

Article

« Grandeur et petites des professeurs de droit »

Alain Supiot

Les Cahiers de droit, vol. 42, n° 3, 2001, p. 595-614.

Pour citer cet article, utiliser l'information suivante :

URI: <http://id.erudit.org/iderudit/043661ar>

DOI: 10.7202/043661ar

Note : les règles d'écriture des références bibliographiques peuvent varier selon les différents domaines du savoir.

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter à l'URI <https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche. Érudit offre des services d'édition numérique de documents scientifiques depuis 1998.

Pour communiquer avec les responsables d'Érudit : info@erudit.org

Grandeur et petitesesses des professeurs de droit

Alain SUPIOT*

	<i>Pages</i>
1 Le juriste entre Ciel et Enfer	597
1.1 Le juriste idéal ou l'artiste de la Justice	598
1.2 Le juriste infernal ou le valet du plus fort	602
2 Les juristes sur Terre	607
2.1 Les juristes en miettes	607
2.2 Les juristes en devenir	611
2.2.1 L'idéologie de la régulation	611
2.2.2 L'ambivalence de l'internationalisation	612

S'interroger sur les rapports du droit et de la Justice est particulièrement bienvenu à une époque où l'*efficiency* tend à supplanter la Justice comme critère d'évaluation du droit. Cependant, pareille interrogation soulève une question préjudicielle que l'être humain semble se poser depuis qu'il parle et pense, sans être jamais parvenu à y apporter une réponse définitive : celle de la définition du Juste. À cette question, sans doute insoluble et que nous laisserons donc prudemment de côté, s'ajoute une difficulté de méthode propre à l'atelier que nous animons dans le colloque consacré aux juristes francophones. Celui-ci a pour objet de déterminer la contribution des universitaires à une orientation plus juste du droit depuis

* Professeur, Maison des Sciences de l'Homme Ange-Guépin, Nantes.

un siècle et demi¹. Or un juriste universitaire est sans doute le moins bien placé pour traiter de pareille question.

Le professeur de droit² est en effet enclin plus qu'un autre à l'autocélébration et à l'exaltation des vertus incomparables de sa corporation :

Le métier d'écrire sur le droit, écrira-t-il alors en parlant de lui-même, est un courage et pas une confortable occupation sans risque. « L'arrétiste est juriste et comme tel participant au combat pour le droit ou même pour le juste... » (Carbonnier) Chercher à orienter, critiquer, analyser, ce n'est pas diriger, ni tenir la plume des puissants de ce monde [...] Qu'est-ce donc, en somme que la doctrine française ? Une « volonté généreuse de présence au monde, d'ouverture aux droits nouveaux et aux réalités sociales, tout à la fois appel du cœur, attrait du nouveau, curiosité du réel » (Cornu)³.

Rien à redire à un portrait aussi flatteur, si ce n'est qu'il dépeint un idéal, peut-être une déontologie, et ne nous apprend rien en revanche du travail concret des universitaires.

Toutefois, lorsque le juriste s'arrache à cette pente d'autosatisfaction, c'est bien souvent pour glisser sur celle de l'autoflagellation : se saisissant des verges que lui tend la sociologie⁴, il s'emploie alors à montrer que toute l'activité doctrinale se réduit en fin de compte à de sordides questions d'intérêts :

-
1. La recherche en droit, qu'elle soit confondue ou non avec la « doctrine », a donné lieu au cours des dernières années à diverses réflexions ; voir notamment P. BOURDIEU, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, 1986, p. 5-19 ; Y. POIRMEUR et autres, *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993 ; B. STERN (dir.), *Livre blanc des Assises nationales de la recherche juridique*, Paris, LGDJ, 1994 ; « Doctrine et recherche en droit », (1994) 20 *Droits : revue française de théorie juridique*, 3 ; CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE, *Rapport de conjoncture*, Paris, CNRS, 1996, p. 543-552 ; P. JESTAZ et C. JAMIN, « L'entité doctrinale française », dans RECUEIL DALLOZ, *Recueil Dalloz de doctrine, de jurisprudence et de législation*, Paris, Éditions Dalloz, 1997, p. 167 ; L. AYNÈS, P.-Y. GAUTHIER et F. TERRÉ, « Antithèse de l'« entité » (à propos d'une opinion sur la doctrine », dans *Recueil Dalloz*, 1997, p. 229 ; CENTRE NATIONAL DE LA RECHERCHE SCIENTIFIQUE, « La recherche en sciences juridiques, Dossier », *Sciences de l'Homme et de la société*, vol. 54, 1999, lettre du département des Sciences de l'Homme et de la Société (SHS) du Centre national de la recherche scientifique (CNRS).
 2. Nous entendons ici la notion de professeur de droit dans un sens fonctionnel, comme synonyme de juriste titulaire d'un poste à l'Université, et incluant donc les professeurs et les maîtres de conférence.
 3. L. AYNÈS, P.-Y. GAUTHIER et F. TERRÉ, *loc. cit.*, note 1, 230.
 4. P. BOURDIEU, *loc. cit.*, note 1 ; A. BANCAUD, « L'idéal juridique réalisé : les colloques de droit social », (1985) 9-10 *Droit social*, 711.

Est membre de la doctrine, écrira-t-il alors, celui qui est admis à intervenir dans le champ doctrinal, c'est-à-dire à participer à la lutte pour l'appropriation des profits spécifiques qui s'offrent dans ce champ [...] Ces profits sont à la fois matériels et symboliques. Matériels sous la forme des avantages qui s'attachent à la production des biens doctrinaux : droits d'auteur, possibilité de faire des consultations, participation aux activités d'enseignement et aux colloques ; symboliques, avec la satisfaction de voir son opinion publiée, citée, reconnue par ses pairs, voire même consacrée par le législateur ou le juge⁵.

Rien à redire à cette analyse, si ce n'est qu'elle s'appliquerait aussi bien à n'importe quelle profession (par exemple aux producteurs de vins de Bordeaux : « Est producteur de vin de Bordeaux celui qui est admis à intervenir sur le marché de ces vins, etc. »), et qu'elle ne nous apprend rien sur l'apport propre de chacune d'entre elles.

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

1 Le juriste entre Ciel et Enfer

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

Cela conduit à relativiser l'opposition habituellement établie entre deux aspects du travail de recherche : l'un saisissant le droit de l'intérieur pour procéder à sa mise en ordre, et l'autre le saisissant de l'extérieur pour procéder à sa mise en perspective (historique, sociologique, économique,

5. A. BERNARD et Y. POIRMEUR, « Doctrine civiliste et production normative », dans Y. POIRMEUR et autres, *op. cit.*, note 1, p. 129.

philosophique etc.)⁶. Ces deux démarches sont indissociables dans le cas du chercheur, qui ne peut prétendre faire la théorie du droit sans commencer par le décrire et qui ne peut, à l'inverse, proposer des mises en ordre doctrinales sans renvoyer les textes à leur contexte. Une recherche digne de ce nom ne peut donc se passer davantage de la technique que de la théorie, et c'est ce qui la distingue de l'activité praticienne.

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

1.1 Le juriste idéal ou l'artiste de la Justice⁷

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

Premièrement, il faut savoir que faire quand on ne sait pas ; savoir aborder rationnellement la méconnaissance : tel est l'objet propre de l'*art du procès*, qui est au cœur du métier de juriste. Maîtriser cet art du procès suppose de savoir douter, mais aussi de savoir trancher.

En premier lieu, le doute méthodique — ce qui, en procédure, s'appelle le principe du contradictoire (*audi alteram partem*) — implique que le

-
6. Voir en ce sens A. JEAMMAUD, « Une typologie des activités savantes prenant le droit pour objet », *Sciences de l'Homme et de la société*, vol. 54, 1999, p. 10, lettre du département des Sciences de l'Homme et de la Société du Centre national de la recherche scientifique.
 7. Nous résumons ici un point de vue déjà développé dans A. SUPLOT, *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 1994, p. 261 et suiv.
 8. Voir A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1992, s.v. « art ».

juriste instruit les questions dont il traite en s'ouvrant à toutes les connaissances susceptibles d'éclairer son jugement.

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

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

Le juriste a donc beaucoup à apprendre des autres savoirs sur l'être humain, mais il a aussi un service à leur rendre. Car les sciences modernes se sont fondées sur la quête de lois objectives et universelles et possèdent ainsi une dimension normative qui les lie étroitement à la civilisation occidentale qui les a vues naître¹⁰. Le juriste peut dès lors participer à ce que

9. Voir É. GIRAUD, « Les déformations professionnelles des professeurs de droit », dans *Mélanges Sefériadiès*, Athènes, École supérieure de sciences politiques, Klissiounis, 1961, p. 267 et suiv.

10. Voir A. SUPIOT, « L'empire des lois ou les avatars d'une façon de penser », dans *La norme, la ville, la mer*, mélanges offerts au doyen Yves Prats, Paris, Éditions de la Maison des Sciences de l'Homme, 2000, p. 21-55.

Bachelard appelait une « psychanalyse de la connaissance objective¹¹ », par exemple en aidant à dévoiler la normativité à l'œuvre dans les catégories statistiques (dont les sciences modernes font si grand usage) ou dans les assertions de la biologie lorsqu'elle s'aventure à définir ce que serait la vie humaine.

En second lieu, remarquons que le doute méthodique n'est pas une fin en soi et doit nécessairement déboucher sur une solution. Trancher est l'autre face de l'art du procès. Pour le juriste, l'organisation méthodique du doute, l'expression des contradictions est toujours tendue vers leur résolution. Le doute persistant interdit au scientifique de trancher. Au contraire, il ne saurait y avoir pour le juriste de problème sans solution. La Loi à laquelle il se réfère étant censée avoir réponse à tout¹², il ne peut trahir cette fiction, sauf à cesser d'être juriste. Car trancher, ce n'est pas dire le Vrai, mais régler le cas par référence à ce qui transcende le cas, soit fonder l'autorité de sa réponse sur celle d'une norme à laquelle on se réfère. C'est de cette manière que l'opinion du juriste universitaire se distingue des opinions ordinaires et qu'elle est susceptible de faire Autorité¹³.

Contrairement à l'image qu'en donne l'allégorie du glaive et de la balance, le juriste ne tranche pas avec un couteau mais avec des mots, et la maîtrise du langage n'est pas la moindre part de l'art du procès. Car du tranchant des formules dépend la claire attribution des droits et des devoirs. Comme le rappelle l'étymologie du mot *regula*, régler c'est d'abord définir¹⁴. Le juriste (idéal !) ne s'accommode donc pas des notions floues qui prospèrent dans les sciences sociales et dans le vocabulaire politique, mais, plus exactement, il se charge de leur donner du tranchant en leur faisant produire des effets normatifs précis. Paradoxalement, cet impératif de précision prémunit le juriste contre la tentation du tout-anglais qui accompagne l'idéologie de la mondialisation. Le droit et les institutions ne peuvent être compris que dans le lien intime qu'ils entretiennent avec leurs formulations linguistiques. Il s'agit de faits de culture dont l'intelligence est inséparable d'un système de représentations dont chaque élément ne prend son plein

-
11. G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique : contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, 14^e éd., Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1989, version spéciale, p. 211 et suiv.
 12. Cette fiction de la complétude de la loi est commune à toutes les cultures juridiques. Voir son expression française dans le *Code civil* (art. 4).
 13. Sur l'équation « doctrine = auctoritas », voir A. SÉRIAUX, « La notion de doctrine juridique », (1994) 20 *Droits : revue française de théorie juridique*, 65.
 14. G. ALPA, « I principi generali », dans G. IUDICA et P. ZATTI (dir.), *Trattato di diritto privato*, Milan, Giuffrè, 1993, p. 58 et suiv., rappelle que *regula* et *definitio* valaient comme synonymes en droit romain.

sens que relativement à tous les autres. Seul un bien mauvais juriste pourrait imaginer par exemple que le mot anglais *right* puisse être traduit sans reste par le français *droit*, l'allemand *Recht* ou l'italien *diritto*. Là où en allemand « avoir droit » et « avoir raison », c'est tout un (*Recht haben*), l'anglais situe le droit dans le domaine de l'avoir (*to have a right*) et la raison dans celui de l'être (*to be right*), tandis que le français se garde de confondre jamais le droit et la raison... En revanche, le français comme l'allemand mêlent sous un même vocable « droit objectif » et « droit subjectif », que l'anglais distingue clairement (*Law* et *right*). Chaque mot du droit ouvre ainsi d'inépuisables perspectives sur ce qui distingue et ce qui rapproche nos manières de penser, et ce serait sans doute le dernier service que pourraient rendre les juristes francophones que de montrer l'aveuglement institutionnel auquel nous condamnerait un uniformisme linguistique, quel qu'il soit.

Deuxièmement, *l'art des limites* est l'autre face du savoir-faire du juriste tel qu'on le rêve. Il sait qu'il n'est pas possible de lier ce qui n'a pas d'abord été séparé, qu'il faut partager pour réunir et qu'il n'y a pas de concorde sans une juste attribution de ce qui revient à chacun.

Suum cuique tribuere : la formule ne doit pas s'entendre seulement comme répartition des choses, mais aussi — mais d'abord — comme identification des personnes. Ne saurait dire « je » (ou « moi », ou « mien ») celui qui n'a pas d'abord abdiqué la prétention d'être tout et reconnu l'existence d'autres « je »¹⁵. Ne saurait non plus dire « je » celui qui s'en tiendrait à l'observation rigoureuse de la fragilité et de la mobilité de ses états de conscience. Hauriou soulignait l'artifice juridique que constitue une personnalité « du premier coup constituée, qui demeure toujours la même pendant l'existence, soutient sans défaillance des situations juridiques immuables, veille pendant que l'homme sommeille et reste saine pendant qu'il déraisonne¹⁶ ». La première des fictions, la plus nécessaire à notre ordre juridique, c'est ce « je » ou, autrement dit, la notion de sujet comme point d'imputation d'effets de droit ; ce sujet dont Wittgenstein écrit qu'il n'appartient pas au monde mais constitue une limite au monde¹⁷. Le professeur de droit idéal est un gardien vigilant de cette fiction juridique fondatrice, dont il connaît la nécessité anthropologique. Il résiste à la tenta-

15. Voir le commentaire du « Je est un autre » de Rimbaud par P. LEGENDRE, *La 901^e conclusion, Étude sur le théâtre de la raison*, Paris, Fayard, 1998, p. 241 et suiv.

16. M. HAURIOU, « Leçons sur le mouvement social », cité dans A. DAVID, *Structure de la personne humaine : limite actuelle entre la personne et la chose*, Paris, PUF, 1955, p. 1 et 72.

17. L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophique*, Paris, Gallimard, 1961, §. 5.632

tion qu'éprouve l'Occident quantificateur de traiter l'être humain comme une simple unité de compte. Il s'oppose à toutes les dérives scientistes (hier le racisme ou le communisme, aujourd'hui l'économisme ou le biologisme) qui réduisent les personnes à l'état des choses.

L'art des limites suppose ensuite de reconnaître les limites du droit lui-même. Instituer l'être humain comme sujet de droit, c'est bien sûr reconnaître qu'il participe à la même qualité humaine que ses semblables. C'est également reconnaître les qualités propres de chaque personne et lui permettre de les exprimer. Autrement dit, le droit ne peut se passer du non-droit. Permettre à chaque enfant nouveau-né et à chaque génération nouvelle d'accéder à l'humanité implique de lui procurer à la fois les sécurités d'un cadre institutionnel établi et les libertés qui lui permettront d'exprimer son génie propre. Le bon juriste sait devoir naviguer entre ces deux écueils du « trop de droit » et du « pas assez de droit ». Il ne se laisse donc pas davantage impressionner par les tenants du « il n'y a qu'à déréglementer » que par ceux du « il n'y a qu'à réglementer », car il sait que l'hypernomie comme l'anomie sont également de nature à empêcher le droit de remplir la fonction qui est la sienne et aboutissent l'une comme l'autre à assurer en fin de compte la loi du plus fort.

1.2 Le juriste infernal ou le valet du plus fort

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

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

L'ignorance du spécialiste est aujourd'hui la plus fréquente et est portée par la croissance quantitative du droit. C'est celle du technicien frappé de myopie intellectuelle, incapable de rapporter le rameau du droit dont il s'occupe à l'arbre tout entier, et ne soupçonnant même plus que la vie de cet arbre soit elle-même enracinée dans la société singulière où il pousse¹⁸. Certes le droit est une technique, mais comme toute technique il ne prend un sens qu'au regard des êtres humains dont il procède¹⁹. Autrement dit, l'imbécillité guette le juriste lorsqu'il oublie que le droit est un fait de culture, enraciné comme tel dans une société singulière. Faute de s'en souvenir, le juriste prêtera à ses catégories de pensée une universalité et

18. É. GIRAUD, *loc. cit.*, note 9, 267 et suiv.

19. A.-G. HAUDRICOURT, *La technologie, science humaine : recherches d'histoire et d'ethnologie des techniques*, Paris, Éditions de la Maison des sciences de l'homme, 1987.

une intemporalité que le moindre regard historique et comparatif suffirait à démentir. Tel est le sort par exemple, de nos jours, de notre concept de contrat, où nous sommes enclins à voir un absolu alors qu'il s'agit d'une construction historique dont la portée et la signification demeurent très relatives²⁰. Dès le XIX^e siècle, d'éminents juristes énoncent « que le droit des contrats est un droit universel, adapté à toutes les époques et à tous les peuples, à tous les lieux et à toutes les circonstances, car il est fondé sur les grands principes fondamentaux du juste et de l'injuste qui sont déduits de la raison naturelle et sont immuables et éternels²¹ ». Et ce genre de certitudes a depuis fleuri, notamment au sein du mouvement dit « *Law and Economics* ». Devenu vulgate des organisations internationales, ce *credo* a abouti à des catastrophes lorsqu'il a été appliqué à des pays qui n'ont pas en réalité une forte culture du contrat. Au nom de l'universalité du contrat et de l'économie de marché, on a fait alors le lit de toutes les dérives mafieuses.

L'ignorance du théoricien n'est pas moins redoutable. C'est celle du nomologue presbyte, prolix sur le droit en général mais n'en maîtrisant pas le moindre petit morceau. Cela peut donner ces théories du droit sans droit, qui ont fleuri depuis vingt ans sous la plume de philosophes ou de sociologues prétendant nous dire ce qu'il fallait penser du droit aujourd'hui sans avoir manifestement pris la peine d'ouvrir un code ou de lire un jugement²². Un peu comme une personne ferait de la philosophie des mathématiques en répétant *ad nauseam* ce qu'ont pu en dire Aristote, saint Thomas ou Descartes, tout en se gardant de jeter le moindre regard sur les productions mathématiques contemporaines. Et de leur côté les juristes qui se vouent à la « théorie du droit » ont trop souvent tendance à s'émanciper de l'étude (et de l'ennui, il faut bien le dire) du droit positif, et à échafauder des cathédrales de concepts sans aucune fondation dans le terreau juridique. Ce genre a pu fleurir d'autant plus librement que, murées dans la technique, les facultés de droit françaises, de leur côté, se sont consciencieusement appliquées à chasser de leurs enseignements tout ce qui pouvait ressembler à de la philosophie, à de la sociologie, à de l'économie, etc.

20. M. FABRE-MAGAN (dir.), *La relativité du contrat : travaux de l'Association*, Paris, LGDJ, 2000, 258 p.

21. « The law of contracts may justly indeed be said to be an universal law adapted to all times and races, and all places and circumstances, being founded upon those great and fundamental principles of right and wrong deduced from natural reason which are immutable and eternal » : ADDISON, « Traité des contrats », cité dans P.S. ATIYAH, *Essays on Contract*, Oxford, Clarendon Press, 1986, p. 17.

22. Voir par exemple A. RENAUT, *Qu'est-ce que le droit ? Aristote, Wolff et Fichte*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1992.

Avec comme résultat la perte de la formation des élites administratives que l'État a préféré confier à des écoles (instituts d'études politiques et école nationale d'administration) plus ouvertes à la mise en contexte des textes. Le même scénario est en train de se dessiner du côté du droit privé, les instituts d'études politiques et les écoles de commerce prenant pied dans le domaine de la formation des magistrats et des avocats.

Deuxièmement, la soumission elle aussi a deux visages. Il y a, d'un côté, la soumission partisane, ancienne celle-là, qui conduit l'universitaire à se muer en propagandiste zélé, ce qui ne serait pas blâmable s'il ne drapait l'arbitraire de ses opinions dans l'autorité du droit. Le professeur va alors asséner ses opinions politiques sous couleur de prodiguer des leçons de droit, que ce soit dans ses cours, dans les revues juridiques ou dans la grande presse. Confondant enseignement et endoctrinement, le professeur de droit se figurera alors qu'il est fidèle à la figure, si révérée en France, de l'intellectuel engagé, alors qu'il relève plutôt de la catégorie des petits prophètes stipendiés par le gouvernement que raillait déjà Max Weber²³. Volant au secours des causes les mieux établies (généralement la défense d'une vision conservatrice de la loi, de l'ordre et de la morale²⁴), il croit s'engager. Toutefois, l'engagement (au sens fort, c'est-à-dire juridique de ce mot), implique une prise de distance avec soi-même, une libre prise de risque, qui ne se retrouve nullement dans ces déclarations bien-pensantes, aussi tonitruantes soient-elles. Navrant est le spectacle de ces petits Vichinsky, de droite ou de gauche, qui, s'identifiant à la *Grundnorm*, fulminent ainsi leurs certitudes nourries de conformisme intellectuel. Il ne faut pas cependant jeter ici spécialement la pierre aux professeurs de droit. La tentation de s'exprimer au nom de la science sur tous les sujets de société procède de la demande d'expertise dans l'espace public, et les spécialistes des sciences de la nature et des sciences sociales sont encore plus nombreux à y succomber que les juristes universitaires.

Il y a, plus nouvelle, et sans doute plus perverse, la soumission induite par le positivisme qui règne dans les facultés de droit depuis le XIX^e siècle. Au nom de la neutralité de la science, le juriste mettra alors son intelligence au service de l'interprétation et de la systématisation de n'importe quel texte, aussi ignominieux soit-il. L'expérience française de la doctrine sous Vichy est ici particulièrement éclairante. Analysant la réception par la doctrine de la loi du 3 octobre 1940 portant statut des juifs, Danièle Lochak²⁵

23. M. WEBER, *Le savant et le politique*, Paris, Plon, 1959, p. 92.

24. Sur ce conservatisme, voir É. GIRAUD, *loc. cit.*, note 9, 281.

25. D. LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », dans D. LOCHAK et autres, *Les usages sociaux du droit*, Paris, PUF, 1989, p. 252 et suiv.

a mis en évidence trois types d'attitudes parmi les professeurs de droit : d'un côté, les zéloteurs du nouveau régime (Ripert, Barthélémy, Bonnard, etc.) dont il n'était évidemment pas question d'attendre la critique, de l'autre, ses adversaires, dont un certain nombre allaient devenir résistants (Teitgen, de Menthon, Capitant, etc.) ; entre ces deux extrêmes, comme dans l'ensemble de la population, la masse de ceux qui ne furent ni résistants ni sympathisants. C'est dans ce troisième groupe que vont se trouver les principaux commentateurs du statut des juifs promulgué en 1940 et modifié en 1941. Non suspects de sympathie pour la doctrine raciale de Vichy, ces juristes se sont pourtant employés à régler les différents problèmes « techniques » soulevés par la mise en œuvre de ce statut, tel celui de la définition légale du juif ou du caractère juif d'une entreprise, ou celui de la dévolution des biens des couples « mixtes » ou détenus à la fois par des juifs et des non-juifs...

Le constat des mésaventures du positivisme dressé par Danièle Lochak devrait conduire à poser la question d'une règle de jugement susceptible de transcender la simple analyse du droit positif. C'est à ce besoin qu'a correspondu le renouvellement de la thématique des droits de la personne depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale. S'il est permis de douter que cette thématique suffise à épuiser la question des fondements du droit, elle a du moins le mérite de rendre à cette question la place centrale qui n'aurait jamais dû cesser d'être la sienne dans les facultés de droit²⁶.

Troisièmement, la vénalité advient quand l'autorité du juriste universitaire est à vendre. La dérive actuelle des pratiques de consultation va dans ce sens²⁷. Au lieu de donner une opinion indépendante sur de rares affaires de principe, le professeur se mue en scribe stipendié par des groupes de pression et vend au plus offrant l'autorité (déclinante) attachée à sa fonction universitaire.

Le fait nouveau n'est pas que des professeurs de droit exercent une activité de consultant, mais bien qu'il soient désormais si nombreux à le faire, si jeunes et à une si grande échelle²⁸. Cette évolution est liée aux transformations socio économiques qui marquent la corporation. Comme les magistrats, avec lesquels ils avaient du reste de nombreux liens familiaux,

26. Voir notamment en France les travaux de M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Éditions du Seuil, 1994 ; et M. DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Éditions du Seuil, 1998.

27. M. GOBERT, « Le temps de penser de la doctrine », (1994) 20 *Droits : revue française de théorie juridique*, 97.

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

les professeurs de droit appartenait jusqu'au tournant des années 60 aux franges aisées de la bourgeoisie. Et comme les magistrats, ils tiraient de cette aisance bourgeoise à la fois de solides opinions conservatrices et les moyens d'une certaine indépendance intellectuelle. La démocratisation de l'enseignement supérieur a entraîné une augmentation vertigineuse du nombre de juristes universitaires dont beaucoup sont désormais issus des classes moyennes et n'ont de revenus que professionnels. La corporation dès lors a tendance à se scinder entre, d'une part, un peuple de moyens fonctionnaires, culturellement et sociologiquement happés par le monde de l'éducation nationale et, d'autre part, la frange de ceux qui font l'avocat pour se hisser ou se maintenir dans les rangs de la bourgeoisie d'affaires. La qualité de professeur sert alors de sésame pour accéder au marché de la consultation ou renforcer sa position sur ce marché. Cette évolution a été tolérée par les gouvernements successifs qui y trouvent un moyen commode de n'avoir pas à tenir compte des prix du marché du travail dans la fixation des rémunérations des professeurs de droit.

Cette prolifération des professeurs-avocats n'est évidemment pas sans incidence sur la nature de la production doctrinale. Cette dernière vaut comme autorité, c'est-à-dire comme référence légitime sur laquelle tous peuvent s'appuyer. Une consultation doctrinale n'a d'autorité que si l'opinion émise par le professeur l'est en toute indépendance et non dans le souci de défendre les intérêts particuliers de celui qui le paie. À l'heure actuelle, cette déontologie élémentaire est en recul, et il semble bien que l'opinion de beaucoup soit désormais à vendre. Le comble est atteint lorsque le professeur qui a consulté dans une affaire publique ensuite la même opinion sous la forme d'un article « scientifique », n'hésitant pas à fustiger au passage les juges qui ont eu le mauvais goût de ne pas donner raison à leur client. Il devient dès lors impossible de distinguer dans une revue juridique quelles sont les analyses indépendantes et lesquelles ont été payées par tel ou tel groupe de pression²⁹. Nous ne pouvons, dans un tel contexte, que partager l'inquiétude récemment exprimée par M^{me} Gobert : « Lorsque la toute petite minorité tend à devenir la majorité, lorsque l'agrégation n'a plus pour seule vertu que d'avoir un titre à monnayer, lorsque l'universitaire brade ainsi son indépendance, lorsque le temps libre n'est plus consacré qu'aux clients, alors on est en droit de s'inquiéter de l'avenir de ce que l'on a l'habitude d'appeler la doctrine³⁰ ».

Pas plus en droit qu'ailleurs, l'enseignement et la recherche ne gagnent à être coupés de la pratique. Le problème n'est donc pas de proscrire le

29. T. GRUMBACH, « Doctrine et déontologie », (1999) 4 *Droit social*, 323.

30. M. GOBERT, *loc. cit.*, note 27, 101.

cumul d'une fonction universitaire et d'une activité de consultant, mais de l'encadrer juridiquement. La première limite à ce type de cumul découle du principe constitutionnel d'indépendance des professeurs d'université³¹, dont il conviendrait de déduire l'incompatibilité avec une situation de dépendance économique à l'égard d'un tiers ; cette question se pose avec une particulière acuité concernant le régime des publications scientifiques inspirées par l'activité de consultation. La seconde limite procède du fait que l'exercice à titre professionnel d'une activité de consultant n'est évidemment pas compatible avec l'exercice d'une fonction universitaire à temps plein et devrait donc donner lieu à un passage à temps partiel.

2 Les juristes sur Terre

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

2.1 Les juristes en miettes

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

Dans un premier temps, rappelons que la diversité des cultures est aussi ancienne que l'histoire elle-même du point de vue de l'échelle mondiale. Toutefois, il n'en va pas de même à l'échelle de l'Occident. Le droit romain (antique et médiéval) et le droit canonique ont été portés par l'idée d'un *ius commune* susceptible de transcender les particularités locales. C'est sur cette idée qu'ont été fondées les premières universités dans l'Italie du Nord à la fin du XII^e siècle. Les étudiants s'y regroupaient en « nations », mais c'était bien pour suivre un enseignement commun. L'invention et l'essor de l'État nation ont ruiné cette aspiration à un droit universel et donné le jour à des cultures juridiques nationales qui ont profondément marqué l'histoire de ces deux derniers siècles et ont conduit à l'éclatement de la communauté des juristes.

Les deux derniers siècles ont ainsi été marqués par un très fort repliement national des cultures juridiques et des milieux juridiques universitaires. La prétention à l'universalisme du modèle juridique issu du *Code civil français* a dû très tôt en rabattre devant d'imposants concurrents.

31. Cons. Constit. 20 janv. 1984, D83-165, Rec. Cons. Constit., p. 30. Voir sur ce point A. SUPIOT, « Sur l'ouverture de l'Université », dans F. FABINET et autres, *Convergences : études offertes à Marcel David*, Quimper, Calligrammes, 1991, p. 417 et suiv.

Concurrence de la common law dont l'influence s'est étendue au fur et à mesure de l'extension des empires britannique puis américain. Et concurrence d'un droit allemand nourri d'érudition historique et rebelle à l'individualisme français. L'histoire du droit japonais moderne, qui s'est alimenté successivement à des sources françaises, allemandes et finalement américaines, montre ce qu'ont pu signifier ces luttes d'influence, dont l'issue a toujours dépendu en dernière instance de l'évolution des rapports de forces économiques et militaires. En fin de compte, ce sont les universitaires des « petits » pays qui, ne pouvant se croire au centre du monde, ont sans doute fait le plus pour maintenir l'aspiration à l'universalité du droit qui caractérisait les médiévaux. Hommage soit donc rendu sur ce point aux enfants de Grotius !

Ainsi identifiés à un système national ou un autre, les professeurs de droit ont vu leur influence varier considérablement selon le prestige que leur pays accordait à la formation juridique universitaire³². Influence maximale en Allemagne, où le « socialisme de la chaire » a produit les cadres conceptuels de la modernité. Influence minimale en Angleterre, où les premières facultés de droit sont apparues seulement après la Seconde Guerre mondiale et où les professeurs n'ont jamais acquis un prestige comparable à celui des juges. La situation française s'inscrit entre ces deux extrêmes, l'influence des professeurs de droit étant réelle, mais s'exerçant presque exclusivement sur les milieux judiciaires, rien ne transpirant ou presque de leur travail hors de ce microcosme professionnel³³.

Dans un deuxième temps, notons que la diversité des savoirs a suivi une histoire parallèle.

L'idée de branche du droit, et de spécialisation des juristes, occupait une place discrète dans les universités jusqu'au XIX^e siècle. Tout au plus y-a-t-il distinction entre les civilistes et les canonistes, mais sans s'interdire de mêler l'un et l'autre de ces droits pour la résolution d'un cas. Alain Wijffels rapporte ainsi le cas d'un procès tenu à Londres en 1605 devant la Cour de l'Amirauté. Un navire armé par des anglais avait coursé des bâtiments espagnols en violation du Traité de paix récemment conclu entre les deux pays³⁴. La défense expliquait que l'équipage sans doute était anglais,

32. B. BERCUSSON, U. MÜCKENBERGER et A. SUPLOT, *Diversité culturelle et droit du travail en Europe, Rapport de recherches pour le ministère du Travail et de l'Emploi*, Ministère du travail et de l'emploi, Paris, ministère du Travail et de l'Emploi. Service des études et des statistiques, 1992.

33. J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 73.

34. A. WIJFFELS, « From Ius Commune to Common Law, and Back Again. Legal Books at Trinity Hall : An Historical Perspective from the Old Library », dans *Legal Education and Learning*, Cambridge, Trinity Hall, 1999, p. 34 et suiv.

mais que le capitaine étant hollandais, le navire n'était donc pas soumis à la loi anglaise. L'avocat des parties espagnoles répliqua en se référant aux règles permettant de déterminer si une assemblée mixte, composée de laïcs et de religieux, devait être considérée comme séculière ou ecclésiastique : le droit canon faisant prévaloir en pareil cas la qualité de la majorité des membres de l'assemblée, il devait en aller de même pour déterminer la nationalité du navire. Il invoqua également au soutien de sa cause une solution de droit romain portant sur la validité du testament fait en présence de sept témoins (six hommes et un hermaphrodite), alors que les sept auraient dû être de sexe masculin. Les juristes de ce temps comprenaient ainsi le droit comme un tout indissociable et non pas comme un système divisé en branches séparées les unes des autres.

La situation là aussi s'est renversée au profit d'une spécialisation toujours plus poussée des juristes, cet éclatement des disciplines s'ajoutant à celui des cultures nationales. Le droit n'a cessé de se ramifier en branches de plus en plus nombreuses et la figure du jurisprudent ouvert à tous les cas a laissé place à celle du technicien de plus en plus étroitement spécialisé. Cette spécialisation, qui a connu une forte accélération durant les 30 dernières années³⁵, a été portée par deux facteurs principaux. Tout d'abord par le positivisme qui, inclinant les universitaires à percevoir le droit comme une collection de règles, les a conduits à en fixer la taxinomie, sur le modèle qui avait si bien réussi aux sciences de la nature³⁶. Encouragée en France par la tradition d'un enseignement presque exclusivement magistral et par le style scolastique des traités et manuels, la classification des règles en genres et en espèces (branches et sous-branches) y a vite acquis une tournure normative. Le champ d'application des règles dépendait désormais de la branche du droit où elle était inscrite. Cette tendance à la spécialisation a été favorisée ensuite par l'augmentation considérable du débit des sources du droit³⁷. Sans cette division du travail entre juristes spécialisés, l'énorme flot des normes aurait tôt fait de noyer ceux qui ont la charge de les enregistrer, de les décrire et de les interpréter.

35. J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 33, p. 71 et suiv.

36. Rapprocher l'influence des classifications botaniques sur la constitution des sciences humaines : M. FOUCAULT, *Les mots et les choses : une archéologie des sciences humaines*, Paris, Gallimard, 1966, p. 137 et suiv.

37. Au flot toujours grossissant des lois et des arrêtés vient s'ajouter l'irrésistible crue des sources contractuelles, qui influe aussi bien sur le droit privé (cf. J.-M. MOUSSERON, « La recherche en droit de l'entreprise », *Sciences de l'homme et de la société*, vol. 54, 1999, p. 14) que sur le droit public (cf. J. CAILLOSSE, « Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration », dans L. CADIET (dir.), *Le droit contemporain*

Ainsi portée par des raisons épistémologiques et pratiques, la spécialisation s'est cristallisée au sein des universités sous la forme de postes et de départements, de revues et de filières de recrutement. La carte des savoirs se mue en carte des pouvoirs du moment qu'elle sert à régler l'attribution et la répartition des postes, des enseignements et des crédits universitaires. Et cette seconde fonction ne peut que parasiter la première, en figeant une carte des savoirs qui devrait par nature rester évolutive. Dès lors, « le mort saisit le vif » et les divisions instituées au sein des instances de recrutement incitent à la reproduction du même dans le choix des sujets de recherche et dans la définition des enseignements. Le fossé qui sépare notamment dans les facultés le droit public du droit privé conduit à une hémiplegie de la pensée juridique française et la rend impuissante à saisir aussi bien les formes institutionnelles de la « mondialisation » (le droit communautaire ou le droit du commerce international ignorent cette distinction) que les transformations du droit français lui-même (qui se nourrit d'hybrides de droit public et de droit privé ainsi que Charles Eisenmann en a fait depuis longtemps la remarque). Apparues comme instruments heuristiques d'intelligibilité du droit, les branches et sous-branches sont ainsi devenues des bastions protecteurs de droits universitaires acquis. L'unité de la communauté des professeurs de droit au sein d'un même pays tend ainsi à se déliter. Elle se manifeste encore pour la défense de certains intérêts corporatifs (le titre d'agrégé par exemple) mais n'est le lieu d'aucun grand débat intellectuel : pour l'essentiel, chacun publie, enseigne, lit, « colloque » dans sa propre spécialité et se garde de s'exposer hors du pré carré où il a su se faire reconnaître.

Retenons, dans un troisième temps, que la diversité des pratiques professionnelles est le dernier facteur d'éclatement du monde des juristes universitaires. Elle a été accrue par la démocratisation de l'université qui a entraîné un accroissement considérable du nombre de professeurs et une diversification corrélative de leur métier. Ce dernier englobe au moins cinq fonctions que tout universitaire est appelé à exercer à des degrés divers : l'enseignement ; la recherche, l'examen et la sanction des connaissances des étudiants ; l'administration ; l'évaluation des recherches d'autrui. À ces cinq fonctions de base peuvent s'ajouter la « valorisation » de la recherche et la consultance ou l'expertise pour le compte d'institutions publiques ou privées. L'équilibre entre ces diverses activités varie selon les chercheurs ; il varie aussi dans le temps. Il est en réalité impossible d'exercer correc-

des contrats : bilan et perspectives, Paris, Economica, 1987, p. 89 et suiv. ; CONSEIL D'ÉTAT, *L'intérêt général : rapport public 1999*, Paris, La Documentation française, Études et documents, n° 50, 1999, p. 323 et suiv.).

tement ces diverses fonctions de façon simultanée, si bien que, derrière la fiction juridique de l'unité du corps des professeurs de droit, se trouvent les visages les plus divers. Il n'y a pas grand-chose de commun entre le professeur-avocat, qui se voue d'abord à l'accroissement de sa fortune et consacre un minimum de temps à ses cours, le professeur-chercheur ayant acquis dans sa spécialité une forte réputation, qui publie abondamment et participe à de nombreux colloques et séminaires, le professeur-administrateur englouti par la gestion de sa faculté ou de son université, le professeur-enseignant — non-chercheur qui a renoncé à publier et multiplie les enseignements complémentaires, etc.

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

2.2 Les juristes en devenir

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

2.2.1 L'idéologie de la régulation

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

Comme l'ont montré les travaux de Pierre Legendre, cette idéologie est un produit de l'histoire médiévale. L'Église s'est alors approprié le droit romain qu'elle a fini de nettoyer de toute dimension religieuse³⁸. De là est née la division entre le droit et la théologie. Cette division, inconnue des autres civilisations du Livre, a permis à l'Occident de penser le droit

38. Sur cette « décoloration religieuse du droit romain », voir P. LEGENDRE, *Les enfants du Texte : étude sur la fonction parentale des États*, Paris, Fayard, 1992, p. 254 et suiv.

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

Déshabitués de penser la question des fondements du droit, les juristes universitaires (surtout les meilleurs d'entre eux, les plus attentifs à la mise en contexte des Textes) sont tout prêts à s'abandonner à l'idéologie de la régulation, sous quelque forme qu'elle se présente : hier *Law and Society*, aujourd'hui *Law and Economics*, demain peut-être *Law and Genetics*... Pas plus qu'il ne doit les ignorer, le juriste universitaire ne devrait pourtant se faire ainsi l'instrument docile des normes véhiculées au nom de la Science. Car l'être humain ne peut acquérir de connaissance scientifique de lui-même qu'à la condition de s'appréhender comme objet extérieur à soi. C'est-à-dire à la condition de renoncer à saisir cette part de lui-même qui ne se laisse pas objectiver et qui lui donne sa qualité de sujet. La connaissance scientifique de l'être humain ne peut donc jamais s'effectuer sans reste, et c'est ce reste qui est l'objet propre du travail du juriste. L'institution de l'être humain comme sujet libre et responsable ne relève pas en effet de la science, mais de constructions symboliques dont le droit est une pièce essentielle⁴¹.

2.2.2 L'ambivalence de l'internationalisation

L'ouverture des frontières est le produit du progrès technique et du développement du commerce international. Elle remet en cause l'enfermement des juristes dans leur culture juridique nationale, ainsi que le montre l'essor du droit communautaire européen. S'y retrouve posée la

39. Cf. P. CANGHILHEM, *Le normal et le pathologique*, 3^e éd., Paris, PUF, 1975, p. 180 et suiv.

40. A.T. KRONMAN et R.A. POSNER, *The Economics of Contract Law*, Boston, Little, Brown & Cie, 1979, p. 2-3, et plus généralement les thèses du courant *Law and Economics*, notamment : R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5^e éd., New York, Aspen Law & Business, 1998 ; R. COOTER et T. ULEN, *Law and Economics*, 2^e éd., Glenview, Scott, Foresman & Cie, 1996.

41. Cf. les remarques de P. LEGENDRE, « La fonction structurale du juriste », dans L. LEGENDRE, *Sur la question dogmatique en Occident*, Paris, Fayard, 1999, p. 193 et suiv.

question d'un *ius commune*, mise en sommeil depuis le XVIII^e siècle⁴². La construction européenne a donné lieu durant les vingt dernières années à une grande effervescence intellectuelle chez les juristes universitaires, qu'elle a obligés à sortir de leur réserve nationale et à remettre en question leurs habitudes de pensée. Le droit communautaire se nourrit en effet des droits des pays membres, dont il opère des synthèses originales⁴³. Sa référence première était le droit de la concurrence, mais l'histoire a montré combien était illusoire le projet d'une libre concurrence internationale à législation nationale inchangée. Le marché n'est pas un objet naturel qui se retrouverait à l'identique dans tous les pays du monde ; c'est toujours le produit singulier d'un ensemble complexe d'institutions monétaires et commerciales, mais aussi sociales, fiscales, pénales, administratives, politiques, et ainsi de suite. Si bien que la dynamique du marché commun finit par entraîner tout sur son passage, et qu'il n'y a guère aujourd'hui de branches du droit qui puissent en ignorer complètement les effets. Des pans entiers des droits nationaux s'en trouvent ébranlés, tandis que la demande d'expertise juridique ne cesse de croître au fur et à mesure des progrès de l'intégration européenne. De nombreuses leçons pourraient être utilement tirées de cette expérience, qui montre à la fois la force et les limites d'une internationalisation portée par le libre-échange.

Cependant, cette internationalisation bien réelle s'accompagne d'un retour à des revendications identitaires fondées sur une appartenance territoriale, ethnique ou religieuse. Les États ont de plus en plus de mal à jouer leur rôle de clé de voûte institutionnelle. Cela est évident dans les pays où ils sont une greffe récente du modèle occidental. Que reste-t-il de l'État dans un pays d'Afrique soumis, d'un côté, aux plans d'adaptation structureaux imposés par les organismes financiers internationaux et, de l'autre, aux stratégies de survie qui s'expriment dans le secteur économique informel ? Cela est vrai aussi dans les pays occidentaux eux-mêmes où la foi dans les vertus de l'État providence décline au fur et à mesure que progressent et l'internationalisation et la régionalisation. Cet affaiblissement plus ou moins prononcé de la figure totémique de l'État ouvre la voie à la concurrence d'autres références fondatrices, avec tous les enjeux de violence et de meurtre que cette concurrence implique. Il suffit de passer en revue les pays du bassin méditerranéen pour comprendre ce que cela signifie : de la violence anomique des banlieues déshéritées des grandes

42. Voir B. DE WITTE et C. FORDER (dir.), *The Common law of Europe and the Future Legal Education*, Deventer, Kluwer, 1992.

43. Voir dans le cas du droit du travail B. BERCUSSON, « Le concept de droit du travail européen », dans *Le travail en perspectives*, Paris, LGDJ, 1998, p. 603 et suiv.

villes françaises, en passant par le terrorisme basque, corse, kurde ou islamique, le bain de sang algérien, le conflit palestinien-israélien et l'assassinat d'Iztaq Rabin, les guerres civiles yougoslaves, la solidarité orthodoxe face à l'Occident, c'est partout à des guerres de Textes que l'on a affaire : référence contre référence, l'arme à la main. Faute de comprendre, les idéologues de la mondialisation, comme hier les tenants de l'internationalisme prolétarien, mettent ces conflits sanglants sur le compte de pulsions archaïques qui ne sauraient entraver durablement la marche de l'humanité vers l'avenir radieux que dessinaient les lois de l'histoire ou de l'économie. Cependant, l'individu ne peut pas plus être réduit à la maximisation rationnelle des utilités qu'à une identité de classe, et c'est d'abord le rôle des juristes d'essayer de comprendre pourquoi des gens sont prêts à tuer et à mourir au nom de ce qui les fonde à vivre⁴⁴.

Impossible en effet de comprendre quoi que ce soit aux conflits qui déchirent les peuples si l'être humain perd de vue que « le dogmatisme est l'état normal de l'intelligence humaine⁴⁵ ». Même s'ils adhèrent à l'idéologie de la régulation et demeurent aveugles à l'ambivalence de l'internationalisation, les juristes sont placés devant les impératifs de la dogmatique, c'est-à-dire le rôle instituant joué par le droit dans l'identification des individus et des sociétés. Le droit, sauf à cesser d'être le droit, remplit une fonction anthropologique : il sert à instituer l'être humain en tant que personne. Que les juristes universitaires en soient ou non conscients, leur travail ne peut échapper à cet impératif.

44. Cf. E.-H. KANTOROWICZ, *Mourir pour la patrie*, Paris, PUF, 1984 ; voir aussi B. JOHANSEN, « Vérité et torture : ius commune et droit musulman entre le X^e et le XIII^e siècle », dans F. HÉRITIER (dir.), *De la violence : séminaire de Françoise Hélier*, Paris, Éditions O. Jacob, 1996.

45. AUGUSTE COMTE, *Du pouvoir spirituel*, Paris, Le Livre de poche, 1978.