

## Grandeur et petites des professeurs de droit\*

S'interroger sur les rapports du droit et de la Justice est particulièrement bienvenu à une époque où l' *Efficiency* tend à supplanter la Justice comme critère d'évaluation du droit. Mais pareille interrogation soulève une question préjudicielle que l'Homme semble se poser depuis qu'il parle et pense, sans être jamais parvenu à y apporter une réponse définitive : celle de la définition du Juste. A cette question, sans doute insoluble et que je laisserai donc prudemment de côté, s'ajoute une difficulté de méthode propre à notre atelier. Celui-ci a pour objet de déterminer la contribution des universitaires à une orientation plus juste du droit depuis un siècle et demi<sup>1</sup>. Or un juriste universitaire est sans doute le moins bien placé pour traiter de pareille question.

Le professeur de droit<sup>2</sup> est en effet enclin plus qu'un autre à l'autocélébration et à l'exaltation des vertus incomparables de sa corporation : "Le métier d'écrire sur le droit, écrira-t-il alors en parlant de lui-même, est un courage et pas une confortable

---

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

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

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

occupation sans risque. « L'arrêteste 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)<sup>3</sup>. Rien à redire à un portrait aussi flatteur, si ce n'est qu'il dépeint un idéal, peut-être une déontologie, et ne nous dit rien en revanche du travail concret des universitaires.

Mais lorsque le juriste s'arrache à cette pente d'autosatisfaction, c'est bien souvent pour glisser sur celle de l'autoflagellation : se saisissant des verges que lui tend la sociologie<sup>4</sup>, il s'emploie alors à montrer que toute l'activité doctrinale se réduit en fin de compte à de sordides questions d'intérêts: "Est membre de la doctrine, écrira-t-il alors, celui qui est admis à intervenir dans le champ doctrinal, c'est à dire à participer à la lutte pour l'appropriation des profits spécifiques qui s'offrent dans ce champ (...) Ces profits sont à la fois matériels et symboliques. Matériels sous la forme des avantages qui s'attachent à la production des biens doctrinaux: droits d'auteur, possibilité de faire des consultations, participation aux activités d'enseignement et aux colloques; symboliques, avec la satisfaction de voir son opinion publiée, citée, reconnue par ses pairs, voire même consacrée par le législateur ou le juge"<sup>5</sup>. Rien à redire à cette analyse, si ce n'est qu'elle s'appliquerait aussi bien à n'importe quelle profession (par exemple aux producteurs de vins de bordeaux: "Est producteur de vin de bordeaux celui qui est admis à intervenir sur le marché de ces vins etc."), et qu'elle ne nous dit rien sur l'apport propre de chacune d'entre elles.

---

<sup>3</sup> L.Aynès, P.-Y.Gauthier et F.Terré : "Antithèse de l'entité' (à propos d'une opinion sur la doctrine", *Rec. Dalloz*, 1997, cité p. 230.

<sup>4</sup> cf.P.Bourdieu, *art. préc.* ; A.Bancaud : L'idéal juridique réalisé: les colloques de droit social *Droit Social* 1986, 711.

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

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

## **I - Le juriste entre Ciel et Enfer**

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

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

---

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

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

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

### ***A) Le juriste idéal ou l'artiste de la Justice<sup>7</sup>***

Le droit est un art, et non pas une science. La formule a été répétée à satiété depuis le Digeste : "Jus est ars boni et æqui". Elle tire sa force de la richesse sémantique du latin *ars*, qui réunit des idées essentielles toutes liées à l'activité humaine tendue vers un ordre, ordre qui peut être aussi bien dicté par les dieux que par les lois logiques<sup>8</sup>. Dire que le droit est un art est une manière de situer l'activité du juriste dans un champ sémantique très riche, où l'on trouve les notions de bras et d'arme (*armus*), d'articulation (et d'article), de nombre (*ari-thmos*), de rite (*ritus*) de technique (c'est l'équivalent du grec *techné*), de métier (*artifex*), de fiction et de ruse (*artificium*). Ainsi situé à la frontière entre le monde des faits et le monde des valeurs, l'art particulier du juriste se déploie sur deux plans : c'est à la fois un art du procès et un art des limites.

1) 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.

---

<sup>7</sup> Je résume ici un point de vue déjà développé in *Critique du droit du travail*, Paris, PUF, 1994, p.261 s.

<sup>8</sup> cf. A.Rey (dir.) *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Robert, 1992, v°"art".

a) Le doute méthodique - ce qu'en procédure on appelle le principe du contradictoire (*audi alteram partem*) - implique que le 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 implique de ne se laisser jamais enfermer dans les spécialités qu'il maîtrise. La spécialisation devient une déformation professionnelle<sup>9</sup> dès lors qu'elle conduit à perdre conscience de l'arbitraire et de la relativité du découpage du droit en branches. Les auteurs les plus féconds sont ceux qui gardent toujours à l'esprit l'idée de l'unité foncière du droit (comme "océan de Textes") et cultivent les hybrides qui poussent au croisement des branches du droit. Ceci a été singulièrement vrai des hybrides de droit privé et de droit public, dont le foisonnement et la fécondité ont marqué le meilleur de l'évolution du droit français de ce siècle (avec par exemple l'invention des services publics industriels et commerciaux ou l'institution d'une sécurité sociale ni étatisée ni privatisée).

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

---

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

Le juriste a donc beaucoup à apprendre des autres savoirs sur l'Homme, 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 lient étroitement à la civilisation occidentale qui les a vu naître<sup>10</sup>. Le juriste peut dès lors participer à ce que Bachelard appelait une psychanalyse de la connaissance objective<sup>11</sup>, 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.

b) Ce doute méthodique n'est pas une fin en soi et doit nécessairement déboucher sur une solution. Trancher est l'autre face de l'art du procès. Pour le juriste, l'organisation méthodique du doute, l'expression des contradictions est toujours tendue vers leur résolution. Le doute persistant interdit au scientifique de trancher. Au contraire il ne saurait y avoir pour le juriste de problème sans solution. La Loi à laquelle il se réfère étant censé avoir réponse à tout<sup>12</sup>, il ne peut trahir cette fiction sauf à cesser d'être juriste. Car trancher ce n'est pas dire le Vrai, mais régler le cas par référence à ce qui transcende le cas, c'est-à-dire fonder l'autorité de sa réponse sur celle d'une norme à laquelle on se réfère. C'est de cette manière que l'opinion du juriste universitaire se distingue des opinions ordinaires et qu'elle est susceptible de faire Autorité<sup>13</sup>.

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

---

<sup>10</sup> cf. "L'empire des lois ou les avatars d'une façon de penser" in *Mélanges offerts au doyen Yves Prats*, Paris, Ed. de la MSH, 2000.

<sup>11</sup> G.Bachelard *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, Paris, Vrin 1938, 14<sup>e</sup> éd. 1989, v. spéc. p.211 s.

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

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

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

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

---

<sup>14</sup> cf.G.Alpa *I principi generali*, in G.Judica et P.Zatti (dir.) *Trattato di diritto privato*, Milan Giuffrè, 1993, p. 58 s., qui rappelle que *regula* et *definitio* valaient comme synonymes en droit romain.

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

*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"<sup>15</sup>. 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 déraisonne"<sup>16</sup>. La première des fictions, la plus nécessaire à notre ordre juridique, c'est ce "je", 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 monde<sup>17</sup>. Le professeur de droit idéal est un gardien vigilant de cette fiction juridique fondatrice, dont il connaît la nécessité anthropologique. Il résiste à la tentation qu'éprouve l'Occident quantificateur de traiter l'homme comme une simple unité de compte. Il s'oppose à toutes les dérives scientistes (hier le racisme ou le communisme, aujourd'hui l'économisme ou le biologisme) qui réduisent les personnes à l'état des choses.

L'art des limites suppose ensuite de reconnaître les limites du droit lui-même. Instituer l'homme comme sujet de droit c'est bien sûr reconnaître qu'il participe à la même qualité humaine que ses semblables. Mais c'est également reconnaître les qualités propres de chaque homme et lui permettre de les exprimer. Autrement dit le

---

<sup>15</sup> v. le commentaire du "Je est un autre" de Rimbaud par P.Legendre *La 901° conclusion. Étude sur le théâtre de la raison*, Paris, Fayard, 1998, p.241 s.

<sup>16</sup> M.Hauriou *Leçons sur le mouvement social*, cité par A.David *Structure de la personne humaine*, Paris, PUF, 1955, p.1 et 72.

<sup>17</sup> L.Wittgenstein *Tractatus logico-philosophique*, 1921, trad. fr. Paris, Gallimard, 1961, §. 5.632

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.

### ***B) Le juriste infernal ou le valet du plus fort***

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

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

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 pousse<sup>18</sup>. Certes le droit est une technique, mais comme toute technique il ne prend sens qu'au regard des êtres humains dont il procède<sup>19</sup>. 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

---

<sup>18</sup> cf. É.Giraud : "Les déformations professionnelles des professeurs de droit", *art.préc.*, p.267 s.

<sup>19</sup> A. Haudricourt, *La technologie, science humaine. Recherches d'histoire et d'ethnologie des techniques* Paris, éd. de la MSH, 1987.

universalité et une intemporalité que le moindre regard historique et comparatif suffirait à démentir. Tel est le sort par exemple aujourd'hui 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 relatives<sup>20</sup>. Dès le XIX<sup>e</sup> s. on pouvait lire pourtant sous la plume d'éminents juristes "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 éternels"<sup>21</sup>. 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'on l'a 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 jugement<sup>22</sup>. Un peu comme on 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

---

<sup>20</sup> cf. M.Fabre-Magan (dir.) *La relativité du contrat* Tvx de l'Assoc. Capitant, Paris, LGDJ, 2000.

<sup>21</sup> "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*, 1847, cité par P.S.Atiyah *Essays on contract* Oxford, Clarendon, 1986, p.17

<sup>22</sup> v. par ex. A.Renaut *Qu'est-ce que le droit ?* Paris, Vrin, 1992.

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, murés dans la technique, les facultés de droit françaises se sont de leur côté consciencieusement appliquées à chasser de leurs enseignements tout ce qui pouvait ressembler à de la philosophie, de la sociologie, de l'économie etc. Avec comme résultat d'avoir perdu la formation des élites administratives que l'Etat 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.

2) La soumission elle aussi a deux visages.

Il y a d'un côté la soumission partisane, ancienne celle-là, qui conduit l'universitaire à se muer en propagandiste zélé, ce qui ne serait pas blâmable si il ne drapait l'arbitraire de ses opinions dans l'autorité du droit. Le professeur va alors asséner ses opinions politiques sous couleur de prodiguer des leçons de droit, que ce soit dans ses cours, dans les revues juridiques ou dans la grande presse. Confondant enseignement et endoctrinement le professeur de droit se figurera alors qu'il est fidèle à la figure, si 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 Weber<sup>23</sup>. Volant au secours des causes les mieux établies (généralement la défense d'une vision conservatrice de la loi, de l'ordre et de la morale<sup>24</sup>), il croit s'engager. Mais l'engagement (au sens fort, i.e. juridique de ce mot), implique une prise de distance avec soi-même, une libre prise de risque, qui ne se retrouve nullement dans ces déclarations bien-pensantes, aussi tonitruantes soient-elles. Navrant est le spectacle de ces petits Vichinsky, de droite ou de

---

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

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

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

Il y a, plus nouvelle, et sans doute plus perverse, la soumission induite par le positivisme qui règne dans nos facultés depuis le XIX<sup>ème</sup> 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 Lochak<sup>25</sup> 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 on ne pouvait évidemment 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

---

<sup>25</sup> cf.D.Lochak : "La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme", in *Les usages sociaux du droit*, ouv. coll. Paris, PUF, 1989, p. 252 s.

ce besoin qu'a correspondu le renouvellement de la thématique des droits de l'Homme depuis la fin de la seconde guerre mondiale. On peut douter que cette thématique suffise à épuiser la question des fondements du droit, mais 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 droit<sup>26</sup>.

3) La vénalité advient quand l'autorité du juriste universitaire est à vendre. La dérive des pratiques de consultation va dans ce sens<sup>27</sup>. Au lieu de donner une opinion indépendante sur de rares affaires de principe, le professeur se mue en scribe stipendié par des groupes d'intérêts, et vend au plus offrant l'autorité (déclinante) attachée à sa fonction universitaire.

Le fait nouveau n'est pas que des professeurs de droit exercent une activité de consultant, mais qu'il soient désormais si nombreux à le faire, si jeunes et sur une si grande échelle<sup>28</sup>. Cette évolution est liée aux transformations socio-économiques qui marquent la corporation. Comme les magistrats, avec lesquels ils avaient du reste de nombreux liens familiaux, les professeurs de droit appartenaient jusqu'au tournant des années soixante aux franges aisées de la bourgeoisie. Et comme les magistrats, ils tiraient de cette aisance bourgeoise à la fois de solides opinions conservatrices et les moyens d'une certaine indépendance intellectuelle. La démocratisation de l'enseignement supérieur a entraîné une augmentation vertigineuse du nombre de juristes universitaires dont beaucoup sont désormais issus des classes moyennes et n'ont de revenus que professionnels. La corporation dès lors a tendance à se scinder entre d'une part un peuple de moyens fonctionnaires, culturellement et sociologiquement happés par le monde de l'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

---

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

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

<sup>28</sup> Les statistiques fiables ne sont évidemment pas disponibles sur ce sujet sensible.

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

Cette prolifération des professeurs-avocats n'est évidemment pas sans incidence sur la nature de la production doctrinale. Cette dernière vaut comme autorité, c'est à dire comme référence légitime sur laquelle tous peuvent s'appuyer. Une consultation doctrinale n'a d'autorité que si l'opinion émise par le professeur l'est en toute indépendance et non dans le souci de défendre les intérêts particuliers de celui qui le paie. Cette déontologie élémentaire est en recul et il semble bien que l'opinion de beaucoup soit désormais à vendre. Le comble est atteint lorsque le professeur qui a consulté dans une affaire publie 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 d'intérêts<sup>29</sup>. On ne peut dans un tel contexte que partager l'inquiétude récemment exprimée par Mme Gobert : "Lorsque la toute petite minorité tend à devenir la majorité, lorsque l'agrégation n'a plus pour seule vertu que d'avoir un titre à monnayer, lorsque l'universitaire brade ainsi son indépendance, lorsque le temps libre n'est plus consacré qu'aux clients, alors on est en droit de s'inquiéter de l'avenir de ce que l'on a l'habitude d'appeler la doctrine"<sup>30</sup>.

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

---

<sup>29</sup> cf. T.Grumbach: "Doctrines et déontologie" *Droit Social* 1999, 323

<sup>30</sup> M.Gobert, *art. préc.* p.101.

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

## II - Les juristes sur Terre

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

### A) *Les juristes en miettes*

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

1) La diversité des cultures est aussi ancienne que l'histoire elle-même si l'on se place à l'échelle mondiale. Mais il n'en va pas de même à l'échelle de l'Occident. Le droit romain (antique et médiéval) et le droit canonique ont été portés par l'idée d'un *ius commune* susceptible de transcender les particularités locales. C'est sur cette idée qu'ont été fondées les premières universités dans l'Italie du Nord à la fin du XII<sup>ème</sup> 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

---

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

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

Les deux derniers siècles ont ainsi été marqués par un très fort repliement national des cultures juridiques et des milieux juridiques universitaires. La prétention à l'universalisme du modèle juridique issu du code Napoléon a dû très tôt en rabattre devant d'imposants concurrents. Concurrence de la *common law* dont l'influence s'est étendue au fur et à mesure de l'extension des Empires britannique puis américain. Et concurrence d'un droit allemand nourri d'érudition historienne 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 universitaire<sup>32</sup>. 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

---

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

exclusivement sur les milieux judiciaires, et rien ne transpirant ou presque de leur travail hors de ce microcosme professionnel<sup>33</sup>.

2) 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<sup>ème</sup> siècle. Tout au plus distinguait-on 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 ces deux pays<sup>34</sup>. La défense expliquait que l'équipage sans doute était anglais, 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 7 témoins dont 6 hommes et un hermaphrodite, alors que les 7 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

---

<sup>33</sup> cf. J.Carbonnier *Droit et passion du droit sous la V<sup>o</sup> République*, Paris, Flammarion, 1996, p.73.

<sup>34</sup> A.Wijffels : *From Ius Commune To Common Law, And Back Again. Legal Books at Trinity Hall : An Historical Perspective from the Old Library*, in *Legal Education and Learning*, Cambridge, Trinity Hall, 1999, p. 34 s.

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 ces trente dernières années<sup>35</sup>, 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 conduit à en fixer la taxinomie, sur le modèle qui avait si bien réussi aux sciences de la nature<sup>36</sup>. 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. On a fait dépendre le champ d'application des règles 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 droit<sup>37</sup>. 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, les décrire, et les interpréter.

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 dès lors 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

---

<sup>35</sup> cf. J.Carbonnier *Droit et passion du droit sous la V<sup>o</sup> République*, op. préc. p. 71 s.

<sup>36</sup> rapp. 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 s.

<sup>37</sup> Au flot toujours grossissant des lois et des arrêts vient s'ajouter l'irrésistible crue des sources contractuelles, qui affecte aussi bien le droit privé (cf. J.-M.Mousseron : "La recherche en droit de l'entreprise", in *Sciences de l'homme et de la société*, n° 54 préc. p.14) que le droit public (cf.J.Caillosse : "Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration" in L.Cadiet [dir] *Le droit contemporains des contrats*, Paris, Economica, 1987, p. 89 s. ; Conseil d'État *L'intérêt général* Rapport public 1999, Paris, La documentation française, Etudes et doc<sup>ts</sup> du Cons. d'Et. n° 50, 1999, p.323 s.).

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

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

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

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

### ***B) Les juristes en devenir***

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

#### 1) L'idéologie de la régulation

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

Comme l'ont montré les travaux de Pierre Legendre, cette idéologie est un produit de l'histoire médiévale. L'Église s'est alors appropriée

le droit romain qu'elle a fini de nettoyer de toute dimension religieuse<sup>38</sup>. De là est née notre division entre le droit et la théologie. Cette division, inconnue des autres civilisations du Livre, a permis à l'Occident de penser le droit comme une pure technique. Depuis le XIX<sup>ème</sup> siècle les sciences ont pris le relais de la théologie comme discours fondateur des lois humaines. Les lois de l'histoire, de la société, de l'économie ou de la biologie ont été et continuent d'être invoqués à cet effet. On tend à confondre le normal (la norme statistiquement observée) et le légal (la règle juridiquement prescrite)<sup>39</sup> et à concevoir le droit comme le simple instrument des normes révélées par la Science. Là où au XIX<sup>ème</sup> 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'économie<sup>40</sup>.

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

---

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

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

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

L'institution de l'homme comme sujet libre et responsable ne relève pas en effet de la science, mais de constructions symboliques dont le droit est une pièce essentielle<sup>41</sup>.

## 2) L'ambivalence de l'internationalisation

L'ouverture des frontières est le produit du progrès technique et du développement du commerce international. Elle remet en cause l'enfermement des juristes dans leur culture juridique nationale, ainsi que le montre l'essor du droit communautaire européen. S'y retrouve posée la question d'un *ius commune*, mise en sommeil depuis le XVIIIème siècle<sup>42</sup>. 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 originales<sup>43</sup>. Sa référence première était le droit de la concurrence, mais l'histoire a montré combien était illusoire le projet d'une libre concurrence internationale à législation nationale inchangée. Le marché n'est pas un objet naturel qui se retrouverait à l'identique dans tous les pays du monde; c'est toujours le produit singulier d'une ensemble complexe d'institutions monétaires et commerciales, mais aussi sociales, fiscales, pénales, administratives, politiques etc. Si bien que la dynamique du Marché commun finit par entraîner tout sur son passage, et qu'il n'y a guère aujourd'hui de branches du droit qui puisse en ignorer complètement les effets. Des pans entiers des droits nationaux s'en trouvent ébranlés, tandis que la demande d'expertise juridique ne cesse de croître au fur et à mesure des progrès de l'intégration européenne. De nombreuses leçons pourraient

---

<sup>41</sup> cf. les remarques de P.Legendre sur "la fonction structurale du juriste", in *Sur la question dogmatique en Occident*, op. préc. p.193 s.

<sup>42</sup> v. B. De Witte & C. Forder (eds) *The common law of Europe and the future legal education*, Deventer, Kluwer, 1992, 764 p.

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

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

Mais cette internationalisation bien réelle s'accompagne d'un retour à des revendications identitaires fondées sur une appartenance territoriale, ethnique ou religieuse. Les Etats ont de plus en plus de mal à jouer leur rôle de clé de voûte institutionnelle. Cela est évident dans les pays où ils sont une greffe récente du modèle occidental. Que reste-t-il de l'Etat dans un pays d'Afrique soumis d'un côté aux plans d'ajustement structureaux imposés par les organismes financiers internationaux et de l'autre aux stratégies de survie qui s'expriment dans le secteur économique informel ? Mais cela est vrai aussi dans les pays occidentaux eux-mêmes où la foi dans les vertus de l'Etat Providence décline au fur et à mesure que progressent d'un côté l'internationalisation et de l'autre la régionalisation. Cet affaiblissement plus ou moins prononcé de la figure totémique de l'Etat ouvre la voie à la concurrence d'autres Références fondatrices, avec tous les enjeux de violence et de meurtre que cette concurrence implique. Il suffit de passer en revue les pays du bassin méditerranéen pour comprendre ce que cela signifie : de la violence anomique des banlieues déshéritées des grandes villes françaises, en passant par le terrorisme basque, corse, kurde ou islamique, le bain de sang algérien, le conflit palestinien-israélien et l'assassinat d'Iztak Rabin, les guerres civiles yougoslaves, la solidarité orthodoxe face à l'Occident, etc., c'est partout à des guerres de Textes qu'on a affaire : Référence contre Référence, l'arme à la main. Faute de le comprendre, les idéologues de la mondialisation, comme hier les tenants de l'internationalisme prolétarien, mettent ces conflits sanglants sur le compte de pulsions archaïques qui ne sauraient entraver durablement la marche de l'humanité vers l'avenir radieux que dessineraient les lois de l'histoire ou de l'économie. Mais l'Homme ne peut pas plus être réduit à la maximisation rationnelle des utilités qu'à une identité de classe, et c'est d'abord le rôle des juristes d'essayer de comprendre pourquoi des hommes sont prêts à tuer et à mourir au nom de ce qui les fonde à vivre<sup>44</sup>.

---

<sup>44</sup> cf. E.-H.Kantorowicz *Mourir pour la patrie*, trad.fr. par L.Mayali et A.Schütz, Paris, PUF, 1984, 141 p.; add. B.Johansen : "Vérité et torture: ius commune et

On ne peut pas comprendre grand chose en effet aux conflits qui déchirent les hommes entre eux si on perd de vue que "le dogmatisme est l'état normal de l'intelligence humaine"<sup>45</sup>. Même si ils adhèrent à l'idéologie de la régulation et demeurent aveugles à l'ambivalence de l'internationalisation, les juristes sont confrontés aux impératifs de la dogmatique, c'est à dire au rôle instituant joué par le droit dans l'identification des hommes et des sociétés. Le droit, sauf à cesser d'être le droit, remplit une fonction anthropologique: il sert à instituer l'homme en tant que personne. Que les juristes universitaires en soient ou non conscients, leur travail ne peut échapper à cet impératif.

Nantes, le 1er janvier 2000

Alain Supiot

---

droit musulman entre le X<sup>e</sup> et le XIII<sup>e</sup> siècle", in F.Héritier (dir) *De la violence*, Paris, A.Jacob, 1996.

<sup>45</sup> Auguste Comte *Du pouvoir spirituel*. Paris, Le livre de poche, 1978