées par le droit européen, dans le cadre de son examen concret de toute situation. Il n'est pas certain que le virage annoncé soit pris, ou doive se prendre : les auteurs prennent parfois leur souhait pour des réalités (Ph. Jestaz, J.-P. Marguenaud et Ch. Jamin, « Révolution tranquille à la Cour de cassation », *D.* 2014.2061). Mais quel serait le destin du droit civil, traditionnellement entendu, dans une telle évolution ?

38. Dans le *Mémorial de Ste-Hélène*, Las cases cite la formule suivante de Napoléon : « on ne peut échapper à l'arbitraire du juge qu'en se plaçant sous le despotisme de la loi » (E. de Las cases, *Mémorial de Sainte-Hélène*, Chap. X, jeudi 3 octobre 1816). Cela aurait-il cessé d'être exact ?

39. J.-P. Marguenaud, « Une révolution théorique : l'extraction masquée des animaux de la catégorie des biens », *JCP* 2015.305 ; N. Reboul, « Nos amis les animaux... sont désormais doués de sensibilité : un tournant et des tournants ! », *D.* 2015.573 ; Ph. Reigné, « Les animaux et le Code civil », *JCP* 2015, act. p. 242.

premier plan dans le Code civil : il s'y trouvait depuis toujours inscrit, mais au sein d'une catégorie mobilière générale où il n'était que passif.

Ceux qui avaient été partisans de cette évolution, à des fins symboliques, se réjouissent d'une promotion qui manifeste leur succès : accroître la dignité apparente de l'animal. Ceux qui considèrent que le droit civil est par nature un droit des liens s'inquiètent : l'insertion de l'animal dans une catégorie nouvelle n'obligera-t-elle pas à déterminer les liens juridiques qu'il pourra nouer ? À quoi servirait-il de l'inscrire dans le Code civil, si ce n'était pour lui ouvrir une existence juridique active ? Précisément, de quelles relations sera-t-elle constituée ? Pour l'avenir, ce sera de deux choses l'une. Soit la personne continuera de traiter les animaux comme des choses, et leur promotion n'aura été qu'un trompe-l'œil : l'avancée aura été dépourvue d'effectivité juridique. Soit l'animal deviendra un intervenant social, par l'intermédiaire de ses représentants, et il devra tisser des relations avec les autres catégories civiles. Sortant de la catégorie des biens, il pourra se les approprier selon ses besoins : il importe donc qu'il soit doté d'un patrimoine qui lui permette de devenir un acteur de plein exercice du jeu social – ce qui n'est pas à l'ordre du jour. De plus, échappant ou non à la catégorie des personnes, il devra pouvoir passer des contrats avec celles-ci pour régler le cours de sa vie sociale, ce qui le rendra titulaire de droits – mais aussi débiteur d'obligations, ce qui n'a pour l'heure aucune signification concrète.

La pénétration de l'animal dans le droit civil est emblématique d'un corps de règles qui n'a plus conscience de sa raison d'être. La spécificité des intervenants est poussée à son comble : trop spécial, l'animal ne peut plus être un bien ; en sens inverse, bien des raisons militent pour qu'il ne soit pas une personne. Qu'à cela ne tienne, il deviendra peut-être une catégorie tierce qui s'ajoutera aux deux ancêtres fondateurs – personnes et biens. Quant aux liens établis par l'animal, qui lui permettraient d'être un acteur du jeu social, ils sont inexistants et sans doute destinés à le rester. Dans les conceptions actuelles, ils ne peuvent être que des variations sur le thème de la propriété, plus orientées vers la protection⁴⁰. Être sujet de

40. La thèse de Mme Boisseau-Sowinski est le travail le plus abouti dans la recherche d'un contenu des droits de l'animal (L. Boisseau-Sowinski, *La désappropriation de l'animal*, préf. J.-P. Marguénaud, pulim 2013). Elle propose de constituer ces droits sur un animal désapproprié, puisqu'elle cherche à montrer que l'appropriation est ce qui gêne le plus aujourd'hui – ce que l'on ne croit pas exact. Au moment de proposer ces droits, dans la seconde partie de sa thèse (Boisseau-Sowinski, *op. cit.*, p. 295 et s.), elle évoque très clairement des droits *sur* l'animal : *absumération* et *adveillance*. L'essentiel pour notre propos ne tient pas tant à ces mots un peu complexes car construits sur une base étymologique, mais au fait que l'on n'est jamais en présence de droits *de* l'animal. Ce dernier est toujours passif – exactement à la façon d'un bien ! Si l'on veut qu'il ne soit pas cela pour devenir une

droit, c'est parvenir à concilier la qualité de créancier et celle de débiteur, sans se limiter à faire l'objet de protections variées.

Dans le parcours législatif de l'animal, nous lisons la déshérence actuelle du droit civil: la facilité avec laquelle il y a été intégré, en apparence du moins, dévoile un corpus dépourvu de toute résistance au point d'être à la recherche d'une signification nouvelle. Bien sûr, les différentes matières qui le composent n'ont pas de raisons de dépérir à court terme. Les liens sociaux n'étant plus favorisés par la réglementation, il n'est guère envisageable que ces différents domaines prospèrent; il reste que l'on peut demeurer longtemps avec des contrats, des biens, des liens de famille, réduits à une sorte d'armature conceptuelle, mobilisée pour des besoins qui ne sont plus très actuels. Que le droit civil ne sache plus bien où il va n'implique pas qu'il doive dépérir demain, car les domaines qu'il occupe continuent de recouvrir d'incontestables besoins. Nul doute qu'à l'avenir, ceux-ci soient pris en charge par des méthodes juridiques nouvelles⁴¹. On n'y est pas encore, et la résistance de certaines matières peut être envisagée sans que cela indique une quelconque survie du droit civil lui-même.

Tout au contraire, en observant le développement actuel des droits de l'homme, on peut craindre qu'il ne signale le congé officiel donné au droit civil. Le dirigisme de l'après-guerre l'avait ébranlé, de l'extérieur, en l'enfermant dans un carcan niant le libéralisme des relations entre individus. La spécialisation professionnelle a poursuivi le travail de sape, et l'a en quelque manière vidé de l'intérieur en proposant des règles destinées à des intervenants précisément situés dans les relations sociales. Le particularisme contemporain des hommes, des biens et des liens pourrait en finir avec la possibilité de l'abstraction, et donc avec le droit civil tel qu'on l'a connu depuis au moins deux siècles.

Sic transit gloria juris civilis...

Écrit le 30 juin 2015

personne, ou un intervenant d'un autre type, il faut qu'il devienne actif aux yeux du droit civil. On attend de voir comment!

41. Sur les renouvellements en cours des personnes et de la famille, v. par ex. F. Chénéde, «Le droit à l'épreuve des droits de l'homme», *Mél. G. Champenois, op. cit.*, p. 139.

Une discipline performative: les libertés publiques ou fondamentales

Patrick WACHSMANN

*Professeur à l'Université de Strasbourg,
Institut de recherches Carré de Malberg*

La difficulté du thème retenu pour ce colloque tient d'abord à l'incertitude sur ce qu'est précisément une *discipline juridique* : entre la matière d'enseignement, qui suscite la production d'un matériel pédagogique correspondant (les « manuels »), la discipline comme organisation de la connaissance et le *corpus* dont elle traite, il y a, nécessairement, des interactions, mais aussi des distorsions. Le *corpus* est censé façonner la discipline, en même temps qu'inévitablement, il procède d'elle ; quant à la matière, elle apparaît comme une enseigne censée rendre compte de l'existence d'une discipline scientifiquement cohérente. Il m'a semblé intéressant de mettre ici l'accent sur la constitution même de la discipline *libertés publiques*, ensemble l'enseignement censé la désigner, et sur la signification de la transformation récente de son intitulé : nom de discipline, le nom et nom de discipline : la discipline, en somme – mais ceci est une fausse annonce de plan.

I – GENÈSE

Les *libertés publiques* offrent l'intérêt d'une inscription relativement récente, en 1954, au sein des enseignements proposés par les facultés de droit. Cette date se situe au cœur à la fois des espoirs et des aveuglements de la Quatrième République : survivance de la *République des illusions* au moment où s'achève la *République des contradictions*, pour reprendre les intitulés et le clivage chronologique des deux premiers volumes de l'*Histoire de la Quatrième République* de Georgette Elgey.

Quant à la discipline *stricto sensu*, elle a longtemps constitué un simple chapitre du droit constitutionnel – ce qui pose d’ailleurs la question de savoir si toute subdivision significative d’une discipline existante a vocation à constituer elle-même, un jour, une discipline (voire en constitue virtuellement une, *in utero* si l’on ose dire). Le lien entre la discipline *droit constitutionnel*, telle qu’elle se présente en France sous la III^e République, et un libéralisme politique revendiqué explique le paradoxe d’un rattachement au droit constitutionnel, nonobstant l’absence de consécration constitutionnelle formelle des droits à l’époque. Dans ses *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* (1^{re} éd., 1895) Esmein indique d’emblée que l’objet du droit constitutionnel comporte la délimitation des droits de l’État (l’existence de droits individuels antérieurs et supérieurs à ceux de l’État « interdit au souverain de faire les lois qui entament les droits individuels, et lui commande d’en promulguer qui assurent effectivement la jouissance de ces droits »¹), avant d’étudier, à l’extrême fin de l’ouvrage, « La réglementation des droits individuels »². L’exposé consiste d’abord en une série d’études historiques, en commençant par la Déclaration de 1789, puis en une description de la législation relative aux principales libertés (du commerce, du travail et de l’industrie, de la presse, etc.). On relèvera que la référence que comporte l’ouvrage à « la liberté moderne » désigne la liberté politique, dont l’origine est classiquement située dans la Constitution anglaise, en une démarche reprise de Montesquieu. Cette manière d’appréhender la question fait école³, puisqu’on la retrouve, avec l’ajout d’une systématisation sous la forme de l’étude d’une « Constitution sociale de la France », opposée à sa Constitution politique, à la fin du *Précis de droit constitutionnel* de Maurice Hauriou⁴, toujours sous le signe de l’étude des « droits individuels » – ces termes apparaissent constamment dans la description par Hauriou de cette constitution sociale.

Les termes *libertés publiques* émergent véritablement dans la deuxième et dernière édition du traité de *Droit constitutionnel* de Duguit, parue en 1925, dont ils forment l’intitulé du dernier tome – on relèvera la constance de cette position conclusive de l’étude des libertés faite dans le cadre du droit constitutionnel. L’objet de ce tome 5 est d’emblée défini comme général par Léon Duguit. Celui-ci écrit que « Quelle que soit la notion que l’on se forme de l’État et du droit, il faut affirmer que l’État a des devoirs envers

1. *Éléments...*, 6^e éd. par Joseph Barthélémy, Sirey, 1914, rééd. Éd. Panthéon-Assas, 2001, p. 30.

2. *Op. cit.*, p. 1085-1211.

3. Mais pas systématiquement. Ainsi, le *Traité de droit constitutionnel* de Joseph Barthélémy et Paul Duez, nouvelle édition, Dalloz, 1933, ne comporte-t-il pas de subdivision consacrée aux droits et libertés.

4. 2^e éd., Sirey, 1929, rééd. CNRS, 1965, p. 611-735.

les individus, que son action est limitée positivement et négativement par le droit, c'est-à-dire qu'il y a des choses qu'il ne peut pas faire et des choses qu'il est obligé de faire»⁵ et précise (si l'on peut dire) qu'« on qualifie de lois sur les *libertés publiques* toutes celles qui ont le double but de déterminer les obligations de l'État et de fixer des garanties à leur accomplissement »⁶. Procédant d'une conception de l'État, une telle indication impose en réalité l'étude de la réglementation juridique tout entière, d'autant que l'auteur ajoute immédiatement qu'aux côtés des obligations négatives pesant sur l'État s'ajoutent des obligations positives « pour que chacun puisse exercer sa liberté »⁷. Tout cela ne change pas fondamentalement, hors l'élargissement considérable du propos, par rapport à ce qu'écrivait déjà Adhémar Esmein. Le volume sur les libertés publiques constitue clairement, aux yeux de Duguit, une sorte de vérification expérimentale de sa théorie de l'État et du droit⁸, sur des terrains dont la détermination est inévitablement arbitraire. Il en convient immédiatement et indique qu'il lui suffira de vérifier la validité de ses propositions générales (t. III, ch. VI) sur l'État et le droit, à propos de la liberté physique, de la liberté du travail, du commerce, de l'industrie et des contrats, puis de la liberté intellectuelle et morale et enfin de la liberté d'association.

En 1954, l'étude du régime des libertés publiques devient indépendante sous cette dénomination. Alors qu'elle était traditionnellement entreprise, ici encore *in extremis*, à la fin des trois années ordinaires – prédoctorales – de droit, sous la bannière d'un enseignement de *droit public général*, voici qu'elle accède à une autonomie pédagogique revendiquée, par reprise officielle de l'intitulé du tome 5 du traité de droit constitutionnel de Duguit.

Le « droit public général », matière fourre-tout de troisième année, au titre d'une des deux matières semestrielles que le décret du 2 août 1922 relatif à la licence en droit autorise les facultés de droit à organiser et, partant, à définir librement, où chacun case ses lubies ou essaie, au dernier moment, de boucher les trous du droit public tel qu'on l'enseigne, se transforme ainsi en *libertés publiques*⁹ par la grâce du décret du 27 mars 1954.

5. *Op. cit.*, p. 1.

6. *Op. cit.*, p. 2.

7. *Op. cit.*, p. 3.

8. Il énonce ainsi l'essence de sa conception de l'État, dirigée contre la théorie allemande de l'autolimitation de l'État: « il y a une règle de droit supérieure à la puissance publique, qui vient la limiter et lui impose des devoirs » (*Traité, op. cit.*, t. 3, p. 548), le but étant de « protéger les gouvernés contre l'arbitraire du gouvernement » (*id.*, p. 551).

9. Claude-Albert Colliard en revendique, à demi-mots, la paternité (*Libertés publiques*, 6^e éd., Dalloz, 1982, p. VII: le sous-titre qu'il avait choisi pour l'enseignement du droit public général et pour le manuel issu de cet enseignement en 1950 aurait été *accepté* lors de la réforme de 1954) – il ajoute: « Je continue à éprouver quelque fierté de constater que l'option adoptée a été maintenue pendant une longue période » – tandis que Jean Rivero

La République se proclame ainsi libérale, en mettant en avant l'intitulé de ses enseignements juridiques, ce qui, si critiques que puissent être les enseignements en question a un efficace propre. Réfléchissant sur les raisons justifiant l'apparition des libertés publiques dans les programmes des facultés de droit, Jean Rivero¹⁰ met en avant des raisons pratiques (on n'avait plus le temps d'étudier dans le détail la liberté de la presse, le régime des réunions et des associations, etc.), pédagogiques (la pluridisciplinarité par l'exemple, la synthèse comme explication) et enfin une prise de position de l'Université sur un débat majeur de notre temps : les libertés sont-elles en déclin (Daniel Halévy et *Décadence de la liberté*, Roger Errera et *Les libertés à l'abandon* sont cités), notamment face aux menaces de la technique et à la montée de la violence, ou au contraire en essor, comme en témoigneraient réaffirmations constitutionnelles, instruments internationaux et... encyclique *Pacem in terris* ?

II – DE LA QUESTION DU CORPUS À LA MISE EN LUMIÈRE DU CARACTÈRE IDÉOLOGIQUE ET PERFORMATIF DE LA DISCIPLINE

La question de la détermination du *corpus* qui est celui de la discipline paraît simple, mais elle se pose en réalité d'une manière très spécifique au sujet des libertés publiques. Celles-ci – quel que soit l'intitulé que l'on adopte à leur égard – constituent-elles vraiment une *discipline* juridique ? L'incertitude actuelle quant à l'intitulé de cette discipline se double d'une autre, relative à son contenu : qu'étudie-t-on exactement ? « Le régime juridique des libertés », répondra-t-on. Mais qu'est-ce à dire ?

Quel est ce *corpus* (liberté individuelle, liberté d'expression, d'association ou de religion et quelques autres y figurent obligatoirement, le statut des étrangers généralement, le droit de propriété et le droit de grève exceptionnellement) que la discipline se proposerait d'étudier et de systématiser ? Notons que ce contraste, d'emblée présent – Esmein et Duguit le rencontraient déjà –, entre l'ampleur potentielle du projet et la détermination des chapitres étudiés est inévitable dans les manuels et cours

précise : « Jusqu'à 1954, le régime des principales libertés trouvait sa place, soit dans le cours de droit administratif sous l'angle de la police, soit surtout dans un cours dit de « droit public général », dont le cadre assez lâche était souvent utilisé au profit d'un exposé systématique du droit des libertés. La réforme de 1954 a donné, à ce regroupement, son statut et son programme. Celle de 1962 avait rendu obligatoire pour tous les étudiants le cours de libertés publiques ainsi créé » (*Les libertés publiques*, 2^e éd., tome 1, 1978, p. 16).

10. *Op. cit.*, p. 18.

de libertés publiques ou fondamentales. Cette particularité comporte ce corollaire inévitable : on est confronté à la question : pourquoi avoir exclu de l'étude telle liberté (le droit de propriété, les droits sociaux, etc.) ? Cette question trouve sa parade dans un argument qui dévoile une faiblesse conceptuelle plus qu'il ne procède d'un constat pédagogique¹¹ : parce que le droit civil, social, administratif, constitutionnel, pénal, etc. s'en occupent déjà et fort bien.

À l'évidence, le *corpus* en question ne préexiste que très virtuellement à la constitution/institution de la discipline, ce qui revient à dire et atteste que cette dernière n'a d'autre consistance qu'*idéologique*. La soi-disant discipline n'a d'autre objet que de faire exister son objet, elle vaut d'abord par l'énonciation qu'il existe en droit français un objet qu'il serait possible d'étudier sous l'intitulé libertés publiques. L'utilisation de cette expression, note avec justesse Claude-Albert Colliard¹², ne présageait pourtant rien de bon : les affiches placardées sur les murs de Paris au moment du coup d'État de Louis-Napoléon Bonaparte, le 2 décembre 1851, annonçaient la création d'une assemblée devant constituer un « pouvoir pondérateur, gardien du pacte fondamental et des libertés publiques »¹³...

Je qualifie la discipline « libertés publiques » – puis fondamentales – de *performative*, parce qu'il me semble que la seule institution, sous ce nom, d'un enseignement spécifique véhicule un message : il existe une discipline dont cet enseignement rend compte et son intitulé a pour fonction d'indiquer le caractère libéral du système juridique français. La fonction de l'entreprise est ainsi d'exhiber, de donner à voir ce qui n'existe pas, en tout cas pas évidemment, indépendamment d'elle. L'énoncé est performatif, terme que Roland Barthes expliquait en prenant pour exemple : *je t'aime* et en indiquant qu'il n'a d'autre référent que sa profération. Pour les libertés publiques en France, cela suggère, par association, et pas exclusivement avec les Bonaparte : *je t'aime, moi non plus*... La logique de l'énonciation où la discipline est prise permet cependant aussi une approche plus optimiste, par contraste avec cette phrase d'Orwell relative au « novlangue » dans *1984* :

11. Alors qu'il est légitime de faire valoir que l'on ampute l'étude du droit de la responsabilité des personnes publiques de celle du droit privé de la responsabilité, qui s'applique également, en arguant de ce que l'on serait conduit à redire ce que l'enseignement du droit de la responsabilité menée par les civilistes dans le cadre du droit des obligations a déjà appris aux étudiants. Pour être scientifiquement non pertinent, comme Charles Eisenmann l'a définitivement démontré, l'argument n'en est pas moins sensé du point de vue de l'enseignement du droit. Surtout, il ne met pas au jour une infirmité de la discipline qu'est le droit administratif, pour peu que les précisions issues de la leçon d'Eisenmann aient été apportées.

12. *Libertés publiques*, 6^e éd., Précis Dalloz, 1982, p. 19.

13. V. ainsi l'article 25 de la Constitution du 14 janvier 1852 ainsi que le développement de cette idée à l'article 26.

« Les libertés politique et intellectuelle n'existaient en effet plus, même sous forme de concept. Elles n'avaient donc nécessairement pas de nom »¹⁴.

L'énonciation inaugurale a lieu en 1954, soit en un temps où les solutions législatives et jurisprudentielles consacraient davantage les prérogatives de l'administration, en particulier de l'autorité de police, que les droits des administrés (en laissant de côté les exactions coloniales). Le fait de rebaptiser la discipline en 1990 doit, lui aussi, envoyer un message idéologique : la France a désormais accédé à la qualité d'État de droit (de droit constitutionnel, s'entend), parce que le Conseil constitutionnel est une vraie cour constitutionnelle. Notre pays est sorti de l'âge de l'État légal qui n'était en réalité, dit-on *a posteriori*, qu'un État administratif parce qu'il livrait souvent les administrés à l'arbitraire de l'administration dont les délivrerait seul le Conseil constitutionnel.

Convenir que la discipline libertés publiques n'a pas d'objet spécifique, qu'elle n'est qu'un certain regard jeté sur l'ensemble de la réglementation juridique (« du point de vue des libertés ») revient à avouer sa fonction idéologique (clairement revendiquée par Colliard ou Rivero), qui est, on l'a dit, d'accréditer la nature fondamentalement libérale de l'ordre juridique français (celle-ci résiste à l'épreuve d'éventuelles dénonciations critiques de tel ou tel aspect, fût-il crucial, de ce régime, parce que précisément le cadre est considéré, sans aucun examen critique d'ailleurs, comme acquis). S'y ajoute un côté insidieusement normatif chez les pratiquants de la discipline¹⁵, sans autre équivalent contemporain que celui qui a cours chez la plupart des auteurs en droit communautaire¹⁶, devenu droit de l'Union européenne.

L'étude des libertés, publiques ou fondamentales, relève de l'idéologie, en aucune façon de la science, même ramenée à une technologie. Claude-Albert Colliard l'avoue sans fard, après avoir indiqué, dans sa préface, qu'il a œuvré pour leur reconnaissance comme « matière du programme » : « Les “libertés publiques” permettent de regrouper l'étude des problèmes d'une importance capitale dans un régime démocratique, une des bases de la société »¹⁷. Après avoir marqué l'appartenance de la discipline au droit public, il précise : « Certains systèmes de civilisation admettent l'existence au profit des individus de certains droits reconnus, organisés et protégés par l'État. Ce sont ces droits qu'on appelle les libertés publiques »¹⁸, avant d'ajouter : « Le rayonnement intellectuel de la France est inséparable de

14. G. Orwell, *1984*, trad. Amélie Audiberti, Gallimard, Folio, 1950, p. 422.

15. L'auteur tient à préciser qu'il ne s'exempte pas de ce reproche.

16. Comme l'exprime avec humour l'un de mes amis : « Les communautaristes sont les curés de l'Europe »...

17. *Op. cit.*, p. 2.

18. *Ibid.*

la notion de libertés publiques » et d'évoquer « le patrimoine spirituel de la France républicaine »¹⁹. Jean Rivero écrit, quant à lui : « Le statut des libertés publiques, tout d'abord, procède directement d'une idéologie, celle des droits de l'homme »²⁰. Remarquons que, du début à la fin du vingtième siècle, les droits de l'individu passent du statut de droit naturel (attributs de l'individu, ils sont antérieurs à l'État et s'imposent à lui) à celui d'attribut indispensable d'un État civilisé (si l'État ne les garantit pas, on bascule dans un autre système, fasciste, nazi ou bolchevique), sans que les choses changent fondamentalement de l'une à l'autre variante.

Jean Rivero assume clairement cette caractéristique de la discipline : « l'existence, en France, d'un droit des libertés publiques constituant une discipline distincte n'est pas *a priori* évidente. Les disciplines juridiques traditionnelles – droit civil, droit administratif, droit pénal, par exemple – tirent leur unité de la spécificité des règles qu'elles recourent : chacune d'elles correspond à un ensemble homogène de règles distinctes de celles qui composent les autres branches du droit, et autonomes. Le droit des libertés publiques, lui, ne doit son unité qu'à son objet : il étudie toutes les règles qui concourent à l'aménagement et à la protection des libertés »²¹. La question des libertés, de leur aménagement par le droit, serait une pierre de touche, choisie, valorisée, mise en scène, du fonctionnement concret de l'ordonnancement normatif lorsqu'on envisage cet enjeu-là. Il s'agit de convoquer l'ensemble des disciplines intéressées pour vérifier la manière dont elles jouent ou non, leur rôle de protection des libertés. Disciplinarisation de l'interdisciplinarité : telle serait, en privilégiant l'angle des libertés, la vocation scientifique de cette discipline singulière.

Matière alors d'illustration – naguère des conséquences, pour les libertés, de la jurisprudence administrative, notamment en matière de police, aujourd'hui des rapports de systèmes et de leur efficacité/complexité à l'heure d'un supposé dialogue des juges – les libertés publiques voient, à cette aune, leur légitimité scientifique s'effriter spectaculairement. La bureaucratie universitaire-ministérielle fait, en l'espèce, advenir une « discipline » qui doit refléter un imaginaire du droit. En 1954, le fait colonial s'impose avec une brutalité indifférente aux combats menés en commun

19. *Op. cit.*, p. 3.

20. *Les libertés publiques*, 2^e éd., t. 1. *Les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 11. Il indique encore que l'étude des libertés publiques « est plus nécessaire qu'au temps où elles échappaient à toute contestation. Les héritages du libéralisme, remis en cause par l'évolution des idéologies, des techniques, et des sociétés, ne trouveront leur place dans la civilisation qui s'élabore que s'ils n'apparaissent pas comme des survivances du XIX^e siècle, et si leur valeur permanente et leurs modes d'insertion dans le futur font l'objet d'une recherche et d'une réflexion approfondies » (*id.*, p. 19).

21. *Op. cit.*, p. 15.

de 1940 à 1944 et la tradition autoritaire française développe ses disciplines (pas au sens du colloque) en deçà de la timide proclamation constitutionnelle des libertés, mais les professeurs de droit public, rejoints par l'administration de l'Éducation nationale, hissent néanmoins le drapeau des libertés pour caractériser le système tout entier.

Ceci, encore une fois, en 1954, moins de quinze ans après l'abdication de la République et la mise en place d'un régime qui répudie ouvertement, avec, hélas, le consentement de l'immense majorité des Français, ces libertés que l'on brandit avec ostentation²², dix ans après la Libération.

Cela suggère une mise en parallèle avec l'invention, beaucoup plus rapide, par le Conseil d'État, à la Libération, des principes généraux du droit. Ceux-ci témoignent d'une volonté du Conseil d'État de refermer la parenthèse de Vichy, de réaffirmer le caractère libéral de notre droit à partir de son origine, en 1789. Comme le relève François Ewald, « La pratique des principes généraux du droit exprime une sorte de volonté de la société de se lier à elle-même à travers sa propre histoire, son héritage, son patrimoine juridique et constitutionnel. Inversement, on peut dire qu'aujourd'hui, en l'absence d'une référence possible à la nature, c'est à travers les principes généraux du droit que la société se déclare à elle-même ce qu'elle institue comme devant la lier à elle-même »²³. Ces analyses entrent clairement en résonance avec celles menées plus haut et avec les citations qui les soutiennent. La dimension de l'énonciation devant s'y rajouter : en se référant, à partir de 1944-1945, à des principes non écrits auxquels il assujettit les autorités administratives, quelles qu'elles soient, le Conseil d'État veut donner à voir son propre caractère d'institution libérale – il avait oublié de le faire durant la période précédente – et tente, ce faisant, d'accréditer l'idée qu'il n'a jamais cessé d'être fidèle à cette image. La dénégation du caractère créateur des principes généraux du droit (le juge n'en serait pas véritablement l'auteur, il ne ferait que les « découvrir », latents dans notre système juridique, auquel ils sont censés conférer la plénitude de son sens – d'un sens déjà là, en somme) permet tout à la fois d'asseoir le pouvoir prétorien et de faire oublier des errements récents. En se faisant les chantres des libertés publiques, les universitaires publicistes ne procèdent pas autrement. Georges Burdeau, auteur d'un manuel

22. Paul Claudel remarquait, à propos des manifestations patriotiques organisées pendant la guerre de 1914-1918, pour en faire une irrévérencieuse comparaison avec les duos d'amour à l'opéra, qu'« Il n'y a que deux choses à faire avec un drapeau : ou le brandir à bout de bras ou le serrer avec passion contre son cœur. » Il ajoutait : « Quand ce double geste qui n'a rien d'imprévu a été réalisé un certain nombre de fois, le public sent diminuer son émotion. » (« Le drame et la musique », in *Positions et propositions*. P. Claudel, *Œuvres en prose*, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1965, p. 144).

23. F. Ewald, « Une expérience foucauldienne : les principes généraux du droit », *Critique*, n° 471-472, 1986, p. 788.

de libertés publiques plusieurs fois réédité, n'a-t-il pas, dans la version de 1942 de son *Cours de droit constitutionnel*²⁴, épousé avec enthousiasme les valeurs de la soi-disant « Révolution nationale » ? Il peut, on le voit, n'être pas inutile de proclamer collectivement : nous n'avons jamais cessé d'être libéraux.

III – QUELLE DÉFINITION DES LIBERTÉS ?

Il convient de déterminer comment définir cet objet, les *libertés*, que s'assignent les « inventeurs » et professeurs de la matière. La part faite de l'indétermination inévitable que comporte tout objet disciplinaire, compte tenu du désir légitime, déjà souligné, d'éviter les répétitions, on ne peut que relever qu'il entre dans la définition des libertés un flottement tout particulier. Qu'est-ce que ces libertés publiques, désignées comme objet de notre discipline ? Rivero envisage cette question avec méthode, partant du sens philosophique de la liberté comme pouvoir d'autodétermination pour en arriver à des problématiques proprement juridiques : emploi du terme à l'article 34 de la Constitution de 1958, mais surtout encadrement juridique de la liberté : « Ce qui rend “publique” une liberté, quel qu'en soit l'objet, c'est l'intervention du pouvoir pour la reconnaître et l'aménager. Cette intervention donne, à la liberté, la consécration du droit positif. Les libertés publiques sont des pouvoirs d'autodétermination reconnus par le droit positif »²⁵. Reconnaissance et aménagement des libertés par le pouvoir : cette manière d'envisager les choses rompt avec le droit naturel, désormais jugé trop subjectif (il y a ceux qui croient au Ciel – ou à l'Homme, ou à toute transcendance qu'on voudra – et ceux qui n'y croient pas), et se veut positiviste, tout en revendiquant, on l'a dit, une posture idéologique anti-totalitaire. Le positivisme ici affiché cumule en réalité, du fait même de l'intitulé donné à la discipline, les inconvénients de sa neutralité affichée sous le signe de la science et d'un parti-pris, plus ou moins clairement revendiqué, en faveur de la liberté. La pseudo-neutralité de la « science du droit » est obérée par le seul intitulé, inévitablement idéologique, de la discipline et prend ainsi le risque redoublé de légitimer d'avance les solutions, toutes les solutions, du droit positif. Lorsque Claude-Albert Colliard écrit : « À la limite, les libertés publiques peuvent disparaître, puisqu'elles sont

24. Publié à la LGDJ.

25. *Op. cit.*, p. 23. Même approche chez Colliard : « Les libertés publiques n'existent qu'en droit positif et que par le droit positif, ce qui aboutit à la conséquence qu'elles varient dans l'espace et dans le temps. » (*op. cit.*, p. 16).

déterminées par le droit positif »²⁶, le trait est lucide, puisque juridiquement, les libertés sont à la merci de l'État, au rebours de l'utopie du guignol, mais il suggère aussi *a contrario* : dans un État où existe une discipline intitulée *libertés publiques*, les libertés sont, au moins pour l'essentiel, respectées. Que cet essentiel évoque souvent la peau de chagrin dont Balzac faisait le symbole de l'implacable rétrécissement du champ de nos désirs ne dérange, en réalité, que bien peu d'auteurs...

La manière dont est définie la liberté, qui se projette inévitablement sur l'étude des libertés publiques, s'inscrit dans cette perspective. Rivero se montre conséquent, en restant fidèle à la conception philosophique dont il part et en envisageant la liberté par l'autodétermination de l'individu. L'entrée en scène de l'État dans la mesure où les libertés sont *publiques* n'y change rien : « Les libertés publiques sont des pouvoirs d'autodétermination consacrés par le droit positif »²⁷, ce qui revient à dire qu'il faut vérifier, à chaque fois, l'étendue du champ que les règles du droit positif laissent effectivement au libre vouloir des individus. Colliard adopte une définition du même type, lorsqu'il écrit : « L'existence d'une sphère de non-contrainte est effectivement liée à la notion de liberté publique et en constitue même la définition. »²⁸ et en tire cette conséquence, à partir des distinctions opérées par le commissaire du gouvernement Michel dans ses conclusions sur l'arrêt *Benjamin* : « Ainsi se marquent les divers degrés de force ou d'intensité des diverses libertés publiques »²⁹, ce qui revient à dire que selon les cas, on sera conduit à conclure que la réglementation juridique consacre, au profit des individus, une sphère de liberté plus ou moins importante, mais qui peut aussi s'avérer être inexistante.

La référence faite à l'arrêt *Benjamin* de 1933 n'est nullement fortuite : elle montre également ce que l'affichage libéral de la discipline dissimule. On peut considérer cet arrêt, couplé à la décision *Action française* rendue deux ans plus tard par le Tribunal des conflits³⁰, comme emblématique. Toujours présentée comme illustrant le libéralisme du juge, en même temps que son ingéniosité au service des libertés (le contrôle de proportionnalité fait son apparition !), cette jurisprudence marque les limites des libertés

26. *Op. cit.*, p. 23. V. déjà Gaston Jèze (« Les libertés individuelles », *Annuaire de l'Institut international de droit public*, PUF, 1929, p. 168) : « L'étendue et l'efficacité des libertés individuelles dépendent, en totalité, de l'appréciation des gouvernants ». Jean Rivero souligne qu'au contraire, les « droits de l'homme » permettent d'envisager les choses autrement, parce qu'il s'agit d'une notion qui « se situe (...) en dehors et au-dessus du droit positif » (*op. cit.*, p. 23).

27. *Op. cit.*, p. 23.

28. *Op. cit.*, p. 23.

29. *Ibid.*

30. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, par M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, Dalloz, 19^e éd. 2013, respectivement n° 44 et 46.

à la française, aussi bien. Car elle signifie, ce que l'on a tendance à occulter (Achille Mestre³¹, au contraire, ne s'y était pas trompé, qui reliait l'arrêt *Benjamin* à la crise des libertés que connaissait à l'époque la Troisième République), que même consacrée solennellement par la loi, toute liberté peut faire l'objet de restrictions par l'autorité de police, pourvu que cela soit commandé, sous le contrôle du juge, par l'ordre public³². Les promesses de la consécration législative des libertés, alors même qu'elles semblent ouvrir aux individus une sphère d'autodétermination voulue par les auteurs du texte, doivent en réalité toujours s'entendre sous la condition résolutoire de l'intervention des décisions administratives justifiées par la sauvegarde de l'ordre public. L'apogée de cette logique, c'est l'état d'exception, la théorie des circonstances exceptionnelles, ainsi caractérisée, c'est-à-dire, une fois de plus, légitimée par Georges Vedel : on sacrifie, dit-il, une loi pour sauver les lois.

Mais, objectera-t-on, ces temps-là sont révolus, ils correspondent à l'ère des libertés publiques, tandis que notre temps est placé sous le signe des libertés *fondamentales*.

IV – PUBLIQUES OU FONDAMENTALES ?

En 1990, la bureaucratie ministérielle est convaincue de changer les étiquettes et l'intitulé officiel de la matière devient « Droit des libertés fondamentales » – Louis Favoreu parle d'une modification d'appellation « à laquelle nous ne sommes pas étranger »³³, au seuil du manuel qu'il inspire et qui porte ce titre³⁴. Ici encore, le registre du performatif doit être convoqué. Car le message est clair : avec la fin proclamée des libertés publiques et l'avènement annoncé des libertés fondamentales, il n'y a plus de retard français dans la protection des libertés, la malédiction

31. Note au *Sirey*, 1934, 3, 1.

32. Gaston Jèze le notait lucidement : « les libertés individuelles ont toutes une limite implicite : le respect de l'ordre public », et plus loin : « *La police n'est pas autre chose que la conciliation entre les libertés publiques et l'ordre public* » (italiques de l'auteur) (« Les libertés individuelles », Rapport précité, p. 163-164).

33. Introduction de L. Favoreu, P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, O. Pfersmann, J. Pini, A. Roux, G. Scoffoni, J. Trémeau, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, 3^e éd., 2005, p. 1.

34. Nous nous permettons de renvoyer sur cette question à nos études « L'importation en France de la notion de droits fondamentaux », *Revue universelle des droits de l'homme*, 2004, p. 40 ; « Les droits fondamentaux sans le savoir ni le vouloir », in B. Mathieu (dir.), *Cinquantième anniversaire de la Constitution française*, Dalloz, 2008, p. 563, ainsi qu'au début de l'introduction de *Libertés publiques*, 7^e éd., Dalloz, 2013.

de la formule bien connue de Carré de Malberg³⁵ est conjurée : nous aussi, nous avons nos droits fondamentaux (le glissement du droit subjectif à la mesure objective de ce que l'État décide de laisser aux individus est passé par pertes et profits, c'est-à-dire délibérément minimisé), depuis que le miracle, ensuite consolidé, de la décision du 16 juillet 1971 nous a dotés d'une cour constitutionnelle décrétée équivalente aux réalisations étrangères, notamment allemande ! État de droit, droits fondamentaux, cour constitutionnelle, dignité de la personne humaine : ces emprunts désinvoltes au droit allemand en ses concepts clés sont pour le moins superficiels et ne débouchent, il est intéressant de le relever, sur aucune proposition doctrinale de réforme pour se mettre au niveau d'un modèle dénié comme tel, puisqu'on continue, nonobstant cet alignement terminologique, à postuler l'existence d'un « modèle français » – dont il n'importe à personne qu'il ne convainque que les Français et quelques nations guère trop libérales. Point n'est besoin, alors, de recours constitutionnel (ni même, à l'époque, de question préjudicielle de constitutionnalité, décrétée superflue face à la perfection du contrôle *a priori*), de même que d'une dignité soigneusement définie dans ses fondements et ses implications. Il a suffi de célébrer l'apparition de quelques manifestations, somme toute modestes au regard de pays comme l'Allemagne ou l'Espagne, d'une supra-légalité pour tirer les feux d'artifice saluant le nouvel âge des libertés françaises. Jean Rivero estime, lui aussi, que la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971, en affirmant la constitutionnalité des libertés, a rendu « aux libertés le caractère constitutionnel qu'elles avaient perdu », dispensant désormais les juristes français de tenter de retrouver la trace de celui-ci dans la compétence exclusive du législateur ou dans la théorie de la voie de fait³⁶.

« La loi n'a plus tous les droits », proclame de son côté Mireille Delmas-Marty au seuil d'un recueil de textes consacrés aux libertés en France³⁷, qui réussit la gageure de ne pas inclure un seul texte législatif, préférant la convention du Conseil de l'Europe sur la protection des données personnelles à la loi informatique et libertés, dont les quartiers de noblesse ont paru insuffisants, en dépit de son caractère incontestablement pionnier (pour une fois !) en la matière. Inversion des perspectives qui est une manière de signifier la fin du légicentrisme à la française, alors même que les moyens n'ont pas été réellement pris, au moins dans l'ordre interne, pour qu'il en

35. La Constitution française, énonce l'éminent auteur « ne s'est pas élevée jusqu'à la perfection de l'État de droit, parce qu'elle « ne lie pas le législateur à un principe de respect du droit individuel qui doit s'imposer à lui d'une façon absolue » (*Contribution à la théorie générale de l'État*, t. 1, Sirey, 1920, p. 492).

36. *Op. cit.*, p. 25.

37. M. Delmas-Marty et C. Lucas de Leyssac, *Libertés et droits fondamentaux*, Seuil, coll. Points essais, 2^e éd., 2002, p. 9.

aille vraiment ainsi. La révision constitutionnelle de 2008 et la mise en place de la question prioritaire de constitutionnalité ne modifieront que partiellement ces données, puisque le Conseil constitutionnel ne peut exercer le contrôle que lui confie désormais l'article 61-1 de la Constitution que sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation et qu'aussi bien la loi organique que la jurisprudence développent la dimension objective d'un contrôle qui, de ce fait, ne diffère vraiment de celui prévu à l'article 61 que par le moment où il s'exerce.

Quant à l'élément international, il a d'emblée suscité en France des réactions étranges : effort de certains internationalistes et européanistes pour attirer l'attention sur lui, réception maussade par les juges judiciaires et administratifs et par le législateur, agacement d'universitaires mécontents de l'intrusion, dans leur champ disciplinaire, de données extérieures. Sans doute cette situation est-elle due à l'origine à la place à part – on a failli dire : hors droit – du droit international dans l'enseignement du droit en France³⁸. Nous en connaissons tous des symptômes, obstinément toujours actuels : sorties – on a failli dire : *acting out* – contre les cours européennes, invocation de la sécurité juridique pour s'opposer à des innovations qui bousculent le conformisme, souhaits, plus ou moins explicites, de sortie du système européen de protection des droits de l'homme ou de l'Union européenne. Si l'on accorde volontiers que les choses ont évolué, au sein des juridictions suprêmes et au-delà, comme dans le cadre des facultés de droit, il reste cependant évident que le retour du refoulé nationaliste n'est jamais très éloigné.

C'est la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971 relative à la liberté d'association qui, dans la nouvelle ère, succède aux arrêts *Benjamin* et *Action française* pour illustrer la discipline nouvelle ou renouvelée. Notons que ce n'est ni un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme (ou l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft* de la Cour de justice) ni un arrêt du Conseil d'État ou de la Cour de cassation montrant l'influence des droits européens en matière de libertés qui a été choisi. On ne retrouve certes pas dans la décision de 1971 l'ambiguïté, qu'on a rappelée, du message prétorien quant au statut des libertés. Mais il reste à se demander (la plupart des exégètes de la jurisprudence du Conseil constitutionnel omettent de le faire) si la décision de 1971 est bien représentative de l'œuvre du Conseil constitutionnel. On craint que ce ne soit pas le cas et que la décision « Sécurité et libertés » des 19 et 20 janvier 1981 ou l'un de ses nombreux avatars récents n'indique plus exactement ce qu'il

38. En 1978, Rivero écrit encore, après avoir indiqué comment les différentes disciplines juridiques concourent à la protection des libertés : « Enfin, la protection des libertés au-delà du cadre de l'État national ressortit au droit international public général ou au droit européen, selon le cadre dans lequel on l'envisage. » (*op. cit.*, p. 16).

en est de l'effectivité de la garantie constitutionnelle des libertés. Ici encore, les promesses d'une ère nouvelle des libertés, désormais « fondamentales », se sont avérées vaines. Pour l'intitulé de son commentaire de la décision « Sécurité et libertés », Jean Rivero avait choisi une citation dont la justesse ne s'est hélas pas démentie à ce jour : « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau »³⁹.

En dépit de l'enthousiasme des partisans de la réforme de 1990, les libertés « fondamentales » n'ont pas cessé d'être les libertés publiques.

39. *AJDA* 1981, p. 275.

Les migrations transdisciplinaires du droit des étrangers

Quelles causes, quels enjeux ?

Danièle LOCHAK

Professeur émérite de l'Université Paris Nanterre, CREDOF

Le droit des étrangers est une « matière », ce n'est pas – ou pas encore – une « discipline ». On a affaire à un corpus de règles spécifiques – plus exactement : qui ont un *objet* spécifique, donc à une matière, au même titre que, par exemple, le droit de la famille, le droit de la consommation, le droit de la construction ou le droit des brevets, à ceci près que sa place est beaucoup plus marginale dans les programmes d'enseignement.

Le droit des étrangers a connu des « migrations transdisciplinaires », ayant été successivement revendiqué par – ou rattaché à – des disciplines différentes. Ce défaut d'autonomie est d'ailleurs une des raisons parmi d'autres¹ qui conduirait à lui refuser le label de « discipline ». Pendant longtemps, la « condition des étrangers » est restée dans le giron quasi-exclusif du droit international privé, dont elle constituait une partie substantielle. À mesure que les questions de « police des étrangers » – l'entrée, le séjour, l'éloignement – ont pris le pas sur celles de la jouissance et l'exercice des droits et libertés, le centre de gravité de la matière a basculé vers le droit administratif, avant d'être, plus tard encore, saisie par d'autres disciplines comme le droit constitutionnel et le droit international des droits de l'homme, puis finalement attirée dans l'orbite des droits et libertés fondamentaux².

1. On renvoie ici aux autres contributions dans cet ouvrage qui se sont attachées à dégager les critères d'une « discipline », notamment Jacques Chevallier : « Qu'est-ce qu'une discipline ? ».

2. D'un rapide pointage effectué sur environ 80 thèses répertoriées au fichier des thèses et soutenues entre 1990 et 2014 sur un sujet se rapportant au droit des étrangers (lorsque l'intitulé n'était pas suffisamment explicite on a pris comme indicateur la spécialité du directeur de thèse) il ressort que la très grande majorité a été soutenue en droit public : droit

Pour déterminer toutefois plus finement à quel(s) champ(s) disciplinaire(s) le droit des étrangers se rattache – le pluriel est de mise car il peut y avoir pluralité de rattachements – il faut prendre en compte simultanément plusieurs éléments : le corpus des règles applicables et la nature des juridictions appelées à trancher les litiges, d'abord ; la discipline à laquelle appartiennent les auteurs de travaux doctrinaux – articles, ouvrages savants, thèses, ensuite ; les aspects pédagogiques, enfin, à savoir les cours et les manuels dans le cadre desquels la matière est abordée, sinon traitée exhaustivement.

Ces trois dimensions, en effet, ne se recouvrent pas toujours. Si on se fie à la production scientifique, un grand nombre de disciplines se saisissent, quoique de façon inégale, du droit des étrangers : le droit international privé, le droit administratif, le droit constitutionnel, le droit international et plus spécialement le droit international des droits de l'homme, le droit pénal, le droit de l'Union européenne... Les revues spécialisées dans ces différents domaines font une place, parfois importante, parfois limitée, aux textes et aux décisions de justice concernant le droit des étrangers, lequel donne lieu à des thèses qui sont elles aussi soutenues dans ces différentes disciplines. Pour autant, la plupart de ces disciplines ne considèrent pas que cette matière appartient directement à leur champ, comme en témoigne le fait qu'elles ne l'ont pas intégrée dans leurs programmes d'enseignement. C'est finalement dans les manuels de « Libertés » qu'on en traite désormais le plus longuement, tandis qu'inversement beaucoup de manuels de droit international privé ont réduit sa place à la portion congrue quand ils ne l'ont pas purement et simplement abandonnée.

Il faut donc s'interroger sur les facteurs qui déterminent ces migrations. Le plus évident tient aux changements qui affectent la nature des sources du droit des étrangers, mais ces changements eux-mêmes sont indissociables des mutations du regard que la société et les pouvoirs publics portent sur les étrangers et de l'évolution des politiques d'immigration (I). Sur ces facteurs viennent se greffer des enjeux proprement académiques qui peuvent expliquer l'attractivité particulière de la matière pour telle ou telle discipline à un moment donné (II) mais aussi la revalorisation récente du droit des étrangers qui lui permet de figurer aujourd'hui parmi les matières dignes de donner lieu à des travaux scientifiques (III).

public interne ou droit européen (près de 20 % contiennent dans leur titre une référence à l'Union européenne), quelques-unes seulement en droit international public général, qu'une minorité ressortit au droit privé (droit pénal, droit de la famille, droit social) et une infime minorité au droit international privé.

I – LE DÉPLACEMENT DU CENTRE DE GRAVITÉ DU CORPUS JURIDIQUE APPLICABLE

Les migrations transdisciplinaires résultent en premier lieu de l'évolution des questionnements relatifs au statut des étrangers et du déplacement corrélatif du centre de gravité du corpus juridique auquel se rattachent les règles de droit principalement applicables.

Ainsi, à la Révolution, la question de la citoyenneté est première et c'est dans les constitutions – celles de 1791 et 1793 mais aussi de l'an III et de l'an VIII – qu'on trouve les règles régissant l'attribution de la qualité de citoyen : qui sont les citoyens français d'origine, d'une part, comment on devient citoyen français, d'autre part.

Au moment de l'adoption du Code civil, la question de la citoyenneté est devenue secondaire, donc *a fortiori* celle des modes d'accès des étrangers à la citoyenneté. Le Code civil ne se préoccupe que de « l'état civil » des personnes, par opposition à « l'état politique », fixé par la constitution, comme le rappelle Portalis dans son Discours préliminaire. Il dit comment s'attribue et s'acquiert la qualité de Français – et non plus celle de citoyen –, énumère un certain nombre d'incapacités spécifiques aux étrangers, telle l'incapacité successorale, et pose dans son article 11 un principe de réciprocité diplomatique pour la jouissance des droits civils dont ils ne sont pas expressément privés. C'est donc le droit civil qui se trouve saisi de la question des droits des étrangers ; et c'est entre « civilistes » que se déroulent les controverses doctrinales qui portent principalement sur l'interprétation de cet article 11 et sur lesquelles on reviendra plus loin.

Jusqu'au moment où le droit international privé se constitue en branche autonome – moment qu'on peut dater du milieu du XIX^e siècle³. La matière traitée se rattache au droit privé interne : au droit privé en raison de la nature des questions à résoudre, au droit interne en raison du rôle limité – à l'époque – des sources internationales et du peu d'intérêt des États pour ces litiges privés ; mais son autonomisation est favorisée par la spécificité de ses sources, ce qui conforte l'idée que la question des sources est souvent déterminante dans la façon dont telle ou telle discipline se saisit d'une matière. Comme le relèvent Batiffol et Lagarde⁴, si le Code civil et le Code

3. Selon Paul Lagarde, l'expression aurait été utilisée pour la première fois en 1834, et c'est en 1843 que paraît, sous la plume d'un certain Foelix, le premier *Traité de droit international privé ou du conflit des lois des différentes nations en matière de droit privé* dont la troisième et la quatrième éditions, revues et augmentées par Demangeat, paraissent respectivement en 1856 et 1866 (H. Batiffol et P. Lagarde, *Traité de droit international privé*, tome 1, 8^e éd. 1993, p. 77).

4. *Ibid.*, p. 31 et s.

de procédure civile contiennent quelques articles concernant les conflits de lois et de juridictions et la condition des étrangers, c'est la jurisprudence de la cour de cassation et des juridictions judiciaires du fond – une jurisprudence « abondante et constructive » – qui a dû compenser le caractère fragmentaire et insuffisant des dispositions écrites, apparaissant ainsi pendant longtemps comme la source essentielle du droit international privé.

Le droit des étrangers va par la suite entamer sa migration vers le droit public, prioritairement vers le droit administratif. L'importance croissante accordée à la police des étrangers à partir de l'entre-deux guerres se traduit par une explosion de la réglementation et ouvre un large champ de compétence à l'administration. La « police des étrangers » inclut les règles relatives à l'entrée, au séjour et à l'éloignement, mais elle englobe dans les faits bien d'autres pans de la condition des étrangers : l'accès au travail – qui suppose une autorisation administrative –, mais aussi la liberté d'expression, le droit syndical ou le droit de grève – dont l'exercice est hypothéqué par la menace de l'expulsion –, sont ainsi appréhendés, comme le sera plus tard le regroupement familial, à travers le prisme des pouvoirs de police. L'application de cette réglementation foisonnante donne naissance à un contentieux administratif certes très réduit au départ, compte tenu des limites que le juge administratif assigne à son propre contrôle sur ce domaine de « haute police », mais qui ira en se développant.

L'intervention du législateur et celle, concomitante, du Conseil constitutionnel, à partir de 1980⁵, dans un domaine qui était jusque-là régi au mieux par des décrets, mais plus souvent par de simples circulaires, font que le droit constitutionnel à son tour se saisit du droit des étrangers : on a pu ainsi évoquer l'existence d'un « statut constitutionnel des étrangers »⁶, inféré de la jurisprudence du Conseil et leur condition va désormais retenir l'attention des constitutionnalistes.

Parallèlement, alors que le droit international public restait relativement muet sur la condition des étrangers – même si cette question a été, dès la naissance du droit des gens, au cœur de controverses doctrinales sur lesquelles on reviendra plus loin –, le déploiement de la protection internationale des droits de l'homme et le développement corrélatif d'une jurisprudence abondante et constructive de la Cour européenne des droits

5. La loi Bonnet du 10 janvier 1980 inaugure le cycle des modifications législatives de l'ordonnance du 2 novembre 1945 qui va se poursuivre ensuite sans discontinuer : lois de 1981, 1984, 1986, 1989, 1993, 1997, 1998, 2003, pour ne citer que les principales réformes de l'ordonnance, auxquelles succèdent les lois de 2006, 2007, 2011, 2012, 2015, 2016 et 2018 modifiant le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (Ceseda).

6. B. Genevois, « Un statut constitutionnel pour les étrangers. À propos de la décision du conseil constitutionnel du 13 août 1993 », *RFDA* 1993, p. 871. Voir aussi J. Kissangoula, *La Constitution française et les étrangers*, LGDJ, 2001.

de l'homme réactive l'intérêt des internationalistes – ou du moins d'une fraction d'entre eux – pour le statut des étrangers dont on reconnaît désormais qu'ils doivent jouir des droits proclamés comme universels.

C'est ainsi qu'au croisement du droit administratif, du droit constitutionnel et du droit international des droits de l'homme surgissent de nouvelles problématiques axées sur les droits et libertés des étrangers. La matière entre alors dans le champ du droit des libertés fondamentales, cette discipline en voie de constitution, encore à la recherche de son identité et de son autonomie⁷.

L'impact du droit communautaire est lui aussi de plus en plus manifeste: d'abord sur la condition des ressortissants des États membres, auxquels le Traité de Rome (1957) reconnaît le bénéfice des libertés de circulation et d'établissement et du principe de non discrimination; puis, plus largement, sur la condition des ressortissants des pays tiers, à la faveur de la « communautarisation » des politiques d'immigration et d'asile décidée par le Traité d'Amsterdam (1999). Il s'agit désormais d'un chapitre important du droit matériel de l'Union européenne: constitué d'une multitude de règlements et directives, il donne lieu à un contentieux abondant devant la Cour de Justice de l'Union dont la jurisprudence joue un rôle capital dans la définition du statut des citoyens comme des non citoyens de l'Union⁸.

Pour être complet, il faut encore mentionner, bien que le phénomène soit passé pour l'instant relativement inaperçu sur le terrain académique⁹, la constitution progressive d'un véritable « droit pénal de l'immigration », liée à la place grandissante attribuée à l'outil pénal dans la gestion de l'immigration¹⁰.

Ainsi, le développement d'un droit des étrangers dont l'objet dépasse de beaucoup la « condition des étrangers » à laquelle s'intéressait classiquement le droit international privé, la diversification du corpus des règles applicables mais aussi des approches et des questionnements, incitent les juristes de nombreuses disciplines à s'intéresser à cette matière; en fonction de la polarisation sur telle ou telle dimension du statut des étrangers à un moment donné ce droit est attiré prioritairement dans l'orbite de l'une ou

7. Voir la contribution de P. Wachsmann, « Une discipline performative: les libertés publiques ou fondamentales ».

8. Plusieurs pages lui sont consacrées dans le manuel de L. Dubouis et C. Blumann, *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, 6^e éd., 2012.

9. Signalons malgré tout que des thèses commencent à être produites sur ce sujet. Voir par exemple C. Chassang, *L'étranger et le droit pénal: étude sur la pertinence de la pénalisation*, soutenue à l'université Paris Ouest – Nanterre La Défense en décembre 2013.

10. *Immigration, un régime pénal d'exception*, Gisti, coll. Penser l'immigration autrement, 2012; D. Lochak, « Un droit pénal de l'immigration », in *Politique(s) criminelle(s). Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, 2014.

l'autre de ces disciplines. Car, comme on l'a rappelé, les transformations qui affectent les sources de la réglementation et contribuent à en déplacer le centre de gravité ne sont pas purement contingentes : elles résultent de la façon dont les étrangers sont appréhendés, des préoccupations dominantes des pouvoirs publics à un moment donné, des tendances de la politique d'immigration dont la législation est à la fois le reflet et l'instrument.

Or le fait marquant, à cet égard, c'est que la place considérable prise par la police des étrangers depuis les années 1930 s'est trouvée encore accentuée par la priorité accordée depuis le milieu des années 1970 à la « maîtrise des flux migratoires » et la lutte contre l'immigration dite clandestine. Et cette polarisation a un impact sur la façon dont les juristes à leur tour appréhendent la matière. Traditionnellement, dans l'optique du droit international privé, la condition des étrangers était envisagée prioritairement sous l'angle de la jouissance des droits et libertés. Aujourd'hui, les questions qui se rapportent à la police des étrangers ont tendance à éclipser toutes les autres, si l'on en juge par le contenu des manuels¹¹ ou les thèmes des articles portant sur le droit des étrangers.

II – LES ENJEUX ACADÉMIQUES

Au-delà des facteurs que l'on vient d'évoquer, il faut aussi, pour comprendre ce qui détermine les juristes appartenant à une discipline constituée à s'emparer d'un domaine, à s'approprier un corpus ou au contraire à le rejeter hors de son champ, faire la part des enjeux académiques. Le découpage des matières et leur rattachement à une discipline plutôt qu'à une autre obéissent sans doute au départ à une logique intrinsèque et « objective » que l'on a rappelée plus haut : quel est le corpus dominant ? qui est le mieux placé pour l'analyser, le commenter, l'enseigner compte tenu de la nature des règles qui le constituent et des juridictions compétentes pour les appliquer ? Mais jouent aussi des considérations plus prosaïques incluant aussi bien les jeux d'influence corporatifs et la concurrence entre les disciplines que les nécessités pédagogiques et les contraintes éditoriales. Entre enfin en ligne de compte, dans l'investissement des juristes, l'attrait intellectuel de la matière : la nouveauté des questions posées, l'existence d'une jurisprudence – dont le commentaire est plus excitant pour l'esprit que la simple analyse des textes –, la place pour les controverses.

11. Voir, par exemple, en ce qui concerne les manuels de « Libertés » : D. Lochak, « Comment on enseigne le droit des étrangers. Petite plongée dans les manuels de "Libertés" », in *Mélanges François Julien-Laferrrière*, Bruylant, 2011, p. 377-391.

On se propose de mettre à l'épreuve ces hypothèses à partir de trois « études de cas ». L'idée est de montrer comment l'existence puis l'extinction des controverses doctrinales ont pu jouer un rôle dans l'investissement ou le désinvestissement des civilistes et des spécialistes de droit international public pour les questions touchant à la condition des étrangers, d'une part, comment et sous l'influence de quels facteurs ont été redessinées les frontières du droit international privé, d'autre part.

A. Controverses autour de la notion de « droits civils »

Alors qu'à la Révolution les étrangers s'étaient vu reconnaître une égalité presque complète avec les Français sur le plan des droits civils, le Code civil marque une nette régression en les privant à nouveau d'un certain nombre de droits. Si ce code parle des étrangers, explique Portalis, c'est parce qu'il faut « marquer jusqu'à quel point ils peuvent, dans les choses civiles, être assimilés aux Français, et jusqu'à quel point ils en diffèrent ». Cette question mobilise les membres du Corps législatif qui, en ce qui concerne les droits dont les étrangers ne sont pas expressément privés, optent finalement pour un principe de réciprocité : l'article 11 prévoit que « l'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra ». Mais l'étendue des droits accordés ou refusés aux étrangers qui ne bénéficient pas de la réciprocité dépend de l'interprétation qu'on donne de la notion de « droits civils ». Cette disposition « sibylline » (Niboyet), va donc donner lieu tout au long du XIX^e siècle et pendant une bonne partie du 20^e à d'amples controverses doctrinales.

Pour Demolombe (*Cours de Code Napoléon*, 1^{re} éd., 1844, 3^e éd., 1865), les « droits civils » doivent s'entendre comme l'ensemble des droits privés reconnus par les lois civiles : ils sont l'apanage du national et déniés par principe à l'étranger sauf disposition expresse ou implicite d'un texte. L'étranger ne peut jouir des droits civils que pour autant que ces droits lui sont concédés par une disposition expresse ou de façon implicite.

Aubry et Rau (*Cours de droit civil français*, T. I, 1^{re} éd., 1838, 6^e éd., 1936) proposent d'interpréter la notion de droits civils à la lumière de la distinction de l'ancien droit entre les facultés de droit des gens – considérées comme découlant du droit naturel – et les facultés de droit civil, dont l'établissement est plus spécialement l'œuvre du droit national et dont l'étranger ne peut jouir à moins qu'il ne remplisse les conditions spéciales posées par la loi.

Demangeat (*Histoire de la condition civile des étrangers en France dans l'ancien et le nouveau droit*, 1844) dont la thèse est reprise par Valette

(*Explication sommaire du Code civil*, 1859) estime que l'expression « droits civils » n'est pas synonyme de droits privés et qu'elle a dans l'article 11 le sens de droits limités aux nationaux, par opposition aux droits naturels communs à tous les peuples. Seuls font partie des droits « nationaux » ceux qu'un texte formel refuse aux étrangers. La présomption est donc inversée par rapport à la thèse de Demolombe : dans le silence du législateur, l'étranger jouit de tous les droits privés.

La jurisprudence a consacré successivement les trois solutions avant de se fixer finalement sur la position la plus libérale de Demangeat : en 1948, mettant fin aux controverses doctrinales, la Cour de cassation affirme que « les étrangers jouissent en France des droits qui ne leur sont pas spécialement refusés ».

Les ouvrages de droit civil sont muets sur cette controverse dont on trouve en revanche l'écho dans les ouvrages de droit international privé où elle est relatée dans une perspective historique.

B. Les frontières du droit international privé

La question mérite qu'on s'y arrête car c'est un cas assez rare, nous semble-t-il, où l'on voit une discipline s'interroger aussi directement sur ses propres frontières et les auteurs expliciter les raisons pour lesquelles – concernant la question qui nous occupe ici – il faut ou non, selon eux, y inclure la condition des étrangers.

Naguère encore, comme on l'a rappelé en commençant, la condition des étrangers formait une partie substantielle du droit international privé. Ainsi, dans le *Traité de droit international privé* de Niboyet, dont la première édition remonte à 1938, elle occupe un tome entier – sur les sept que comporte l'ouvrage. C'est encore le cas de la deuxième édition, dont le tome II, entièrement consacré à la condition des étrangers, paraît en 1951. Dans la 8^e édition du traité en deux volumes de *Droit international privé* de Henri Batiffol et Paul Lagarde, paru en 1993, 130 pages lui sont consacrées.

Les auteurs expliquent pourquoi la condition des étrangers fait partie du droit international privé : « Il s'agit des règles qui refusent aux étrangers la jouissance de certains droits reconnus aux Français (...). Son étude d'ensemble ne saurait trouver une place convenable dans aucun chapitre du droit civil ou commercial interne. De plus, la question de condition des étrangers accompagne souvent celle du conflit des lois, ce qui justifie que leur étude relève de la même discipline (...). La condition des étrangers englobe aussi leur situation au regard du droit public : liberté d'entrée et de circulation en France, droits civiques et politiques. Bien qu'il s'agisse d'un problème de droit public interne, ses liens avec la condition privée

des étrangers sont suffisants pour justifier une étude d'ensemble ». Et finalement, « en regroupant ainsi au sein une même discipline la nationalité, la condition des étrangers, les conflits de lois et les conflits de juridiction, la tradition française donne une réponse d'ensemble à la question de la situation juridique de l'individu dans les relations privées internationales »¹².

D'autres auteurs plaident aussi pour le maintien de cette « tradition française », particulièrement extensive lorsqu'on la compare à d'autres : la conception allemande qui n'inclut dans le droit international privé que les conflits de lois, la conception anglo-américaine qui y ajoute les conflits de juridiction ou même la conception des pays latins qui fait entrer dans la discipline la condition des étrangers mais pas la nationalité¹³. Dans le choix de cette conception extensive deux arguments paraissent décisifs aux auteurs cités : d'abord, ces différentes matières ont en commun d'avoir des répercussions sur les relations privées internationales et de prendre en compte l'intérêt des États ; ensuite, elles ont évolué dans le même sens, sous la pression des mêmes événements – et de rappeler ici « l'établissement en France d'un grand nombre de travailleurs étrangers puis de réfugiés » qui a eu un impact à la fois sur les lois sur la nationalité et sur la réglementation du séjour des étrangers et a suscité « une réaction contre une application trop large de la loi nationale aux étrangers ». Cette justification confirme l'hypothèse formulée plus haut d'une perméabilité des questionnements des juristes à ceux qui nourrissent l'agenda politique.

En dépit de ces plaidoyers pour conserver la condition des étrangers dans le giron du droit international privé, la place qui lui est faite dans les manuels de droit international privé s'est réduite comme peau de chagrin. Dans le meilleur des cas quelques dizaines de pages – sur plusieurs centaines – lui sont consacrées¹⁴, mais parfois quelques pages seulement¹⁵, quand elle n'est pas délibérément passée sous silence. C'est le cas de l'ouvrage de Dominique Bureau et Horatia Muir Watt¹⁶ qui, tout en reconnaissant que la vision large de la matière a une cohérence en ce qu'elle propose une « appréhension systématique des difficultés nées de

12. *Op. cit.*, p. 16-17.

13. Y. Loussouarn, P. Bourel, P. de Vareilles-Sommières, Précis Dalloz, 8^e éd., 2004, p. 5-19.

14. À titre d'exemple, la condition des personnes physiques étrangères occupe – encore... – 45 pages sur un peu moins de 800 pages 11^e édition du manuel de Pierre Mayer et Vincent Heuzé (Montchrestien, 2014), 70 pages sur plus de 700 dans la 4^e édition du manuel de Marie-Laure Niboyet et Géraud Geouffre de La Pradelle (LGDJ, 2013), 40 pages sur 980 dans le manuel de Yvon Loussouarn, Pierre Bourel, Pascal de Vareilles-Sommières (Précis Dalloz, 10^e éd., 2013).

15. 10 pages sur 800 dans le manuel de Thierry Vignal (Armand Colin, Coll. U, 2005). Les développements sont logiquement encore plus réduits dans les ouvrages moins volumineux.

16. *Droit international privé*, PUF, Thémis, T. I, 3^e éd., 2014.

la séparation du monde en États », justifient son éviction par « le souci de conserver la relative homogénéité que présentent les questions, à forte composante méthodologique, de conflits de lois et de juridictions, par opposition au caractère à la fois très spécifique, institutionnel et réglementaire des dispositions qui gouvernent d'une part l'attribution de la nationalité, d'autre part l'entrée et le séjour des étrangers ».

Mais le constat dépasse le cadre des manuels. Si l'on consulte les sommaires récents de la *Revue critique de droit international privé*¹⁷, on constate que la part des articles consacrés à la condition des étrangers – dont la plupart portent au demeurant sur des questions de police : visas, régularisation, éloignement, rétention..., ou sur l'application du droit de l'Union – est très minoritaire. La consultation du fichier des thèses atteste de même, comme on l'a rappelé plus haut, qu'une très faible proportion de celles qui sont consacrées au droit des étrangers (conflits de lois et droit économique exclu) sont inscrites avec des spécialistes de droit international privé labellisés comme tels.

Les causes de cette évolution sont multiples. Les unes sont contingentes, sinon terre à terre, comme les contraintes éditoriales ou la restructuration des cursus qui, avec la multiplication des matières d'une part, la semestrialisation de l'autre, oblige à sacrifier des pans entiers des programmes traditionnels. Dans ce contexte, il est logique que l'on préserve le cœur de la discipline : les conflits de lois et les conflits de juridiction, au détriment de matières plus périphériques comme la condition des étrangers et la nationalité qui ne lui sont rattachées que par contiguïté.

Mais la modification de l'équilibre entre les différents aspects de la condition des étrangers a aussi joué un rôle. Traditionnellement, ce qui a trait au régime administratif, à savoir l'entrée, le séjour et l'éloignement, ne représentait qu'une faible part des développements dont l'essentiel était consacré à la jouissance et à l'exercice des « droits et libertés politiques » et des « libertés privées » ou « droits civils ». Cette part s'est progressivement accrue, pour les raisons qu'on a rappelées plus haut : aujourd'hui les questions liées au séjour occupent une place envahissante tandis que, parallèlement, celles relatives à la jouissance des droits paraissent moins cruciales parce que les différences de traitement fondées sur la nationalité ont tendance à régresser. De surcroît, alors que les questions concernant la jouissance des droits étaient résolues sur la base de règles générales, appliquées et interprétées par les tribunaux, la condition des étrangers est régie aujourd'hui par une réglementation complexe et touffue, issue de règlements et de directives européennes, de lois, de décrets, de circulaires, et dont la mise en œuvre dépend principalement de l'administration. Les

17. Notre pointage a porté sur les années 2012 à 2014.

spécialistes du droit international privé ne trouvent plus guère dans ce droit qui s'est entièrement « publicisé » de quoi alimenter une réflexion qui leur soit spécifique.

C. Le droit international public: le statut des étrangers analysé à l'aune de la souveraineté des États

Parce que la condition des étrangers au regard du droit international était régie exclusivement par la coutume, elle n'a donné lieu, pendant longtemps, qu'à des controverses doctrinales. Mais ces controverses étaient fournies: « depuis les origines de cette discipline juridique, comme le relève Vincent Chetail, la condition de l'étranger a constitué un aiguillon du droit international. Elle est longtemps demeurée son thème de prédilection »¹⁸. L'admission des étrangers sur le territoire des États a été au cœur des réflexions de la doctrine du droit des gens naissant, tiraillée entre deux conceptions opposées: – l'une, héritière de Vitoria (*De Indis*, 1542) et Grotius (*Mare liberum*, 1609; *De jure belli ac pacis*, 1625), faisant prévaloir la liberté de communication sur les prérogatives des États; – l'autre, représentée notamment par Vattel (*Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758), proclamant au contraire le droit des États souverains de défendre l'entrée de leur territoire aux étrangers en fonction de leurs intérêts propres, tout en respectant néanmoins les préceptes du droit naturel.

La doctrine de Vattel a inspiré un grand nombre d'auteurs, qui n'en ont pas toujours repris les nuances. Elle a toutefois suscité, à la fin du XIX^e siècle, la réaction d'un courant doctrinal affirmant l'existence d'un « droit de communication » dont le fondement réside dans l'interdépendance et la solidarité des États, même si ces derniers ont aussi le droit d'assurer leur propre sécurité¹⁹. On peut aussi rappeler les thèses de Georges Scelle,

18. V. Chetail, « Migration, droits de l'homme et souveraineté: le droit international dans tous ses états », in *Mondialisation, migration et droits de l'homme: le droit international en question*, Vol. II, Bruylant, 2007, p. 23.

19. Ce courant s'est exprimé notamment au sein de l'Institut de droit international, instance non gouvernementale à visée scientifique fondée en 1873 pour œuvrer au développement et à l'application du droit international. L'Institut a ainsi rédigé en 1892 un projet de règlement réaffirmant le principe de la liberté de circulation et les limites des prérogatives des États qui ne sauraient prohiber l'entrée des étrangers sur leur territoire de manière générale et permanente mais seulement pour des motifs d'intérêt public « extrêmement graves ». Ces motifs sont énoncés il est vrai, de façon très large puisqu'ils incluent « une différence fondamentale de mœurs ou de civilisation », « une organisation ou accumulation dangereuse d'étrangers qui se présenteraient en masse » et que l'État peut aussi interdire l'entrée à des individus en état de vagabondage, de mendicité ou atteint d'une maladie contagieuse, ou suspect d'infractions graves, etc.

énoncées dans son *Précis de Droit des Gens*²⁰, qui tranchent elles aussi avec la doctrine dominante par l'importance qu'il accorde aux « libertés individuelles et collectives » des étrangers et notamment au « libre établissement » : à ses yeux, le « libre commerce international » est une norme fondamentale du droit des gens, même si les gouvernements peuvent le restreindre pour la préservation d'intérêts étatiques en matière de sécurité ou en matière économique, en matière sanitaire, voire en matière morale.

Un autre débat, essentiellement doctrinal lui aussi, s'est polarisé, à partir du XIX^e siècle et au début du XX^e, autour de la responsabilité internationale des États pour les dommages causés aux étrangers²¹ : dans la mesure où l'État est le sujet exclusif du droit international, c'est par ce biais – et par ce biais seulement – qu'est appréhendé le traitement qui doit être réservé aux individus. Là encore, la rareté des traités et donc des sources de droit positif laisse une large place aux reconstructions doctrinales sur la base d'un contentieux arbitral qui a tendance à se développer. Si la thèse d'un « traitement international » – et donc l'idée que tout État est tenu d'accorder à l'étranger un traitement minimum issu de la coutume universelle et des principes généraux du droit sous peine d'engager sa responsabilité – a fini par l'emporter, l'affrontement a continué s'agissant de définir le contenu de ce traitement minimum²².

L'essor du droit international des droits de l'homme, à partir de 1945, va modifier sensiblement la donne. Les conventions internationales obligent les États qui les ont ratifiées à respecter les droits désormais proclamés comme universels en la personne de l'étranger. C'est donc aujourd'hui prioritairement sous l'angle de la protection internationale des droits de l'homme ou du droit des réfugiés que le droit international pose la question des droits des étrangers – avec cet effet paradoxal qu'au moment même où les étrangers sont saisis par le droit international, la discipline semble se désintéresser de la question.

Les manuels et traités de droit international public contemporains contrastent en effet à cet égard avec celui de Georges Scelle pour qui le statut des étrangers représentait une question centrale pour le droit des gens. Très peu de pages lui sont consacrées dans les ouvrages le plus récemment édités²³, souvent il ne fait même l'objet d'aucun développement spécifique

20. *Précis de Droit des Gens*, 2^e partie, Sirey, 1934, réimp. Éd. du CNRS, 1995.

21. Les termes de ce débat sont longuement exposés par Vincent Chetail, *op. cit.*, p. 35 et s.

22. Sur ces controverses, voir par exemple A. von Verdross, « Les règles internationales concernant le traitement des étrangers » *RCADI* 1931-III, tome 37, 1932.

23. Il occupe encore une quinzaine de pages dans le traité de Louis Cavaré, *Le droit international positif* (3^e éd. mise à jour par Quéneudec, Pédone, 1967) qui évoque successivement le fondement de la condition des étrangers, le droit à l'admission sur le territoire de l'État, le statut de l'étranger établi sur le territoire et enfin l'expulsion et l'extradition. Dans le

et n'est abordé que de façon incidente²⁴. Le droit des étrangers devient l'apanage des spécialistes de la protection internationale des droits de l'homme, parfois catalogués avec un certain dédain comme « droits-de-l'homnistes » par le reste de la corporation. Peut-être parce qu'aux yeux des internationalistes ce sont bien les États qui, en dernière analyse et quels que soient les efforts réalisés au plan international pour rendre effectifs les droits de l'homme, restent maîtres de l'application des règles dont on tente de leur imposer le respect, ce qui invalide l'idée d'une quelconque spécificité du droit international des droits de l'homme fondée sur la mise en exergue de la reconnaissance aux individus de la qualité de sujets du droit international.

La centralité de la jurisprudence « constructive » de la cour de Strasbourg a pourtant redonné naissance à des controverses susceptibles de stimuler l'intérêt pour la matière: de fait, si le droit international des droits de l'homme souffre d'un manque de reconnaissance à l'intérieur de sa discipline de rattachement principal, son développement a contribué en revanche à revaloriser de façon spectaculaire le droit des étrangers sur le plan académique.

III – LA REVALORISATION DU DROIT DES ÉTRANGERS: VERS LA CONSTITUTION D'UNE DISCIPLINE ?

Le droit des étrangers était devenu – depuis que les spécialistes de droit international privé s'en sont désintéressés – une spécialité marginale, voire marginalisante. Il n'en va plus de même aujourd'hui. Sa revalorisation, que confirme le nombre de thèses soutenues sur le sujet et plus encore

manuel de Jean Combacau et Serge Sur, *Droit international public* (Montchrestien, 11^e éd., 2014), on trouve, dans le chapitre consacré aux « sujets internes en droit international » des développements sur l'accès au territoire, d'une part (entrée, séjour, éloignement), sur la condition des étrangers, d'autre part. Dans le traité de Patrick Daillier, Mathias Forteau et Alain Pellet, *Droit international public* (LGDJ, 8^e éd., 2009), un paragraphe est consacré à « l'affirmation des droits des ressortissants étrangers », où sont évoqués la question du « standard minimum », le liberté de circulation, le cas des réfugiés et apatrides et la mobilité professionnelle.

24. Dans le manuel dirigé par Denis Alland, *Droit international public* (PUF, coll. Droit Fondamental, 1^{re} éd., 2000), l'étranger est tout juste évoqué dans un développement sur le droit international des droits de l'homme, notamment sous l'angle de l'expulsion et de l'extradition. Dans celui de Pierre-Marie Dupuy et Yann Kerbrat, *Droit international public* (Précis Dalloz, 12^e éd., 2014), une subdivision est consacrée au « respect des droits des étrangers » comme illustration des limites à l'exercice de la souveraineté et donc axée moins sur les droits des étrangers que sur les prérogatives des États.

leur « réception » par le milieu académique, a des causes exogènes : compte tenu de la place qu'occupe l'immigration dans les politiques publiques et des débats auxquels elle donne lieu, les interrogations des chercheurs consonnent avec celles de la société – non sans risque de confusion entre le registre du discours politique ou idéologique et celui du discours scientifique. Mais elle a aussi des causes endogènes au champ juridique. La revalorisation de ce terrain de recherche a été de pair avec la promotion des textes applicables dans la hiérarchie des normes : là où il n'y avait que des pratiques administratives et un contrôle juridictionnel limité de la part du Conseil d'État, il y a désormais des lois, des décisions du Conseil constitutionnel, des conventions internationales, des normes communautaires, une jurisprudence fournie de la Cour de justice de l'Union européenne et surtout de la Cour européenne des droits de l'homme, une jurisprudence également abondante du Conseil d'État qui intègre l'ensemble de ces nouvelles données – et finalement des questionnements juridiques qui permettent une « montée en généralité » : le contentieux des étrangers a fourni l'occasion de poser et de trancher des questions de principe telles que la portée des directives communautaires, l'applicabilité et l'interprétation des conventions internationales, l'impact de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ; il a été à l'origine d'une série de réformes du contentieux administratif, dont celle des procédures d'urgence avec la création en 2000 du référé liberté et du référé suspension.

Faut-il pour autant souhaiter que le droit des étrangers, fort de cet élan, se constitue en discipline à part entière et autonome ? À titre personnel, nous ne le pensons pas. Ériger le droit des étrangers en discipline « à part », c'est prendre le risque de « naturaliser » la condition « à part » des étrangers, de la faire apparaître comme évidente et naturelle, donc de renforcer sa légitimité. L'existence d'une législation spécifique relative aux étrangers, très largement sous-tendue par une visée répressive de surcroît, conforte déjà l'idée d'une différence radicale entre nationaux et étrangers et contribue à inculquer une certaine image de l'étranger : celle d'un être dangereux, délinquant en puissance, mais aussi fraudeur, polygame, machiste, violent, à qui il convient d'inculquer les « valeurs de la République »²⁵. En constituant une discipline spécifique autour de la condition des étrangers, ne risquons-t-on pas de redoubler cet effet ? L'hypothèse que nous formulons à propos de l'attitude de la doctrine face à la législation antisémite de Vichy ne vaut-elle pas ici, toutes proportions gardées ? Le fait que le « droit antisémite » ait pu être considéré comme une discipline officiellement consacrée, avec ses spécialistes, ses controverses doctrinales, son répertoire de problèmes et de

25. Pour une démonstration de cette thèse, voir D. Lochak, « L'image de l'étranger au prisme des lois sur l'immigration », *Droit et culture*, hors-série 2011 : « Orient-Occident. Image de soi, image de l'autre ».

solutions jurisprudentielles, n'a-t-il pas redoublé les effets de la promulgation d'un statut des Juifs et contribué à faire admettre l'exclusion des Juifs comme normale et conforme à l'ordre naturel des choses ?

Le risque de légitimer la mise à l'écart des étrangers organisée par les textes et l'appareil répressif mis en place pour tenter de juguler l'immigration irrégulière doit d'autant plus être pris au sérieux qu'on constate jusque dans les écrits universitaires une certaine perméabilité aux problématiques imposées par les pouvoirs publics. Cette remarque, issue de l'analyse du contenu des manuels de libertés publiques²⁶, vaut également pour certains des manuels de droit international privé qui traitent encore de la matière²⁷. Il n'est pas rare d'y retrouver, sous couvert du rappel de la *ratio legis*, la reproduction acritique du discours officiel et des poncifs qu'il véhicule²⁸. Le lecteur est ainsi imperceptiblement incité à considérer la lutte contre l'immigration clandestine comme inéluctable et la restriction corrélative de certains droits comme légitime.

Il n'en demeure pas moins que le droit des étrangers doit être connu, donc enseigné. Cet enseignement doit s'assigner deux objectifs. Le premier, c'est de former des praticiens compétents, qu'ils soient avocats ou militants associatifs, afin que les droits des étrangers soient défendus avec efficacité, notamment face à l'administration. Cette tâche n'est pas nécessairement du ressort des universités. Le second, qui relève bien de la responsabilité des universitaires, c'est de contribuer au développement d'une capacité de réflexion critique sur ces questions. Et par « critique », nous ne visons pas seulement ni même principalement le commentaire critique de certaines dispositions législatives ou de certaines décisions de justice – une critique ponctuelle n'équivaut-elle pas parfois à légitimer le reste du corpus dans lequel s'inscrit la disposition ou la décision critiquée ?²⁹ – mais l'effort pour

26. Voir D. Lochak, « Comment on enseigne le droit des étrangers... », *op. cit.*

27. Faut-il assimiler l'étranger au national, se demandent les auteurs d'un ouvrage réédité en 2004 ? Si l'on fait aux étrangers une situation trop dure, expliquent-ils, on risque de les décourager de venir s'établir en France alors que nous avons besoin de main-d'oeuvre étrangère. Mais l'assimilation totale présente aussi des inconvénients, car « l'expérience révèle que les étrangers qui viennent s'établir en France ne sont pas toujours ceux dont nous avons besoin (...). Il est donc nécessaire de procéder à un tri afin d'éliminer les indésirables et de canaliser les immigrants vers les professions où leur utilité est réelle » (Y. Loussouarn *et alii*, p. 15).

28. Tels que la nécessité de lutter contre les mariages de complaisance, ou le « constat » de l'existence de faux réfugiés qui ne fuient pas les persécutions mais recherchent des conditions de vie meilleures et détournent ainsi le droit d'asile pour séjourner en France.

29. Là encore, nous faisons remarquer, à propos des écrits de la doctrine sous Vichy, que ce qui était critiqué, ce n'était jamais le contenu de la législation elle-même, mais seulement l'interprétation extensive qu'en donnaient l'administration et les tribunaux. Or « dénoncer les bavures et l'arbitraire dans l'application des textes, n'est-ce pas sous-entendre qu'il y a place pour une application raisonnable, équilibrée, et donc non contestable de ces textes ?

replacer le droit dans son contexte historique et politique, pour insister sur les conditions sociales de production du droit applicable aux étrangers et mettre en regard leur statut juridique avec la place qui leur est assignée dans la société, pour s'interroger sur l'exceptionnalité de ce statut par rapport aux principes de la démocratie et de l'État de droit. Et, s'agissant en somme de déconstruire et de désacraliser le droit, une approche pluridisciplinaire paraît plus pertinente que la prétention de former des experts pointus cultivant leur excellence à l'intérieur des frontières d'une discipline qui se cantonnerait dans le giron exclusif du droit.

N'est-ce pas admettre implicitement leur caractère non problématique, sinon leur légitimité ? » (D. Lochak, « Écrire, se taire... Réflexions sur l'attitude de la doctrine française », in *Le Genre Humain*, n° 30-31, « Le droit antisémite de Vichy », Le Seuil, 1996).

La procédure comme discipline

De structuration en recompositions

Loïc CADIET

*Professeur à l'École de droit de la Sorbonne ,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, IRJS,
Président de l'Association internationale de droit processuel*

Dans ce colloque sur les disciplines juridiques, j'avais initialement accepté, un peu étourdi, de traiter de la judiciarisation de la société et la (ré)organisation du champ procédural, entendu dans l'ensemble de ses aspects, civil, pénal, administratif. J'y avais surtout vu l'occasion d'une réflexion sur la constitution de la procédure comme champ disciplinaire, négligeant un peu le point de savoir ce que la judiciarisation de la société pouvait avoir à faire dans ce processus d'organisation disciplinaire du champ procédural. De fait, quelques mois après avoir accepté l'aimable invitation de Ségolène Barbou des Places et de Frédéric Audren, ma légèreté débouche sur une profonde perplexité.

Cette perplexité tient d'abord à l'ambiguïté fondamentale de la notion de judiciarisation qui renvoie à une pluralité de sens, judicieusement déclinés par Antoine Jeammaud dans le *Dictionnaire de la justice*¹, depuis la transformation d'un organe en institution judiciaire jusqu'à la pratique d'acteurs consistant à instrumentaliser le recours à la justice en passant par l'accroissement du pouvoir d'appréciation du juge dans l'application des normes juridiques. La judiciarisation de l'exécution des peines renvoie à une réalité différente de la judiciarisation de la vie politique qui diffère elle-même de la judiciarisation du droit des contrats. La polysémie dégénère en confusion quand la *judiciarisation* est utilisée pour désigner la *juridictionnalisation*, voire la *juridicisation*, si ce n'est la *juridification* ou la *jurisprudentialisation*.

1. A. Jeammaud, V° Judiciarisation/Déjudiciarisation, in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004.

Et que dire de la *procéduralisation* ou de la *processualisation*² ! Le sujet est propice aux néologismes, qui ne contribuent guère à clarifier le propos.

Cette ambiguïté ne peut que rejaillir sur la détermination du lien susceptible d'unir la judiciarisation de la société et l'organisation disciplinaire du champ procédural. Cette détermination est d'autant plus incertaine qu'existe, parallèlement au discours sur la *judiciarisation* de la société, un discours tout aussi fort sur la *déjudiciarisation* et la promotion des modes alternatifs de règlement des conflits³. Mon sentiment est donc que la constitution de la procédure comme branche particulière du droit ou comme matière de discipline juridique n'est pas directement ou exclusivement tributaire de la judiciarisation de la société. Ce n'est pas que la judiciarisation de la société n'ait rien à voir avec l'évolution du système français de justice. Le rapport de l'IHEJ préluant aux réformes en cours sous l'étiquette J 21, Justice du XXI^e siècle, en fait au contraire une pièce maîtresse de l'évolution contemporaine qui place l'office du juge au cœur des transformations démocratiques⁴. Mais, c'est sans doute moins la judiciarisation de la société qu'un phénomène de politisation du droit qui explique la constitution de la procédure comme branche spécifique du droit au XVII^e siècle⁵; de même, ce n'est sans doute pas tant la judiciarisation de la société que la juridictionnalisation de l'État qui explique l'émergence d'une notion de droit processuel au début du XX^e siècle⁶. Les évolutions du champ procédural me paraissent ainsi tenir à un ensemble complexe de raisons variées dont ne sont exclus ni la montée en puissance des logiques techno-économiques, ni le développement des relations internationales.

Pour rendre compte de ces évolutions, il me semble plus judicieux de partir de la deuxième partie du sujet qui m'a été attribué, en travaillant la notion de (ré)organisation du champ procédural, qui contient à la fois l'idée de structuration et de recomposition. Il me semble que l'enseignement du champ procédural s'est d'abord construit à partir de la *structuration normative* de la procédure (I). Cette conception demeure largement dominante, mais les évolutions contemporaines ont favorisé le développement de *recompositions doctrinales* qui viennent se superposer aux présentations traditionnelles du champ procédural (II).

2. V. p. ex. L. Cadiet, « Les jeux du contrat et du procès », *Mélanges offerts à Gérard Farjat*, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 23-52.

3. V. not. O. Boscovicz (dir.), *La déjudiciarisation*, Mare & Martin, 2012.

4. V. A. Garapon, S. Perdriolle, B. Bernabé, *La Prudence et l'Autorité – Juges et procureurs du XXI^e siècle*, Paris, Odile Jacob, 2014, p. 27 et s., spéc. p. 28-42.

5. V. p. ex. J. Krynen, *L'État de justice – France, XI^e-XX^e siècle, I. L'idéologie de la magistrature ancienne*, Paris, Gallimard, 2009, spéc. p. 191-212.

6. V. not. H. Vizioz, « Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française du droit public », *Rev. gén. droit, législ. et jurispr. en France et à l'étranger*, 1931, également reproduite in *Études de procédure*, Bordeaux, Bière, 1956, p. 53-164.

I – STRUCTURATION NORMATIVE DU CHAMP PROCÉDURAL

L'enseignement du champ procédural s'est d'abord construit à partir de la *structuration normative* de la procédure. De même que l'enseignement du droit civil a longtemps été un enseignement du Code civil, de même l'enseignement de la procédure n'a longtemps été qu'un commentaire des codes de procédure. À la fin de l'Ancien régime, Daniel Jousse, auteur renommé du *Nouveau commentaire sur l'ordonnance civile du mois d'avril 1667*⁷ et du *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle du mois d'août 1670*⁸, ami intime de Pothier et, comme lui, magistrat et professeur à Orléans, est peut-être le meilleur exemple de cette conception. Dans la *Biographie universelle* de Michaud, l'auteur de la notice biographique qui lui est consacrée a écrit de lui : « Plus commentateur que jurisconsulte, Jousse, dans ses écrits et dans ses volumineuses compilations n'envisage la législation que sous le point de vue de l'état où il la trouve établie et non sous le rapport de son amélioration. Il n'a jamais eu pour but de faire avancer la science, mais seulement de l'éclairer et de la fixer »⁹. Cette structuration doit être envisagée d'un point de vue externe, à travers le rapport de la procédure au droit substantiel (A), et d'un point de vue interne, à travers le rapport des procédures entre elles (B).

A. La structuration externe du champ procédural : le rapport au droit substantiel

D'abord à l'ombre des matières de droit substantiel, l'enseignement de la procédure a dû se faire une place au soleil académique. Cette différenciation, qui obéit à des temporalités distinctes selon les procédures, n'a pas été une mince affaire (1). Au demeurant, elle est loin d'être absolue (2).

1. L'affirmation de l'autonomie du droit procédural a été plus simple pour la procédure civile que pour les autres procédures. Dans un pays où l'enseignement du droit est fortement marqué par l'organisation du concours d'agrégation, on observera d'ailleurs que seul le droit judiciaire privé est une « matière » spécifique de leçon, à la différence de la procédure pénale, comprise avec le droit pénal et les sciences criminelles, et

7. Paris, Debure, 1753 ; nouvelles éditions en 2 volumes en 1757 et 1767.

8. Avec un abrégé de la justice criminelle, Paris, Debure, 1763, 1 vol. ; nouvelles éditions en 2 volumes en 1756 et 1759.

9. *Biographie universelle, ancienne et moderne, ou Histoire, par ordre alphabétique, de la vie publique et privée de tous les hommes...*, Paris, Michaud, 1811-1828.

du contentieux administratif, qui n'est même pas mentionné avec le droit administratif et la science administrative¹⁰.

Il y a sans doute plusieurs raisons à cela.

D'abord, la procédure civile met en œuvre des matières de droit substantiel variées, droit civil, droit commercial, droit rural, puis droit social¹¹, là où la procédure pénale comme la procédure administrative contentieuse sont intimement associées au droit pénal pour l'une et au droit administratif pour l'autre. En outre, à la différence du droit civil, le droit pénal n'a pas eu pendant longtemps d'autres modes d'application que judiciaires, voire juridictionnels, tandis que, de son côté, le mode de production jurisprudentiel du droit administratif tendait à l'intégration du contentieux administratif dans la conception même du droit administratif. Pascale Gonod a lumineusement montré et démonté les « difficultés » que « l'étude scientifique du contentieux administratif » a rencontrées « pour se défaire de la tutelle du droit administratif »¹². Il faut attendre la période postérieure à la Seconde guerre mondiale pour que l'étude du procès administratif s'émancipe de celle du droit administratif et trouve son expression la plus aboutie avec l'ouvrage de René Chapus, sous le titre de *Droit du contentieux administratif*¹³.

Ce passage du contentieux administratif au *droit* du contentieux administratif fait écho à l'évolution qu'avait connue la procédure civile à partir de la fin du XIX^e siècle avec l'apparition des expressions *droit judiciaire civil*¹⁴ et *droit judiciaire privé*¹⁵ pour dénommer cette branche du droit. Ce n'est pas seulement que ces expressions étaient plus compréhensives que

10. V. arrêté du 13 février 1986 relatif à l'organisation générale du premier concours d'agrégation pour le recrutement des professeurs des universités des disciplines juridiques, politiques, économiques et de gestion. Cet arrêté envisage le droit judiciaire privé comme une *matière*. Emmanuel Jeuland l'envisage comme une *branche du droit*: « Le droit judiciaire est la branche du droit qui règle le fonctionnement de la justice pour apporter une réponse aux prétentions juridiques » (E. Jeuland, V^o Droit judiciaire, in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004. Rapp. L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Paris, LexisNexis, 8^e éd. 2013, n^o 3), et Jacques Normand comme une *discipline*: « La procédure est la discipline qui a pour objet l'étude [des] règles et [des] principes [qui gouvernent le déroulement de la procédure juridictionnelle], l'observation de la pratique qui en est faite et l'appréciation portée sur leur aptitude à répondre aux objectifs qui leur sont assignés » (J. Normand, V^o Procédure, in *Dictionnaire de la justice* préc.).

11. Ce que traduit aujourd'hui l'article 749 CPC: « Les dispositions du présent livre s'appliquent devant toutes les juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière civile, commerciale, sociale, rurale ou prud'homale, sous réserve des règles spéciales à chaque matière et des dispositions particulières à chaque juridiction ».

12. P. Gonod, « L'étude du procès administratif », in *Hommage à Arnaud Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 2013, p. 165-176, spéc. p. 165.

13. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, 1^{re} éd. 1982.

14. R. Morel, *Traité élémentaire de procédure civile*, Paris, Sirey, 1932, p. 4, n^o 4.

15. H. Solus, *Cours de procédure civile*, Paris, Les cours de droit, 1949-1950, intitulé *Droit judiciaire privé* en page intérieure, spéc. p. 5.

l'expression traditionnelle, englobant des questions extérieures à la seule procédure, comme l'organisation judiciaire et les voies d'exécution ; c'était aussi l'idée que la procédure est l'objet d'un véritable *droit*, qui appelle une étude distincte de l'étude des droits substantiels mis en œuvre¹⁶. Mais, ici comme là, les expressions anciennes continuent d'être utilisées¹⁷, ce qui révèle que la différenciation des procédures par rapport aux droits substantiels qu'elles mettent en œuvre est loin d'être absolue, y compris pour le droit judiciaire privé.

2. Sous l'Ancien régime, Domat traite de la procédure civile et de la procédure criminelle dans son traité de droit public, non pas dans son traité sur *Les lois civiles dans leur ordre naturel*¹⁸ et Pothier insère dans ses traités de droit civil l'étude de la procédure civile comme celle de la procédure criminelle¹⁹. En 1806, sous la plume d'un « jurisconsulte qui a concouru à la confection des deux codes », paraît un *Code de procédure civile avec le rapprochement du texte des articles du Code civil qui y ont un rapport direct*²⁰ et, à la fin du XIX^e siècle encore, Aubry et Rau terminent leur *Cours de droit civil français* par un exposé, en 400 pages, de ce qu'ils nomment le *Droit civil pratique français*, dans lequel ils traitent des actions et des exceptions, de la preuve, de la prescription, des voies d'exécution²¹.

Le paysage a certes changé. Le droit procédural, quelle qu'en soit la matière, a acquis son autonomie, normative, académique, éditoriale, mais cette autonomie a ses limites. Le droit judiciaire privé en fournit l'illustration la plus nette. Le Code de procédure civile contient en effet un livre, le 3^e, rassemblant les « Dispositions particulières à certaines matières »²² tandis

16. La définition de l'action en justice dans l'article 30 CPC comme un véritable droit subjectif, processuel, à la suite d'Henri Motulsky, exprime cette séparation. V. H. Motulsky, « Le droit subjectif et l'action en justice », *APD*, 1964, p. 215 et s., également reproduit in *Écrits – Études et notes de procédure civile*, préf. G. Bolard, Paris, Dalloz, 2010, p. 85-100.

17. V. p. ex. le dernier ouvrage en date : S. Amrani Mekki et Y. Strickler, *Procédure civile*, Paris, PUF, 2014.

18. J. Domat, *Le droit public, contenant les matières qui se rapportent à l'ordre général d'un État, & les règles des fonctions & des devoirs de toutes sortes de professions par rapport à cet ordre*, spéc. Livre IV – « De l'instruction des procès civils », Paris, chez la Veuve Gandouin, 1756, p. 220-238.

19. R. J. Pothier, *Œuvres de Pothier, contenant les traités du droit français, nouvelle édition mise en ordre et publiée par les soins de M. Dupin*, Paris, Mme Charles Béchét, éditeur, 1835, tome 9^e, *Traité de la procédure civile*, p. 1-354.

20. *Code de procédure civile avec le rapprochement du texte des articles du Code civil qui y ont un rapport direct*, par un jurisconsulte qui a concouru à la confection des deux codes, Paris, Firmin Didot, 1806.

21. C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, Paris, Marchal et Billard, 1879, 4^e éd., tome 8, p. 117-511.

22. Art. 1038 – 1441-4 CPC, traitant des aspects procéduraux du droit des personnes, des régimes matrimoniaux et des successions, des biens, des obligations.

que, à l'inverse, de très nombreuses règles de procédure sont contenues dans des codes de droit matériel, depuis la procédure de divorce dans le Code civil²³ jusqu'aux procédures du contentieux du travail dans le code du travail, auxquelles renvoie du reste expressément le Code de procédure civile à l'article 879. Cette tendance s'est même accentuée ces dernières années ainsi qu'en témoignent, d'un côté, la recodification du Code de l'organisation judiciaire, avec la migration des dispositions relatives aux juridictions spéciales vers les codes de droit matériel concernés²⁴, et, de l'autre côté, le développement du droit judiciaire intra-communautaire dans des registres de droit sectoriel, comme le droit de la consommation, le droit de la concurrence, le droit de l'environnement, le droit de la santé²⁵. La récente introduction, en France, de l'action de groupe, non pas au moyen d'un instrument procédural *général*, au sein du Code de procédure civile, mais au moyen d'un instrument procédural *spécial* dans le Code de la consommation²⁶, est une autre illustration de cette relativité de l'autonomie des procédures par rapport aux matières de droit substantiel. La procédure est mobilisée au service de finalités de droit substantiel. Plusieurs monographies et thèses de doctorat récentes déclinent ainsi substantiellement le droit processuel : droit processuel de la responsabilité civile²⁷, droit processuel des sûretés²⁸, droit processuel des sociétés²⁹, droit processuel de la famille³⁰, droit processuel des contrats³¹.

23. Art. 248 à 259-2 C. civ.

24. Voir le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006 relative à la refonte du Code de l'organisation judiciaire (*JO* 9 juin, p. 8708).

25. V. p. ex. L. Cadiet, « Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques – Conclusion d'un processualiste », in S. Bollée, L. Cadiet, E. Jeuland et E. Pataut (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, Paris, IRJS Éditions, 2013, p. 211-229.

26. V. L. n° 2014-344, 17 mars 2014 relative à la consommation, compl. D. n° 2014-1081, 24 sept. 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation et C. 26 sept. 2014 de présentation des dispositions de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et du décret n° 2014-1081 du 24 sept. 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation : JUSC1421594C (BOMJ 2014/10, 31 oct. 2014), sur lesquels V. S. Amrani Mekki, « Action de groupe, mode d'emploi », *JCP* 2014, 16. *Adde* L. Cadiet, « L'action de groupe : le droit français à l'épreuve des expériences étrangères – Propos introductifs », *RIDC* 2015, p. 13-19.

27. L. Raschel, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, préf. L. Cadiet, Paris, IRJS Éditions, 2010.

28. M. Woitier, *La caution et le procès civil*, thèse Paris 1, 2011.

29. V. Thomas, *Sociétés et procédure civile*, Paris, LexisNexis, 2014.

30. V. Egéa, *La fonction de juger à l'épreuve du droit contemporain de la famille*, préf. A. Leborgne, Defrénois, 2010 et, du même auteur, « Un an de droit procédural de la famille », *Dr. fam.* 2013, Étude 1.

31. M. Reverchon-Billot, *La question litigieuse en matière contractuelle – Essai sur le traitement procédural du droit des contrats*, thèse Poitiers, 2015.

À quoi s'ajoute que la différenciation des procédures continue de se calquer sur les divisions matérielles du droit objectif, mais c'est là aborder la question de la structuration interne du champ procédural, c'est-à-dire le rapport disciplinaire entre les procédures.

B. La structuration interne du champ procédural : le rapport entre procédures

Dans une perspective élargie, les trois procédures correspondent aux trois grandes branches du droit : le droit privé, le droit public et le droit pénal³². En ce qui concerne le rapport entre les procédures, l'évolution historique, dialectique, est sans doute celle d'une oscillation de l'unité vers la diversité (1), puis de la diversité vers l'unité (2).

1. Le premier mouvement est celui *de l'unité vers la diversité*, selon une loi de spécialisation continue dont l'application en droit a été observée dans bien d'autres domaines. De même que tous les contrats sont issus d'une matrice originaire organisée de manière élémentaire à partir de la vente et du mandat³³, de même toutes les procédures sont issues d'une matrice unique qui ne connaissait pas la distinction de la procédure civile et de la procédure pénale³⁴.

Cette distinction se met en place dans l'Ancien droit ; elle est cristallisée par l'œuvre codificatrice de Colbert³⁵ et elle sera recueillie par la codification napoléonienne³⁶, à peu près en même temps que seront posées les fondations d'un contentieux administratif séparé du contentieux judiciaire³⁷. Si, au début du XIX^e siècle, procédure civile et procédure criminelle sont

32. V. G. Cornu et J. Foyer, *op. cit.*, p. 7 – L. Cadiet, V^o Procédure, in S. Rials et D. Alland, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2013. Et conf. Y. Desdevises, V^o Procédure civile, O. Gohin, V^o Procédure administrative, et J. Leblois-Happe, V^o Procédure pénale, in *Dictionnaire de la justice*, préc.

33. V. Ph. Malaurie, L. Aynès et P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, Paris, LGDJ, 7^e éd., 2014, spéc. V. aussi L. Cadiet, « Interrogations sur le droit contemporain des contrats », in L. Cadiet (coord.), *Le droit contemporain des contrats*, préf. G. Cornu, Paris, Economica, 1987, p. 7-35, spéc. n^o 24 et s.

34. L. Cadiet, J. Normand, S. Amrabi-Mekki, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2^e éd. 2013, n^o 4, p. 9 et, plus précisément, A. Tardif, *La procédure civile et criminelle aux XII^e et XIV^e siècles ou Procédure de transition*, Paris, A. Picard, L. Larose & Forcel, 1885.

35. Ordonnance civile touchant la réformation de la justice, du mois d'avril 1667, faite à Saint-Germain en Laye. – Ordonnance criminelle du mois d'août 1670, faite à Saint-Germain-en-Laye, enregistrée par le Parlement de Paris le 26 août 1670, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 1671.

36. Code de procédure civile, 1806, et Code d'instruction criminelle, 1808.

37. Loi du 16 août 1790 sur l'organisation judiciaire, publiée le 24 août 1790 et, partant, dite Loi des 16 au 24 août 1790, art. 13 ; Const. 22 frimaire an VIII, art. 52, créant le Conseil d'État ; L. 28 pluviôse an VIII, créant les conseils de préfecture.

encore enseignées conjointement³⁸, ce qui est toujours le cas en Espagne³⁹, la séparation sera consommée en 1846, l'enseignement du droit et de la procédure pénale étant détaché de la chaire de Berriat Saint-Prix ouverte au concours sous le seul intitulé de procédure civile⁴⁰. Il est notable que c'est le ministère qui impose cette séparation à l'université. Dès lors, les différentes procédures vivront leur vie de manière autonome. Cette séparation a cristallisé toute une littérature procédurale spécialisée n'ayant eu de cesse d'affirmer sa singularité, du moins dans la doctrine universitaire (la défense des territoires passe toujours par l'exacerbation des différences plutôt que par l'exaltation des similitudes) et de souligner que l'application de chacune de ces procédures relève, traditionnellement, de catégories de juridictions distinctes, que leurs compétences, les actions, les instances obéissent de même à des règles différentes contenues dans trois codes différents, dont les sources diffèrent, tantôt règlementaires, tantôt législatives, et que, plus subtilement, ces trois espèces de droit procédural seraient animées d'un esprit différent, le droit judiciaire privé étant irrigué par l'esprit du droit privé, au contraire de la procédure pénale et du contentieux administratif où s'exprime, sous des rapports et à des degrés divers, l'intérêt public⁴¹. Mais il arrive toujours un moment où le balancier repart en sens inverse et le mouvement se fait alors de la diversité vers une nouvelle forme d'unité.

2. L'idée n'est plus soutenue selon laquelle la procédure civile serait le droit commun procédural susceptible de s'appliquer en toute matière à défaut de règles spécifiques⁴². Il n'en reste pas moins que, depuis la première moitié du xx^e siècle, le champ fragmenté de la procédure connaît

38. À son rétablissement par la loi du 22 ventôse an XII (13 mars 1804), l'École de droit de Paris compte cinq professeurs, l'un d'entre eux occupant la chaire de droit criminel, procédure civile et procédure pénale : voir J.-L. Halpérin (dir.), *Paris, capitale juridique (1804-1950) – Étude de socio-histoire sur la Faculté de droit de Paris*, Paris, Éditions Rue d'Ulm, 2011, spéc. p. 11.

39. V. T. Armenta Deu, « L'enseignement des procédures : l'exemple espagnol », in S. Amrani-Mekki (dir.), *Procédure civile et procédure pénale : unité et diversité ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 181-203.

40. Il faudra attendre une ordonnance de mai 1830, puis un arrêté du 6 juin 1846, pour que soit créée une chaire spécifique de droit criminel et législation criminelle, incluant la procédure pénale, pour des raisons principalement politiques qui susciteront du reste une vive réaction du corps professoral lors des procédures de recrutement : voir J.-L. Halpérin, « Un gouvernement de professeurs : réalité ou illusion », in J.-L. Halpérin (dir.), *Paris, capitale juridique (1804-1950) – Étude de socio-histoire sur la Faculté de droit de Paris*, préc., spéc. p. 65-67.

41. V. p. ex. L. Cadiet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Paris, LexisNexis, 10^e éd. 2017, n° 12. Rapp. J. Normand, V° « Procédure », in *Dictionnaire de la justice* préc. : « D'un type de procédure à l'autre, les caractéristiques des litiges sont différentes, l'enjeu du procès varie. En considération de quoi, certains objectifs passent au premier plan ».

42. V. S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *Procédure civile – Droit interne et droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 31^e éd. 2012, n° 61.

un certain nombre de mouvements favorisant l'émergence d'un véritable droit commun procédural par où le champ de la procédure retrouve une certaine forme d'unité.

Cette unité est le résultat des liens complexes qui se nouent subtilement entre les différentes procédures. Ce sont, tantôt, des phénomènes d'emprunt ou d'influence d'un droit procédural à l'autre, tantôt des phénomènes d'hybridation. Un certain nombre de solutions du droit judiciaire privé sont en effet appliquées en procédure pénale⁴³ et en procédure administrative⁴⁴, et *vice versa*⁴⁵. Ces phénomènes d'influence, voire d'osmose, ont alimenté toute une veine de comparaisons doctrinales dont rendent compte les introductions des ouvrages de droit procédural⁴⁶ et la publication de colloques consacrés à la comparaison des procédures⁴⁷. Ce sont aussi des phénomènes d'hybridation. Se développent ainsi, avec les autorités administratives, ou publiques, indépendantes, des procédures de sanction difficilement réductibles aux trois catégories traditionnelles du droit procédural. Et l'on ne dit rien ni des procédures disciplinaires, ni des procédures de contrainte portées devant le juge des libertés et de la détention en matière de contentieux des étrangers et d'hospitalisation sous contrainte⁴⁸.

Le développement de sources constitutionnelles et internationales communes à l'ensemble des procédures n'est pas pour rien dans cette réunion du champ procédural⁴⁹. L'accent mis depuis plusieurs décennies, sur les principes fondamentaux du procès et sur les droits qu'ils reconnaissent aux justiciables, a été provoqué par l'irruption en la matière de sources de rang supérieur à la loi et au décret. Valeur constitutionnelle a été reconnue à certains des principes préexistants qui, de la sorte, s'imposent

43. Par le truchement d'une réception législative, plus ou moins fidèle : comp. CPP, art. 515-1 et CPC, art. 524-526.

44. *Directement*, par renvoi aux textes du Code de procédure civile, comme en matière de récusation, de délais de distance ou de police des audiences, ou, *indirectement*, par leur transposition légale au contentieux administratif : ainsi, la loi 30 juin 2000 sur le référé administratif (désormais *in* CJA, art. L. 511-1 à L. 555-2).

45. Par exemple, la saisine de la Cour de cassation pour avis préjudiciel instituée par une loi du 15 mai 1991, qui s'inspire d'une procédure de contentieux instituée devant le Conseil d'État en 1987.

46. V. les références mentionnées par L. Cadet, « Procédure civile et procédure pénale : unité et diversité ? Rapport de synthèse », *in* S. Amrani Mekki (dir.), *Procédure civile et procédure pénale : unité et diversité ?*, préc., p. 207-229, spéc. p. 207-208.

47. V. not., très récemment, C. Vallar *et alii*, *Procès administratif et procès civil. Convergences et divergences*, PUAM, 2014. – S. Amrani-Mekki (dir.), *Procédure civile et procédure pénale : unité et diversité ?*, préc.

48. V. L. Cadet, « Procédure civile et procédure pénale : unité et diversité ? Rapport de synthèse », *in* S. Amrani Mekki (dir.), *Procédure civile et procédure pénale : unité et diversité ?*, préc., spéc. p. 210-212.

49. V. J. Normand, V^o « Procédure » préc.

autant au parlement qu'au gouvernement. Parallèlement, les procédures juridictionnelles sont désormais sous l'emprise des sources internationales et plus particulièrement des sources européennes dans leurs deux dimensions du Conseil de l'Europe, avec la Convention européenne des droits de l'homme (art. 6 § 1), et du droit de l'Union européenne, avec la Charte des droits fondamentaux (art. 47). S'en déduisent les multiples composantes du droit au procès équitable et, ceci, avec un champ d'application très vaste, englobant, dès lors qu'ils sont portés devant une juridiction, *lato sensu*, l'ensemble des procédures juridictionnelles contentieuses, y compris celles qui sont portées devant les autorités administratives de régulation⁵⁰.

Cause ou effet de ces phénomènes de rapprochement, l'émergence dans les années 1930, puis le développement depuis les années 1960, de ce qu'il est convenu d'appeler le *droit processuel* exprime ces limites de la distinction des procédures. Cette évolution, si elle ne remet pas en cause les divisions académiques dans l'enseignement des droits procéduraux, ni l'existence d'une production doctrinale propre à chaque branche du droit procédural, a ainsi justifié un certain nombre de recompositions doctrinales du champ procédural.

II – RECOMPOSITIONS DOCTRINALES DU CHAMP PROCÉDURAL

Ces recompositions doctrinales sont à l'œuvre depuis bientôt un siècle. Admettons le mot *recompositions* comme une convention de langage, bien qu'il s'agisse sans doute plus de réagencements ou de nouveaux agencements, qui viennent s'ajouter aux structurations antérieures du champ disciplinaire. Ces recompositions se sont exprimées dans les ouvrages des auteurs avant d'émerger dans les programmes d'enseignement, ce passage de l'intellection à la tradition pouvant être interprété comme un indice de la consécration d'une discipline⁵¹. Certaines de ces recompositions sont internes au champ juridique (A); les autres dépassent la seule sphère du droit et sont, en quelque sorte, externes (B).

50. V. S. Guinchard *et alii*, *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*, Paris, Dalloz, 6^e éd., 2011.

51. Ce qui correspond à la définition de la discipline, que ce soit dans son acception vieillie d'instruction ou dans son sens plus moderne de matière pouvant faire l'objet d'un enseignement spécifique: voir V^o « Discipline », in *Le Trésor de la langue française informatisé*, www.atilf.atilf.fr.

A. Les recompositions internes du champ procédural

À ne considérer l'évolution du champ procédural que dans sa dimension juridique, deux sortes de recompositions peuvent être observées. La première, avec le droit processuel, peut être considérée comme acquise (1); la seconde, avec le droit judiciaire international, est sans doute sujette à discussion (2)

1. Le droit processuel illustre *a priori* une recomposition par *synthèse* de matières.

Le droit processuel est aujourd'hui présenté comme une « matière » d'enseignement. Il s'agirait même d'une « *matière jeune*⁵². Elle l'est d'une certaine façon puisqu'elle a été officiellement créée par un arrêté du 28 mars 1966, pris en application d'un décret n° 66-144 du 11 mars 1966, instituant un certificat d'études judiciaires dans les facultés de droit⁵³. C'est Henri Motulsky qui en avait fait la proposition au ministre de la justice, garde des Sceaux de l'époque, son collègue Jean Foyer. Il s'agissait alors de présenter aux étudiants se préparant au certificat d'aptitude à la profession d'avocat « *une synthèse des grands types de procédures suivies en France devant nos trois ordres de juridiction*⁵⁴. Henri Motulsky a ainsi été le premier à relever le défi de cette nouvelle discipline du droit processuel. En vérité, cette conception n'était pas inédite.

L'idée du droit processuel vient d'Italie, berceau historique du procès l'expression même de droit processuel est directement traduite de l'italien *diritto processuale*, proposé par Giuseppe Chiovenda pour désigner la science du procès⁵⁵. Elle a été diffusée en France par Henry Vizioz, professeur à la faculté de droit de Bordeaux (1886-1948), qui y fait référence pour la première fois en 1927 dans un article paru à la *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger* sous le titre « Observations sur l'étude de la procédure civile⁵⁶. Cependant, Henry Vizioz employait plutôt l'expression « droit de la procédure, « tout en convenant que celle de "droit processuel" serait peut-être préférable », mais qu'elle aurait sans doute de la peine à s'acclimater en France⁵⁷.

52. E. Jeuland, *Droit processuel – Une science de la reconstruction des liens de droit*, LGDJ, 2^e éd., 2007, n° 5, p. 11. Postérieurement à la publication de la 1^{re} édition de la *Théorie générale du procès* de L. Cadiet, J. Normand, S. Amrabi-Mekki, cet ouvrage a été transformé en précis de *Droit processuel général*, LGDJ, 2^e éd., 2012.

53. *JORF* 16 mars, p. 2180, spéc. art. 4.

54. J. Foyer, préface à H. Motulsky, *Droit processuel*, Montchrestien, 1973.

55. Sur lequel voir H. Vizioz, in *Études de procédure*, préc., p. 169-178.

56. Reproduit in H. Vizioz, *Études de procédure*, préc., p. 3-52.

57. H. Vizioz, *op. cit.*, p. 13, note 2. Et d'ajouter, *op. cit.*, p. 14: « En même temps que de droit processuel, on parlerait de rapports processuels, de situations processuelles, et de processualistes pour désigner les auteurs qui s'adonnent à l'étude de cette branche du Droit,

Quarante ans plus tard, Henri Motulsky a réglé définitivement la question en imposant l'expression « droit processuel »⁵⁸.

Henry Vizioz n'a pas seulement introduit le mot, il a aussi défini la chose. Ses « Observations sur l'étude de la procédure civile étaient déjà un véritable programme de droit processuel, partant de l'idée que cette étude ne peut progresser qu'en s'appuyant sur trois théories fondamentales : celle de l'action, celle de la juridiction, celle de l'instance. Mais, ajoutait-il, « pour que ces théories soient élaborées d'une manière satisfaisante, il est indispensable de sortir du cadre trop restreint du procès civil, de s'informer également des autres types de procès, procès pénal, procès administratif, notamment, dont la physionomie peut être bien différente, mais où doivent néanmoins se retrouver les traits essentiels à tout procès : une notion exacte de l'action, de la juridiction, de l'instance, doit convenir à toute espèce d'action, de juridiction, d'instance. Et bien d'autres problèmes de fond ne peuvent être utilement abordés et convenablement résolus qu'en tenant compte des diverses catégories de procès »⁵⁹. Henri Vizioz a donné lui-même un début d'exécution à ce programme avec sa volumineuse étude sur « Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française de droit public », parue en 1931 dans la *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*⁶⁰. Cet article devait préluder à un *Traité de procédure* que son décès prématuré ne lui a pas laissé le temps de rédiger.

En 1966, cette idée et cette conception du droit processuel n'étaient donc pas inédites elles sont encore exprimées, au milieu des années 1980, par Raymond Martin, avocat de profession, qui les met en œuvre dans un livre intitulé, de manière équivoque, *Théorie générale du procès (Droit processuel)*⁶¹, mais elle a connu, par la suite, d'autres évolutions sous l'effet de l'émergence et de la montée en puissance du droit au procès

de même qu'on a accoutumé de parler des civilistes, des commercialistes, des économistes, etc. Notre langue ne connaît que le terme de « procédurier » qui est pris en mauvaise part. On hésite à introduire procéduralistes qui est par trop disgracieux. Il faut choisir entre processualistes et procéduristes. Nous inclinons pour processualistes qui est d'un usage assez répandu à l'étranger ».

58. H. Motulsky, *Droit processuel*, préc., p. 3 : « Pourquoi droit processuel ? Ce néologisme est défendable. Il n'y a pas d'adjectif en droit français : « procédural » n'est pas plus reçu que processuel. Or, d'une part, le terme de « processualiste » est déjà acclimaté (le terme ancien de « procédurier » a pris une acception péjorative), d'autre part, le mot italien « processuale » est fort correctement construit à partir du latin *processus* ; enfin, nous avons « consensuel » (de *consensus*) qui figure dans tous les dictionnaires et qui, à un moment donné, passait aussi pour néologisme. Ainsi, ce terme générique « processuel » ne devrait pas rencontrer d'objection ».

59. H. Vizioz, *op. cit.*, p. 14-15.

60. Reproduit in H. Vizioz, *op. cit.*, p. 53-164.

61. R. Martin, *Théorie générale du procès (Droit processuel)*, Éditions juridiques et techniques, 1984.

équitable. Ces évolutions ont conduit quelques auteurs, emmenés par Serge Guinchard, à dénoncer les limites de la conception comparative du droit processuel au motif principal que le droit processuel aurait « changé de dimension » ; « dans une première approche qui complète la première sans l'exclure », il serait devenu « le droit du procès, de tous les procès⁶². Le droit processuel est alors défini comme le droit comparé et le droit commun du procès équitable, combinant ainsi approche verticale et approche horizontale⁶³. Par la suite, la définition s'est « entièrement recentrée »⁶⁴ sur « l'étude des droits fondamentaux du procès »⁶⁵.

Cette évolution supposée de la notion de droit processuel pourrait être discutée, pour plusieurs raisons qu'il n'y a pas lieu de développer ici. Disons simplement que le premier âge du droit processuel n'était pas seulement celui du droit comparé des procédures. Vizios donnait déjà pour fin au droit processuel de révéler « les traits essentiels à tout procès : une notion exacte de l'action, de la juridiction, de l'instance », devant « convenir à toute espèce d'action, de juridiction, d'instance »⁶⁶. Trente ans après, Motulsky lui emboîtait le pas : donner pour objet au droit processuel d'« approfondir et comparer ou approfondir en comparant, en rappelant que les textes institutifs visaient les “principes généraux du contentieux civil – on dira plutôt ‘privé’ – pénal et administratif”, manifestant ainsi une orientation vers le procès au sens de litige, et vers des problèmes généraux mettant en présence les trois contentieux », ce qui devait le conduire à l'étude générale de l'action, de l'instance et de la décision, au-delà de leurs applications particulières dans chaque sorte de procédure⁶⁷. Au surplus, ce droit commun du procès se fondait déjà sur l'existence de principes fondamentaux de bonne justice, ce que le doyen Carbonnier appelle « le droit naturel de la procédure », comme en témoigne l'article fondamental de Motulsky, intitulé « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », paru dans les *Mélanges Paul Roubier* en 1961, dans lequel il conclut, dans l'étude de la procédure, sur « l'impossibilité inhérente à la nature de l'homme et à la nature des choses,

62. S. Guinchard *et alii*, *op. cit.*, n° 2.

63. Qualifications retenues par S. Guinchard *et alii*, *Droit processuel...*, préc., n° 8 et s., qui s'en expliquent au fil des éditions, quoique, pour notre part, nous aurions plutôt qualifié le droit comparé des procès de droit processuel *horizontal*, car la comparaison est un exercice de transversalité, et le droit commun du procès de droit processuel *vertical*, car ces normes communes surplombent les différents contentieux comme autant de normes supérieures s'appliquant à des normes inférieures : ici, le rapport est tout de verticalité.

64. S. Guinchard *et alii*, Avertissement pour la sixième édition, p. VII.

65. Cette évolution a d'ailleurs affecté le sous-titre général de l'ouvrage, devenu *Droit processuel – Droits fondamentaux du procès*. L'étude des théories du droit processuel, qui composait l'ancienne 3^e partie du livre est sortie de l'ouvrage.

66. H. Vizios, *Études de procédure*, préc., p. 14-15.

67. H. Motulsky, *op. cit.*, p. 2-3.

de s'en tenir, fût-ce dans les solutions les moins chargées de philosophie en apparence, à une pure technicité et de faire abstraction des exigences supérieures de l'idéal de justice»⁶⁸ ?

Sous ces quelques réserves, le droit processuel peut être défini aujourd'hui comme le droit commun *du* procès et le droit comparé *des* procès, sauf à préciser que, en tant que droit du procès, une tendance apparaît à décliner le droit processuel dans ses différentes applications qui sont autant d'espèces du genre commun, nouvelles manières de nommer l'ancien, avec le droit processuel administratif au lieu du contentieux administratif⁶⁹, le droit processuel constitutionnel au lieu du contentieux constitutionnel⁷⁰ et le droit processuel civil au lieu de la procédure civile ou du droit judiciaire privé⁷¹, ce qui me conduit, avec le droit processuel civil de l'Union européenne, vers une autre recomposition.

2. L'hypothèse du *droit judiciaire international* est, quant à elle, sujette à discussion, du moins en France ; elle apparaît comme une recomposition par *transfert* de matière, du droit international privé au droit judiciaire privé. Un séminaire de recherche conjointement organisé en 2013 par les internationalistes et les processualistes de Paris 1 en fournit l'argument.

Le droit international privé et le droit judiciaire privé ont un statut académique largement tributaire de leur reconnaissance comme disciplines d'enseignement universitaire authentifiées, depuis le XIX^e siècle, dans les programmes des facultés de droit et le régime du concours d'agrégation. Pour autant, leur contenu, ni même le nom qui les identifie, ne sont gravés dans le marbre. Le périmètre du droit international privé, qui s'articule traditionnellement en France, autour de la nationalité, de la condition des étrangers, des conflits de lois et des conflits de juridictions, est matière à discussion⁷². Il en va de même pour le droit judiciaire privé dont le nom même, je l'ai rappelé, ne fait pas l'unanimité⁷³. L'une et l'autre ont été l'objet de disputes méthodologiques dans lesquelles on pourrait voir la trace semblable de querelles idéologiques autour, par exemple, de la part du privé et du public, du national et de l'international, qui versent facilement dans l'opposition libéralisme *versus* dirigisme, individualisme *versus* collectivisme, nationalisme *versus* universalisme.

68. Et reproduit in H. Motulsky, *Écrits – Études et notes de procédure civile*, préc., p. 60-84.

69. Voir P. Gonod, *AJDA* 2012, p. 1195. *Adde* du même auteur, « L'étude du procès administratif », in *Hommage à Arnaud Lyon-Caen*, Paris, Dalloz, 2013, p. 165-176.

70. Voir G. Tusseau, *JCP* 2012, 1001.

71. Voir L. Cadiet, E. Jeuland, S. Amrani Mekki (dir.), *Droit processuel civil de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 2011.

72. V. Y. Loussouarn, P. Bourel et P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, Paris, Dalloz, 10^e éd., 2013, n° 3-26.

73. Conf. L. Cadiet et E. Jeuland, *op. cit.*, n° 13. – S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *op. cit.*, n° 13-15.

Les conflits de juridictions, en particulier, sont aujourd'hui un enjeu disciplinaire et le sont d'autant plus en raison de la procéduralisation de la matière, si ce n'est sa judiciarisation, relevée à plusieurs reprises, induite par les nouvelles formes de coordination des justices étatiques, notamment au sein de l'Union européenne, qui favorisent les mécanismes de coopération procédurale *directe* entre juridictions de l'Union. Si la procédure civile a longtemps été réduite au seul règlement des litiges *internes*, et même au seul règlement *judiciaire et juridictionnel* des litiges internes en matière civile et commerciale, le droit judiciaire privé comprend aujourd'hui les modes de règlement extrajudiciaire et extra-juridictionnel, le règlement de l'ensemble des litiges de droit privé, ainsi que le règlement des litiges internationaux, de sorte que le droit judiciaire et le droit international privé ont désormais en partage le droit des conflits de juridictions. Le problème est que le partage n'est pas seulement ce qui réunit, c'est aussi ce qui sépare et, de fait, maintes illustrations pourraient être données des conceptions différentes qu'internationalistes et processualistes peuvent avoir, d'une même situation juridique internationale⁷⁴.

Ces différences, qui peuvent être des divergences, voire des antagonismes, peuvent sans doute être réduites par la vertu du dialogue interdisciplinaire. Mais, peut-on aller plus loin ? Faut-il aller plus loin ? Le droit des conflits de juridictions pourrait-il devenir une discipline propre, procédant par double séparation du droit international privé et du droit judiciaire privé ? La question peut être posée. Depuis la figure matricielle d'Henri Motulsky⁷⁵, que peuvent revendiquer à la fois les internationalistes⁷⁶, les processualistes⁷⁷ et, entre les deux, les arbitragistes⁷⁸, de grandes thèses de droit judiciaire international ont été soutenues, celles de Georges Bolard⁷⁹, de Philippe Théry⁸⁰ et de Marie-Laure Niboyet⁸¹, sans parler

74. Conf. p. ex. in S. Bollée, L. Cadiet, E. Jeuland et E. Pataut (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, préc., les contributions d'E. Pataut et de Ph. Théry sur la compétence, celles de M.-L. Niboyet et d'Y.-M. Serinet sur l'action et de S. Bollée et C. Bléry sur les effets des jugements.

75. V. G. Bolard, V° Motulsky Henri, in L. Cadiet (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, PUF, 2004. *Adde*, récemment, « Qu'est devenue la pensée de Motulsky ? » *Procédures* 2012, Dossier, art. 1 à 14.

76. H. Motulsky, *Écrits – Études et notes de procédure civile*, préc.

77. H. Motulsky, *Écrits – Études et notes de droit international privé*, préf. H. Batiffol et Ph. Francescakis., Paris, Dalloz, 1978.

78. H. Motulsky, *Écrits – Études et notes sur l'arbitrage*, préf. C. Reymond, Paris, Dalloz, 2010.

79. G. Bolard, *Essai sur l'application judiciaire du droit international privé*, thèse Dijon, 1968, sous la direction de H. Motulsky.

80. Ph. Théry, *Pouvoir juridictionnel et compétence*, thèse Paris 2, 1981, sous la direction de R. Perrot.

81. M.-L. Niboyet, *L'action en justice dans les rapports internationaux de droit privé*, préf. B. Goldman, Paris, Economica, 1986.

d'ouvrages plus récents. Depuis plus de dix ans, existe à Paris 1 un cours de droit judiciaire intracommunautaire enseigné en master 1, ainsi qu'un séminaire de droit judiciaire international enseigné en master 2 de *Théorie et pratique du procès*, et un ouvrage de *Droit processuel civil de l'Union européenne* a été publié sur commande de la Commission européenne⁸². Des ouvrages du même type existent en Italie et, en Allemagne, une association de procédure civile internationale (*Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht*) existe distinctement de l'association de procédure civile (*Vereinigung der Zivilprozessrechtslehrer*). À la supposer établie, cette recomposition ne traduit bien sûr ni une décomposition du droit international privé, ni une décomposition du droit judiciaire privé. Il conviendrait d'ailleurs d'y ajouter une dimension pénale car progresse aussi un droit processuel pénal de l'Union européenne qui transcende de son côté la distinction du droit international pénal et de la procédure pénale⁸³. Articulant la double distinction de l'interne et de l'international, du civil et du pénal, le droit processuel de l'Union européenne aurait aussi à marquer sa singularité disciplinaire par rapport au droit de l'Union européenne dans ses dimensions institutionnelle et matérielle.

Paradoxalement, la recomposition externe du champ procédural donne lieu à des résultats plus tangibles.

B. Les recompositions externes du champ procédural

Le droit du procès ne peut plus se contenter, aujourd'hui, d'une approche strictement juridique limitée à la seule comparaison des différentes procédures traditionnelles de droit interne, procédure civile, procédure pénale, procédure administrative. Le développement des sources constitutionnelles et internationales du droit, du droit procédural en particulier, appelle, sinon un dépassement, du moins un élargissement de l'analyse comparative par l'approche, plus synthétique, des principes généraux de procédure. Certains projets doctrinaux rendent certes compte de cette évolution, à travers la promotion du droit processuel, centré lui-même sur le droit au procès équitable⁸⁴.

Mais, cette nouvelle approche processuelle ne suffit pas à exprimer totalement les problématiques contemporaines car les exigences du procès équitable, qui nourrissent le droit du procès, manifestent elles-mêmes une certaine philosophie de la justice. Cette articulation du droit du procès et de

82. L. Cadiet, E. Jeuland, S. Amrani-Mekki (dir.), *Droit processuel civil de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 2011.

83. V. L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, *op. cit.*, n° 67 et les références p. 297.

84. V. *supra* n° 16.

la philosophie de la justice impose l'élaboration d'une authentique théorie générale, non strictement juridique, dédiée à l'ensemble des modes de règlement des conflits, juridictionnels ou non, que l'évolution contemporaine tend à articuler entre eux dans un système global de justice plurielle⁸⁵. Le savoir des juristes ne peut plus faire l'économie d'une ouverture aux autres savoirs sur la justice, la philosophie, la sociologie, l'anthropologie, l'économie, l'histoire, etc. Il y a ainsi une philosophie de la justice, une sociologie judiciaire, une économie de la justice et du procès, une anthropologie des modes de résolution des conflits, une ethnométhodologie du procès. Là où règne aujourd'hui un fort particularisme disciplinaire, il convient d'établir des passerelles entre tous ces savoirs dont la justice et le procès sont l'objet. C'est le projet d'une *théorie générale du procès*, qui a donné lieu à la publication d'un ouvrage éponyme⁸⁶ et qui fait également l'objet, dans une université au moins, d'un cours de master dispensé sous le même nom⁸⁷.

Cette théorie générale du procès ne se confond pas avec le droit processuel, car si « *la comparaison peut servir la théorie générale, qui « se situe à un degré d'élaboration supérieur à celui de la comparaison* »⁸⁸, la comparaison n'est pas une condition de la théorie générale. Mais ce point de vue est discuté⁸⁹. Elle ne se confond pas davantage avec la théorie générale du droit, même si cette dernière héberge bien des conceptions de ce qu'est la théorie générale du droit, car si la justice est une des finalités du droit, la deuxième selon Paul Roubier⁹⁰, et si le procès est un mode de réalisation du droit, peut-être même le critère de la juridicité⁹¹, la justice ne se réduit pas

85. V. p. ex. L. Cadet, « La justice face aux défis du nombre et de la complexité », *Les Cahiers de la Justice*, 2010/1, ENM et Dalloz, p. 13-35.

86. L. Cadet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2010; 2^e éd. 2013.

87. *Théorie générale du procès*, Masters 2 *Théorie et pratique du procès et Sciences sociales de la justice*, École de droit de la Sorbonne – Université Panthéon-Sorbonne Paris 1.

88. R. Martin, *Théorie générale du procès (Droit processuel)*, Éditions juridiques et techniques, 1984, n° 3.

89. Conf. R. Martin, *op. cit. et loc. cit.* : « La théorie générale du procès ne serait donc qu'un droit comparé ». Rapp. E. Jeuland, « Régulation et théorie générale du procès », in M.A. Frison-Roche (dir.), *Les risques de la régulation*, Paris, Presses de sciences po et Dalloz, 2005, p. 257 et s., spéc. note 1 : « Le terme de théorie générale du procès est synonyme de droit processuel mais des discussions ont lieu sur le domaine de cette discipline ».

90. P. Roubier, *Théorie générale du droit – Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris, Sirey, 1^{re} éd. 1945, 2^e éd. 1951.

91. V. J. Carbonnier, « Hypothèses fondamentales pour une sociologie théorique du droit », in *Flexible droit – Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 10^e éd., 2007, p. 17 et s., spéc. p. 23, l'idée étant développée in J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1994, p. 320-321. – V. aussi C. Atias, V° Justiciabilité, in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004.

au droit⁹². Il serait pour autant présomptueux de prétendre que la théorie générale du procès est devenue une discipline. Si cela était, ce n'est pas, en tout cas, une discipline strictement juridique. Comme l'a écrit Éric Savaux à propos de la théorie générale du contrat, « *une théorie générale apparaît (...) comme une recherche d'essence, sous l'accident, d'unité sous la diversité des règles. Il s'agit d'établir une cohérence, des régularités que la simple réalité brute ne livre pas. Elle est une pensée relative au Droit, non dans le Droit*⁹³.

La pluridisciplinarité est au cœur de la théorie générale du procès qui est donc une *méthode* autant qu'une *matière*, ce qui lui confère une visée scientifique aussi bien que pédagogique. Deux exemples récents peuvent en être donnés⁹⁴.

Le premier intéresse les relations des sciences de gestion et du droit qui sont au cœur des réflexions contemporaines sur l'administration de la justice⁹⁵ et – l'expression est éloquent – le management judiciaire⁹⁶. La réflexion touche même l'épicentre de la théorie générale du procès comme en témoigne une étude de Gaëlle Deharo intitulée « *Law et management : l'influence des sciences de gestion sur la juris dictio* »⁹⁷. Cette réflexion théorique, qui a aussi d'autres objets que le champ procédural, comporte un volet pédagogique dont témoigne le colloque organisé en 2013 lors des

92. Ainsi qu'en témoigne, depuis si longtemps, l'équité : V. L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, préc., n° 21-24.

93. E. Savaux, *La théorie générale du contrat : mythe ou réalité ?* LGDJ, 1997, n° XIII. V. aussi S. Pimont, « Peut-on réduire le droit en Théories générales ? Exemples en droit du contrat », *RTD civ.* 2009, p. 417 et s.

94. Parmi d'autres. De nouveaux territoires s'ouvrent ainsi à une approche de théorie générale du procès avec, par exemple, la question de la juri-traductologie appliquée au procès, qui articule linguistique et droit processuel (v. *Langues et procès*, M. Cornu et M.-E. Laporte-Legeais (dir.) Presses universitaires juridiques de Poitiers) ou celle des conflits d'intérêts appliquée aux modes de résolution des conflits, qui combine droit processuel et éthique (v. L. Cadiet, « Les conflits d'intérêts et les professions de justice – Approche de droit processuel », in *Mélanges Francis Kernaleguen*, p. 165-190).

95. L. Cadiet (dir.), *Pour une administration au service de la justice*, Rapport de la commission « Gouvernance de la justice », Club des juristes, mars 2012. – L. Cadiet, J.-P. Jean, H. Pauliat (dir.), *Mieux administrer pour mieux juger. Essai sur l'essor et les enjeux contemporains de l'administration de la justice*, Paris, IRJS Éditions, 2014, 225 p. – B. Frydman et E. Jeuland (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Paris, Dalloz, 2011.

96. Qui ne concerne pas que la justice civile, ni la seule justice judiciaire : voir not. E. Costa, « Des chiffres sans les lettres – La dérive managériale de la juridiction administrative », *AJDA* 2010, 1623. – J. Danet, *La justice pénale entre rituel et management*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2010.

97. G. Deharo, « Law et management : l'influence des sciences de gestion sur la juris dictio », *Gaz. Pal.* 16 au 17 mai 2014, p. 15 et s. V. aussi L. Cadiet, « La théorie du procès et le nouveau management de la justice : processus et procédure », in B. Frydman et E. Jeuland (dir.), *op. cit.*, p. 111-129.

premières assises de l'enseignement et de la recherche en droit dans les grandes écoles, sous le titre *Penser les relations du droit et des sciences de la gestion – Quelle formation juridique pour les managers du XXI^e siècle ?*⁹⁸. L'introduction des actes de ce colloque, publiés chez Dalloz, à partir du constat du « brouillage des frontières disciplinaires classiques », pose clairement le problème de « la complémentarité ou de la diversité de ces territoires disciplinaires »⁹⁹.

Le second exemple est fourni par l'impressionnante recherche conduite par Jean Danet, pour l'ANR, sur l'évolution de la réponse pénale au cours des dix dernières années¹⁰⁰. Cette recherche empirique a mobilisé onze chercheurs, juristes, pénalistes et publicistes, politiste, psychologue et sociologues. En dehors des préconisations pertinentes sur lesquelles débouche cette étude sur le terrain de l'amélioration de la qualité de la justice pénale, je pense qu'il faut entendre son constat conclusif, invitant les « universitaires juristes » à prendre conscience que la compréhension de « la justice pénale aujourd'hui exige des approches pluridisciplinaires authentiques, rigoureuses, exigeantes en temps et soucieuses du respect par chacun des méthodes de l'autre » et qui « enrichissent notre étude la plus classique de la loi et de la jurisprudence » car elles sont seules à même de « nous permettre de rendre compte de l'autonomie du système de droit pénal et de sa dépendance à son environnement »¹⁰¹.

Je ne pense pas, pour ma part, que cette « autonomie du système de droit pénal » doive être exacerbée, car ce système participe du système plus vaste de justice dont il est solidaire et qui est justiciable des mêmes analyses. J'entends, en revanche, cette manière d'avertissement que « si les facultés de droit françaises ne veulent pas le comprendre, la doctrine ne pourra pas plaindre de ce que les meilleurs étudiants aillent mener leurs recherches sous d'autres cièux ni de ce que les décideurs et gouvernants ne nous écoutent pas »¹⁰². L'avertissement doit être entendu car la chose a pu se passer au XIX^e siècle avec, notamment, l'enseignement de la science politique. La situation présente offre également quelques motifs d'inquiétude quand on constate, par exemple, la très faible part prise par les juristes

98. X. Strubel et G. Deharo (dir.), *Penser les relations du droit et des sciences de la gestion – Quelle formation juridique pour les managers du XXI^e siècle ?*, Paris, Dalloz, 2014.

99. G. Deharo et X. Strubel, « Introduction générale, in X. Strubel et G. Deharo (dir.), *Penser les relations du droit et des sciences de la gestion – Quelle formation juridique pour les managers du XXI^e siècle ?*, préc., p. 1-2.

100. J. Danet (dir.), *La réponse pénale – Dix ans de traitement des délits*, Rennes, PUR, 2013.

101. J. Danet, « De la richesse des recherches pluridisciplinaires pour mieux appréhender l'évolution de la justice pénale », Dalloz. actualité, 17 févr. 2014.

102. J. Danet, *op. cit. et loc. cit.*

universitaires dans le colloque organisé à l'EHESS, le 23 mai 2014, sur le thème «Justice: état des savoirs, un dialogue entre les chercheurs et le ministère de la justice».

Tout cela invite décidément à penser le champ procédural, aussi bien dans les enseignements que dans les recherches qu'il appelle, dans un réagencement disciplinaire qui, s'il ne permet pas de faire l'économie des méthodes traditionnelles, ne saurait absolument plus s'y réduire.

Ceci n'est pas une pipe. Le droit comparé n'est pas une discipline juridique

Horatia MUIR WATT

Professeur à l'École de droit de Sciences Po

Le droit comparé n'est pas du droit¹, ni la comparaison des droits une discipline. Pas plus que l'image de la pipe de Magritte n'est une pipe², le droit comparé n'est une discipline juridique. Bien entendu, la notion même de discipline juridique est en discussion ici; mais si sa définition est incertaine, il est indiscutable en revanche que la comparaison des droits ne recouvre ni des savoirs précis (comme le droit civil), ni une méthode spécifique (comme le droit international privé); elle n'a ni un objet identifiable ni une théorie cohérente qui en sous-tendrait les différentes déclinaisons. Certes, il existe (de plus en plus) des enseignements de droit comparé dans le curriculum académique, de même qu'une idée répandue selon laquelle il s'agirait là d'une science³. Pourtant, il ne peut pas davantage y avoir d'accord sur les contours, les principes ou les critères méthodologiques et épistémologiques (comment procéder à la comparaison? qu'est-ce au fond que le droit à comparer?) du droit comparé que sur ceux du droit lui-même. À cet égard, la comparaison implique certainement plutôt une vision

1. P. Legrand, « La comparaison des droits expliquée à mes étudiants », in P. Legrand (dir.) *Comparer les droits, résolument*, PUF, 2009, p. 209.

2. Magritte, *La Trahison des images*, œuvre de 1928, musée d'Art Moderne de Bruxelles; M. Foucault, *Ceci n'est pas une pipe: Sur Magritte*, ed. Fata Morgana/Scholies, 1973.

3. V. M. Hesselink, « A European Legal Method? On European Private Law and Scientific Method », *European Law Journal* 2008, <http://ssrn.com/abstract=1113450>; pour une illustration, v. K. Zweigert & H. Kötz, *Introduction to Comparative Law* (OUP 3^e éd., 1998), p. 4: « It may indeed be that the mere interpretation of positive rules of law in the way traditionally practised by lawyers does not deserve to be called a science at all, whether intellectual or social. Perhaps legal studies only become truly scientific when they rise above the actual rules of any national system, as happens in legal philosophy, legal history, the sociology of law, and comparative law ».

distanciée sur le droit (comme la philosophie, l'histoire, l'épistémologie ou la sociologie du droit, qui sont cependant toutes exposées à la comparaison à leur tour⁴), de sorte qu'elle pourrait revendiquer le cas échéant le statut moins orthodoxe de « méta-discipline »⁵.

La double innovation venue avec la naissance du comparatisme au début du dernier siècle, pour les juristes, était le regard bi-céphalique porté pour la première fois à la fois vers le monde extérieur en l'absence de projet universalisant (droit naturel, *ius gentium* romain, droit international universel), et sur son propre système vu d'ailleurs, ou en tout cas perçu comme une réponse possible parmi plusieurs, aux problèmes sociaux, économiques ou politiques que le droit a vocation à résoudre. À ce titre, la comparaison est nécessairement porteuse d'une esthétique et d'une épistémologie résolument « perspectivistes », même lorsqu'elle se représente sous les dehors d'une classification des plus neutres⁶. Mais cela n'en fait pas pour autant une discipline. Le paramétrage de ce regard – la perspective adoptée, mais aussi l'identification de la cible, l'objectif poursuivi – n'a cessé d'être discuté, sous des formes diverses, depuis un siècle. À cet égard, les versions possibles du comparatisme sont aussi multiples que les visions du droit lui-même, dont elles reproduisent les enjeux idéologiques.

En effet, entrer dans le champ du droit comparé, c'est se positionner nécessairement (quoiqu'implicitement et parfois en le déniait) à l'égard des tensions concernant le sens même du droit. L'indétermination du contenu du droit comparé résulte de ce que l'opération nommée comparaison – dont le contenu même est controversé, et qui consiste aussi bien à confronter qu'à classer, à se comprendre soi-même qu'à comprendre l'autre, à rechercher les différences qu'à traquer les similarités – est mise au service d'une multiplicité de projets intellectuels ou politiques hétérogènes. Selon que l'on pense que le droit est raison ou culture, qu'il est composé de règles ou de pratiques sociales, selon la façon dont on construit la généalogie des traditions juridiques, selon qu'on poursuit un agenda hégémonique ou de résistance, selon que l'on veut faire de l'innovation ou se constituer à soi-même une identité ou un pedigree, selon que l'on pense que le droit est autonome ou non par rapport à son contexte historique, on attachera une signification différente à la comparaison et on y procédera de façon spécifique. Le regard porté vers l'extérieur n'est ainsi que la partie visible

4. V. par exemple, D. Clark, *Comparative law and society*, EE 2012. V. sur l'omniprésence et le caractère protéiforme de la comparaison, P. G. Monateri, « Comparer les Comparaisons », in Pierre Legrand, ed., *Comparer les droits résolument*, précité, p. 69.

5. V. J. Husa, *A New Introduction to Comparative Law*, Hart Publishing, 2015, p. 57.

6. Sur le perspectivisme, P. Schlag, « The Aesthetics of American Law », 115 *Harv. L. Rev.* 1047 2001-2002.

d'une compréhension plus profonde du phénomène juridique et de son rôle dans le monde.

C'est ainsi que l'indétermination du droit comparé concerne les présupposés de la comparaison (prête-t-on au droit une logique interne ?); les savoirs auxiliaires mobilisés (sciences humaines, ou sociales, ou dures ?); le choix du plan d'analyse (micro, macro) et du schéma d'intelligibilité (statique, dynamique; structurel, fonctionnel). Ainsi, par exemple, le modèle dominant est d'aspiration scientifique (fonctionnalisme⁷) et statique (repose sur un système de classement). S'appuyant dès l'origine sur l'anthropologie dont il est issu⁸, il a servi à renforcer une vision du monde construite sur la distinction centre/périphérie au regard de certaines formes de rationalité, convergeant à cet égard avec le système classificatoire du droit international qui n'admettait que les traditions « civilisées » dans le concert des nations. Comme ce dernier, il est généralement indissociable d'un nationalisme méthodologique⁹ ou modèle étatiste par opposition à une théorie sociale du droit. C'est en opposition à ce modèle que d'autres versions du comparatisme se sont construites. La culture environnante, le contexte historique, le langage, les causes d'évolution, les modes de diffusion et d'hybridation des idées, peuvent devenir le prisme à travers lequel la comparaison est menée.

À ce titre, le droit comparé a accueilli, parmi les divers courants qui le traversent, un foyer critique du droit. Plutôt que comme une science, on peut le concevoir aujourd'hui plutôt comme le champ où se concentrent les interrogations sur les acquis ou les postulats des discours juridiques propres à une tradition particulière. Libéré des obligations de positivité et de nationalité, il est le lieu qui héberge l'hétérodoxie au sein de la pensée juridique – un rôle que la théorie du droit n'occupe pas, ou plus. En d'autres termes, c'est par la comparaison que l'indiscipline fait son entrée dans les (autres) disciplines juridiques, semant parmi les certitudes des doutes venus d'ailleurs. Sous cet angle, le droit comparé a des points communs avec les matières qui sont déjà tournées vers l'extérieur du système juridique national et porteuses plus littéralement d'une vision du monde, comme le droit international public. Ici, en effet, s'agrègent déjà les théories féministes ou tiers-mondistes, post-colonialistes ou d'histoire critique, ébranlant les piliers de l'ordre juridique par des revendications formulées

7. G. Samuel, « Dépasser le fonctionnalisme », in P. Legrand *op. cit.*, p. 405.

8. Sur l'apport de Sir Henry Maine au droit comparé, v. V. Corcodel, « The Governance Implications of Comparative Legal Thinking: On Henry Maine's Jurisprudence and Liberal Imperialism », in H. Muir Watt, D. Fernandez Arroyo, *Private International Law and Global Governance*, OUP, 2014, p. 92.

9. U. Beck, « La condition cosmopolite et le piège du nationalisme méthodologique », in M. Wiewiorka, *Les Sciences sociales en mutation*, Éditions Sciences Humaines, 2007.

en des termes inédits. À la différence cependant de l'action stratégique qui caractérise ce dernier domaine, la comparaison s'allie plutôt à la pensée *queer*, psychanalytique et déconstructiviste pour faire apparaître à travers le traitement de l'altérité, la face obscure du droit¹⁰, son étrange rationalité¹¹, son intraductibilité¹².

Indisciplinée en ce sens qu'elle échappe à la contrainte d'un discours ou d'un appareil conceptuel ou méthodologique particulier, elle est subversive, donc, des divisions disciplinaires au sein du droit, relativisant la valeur du compartimentage des savoirs juridiques¹³. À cet égard, la fonction déstabilisatrice qu'elle exerce à l'égard de la sphère « domestique »¹⁴ est déjà bien répertoriée¹⁵. Elle se déploie notamment à l'égard de la distinction du public et du privé, déconstruit les métaphores fondatrices, interroge les irritations qui se produisent entre les transferts et leur environnement, questionne les contraintes institutionnelles qui semblent aller de soi, dé-naturalise les catégories, s'attarde sur le langage, révèle les présupposés qui sous-tendent les raisonnements les plus enracinés, sert de véhicule à la réforme.

Mais son indiscipline prend aussi de nouvelles formes à l'époque contemporaine, liées précisément à des mutations inédites du phénomène juridique. C'est la thèse que nous nous proposons d'explorer dans ce texte. La clé est le rôle que le droit comparé est appelé à jouer dans la pensée

10. David Kennedy, *The Dark Sides of Virtue: Reassessing International Humanitarianism*, Princeton Univ. Press, 2005.

11. B. Latour, *Nous n'avons jamais été modernes. Essai d'anthropologie symétrique*, éd. La Découverte, 1981.

12. Simone Glanert, *De la traductibilité du droit*, Paris, Dalloz, 2011.

13. Comp. à l'occasion du bicentenaire du Code civil, H. Muir Watt, « Observations comparatives sur le Code civil » *Revue Droits*, p. 131. La pratique de la comparaison est elle-même par ailleurs transversale ou traversante, élargissant sa cible initiale qui était le droit privé, pour englober désormais le droit public dans ses différentes composantes. Au demeurant, les débats sur la culture juridique et les transformations qu'elle subit du fait de la circulation d'idées, naguère limitée à un cercle réduit de comparatistes, a connu un rebond remarquable en raison des interrogations que suscitent les vicissitudes de l'idéal européen. Par ailleurs, les débats sur le constitutionnalisme ont largement dépassé le ressort des seuls juristes constitutionnalistes nationaux, surfant sur cette nouvelle vague comparatiste pour rejoindre l'horizon de la gouvernance globale, en même temps que les politistes et les internationalistes publicistes.

14. La métaphore de la domesticité est entrée dans le langage du droit international privé (anglophone), pour désigner le droit national interne, distinct du droit étranger. Dans le même contexte, elle évoque aussi une forme d'effacement, une hiérarchie politique qui subordonne la sphère interne à celle des rapports publics internationaux : v. H. Muir Watt, « Private International Law Beyond the Schism », (2011) 2(3) *Transnational Legal Theory*, 347-427.

15. V. H. Muir Watt, « La fonction subversive du droit comparé », *Rev int dr comp* 2002, p. 503.

du « global », un paradigme qui invite à éclater les catégories de la modernité et dépasser le cadre mental « local » ou westphalien, qui est le creuset traditionnel de la comparaison des droits. D'une part, elle ouvre aussi les frontières du droit avec d'autres savoirs, non juridiques. Elle introduit alors l'interdisciplinarité, débouchant sur des horizons multiples, hybridant les savoirs. Il en résulte un regard hétérodoxe sur le contenu de la discipline juridique (I). Mais elle va plus loin encore que le seul brouillage des frontières disciplinaires. En confrontant différentes perceptions des contours du droit, elle ouvre sur un pluralisme qui remet en cause l'identité même du droit (II).

I – INTERDISCIPLINARITÉ ET REGARD HÉTÉRODOXE SUR LA DISCIPLINE JURIDIQUE

L'enseignement le plus significatif que véhicule le droit comparé à cet égard est celui qu'apporte une perspective *externe*, au sens de l'épistémologie juridique¹⁶. En effet, si la connaissance du droit se fait le plus souvent à travers ses propres catégories, il est sans doute d'autant plus difficile de sortir de ce point de vue interne que le cadre d'analyse adopté est celui d'un seul système juridique¹⁷. Dans ces conditions, l'horizon sera donc doublement limité, à la fois par la position épistémologique interne – c'est-à-dire la connaissance du droit par des outils exclusivement juridiques – et par le nationalisme méthodologique – c'est-à-dire la référence

16. P. Westerman, « Open or Autonomous? The Debate on Legal Methodology as a Reflection of the Debate on Law », in M. Van Hoeke, *Methodologies of Legal Research*, Hart, 2013, p. 87. Regrettablement, cette perspective interne semble avoir fait obstacle à toute exploration de la contribution propre du droit à l'épistémologie (G. Samuel, « Taking Methods Seriously (Part One) » 2 *Journal of Comparative Law* 94, 2007). L'hypothèse est en tout cas qu'elle a des racines plus profondes, ou en tout cas d'ordre plus épistémologique, que le conservatisme politique qui règne de façon générale dans l'académie juridique, en tout cas en Europe, pour des raisons qui sont diversement de sociologie ou de psychologie collective. De fait, l'existence même d'une recherche en droit – représentée sur le modèle empirique des sciences sociales ou naturelles – fait l'objet d'un scepticisme répandu. Dans sa quête d'unité (R. M. Kiesow, *L'unité du droit*, 2014), la pensée juridique tend depuis l'émergence de la modernité à se confondre avec la pensée *sur* le droit. Sous cet angle, l'accès à la compréhension théorique du droit se fait à travers ses propres concepts ; la connaissance s'épuise dans une perspective « interne ». Pareille circularité, qui rend difficile de distinguer l'épistémologie de la théorie du droit (G. Samuel, *op. cit.*), explique (ou en est le résultat ?) la prévalence du paradigme de l'autorité et de la validation (par opposition à la démarche empirique et la nécessité de vérification). Par ce biais, le droit révèle sa dimension théologique et justifie philosophiquement son caractère axiomatique ou irréfutable, diversement attribué à la raison, à la science, ou à la nature des choses.

17. J. Smits, *The Mind and the Method of the Legal Academic*, EE 2012.

au seul droit national. Cette double restriction se traduit généralement par l'adhésion au positivisme, aussi bien en termes philosophiques que sur le terrain de la compréhension de la mission du juriste académique, qui voue ainsi la plus grande partie de son activité à l'analyse de la technique juridique¹⁸. Mais même à supposer que le syllogisme soit paré de toutes les vertus¹⁹, il semble assez peu contestable que les questions les plus difficiles non seulement engagent désormais plusieurs branches du droit (comme le droit de l'environnement), mais aussi qu'elles soulèvent des questions d'interprétation d'ordre politique, social ou économique indécidables par la seule logique, qui nécessitent plus que jamais de mobiliser des savoirs connexes. Les débats clivants en matière de bioéthique en fournissent une illustration excellente.

Sans doute, le droit n'a-t-il jamais – sauf peut-être dans ses incarnations les plus dogmatiques – prétendu résoudre toutes les questions, en tout cas, celles que le pouvoir politique n'a pas expressément tranchées, sans faire appel aux ressources d'autres savoirs, extérieurs à lui-même. Si une telle nécessité d'ouverture est une évidence chez les réalistes américains qui, il y a bientôt un siècle, en faisaient leur profession de foi, on la trouve aussi bien au cœur de la pensée civiliste, chez Portalis, qui la conçoit en termes de distribution des rôles entre la loi et la jurisprudence, laquelle serait autorisée pour compléter et adapter la première à recourir à l'équité (ou à la loi naturelle)²⁰. Qualifier cette ouverture d'interdisciplinarité serait un anachronisme, mais la raison naturelle, délivrée des contraintes de la lettre de la loi, y supplée indubitablement. Les limites des ressources du droit – de la loi comme source et du raisonnement déductif comme méthode interprétative – pour aborder seules les grandes questions de société y sont clairement admises.

18. L'activité doctrinale prend la forme de glose de décisions judiciaires (quoique, celles-ci étant toujours plus discursives, une telle glose doit changer de forme sous peine de redondance) ou d'analyse des textes (toujours plus nombreux et susceptibles de cacher le bois derrière les arbres...).

19. Pour un exemple extrême, qui n'hésite pas à invoquer l'autorité d'Aristote, v. l'«Éloge du syllogisme», de P.-Y. Gautier, *La Semaine Juridique, édition générale* n° 36, 31 août 2015, 902.

20. *Discours préliminaire*, 1801 (v. Motifs et discours prononcés lors de la publication du code civil. Bordeaux: *Éditions Confluences, collection: Voix de la Cité*, 2004, préface de M. Massenet), p. 18. « Si l'on manque de loi, il faut consulter l'usage ou l'équité. L'équité est le retour à la loi naturelle, dans le silence, l'opposition ou l'obscurité des lois positives » Ainsi, en admettant que « la plus funeste des innovations serait de ne pas innover », la mission du juge serait de considérer... « les fils innombrables qui lient les citoyens,... le développement et la progression successive des objets dont le magistrat et le jurisconsulte sont obligés de s'occuper,... le cours des événements et des circonstances qui modifient de tant de manières les relations sociales, enfin... l'action et la réaction continue de toutes les passions et de tous les intérêts divers ».

Si différence il y a aujourd'hui dans l'urgence à traverser diverses frontières disciplinaires afin d'élargir les voies de connaissance des problèmes que le droit doit résoudre, d'ajuster ses outils d'analyse, ou de modifier ses façons de voir, c'est en raison de l'accélération vertigineuse de l'interdépendance des échanges économiques, de la mixité accrue des populations, de la multiplication des centres de production de normes qui accompagne la globalisation. De nécessité exceptionnelle de regarder au-delà de la double limite du droit et des frontières nationales, cette référence doublement externe s'impose désormais dans la plupart des cas. Qui prétendrait aujourd'hui aborder le cas complexe du voile intégral, de la convention de mère porteuse, des cyber-atteintes à la vie privée, de la fraude dans les marchés de capitaux, de l'empire des indicateurs de crédit, de l'éthique de la science ou des flux migratoires sans avoir une idée corrélative des enjeux bioéthiques, économiques, scientifiques ou politiques qui les sous-tendent ? La complexité omniprésente des phénomènes sociaux²¹ appelle aussi bien une réflexion sur le droit à partir d'une perspective externe, que la prise en compte des modèles juridiques proposés ailleurs.

L'économie et la littérature étaient sans doute jusqu'ici les deux champs les plus sollicités pour renouveler la réflexion sur le droit. L'analyse économique accompagnait la progressive emprise du néo-libéralisme sur le droit, facilitant à son tour la globalisation des marchés. À l'autre extrémité de l'échiquier politique, la littérature contribuait quant à elle à identifier les signes de la post-modernité dans les nouvelles formes d'organisation organisation sociale et de perception de l'identité individuelle. Mais aujourd'hui, le droit est en train d'opérer d'autres emprunts interdisciplinaires, plus diversifiés. Le brouillage disciplinaire qui en résulte est lié au regard porté respectivement vers d'autres cultures juridiques et d'autres récits généalogiques du droit, et vers d'autres façons de construire les lignes qui séparent le droit du fait, le naturel du social. Or, il n'est pas sans intérêt de relever qu'il s'agit dans tous les cas du fruit des cheminements intellectuels de maîtres-comparatistes²². L'interdisciplinarité creuse les chemins tracés par le droit comparé en modifiant le regard que la discipline juridique porte sur elle-même.

Un premier exemple concerne l'emprunt de l'épistémologie critique aux sciences dites « dures ». Le champ naissant – qui refuserait sans doute l'étiquette de discipline, tant les savoirs et courants sont divers – des « sciences et technologies » puise dans une sociologie critique de la connaissance

21. U. Beck, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Flammarion, Champs, préface de Bruno Latour, 2008.

22. L'anthropologie (Gunter Frankenberg), la généalogie (P. G. Monateri), les sciences et technologies (Sheila Jasanoff).

scientifique²³. Elle propose de penser en termes de *co-production* de la vérité scientifique, où le droit joue un rôle essentiel et se voit donc aspiré, le cas échéant malgré lui, dans une contestation de la rationalité moderne qui l'englobe et le dépasse. Les STS interrogent le savoir du droit (*What law knows?*²⁴) et la façon dont le pouvoir scientifique lui est-il « indexé ». Par exemple, aujourd'hui, le changement climatique ou la pauvreté peuvent être considérés comme des espaces où s'échangent et se construisent des idées. Comment ces phénomènes sont-ils naturalisés par le droit en les faisant apparaître comme ayant des causes naturelles ou biologiques ?

Le projet politique des STS consiste en somme à problématiser la façon dont des concepts apparemment aussi évidents et peu problématiques que l'enfant, ou encore le monde naturel, ou encore l'« humain » des droits de l'homme, sont définis dans l'ère néo-libérale. Il remet en cause (« trivialise ») la distinction entre droit et fait, description et jugement normatif, savoir et pouvoir tout en suggérant que le pouvoir est entre les mains de ceux qui peuvent tracer les lignes. Ainsi, si la comparaison critique du droit tend généralement à montrer comment les concepts universels prennent corps, les STS viennent, semblablement, suggérer que des configurations « neutres », factuels, sont en réalité inextricablement liées à la construction de la connaissance, y compris juridiques. D'où la question fondamentale du choix, individuel et collectif : « Les moyens par lesquels nous *connaissons* et nous nous représentons le monde (la nature comme la société) sont inséparables des façons dont nous *choisissons* d'y vivre »²⁵. Ce qui est en cause ici, c'est donc le caractère fondateur ou immuable des diverses distinctions sur lesquelles la modernité a fondé l'État et l'état de droit (public/privé; propriété/contrat; droit/non-droit...), ainsi que les catégories philosophiques ou épistémologiques par lesquelles il pense son propre environnement (droit/science; nature/culture; espace/temps...).

Un second exemple significatif concerne l'apport de l'anthropologie contemporaine, qui après avoir fondé les catégories du droit comparé le plus orthodoxe, poursuit la même entreprise de dé-naturalisation des institutions par référence à la comparaison des cultures. Ainsi, elle interroge le sujet tel qu'il est pensé par la modernité. Cette vision moderne de la personne est-elle également occidentale ? Selon l'anthropologue Clifford Geertz²⁶ pareille vision de la personne comme univers cognitif et déterminant plus ou moins le comportement, comme un centre dynamique

23. S. Jasanoff, *Le droit et la science en action*, traduite et présentée par O. Leclerc, Dalloz, 2013, p. 14.

24. S. Jasanoff, *States of Knowledge: The Co-Production of Science and Social Order*, Routledge, 2004.

25. S. Jasanoff, « The idiom of coproduction », in S. Jasanoff, *States of Knowledge* (préc.).

26. *Savoir local, savoir global. Les lieux du savoir*, PUF Quadrige, 2012, p. 85.

de conscience, d'émotion, de jugement et d'action organisé en un tout distinctif et vu comme s'opposant à la fois à d'autres toutes semblables et à un entourage naturel et social, est, quelque incorrigible qu'elle puisse nous sembler, une idée assez singulière dans le contexte des cultures mondiales. Pareille conclusion fait prendre conscience de la contingence de la structure du droit moderne, qui prend précisément le sujet ainsi défini comme le point de référence centrale de la discipline en le pourvoyant notamment de droits. Les groupes, mais aussi les choses, animées ou non – on pense évidemment à la nature – fourniraient évidemment d'autres modèles.

Ce sont aussi les « transferts » culturels, débat devenu classique entre juristes comparatistes²⁷, qui mobilisent désormais l'attention des anthropologues²⁸. La question, on le sait, est de savoir si l'évolution d'un système juridique est mue essentiellement par des causes internes à la société qui le secrète, et en phase avec l'évolution de celle-ci, ou si les facteurs de mutation sont plutôt des « emprunts » externes participant à la circulation des idées – quelles qu'en soient les circonstances (conquête, colonisation, prestige...) ²⁹. Les réponses sont sous-tendues par différentes conceptions de la culture et de ses modes de diffusion, relatives notamment à la possibilité même d'une dissociation entre le droit et la communauté de sens dont il est issu. En soi, ces développements venus de l'anthropologie sont de nature à retenir l'attention, tant l'usage est fréquent de la notion de culture juridique, et embryonnaire la réflexion des juristes à son sujet, qui la prennent trop souvent comme une donnée, alors qu'elle appelle une élucidation³⁰.

27. Pour les différentes positions, v. A. Watson *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974); P. Legrand, « Comparative Legal Studies and Commitment to Theory » (1995) 58 *Modern Law Review* 262; G. Teubner, « Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences » (1998) 61 *Modern Law Review* 11.

28. G. Frankenberg (ed), *Order from Transfer. Comparative Constitutional Design and Legal Culture*, Edward Elgar, Coll. Comparative Law and Legal Culture, 2014.

29. Si l'on accepte que de tels emprunts constituent le moteur principal du changement en droit, il faut admettre alors une certaine fongibilité des règles et styles juridiques, qui seraient à même de changer de contexte culturel sans perdre leur identité. C'est précisément la possibilité même qu'une telle dissociation se fasse sans perte de sens, qui est contestée: l'emprunt de catégories ou de contenus juridiques s'accompagnera toujours d'une traduction imparfaite dans la culture d'accueil, qui façonnera l'intrus en l'interprétant à sa façon. La voie la plus plausible consiste à conclure d'une part que des transferts plus ou moins fidèles existent à des degrés différents selon le domaine concerné, en fonction de la force des liens tissés entre droit et société: ainsi, le caractère relativement superficiel de l'enracinement sociétal de la régulation financière faciliterait certainement la circulation de modèles juridiques, alors que les racines culturelles plus profondes du droit des personnes s'y opposerait. D'autre part, lorsqu'un transfert existe, il peut engendrer des effets imprévisibles dans son nouvel environnement et également, par un effet de ricochet, sur lui-même.

30. Ainsi que le montre L. Assier-Andrieu, « Brève théorie culturelle du droit », in Helge Dedek et Shauna Van Praagh (dir.) *Stateless Law: Evolving Boundaries of a discipline*, Routledge, 2005, p. 83-104.

Ce regard croisé d'anthropologie et de comparatisme juridique est de nature à affecter la connaissance du droit à plusieurs égards. Ainsi, il s'agit d'envisager les transferts juridiques du point de vue non pas (comme c'est habituellement le cas en droit comparé) du système d'origine, exportateur de culture, mais du système qui la reçoit ou subit. Il s'agit là d'y introduire le « perspectivisme », analogue à celui que portent certaines lectures délibérément « situées » des droits de l'homme ou encore au droit international subalterne ou féministe. Aborder ainsi les relations entre cultures qui s'établissent à l'occasion des mouvements d'idées, à partir du devenir des concepts, normes ou institutions étrangers à l'arrivée, est de nature à éclairer sous un jour nouveau les processus de « vernacularisation »³¹, qu'il s'agisse de réplique, d'hybridation, ou de subversion. Dans cette perspective, les divers processus de circulation des normes détachées de leurs cultures d'origine, donneraient lieu à un « espace » d'interaction entre celles-ci, dans lequel figureraient de façon significative les représentations des frontières, élément clé du concept de transfert juridique.

En identifiant ainsi « à l'envers » ou « d'en dessous » le tracé des idées, le regard anthropologique suggère une façon alternative de faire de l'histoire intellectuelle à l'échelle du monde, mettant en lumière des contre-transferts qui ne font pas habituellement surface, ou pointant des intermédiaires, passeurs de concepts, qui restent invisibles dans des récits plus classiques³². À cet égard, le débat sur les transferts (culturels, y compris juridiques) est intégré dans un tableau plus vaste sur le pluralisme normatif (qu'elles soient infra ou supra étatiques), dont on sait qu'il a été qualifié par B. de Sousa Santos de concept clé d'une vision post-moderne du droit³³. Ce qui est en jeu désormais, ce n'est pas le seul pluralisme *juridique*, au sens de la coexistence de multiples fabriques de droit dans le même espace politique étatique, mais l'identité du phénomène juridique lui-même.

II – INDISCIPLINE ET REMISE EN CAUSE DE L'IDENTITÉ DISCIPLINAIRE

En soi, une approche interdisciplinaire n'est pas nécessairement de nature à remettre en cause l'identité du droit en tant que discipline. Elle est généralement plutôt la source d'une compréhension enrichie de ses orientations,

31. Julia Eckert, « *Who is afraid of legal transfers?* ».

32. Moyné, Sartori, *op. cit.*

33. « Towards a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition » 420 (1995), p. 400.

ses modes de raisonnements, ses fonctions ou ses mythes fondateurs. Le droit comparé vient alors montrer, sur tous ses plans, qu'il en existe des versions alternatives et que le choix de l'une ou l'autre est fonction de facteurs historiques et contextuels divers. Mais si l'époque contemporaine ressent particulièrement le besoin de ce double apport – enrichissement disciplinaire et diversité des interprétations – c'est précisément parce qu'aucune vérité dans ou sur le droit ne semble résister à la confrontation plus fréquente des cultures, ni à l'épreuve de formes de normativité inconnues ou refoulées jusqu'ici, et qui s'imposent en dehors ou au-delà de l'État³⁴. Ce sont les « intimations »³⁵ du droit global³⁶ à l'œuvre.

Aux prises avec les évolutions de la modernité « crépusculaire », l'aspiration du droit à la cohérence et à la certitude est ainsi remise en question en même temps que la spécificité de ses méthodes. D'une part, interprétatif

34. Les fissures dans les conceptions traditionnelles sont probablement appelées à s'élargir au regard des évolutions de l'intelligence artificielle et des technologies de collecte de données que l'on regroupe sous l'appellation de « révolution numérique ». Les enjeux déjà évidents pour le droit sont les compromis à trouver au sein de la démocratie entre la protection de la vie privée et la sécurité publique, ou encore les mutations induites par l'immatériel et le virtuel parmi les concepts fondamentaux (propriété, monnaie...). Cependant, les changements sont de nature à remettre en cause bien d'autres institutions construites par le droit (l'assurance) en l'état de pratiques sociales qui seront bouleversées (la conduite automobile, le diagnostic médical...). La compréhension de ces phénomènes, qui exige également l'apport d'autres disciplines, de la psychologie à la neurologie en passant par l'esthétique, va affecter celle de la norme ou de la subjectivité elles-mêmes.

35. « Intimations of global law » (sur la notion d'intimation, qui emprunte au langage impératif du droit processuel tout en suggérant une présence plus mystérieuse, un *uncanny* freudien, déjà identifié dans ce contexte par P. G. Monateri, *op. cit.*) est le titre de l'ouvrage de Neil Walker, OUP 2015, qui présente un état des lieux des divers projets « structurels », « formalistes », « normativo-abstraites », « historico-discursifs », « latéralement coordonnateurs », « fonctionnellement spécifiques », ou « hybrides » qui tentent de comprendre le monde juridique au delà des confins de l'État. Pour les classer, quittant le terrain convergence/dissonance auquel nous avaient habitués aussi bien les débats récents du droit comparé que la confrontation entre des visions relatives ou absolues des droits humains, l'auteur a recours à un registre plus classique, distribuant les doctrines selon que la conception du droit qu'elles véhiculent relève de la *ratio* (l'hypothèse la plus fréquente) ou de la *voluntas* (p. 197).

36. Le global tend à devenir une catégorie holistique qui tire son sens de tout l'éventail de l'expérience sociale. Apparue à la fin des années 1980 dans la théorie sociale et politique, le concept charrie une conception de l'état de nos sociétés liée à la modernité avancée, radicalisée ou crépusculaire et à la perte qu'il implique de la stabilité des valeurs et des normes qu'incarnaient le droit, l'État et la souveraineté dans l'espace national. La « liquidité » de ces structures est désormais la marque des formes de société post-industrielles. C'est pourquoi le global, et non le mondial, décrit un changement de paradigme, en droit comme dans d'autres champs d'étude et d'interprétation de l'humanité et des sociétés. À ce titre, il renvoie aux interactions accélérées et réflexives des diverses dimensions de la vie et de la science, plutôt qu'à la seule reconfiguration de territoires, ou d'ordres juridiques ou politiques nationaux ou internationaux qui l'induit.

par essence, il est atteint par la métamorphose de « la raison herméneutique »³⁷ et le brouillage vertigineux des perspectives interne et externe, subjective ou objective; ses frontières mêmes par rapport au monde du fait se brouillent ou se « liquéfient ». D'autre part, quoique puisant dans lui-même son fondement, ses outils et son vocabulaire, il interagit néanmoins avec d'autres systèmes sociaux et transforme les ressources venues de son environnement³⁸; la connaissance empirique de celui-ci s'avère donc nécessaire pour lui donner du sens. Tenu du côté des sciences et technologies pour co-producteur de la vérité scientifique³⁹, il se voit donc aspiré, le cas échéant malgré lui, dans une contestation de la rationalité moderne qui l'englobe et le dépasse.

Par ces diverses voies, la question des mutations du droit fait son entrée dans le débat intellectuel sur la globalisation⁴⁰. Les résistances sont fortes parmi les juristes⁴¹, au point que leur avis est généralement tenu pour indifférent dans les débats contemporains sur l'épistémologie des sciences sociales. Voici quelque temps déjà que Michel Foucault observait que le droit n'était pas parvenu à « couper la tête du roi », en ce sens qu'il ne parvient toujours pas à penser en dehors de la souveraineté⁴². C'est que le poids de la modernité empêche de penser la juridicité sans l'entremise d'un ordre juridique étatique. En effet, si réorientation il y a dans la pensée juridique, elle consiste surtout à élargir la théorie des sources du droit pour englober la soft-law, à accueillir la proportionnalité comme méthode, ou à observer la fragmentation des régimes spéciaux.

37. Par opposition à la raison critique. La pensée est-elle une aventure critique ou une démarche interprétative? v. sur la controverse entre Habermas et Gadamer, J.-M. Aguirre Oraa, « Raison critique ou raison herméneutique? », *Revue philosophique de Louvain* 199, p. 409-440.

38. V. en particulier, sur le thème de la spécialisation et la poussée autonomiste des sous-systèmes sociaux, G. Teubner, « Breaking Frames: Economic Globalisation and the Emergence of *lex mercatoria* », *5 European Journal of Social Theory* (2002), 199-217.

39. V. S. Jasanoff, *op. cit.*

40. S. Moyn, A. Sartori, *Global Intellectual History*, Columbia, 2011.

41. Comp. aussi l'éloge du syllogisme par P.-Y. Gautier, *préc.*

42. « La fonction de l'intellectuel » (entretien avec Michel Foucault), *Dits et Écrits*, éd. Gallimard, t. III, n° 192, p. 150; v. également, *La volonté de savoir*, Gallimard, 1976, p. 117. C'est à propos de la théorie classique de la souveraineté que Foucault explique, dans son dernier cours au Collège de France, que la théorie politique n'a pas encore réussi à couper la tête du roi. Certes, le refus de franchir ce pas régicide, qu'il soit le fruit d'une réflexion consciente ou d'un refoulement, n'a rien de neutre. C'est bien entendu exercer un choix que de définir les structures politiques ou la juridicité en certains termes plutôt que d'autres – les débats contemporains parmi les juristes internationalistes au sujet de la primauté du droit de l'Union, ou de l'incidence méthodologique de la proportionnalité, montrent bien que la résistance à ces changements est une position éminemment politique.

Mais le plus souvent, elle reste enfermée dans le même schéma épistémologique que les théories dont elle cherche à se démarquer⁴³. Pourtant, des mutations plus profondes se dessinent. Le benchmarking instruit par analyses d'efficacité micro et macro économiques⁴⁴, tendent à détrôner le droit devenu simple mode de gouvernementalité; la même évolution se produit, au sein de l'ordre international, dans la « forme symbolique » de la souveraineté⁴⁵; celle-ci se déplace au demeurant vers des acteurs privés; les « centres de contrôle » s'organisent en réseaux⁴⁶; la polyarchie remplace la hiérarchie⁴⁷ et la périphérie répond au centre⁴⁸. Plus radicalement encore, l'avènement du numérique et la compression constante du rapport temps-espace, remet en cause l'existence même de la norme sociale et oblige à pousser la réflexion sur le droit bien plus loin. Le droit ne serait plus que « running code » ou alors rechercherait un équilibre nouveau à travers un « couplage » avec d'autres systèmes sociaux⁴⁹. La forme et la substance mêmes du droit – de la discipline juridique – sont en jeu⁵⁰.

43. De sorte que Dworkin proposerait une herméneutique qui ne se distingue pas en dernière analyse de celle de Hart (G. Samuel, *op. cit.*).

44. H. Schepel, « Rules of recognition: a legal constructivist approach to transnational private regulation », in H. Muir Watt, D. Fernandez Arroyo, *Private International Law and Global Governance*, OUP, 2014, p. 201.

45. J. Bartelson *Sovereignty as Symbolic Form. Critical Issues in Global Politics*, Routledge, 2014.

46. B. Latour, « Ces réseaux que la raison ignore. Laboratoires, bibliothèques, collections », in Ch. Jacob et M. Baratin (dir.), *Le pouvoir des bibliothèques. La mémoire des livres dans la culture occidentale*, Albin Michel, p. 23-46, 1996.

47. A. Mills, « Variable Geometry, Peer Governance, and the Public International Perspective on Private International Law », in H. Muir Watt, Fernandez Arroyo, D. (Eds.). *Private International Law as Global Governance* OUP, Chapitre 12.

48. G. Teubner, « Breaking Frames: Economic Globalisation and the Emergence of *lex mercatoria* », *European Journal of Social Theory* 5, 2002, 199.

49. L'invention de l'ordre juridique étatique, comme l'explique Gunter Teubner, a permis d'externaliser la question des fondements du droit vers la politique (comme la société médiévale vers la religion); celui-ci est libre ensuite de construire sa théorie des sources et de conférer l'authenticité à certaines – en y incluant le cas échéant la coutume, le droit savant, la raison naturelle, ou des espaces d'auto-régulation. Mais dès lors que l'État n'assume plus cette fonction pourvoyeuse de légitimité, seule peut survivre la réponse « constructiviste » selon laquelle le droit est ce que le droit qualifie comme tel (v. H. Schepel, *op. cit.*).

50. À ce dernier égard, la globalisation actuelle ne se résume pas nécessairement non plus en une aspiration à l'uniformisation – ou du moins, si le « tournant quantitatif » qui accompagne l'emprise généralisée de la science économique avec ses « centres de calculs » tendrait bien en ce sens, on peut également déceler une multiplication d'interactions complexes entre le local et des échelles plus amples (ou plus abstraites, ou plus bureaucraties), qui exigent pour bien les comprendre des savoirs plus éclectiques et plus empiriques. De même, unificatrice ou non, elle n'est pas non plus en soi nécessairement porteuse d'un projet idéologique, bien que les phénomènes les plus notables – et ceux qui relèvent du champ du droit international privé – soient associés le plus souvent à l'emprise du néo-libéralisme et à ce titre engendrent (selon un vocabulaire lui-même sujet à discussion) des « alter-mondialismes ».

Ce déclasserement contemporain du droit ne fait paradoxalement que souligner le caractère inéluctablement politique des choix qui se nichent dans les formes culturellement très diverses⁵¹. À cet égard, on sait, depuis le panorama dressé par Pierre Schlag, que le droit possède une esthétique et que celle-ci est étroitement associée à l'évolution des idées, qu'elle aide à mieux comprendre⁵². Aujourd'hui, c'est la comparaison du droit qui appelle en renfort l'esthétique, pour proposer une lecture renouvelée de l'histoire de la tradition juridique occidentale. La thèse principale de P. G. Monateri est que le style (*les styles*) du droit sont porteurs de géopolitique. Dans un monde qui tend vers l'uniformité politique – autrement dit vers un espace politique lisse – le droit continue de le marquer de ses stries et semble receler dans ce contexte une réserve de signification plus profonde que la politique elle-même. Le droit, au fond, est un invisible, un ineffable, qui demande à être représenté; son style est précisément le *seuil* où il reçoit une forme déterminée. Cette esthétique du droit est un élément qui résiste à la politique et ne se laisse pas capturer par la poursuite de l'efficacité.

Or, l'Occident recouvre, comme on le sait, deux styles antithétiques du droit, celui (*common law*) de la « loi orale », et celui (continental) de la « loi écrite », dont l'antagonisme est clairement visible dans l'histoire de la pensée politique moderne. Il s'agit là, selon l'auteur, d'archétypes en termes de théologie politique. Célébrer la loi orale revient à administrer un mystère, tandis qu'utiliser une loi écrite revient à administrer une révélation. Cette dualité se prolonge dans le fait que les systèmes de la loi orale, de la *common law*, sont en réalité beaucoup plus « politiques » que les systèmes continentaux, en ce sens que la dimension « sublime » du politique résiste à n'importe quelle tentative de l'ontologiser. L'hypothèse avancée par P. G. Monateri est que tous les systèmes juridiques modernes sont sortis d'un « état d'exception », d'une *catastrophe* : guerre indo-chrétiennes, Révolution américaine, etc. La manière dont ces catastrophes ont été surmontées explique respectivement dans les deux traditions, les différentes structures, leur « mémoire culturelle », et leurs modes d'expression divers. Or, les manières profondément différentes par lesquelles l'« état d'exception » a été résolu signifie la nature véritablement *duale* de l'Occident, qui conçoit ainsi de deux manières distinctes la relation entre politique et justice.

La critique porte alors sur l'aplanissement par la réification des relations sociales requise pour l'expansion du capitalisme radicalisé, qui produit l'illusion d'un espace lisse.

51. P. G. Monateri, *La geopolitica del diritto. Genesi, governo e dissoluzione dei corpi politici*, Laterza, Roma, 2013.

52. « The Aesthetics of American Law », *op. cit.*, *supra* note 6.

L'un des enjeux principaux du droit global se situe donc précisément dans la guerre des styles et la vocation de l'un ou l'autre modèle à refonder la politique en dehors de l'État. À cet égard, estime P. G. Monateri, la modernité semble s'être construite comme une couche fine superposée sur des traditions antécédentes, dont les caractéristiques apparaissent de façon accentuée aujourd'hui, à l'heure même de leur dissolution. C'est là sans doute la signification essentielle de la comparaison des droits aujourd'hui. Mais, faut-il répéter, la comparaison des droits n'en est pas pour autant une discipline juridique. Perturbatrice de disciplines, passeuse de l'interdisciplinarité, elle est la brèche par laquelle passe, aujourd'hui, la remise en question du droit lui-même en tant que discipline. Paradoxalement, en même temps, elle lui restitue simultanément la dimension politique qui, comme l'observe P. G. Monateri, « se perpétue depuis bien avant la naissance du "politique", et qui continue à vivre même après sa décomposition actuelle ». C'est une pareille mutation que rend visible la comparaison indisciplinée des droits.

L'émergence d'une discipline : le droit global

Benoit FRYDMAN

Professeur à l'Université libre de Bruxelles, Centre Perelman

I – DE L'USAGE DES QUALIFICATIFS

L'histoire se déroule de nos jours quelque part en Europe. Deux institutions d'enseignement supérieur, de renommée internationale, mettent au point un double *curriculum* pluridisciplinaire. Chaque institution est responsable de son programme. L'une d'elles introduit dans la formation un cours de « droit global ». Le responsable du projet pour l'autre institution, un professeur de droit en l'occurrence, déclare que son institution ne pourra homologuer la formation ni accorder le diplôme en l'état. Interrogé sur le motif de ce refus soudain, il en indique la cause : la présence au programme d'un cours de « droit global ».

« Et alors, lui demande-t-on, quel est le problème ? »

– Et alors ?, répond-il, le droit global, ça n'existe pas ! »

Examinons ensemble la réaction de ce collègue pour tenter d'en comprendre les raisons. Rappelons qu'il s'agit d'un programme pluridisciplinaire qui comporte sans doute beaucoup d'intitulés assez exotiques pour un juriste. Accordons qu'un cours de macroéconomie ou de gouvernance globale n'aurait sans doute provoqué aucune réaction de sa part. Gageons même qu'il n'aurait pas tiqué devant un intitulé comme « Approche globale des super-dérivés sur le climat ». Il est vrai que ces produits financiers existent bel et bien, eux ! Bien évidemment, c'est le fait d'accoler l'adjectif « global » au mot « droit » qui suscite le blocage et menace l'ensemble du programme. Pourquoi ? L'attitude de ce collègue me paraît parfaitement compréhensible. Elle témoigne même d'une louable vigilance et d'une indéniabile perspicacité. Il a en effet perçu qu'introduire dans un *curriculum* multidisciplinaire, qui contient notamment des cours de droit, un enseignement intitulé « droit global », reviendrait à reconnaître ou du moins à laisser entendre l'existence du droit global comme discipline juridique. Accepter,

en tant que professeur de droit, de contribuer à un tel programme (même si l'enseignement en question n'est pas délivré par lui, ni sous sa responsabilité, ni dans son institution et qu'il n'a pas à en élaborer ni même à en approuver les contenus et les intitulés), ce serait, d'une certaine manière, entériner voire homologuer le droit global comme discipline juridique. Or, cela ne se peut pas car « le droit global, ça n'existe pas ».

Nous comprenons bien, dans le cadre de cette réflexion collective sur la notion et la fonction des disciplines juridiques, ce que notre collègue veut dire lorsqu'il dénie l'attribut de l'existence au droit global. Non seulement il n'existe pas de discipline de ce type, constituée, reconnue dans le programme classique des études de droit, dans les répertoires de doctrine, les manuels, le programme des concours. Mais plus fondamentalement encore, nous indiquerait-il certainement, si nous lui demandions davantage d'explications en lui montrant, par exemple, l'intérêt de dépoussiérer ou d'actualiser ce programme classique pour l'adapter aux évolutions de la société contemporaine, le substrat qui permettrait d'envisager à terme, fut-ce de manière tout à fait hypothétique, l'apparition d'une telle discipline fait entièrement défaut. En effet, il n'y a ni ordre juridique global ni sources du droit global. Il ne saurait donc y avoir de *corpus* de règles globales¹, ni même de règles de droit global proprement dites, de sorte que l'objet même de la prétendue discipline est un non-être : « le droit global n'existe pas ».

Cette petite anecdote illustre bien les polémiques et les conflits qu'engendrent habituellement les tentatives de création d'une nouvelle discipline juridique. En l'occurrence, la réaction est sévère et non sans effet : l'intitulé d'un cours menace la survie d'un programme d'étude et la collaboration entre deux institutions. Cela ne signifie pas pour autant que cette réaction soit irréfléchie. Ce qui vaut ou non comme discipline dans le monde académique (notamment parce qu'elle s'enseigne comme telle au sein d'un *curriculum*) constitue à l'évidence un enjeu important et potentiellement lourd de conséquences.

Je n'entrerai pas ici dans le fond du débat. Le droit global existe-t-il ? Comment se définit-il ? Quels phénomènes recouvre-t-il ? Doit-il ou non être reconnu comme discipline juridique ? J'ai déjà eu l'occasion d'aborder ces questions ailleurs, et encore tout récemment². Je dirai seulement en manière de boutade : le droit global n'existe pas, et pourtant je l'ai rencontré.

1. Comme le souligne Jacques Chevallier dans sa contribution, la délimitation d'un *corpus* spécifique est généralement considéré comme l'une des conditions nécessaires à l'établissement d'une discipline juridique.

2. Voir récemment : B. Frydman, *Petit manuel pratique de droit global*, Bruxelles, L'académie en poche, 2014, ainsi que « A Pragmatic Approach to Global Law », in H. Muir Watt and D. Arroyo, *Global Governance Implications of Private International Law*, Oxford UP, 2015, p. 181-200.

Je l'ai même rencontré à plusieurs reprises et je le rencontre de plus en plus souvent³. Plus souvent en anglais qu'en français, il est vrai. Les expressions « *global law* » et « *world law* » ou « *transnational law* » sont aujourd'hui monnaie courante, tant chez les juristes, que dans les milieux d'affaires et les cénacles politiques mondiaux. Leurs équivalents français circulent également, mais beaucoup plus discrètement. Dans les deux cas, leur usage demeure à ce jour nettement moindre que les expressions « *international law* » et « droit international », qui désignent les disciplines juridiques officielles du droit par-delà les frontières des États⁴.

Nous savons cependant que « droit international » est un néologisme de l'ère contemporaine, que nous devons à l'esprit particulièrement créatif de Jérémy Bentham⁵. Les termes en usage pour désigner la discipline juridique étaient à l'époque le « droit des gens » (lat. *ius gentium* ; ang. *law of nations*) que le « droit international » mettra un siècle à supplanter⁶. Le changement de dénomination emportait à l'époque un véritable changement de définition et de philosophie. Défini comme « *ius inter gentes* », le droit international réduisait en effet drastiquement, par opposition au droit de la nature et des gens, le nombre et la capacité des sujets de droit, en considérant les États souverains comme seuls sujets actifs du droit par-delà les frontières et en confiant à l'autonomie de leurs volontés le pouvoir d'en modifier les règles existantes ou d'en établir de nouvelles.

Les termes « droit mondial » ont fait leur apparition dans la doctrine juridique précisément au moment où le terme « droit international » réussissait à s'imposer à la fin du XIX^e siècle. Déjà en 1888, Ernst Zitelmann, alors professeur de droit à Bonn, consacre un article à « La possibilité d'un droit mondial » (*Die Möglichkeit eines Weltrechts*)⁷ et en 1923, Henri Levy-Ullmann, le fondateur avec Henri Capitant de l'Institut de droit comparé de la Faculté de droit de Paris, publie un ouvrage intitulé *Vers le droit*

3. Jusque et y compris dans le cadre du présent ouvrage sur les disciplines juridiques. Voyez ainsi, outre la présente contribution, celle d'Horatia Muir Watt sur l'incidence des objets globaux et celle de Daniel Jutras sur la déterritorialisation du droit.

4. Sur Google (requêtes effectuées le 20 janvier 2015), les requêtes « *global law* » donnent 533 000 résultats, « *transnational law* » 317 000, « *world law* » donnant 481 000 soit 1 300 000 au total, à comparer à 31 millions pour « *international law* ». En français: « droit global » donne seulement 8 590 résultats et « droit transnational » 12 000, « droit mondial » donnant 13 000, soit un total de 33 590 contre 6,8 millions pour « droit international ».

5. Publié pour la première fois dans *Principles of Moral and Legislation* en 1789.

6. Si on prend comme critère de mesure le nombre d'ouvrages publiés qui contiennent ces termes dans leur titre, le croisement des courbes ne s'effectue qu'en 1876 en français et en 1890 en anglais. Recherche effectuée par le moyen de l'outil statistique *Ngram Viewer* de Google, consulté en janvier 2015.

7. E. Zitelmann, « Die Möglichkeit eines Weltrechts », *Allgemeine österreichische Gerichts-Zeitung*, 39, 1888, p. 193-208.

*mondial du XX^e siècle*⁸. Dès cette époque, le droit international est critiqué et ses fondements remis en cause, en particulier la souveraineté absolue des États et leur monopole sur la création, l'interprétation et l'exécution du droit à l'échelon supranational⁹. Cette contestation était à l'époque portée notamment par le mouvement nommé paradoxalement « internationaliste » qui défendait, contre l'impérialisme et le nationalisme belliciste des États souverains, un agenda promouvant la création d'institutions mondiales dans les domaines politique, économique et social¹⁰.

L'expression « droit transnational » (ang. *transnational law*) apparut plus tardivement, dans les années 1950, sous la plume du professeur américain Philip Jessup¹¹, pour désigner des phénomènes juridiques, qui ne peuvent être appréhendés correctement dans les cadres étatiques ou interétatiques de l'ordre juridique national ou international. Elle accompagne le renouveau des échanges économiques et culturels, après la seconde guerre mondiale, dans le sillage des entreprises « multinationales », principalement sous contrôle américain à l'époque, que l'on en viendra à désigner elles aussi comme des compagnies « transnationales » et « globales »¹².

L'usage des termes « droit global » et « droit transnational », en croissance depuis la fin de la seconde guerre mondiale, connaît une courbe exponentielle depuis les années 1990, illustrant dans le domaine juridique le « tournant global des sciences sociales » en général¹³. Aujourd'hui ils se partagent le champ, avec l'expression plus ancienne « droit mondial », de manière encore indécise, même si l'expression « *global law* » tient la corde

8. H. Levy-Ullmann, *Vers le droit mondial du XX^e siècle*, Paris, Rousseau et cie., 1923.

9. V. sur les débats qui traversent la doctrine internationaliste M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001. V. également pour les dimensions plus politiques B. C. Schmidt, *The Political Discourse of Anarchy: A Disciplinary History of International Relations*, New York, State University of New York Press, 1998.

10. Voyez, par exemple, l'Union des associations internationales de Lafontaine et Otlet, récompensée en la personne de Lafontaine par l'attribution du Prix Nobel de la Paix en 1913. Paul Otlet est par ailleurs l'inventeur du terme « mondialisation », attesté pour la première fois en français dans son ouvrage *Les problèmes internationaux et la guerre, les conditions et les facteurs de la vie internationale*, Genève, 1916, p. 337.

11. Ph. Jessup, *Transnational Law*, New-Haven, Yale University Press, 1956. Cet ouvrage reproduit un ensemble de conférences données par l'auteur à Yale en 1956. Jessup avait auparavant mené une carrière de diplomate. Membre de la délégation américaine à la conférence de Bretton Woods, il avait été désigné par le Président Truman comme représentant des États-Unis aux Nations Unies.

12. L'expression « *transnational corporations* » est devenue courante mais talonnée par « *global corporations* ». En français, on rencontre aujourd'hui davantage les « entreprises globales » que « multinationales » ou « transnationales ».

13. A. Caillé et S. Dufoix (dir.), *Le tournant global des sciences sociales*, Paris, La Découverte, coll. « Bibliothèque du MAUSS », 2013, 350 p.

en anglais, langue qui véhicule la majeure partie de la littérature académique et des débats sur ce thème au niveau planétaire¹⁴.

II – « GLOBAL PROFESSORS » ET « GLOBAL LAWYERS »

Au-delà des mots, tentons à présent d'identifier certains phénomènes significatifs auxquels on peut relier ces nouveaux usages sémantiques et tentons d'évaluer leur influence quant à l'émergence éventuelle d'une nouvelle discipline.

Un premier phénomène, finement capturé et décrit par Mickaël Xifaras, consiste en l'apparition d'une nouvelle espèce de professeurs de droit, minoritaires mais en nombre croissant, qu'il appelle les « *global professors* »¹⁵. Ceux-ci forment une communauté circonscrite, mais ouverte d'académiques qui, bien qu'attachés à une institution particulière, effectuent une sorte de tournée permanente, qui les conduit de villes globales en universités plus ou moins prestigieuses, pour évoquer et débattre du devenir du droit dans une société mondialisée et dans une perspective globale. Ces *global professors* tissent entre eux et leurs centres de recherches respectifs, voire parfois entre les écoles ou les facultés dont ils relèvent, des liens multiples d'invitations croisées et de collaborations privilégiées dans les domaines tant de l'enseignement que de la recherche et se retrouvent, tout au long de l'année, à l'occasion de certains forums¹⁶. Ce réseau en expansion se compose d'un mélange hétéroclite de comparatistes, de spécialistes

14. En anglais, l'expression « *world law* », longtemps et de loin la plus usitée, est en chute libre et dépassée depuis 2008 par « *transnational law* » et « *global law* », en croissance depuis les années 1960, accentuée depuis la fin des années 1990. Entre ces derniers, le sort est indécis même si « *global law* » semble l'emporter. Il en va autrement en français où « droit mondial » est préféré (sans doute aussi en raison de la distinction conceptuelle proposée entre « globalisation » et « mondialisation » qu'ignore l'anglais). L'expression « droit transnational » semble également mieux acceptée que « droit global », peut-être parce qu'elle comporte encore la mention des « nations », même si c'est pour en transgresser les frontières.

15. Voyez le très bel article de M. Xifaras, « Après les théories générales de l'État : le droit global ? », *Jus Politicum*, n° 8 : <http://juspoliticum.com/Apres-les-Theories-Generales-de-l.html>.

16. Les grandes réunions de l'Institute for Global Law & Policies à Harvard Law School (<http://iglp.law.harvard.edu/iglp-june-2015/>) en constituent le prototype, de même que les colloques du mouvement Global Administrative Law à la NYU (<http://www.iilj.org/gal/NYUGALconference2005.asp>). Sont apparus plus récemment des « *Global Law Week* » à New York et à Bruxelles, ainsi qu'un « *Global Law Summit* » à Londres. S'il s'agit d'une réunion de professionnels du droit organisé par le barreau à New York (<https://www.nysba.org/globalawweek2015/>) et d'une manifestation politico-juridique à Londres, associant les professionnels à des figures politiques de premier plan (<http://globalawsummit.com>), la « *Global Law Week* » bruxelloise, organisée par le Centre Perelman, est une réunion

de droit international et de droit des affaires, où se glissent également des praticiens, et aussi en grand nombre des philosophes, théoriciens et sociologues du droit. Constitué en Occident, il tend rapidement à se diversifier et à s'étendre à toutes les régions du monde.

Ce réseau doctrinal ne se limite pas à l'échange d'idées et de discours ou de textes. Il se montre productif sur le plan institutionnel et investit les formes les plus classiques de la vie académique¹⁷. Les revues spécialisées en droit global ou transnational se multiplient dans les Universités occidentales¹⁸ et au-delà¹⁹. De nombreux centres de recherche se créent qui leur sont spécifiquement consacrés²⁰. Le domaine de l'enseignement se trouve également fortement investi. De nouveaux diplômes et formations voient le jour, au niveau de la maîtrise et parfois même de la licence, et pas seulement dans le monde anglo-américain²¹. De toutes parts, les initiatives foisonnent et le mouvement s'accélère de manière assez impressionnante.

On peut donc être tenté de voir dans le droit global ou transnational une création ou une invention purement doctrinale²². Le constat est indéniable si on entend souligner par-là, en se plaçant sur le terrain classique des sources du droit, que le concept a été créé et est développé essentiellement par la doctrine et la théorie du droit, plutôt que dans la jurisprudence ou dans la législation au sens large et dans les Conventions internationales. Le

principalement académique, même si elle associe largement des praticiens, selon la tradition bien établie de l'École de Bruxelles (<http://www.philodroit.be/-BGLW2015->).

17. Nous reprenons ici les informations données dans B. Frydman, G. Lewkowicz et A. Van Waeyenberge, « De l'étude à l'enseignement du droit global », in Pascal Ancel et Luc Heuschling (dir.) *La transnationalisation de l'enseignement du droit*, Larcier, 2016, p. 241-254.

18. Voir *inter alia* les revues américaines et britanniques suivantes : *Global Studies Law Review* (Washington U.), *Global Law Review* (Harvard Law School), *Global Business Law Review* (Cleveland State University), *Indiana Journal of Global Legal Studies*, *Suffolk Transnational Law Review*, *Columbia Journal of Transnational Law*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, etc. Le mouvement n'a pas encore atteint le monde francophone.

19. Par exemple : *Peking University Transnational Law Review* et *Jindal Global Law Review*.

20. Voir *inter alia* l'*Institute for Global Law & Policy* (Harvard), l'*Institute for Global Law* (University College London), le *Dickson Poon Transnational Law Institute* (King's College London), le *Centre for Transnational Law* (Cologne).

21. À titre d'exemple, un étudiant en droit peut aujourd'hui obtenir un *Bachelor in Global Law* à l'Université de Tilburg (Pays-Bas), un *Master in Global Law* à l'Université de Sydney (Australie), un *LL.M. in Law in a European and Global Context* à l'Universidade Católica Portuguesa (Portugal) ou encore un *Master in Global Business Law and Governance* à l'École de droit de Science Po à Paris.

22. La notion de « droit mondial » et ses équivalents allemands (« WeltRecht ») et anglais (World Law) relèvent sans doute davantage d'un usage philosophique, mais sont néanmoins encore utilisés par la doctrine et la théorie du droit contemporaine, par Günther Teubner par exemple.

fait ne serait pas nouveau²³ et confirmerait le rôle majeur, sinon exclusif, de la doctrine dans la sélection, la définition et l'établissement des disciplines juridiques. Il faut se garder pourtant de considérer le *corpus* académique comme une production hors sol, suffisant aux besoins d'une communauté académique vivant en autarcie et ignorant avec la suprême indifférence d'une science pure et désintéressée les contingences et les pressions du monde extérieur. Ni les études contemporaines sur la fabrication des sciences ni les observations que chacun d'entre nous peut tirer de sa pratique quotidienne au sein du monde universitaire n'inclinent en ce sens. De sorte qu'il est souhaitable d'élargir la perspective pour considérer d'autres phénomènes, en particulier du côté des pratiques du droit, plus prosaïques certes, mais très significatifs du développement du vocable « global law » et des activités qu'il recouvre.

L'implantation et le développement partout dans le monde, notamment sur le continent européen, de cabinets d'avocats qui se qualifient eux-mêmes de « *global law firms* » est à cet égard l'un des plus remarquables. Ces cabinets d'affaires ne sont pas, du moins pour les plus grosses structures, le produit d'une création *ex nihilo*, mais plutôt d'un changement de dénomination qui manifeste l'évolution de leur organisation et de leur stratégie commerciale, mais aussi des services qu'ils proposent à leurs clients. Ils mettent en avant leur implantation dans toutes les places importantes ainsi que leur capacité à fournir l'ensemble des services juridiques, quel que soit l'endroit de la planète et le droit concernés, grâce à leurs nombreux collaborateurs de tous pays, leurs succursales et les cabinets locaux avec lesquels ils entretiennent des relations de réseau ou de correspondance.

Ces cabinets globaux (*global law firms*) se transforment rapidement en véritables entrepreneurs de droit global (*global law firms*), à la demande pressante de ces mêmes clients²⁴. Ceux-ci ne se contentent plus en effet d'adapter leurs politiques aux règles locales, ni même de jouer sur les différences et la concurrence entre les ordres juridiques étatiques pour pratiquer un *forum shopping* opportuniste à l'aide de montages plus ou moins sophistiqués. Ils souhaitent en outre et sont incités pour diverses raisons²⁵ à produire eux-mêmes ou à se rallier à des régimes normatifs

23. Voyez par exemple, dans la conclusion de notre étude précitée « De l'étude à l'enseignement du droit global », *op. cit.*, le rapprochement avec la création du *ius publicum universale* en Allemagne au XVIII^e siècle, en considérant toutefois les limites que nous indiquons de cette comparaison.

24. Voy. G. Lewkowicz et A. Van Waeyenberge, « La montée en puissance des avocats et la formation d'un droit global », *Cahiers de méthodologie juridique*, 2010-5, 2200 à 2212.

25. En particulier, la coordination normative au niveau mondial. Voir à ce sujet et avec différents exemples : B. Frydman et A. Van Waeyenberge (dir.), *Réguler par les standards et les indicateurs : de Hume aux rankings*, Bruxelles, Bruylant, 2013.

globaux dans les différents domaines de leur activité, notamment financier, commercial, social, environnemental, logistique, mais aussi en matière de gouvernance, de contrôle de la qualité des services et produits, de protection de la propriété intellectuelle, de respect des droits de l'homme par et au sein de l'entreprise, etc.

Les « *global lawyers* » ne se limitent pas d'ailleurs à peupler les grandes structures, mais habitent également des « cabinets de niche » et forment même des cabinets individuels ou des microstructures très spécialisées. On les trouve également en grand nombre dans les organisations et les associations, publiques et privées, à vocation régionale ou globale²⁶, en particulier celles qui, pour différents motifs politiques, économiques ou stratégiques, poursuivent des objectifs de régulation, de coordination et de normalisation. Tous ceux-ci élaborent ou contribuent à de nouveaux instruments comme des codes de conduite et des codes de gouvernance, des normes techniques, mais aussi des clauses standards²⁷ et des contrats types, ainsi que des dispositifs d'ingénierie juridique et des mécanos institutionnels, mis au point dans leurs bureaux, soit sur mesure, soit en série²⁸. Certaines de ces productions deviennent d'ailleurs des « standards de marché », qui s'imposent de fait à toutes les parties qui entrent dans une certaine opération²⁹.

Cette activité d'entrepreneur normatif global ne se limite pas cependant à la rédaction ou à la généralisation de certaines règles juridiques, loin s'en faut. Elle se prolonge, de manière très considérable dans le volume des activités, par la mise au point et la participation à d'innombrables dispositifs de mise en œuvre et de contrôle de l'application des normes, qui incluent notamment toutes les procédures de « *compliance* » (conformité),

26. Ou mêmes internes, mais qui visent des objectifs à l'échelle régionale ou mondiale.

27. Les emprunts d'État constituent une illustration frappante de ce phénomène. Leur régime est désormais fixé essentiellement sur une base contractuelle, dont les clauses standardisées sont mises au point, formulées et révisées par certains cabinets d'affaire spécialisés, spécialement le cabinet Cleary-Gottlieb. Voyez sur le sujet la thèse de Caroline Lequesne, *L'évolution du régime contractuel de défaut des États débiteurs européens*, Bruxelles, 2015 en particulier le chapitre préliminaire de la 1^{re} partie sur le rôle des cabinets d'avocats, ainsi que les nombreuses références citées.

28. Voy. l'analyse détaillée d'une série d'exemples dans D. Wielsch, « Global Law's Toolbox: How Standards Form Contracts », in H. Eidenmüller, *Regulatory Competition in Contract Law and Dispute Resolution*, München, C.H. Beck, 2013, p. 71-111.

29. C'est clairement le cas de l'*ISDA master agreement*, qui règle en pratique par un contrat uniforme les modalités juridiques de 90 % de toutes les opérations sur dérivés de gré à gré au niveau mondial, pour un montant total de plus de 600 000 milliards de dollars selon l'évaluation de la Banque des règlements internationaux en 2014 (Bank for International Settlements, *Statistical release: OTC derivatives statistics at end-June 2014*, Nov. 2014). Voy. également l'analyse de cette institution comme un régime de droit transnational proposée par J.-P. Braithwaite, « Standard Form Contracts as Transnational Law: Evidence from the Derivatives Markets », *The Modern Law Review*, vol. 75, 5, 2012, p. 779 et s.

destinées à assurer la mise en œuvre effective et uniforme des normes au sein de l'entreprise, du groupe, de la filière ou du secteur, tout au long de la chaîne et dans tous les établissements disséminés partout dans le monde. Les *global lawyers* se trouvent d'ailleurs sur ce terrain particulier, comme d'ailleurs de manière générale sur le marché du droit global, en concurrence très dure avec les cabinets d'audit internationaux. Ils sont également confrontés à de nouveaux venus, qui émergent dans les secteurs spécifiques, comme celui des réseaux de communication par exemple, à la faveur de l'émergence de nouvelles institutions et protocoles de régulation à vocation globale³⁰. Ces acteurs participent au développement et à la consolidation de systèmes divers et variés de notation, de classement, de labellisation, mais aussi d'arbitrage et d'autres modes alternatifs de règlement des litiges, qui produisent en pratique des effets incitatifs et contraignants sur les opérations et les opérateurs, bien au-delà et indépendamment des cadres étatiques et interétatiques habituels.

Tous ces dispositifs, insistons-y, ne se limitent pas au droit des affaires ou à ce qu'il est encore convenu d'appeler « le droit du commerce international », mais affectent pratiquement toutes les branches du droit en ce compris le droit social, le droit familial³¹, les droits de l'homme et de manière générale les branches du droit public, en ce compris le droit constitutionnel³².

On peut ainsi tracer un parallèle entre le développement sur le terrain des « *global lawyers* » et celui des « *global professors* » dans le monde académique. Il faut cependant se garder d'établir entre le premier et le second un lien de causalité en vertu d'une sorte de déterminisme automatique de la pratique du droit sur la théorie et la doctrine, que ni l'observation ni plus largement l'histoire des idées juridiques ne confirment. Il est d'ailleurs remarquable que, hormis le rôle charnière (à vrai dire très important) que jouent les praticiens-enseignants, les deux groupes s'ignorent plus ou moins et en tout cas ne se fréquentent guère, ne se mélangent pas et ne se réunissent que rarement en tant que groupes³³. Il est encore plus frappant

30. Comme l'ICANN par exemple dans le domaine de l'Internet. Voir à ce sujet les études consacrées par Caroline Bricteux, chercheuse au Centre Perelman, à cette institution et aux instruments normatifs et de contrôle produits dans son sillage (cf. http://www.philodroit.be/_Bricteux-Caroline_?detail=publications&lang=fr).

31. En particulier dans les domaines patrimoniaux des successions et des donations, mais aussi au niveau du règlement des divorces, en ce compris les questions relatives à la garde des enfants (v. E. A. O'Hara et L. E. Ribstein, *The Law Market*, Oxford, Oxford University Press, 2009, spéc. Chapitre 8).

32. M. Disant, G. Lewkowicz, P. Türk (dir.), *Vers des standards constitutionnels mondiaux*, Bruxelles, Bruylant, 2018.

33. Ainsi, la *Global Law Week* de New York réunit des professionnels du droit; le *Global Law Summit* de Londres ces mêmes praticiens avec des acteurs du monde politique et

que, si la doctrine globale émergente s'appuie, plus ou moins selon les courants, sur l'observation des phénomènes issus de la pratique pour forger ses théories sur le droit global, les praticiens eux-mêmes, au moins certains d'entre eux, se montrent très réticents à voir appliquer ces concepts à leurs activités, de peur que la légitimité de celles-ci soient mise en question ou contestée. Ils préfèrent dès lors se raccrocher à la théorie du droit la plus classique, voire la plus éculée à laquelle ils ne manquent pas de réitérer leur allégeance³⁴. Ils font ainsi du droit global sans le dire et presque sans le savoir, en tout cas sans trop vouloir y penser³⁵.

Quels qu'en soient les motifs, il faut être affligé d'une myopie singulière pour ne pas pouvoir regarder ensemble ces deux phénomènes simultanés. Si on peut les interpréter comme deux manifestations distinctes de l'esprit du temps, mais aussi comme autant de signes de l'évolution de la vision du droit³⁶, ils se trouvent également reliés par des connexions plus prosaïques, qui affectent tant les filières d'enseignement que celles de la recherche académique.

C'est ainsi que les *global law firms* et les autres structures mentionnées qui recourent aux services de *global lawyers*, soumises à la pression générale sur les coûts et les rendements, cherchent à recruter, parmi l'élite des étudiants, ceux qui disposent non seulement d'une solide formation juridique classique, mais aussi qui ont été initiés, dès le début de leur formation ou lors d'une spécialisation, à envisager le droit dans une perspective globale et, de préférence, formés aux nouveaux métiers de l'avocat et aux nouveaux instruments du droit global³⁷. Cette demande ou du moins ce besoin suscite effectivement des réponses plus ou moins élaborées de la part des organismes qui dispensent des enseignements et des formations et délivrent des diplômes au niveau supérieur.

économique principalement. Par ailleurs, les réseaux et les rencontres, comme ceux organisés par l'*Institute for Global Law & Policy* de Harvard, rassemblent essentiellement des académiques et des chercheurs, mais très peu de praticiens. La *Global Law Week* de Bruxelles invite et tente de faire dialoguer ensemble théoriciens et praticiens du droit global.

34. Je me réfère ici à mon expérience personnelle lors de diverses discussions avec des représentants des *global law firms*, qui se montrent particulièrement sur la défensive et craignent visiblement de voir l'ensemble de leurs activités assimilées aux montages fiscaux qui sont, à juste titre d'ailleurs, sous le feu des critiques.

35. On peut rapprocher ce phénomène de la notion de « méconnaissance » en psychanalyse (Freud parle de « déni » ou de « dénégation »). L'ambiguïté et le glissement sémantique insensible de l'expression « *global law firms* » manifestant ici en quelque sorte le refoulé de l'inconscient juridique.

36. Sur la notion de « vision du droit », voir B. Frydman, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruylant, 3^e éd., 2011.

37. Voyez le cycle de conférences 2014 du Centre Perelman, consacrés aux *Nouveaux métiers de l'avocat* et notamment aux « Global Law Firms », disponibles sur <https://www.youtube.com/user/centreperelman>.

Le développement de ces programmes semble obéir, en France du moins, à un mouvement concentrique, qui initié en dehors des facultés de droit ou dans leur périphérie atteint désormais le cœur du dispositif classique. Les premières formations ont été proposées dans des filières non juridiques, notamment économique, politique et financière, sous les termes généraux de « gouvernance » et de « régulation » ou dans le cadre d'approches sectorielles pointues³⁸. Puis les grandes écoles s'en sont emparées et ont proposé des mastères ou des LLM³⁹. Enfin, certaines universités, usant de l'élargissement de leur autonomie, et leurs facultés de droit commencent, non sans hésitation ni réticence, à suivre le mouvement et à se positionner sur ce nouveau créneau considéré comme « porteur », notamment dans le cadre de co-diplômation avec des établissements étrangers ou spécialisés dans d'autres disciplines. Le mouvement est bien plus avancé ailleurs en Europe et dans le monde où ces programmes sont désormais légion.

Ils rencontrent d'ailleurs un intérêt marqué de la part des étudiants, qui répond non seulement et sans aucun doute à des considérations de carrière, mais également à une véritable appétence intellectuelle qui, au-delà de l'effet de mode, attire les nouvelles générations vers les évolutions qui affectent le droit contemporain et qui reflètent les transformations d'un monde qui est le leur et sur lequel elles désirent à la fois exercer leur réflexion et imprimer leur action. Le contingent des étudiants attirés vers les études globales est dès lors bien plus important et diversifié que ceux qui se destinent au droit des affaires et aspirent à rejoindre les cabinets du « *magic circle* ». Cet intérêt des étudiants est d'autant moins à négliger que les programmes de formation spécialisés, notamment en droit, sont principalement financés par les étudiants eux-mêmes et leurs familles, souvent à grands frais. L'Europe elle-même fait de moins en moins figure d'exception suite aux changements de politique publique au niveau national et supranational et à l'ouverture du marché mondial de l'éducation supérieure⁴⁰. L'offre de formation, rendue beaucoup plus sensible à la demande, y évolue en conséquence rapidement dans un secteur qui est désormais entré dans une phase de restructuration intense. Il me semble donc que ce sont les étudiants qui font office, malgré eux sans doute, de courroie de transmission entre le monde académique et

38. Par exemple les nouvelles technologies, le réchauffement climatique, la responsabilité sociale des entreprises, etc.

39. Voyez, par exemple, l'École de droit de Sciences Po qui propose, sous la direction d'Horatia Muir Watt, un master de « Global Governance Studies », qui constitue l'une des sections du master en droit économique.

40. Pour une analyse approfondie de la question et de ces répercussions en France, voyez l'étude très informative proposée par Anna Vinokur, « La normalisation de l'Université » in B. Frydman et A. Van Waeyeberge (dir.), *Gouverner par les standards et les indicateurs : de Hume aux rankings*, Bruxelles, Bruylant, 2013, ch. 7, p. 235-261.

celui de la pratique, la transmission étant d'ailleurs destinée à opérer dans les deux sens, de manière cumulative.

Ce phénomène est sans aucun doute encouragé par les partenariats avec le privé, le parrainage, les dons, les bourses et les subsides. C'est cependant surtout au niveau de l'orientation de la recherche que l'on peut constater les effets les plus visibles de ces modes de financement ciblés. Les pouvoirs publics eux-mêmes, qui financent les projets de recherche, développent un intérêt soutenu pour les questions relatives à la globalisation sous tous ses aspects, y compris juridiques. Pour eux, le droit global ou la mondialisation du droit apparaissent comme l'un des compartiments de la gouvernance globale et, à ce titre, comme l'un des facteurs du développement économique et de l'influence politique. Le phénomène n'est pas neuf⁴¹. Il n'est pas sans effet sur le monde académique dans la mesure où les instituts qui financent la recherche, dépendants des gouvernements nationaux et plus encore des organismes internationaux et supranationaux, orientent les subsides et par conséquent les recherches vers ces questions, tout comme d'ailleurs les fondations et les partenaires privés⁴². Ces types de financement et les dispositifs d'évaluation et de contrôle qui les accompagnent, influencent de fait la recherche universitaire, qui a toujours davantage besoin d'argent frais à mesure que les financements structurels se réduisent comme peau de chagrin. Ces incitations favorisent aussi la multiplication des instituts de recherche en droit global et en droit transnational, que nous avons déjà mentionnée.

III – DU PARADIGME À LA DISCIPLINE

Un réseau de professeurs globaux et d'instituts de recherches en droit global, une masse de cours et de programmes de formation, souvent inter voire trans-disciplinaires, le développement de revues spécialisées : beaucoup d'ingrédients qui entrent dans la préparation d'une nouvelle discipline dans la cuisine du droit semblent ici réunis. Mais ces moyens, sans doute

41. Pour ma part, j'avais déjà eu l'occasion de le mentionner dans un article publié il y a une dizaine d'années : « Coregulation: a Possible Model for Global Governance », in B. De Schutter and J. Pas eds., *About Globalisation, Views on the Trajectory of Mondialisation*, Brussels, VUB Brussels University Press, 2004, p. 227-242.

42. C'est ainsi qu'en Europe, pour prendre un exemple parmi beaucoup d'autres, l'agenda 2020 de l'Union européenne a lancé un appel à projets, ouvert notamment aux juristes, intitulé « *Europe in a Value Based Global Order* ». Le descriptif de l'appel parle de « *global justice* », de « *global governance* » et de « *transnational actors* ». Voyez l'appel à contributions sur le site de l'Union européenne <http://ec.europa.eu/research/participants/portal/desktop/en/opportunities/h2020/topics/1055-int-03-2015.html>.

indispensables à la réussite d'une discipline, sont-ils véritablement suffisants pour la constituer ? Non, répondrons de très nombreux sceptiques qui ne manqueront pas de relever le défaut de définition, de précision, de clarté et de rigueur requis pour l'élaboration d'une discipline universitaire digne de ce nom, voire même l'absence d'un quelconque substrat juridique de nature à lui donner corps. On ne peut pas tout à fait leur donner tort. Les spécialistes autoproclamés du droit global ne s'accordent en effet ni sur le nom ni sur la chose. Ils ne partagent ni le même concept ni la même théorie du droit. Ils ne s'accordent pas davantage quant à la délimitation d'un *corpus* de sources ni sur les « objets » ou les types d'objets à subsumer sous la catégorie droit global.

Tout ceci est exact, mais ne semble pas faire obstacle au développement des travaux, bien au contraire. Comme l'écrit Mickaël Xifaras, « [l]e Droit Global n'est peut-être rien d'autre qu'une conversation confuse, mais cette conversation est en train d'imposer la notion de "global" comme catégorie explicative et unificatrice d'une multitude de phénomènes juridiques disparates, et par là même de constituer ce "global" à la fois en objet de science et en paradigme scientifique. C'est bien parce que c'est une catégorie poreuse qu'elle est conquérante et expansive, et qu'il convient de prendre ses multiples usages très au sérieux »⁴³.

Xifaras a raison de souligner la nature paradigmatique du « global ». Or l'histoire moderne de l'organisation des savoirs a bien montré la puissance créatrice des paradigmes, qui ont bouleversé l'économie des structures scientifiques et souvent donné naissance à de nouvelles disciplines⁴⁴. On en trouve d'ailleurs plusieurs précédents dans l'histoire moderne des idées juridiques, en particulier la révolution du droit naturel moderne aux XVII^e et XVIII^e siècles et le mouvement du droit social à la fin du XIX^e et au XX^e siècles. Ces deux épisodes critiques ont provoqué bien des changements au niveau des instruments de la connaissance du droit, en ce compris l'organisation académique et la définition des disciplines juridiques⁴⁵.

Ainsi le droit naturel moderne n'est identifiable ni à une école, ni à une philosophie (et certainement pas le jusnaturalisme). Avant de devenir une branche du droit, il se présentait davantage comme un champ de bataille épistémologique, le théâtre d'opération d'un débat intense et polyphonique qui, sous l'étendard de la science nouvelle, a réussi à inscrire, dans la théorie

43. M. Xifaras, « Après les théories générales de l'État : le droit global ? », *Jus Politicum*, n° 8 : <http://juspoliticum.com/Apres-les-Theories-Generales-de-l.html>.

44. M. Foucault en a fait la plus belle démonstration dans *Les mots et les choses*, Paris, Gallimard, 1966.

45. Pour une analyse plus approfondie de ces deux épisodes de l'histoire de la raison juridique, je me permets de renvoyer le lecteur intéressé à mon ouvrage *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, Bruxelles, Bruylant, 3^e éd., 2011, ch. 5 et 7.

et la pratique du droit et dans la longue durée, des concepts opératoires et des méthodes d'importance majeure : notamment une théorie subjectiviste des droits de l'homme, entrée depuis lors dans l'ordre du droit positif avec les effets que l'on sait, mais aussi un nouveau système des relations juridiques entre les États avec la discipline renouvelée du « droit de la nature et des gens » et jusqu'au concept central d'ordre juridique sur le socle duquel ont été construits les droits nationaux modernes, à commencer par le droit français lui-même.

Quant au « droit social », il désignait à l'origine une conception générale et transversale du droit dans son ensemble, comme phénomène social et comme science sociale, qui a donné lieu à des controverses politiques et juridiques extrêmement violentes. Les effets de ce mouvement ne se limitent pas au domaine de la sociologie juridique dans lequel les facultés de droit ont tenté de le réduire et de l'isoler. Le droit social a véritablement bouleversé l'économie du droit par l'établissement bien sûr d'une nouvelle branche du droit porteuse de l'ordre juridique contemporain et de la discipline académique officielle qui en a la charge, mais aussi en important dans le domaine du droit positif toutes les institutions, les instruments, les concepts et les méthodes qui ont permis et accompagné la transformation profonde de l'État libéral en État social.

Le droit « naturel » et le droit « social » ont eux aussi été des notions vagues et confuses, objet d'intenses controverses et de terribles querelles. Ce qui ne les a pas empêchés de transformer en profondeur le droit positif et de contribuer à la naissance de nouvelles disciplines et plus fondamentalement encore de nouvelles conceptions du droit. Le droit « global » présente avec ces deux prédécesseurs plus d'une affinité. Pour le dire ici très vite, du droit naturel, il retrouve l'horizon d'universalité, déjà repris du reste par le social, présenté comme une seconde nature. Avec ce dernier, il affirme la prévalence des conditions politiques, économiques et sociales sur les formes et les règles du droit et par conséquent la nécessité d'adapter celles-ci à l'évolution des circonstances et des besoins. Le droit global n'est peut-être que leur double, le nouveau visage sous lequel se présentent à l'intérieur du droit les forces de la contestation et du changement⁴⁶.

Car le « droit global » est indéniablement et ouvertement investi d'une forte charge polémique. Il rompt à grand bruit avec le nationalisme méthodologique dans le domaine juridique⁴⁷ et conteste en conséquence

46. J'ai développé cette thèse plus amplement dans « Les métamorphoses d'Antigone », textes des conférences de la chaire Michel Villey 2015, *Droit et Philosophie*, vol. VIII, Dalloz, 2017, p. 111-167.

47. Voyez sur cette question et sur les autres transformations qu'induit le paradigme « global », mon étude « Comment penser le droit global », in J.-Y. Chérot et B. Frydman (dir.), *La science du droit dans la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 17-48.

radicalement le monopole que les États souverains avaient réussi à se conférer à eux-mêmes, dans le courant du XIX^e siècle, sur l'élaboration, l'application et l'exécution des principales règles de droit. De ce point de vue, le concept de « droit global » s'oppose aux principes fondateurs du droit international public, tout comme ce même droit international s'était opposé lui-même, victorieusement d'ailleurs, à ceux du droit de la nature et des gens. Le contexte est favorable et son heure peut-être venue. Il remet en cause le concept même de souveraineté que les réalités de la pratique du droit ont vidé peu à peu de sa substance. Il participe à la réflexion sur la refondation du droit international privé, dont les principes ont été complètement subvertis par le libre jeu des actions opportunistes en milieu global. Dans sa conception pragmatique, il remet en cause la primauté des concepts fondamentaux d'ordre juridique et de sources du droit auxquels il tente de substituer d'autres logiques⁴⁸. Il ébranle ainsi le soutènement du tracé entre droit et non-droit que la théorie du droit classique avait pour fonction de garder, en intégrant d'autres formes de normativités, de nouvelles institutions et des dispositifs opératoires de mise en œuvre et d'exécution qui montent en puissance et concurrencent les règles et les institutions juridiques classiques.

Si on ne peut que deviner, de manière incertaine, ce que le paradigme du « global » apportera de nouveau à la théorie et à la pratique du droit, il devient difficile de soutenir que les changements considérables qui affectent, sur les plans politique, économique, social et bien sûr technologique, notre environnement et que l'on désigne sous le terme commode et vague de « mondialisation » et de « globalisation » n'appelleront pas des transformations ou des évolutions considérables dans les institutions et les règles du droit, y compris au niveau de l'organisation des savoirs. Si bien que ce n'est pas faire preuve d'une trop grande audace que d'entrevoir, dans les débats très vifs et houleux, notamment idéologiques et politiques, qui mobilisent intensivement la philosophie du droit et la doctrine, les prémices d'une nouvelle discipline en gestation. Le défaut d'unité dans l'appellation et la définition, la manque de précision quant aux objets et au champ investi, la nouveauté des programmes d'enseignement et de recherches et des structures qui les abritent ne doivent pas inquiéter outre mesure à cet égard. Car, au contraire de plusieurs auteurs qui se penchent sur ces questions, je ne pense pas que l'univocité de la définition, la rigueur des notions et la délimitation du *corpus* soient des conditions ni même des signes de l'émergence d'une discipline nouvelle. Je pense plutôt, de manière pragmatique, qu'ils en sont bien davantage la conséquence. Ainsi le droit global, inexistant ou très contesté aujourd'hui, se fera-t-il peut-être, dans la lutte, sa place au soleil

48. « Comment penser le droit global », *op. cit.*, p. 21 et s.

dans le panthéon académique des disciplines. Il perdra alors en ouverture et en souplesse ce qu'il gagnera en rigueur et sans doute en rigidité. Il aura lui aussi, à n'en pas douter, ses gardiens et ses thuriféraires. Tel est en effet le lot fatal de tout discours prétendant au savoir qui se constitue en discipline et s'institutionnalise au sein de l'Académie.

Rapports de systèmes et cadre disciplinaire

Denys SIMON

*Professeur émérite de l'École de droit de la Sorbonne,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*

À la lumière des observations qui ont pu être faites dans les précédentes communications, je dois dire que je partage dans une large mesure la « perplexité » exprimée par Loïc Cadiet. En effet l'évolution des rapports de systèmes est déjà en elle-même d'une grande complexité¹, mais son incidence sur les cadres disciplinaires est encore plus difficile à identifier.

On peut en effet s'interroger sur l'ambivalence du bilan qui peut être dressé.

D'une part, on voit mal comment la pénétration des sources externes, notamment internationales et européennes, dans les ordres juridiques nationaux, ou encore l'obligation, pour les juridictions nationales, de prendre en compte la jurisprudence des juridictions internationales ou européennes, en bref, ce qu'on a pu appeler « internationalisation du droit »², aurait pu ne pas provoquer un séisme disciplinaire, de nature à ébranler les découpages traditionnels de l'enseignement du droit et à déstabiliser les matières classiquement présentées comme dotées d'une cohérence interne indépassable.

Mais d'autre part et à l'inverse, il semble bien que l'évolution des rapports de systèmes n'a pas en réalité remis en question les catégories fondamentales qui structurent l'organisation pédagogique des facultés de droit...

La solution de cette contradiction apparente doit-elle être recherchée dans un paradoxe ou dans une forme d'oxymore, qui consisterait à constater, de façon un peu irénique, que le droit se caractérise par une capacité magique à couvrir les mutations nues du manteau de la permanence, d'absorber le changement dans la continuité, d'intégrer les réalités nouvelles dans des

1. V. en ce sens B. Bonnet, *Repenser les rapports entre les ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2013.

2. Selon le titre significatif donné aux *Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994.

formes intangibles, marquées du sceau de l'éternité ? En d'autres termes, le paysage disciplinaire du droit n'est-il pas marqué par un processus de stratifications, d'érosions ou de sédimentations – pas toujours perceptibles – plutôt que par des phénomènes éruptifs qui feraient naître de nouveaux îlots volcaniques, voire de nouveaux archipels juridiques, et progressivement de nouveaux continents du droit ?

Est-ce que cette difficulté à penser les mutations du réel juridique dans notre imaginaire disciplinaire ne serait pas la conséquence d'une rémanence rétinienne qui fait qu'inconsciemment les juristes continuent de voir le monde du droit d'aujourd'hui avec les lunettes d'hier ? Cette impression de paysage figé n'est-elle que l'une des manifestations de ce que d'aucuns appellent le conservatisme congénital des juristes, attachés à un passé sacralisé, solennisé par le culte des commémorations, illustré par les anniversaires célébrés à l'envi, du Code civil ou de la constitution du 4 octobre 1958, de l'arrêt *Blanco* ou de la création des tribunaux administratifs, ou des arrêts *Van Gend en Loos* et *Costa/ENEL* ?

Comme pourrait l'avoir dit le poète,

« Je fais souvent ce rêve étrange et pénétrant,
D'un droit inconnu et que j'aime et qui m'aime
Et qui n'est chaque fois ni tout à fait le même,
Ni tout à fait un autre, et m'aime et me comprend. »

Comment expliquer alors que les transformations profondes du droit, liées à l'internationalisation, à la globalisation, et, au niveau régional, à l'eupéanisation du droit, dont je vais tenter de cerner les effets, n'ont pas produit de révolution disciplinaire, ou alors une révolution tellement progressive qu'elle en devient difficilement perceptible ? Je serais tenté de dire que le paysage juridique, c'est un peu le syndrome de la Sainte Victoire. Je ne parle pas de la sacralisation de l'École juridique de droit constitutionnel de Louis Favoreu et de l'université d'Aix en Provence, mais plutôt de Cézanne, qui a peint des centaines de fois la montagne sacrée, et chaque tableau était à la fois le même par son objet et un autre par son pinceau. Sauf que pour le droit, c'est l'objet qui change et le pinceau qui demeure...

Dans un premier temps, je voudrais mettre l'accent sur la relative stabilité du monde du droit en dépit de l'accentuation de l'insertion du paysage juridique national dans une interaction normative et juridictionnelle avec des ordres juridiques de superposition. Dans un second temps, je suggérerai d'identifier ce qui, à mon sens, a généré une rupture et l'émergence disciplinaire d'un système juridique – le droit de l'Union européenne – qui a singulièrement infléchi, pour ne pas dire bouleversé, le paysage juridique, même si là encore la progressivité est de mise, et le processus sans doute inachevé.

I – LES MUTATIONS QUI N’AFFECTENT QUE MARGINALEMENT LES PERMANENCES DISCIPLINAIRES

Compte tenu du volume imparti à la présente communication, je n’aborderai que les rapports de systèmes correspondant à l’articulation du droit international et du droit interne, et plus brièvement ceux qui correspondent à l’application du modèle fédéral.

On aurait certes pu également s’interroger sur l’évolution des rapports entre droit international public et droit international privé. À cet égard, il ne s’agirait pas de revenir sur la transposition au droit international du découpage historique reposant sur la *summa divisio* entre droit public et droit privé³, mais davantage de mesurer l’incidence de la transformation de la nature même du droit international privé, qui, à l’origine au moins, était essentiellement du droit interne à usage externe, du droit national appréhendant les situations d’extranéité, et qui repose de plus en plus sur des instruments internationaux, qu’ils soient conventionnels, comme les grandes conventions internationales de droit international privé, ou unilatéraux, comme les règlements de Bruxelles en matière de conflits de juridictions ou de conflits de lois ou les règlements en matière de coopération civile ou de coopération pénale. Ce n’est certainement pas un hasard si parmi les juristes privatistes, les spécialistes de droit international privé aient été les premiers à s’interroger sur les mutations de leur discipline impliquées par la transformation des rapports de systèmes⁴.

S’agissant du droit international public, l’analyse des incidences de la discipline sur les champs disciplinaires internes, appréhendés, depuis le cours célèbre de Kelsen à l’Académie de La Haye⁵, en termes de rapports de systèmes, est une vieille histoire, voire, pour reprendre les mots de Michel Virally, un « pont aux ânes »⁶. Mais cette « vieille histoire » n’a pas

3. V. C. Eisenmann, « Droit public, droit privé », *RDP*, 1952, 903; Y. Aguila, « Droit public et droit privé, la nécessité de regards croisés », *AJDA* 2009, 905; M. Troper, « La distinction droit public-droit privé et la structure de l’ordre juridique », in *Pour une théorie juridique de l’État*, Paris, PUF, 1994, p. 183 et s.; B. Bonnet et P. Deumier (dir.), *De l’intérêt de la summa divisio Droit public-Droit privé ?*, Paris, Dalloz, 2010.

4. V. par ex. P. Mayer, « Droit international public et droit international privé sous l’angle de la notion de compétence », *RCDIP* 1979, p. 1 et s., p. 349 et s., p. 537 et s.; H. Muir-Watt, « Concurrences d’ordres juridiques et conflits de lois de droit privé », in *Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Paris Dalloz, 2005, p. 615 et s.; D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé*, tome 1, 3^e éd. 2014.

5. H. Kelsen, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *RCADI*, 1926, 14, p. 227 et s.

6. M. Virally, « Sur un pont aux ânes: les rapports entre droit international et droits internes », in *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone 1964, p. 488 et s.

– semble-t-il – provoqué de véritable mutation disciplinaire au sens où l’entend la réflexion menée au long de ce colloque. Les rapports entre le droit international et le droit interne demeurent largement fondés sur une logique westphalienne d’égalité souveraine des États et d’indépendance des ordres juridiques nationaux.

Certes, le droit international pose sa propre suprématie sur le droit interne⁷. Mais si cette « primauté internationale » est incontestable, la « primauté interne » est renvoyée aux mécanismes constitutionnels par lesquels les États assurent la pénétration du droit international dans leur ordre interne et par les règles constitutionnelles définissant la place hiérarchique des sources internationales dans le système juridique interne. En dépit de l’intensification de l’activité conventionnelle internationale, la recherche et l’enseignement continuent donc à relever comme par le passé, du champ du droit international et du champ du droit constitutionnel. Cela ne signifie pas qu’on n’ait pas assisté à une présence quantitativement croissante de l’analyse des effets du droit international en droit interne, imputable notamment à la juridictionnalisation du droit constitutionnel. Par exemple l’introduction de la question prioritaire de constitutionnalité en droit constitutionnel français a conduit à un développement impressionnant des études portant sur l’articulation de l’ordre juridique interne avec les normes internationales, mais qualitativement, ces questions sont abordées sans que soient clairement remises en cause les frontières disciplinaires entre droit international, droit constitutionnel, voire droit administratif ou droit pénal.

L’internationalisation du droit liée à la globalisation⁸ a conduit bien entendu à un *aggiornamento* dans la présentation des sources du droit dans les différentes branches du droit interne, mais davantage sous la forme d’une pénétration des normes matérielles du droit international conventionnel ou coutumier dans les droits internes que sous la forme de l’émergence de nouveaux champs disciplinaires.

Une mutation qualitative n’est toutefois évidemment pas exclue dans l’avenir, si l’on intègre par exemple les développements de la normalisation

7. CPJI, 17 août 1923, aff. du vapeur « Wimbledon », Série A n° 1 ; 25 mai 1926. Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise, Série A n° 7 ; 4 février 1932, Traitement des nationaux polonais à Dantzig, Série A/B n° 44 ; CIJ, arrêt 28 novembre 1958, Application de la convention de 1902 sur la tutelle des mineurs, *Pays Bas c/ Suède*, Rec 1958, 65 ; CIJ, Avis 26 avril 1988, Obligation d’arbitrage, Rec 1988, 34 ; CIJ, 3 février 2006, *Activités armées sur le territoire du Congo, RDC c. Rwanda*, Rec 2006, 168.

8. V. par ex. M. Delmas Marty, *Pour un droit commun*, Paris Seuil 1994 ; *Trois défis pour un droit mondial*, Paris Seuil 1998 ; R. Kolb, « Mondialisation et droit international », *Relations internationales* 2005/3 n° 123 ; J.-B. Auby, *La globalisation, le droit et l’État*, Paris, LGDJ, coll. Systèmes, 2^e éd. 2010 ; J.-Y. Chérot et B. Frydman, *La science du droit dans la globalisation*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

technique, la *lex mercatoria*, ou du contentieux de l'arbitrage⁹. De même la multiplication des organisations internationales provoquera nécessairement une relecture des sources et des mécanismes du droit international¹⁰. L'« économisation » de la vie juridique internationale appellera probablement des modifications en profondeur de la manière de penser le droit international, notamment en faisant une place croissante à sa dimension transnationale à côté de sa dimension interétatique. On peut également penser que l'émergence d'un droit pénal international suscitera inévitablement à terme une restructuration des disciplines relatives au droit des relations internationales.

Plus brièvement, des conclusions analogues s'imposent si l'on se penche sur le droit du fédéralisme, qui appréhende lui aussi l'articulation des normes appartenant à des ensembles juridiques distincts et à des rapports de superposition. Pour l'heure, ces questions relèvent encore largement d'un monopole des constitutionnalistes. Mais les courants doctrinaux qui ont théorisé le fédéralisme bien au-delà de la description positiviste des mécanismes de l'État fédéral pourraient susciter un redécoupage disciplinaire destiné à saisir le modèle fédéral dans toutes ses dimensions. Toutefois, à nouveau, on peut douter que l'évolution du paradigme fédéral ait suscité une appréhension transversale, de nature à aboutir à une restructuration du champ des recherches et des études juridiques.

II – LES MUTATIONS QUI TROUBLENT LA PERMANENCE DU PAYSAGE DISCIPLINAIRE

Sans qu'il s'agisse en aucune mesure de la sacralisation de mon objet d'étude prioritaire, il me semble qu'à la différence des questions abordées précédemment, l'irruption du droit de l'Union européenne dans le schéma d'organisation des matières juridiques a modifié, de manière cette fois qualitative, l'organisation disciplinaire classique. Cette mutation profonde n'est pas toujours perçue dans toutes ses implications, et, en termes diachroniques, n'est pas totalement achevée.

Le propos n'est pas, dans le contexte de ce colloque, de mettre en avant, comme dans l'introduction de tous les cours dispensés dans les facultés de droit, la spécificité irréductible d'une matière, qui serait à la fois « autonome » et « fondatrice », comme on l'entend à propos du droit du travail ou du droit

9. Ces points ne sont qu'évoqués ici, dans la mesure où ils seront traités de façon approfondie par H. Muir Watt et B. Frydman.

10. V. par ex. E. Lagrange et J.-M. Sorel (dir.), *Traité de droit des organisations internationales*, Paris, LGDJ, 2013.

de l'urbanisme, du droit fiscal ou du droit pénal, du droit administratif ou du droit de la famille. Le point d'ancrage de notre réflexion collective doit plutôt être celui de la prise de conscience de la fin de l'exclusivité explicative fondée sur le particularisme d'une branche du droit par rapport à une autre, au regard d'un corpus juridique qui présente le double caractère d'être extérieur aux ordres juridiques nationaux, mais en même temps d'être un « construit », enté sur le « donné » des systèmes juridiques des États membres.

Contrairement à ce que l'on entend parfois, le droit de l'Union n'est pas une création *ex nihilo*, fruit d'une culture « hors sol », imputé souvent à ces « apatrides » qui auraient « pensé ou écrit en quelque esperanto ou volapück intégré »¹¹, qui auraient pour seule vocation de gommer les différences ancrées dans une histoire et une culture juridiques patinées par le temps. Le droit de l'Union, quand il affirme sa spécificité, vise en réalité à exprimer qu'il ne saurait reproduire à l'identique les invariants des systèmes juridiques issus soit des droits romano-germaniques, soit des traditions de *common law*, mais en même temps qu'il procède d'un patrimoine génétique commun. Les études historiques ou théoriques, qui s'attachent à identifier les facteurs expliquant la naissance d'une culture juridique commune¹², le montrent bien. D'une part, l'étude du droit de l'Union européenne suppose d'admettre que l'organisation juridique des sociétés puisse s'émanciper des modèles ancestraux, qui structurent l'inconscient des juristes depuis des générations et puisse reposer sur des « fondamentaux » distincts du système de l'État-Nation européen né au XVI^e siècle; d'autre part, le droit de l'Union européenne s'est construit sur les bases des droits nationaux, ce qui fait d'une approche de droit comparé un préalable à la compréhension d'un droit en voie d'autonomisation.

Il est sans doute obsolète de revenir sur les mouvements de résistance, qui ne sont pas que disciplinaires, glorifiant les frontières normatives et les « limes » juridiques, revendiquant une douane des normes comme rempart à l'immigration clandestine de ces règles étrangères, de ces « « droits venus d'ailleurs, c'est-à-dire venus de nulle part », de ces « droits qui n'ont ni histoire ni territoire », de ces « Babylones juridiques »¹³. Même s'il n'est pas certain, au vu de certains articles, de certains colloques ou de certaines pétitions, que les guerres de religion juridiques ont définitivement pris fin, que le temps des anathèmes et des excommunications est passé, que l'âge des crispations obsidionales a vécu, que la pathologie de l'obsession

11. C. de Gaulle, Conférence de presse du 15 mai 1962.

12. V. par ex. J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit, L'invention du droit communautaire en France*, préf. B. François, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de thèses, Science politique, Paris, 2014; v. également F. Audren et J.-L. Halpérin, *La culture juridique française, Entre mythes et réalités XIX^e-XX^e siècles*, Paris, CNRS éditions, 2013.

13. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris Flammarion, 2006, sp. p. 47-48.

disciplinaire n'est plus portée que par quelques êtres fragiles, on peut penser que l'impact du droit de l'Union européenne sur les branches du droit interne n'est plus analysé sur le mode du rejet immunitaire du greffon, mais est reconnu comme une forme d'ensemencement réciproque et de bouturage croisé. Dorénavant, tous les ouvrages juridiques dignes de ce nom, qu'il s'agisse des recherches à vocation générale, comme les « introductions au droit » ou les traités de théorie du droit, ou qu'il s'agisse des ouvrages spécialisés, à vocation disciplinaire, incluent les sources européennes et les règles substantielles du droit européen. Certes, le phénomène d'acculturation a connu des rythmes variables en fonction des spécialités, certaines ayant été plus réactives et d'autres plus réticentes¹⁴..., mais il est significatif que nombre d'ouvrages « disciplinaires » intègrent désormais l'adjectif « européen » dans leur titre même, qu'il s'agisse du droit commercial¹⁵, du droit social¹⁶, du droit administratif¹⁷, du droit pénal¹⁸, voire du droit civil¹⁹, et plus largement du droit privé²⁰ ou du droit public²¹ en général.

Toutefois, dans la thématique qui est celle de ce colloque, cette acceptation généralisée a provoqué ces dernières années un effet pervers à l'égard de l'autonomie de la matière communautaire, qui a pu être formulé comme « le rapatriement du droit communautaire dans les clivages académiques conventionnels »²². Lors des discussions sur la réforme des maquettes d'enseignement ou sur l'objet des épreuves du concours d'agrégation des facultés de droit, qui n'a pas entendu les propos suivants : on peut maintenant supprimer les enseignements de droit communautaire, ou bloquer la création d'épreuves spécifiques sur l'ordre juridique ou sur le droit matériel

14. V. par ex. J.-S. Bergé et M. L. Niboyet (dir.), *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

15. V. par ex. B. Goldman, *Droit commercial européen*, Paris, Dalloz, 1970.

16. G. Lyon Caen, *Droit social européen*, Paris, Dalloz 1969.

17. J. Schwartze, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 1^{re} éd., 1994, 2^e éd. 2009; J.-B. Auby et J. Dutheil de la Rochère (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007; M. Chitti et G. Greco (dir.), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milan Giuffrè, 2^e éd., 2007.

18. J. Pradel, G. Corstens et G. Vermeulen, *Droit pénal européen*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 2009.

19. K. Garcia, *Le droit civil européen, nouvelle matière, nouveau concept*, Bruxelles, Larcier, 2008.

20. P. de Vareille Sommières (dir), *Le droit privé européen*, Paris, Economica, 1998; le même mouvement existe évidemment dans différents États membres de l'Union : v. par ex. J. Basedow, *European Private Law*, Alphen Kluwer, 1999; C. Twigg-Flesner (ed), *European Union Private Law*, Cambridge UP, 2010; A. Tizzano (dir), *Il diritto privato dell'Unione europea*, Torino Giappichelli, 2006.

21. B. Stirn, *Vers un droit public européen*, Paris, Montchrestien, Lextenso, 2^e éd., 2015; v. aussi P. Birkinshaw, *European public Law*, London Butterworths 2003.

22. S. Barbou des Places, *Droit communautaire et summa divisio*, dépassement, déplacement ou création d'une frontière disciplinaire, in X. Bioy (dir), *L'identité du droit public*, Toulouse, Presses de l'UT1 Capitole, 2011, p. 39 et s., spéc. p. 64.

de l'Union européenne, puisque désormais le droit de l'Union européenne est enseigné dans les différentes matières contribuant à la formation des étudiants; il suffirait d'un cours d'institutions européennes, en première année de licence, comme si l'existence d'un cours d'institutions judiciaires dispensait les étudiants de suivre des cours de procédure civile ou pénale, ou comme si l'existence d'un cours d'institutions administratives rendait superflus les cours de droit administratif général ou spécialisé... La réforme des programmes de concours d'entrée à l'École nationale d'administration en 2013-2014, ou les débats sur la présence d'une épreuve centrée sur droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'homme dans le concours d'agrégation de droit privé, fournissent des illustrations significatives de ces démarches plus ou moins conscientes de banalisation du droit européen. L'Université doit aussi réfléchir aux difficultés rencontrées par certains doctorants de droit européen, qui par définition, ignorent la distinction académique du droit public et du droit privé, pour bénéficier de contrats doctoraux encore attribués selon des ventilations disciplinaires classiques, ou d'être assurés que leurs travaux feront l'objet d'un examen adéquat au Conseil national des universités.

Loin de toute revendication corporatiste, on peut donc s'interroger sur la nécessité d'un statut disciplinaire autonome du droit de l'Union et du droit de la Convention européenne des droits de l'homme, qui traduirait le fait qu'il convient de maîtriser les spécificités du système juridique de l'Union ou du droit des droits fondamentaux, ainsi que de leurs « rapports de système » et de leurs articulations normatives avec le droit interne.

Une seconde justification peut être avancée, qui est liée à l'autonomisation des concepts et des méthodes de « l'ordre juridique propre » créé par les traités, pour parler comme la Cour de justice. Il ne faut jamais oublier, comme le disait le Président Robert Lecourt, qu'il n'y a pas de marché commun sans règle commune, ni de règle commune sans transcendance sur la loi, ni de transcendance sans interprétation juridique uniforme²³. L'utilisation, que ce soit par la Cour européenne des droits de l'homme²⁴

23. V. R. Lecourt, *Le juge devant le marché commun*, Genève, IHEI 1970; *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

24. Si l'on s'en tient aux hypothèses de qualification expresse par le juge, on peut penser par exemple aux notions d'arrestation, de droits et obligations de caractère civil, de matière pénale, de témoins, d'accusation, de peine, de biens... Mais la liste est sans doute plus longue si l'on inclut, comme le fait généralement la doctrine, les notions suivantes: aliéné, autorité du pouvoir judiciaire, impartialité, condamnation, contestation, correspondance, détention, domicile, loi, magistrat, partie lésée, privation de liberté, tribunal, vagabond, victime, vie familiale, vie privée, convictions religieuses et philosophiques: v. sur ce point F. Sudre, « Le recours aux notions autonomes », in IDEDH, F. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 1998, p. 93 et s. spéc. p. 95 et s.; v. également E. Kastanas, *Unité et diversité: notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996; v. également F. Ost, « Originalité des méthodes

ou par la Cour de justice de l'Union européenne, des « notions autonomes » mériterait qu'on s'y attarde, dans la mesure où cette technique interprétative apparaît comme un révélateur emblématique de la spécificité et de la cohérence de l'ordre juridique de la Convention européenne des droits de l'homme ou de l'Union européenne. Le fait que le sens de ces concepts autonomes soit détaché de celui des concepts homonymes existant dans d'autres systèmes juridiques peut évidemment avoir un effet déstabilisateur sur les disciplines de droit interne, notamment quand ces notions sont jugées fondamentales pour la cohérence des branches du droit national. Mais simultanément, le processus de construction de ces notions autonomes fonctionne selon une logique dialectique, qui « emprunte » aux disciplines internes des concepts, qui sont ensuite « autonomisés » au nom de l'uniformité d'application du système juridique européen, avant d'être réinjectés dans les branches du droit interne²⁵.

La même démonstration pourrait être faite en analysant les méthodes de construction des principes généraux du droit par le juge²⁶. Là encore, ces principes, généralement considérés comme des « marqueurs » disciplinaires dans les différentes branches du droit interne, sont érigés en principes généraux propres au droit de l'Union, avant d'être renvoyés dans les droits nationaux où ils s'appliquent dans le cadre des mécanismes de mise en œuvre du droit communautaire : à cet égard, l'histoire du principe de confiance légitime est particulièrement symbolique²⁷.

La question est alors de savoir si ces mouvements de circulation des concepts et des principes participent de la création d'une discipline autonome. Si l'on en croit Y. Aguila et B. Stirn, tel serait bien le cas : « De ce réseau formé d'influences réciproques et d'interactions croisées découle la construction d'un droit public européen, système juridique original, qui prend sa place parmi les grands ensembles de droit »²⁸.

d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », in M. Delmas-Marty, *Raisonner la raison d'État*, Paris, PUF, 1989, p. 405 et s., sp. 452.

25. V. pour plus de détails, D. Simon, « Les “notions autonomes” en droit de l'Union », *Mélanges en l'honneur de Henri Oberdorff*, Paris, LGDJ Lextenso, 2015, p. 93 et s.

26. V. D. Simon, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits* 1991, n° 14, p. 73 ; « Les principes en droit communautaire », in S. Caudal (dir), *Les principes en droit*, Paris Economica 2008, p. 287 et s.

27. V. par ex. J.-P. Puissochet, « Vous avez dit confiance légitime ? Le principe de confiance légitime en droit communautaire », in *L'État de Droit, Mélanges G. Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 593 ; D. Simon, « La confiance légitime en droit communautaire : vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte ? », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Études à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 733 et s. ; S. Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Paris, Dalloz, 2001 ; sur l'intégration dans la jurisprudence nationale, v. Conseil constitutionnel, Déc. 19 décembre 2013, 2013-682 DC ; CE Ass., 24 mars 2006 *Société KPMG et autres*, n° 288460.

28. Y. Aguila et B. Stirn, *Droit public français et européen*, Presses de la FNSP, Dalloz 2014 ; B. Stirn, *Vers un droit public européen*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 2015. V. aussi S. Robin Olivier

On peut penser en effet, sans qu'encore une fois ce soit un plaidoyer *pro domo*, qu'il y a bien une identité du droit de l'Union européenne, mais sous réserve de bien comprendre que cette revendication identitaire ne signifie en aucun cas qu'il conviendrait de ressusciter de quelconques oppositions interdisciplinaires, et encore moins de confondre le droit à l'existence disciplinaire avec des considérations hiérarchiques inhérentes à l'analyse classique des rapports de systèmes. Sans doute faut-il repenser les rapports de systèmes²⁹ avant de repenser les rapports entre disciplines, tant il est vrai que les métaphores architecturales³⁰, botaniques³¹ ou touristiques³² ne permettent guère de rendre compte scientifiquement des échanges ou des interactions entre disciplines juridiques.

Peut-être aussi faudrait-il initier une réflexion collective sur la manière selon laquelle les juristes pratiquent les taxinomies disciplinaires, en appelant au secours G. Perce: « Que me demande-t-on, au juste ? Si je pense avant de classer ? Si je classe avant de penser ? Comment je classe ce que je pense ? Comment je pense quand je veux classer ? (...) Tellement tentant de vouloir distribuer le monde entier selon un code unique ; une loi universelle régirait l'ensemble des phénomènes : deux hémisphères, cinq continents, masculin et féminin, animal et végétal, singulier pluriel, droite gauche, quatre saisons, cinq sens, six voyelles, sept jours, douze mois, vingt-six lettres. Malheureusement ça ne marche pas, ça n'a même jamais commencé à marcher, ça ne marchera jamais. N'empêche que l'on continuera encore longtemps à catégoriser tel ou tel animal selon qu'il a un nombre impair de doigts ou des cornes creuses »³³³⁴.

et D. Fasquelle (dir.), *Les échanges entre les droits, l'expérience communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

29. Comme y invite entre autres Baptiste Bonnet, *Repenser les rapports entre les ordres juridiques*, *op. cit.*, Paris, LGDJ, 2013.

30. Comme les variations post-kelséniennes sur le thème de la pyramide, qui pourrait, selon les auteurs, reposer sur sa base ou sur sa pointe, alors que c'est sans doute le mystère même de la grande pyramide qu'il faudrait interroger...

31. Telles que les variations autour des notions osmotiques comme greffe, hybridation, bouturage croisé ou ensemencement réciproque...

32. Au sens des concepts voyageurs, qualifiés de passeurs de sens, et illustrant une forme de nomadisme interdisciplinaire...

33. G. Perce, *Penser/Classer*, Paris, Hachette, 1985, p. 154, rééd. Seuil, 2015.

34. Postérieurement à la rédaction de cette communication, la littérature juridique relative à la problématique des incidences sur les champs disciplinaires des rapports de systèmes s'est considérablement enrichie. Sans vouloir ajouter un appareil bibliographique à prétention d'exhaustivité, on voudrait seulement attirer l'attention sur l'apport essentiel de l'ouvrage suivant : B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, qui contient nombre de contributions invitant à « repenser » la délimitation des branches du droit au regard de l'évolution des conceptions relatives aux rapports entre ordres juridiques.

Réactions

Permanences et mutations disciplinaires ou de la nécessité de se méfier des apparences...

Catherine FILLON

Professeure à l'Université Jean Moulin – Lyon 3, CLHDPP

Si l'on continuera sans doute à discuter encore longtemps des divers éléments entrant dans la définition de la notion même de discipline juridique, tout le monde s'accorde à peu près cependant sur la nécessité de les faire reposer sur des socles normatifs homogènes, autonomes et, partant, constitutifs de leur assise. Or, que l'impermanence soit une loi universelle, à laquelle même les systèmes juridiques ne sauraient se soustraire, est une évidence maintes fois vérifiée qui emporte immédiatement une conséquence. Il est parfaitement vain de vouloir fixer dans le marbre une discipline, ses frontières, son esprit comme ses méthodes, parce que, au gré des mouvements législatifs, des innovations jurisprudentielles, de la production de normes supra-étatiques, ce socle normatif est susceptible de connaître de si profondes transformations en tous genres, qu'aujourd'hui, en l'espace d'une carrière universitaire, le représentant d'une discipline pourrait bien ne plus la reconnaître. Ainsi va la vie mouvante du droit, toujours susceptible de bousculer les destinées de disciplines juridiques qui, par définition, s'inscrivent dans son sillage.

Pour autant, certaines mutations disciplinaires, parfois solennellement proclamées, ne seraient-elles pas qu'illusions, effets d'annonce, voire pures et simples manipulations idéologiques ? Et, *a contrario*, que disent, en réalité, certaines permanences apparentes ? Ce sont ces questions que, nous semble-t-il, pose l'ensemble des communications auquel il nous a été demandé de réagir.

Dans un pays où l'État a toujours entendu et entend encore, malgré une aussi récente que prétendue autonomie des Universités, conserver la haute main sur les programmes d'enseignement des Facultés de droit, l'apparition subite d'un nouveau label disciplinaire doit toujours interroger sur ce

qu'elle dissimule d'arrière-pensées politiques. Patrick Wachsmann en fait la démonstration avec les libertés publiques. De simple compartiment du droit constitutionnel qu'elles étaient depuis la Troisième République, les libertés publiques ont été à la faveur du décret du 27 mars 1954 érigées en discipline nouvelle. Celle-ci, dont l'objet même souffre encore de problèmes de délimitation – pourquoi inclure dans son champ d'étude telle liberté et pas telle autre ? –, voit le jour dans un contexte qui n'est pas anodin. Au moment où, alors que les ombres de Vichy et de la Libération planaient encore, la décolonisation s'opérait dans la douleur et non sans recours à des moyens d'exception, il importait, tant à l'État qu'à des juristes qui avaient bien des choses à se faire pardonner, de faire accroire le caractère libéral du système juridique français, alors même que celui-ci était manifestement en crise. Le changement de dénomination enregistré plus récemment par la discipline, désormais intitulée, à la faveur de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, « libertés fondamentales », est tout aussi significatif de cette volonté de promouvoir un « imaginaire du droit », bien davantage qu'une réalité.

Qu'il ne soit pas toujours bon de devenir une discipline consacrée, parce qu'une telle reconnaissance emporte souvent le risque de l'instrumentalisation politique est d'ailleurs la conviction qu'exprime Danièle Lochak à propos du droit des étrangers. Parfaite illustration des vagabondages disciplinaires successifs qu'une matière juridique peut connaître au gré des mutations affectant ses sources et, au-delà de celles-ci, du changement de regard politique et administratif porté sur une catégorie de personnes, le droit des étrangers, s'il était promu discipline établie, pourrait bien contribuer à remplir une fonction stigmatisante. Car l'autorité conférée par le label disciplinaire pourrait être mobilisée afin de conforter un imaginaire, non exclusivement juridique, dans lequel l'étranger est perçu comme un individu à jamais aussi différent qu'inassimilable.

À l'inverse, certaines disciplines, telles le droit civil, semblent immuablement conserver leur place prestigieuse, alors même que le processus de désubstantialisation les affectant est réel, profond et déjà ancien.

Le lent mouvement de dépérissement du droit civil, dont Rémy Libchaber analyse les mécanismes et qu'il fait commencer dans les années Cinquante, a sans aucun doute une origine encore plus ancienne. Du moins, a-t-il été perçu comme tel avant-même la Seconde Guerre mondiale puisque certains civilistes, et non des moindres, dénonçaient dès les années Trente l'évolution en marche, tel le doyen lyonnais Louis Josserand qui, déjà en 1937, écrivait : « ...on voit se développer, par opposition à la notion d'un droit commun, la conception d'une législation de classe, plus précisément d'un droit professionnel qui se subdivise naturellement en une série de compartiments correspondant aux diverses activités humaines et aux différentes positions que chacun de nous peut occuper dans la société ; ce n'est plus en tant qu'homme au en tant que Français que notre droit nous

est octroyé et mesuré, mais bien en qualité de commerçant, d'industriel ou de fonctionnaire, d'employeur ou d'employé, d'artisan ou de cultivateur, d'ancien combattant ou de père de famille, de propriétaire ou de locataire, de contribuable ou de non-assujetti, de syndiqué ou d'isolé..., d'où une dispersion, une fragmentation du droit qui s'oppose de plus en plus vigoureusement à la conception de notre Code civil ; le droit commun découpé en tranches, fait place à une série de droits spécialisés. De tous les points de l'horizon juridique, surgissent ainsi des disciplines nouvelles, spécialisées, qui, en s'instituant à l'intérieur ou en marge du vieux droit commun, viennent en consacrer le démembrement, la dissociation, presque la faillite ; la condition juridique de l'homme est fixée non plus abstraitement, mais en fonction de sa position sociale, de sa profession, des services qu'il rend ou qu'il est considéré comme devant rendre à la société ; c'est seulement es qualités que chacun de nous peut désormais prétendre à la protection de la loi et des pouvoirs publics. »¹.

La faillite du droit civil traditionnel que Josserand prophétisait il y a 80 ans ne s'est pas produite avec le fracas et l'imminence annoncés par le même, mais nos auteurs le constatent aujourd'hui : le champ traditionnel de la discipline a continué à se réduire inexorablement comme une peau de chagrin. La sphère des relations entre personnes privées, dans laquelle en 1804 les pouvoirs publics ne s'aventuraient qu'avec parcimonie et discrétion, a été au fil du xx^e siècle de plus en plus polluée par une réglementation et/ou une jurisprudence tout à la fois foisonnantes, inquisitrices, dirigistes, oppressives. Le particularisme législatif et réglementaire, pointé du doigt par le doyen lyonnais dans les années Trente, et dont Rémi Libchaber analyse les ravages contemporains, a poursuivi et poursuivra, n'en doutons pas, encore son œuvre. L'historienne est tentée de dire : jusqu'à ce qu'un nouveau cycle historique finisse par retrouver les vertus libérales et égalisatrices de l'abstraction.

Pour autant, Rémy Libchaber et Pascal Ancel en conviennent : si affaiblie et menacée soit-elle par l'émergence des jeunes disciplines spécialisées que des sources en mouvement perpétuel ont contribué à forger, la discipline mère conserve une place considérable dans les programmes d'enseignement des facultés de droit et, au-delà de ceux-ci, dans les mécanismes de recrutement du corps enseignant. Pascal Ancel rappelle à quel point la comparaison avec le droit civil demeure encore et toujours un exercice presque obligé pour les représentants des disciplines nouvelles, quand bien même la révérence au grand ancêtre serait ironique, narquoise, voire iconoclaste. Il souligne encore combien le concours d'agrégation de droit privé fait immuablement la part du lion aux candidats civilistes, et, parmi eux, au vrai, aux jeunes spécialistes en droit des obligations.

1. L. Josserand, « Sur la reconstitution d'un droit de classe », *DH* 1937, chron., p. 1-2.

L'empire que le droit civil conserve donc encore aujourd'hui, malgré la désubstantialisation dont il a été la victime, fait écho, *mutatis mutandis*, à la communication de Nader Hakim consacrée à l'enseignement du droit romain. Sans aucun doute, à la différence du droit romain, le droit civil ne souffrira jamais d'être dénué de tout caractère positif, ce qui devrait le dispenser, à l'inverse du premier, d'avoir à lutter pied à pied pour sa survie universitaire et lui éviter d'être, demain, rayé d'un bureaucratique trait de plume des programmes d'enseignement.

Il n'en reste pas moins que la puissance intellectuelle qu'exerce encore le droit civil, comme celle que possédait jadis le droit romain, tient très vraisemblablement aux vertus fondamentales que l'on prêtait, non sans débats récurrents, au second et que l'on continue encore à reconnaître au premier, du moins dans la sphère des privatistes. Socle de la formation des juristes, matières essentielles pour l'apprentissage et la formation de l'esprit juridique, le droit romain tel qu'il fut enseigné au XIX^e siècle – c'est-à-dire au mépris le plus complet de son histoire propre –, le droit civil hier et encore aujourd'hui participent pleinement de la construction de l'identité des juristes universitaires. Ils comblent ce besoin de racines auquel nul, ni individu, ni collectivité, n'échappe, en les ancrant dans la longue durée. Racines prestigieuses par surcroît, ils leur fournissent des modèles idéaux, façonnent leur sentiment d'appartenance et contribuent à satisfaire leur besoin de distinction. Et c'est cette fonction formatrice, dont on ne discutera ici pas le caractère réel ou supposé, qui contribue probablement à préserver l'apparente grandeur de la discipline du droit civil, alors même que l'étiollement de cette dernière n'est pas douteux. Par sa méthode dont Pascal Ancel rappelle qu'elle est avant tout une manière de penser caractérisée par un souci aigu de systématisation, par un effort de construction de théories générales reposant sur la croyance dans la cohérence interne à l'ensemble des règles et par la primauté du raisonnement fondé sur la déduction logique à partir de principes fermes, le droit civil demeure, on en reste convaincu pour le moment encore, la discipline apte à former de véritables professeurs de droit et non pas, comme Josserand le redoutait déjà en son temps, de simples professeurs de législation².

Au fond, au moins autant que du droit dont elles affirment qu'elles en constituent l'approche scientifique, les disciplines juridiques, à travers leurs mutations réelles ou supposées et leurs apparentes permanences, nous parlent peut-être également des juristes universitaires, de leur sentiment d'identité, de leurs croyances, de leurs nostalgies, de leur degré de soumission à l'autorité aussi et, enfin, de leurs espérances doctrinales, si souvent déçues...

2. L. Josserand, « Le contrat dirigé », *DH* 1933, chron., p. 92.

À propos de « Ordres et désordres disciplinaires »

Pascale GONOD

*Professeur à l'École de droit de la Sorbonne,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, ISJPS*

Les études mettant en lumière l'ordre et le désordre disciplinaires soulignent davantage des perturbations que des mutations, entendues comme des changements radicaux et profonds¹, de même que des résistances plutôt que des permanences, quand bien même, dans les deux mouvements, les secondes procèdent nécessairement des premières. Autrement dit, l'examen du paysage disciplinaire dans les facultés de droit révèle des éléments perturbateurs d'une organisation relativement stable et permanente, plus qu'une rupture de l'équilibre acquis, en raison de la force de résistance de cette organisation.

I – PERTURBATIONS

Les facteurs de perturbation sont divers. Ils procèdent principalement d'un approfondissement du savoir et de l'enregistrement nécessaire par le droit de phénomènes politiques et sociaux.

L'ouverture spatiale ou l'ouverture disciplinaire pèsent considérablement sur le renouvellement du champ disciplinaire.

L'étude des systèmes étrangers et le droit comparé, auquel H. Muir Watt dénie la qualité de discipline juridique mais qui pourrait revendiquer celle de « méta-discipline »², accueillent un « foyer critique du droit ». À cet égard, on peut aussi concevoir aujourd'hui le droit comparé « plutôt comme

1. La « mutation » constitue un « changement radical et profond » selon le *Trésor de la langue française*.

2. Les citations figurant dans ce texte sont issues des contributions de cette session auxquelles il est fait référence, sans indication spécifique.

le champ où se concentrent les interrogations sur les acquis ou les postulats des discours juridiques propres à une tradition particulière», le « lieu qui héberge l'hétérodoxie au sein de la pensée juridique ». Vecteur de l'indiscipline dans les disciplines juridiques, en ce sens qu'il introduit le doute au sein des certitudes, le droit comparé aurait en outre une fonction subversive des divisions disciplinaires, et par suite conduirait à relativiser « la valeur du compartimentage des savoirs juridiques ». Dans la mutation du phénomène juridique vers une dimension globale – et non plus seulement locale où il s'est initialement épanoui –, la comparaison des droits favorise « l'hybridation des savoirs » en introduisant l'interdisciplinarité, et « ouvre sur un pluralisme qui remet en cause l'identité même du droit ». De même, que, comme l'expose B. Frydman, le « droit global » est indéniablement et ouvertement investi d'une forte charge polémique. Il rompt à grand bruit avec le nationalisme méthodologique dans le domaine juridique et conteste en conséquence radicalement le monopole que les États souverains avaient réussi à se conférer à eux-mêmes, dans le courant du XIX^e siècle, sur l'élaboration, l'application et l'exécution des principales règles de droit ». À cet égard, si la « dénationalisation du droit » peine toujours à s'ancrer dans les facultés de droit³, le droit comparé participe de l'ouverture des savoirs disciplinaires, qui si elle y est sensible, reste encore trop souvent balbutiante : la revendication d'une rupture des frontières du droit et d'autres savoirs non-juridiques domine. Ainsi, L. Cadet invite « à penser le champ procédural, aussi bien dans les enseignements que dans les recherches qu'il appelle, dans un réagencement disciplinaire qui, s'il ne permet pas de faire l'économie des méthodes traditionnelles, ne saurait absolument plus s'y réduire ». Compléter l'analyse juridique par l'apport des autres sciences sociales constitue une nécessité, et l'est assurément dans l'étude du procès. L. Cadet montre en effet combien la pluridisciplinarité figure au centre de la théorie du procès, laquelle « est donc une *méthode* autant qu'une *matière*, ce qui lui confère une visée scientifique aussi bien que pédagogique ».

Les mutations ainsi opérées ne paraissent pas directement et nécessairement liées à des phénomènes sociétaux, mais relèveraient plutôt de la réorganisation des champs disciplinaires et de l'essor de nouveaux savoirs. Elles rencontrent néanmoins, parfois pour s'y mêler, d'autres mouvements tenant à la globalisation du monde ou aux transformations des exigences démocratiques. Pour H. Muir Watt, en effet, « l'accélération vertigineuse de l'interdépendance des échanges économiques, de la mixité accrue des populations, de la multiplication des centres de production de normes qui

3. Voir M.-C. Ponthoreau (dir.), *La dénationalisation de l'enseignement du droit : comparaison et expériences*, Fondation Varenne-LGDJ, 2016.

accompagne la globalisation » impose de « regarder au-delà de la double limite du droit et des frontières nationales ».

B. Frydman rend compte de ce que, au-delà des vocables mobilisés (droit global, droit transnational, droit mondial...), le phénomène de la globalisation est une donnée objective, dont la doctrine juridique s'est emparée : développé par elle, plus que par la jurisprudence ou la législation (interne comme supra-nationale), le concept de droit global paraît s'être implanté sur toute la planète. Quant à la question de savoir si le droit global est une discipline juridique, le débat demeure ouvert, à l'instar d'autres disciplines au moment de leur émergence : « Le droit "naturel" et le droit "social" ont eux aussi été des notions vagues et confuses, objet d'intenses controverses et de terribles querelles. Ce qui ne les a pas empêchés de transformer en profondeur le droit positif et de contribuer à la naissance de nouvelles disciplines et plus fondamentalement encore de nouvelles conceptions du droit. Le droit "global" présente avec ces deux prédécesseurs plus d'une affinité. (...) Le droit global n'est peut-être que leur double, le nouveau visage sous lequel se présentent à l'intérieur du droit les forces de la contestation et du changement » remarque B. Frydman. C'est que les changements importants qui s'opèrent sur les terrains autant politique, qu'économique, social ou technologique imposent des bouleversements touchant autant les institutions que les règles du droit. Dans un ordre analogue d'idées, la constitution de la discipline libertés publiques ou fondamentales, qualifiée ici de « performative », répond à une fonction idéologique, ce que démontre P. Wachsmann en s'appuyant notamment sur les analyses de C. A. Colliard ou de J. Rivero dans une éclairante perspective historique. Il s'agit « d'accréditer la nature fondamentalement libérale de l'ordre juridique français (celle-ci résiste à l'épreuve d'éventuelles dénunciations critiques de tel ou tel aspect, fût-il crucial, de ce régime, parce que précisément le cadre est considéré, sans aucun examen critique d'ailleurs, comme acquis) ». De même, « le fait de rebaptiser la discipline en 1990 doit, lui aussi, envoyer un message idéologique : la France a désormais accédé à la qualité d'État de droit (de droit constitutionnel, s'entend), parce que le Conseil constitutionnel est une vraie cour constitutionnelle. Notre pays est sorti de l'âge de l'État légal qui n'était en réalité, dit-on *a posteriori*, qu'un État administratif parce qu'il livrait souvent les administrés à l'arbitraire de l'administration dont les délivrerait seul le Conseil constitutionnel ». Aussi, peu importe que la discipline libertés publiques n'ait pas d'objet spécifique, qu'elle ne soit « qu'un certain regard jeté sur l'ensemble de la réglementation juridique ».

Le paysage disciplinaire est quelque peu bousculé, et il faudrait dire, *nécessairement* bousculé ; néanmoins, l'organisation qui le porte constitue autant de résistance à la rupture d'équilibre.

II – RÉSISTANCES

Des évolutions dans l'organisation des savoirs s'imposent en raison de divers phénomènes qui affectent aujourd'hui, comme c'était le cas hier, notre environnement. De nos jours, la globalisation en est un cas exemplaire. Pourtant, et comme en retour, il existe des manifestations de résistance, et cela même dans les systèmes où une certaine souplesse paraît être plus grande qu'en France.

Les programmes de l'agrégation⁴ et de l'enseignement constituent un instrument de reproduction des traditions, et ce quand bien même des atteintes sont portées à la stabilité du paysage disciplinaire.

Partant de l'idée, largement partagée – quoique discutable –, et que souligne encore L. Cadiet, pour qui la France est « un pays où l'enseignement du droit est fortement marqué par l'organisation du concours d'agrégation », il est possible de relever l'existence, voire l'ampleur, des oscillations dans le paysage disciplinaire au regard des « matières » offertes aux épreuves de ce concours de recrutement. Ainsi, l'enseignement de la procédure a été/ou demeure dans l'ombre des matières de droit substantiel : ce fut le cas de la procédure civile, mais c'est encore le cas de la procédure pénale (incluse dans l'épreuve de « droit pénal et sciences criminelles », du contentieux administratif (inclus dans celle de « droit administratif et science administrative », ou encore du contentieux constitutionnel (inclus dans celle de « droit constitutionnel, institutions politiques et vie politique »). Reste que d'une part, et par suite, des disciplines font l'objet officiel d'enseignement, comme le cours de libertés publiques figurant au programme des cours en 1954, sans être matière spécifique d'épreuve, ni même mentionnée dans les « blocs » des épreuves ; d'autre part, et en quelque sorte à l'inverse, des matières figurant au programme du concours ne sont plus, ou si peu, enseignées : la science administrative, la théorie du droit. Enfin, le droit comparé ou le droit global est totalement ignoré, du moins formellement. L'absence d'assimilation des nouveaux savoirs par les programmes des agrégations de droit⁵ constitue évidemment un frein au processus de recomposition disciplinaire ; elle favorise en outre l'hybridation des disciplines sur lesquelles on les fonde, comme le souligne P. Wachsmann à propos des rapports entre les libertés publiques ou fondamentales et le droit constitutionnel. À suivre

4. Sur cette question voir notamment les contributions de J.-P. Marguénaud (agrégation de droit privé) et P. Gonod (agrégation de droit public) consacrées à : « Les obstacles aux changements : l'agrégation comme obstacle à la dénationalisation de l'enseignement du droit », dans M.-C. Ponthoreau (dir.), « La dénationalisation de l'enseignement du droit : comparaison et expériences », *op. cit.*

5. Ce qui peut être aussi le cas des concours d'accès aux professions juridiques et judiciaires (Barreau, ENM, etc.).

D. Jutras⁶, les expériences étrangères mettent en évidence des phénomènes identiques, du moins Outre-Atlantique, et cela alors qu'on « n'y connaît pas de concours d'agrégation national qui puisse déterminer d'avance et pour toujours l'appartenance disciplinaire d'un nouveau professeur » : la décision d'enseigner telle ou telle discipline, et de l'enseigner selon une ou des modalités données, paraît explicitement influencer sur la détermination des conditions mises au recrutement de ceux qui en auront la charge.

Si l'on quitte le terrain de l'agrégation pour se tourner vers les programmes académiques, un certain conservatisme semble se faire jour si l'on en juge du volontarisme qui a présidé à l'insertion dans la formation au sein des facultés de droit de certaines disciplines. Au XIX^e siècle, c'est la volonté politique des gouvernants qui a permis, en brisant un certain corporatisme des professeurs des facultés de droit, d'introduire certains enseignements dans le cursus : le droit administratif, le droit constitutionnel ou le droit des gens sont exemplaires à cet égard⁷. S'agissant de la chaire de droit administratif, et plus encore, elle est initialement confiée par ordre du pouvoir politique à des membres du Conseil d'État. Or, il est remarquable que ce soit précisément en réaction à ce type de nominations que naît en 1896 l'agrégation de droit public⁸. Plus récemment, comme l'expose P. Wachsmann, l'étude du régime des libertés publiques acquiert son indépendance par le jeu d'une démarche tout autant volontariste, que traduit le décret du 27 mars 1954 relatif au « nouveau régime des études et des examens en vue de la licence en droit ». En Amérique du Nord, la pérennité du noyau dur du découpage disciplinaire « ne s'explique pas nécessairement par son ancrage dans les structures du droit positif, ni par une rationalité objective qui en imposerait la vérité. D'autres facteurs sont à l'œuvre, y compris des verrouillages de nature politique ». Et D. Jutras de poursuivre : « Ainsi, aux USA, et dans une moindre mesure au Canada, le Barreau gère un système d'accréditation des programmes, imposant entre autres à chaque faculté de couvrir un certain nombre de matières obligatoires, en échange de quoi il donne accès à la profession aux diplômés de ces institutions. La liste de ces matières reflète une conception conservatrice du savoir des juristes qui se répercute sur la configuration des programmes universitaires ».

6. Dans son intervention à propos du cas canadien.

7. Voir respectivement : P. Gonod, « L'enseignement du droit administratif » et H. Ascensio, « L'enseignement du droit international public » dans P. Gonod, A. Rousselet-Pimont, L. Cadiet (dir.), *L'école de droit de la Sorbonne dans la cité*, IRJ Éditions, Paris, 2012, p. 107 et p. 117 ; G. Sacriste, *La République des constitutionnalistes, Professeurs de droit et légitimation de l'État en France (1870-1914)*, Presses de Sciences Po, Paris, 2011.

8. Voir J.-P. Queneudec, « Quelques remarques sur un centenaire : le concours d'agrégation de droit public », *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, LGDJ, 1997, p. 271 ; J.-M. Carbasse, « L'agrégation des facultés de droit », *RDP*, 2009, p. 300.

À supposer que l'enseignement constitue le révélateur de la discipline, au-delà même de son lien avec les conditions mises au recrutement de ceux qui en ont la charge, l'enseignement autonome d'une « matière » peut sans doute résulter de son degré de maturation – ou de l'inaboutissement de sa détermination –. Ainsi a incontestablement pesé dans l'enseignement du droit administratif dans les facultés de droit françaises au cours du XIX^e siècle, la circonstance que la « discipline » est longtemps mal définie, peine à se définir, dans sa conception (droit administratif ? science de l'administration ?) comme dans son expression (« administration publique », « études administratives », « droit administratif », « droit public et administratif »...). Reste que des phénomènes externes agissent sur la composition et la recomposition du champ disciplinaire : au-delà de la question de la qualité de discipline du droit comparé, les mouvements de flux et de reflux de l'essor de l'étude juridique comparée dans les formations académiques en attestent de manière frappante.

La discipline comme institution

Un point de vue historien

Emmanuelle PICARD

*Maîtresse de conférences à l'ENS de Lyon,
Triangle UMR 5206*

Mentionné pour la première fois dans le Psautier d'Oxford (v. 1150), le terme de discipline renvoie alors aux notions générales d'éducation et de règles de vie. Il élargit ensuite progressivement sa signification pour devenir synonyme de science ou « de matière pouvant faire l'objet d'un enseignement spécifique »¹. Modes d'organisation conceptuelle des savoirs et des enseignements, les disciplines tracent ainsi les contours d'une répartition de l'activité savante en un ordre dont l'articulation se redéfinit périodiquement en fonction de transformations épistémologiques. Cette approche essentiellement internaliste ne suffit cependant pas à comprendre tout ce qui fait des disciplines de véritables institutions, à savoir des dispositifs complets intégrant tout à la fois des productions, des producteurs et des conditions de possibilités. Si on élargit la focale, le terme de discipline en vient alors à désigner des objets de savoirs, des corpus, des pratiques savantes, des curricula, mais aussi des pratiques, et des groupes de savants, ou encore des contextes institutionnels. Cette polysémie est tout autant le reflet de l'éventail objectif des occupations et des agents qu'il désigne que le moteur de la variété des travaux qui les étudient.

Les travaux de sociologie des sciences ont nourri une réflexion permettant de dépasser les seuls cadres de l'analyse du contenu et de l'épistémologie pour élargir le questionnement à l'ensemble des opérations et des opérateurs à l'œuvre dans l'affirmation et la transformation des disciplines². Ils supposent qu'elles soient envisagées comme des organisations, qui dans un

1. *Trésor de la Langue française* en ligne.

2. J. Boutier, J.-C. Passeron et J. Revel (dir.), *Qu'est-ce qu'une discipline ?*, Paris, EHESS, 2006.

processus d'institutionnalisation des savoirs, sont le lieu à la fois de débats conceptuels, de créations matérielles et d'exercice professionnel. On doit alors s'intéresser, tout autant qu'aux évolutions du contenu, aux formes de son énonciation (articles scientifiques ou thèses par exemple, aux lieux de sa diffusion (des revues aux enseignements) et aux dispositions sociales de ses acteurs (origines, formations, carrières). Cette approche multivariée offre la possibilité d'échapper à une rationalisation *a posteriori* qui, dans une perspective téléologique, est à l'origine de la production du récit linéaire de l'histoire d'une discipline, et ainsi, d'en proposer véritablement une histoire « sociale et politique »³.

Ce faisant, il devient possible d'envisager la totalité des configurations dans lesquelles s'inscrivent les logiques de construction des champs disciplinaires et la configuration qu'ils occupent dans l'institution plus large qu'est le champ universitaire. Il ne s'agit pas en effet d'espaces autonomes qui régiraient leur destin selon des règles qui leur seraient propres, mais plutôt d'interprétation, de formalisation et de mise en pratique au sein d'un cadre institutionnel plus large, ainsi que le rappellent Johan Heilbronn et Yves Gingras dans leur introduction au numéro récent des *Actes de la recherche en sciences sociales* consacré à « Espaces des disciplines et pratiques interdisciplinaires »⁴.

Les disciplines ont conjointement participé à l'élaboration et négocié leur place au sein du monde académique depuis le début du XIX^e siècle, en France comme ailleurs. Elles ont contribué de concert à la définition du travail universitaire tout en réinvestissant à leur profit, dans leur travail de légitimation, les normes progressivement mises en place. La forme de leur découpage initial, leurs transformations successives, les renégociations des périmètres disciplinaires sont donc étroitement liés à la nature même des institutions académiques dans lesquelles elles s'inscrivent. Dans une telle acception, les disciplines sont avant tout le produit de la construction sociale d'un espace professionnel particulier, le monde académique.

S'intéresser aux disciplines impose alors d'élargir la focale et d'abandonner l'approche internaliste pour resituer les situations respectives dans la configuration plus générale de l'enseignement supérieur. Dans cette perspective, le recours à une réflexion en termes d'échelles peut fournir un cadre fécond : les disciplines entretiennent les unes avec les autres des relations variées, faites de complémentarité, de filiation ou de concurrence

3. Cf. par exemple J. Roger, *Pour une histoire des sciences à part entière*, Paris, Albin Michel, 1995 et en particulier la présentation qu'en fait J.-M. Chapoulie : « Un cadre d'analyse pour l'histoire des sciences sociales », *Revue d'histoire des sciences humaines*, 2005/2 n° 13, p. 99-126.

4. J. Heilbronn, Y. Gingras, « La résilience des disciplines », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 5/2015 (n° 210), p. 4-9.

plus ou moins objectivées, dont les ressorts ont largement à voir avec les structures dans lesquelles elles se développent. Cela peut être la définition des curricula, au sein d'un établissement ou d'une institution plus vaste comme la faculté, ou encore la quête de reconnaissance au travers des organes de régulation professionnelle, comme c'est le cas en France avec les sections du Conseil national des universités. S'y jouent des questions primordiales relatives à la hiérarchie interne des disciplines, tout à la fois symbolique et productrice d'effet pour les individus concernés. On peut en donner un exemple avec les tensions sensibles ces dernières années au sujet de la place de l'économie politique dans une discipline, l'économie, largement dominée par une approche mathématique.

Enfin, les disciplines académiques ne sont pas des institutions autonomes du monde social, bien au contraire. Pour une large partie d'entre elles, les effets des évolutions générales de la société, de la politique ou encore de la technique jouent un rôle déterminant dans leurs transformations, comme le montre l'exemple du droit des étrangers.

Dans la perspective de saisir le rôle effectif des disciplines dans le champ académique et de comprendre les logiques qui président à leurs évolutions, il convient donc d'envisager des travaux tenant tout ensemble la variété des facteurs, endogènes et exogènes, aux différentes échelles, qui sont susceptibles de les affecter. Si cette approche peut sembler trop ambitieuse, elle n'est cependant que la proposition de répondre à la difficile mais fondamentale question de l'articulation des savoirs et de leurs conditions de la production.

Table des matières

AVANT-PROPOS	1
Éloge de la discipline	
Le savoir juridique face au modèle disciplinaire.....	3
I – La discipline, une notion discrète dans le discours juridique...	8
II – La discipline, une catégorie de combat des juristes	13
A. Revendiquer.....	13
B. Résister.....	15
III – Penser le phénomène disciplinaire sans la « discipline » ?.....	18
A. L’a-discipline.....	18
B. Indiscipline.....	22
IV – La discipline, une catégorie utile à la compréhension du savoir juridique.....	25
A. La construction sociale des disciplines juridiques.....	26
B. Le caractère conventionnel des disciplines juridiques	29
C. Les disciplines juridiques au cœur de tensions	31

PREMIÈRE PARTIE

DÉFINIR, FAIRE VIVRE (OU MOURIR) UNE DISCIPLINE

La crise du modèle disciplinaire.....	37
Introduction	37
I – La discipline, un espace relationnel	39
II – Vers la fin de l’âge disciplinaire ?	41
Conclusion.....	44

Ce qui fait discipline en droit	47
I – La logique disciplinaire en droit.....	50
A. Un champ de savoir.....	50
B. Le poids de la dogmatique juridique.....	52
II – La dynamique disciplinaire en droit.....	54
A. Dynamique de constitution.....	55
B. Dynamique de relations.....	57
C. Dynamique d'évolution.....	58
Le regard d'une juriste du <i>common law</i> sur les disciplines en droit	61
I – Les disciplines-matières ignorées.....	64
II – Les utilisateurs de la discipline en droit.....	67
Disciplines et discipline juridique: un regard nord-américain	75
I – Les disciplines juridiques: la constitution du droit en savoir organisé.....	77
II – La discipline juridique: une autonomie menacée.....	82
L'enseignement du droit romain dans les Facultés de droit françaises à l'époque contemporaine ou la chronique d'une mort annoncée	89
I – Les certitudes fragiles d'un enseignement dogmatique: l'empire formel du droit romain.....	93
II – Les doutes de l'histoire: la crise du droit romain.....	104
Les Allemands et les Français font-ils la même science du droit avec une cartographie des disciplines différentes?	119
I – Les premières occurrences des mots « Discipline » et <i>Disziplin</i>	120
II – Une cartographie disciplinaire révélatrice.....	125
III – La persistance d'une confusion sur la notion de discipline...	129
Disciplinariser le droit public	135
I – Le droit public de la fin du xix ^e siècle comme agrégat.....	138
II – L'évolution déterminante des conceptions sur le savoir juridique.....	143
III – L'institutionnalisation du droit public, objet de controverses.....	145

A. La difficulté à nommer le droit public.....	145
B. L'incertitude sur le contenu du droit public.....	147
Conclusion: y a-t-il eu disciplinarisation du droit public?	150
Des savoirs juridiques aux disciplines juridiques	
Lecture politiste de l'accession d'un savoir au statut disciplinaire	
L'exemple du droit communautaire.....	153
I – L'Europe communautaire au temps des internationalistes.....	155
A. Quand les praticiens se font docteurs: le Service juridique de la commission et l'invention de la « théorie de l'ordre juridique communautaire »	155
B. À l'université: une version internationale du droit de l'Europe naissante.....	158
II – De Gaulle et la naissance d'une doctrine communautariste française.....	162
A. Pierre-Henri Teitgen: l'homme de la situation.....	163
B. La réorientation de la politique d'information de la Commission ou comment faire de la politique par d'autres moyens.....	167
Faire de la criminologie une nouvelle discipline ?	
Contexte et enjeux d'une controverse.....	173
I – Un peu d'histoire des sciences.....	175
II – Le mythe de la pluridisciplinarité.....	179
III – Une controverse inachevée, un lobby sécuritaire très actif...	181
IV – L'enjeu caché des pénalistes.....	184
Du droit commercial au droit des affaires, ou comment se construisent matière et discipline juridiques.....	
I – Du corpus de règles à la matière juridique: la construction du droit commercial.....	190
II – Le modèle doctrinal et la construction de la discipline commerciale.....	191
III – L'importance du programme idéologique dans la construction du droit commercial et du droit des affaires	198
IV – Discipline juridique, modèle doctrinal et mythologie.....	203

Réactions

Les disciplines juridiques : déconstruire et reconstruire des mythes ?	213
Des disciplines à la discipline juridique	219

DEUXIÈME PARTIE

ORDRES ET DÉSORDRES DISCIPLINAIRES

Le droit civil, modèle disciplinaire ?	227
I – La place du modèle	231
A. La place du droit civil dans l'enseignement du droit.....	231
B. La place du droit civil dans les activités doctrinales	234
II – L'unité du modèle.....	238
A. La spécialisation des civilistes	238
B. Un rétrécissement du modèle civiliste	241
Le dépérissement du droit civil	243
I – Le dirigisme dans la régulation juridique	251
II – L'abstraction au cœur de la régulation juridique	257
Une discipline performative : les libertés publiques ou fondamentales	265
I – Genèse	265
II – De la question du corpus à la mise en lumière du caractère idéologique et performatif de la discipline.....	268
III – Quelle définition des libertés ?.....	273
IV – Publiques ou fondamentales ?	275
Les migrations transdisciplinaires du droit des étrangers	
Quelles causes, quels enjeux ?	279
I – Le déplacement du centre de gravité du corpus juridique applicable.....	281
II – Les enjeux académiques.....	284
A. Controverses autour de la notion de « droits civils ».....	285
B. Les frontières du droit international privé	286

C. Le droit international public : le statut des étrangers analysé à l'aune de la souveraineté des États.....	289
III – La revalorisation du droit des étrangers : vers la constitution d'une discipline ?.....	291
La procédure comme discipline	
De structuration en recompositions.....	295
I – Structuration normative du champ procédural.....	297
A. La structuration externe du champ procédural : le rapport au droit substantiel.....	297
B. La structuration interne du champ procédural : le rapport entre procédures.....	301
II – Recompositions doctrinales du champ procédural.....	304
A. Les recompositions internes du champ procédural.....	305
B. Les recompositions externes du champ procédural.....	310
Ceci n'est pas une pipe. Le droit comparé n'est pas une discipline juridique.....	315
I – Interdisciplinarité et regard hétérodoxe sur la discipline juridique.....	319
II – Indiscipline et remise en cause de l'identité disciplinaire.....	324
L'émergence d'une discipline : le droit global.....	331
I – De l'usage des qualificatifs.....	331
II – « <i>Global professors</i> » et « <i>global lawyers</i> ».....	335
III – Du paradigme à la discipline.....	342
Rapports de systèmes et cadre disciplinaire.....	347
I – Les mutations qui n'affectent que marginalement les permanences disciplinaires.....	349
II – Les mutations qui troublent la permanence du paysage disciplinaire.....	351

Réactions

Permanences et mutations disciplinaires ou de la nécessité de se méfier des apparences...	359
À propos de « Ordres et désordres disciplinaires »	363
I – Perturbations.....	363
II – Résistances	366
La discipline comme institution	
Un point de vue historien	369

Composition: Soft Office



Imprimé en France - JOUVE, 1, rue du Docteur Sauvé, 53100 MAYENNE
N° 2814234W - Dépôt légal : décembre 2018

CONTEXTES
Culture du droit

Collection Contextes

La collection Contextes, Culture du droit entend souligner la diversité des cultures, des savoirs et des pratiques professionnelles qui animent le monde des juristes. Toute théorie étant indissociable du contexte de son élaboration, la contextualisation de la production doctrinale permet d'éclairer le développement des idées et les processus de leur reconnaissance.



ISBN : 978-2-275-04672-3
Prix : 44 €
www.lextenso-editions.fr

Qu'est-ce qu'une discipline juridique ? Fondation et recomposition des disciplines dans les facultés de droit

Comment les savoirs juridiques se constituent-ils en « disciplines » ? Quel rapport existe-t-il entre discipline, matière et branche du droit ? Quelles relations se nouent entre les divisions du droit, les catégories doctrinales, les exigences pédagogiques ou encore les divisions institutionnelles universitaires ? Comment distinguer entre la discipline juridique et les autres disciplines des sciences sociales ? Cet ouvrage, qui réunit les contributions de juristes, historiens, politistes et sociologues, est la première enquête d'ampleur sur la notion de discipline et son rôle dans les facultés de droit françaises. Les contributions présentées aident à comprendre les rapports qui se nouent entre le fond du droit positif, les savoirs juridiques, la communauté académique et les éléments institutionnels environnants. Elles éclairent, par conséquent, les mutations du paysage disciplinaire juridique contemporain et sa remise en cause sous l'effet de la montée de l'interdisciplinarité et de la « recherche par projet ».

Sous la direction de Frédéric Audren et Ségolène Barbou des Places, avec les contributions de Pascal Ancel, Julie Bailleux, Loïc Cadiet, Véronique Champeil-Desplats, Jean-Pascal Chazal, Jacques Chevallier, Jean-Louis Fabiani, Catherine Fillon, Benoit Frydman, Pascale Gonod, Nader Hakim, Jean-Louis Halpérin, Daniel Jutras, Danièle Lochak, Rémy Libchaber, Laurent Mucchielli, Horatia Muir Watt, Emmanuelle Picard, Sébastien Pimont, Guillaume Richard, Ruth Sefton-Green, Denys Simon et Patrick Wachsmann.

SciencesPo
ÉCOLE DE DROIT

