

# ÉTUDES ET COMMENTAIRES



## Ontologie et déontologie de la doctrine <sup>1</sup>

par Alain Supiot, Professeur au Collège de France

**L'essentiel >** Les différentes théories qui ont prétendu ou prétendent encore expliquer l'ordre juridique de l'extérieur font toujours, en réalité, partie de cet ordre. Il n'existe pas en effet de « science du droit » qui puisse ignorer les faits qui le sous-tendent, ni les valeurs qui l'animent. Combinant différents niveaux d'analyse du droit, le travail doctrinal suppose le libre déploiement de toutes les argumentations inspirées par une recherche indépendante. Pour la doctrine juridique, comme pour la recherche scientifique dans son ensemble, l'indépendance que le Conseil constitutionnel reconnaît aux professeurs d'université n'est donc pas seulement une liberté, mais aussi un devoir.

C'est au XII<sup>e</sup> siècle, avec la fondation et l'essor des premières universités en charge de l'étude et de l'enseignement du droit romain et du droit canonique, que l'on peut faire remonter la naissance de ce que nous appelons aujourd'hui la doctrine. Aux époques antérieures, le droit relevait de la compétence de clercs, appartenant à l'entourage des princes. D'une sphère politico-judiciaire donc, et non pas érudite ou scientifique. Ainsi que le rapporte Ernst Kantorowicz, la croissance du nombre et de l'importance des docteurs en droit conduisit ces savants juristes à exiger d'être appelés, non plus docteurs ou maîtres, mais *domini* ou seigneurs, à l'instar des nobles et des prélats <sup>2</sup>. Ils obtinrent ainsi de former une troisième chevalerie, la *militia legum*, à côté de la *militia armata* des chevaliers et de la *militia celestis* des clercs. Et c'est ce titre de *dominus* qu'on peut lire encore aujourd'hui à Bologne sur les tombes des grands juristes, suivi du nom du défunt.

Vainement chercherait-on la trace d'une telle affirmation souveraine de leur importance et de leur autorité dans les écrits des universitaires spécialisés en droit social. Ce ne sont pas eux, mais plutôt leurs collègues civilistes qui demeurent aujourd'hui les meilleurs défenseurs de la *militia legum*, toujours prête à se mobiliser pour défendre le titre d'agrégé

ou la leçon de 24 heures - équivalent moderne de la veillée d'armes précédant l'adoubement des chevaliers. Et tandis que les traités et manuels de droit civil rangent toujours la doctrine parmi les sources du droit - après la loi, la coutume et la jurisprudence, ceux de droit social n'en soufflent mot, se contentant le plus souvent de l'enfourer en bas de page dans des bibliographies générales.

Tout au plus se souviendra-t-on, mais cela remonte à quarante ans, d'une manifestation de mauvaise humeur des professeurs de droit du travail, se plaignant publiquement de n'avoir pas été consultés par les auteurs des lois Auroux. Sursaut d'une autorité méprisée, qui ne s'est pas reproduit depuis, bien que les gouvernements de toute obédience aient pris l'habitude de se tourner plutôt vers leurs conseillers économiques pour concevoir leurs projets de réforme du droit du travail. Prenant ainsi le risque de naufrages juridico-politiques grandioses, du type de celui du contrat première embauche.

Mais cet effacement des juristes au profit des économistes n'est-il pas logique, dès lors que le gouvernement ne vise plus tant à réformer le *droit* du travail que le *marché* du travail ? Et que cette réduction du droit au marché semble largement

1421

ÉTUDES ET COMMENTAIRES / Chronique

(1) Je remercie le président de la chambre sociale, M. Lacabarats, d'avoir donné son accord pour la publication au *Recueil Dalloz* de cette communication aux *Rencontres de la chambre sociale* de la Cour de cassation, qui se sont tenues le 4 avr. 2013. Les travaux de ces Rencontres plus spécialement dédiés au droit social seront publiés au *Bulletin* de la Cour de cassation. (2) E. H. Kantorowicz, *Kingship under the Impact of Scientific Jurisprudence*, in M. Clagett, G. Post et R. Reynolds (eds), *Twelfth-century Europe and the Foundations of Modern Society*, Madison, University of Wisconsin Press, 1961, trad. fr., *La royauté médiévale sous l'impact d'une conception scientifique du droit*, *Politix*, vol. 8, n° 32, 4<sup>e</sup> trimestre 1995, p. 5-22.

admise par les professionnels du droit, ainsi qu'en témoigne, par exemple, cette forte résolution de l'Ordre des avocats de Paris : « Il nous faut mettre le marché du droit au centre de notre stratégie » car « les règles régissant le fonctionnement de la société (...) finissent toujours par se traduire en termes économiques »<sup>3</sup>. Si le droit n'est que la courroie de transmission de réformes économiques et le Parlement la courroie de transmission du « dialogue social », alors en effet l'idée même de doctrine juridique devient superflue. Tout juste fera-t-on appel à elle pour s'assurer qu'aucun vice technique n'expose les nouvelles dispositions législatives à la censure du Conseil constitutionnel, de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) ou de l'Organisation internationale du travail (OIT). On ne voit pas qu'il y ait besoin d'une « doctrine » pour s'acquitter honnêtement de cette besogne.

Ce sentiment d'inutilité de la doctrine juridique en droit social est encore plus grand si l'on se tourne vers la sécurité sociale. Car ce sont alors les facultés de droit elles-mêmes qui semblent avoir privé cette branche du droit de toute dignité doctrinale. Choisir de consacrer sa thèse au droit du travail n'est pas le meilleur moyen pour un jeune chercheur de maximiser ses chances de réussite au concours d'agrégation. Mais choisir la sécurité sociale, ce ne serait plus le signe d'une erreur de calcul, mais d'une pulsion quasi suicidaire, comparable à celle d'un jeune économiste qui n'inscrirait pas sa thèse dans le *mainstream*. Sauf erreur, aucun juriste n'a été reçu à l'agrégation externe depuis un demi-siècle sur la base d'une recherche en ce domaine. La sécurité sociale constitue pourtant le dispositif institutionnel le plus innovant qu'ait inventé le XX<sup>e</sup> siècle. Elle a profondément modifié les conditions juridiques de la vie en société, elle touche tous les aspects de la vie humaine, sa complexité technique est redoutable et son budget est supérieur à celui de l'État. Grâce à quelques auteurs aussi rares que brillants, son étude n'est pas complètement délaissée à l'Université, mais elle est massivement le fait de praticiens.

Vous noircissez le tableau, me direz-vous. Côté droit du travail, peut-on nier l'existence d'une doctrine bien vivante, riche de revues et de controverses, en dialogue permanent avec les juridictions judiciaires et administratives, souvent plus ouverte, et depuis plus longtemps que d'autres disciplines, au contexte historique et socio-économique du droit, ainsi qu'au droit comparé ? Et côté sécurité sociale, pourquoi ériger les pratiques de recrutement universitaire en critère de vitalité intellectuelle ? N'est-ce pas exclure arbitrairement du champ doctrinal les analyses de praticiens aussi instruits et désintéressés que sont présumés l'être les professeurs de droit ?

De façon plus générale, n'est-il pas réducteur d'identifier ainsi la doctrine en droit social à l'étude d'une ou plusieurs branches du droit, alors que l'une de ses fonctions est de penser le droit du travail ou celui de la sécurité sociale non pas isolément, mais comme participant de l'évolution de l'ordre juridique dans son ensemble ? N'est-il donc pas téméraire d'isoler la doctrine en droit social, alors qu'elle participe de la doctrine juridique dans son ensemble et que nombre des questions qu'elle soulève n'ont rien de spécifique ?

Ces objections sont certainement fondées et sérieuses. Il est vrai que les questions soulevées par la doctrine en droit social ne diffèrent pas fondamentalement de celles qui se posent à la doctrine juridique dans son ensemble. C'est donc en partant de ces questions générales que l'on peut faire ressortir le rôle de la doctrine en droit social et les problèmes qui se posent à elle.

Ayant déjà écrit sur ce sujet<sup>4</sup>, je souhaiterais éviter le rabâchage et m'en tiendrai donc ici à deux questions. La première, de nature ontologique : que faut-il entendre par « doctrine juridique » ; la seconde, de nature déontologique : qu'implique pour les juristes le principe d'indépendance de la recherche universitaire ?

## I - Ontologie de la doctrine

Cette première question a donné lieu à une littérature assez abondante, ce qui va me simplifier la tâche. Je laisserai de côté son versant sociologique et ne reviendrai pas sur les critiques qui peuvent être adressées à l'analyse qu'en a faite Pierre Bourdieu<sup>5</sup>. Il est difficile de se contenter de sa formule expéditive, selon laquelle la doctrine juridique ne serait qu'une « forme subtile de division du travail de domination symbolique dans laquelle les adversaires, objectivement complices, se servent mutuellement »<sup>6</sup>. Plutôt que de passer ainsi la doctrine à la moulinette des « champs » ou du « marché du droit », il serait plus instructif de disposer d'études sociologiques réellement informées et précises des profondes transformations qui ont affecté le monde des juristes en général et des universitaires en particulier. On aimerait savoir, par exemple, s'il est exact que les femmes sont plus nombreuses à se tourner vers les questions sociales (le droit du travail, mais aussi le droit de la famille ou le droit pénal) et les hommes vers les questions économiques (le droit des affaires, le droit des biens) et pour quelles raisons et avec quels effets. Ou encore, mieux connaître les liens qui se tissent entre les universitaires d'une part, et le monde judiciaire, politique, économique ou syndical, d'autre part.

(3) Ordre des avocats de Paris, *Avocats, l'avenir d'une profession*, Paris, Descartes & C<sup>o</sup>, 2005, cité par L. Assier-Andrieu, *Les avocats. Identité, culture et devenir*, *Gaz. Pal.* 2011. 106. (4) A. Supiot, *Grandeur et petitesse des professeurs de droit*, Actes du premier colloque international des juristes francophones, Québec, Les Cahiers du Droit, vol. 42, n° 3, sept. 2001, p. 595-614. (5) P. Bourdieu, *La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique*, Actes de la recherche en sciences sociales, 1986, n° 64, p. 5-19. Adde A. Bancaud, *L'idéal juridique réalisé : les colloques de droit social*, *Dr. soc.* 1986. 711. Cette analyse a été ensuite reprise et développée par MM. A. Bernard et Y. Poirmeur (*Doctrine civiliste et production normative*, in Y. Poirmeur et autres, *La doctrine juridique*, ouvrage collectif, Paris, PUF, CURAPP, 1993, p. 127-180), puis par MM. P. Jestaz et C. Jamin, *L'entité doctrinale française*, *D.* 1997. 167. Adde la réplique de L. Aynès, P.-Y. Gautier et F. Terré, *Antithèse de l'« entité »* (à propos d'une opinion sur la doctrine), *D.* 1997. 229. (6) P. Bourdieu, *op. cit.*, p. 6.

Sous l'angle juridique qui nous intéresse ici, définir la doctrine revient à s'interroger sur la place qu'elle occupe dans ce qu'on appelle de façon compréhensive le Droit. Est-elle dedans ou dehors ? Fait-elle partie du système juridique ou bien occupe-t-elle une position en surplomb, d'où elle observerait ce système, comme le physicien observe des particules dans un champ magnétique ou le zoologue des colonies d'insectes ? J'emploie ces analogies à dessein, car elles ont été utilisées par de grands maîtres des sciences sociales pour définir, par exemple, le métier de sociologue ou celui d'anthropologue. La réponse généralement donnée à cette question est que ces deux positions sont bien différentes et doivent être soigneusement distinguées, car l'une relèverait de la dogmatique et l'autre de la science <sup>7</sup>.

Il y aurait, d'un côté, une étude du droit qui se ferait « de l'intérieur » ; et c'est cela qui serait la doctrine juridique. Elle serait l'épouse au foyer, chargée de mettre chaque jour en ordre les normes que le législateur et le juge ne cesseraient d'empiler ou de laisser traîner dans la maison du Droit. Ou, si vous préférez une métaphore directement inspirée du *Digeste*, un paisible ruminant, occupé à digérer les herbes folles de la casuistique et de la législation pour les transformer en un lait comestible. Cela demande de la patience et de la méthode, méthode dite de « dogmatique juridique » consistant à classer les règles en un tout ordonné. Et cela suppose de ne pas paraphraser les textes, mais d'essayer d'en interpréter la lettre et l'esprit. Une telle tâche ne diffère pas fondamentalement de celles du législateur, du juge ou de l'avocat, qui sont bien obligés, eux aussi, à une certaine cohérence lorsqu'ils disent ou interprètent le droit. Le propre de la doctrine serait d'être l'organe spécialisé de cette mise en cohérence du système juridique. C'est à ce titre qu'elle pourrait légitimement revendiquer une certaine autorité, au sens juridique du terme. Sa fonction ordonnatrice suppose enfin un minimum de perspective historique, mais d'une histoire qui contemple, elle aussi, le droit de l'intérieur et est séparée de l'histoire générale.

D'un autre côté, ou plus exactement en surplomb de la doctrine ainsi définie, se trouveraient les « disciplines de connaissance du juridique qui contemplent le droit en vigueur de l'extérieur » <sup>8</sup>. Ce sont elles qui constitueraient vraiment la science juridique. Sur ce registre scientifique, on pourrait distinguer encore deux positions possibles, et passablement antagonistes : celle qui étudie le droit avec les catégories et l'outillage de la philosophie ou des sciences sociales (essentiellement ceux de la sociologie et de l'économie). Cela donne notamment les variétés de *Law and...* qui continuent d'occuper beaucoup de chercheurs : *Law and Society*, *Law and Economics*, etc. Et - seconde position - celle d'une « science pure du droit » de type kelsenien, qui s'interdit au contraire

toute interprétation du contenu des normes juridiques. La première cherche à dissoudre le texte dans le contexte, à le ramener à une raison d'ordre supérieur ou immanent : la domination symbolique, l'allocation optimale de ressources rares, etc. ; la seconde cherche, au contraire, à isoler le texte de son contexte, à éliminer toute considération de la *ratio legis* pour saisir sa pure rationalité formelle.

Force est de reconnaître que cette dichotomie arrange tout le monde. Elle convient aux membres de la doctrine, ainsi confortés dans leur identification du droit à la technique juridique. Elle les insère pleinement dans la communauté des juristes et leur permet en revanche d'en exclure tous ceux qui prétendent mettre le droit en perspective au lieu de se borner à le mettre en ordre. Et elle convient aux théoriciens du droit de toutes obédiences, qui peuvent espérer se hisser au rang de vrais chercheurs, sans avoir à se confronter aux incertitudes de l'herméneutique.

Mais bien qu'elle soit commode, cette dichotomie est largement illusoire. Cette illusion est, à vrai dire, le lot de toutes les sciences sociales, dès lors qu'elles postulent l'existence d'une position en surplomb, d'où les hommes pourraient être observés de l'extérieur, comme des objets, comme des particules électromagnétiques ou des insectes. Les différentes théories qui ont prétendu ou prétendent encore expliquer l'ordre juridique de l'extérieur font toujours en réalité partie de cet ordre. Les théories jusnaturalistes des hommes des Lumières ont participé de l'entreprise de codification. L'Ecole sociologique du droit a participé à l'invention de l'Etat social. La théorie kelsenienne a fait partie intégrante de la vision pyramidale de l'ordre juridique qui inspirait l'organisation des Etats ou des entreprises industrielles de son temps. La théorie marxiste du droit et sa critique du formalisme juridique ont participé de l'édification du communisme comme réalité. La critique foucauldienne des rapports de domination véhiculés par le Droit et son appel à « la parfaite souveraineté de soi sur soi » <sup>9</sup> participe de ce que Carbonnier appelait à la même époque la « pulvérisation du Droit en droits subjectifs » <sup>10</sup>. La doctrine *Law and Economics* est explicitement normative et vise à accorder, avec l'efficacité politique que l'on sait, les lois positives, à l'ordre spontané du marché. Ainsi que l'a noté Harold Berman, les théories du droit ne peuvent en aucun cas *expliquer* le Droit, car elles en sont partie intégrante. « L'histoire de la tradition juridique occidentale est pour partie le récit de l'émergence et des heurts de ces différentes écoles de philosophie du Droit. Elles n'expliquent pas l'histoire, car c'est l'histoire qui les explique, pourquoi elles apparurent et pourquoi diverses écoles ont prédominé en tel ou tel endroit, à telle ou telle époque » <sup>11</sup>.

(7) Pour une présentation générale de cette dichotomie, V. S. Leader, v° Perspective interne/externe, in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit, Paris, LGDJ, 1988, v° Interne/externe, p. 197 s. (8) A. Jeammaud, La part de la recherche dans l'enseignement du droit, *Jurisprudence - Revue critique*, t. 1, 2010, p. 181-205, spéc. p. 192. (9) M. Foucault, Histoire de la sexualité 2. L'usage des plaisirs, Paris, Gallimard, 1984, p. 38. (10) J. Carbonnier, Droit et passion du droit sous la V<sup>e</sup> République, Flammarion, 1996, p. 121 s. (11) H. Berman, *Law and Revolution : The Formation of the Western Legal Tradition*, Harvard Univ. Press, 1983, trad. fr. par R. Audouin, Droit et révolution, Lib. de l'Univ. d'Aix-en-Provence, 2002, p. 28.

C'est la raison pour laquelle la position des juristes universitaires qui prétendent pouvoir se dédoubler - et s'exprimer tantôt en membres de la doctrine, tantôt en purs scientifiques - est intenable. On voit ainsi les mêmes auteurs qui, un jour n'hésitent pas à critiquer en leur qualité d'universitaires des arrêts ayant méconnu leur théorie féministe du droit <sup>12</sup>, et le lendemain enjoignent de se taire à ceux de leurs collègues qui critiquent en leur qualité d'universitaire un projet de loi en cours de discussion parlementaire <sup>13</sup>. Enjoindre de se taire à ceux qui ne pensent pas comme vous n'est pas une méthode très prometteuse du point de vue heuristique. Plutôt que de *disqualifier* leurs arguments, ne doit-on pas plutôt s'efforcer d'y répondre ? La science juridique n'est-elle pas en réalité un art, un art de la controverse dont la première règle - *audi alteram partem* - consiste non seulement à permettre, mais à encourager le libre déploiement de toutes les argumentations inspirées par une recherche sincère de la position juste ? Faudrait-il - pour prendre un exemple d'actualité - que les juristes du travail s'interdisent de critiquer ou d'approuver l'Accord national interprofessionnel du 11 janvier 2013 ainsi que sa transposition législative, au motif « qu'être professeur de droit n'autorise pas pour autant à "parler au nom du droit" et à s'opposer, par principe, aux bouleversements du droit positif » ? <sup>14</sup> Va-t-on intimer le silence aux cinq cent quarante-cinq « juristes spécialisés en droit du travail et en droit social » de toutes nationalités, qui viennent de publier un manifeste, appelant l'Union européenne « à respecter et à promouvoir les droits sociaux fondamentaux, en particulier dans le cadre des mesures liées à la crise » <sup>15</sup> ?

Cette fonction critique, nous dit-on, on ne pourrait l'exercer qu'en tant que citoyens et non pas en tant que juristes, car se prononcer sur le fond du droit relèverait « des convictions politiques et morales de chacun » <sup>16</sup>. Et ce ne sont pas seulement les juristes qui ne devraient pas avoir voix au chapitre, mais aussi les historiens, les anthropologues et les psychanalystes, toute parole savante devant être chassée du débat public pour laisser libre cours à la foire aux opinions privées.

Une telle position se situe consciemment ou non dans le droit fil de l'analyse économique du droit. Elle substitue en

effet un « marché des idées » <sup>17</sup>, seul apte à juger de la valeur de ces dernières, à ce qui, depuis les Lumières, s'était affirmé comme un « espace public » de discussion rationnelle <sup>18</sup>. L'avantage, si l'on peut dire, est qu'on se trouve délié sur ce marché de la nécessité d'avoir à démontrer ce qu'on avance, puisque c'est l'efficacité de la parole, et non plus sa vérité, qui fait son prix. Dès lors, la liberté d'expression est conçue par certains juristes « comme une sorte de droit inaliénable à la folie » <sup>19</sup>, d'où découle logiquement le droit de dire et d'écrire n'importe quoi au nom de ses convictions et d'imputer à ses adversaires supposés des choses qu'ils n'ont jamais écrites pour les disqualifier plus aisément aux yeux des lecteurs <sup>20</sup>.

On peut douter que de tels errements aient beaucoup d'avenir doctrinal. Ainsi que l'observe M<sup>me</sup> Lauréline Fontaine dans le petit livre qu'elle vient de consacrer au qualificatif de « grands juristes », le trait commun de ces derniers a toujours été de s'être attelé à « la recherche de la compréhension du droit comme phénomène social, comme mode d'agir social, comme mode de réalisation d'ambitions philosophiques » <sup>21</sup>. Aussi s'interroge-t-elle sur l'utilité d'une doctrine qui renoncerait à une telle recherche. « Dès lors que les professeurs de droit ne prétendent ni porter de jugements, ni faire autre chose que de donner d'un ensemble disparate d'énoncés une représentation cohérente, l'apport pour les autres juristes est évidemment assez faible, qui préféreront l'utilité des répertoires de jurisprudence, ordonnée et plus ou moins commentée » <sup>22</sup>.

Il n'est en réalité pas d'analyse juridique sérieuse qui puisse ignorer les faits qui sous-tendent le droit, ni les valeurs qui l'animent. L'analyse juridique ne doit certainement pas viser à dissoudre le texte dans son contexte, comme tend à le faire le sociologisme ou l'économisme. Mais elle ne doit pas davantage couper le texte de son contexte historique, philosophique, anthropologique ou socio-économique. C'est à cette double condition que l'analyse juridique peut contribuer à l'intelligibilité de phénomènes dont aucune science ne saurait prétendre détenir toutes les clés. Tout travail qui satisfait à cette condition peut être dit « doctrinal », peu important qu'il soit ou non le fait d'un universitaire.

(12) S. Hennette-Vauchez, *Vademecum à l'usage de la Cour européenne des droits de l'homme*. La théorie féministe du droit au secours d'une juridiction menacée de « splendide isolement », D. 2011. 1360. (13) E. Millard, P. Brunet, S. Hennette-Vauchez et V. Champeil-Desplats, *Mariage pour tous : juristes taisons-nous!*, 20 mars 2013, [www.raisonpublique.fr/article601.html](http://www.raisonpublique.fr/article601.html) ; V. aussi D. 2013. 784. (14) E. Millard, P. Brunet, S. Hennette-Vauchez et V. Champeil-Desplats, préc. (15) Manifesto urging the EU to respect and promote fundamental social rights in respect of all crisis-related measures, [www.etui.org/Networks/The-Transnational-Trade-Union-Rights-Experts-Network-TTUR](http://www.etui.org/Networks/The-Transnational-Trade-Union-Rights-Experts-Network-TTUR). (16) E. Millard, P. Brunet, S. Hennette-Vauchez et V. Champeil-Desplats, préc. (17) R. H. Coase, *The market for goods and the market for ideas*. *The American Economic Review*, 64 (1974) p. 384-391. Sur l'application de ce concept aux religions, V. L. Mayali (dir.), *Le façonnage juridique du marché des religions aux Etats-Unis*, Mille et une nuits, 2002. (18) J. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Hermann Luchterhand Verlag, 1962, trad. fr., *L'espace public*, Paris, Payot, 1978, 324 p. (19) O. Cayla et Y. Thomas, *Du droit de ne pas naître*, Paris, Gallimard, 2002, p. 65 s. (20) J'en ai fait l'amusante expérience lors de la célèbre affaire *Perruche*. Dans un article tout entier consacré à dénoncer les « antiperruchistes » (qui étaient pourtant fort nombreux), un collègue concentra ses critiques sur deux auteurs (P. Legendre et moi-même) qui n'avaient pas écrit une ligne sur cette affaire et sur un troisième qui, non seulement n'avait pas critiqué l'arrêt *Perruche*, mais l'avait défendu ! (D. de Béchillon, *Porter atteinte aux catégories juridiques fondamentales ? Réflexions, à propos de la controverse Perruche, sur une figure contemporaine de la rhétorique universitaire*, RTD civ. 2002. 47). Où l'on voit que sur le marché des idées, tous les coups sont permis et qu'il ne suffit pas de se taire pour échapper aux foudres de ceux qui traquent le délit d'opinion juridique. (21) L. Fontaine, *Qu'est-ce qu'un « grand » juriste ? Essai sur les juristes et la pensée juridique moderne*, Paris, Lextenso, 2012, p. 174. (22) *Ibid.*, p. 151.

La tâche propre de la recherche juridique ainsi entendue n'est donc pas d'appréhender directement le monde des faits, celui de l'être, mais celui du *devoir être* : autrement dit, son objet premier porte sur des systèmes de pensée normative. Il ne s'agit pas de négliger la dynamique qui relie ces deux univers de l'être et du devoir être (auquel il faudrait du reste ajouter celui du pur imaginaire), mais bien au contraire de dire qu'on ne peut saisir cette dynamique sans identifier les systèmes de représentations qui irriguent le droit dans une société donnée. Beaucoup de choses se jouent en effet dans l'écart entre ces représentations formelles et l'état réel du monde. Si cet écart est trop grand ou s'élargit, la réalité disqualifie l'ordre normatif et sape sa crédibilité. Mais, inversement, un système normatif peut faire advenir, au moins partiellement dans les faits, la représentation du monde qu'il promet.

Une telle conception de la doctrine me semble devoir s'imposer tout particulièrement dans le cas du droit social. Aux yeux des juristes dits de « l'École de Nancy », qui fondèrent la revue *Droit social* en 1938, le propre de cette nouvelle branche du droit était précisément de ne pas se réduire à l'application mécanique de règles de droit déjà existantes, mais de comporter des mécanismes permettant de les contester. La justice de la règle n'y est pas affirmée dogmatiquement, comme un *a priori* du raisonnement juridique que le juriste pourrait prendre pour acquis, mais bien au contraire comme un *objectif* vers lequel on doit tendre, en tenant compte des conditions socio-économiques concrètes des employeurs et des salariés et grâce à des mécanismes permettant de convertir des rapports de force en rapports de droit. C'est pourquoi ils ouvrirent les colonnes de *Droit social* à des contributions venues de l'économie, la sociologie, la démographie ou la psychologie, et plaidèrent pour que les juristes de droit social soient formés à ces disciplines<sup>23</sup>. Plaidoyer qui, faute d'avoir été entendu par les facultés de droit, conduisit à transférer à *Sciences Po* la formation de la haute fonction publique chargée d'administrer l'Etat social.

Bien qu'ainsi amputé de ce pan considérable que sont les services publics, le droit social étudié et enseigné dans les facultés de droit est demeuré un ferment de leur ouverture aux savoirs du dehors. Les traités de Paul Durand, de Jean-Jacques Dupeyroux, de Guillaume Hubert Camerlynck ou de Gérard Lyon-Caen sont parmi les plus remarquables témoins de cette tradition intellectuelle, qui ne sépare jamais la discussion technique de ses enjeux économiques et sociaux. Et cette tradition demeure bien vivante si l'on en juge par les analyses doctrinales de la plus grande actualité, comme celles de l'Accord sur l'emploi de janvier 2013<sup>24</sup> ou de l'arrêt *Baby Loup*<sup>25</sup>. Sur ces deux exemples, il serait facile de montrer la manière dont l'analyse doctrinale combine des niveaux

d'analyse différents : celle de la littéralité des textes commentés ; celle de leur inscription dans le système des sources professionnelles, nationales et internationales ; celle des enjeux économiques sociaux et culturels de ces textes ; celle, enfin, des mouvements de fond de l'ordre juridique, dont ils sont les révélateurs. La doctrine en droit du travail est donc bien vivante et s'acquitte de ses fonctions. N'étant pas située au pinacle des hiérarchies universitaires, elle ne court pas le risque de l'autosuffisance et demeure ainsi attentive aux évolutions du droit dans son ensemble.

S'il y avait un regret à exprimer la concernant, ce serait celui de l'époque où tous ses membres publiaient dans la même revue et confrontaient dans les mêmes colloques des opinions diamétralement opposées. La revue *Droit social*, et les colloques qu'elle organisait, ne sont plus les carrefours obligés de toutes les opinions doctrinales. Le milieu s'est fragmenté par groupes d'affinités. On colloque, on publie, on collabore de plus en plus souvent « entre soi » : entre auteurs appartenant aux mêmes institutions ou partageant les mêmes idées, et c'est bien dommage. Car le plus précieux que l'Université puisse apporter à l'intelligence du Droit, c'est un débat permanent entre des juristes qui ont le temps de penser et qui pensent différemment.

## II - Déontologie de la doctrine

De manière récurrente depuis une vingtaine d'années, le doute s'est fait jour sur la probité de certains écrits doctrinaux, soupçonnés de mettre l'autorité qui est en principe la leur au service d'intérêts sonnants et rébuchants. Déjà en 1985, M. Jean-Denis Bredin s'inquiétait dans les *Mélanges offerts à Pierre Hébraud* de ce qu'il dénonçait comme une « prostitution de la pensée juridique par quoi elle se discrédite durablement »<sup>26</sup>. Dix ans plus tard, M<sup>me</sup> Michelle Gobert a donné à cette inquiétude la forme d'un avertissement des plus explicites.

« 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>27</sup>.

La doctrine en droit social n'a pas échappé à ce type de critiques. En 1999, en sa double qualité d'ancien bâtonnier du barreau de Versailles et de directeur de l'Institut supérieur des sciences du travail de l'Université Panthéon-Sorbonne, M. Tiennot Grumbach dénonçait en ces termes les pratiques dont il était le témoin.

(23) V. P. Laroque, Contentieux social et juridiction sociale, Dr. soc. 1954. 271. (24) V. D. 2013. 577, point de vue P.-H. Antonmattei, et 579, point de vue P. Lokiec. (25) Soc. 19 mars 2013, n° 11-28.845, D. 2013. 962, 761, édito. F. Rome, 956, avis B. Aldigé, 963, note J. Mouly, et 1028, obs. J. Porta ; AJDA 2013. 1069, note J.-D. Dreyfus ; Dr. soc. 2013. 388, étude E. Dockès. (26) J.-D. Bredin, Remarques sur la doctrine, Mélanges offerts à Pierre Hébraud, PU Toulouse, 1985, p. 116, n° 6. (27) M. Gobert, Le temps de penser de la doctrine, Droits, n° 20, Doctrine et recherche en droit, 1994, p. 97 s.

« Il est de moins en moins rare de voir des juristes faire publier dans les revues les plus autorisées, en particulier *Droit social*, profitant ainsi de l'autorité scientifique et morale de la revue, des articles qui, en réalité, sont issus de commandes passées et « honorées » par des protagonistes sociaux. (...) »

Que devient la déontologie universitaire quand les consultations demandées par les princes qui gouvernent les entreprises sont présentées dans les revues comme si elles n'étaient pas assorties d'épices en espèces ? »<sup>28</sup>.

Tout récemment, le magazine *Liaisons sociales* a franchi une étape dans ce lancement d'alerte en publiant, dans un article intitulé *La double vie des profs de droit social*, la liste détaillée et nominative de ceux - fort nombreux - qui cumulent, conformément à la réglementation en vigueur, leurs fonctions universitaires avec des activités rémunérées de consultant ou d'avocat<sup>29</sup>. Sans verser dans la dénonciation caricaturale de ces activités parfaitement licites<sup>30</sup>, l'auteur de cet article soulignait que cet engagement conduisait certains à négliger leurs obligations pédagogiques et administratives<sup>31</sup>. Et surtout, il relayait le malaise dont lui auraient fait part certains avocats et magistrats, concernant l'incidence de ces pratiques sur l'autorité de la doctrine.

« A trop vendre leur expertise, les profs fragilisent leur stature de "sachants" neutres, porteurs d'une vision du droit vierge de tout conflit d'intérêts (...). Le mélange des genres rend malaisée la lecture des revues doctrinales. Les professeurs ne faisant qu'exceptionnellement état de leurs activités annexes, leurs écrits sont entachés d'un doute sur les causes qu'ils y défendent »<sup>32</sup>.

Face à ces mises en garde, les réponses de la doctrine se sont développées sur un triple registre qui n'est pas sans évoquer la défense de celui qui commence par nier avoir reçu un objet en dépôt, avant de prétendre qu'il était cassé et de porter l'estoc en affirmant l'avoir déjà restitué à son propriétaire. Cela donne la ligne argumentaire suivante : a) les pratiques dénoncées sont quasiment inexistantes ; b) elles n'ont rien de choquant car la doctrine n'est jamais neutre et indépendante ; c) la seule façon efficace de lutter contre elles est de rendre publics les conflits d'intérêts.

Premier argument : de tels errements sont imaginaires ou à tout le moins si exceptionnels qu'on peut légitimement les ignorer. C'est, par exemple, ce qu'avancent MM. Jestaz et Jamin dans les trois pages qu'ils consacrent au sujet dans leur ouvrage consacré à la doctrine<sup>33</sup>. Ils admettent cependant

qu'un professeur avocat ne devrait pas publier sous forme d'article des consultations déguisées.

« Le reproche est grave, mais faut-il prendre le cas marginal pour le cas général ? (...) Les cas réels de consultation publiée ou d'écrit influencé par une consultation ne doivent pas être si nombreux »<sup>34</sup>.

Deuxième argument : la doctrine n'étant jamais impartiale, il faudrait être bien naïf pour ériger l'indépendance en obligation déontologique. Ainsi, selon MM. Jestaz et Jamin, l'idée d'un devoir d'impartialité est issue d'un *dogme* qu'il faut contester : « ce dogme, apparu il y a environ un siècle, selon lequel la doctrine exerce un magistère »<sup>35</sup>.

Faisant un pas de plus dans cette direction, M. Molfessis considère qu'il est faux de penser que « la doctrine devrait toujours être désintéressée », en sorte qu'il n'y aurait pas lieu de faire la distinction entre les auteurs animés par l'argent ou par des convictions.

« Faudrait-il distinguer intérêts personnels et attachement à des valeurs ? Pourtant, l'une comme l'autre ne méconnaissent-elles pas, par hypothèse, l'exigence de neutralité ? »<sup>36</sup>.

Une telle opinion est dans l'air du temps doctrinal, puisqu'on y retrouve les ingrédients de l'analyse *Law and Economics*, selon laquelle il n'existe pas de principe hétéronome intangible, tous les droits et les devoirs individuels étant commensurables et pouvant être mis en balance avec d'autres droits et devoirs. La généralisation du calcul « coûts avantages » permet de placer sur la même balance les grands principes et les grands profits. Sur des sujets plus graves, ce type d'analyse économique a conduit à relativiser de la sorte la dignité humaine, l'interdiction de la torture ou la valeur de la parole donnée. Pour ce qui nous occupe, elle permet de relativiser l'idée d'indépendance de la recherche et de faire à la doctrine sa place au soleil sur le « marché du droit ». Le seul principe à observer pour qu'un tel marché du droit fonctionne harmonieusement, consisterait à éviter les dissymétries d'informations et donc à obliger les intéressés à révéler leurs liens d'intérêt.

Nous en arrivons ainsi au troisième argument, qui peut se résumer ainsi : il y a bien un problème, mais il suffirait d'imposer la transparence pour le régler.

« La nécessité de la transparence est la contrepartie de la liberté d'expression et de l'engagement de celui qui s'exprime

(28) T. Grumbach, *Doctrines et déontologie*, Dr. soc. 1999. 324. (29) S. Béchaux, *La double vie des profs de droit social*, *Liaisons soc.* 2012, n° 135, p. 32-35. (30) Un tel cumul était toutefois, jusqu'à une date récente, rigoureusement proscrit à la Faculté de droit de Paris, par une coutume universitaire dont le doyen Vedel admirait encore la « toute-puissance » en 1985 (G. Vedel, *Défense et illustration de l'Université napoléonienne*, in *Mélanges Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 789-790). (31) Inconvénient qui pourrait être aisément évité si l'Université française, à l'exemple de la plupart de ses voisines, instituait un statut de professeur à temps partiel ou cumulant, pour ceux de ses membres qui se partagent ainsi entre elle et la pratique. (32) S. Béchaux, préc. (33) P. Jestaz et C. Jamin, *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004, p. 180-183. (34) *Ibid.*, p. 182-183. (35) *Ibid.*, p. 182. En fait ce dogme, si dogme il y a, remonte à la naissance de la tradition juridique occidentale (V. E. Kantorowicz, *op. cit.*). (36) N. Molfessis, *La controverse doctrinale et l'exigence de transparence de la doctrine*, *RTD civ.* 2003. 165.

(...) à défaut de pouvoir détacher leur démonstration des circonstances de sa production, c'est-à-dire de données contingentes, ses participants ne sauraient masquer leur implication dans l'objet de leur étude. Aussi si celui qui est impliqué n'est pas privé de parole, c'est à la condition fondamentale de révéler sa position »<sup>37</sup>.

Une telle obligation n'est pas, à vrai dire, ignorée de la jurisprudence et l'on peut rapprocher de cet appel à la transparence un arrêt récent de la première chambre civile de la Cour de cassation qui l'impose aux professeurs de droit pratiquant l'arbitrage. La cour d'appel avait estimé, dans cette affaire, « que s'il avait été découvert que M. Y... avait en réalité participé à trente-quatre arbitrages antérieurs, aucune circonstance liée à la position personnelle de l'arbitre, professeur à l'Université et avocat, ne laissait entrevoir qu'il se soit trouvé exposé à un risque de sujétion ou de subordination que les demandeurs n'auraient pu soupçonner en se référant seulement à l'idée d'une pluralité d'arbitrages précédents ». Sa décision est cassée au motif que « le caractère systématique de la désignation d'une personne donnée par les sociétés d'un même groupe, sa fréquence et sa régularité sur une longue période, dans des contrats comparables, ont créé les conditions d'un courant d'affaires entre cette personne et les sociétés du groupe parties à la procédure de sorte que l'arbitre était tenu de révéler l'intégralité de cette situation à l'autre partie à l'effet de la mettre en mesure d'exercer son droit de récusation »<sup>38</sup>.

Certaines revues ont récemment procédé à des rappels à l'ordre qui vont dans le même sens. *La Semaine juridique* a ainsi informé ses lecteurs qu'un professeur dont elle venait de publier un article ne l'avait pas informée être « intervenu en qualité de consultant d'un cabinet d'avocats chargé d'un contentieux en cours portant notamment sur la question traitée »<sup>39</sup>.

Si les facultés et écoles de droit et les revues juridiques entendaient vraiment s'engager dans cette voie de la transparence, elles pourraient utilement s'inspirer de certaines initiatives de leurs homologues en sciences économiques. L'implosion des marchés financiers en 2008 a révélé au grand public l'ampleur des liens de dépendance économique entre certains des chercheurs les plus en vue de cette discipline et les milieux d'affaires<sup>40</sup>. Cela a conduit l'Ecole d'économie de Paris à adopter une charte définissant les « Principes de transparence et d'intégrité professionnelle » que doivent observer ses membres<sup>41</sup>. Cette charte leur impose, d'une part,

d'informer confidentiellement la direction de l'école de leurs rémunérations et responsabilités extérieures (y compris dans les associations, partis politiques ou églises), et d'autre part, de faire apparaître dans leurs publications scientifiques les quatre types d'informations suivantes :

- les sources de financement hors employeur principal et Fondation, de la recherche correspondante ;
- l'identité des organismes ayant versé une rémunération en espèces ou en nature (supérieure à 10 000 € sur les trois années précédentes) au chercheur associé, ou l'un de ses co-auteurs, et ayant un intérêt quelconque (financier, idéologique ou politique) en rapport avec les questions traitées dans la publication ;
- les fonctions éventuellement occupées dans des organismes et associations à but non lucratif dont l'objet est en rapport avec le document de travail ou la publication ;
- l'existence éventuelle d'une autorisation de diffusion de la publication de la part d'un pourvoyeur de financement ou de données.

On voit bien l'intérêt d'une telle obligation de transparence et l'on aimerait que l'exemple de l'Ecole d'économie de Paris soit suivi par d'autres institutions de recherche. En économie, mais aussi en droit, où les facultés et écoles pourraient prendre des initiatives semblables. Mais l'on ne peut d'un autre côté se cacher les faiblesses de ce type de dispositifs.

La première est la faiblesse de sa base juridique. Si l'on convient que la révélation de possibles conflits d'intérêts participe de la déontologie d'une profession donnée, on imagine mal que sa mise en œuvre puisse dépendre de la plus ou moins grande diligence des institutions concernées à les mettre en œuvre. Et dans l'hypothèse même où ce type de chartes viendrait à se généraliser, la question demeurerait de leur force normative. Dans une intervention récente, le vice-président du Conseil d'Etat en appelait ainsi « à une assise textuelle solide pour prévenir et traiter les conflits d'intérêts », soulignant à juste titre l'insuffisance des démarches préventives laissées à l'initiative des intéressés<sup>42</sup>. M. Sauvé a aussi présidé les travaux de la Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, dont le rapport, remis au président de la République en 2011, recommandait déjà l'adoption de règles déontologiques applicables à tous les agents publics et la création d'une Autorité de déontologie de la vie publique, dont la compétence s'étendrait à l'ensemble du secteur public<sup>43</sup>. Le projet de loi issu de ces recommandations a finalement été

(37) *Ibid.* (38) Civ. 1<sup>re</sup>, 20 oct. 2010, n° 09-68.131, Bull. civ. I, n° 204 ; D. 2010. 2938, obs. T. Clay ; RTD com. 2012. 518, obs. E. Loquin. (39) JCP 2012, n° 13. (40) V. not., concernant les Etats-Unis, le documentaire *Inside Job* (2010) produit, écrit et réalisé par C. H. Ferguson, qui analyse les causes de la crise financière mondiale et a remporté l'Oscar du meilleur film documentaire en 2011. Concernant la France, V. le livre du journaliste L. Mauduit, *Les imposteurs de l'économie*, Paris, Pocket, 2012, 264 p. qui s'appuie notamment sur le rapport de la Cour des comptes relatif à la gestion de l'Ecole d'économie de Toulouse. (41) Principes de transparence et d'intégrité professionnelle à PSE-Ecole d'économie de Paris. Le texte est disponible sur [www.parisschoolofeconomics.eu/fr/presentation/principes-de-transparence](http://www.parisschoolofeconomics.eu/fr/presentation/principes-de-transparence). (42) J.-M. Sauvé, De la baie des Chaleurs au confluent de la Saône et du Rhône : voyage au(x) pays des conflits d'intérêts - conclusions, Les conflits d'intérêts, 25<sup>e</sup> Entretiens Jacques Cartier, Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Université Jean Moulin-Lyon 3, 20 nov. 2012. (43) V. Commission de réflexion pour la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, Pour une nouvelle déontologie de la vie publique, Rapp. remis au président de la République le 26 janv. 2011 (disponible sur le site de la Commission, [www.conflits-interets.fr](http://www.conflits-interets.fr)).

abandonné par la précédente majorité présidentielle <sup>44</sup>, mais l'actuel président de la République vient d'annoncer son intention de remettre cet ouvrage sur le métier législatif. Si tel est le cas, la recherche publique sera très probablement concernée par cette législation, dans le sillage du texte spécial déjà adopté dans le domaine de la recherche médicale <sup>45</sup>.

La seconde faiblesse de ce dispositif, qui intéresse tout particulièrement la doctrine en droit social, est de semer une certaine confusion en mettant dans le même sac étiqueté « conflit d'intérêts » la dépendance économique d'un chercheur vis-à-vis d'un donneur d'ordres et son libre engagement dans la défense d'une thèse aussi défendue par telle ou telle organisation politique, syndicale ou religieuse. Critiquer, par exemple, une décision de la Cour de cassation parce que l'on estime sincèrement qu'elle porte atteinte à la liberté d'entreprendre, n'est pas la même chose que d'être payé pour le faire. La défense de certaines positions doctrinales n'est nullement incompatible avec un engagement bénévole dans des organismes à but non lucratif ayant les mêmes positions, qu'il s'agisse de la société du Mont-Pèlerin ou d'ATD Quart Monde. Qu'un universitaire qui publie un article sur le revenu de solidarité active informe les lecteurs de son appartenance à cette dernière association peut être utile. Qu'il lui signale avoir été payé pour l'écrire est nécessaire. Le critère de distinction à employer ici est bien connu de la doctrine en droit social : c'est celui de la dépendance économique. Celle-ci est incompatible avec le principe d'indépendance de la recherche publique, au contraire de l'exercice de la liberté d'opinion, qui est un principe à valeur constitutionnelle. Les confondre relève du pur sophisme.

La troisième faiblesse consiste à penser qu'il suffirait d'imposer la transparence pour dissiper d'avance tout risque de conflits d'intérêts. Existerait ce que certains appellent un « effet Dracula », qui ferait disparaître les mauvais esprits par leur simple exposition à la lumière. On néglige alors le fait que

ce que certains trouvent mauvais sera jugé excellent par d'autres. Nous avons vu que, pour certains auteurs, il n'est pas plus blâmable de défendre une analyse par intérêt financier que par conviction intellectuelle, que la neutralité ou l'indépendance sont des vieilles lunes dont il convient de se défaire et qu'en fin de compte, tout le monde défendant une cause ou une autre, la transparence sur « le marché des idées » a pour fonction d'éclairer le « consommateur » d'écrits doctrinaux et nullement de défendre le « dogme » d'une recherche indépendante. La transparence serait alors un but en soi et nullement un moyen de défendre ce dogme qui, comme tous les dogmes, devrait être aboli.

Il faut donc réaffirmer que la liberté de pensée ne doit pas être confondue avec la liberté du commerce. Oser se servir de son propre entendement, pour reprendre ici la célèbre formule de Kant, n'est pas la même chose que d'en user à but lucratif. Et pour la doctrine, comme pour la recherche scientifique dans son ensemble, ce n'est pas seulement une liberté, mais c'est aussi un devoir. Devoir moral, me direz-vous peut-être, auquel chacun est libre de souscrire, mais que personne ne peut imposer arbitrairement aux autres ? Nullement, puisque l'indépendance des professeurs d'universités est un principe à valeur constitutionnelle <sup>46</sup>. Les professeurs de droit sont certes libres de critiquer ce principe, mais ils n'en sont pas moins tenus de le respecter. Ce principe est la source de droits et donne une base particulièrement solide au statut des enseignants-chercheurs. Mais il est aussi la source de devoirs pour tous ceux que la République rémunère pour s'adonner à une recherche libre. Devoirs qu'on ne saurait imposer de la même manière à des chercheurs salariés ou précaires, pris dans un rapport de subordination difficilement compatible avec une véritable indépendance. La question, soulevée par M. Sauvé, du manque d'une base juridique solide pour encadrer les régimes d'incompatibilités des hommes politiques et des hauts fonctionnaires ne se pose donc pas dans le cas de la doctrine, car cette base existe. Il ne reste qu'à en tirer toutes les conséquences.

(44) Projet de loi relatif à la déontologie et à la prévention des conflits d'intérêts dans la vie publique, n° 3704, déposé le 27 juill. 2011, [www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl3704.asp](http://www.assemblee-nationale.fr/13/projets/pl3704.asp). Son art. 1<sup>er</sup> prévoyait que « les personnes chargées d'une mission de service public exercent leurs fonctions avec probité et impartialité » et devaient donc veiller « à prévenir ou à faire cesser immédiatement les situations de conflit d'intérêts ». (45) L. n° 2011-2012, 29 déc. 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, complétée par le décr. n° 2012-745, 9 mai 2012 relatif à la déclaration publique d'intérêts et à la transparence en matière de santé publique et de sécurité sanitaire. Adde L. n° 2013-316, 16 avr. 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte. (46) Cons. const., 20 janv. 1984, n° 83-165 DC, Rec. Cons. const. 30. V. déjà sur ce point, Sur l'ouverture de l'Université, in *Convergences, Etudes offertes à Marcel David, Quimper, Calligrammes, 1991. p. 417 s.*