



HAL
open science

Quelle critique pour l'enseignement du droit ?

Rafael Encinas de Munagorri

► **To cite this version:**

Rafael Encinas de Munagorri. Quelle critique pour l'enseignement du droit ?. Clio@Thémis : Revue électronique d'histoire du droit, 2012, 5, 10.35562/cliothemis.1759 . halshs-04629444

HAL Id: halshs-04629444

<https://shs.hal.science/halshs-04629444v1>

Submitted on 21 Sep 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License



QUELLE CRITIQUE POUR L'ENSEIGNEMENT DU DROIT ?

Résumé : *Dans ce texte, j'ai essayé de montrer quelques approches critiques de la formation juridique et de l'enseignement du droit dans les années 1970-1985, ajoutant des commentaires personnels sur ma propre expérience d'étudiant et de professeur de droit dans les universités françaises.*

Mots clefs : *Critique du droit, Duncan Kennedy, Hiérarchies, Méthode juridique, Facultés de droit.*

Abstract : *In this text, I have tried to point out some critical approaches of legal education and legal teaching in the years 1970-1985, adding personal comments of my own experience as student and professor of law in French universities.*

Keywords : *Critique du droit, Duncan Kennedy, Hierarchy, Law schools, Legal method.*

« C'est justement pour préserver ce qui est neuf et révolutionnaire dans chaque enfant que l'éducation doit être conservatrice ; elle doit protéger cette nouveauté et l'introduire comme un ferment nouveau dans un monde déjà vieux qui, si révolutionnaires que puissent être ces actes, est, du point de vue de la génération suivante, suranné et proche de la ruine »¹.

1. Transposer ce propos d'Hannah Arendt au sort des étudiants en droit donne à réfléchir. Certes, il faut d'emblée signaler des différences notables : un étudiant en droit n'est plus un enfant, il a conscience de faire partie d'une génération et l'enseignement juridique ne résume pas toute son éducation. La formule garde néanmoins sa force pour souligner un paradoxe : le caractère conservateur de l'éducation se justifie pour maintenir intacte la part de nouveauté et de contestation des jeunes esprits, élèves ou étudiants. L'esprit critique se nourrit de résistance, d'insoumission. La meilleure façon de l'encourager est de perpétuer un enseignement traditionnel dans sa forme et son contenu, non d'introduire des innovations susceptibles d'éteindre l'imaginaire et l'énergie créatrice des citoyens de demain.

2. Le propos nous semble d'une actualité décapante. Non point parce qu'il entre en résonance avec les exigences de retour aux fondamentaux (lecture, calcul, rédaction) prônés pour les élèves de l'enseignement primaire ou secondaire - et les étudiants du supérieur d'aujourd'hui -, mais parce qu'il signale l'étroitesse du chemin à parcourir pour promouvoir la critique au sein des institutions scolaires et universitaires. Cette critique *dans* l'enseignement, c'est-à-dire dans les pratiques pédagogiques doit être distingué de la critique *de* l'enseignement qui vise le plus souvent un système, des méthodes et des programmes. Ces deux registres sont certes complémentaires. Critiquer l'enseignement tel qu'il existe conduit, en toute cohérence, à chercher à modifier les pratiques, et d'abord les siennes en tant qu'enseignant. Cela n'est pas toujours évident et je ne pense pas être le seul enseignant à avoir éprouvé qu'il est plus simple de mener une critique de l'enseignement traditionnel que de renouveler les pratiques dans ses propres enseignements. Cela dit, dans les deux cas, la critique est guidée par le souci d'améliorer l'enseignement. Il s'agit d'une critique *pour* l'enseignement.

3. De nombreuses interrogations surgissent alors. Comment favoriser l'esprit critique des étudiants ? A quoi correspond un enseignement critique ? Que vise la critique lorsqu'elle s'applique à l'enseignement ? Arendt suggère ici une tension, voire une contradiction : le meilleur moyen de favoriser l'esprit critique des étudiants serait de leur asséner un enseignement traditionnel, non de les initier à une critique qui n'est déjà plus celle de leur temps. Si l'affirmation provoque, est-ce au sens de faire advenir ?

4. Tel n'est pas le constat des observateurs ayant porté leurs analyses sur l'enseignement du droit². Parmi eux, les mouvements de juristes critiques nées

¹ H. Arendt, « La crise de l'éducation », trad. Chantal Vezin, in *La Crise de la culture: huit exercices de pensée politique*, Paris, Gallimard, 1989, p. 247.

² Ces observations ont pour origine une journée d'études organisée le vendredi 11 juin 2010 à l'EHESS : 'Les mouvements « Critique du droit » et la question de l'enseignement

dans les années 1970 que nous envisagerons à partir du cas français, et d'illustrations ponctuelles en Amérique du nord et du sud. Loin d'être une question mineure, l'enseignement du droit a d'emblée été au cœur de nombreux débats³. En France, le Manifeste inaugurant la collection « critique du droit »⁴ en est illustration : six références à l'enseignement, la pédagogie et la formation en une page seulement ! Il y a même là un leitmotiv et une plateforme pour l'internationale des courants critiques⁵. Le refrain est celui d'une contestation de l'enseignement juridique tel qu'il est traditionnellement dispensé dans les Facultés et Écoles de droit⁶. Le ralliement des courants critiques vise à modifier ces pratiques pour en proposer de nouvelles. Comme il a pu être observé, il est plus facile de fédérer les courants critiques autour d'une contestation des pratiques d'enseignement que sur des sensibilités théoriques et politiques plus ou moins proches du marxisme et de ses avatars.

5. Critiquer l'enseignement du droit ? L'initiative n'est certes pas nouvelle pour les juristes⁷. Toutefois, elle prend une coloration particulière dans le contexte social et politique des années 1970, de la critique du droit précisément. Encore faudrait-il apporter des précisions sur les mouvements « critique du droit », selon une géographie académique et une micro-histoire politique susceptibles de rendre compte de ses clivages et nuances⁸. Toujours

juridique : regards croisés' ». Je remercie chaleureusement Liora Israël et Jean Louis Halpérin de m'avoir invité en qualité de discutant.

3 Les meilleurs chercheurs le relèvent sous l'angle d'une socio-histoire. Dès l'origine, il a été question de « débats sur une nouvelle pratique d'enseignement fondée sur une vision différente du droit, la formation d'un petit groupe mêlant affinités intellectuelles, syndicales, projet pédagogique et scientifique ». M. Kaluszynski, « Sous les pavés, le droit : le mouvement « Critique du droit » où quand le droit retrouve la politique », *Droit et société*, 76/2010, p. 523.

4 *Pour une critique du droit: du juridique au politique*, coll. « Critique du droit » 1, Paris, Maspero, 1978, p. 1. Deux études de J.J. Gleizal et de M. Miaille (cf note 39) relatives à « L'enseignement du droit dans la formation sociale française » forment la moitié de l'ouvrage.

5 Ce fut notamment le cas de l'*Associação Latino-americana de Metodologia do Ensino do Direito* (Almed) créée par L. Warat. R. Fragale et J. Alvim, « O movimento 'Critique du droit' et seu impacto no Brasil », *Revista Direito GV*, 2007, v. 3, n° 2, spéc. p. 143 et 153. De nos jours, l'heure est au bilan rétrospectif et prospectif. Tenu au Brésil du 28 au 30 mars 2011, le séminaire international de *Tiradentes* intitulé « Trente ans de travail critique sur le droit » a mis en lumière l'effort subversif alors entrepris et cherché à transmettre l'expérience aux plus jeunes générations (dont je suis). Le geste est assez rare dans les générations 68 pour devoir être mentionné. N'ayant pu me rendre à l'invitation d'Eros Grau, c'est grâce à Antoine Jeammaud et Eric Millard que j'ai pu en avoir des échos.

6 Tout en gardant à l'esprit les différences structurelles et culturelles entre la formation des juristes en droit continental et dans les pays de *common law*, les deux dénominations seront utilisées pour désigner les lieux spécifiques de formation des juristes. Notons qu'après une éclipse, la dénomination d'École de droit resurgit en France dans un contexte de professionnalisation et d'imitation des *Law Schools*.

7 Ici comme ailleurs, il faudrait préciser sur ce que l'on entend par « juriste ». S'agit-il d'un praticien du droit au sens d'un *lawyer* ? d'une personne enseignant un cours de droit dans une université ou une école (*law teacher*) ? du spécialiste d'une discipline académique relative au droit et aux phénomènes juridiques (*legal scholar*) ? d'un chercheur professionnel en ce domaine, le plus souvent universitaire (*legal academic*) ?

8 M. Garcia-Villegas, « Champ juridique et sciences sociales en France et aux Etats-Unis », *L'Année sociologique*, vol. 59, 2009/1 spéc. p. 53 qui explique pourquoi la critique

est-il que la dénomination « critique du droit » est insatisfaisante pour désigner des mouvements de pensée : trop exclusive lorsqu'elle se limite au groupe français issu du Manifeste de 1978⁹ ; trop imprécise lorsque vise les *Critical Legal Studies*¹⁰ ; trop inclusive lorsqu'elle entend réunir sous un même vocable les juristes critiques de gauche d'hier et d'aujourd'hui¹¹.

6. L'expression « critique du droit » est certes riche de l'ambivalence du mot *droit*. L'objet de la critique vise le *droit en tant que droit positif*, le droit en vigueur tel qu'il fonctionne dans les sociétés capitalistes, c'est-à-dire le plus souvent pour asservir les plus faibles, construire des inégalités, maintenir la domination sociale, contenir d'éventuelles protestations, ou du moins les canaliser au mieux. L'objet de la critique, c'est aussi le *droit en tant qu'institution*, avec son langage de spécialistes, son principe de clôture source d'exclusions, ses lieux de formation pour reproduire les élites, ses hiérarchies professionnelles - explicites et implicites - au sein de l'administration, des ordres juridictionnels, des universités. L'objet de la critique, c'est encore le *droit en tant que discipline savante*, universitaire en particulier, avec ses professeurs autoritaires et pontifiants, sa littérature hypocrite toujours prête à dissimuler les enjeux politiques par des constructions techniques neutres et objectives, ses manuels dogmatiques ignorant des réalités du social, ses examens stéréotypés qui laissent plus de place à la docilité qu'à l'imaginaire ; son conformisme rébarbatif qui décourage l'ouverture d'esprit au profit d'une sorte de dressage de bon aloi.

7. Les propos des juristes de gauche sur l'enseignement prennent appui sur un patrimoine critique à la fois vaste et solide qui repose sur trois traditions. C'est d'abord *l'esprit critique* - au sens du doute méthodique, du libre examen, en vertu duquel une assertion ne saurait être admise sans s'interroger au préalable sur sa valeur. Considéré comme l'un des piliers du travail académique, il n'est heureusement pas spécifique aux juristes des

européenne s'opère depuis l'extérieur du champ juridique tandis que la critique américaine a pris appui en son sein.

9 Michel Miaille, l'un des pionniers du mouvement en France, a pu définir « Critique du droit » comme : « 1. Mouvement de pensée parmi les juristes qui refusent le positivisme dominant et revendiquent une dimension critique dans l'étude du droit, sur la base d'une analyse matérialiste. 2. Plus précisément, association de juristes des Facultés de droit en France qui, à partir du matérialisme historique comme mode d'analyse, contribue à constituer les éléments d'une théorie du droit entendue comme région de la science du politique », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1988, p. 132. Et d'ajouter « L'objectif du mouvement est de transformer les pratiques d'enseignement et de recherche dans les Facultés de droit et ainsi de contribuer à une autre connaissance du droit dans la perspective d'une transition au socialisme ».

10 Dans ce même dictionnaire, Duncan Kennedy a pu définir *Critical Legal Studies* comme un « Mouvement intellectuel américain contemporain, qui cherche à comprendre et critiquer les phénomènes juridiques, en faisant appel, de manière éclectique, entre autres perspectives théoriques, aux façons de voir du réalisme juridique, du marxisme, du féminisme et du structuralisme », *op. cit.*, p. 133.

11 Sous l'angle d'une analyse juridique du politique, mon collègue et ami Carlos M. Herrera a porté son attention sur les juristes de gauche, cf not., *Droit et gauche. Pour une identification*, Les Presses de l'Université Laval, 2003.

mouvements « critique du droit », ce qu'ils reconnaissent explicitement¹², même s'ils revendiquent sur ce point une supériorité à l'égard des juristes traditionnels. A quoi il convient d'ajouter ensuite, la *critique épistémologique* au sens des conditions de possibilité d'une connaissance. Il est certes devenu courant de distinguer le droit comme activité sociale d'un côté, des sciences qui le prennent pour objet d'étude de l'autre. L'enseignement du droit serait celui d'une science du droit. Toutefois quelles sont les conditions de possibilité d'une connaissance critique du droit qui ne se réduise pas à celle des règles juridiques en vigueur dans une société donnée ? Enfin, il faut mentionner la référence à la *théorie critique* associant un projet politique d'émancipation et une critique sociale au sens de l'École de Francfort. Parfois mentionnée par les tenants des courants critiques du droit, la référence ne l'est pas toujours à la hauteur de ce qu'elle pourrait être, au vu des racines intellectuelles et politiques communes.

8. Mon objectif consiste à expliciter les propos des tenants des courants critiques sur l'enseignement du droit, à partir de quelques écrits des années 1970 et de commentaires postérieurs, soit par les acteurs eux-mêmes¹³, soit par d'autres chercheurs prenant ces mouvements pour objet. Pas d'érudition particulière d'historien ou de sociologue à faire valoir donc, sinon le souci d'approfondir une question datée, mais prenant aussi sens à titre personnel à une époque où l'appellation « critique » connaît un regain d'intérêt rétrospectif et prospectif¹⁴.

9. L'occasion est trop belle aussi pour ne pas donner un point de vue à partir de la connaissance partielle et limitée qui est la mienne, ce que je ferais sous forme de réflexions pour un *Tractatus anarcho-juridicus*. Beaucoup d'amateurisme donc et une focale réduite pour saisir, au gré de ce qui me

12 J.J. Gleizal, in *Pour une critique du droit*, *op. cit.*, p. 75. « contrairement à l'image répandue d'une doctrine juridique entièrement acquise au conservatisme, la connaissance du droit a toujours plus ou moins véhiculé l'esprit critique » avant d'ajouter quelques lignes plus loin: « Plus récemment, cet esprit critique apparaît dans la science et l'enseignement des juristes matérialistes qui eux aussi posent les questions interdites : Quelle est la fonction du droit ? Pourquoi des juristes ? Qu'est-ce que l'Etat ? [non selon la doctrine juridique traditionnelle mais en suivant la voie ouverte par Marx, Engels et Lénine précise une note] ». C'est nous qui soulignons. Loin de renvoyer aux juristes traditionnels, cet eux aussi montre le double souci d'éviter la stigmatisation de juriste et de donner le primat à l'appartenance à une famille critique, assez explicite par la note mentionnée entre crochets il me semble. L'important est ici de se démarquer de l'enseignement traditionnel où la « sécurité [de l'étudiant dans les études de droit] n'est acquise qu'au prix d'un immobilisme scientifique qui est la conséquence de l'élimination de tout esprit critique dans la démarche intellectuelle du juriste », p. 81.

13 Voir au sein de l'intéressant dossier sur « l'enseignement du droit au début du XXIème siècle, perspectives critiques », A. Jeammaud, « La part de la recherche dans l'enseignement du droit », *Jurisprudence. Revue critique*, 2010, p. 181 et du même auteur, « La crítica jurídica en Francia, veinte años después », *Crítica jurídica*, n° 25/2006, p. 111 ; M. Miaille, « La critique du droit », *Droit et société*, 1992, p. 75.

14 L. Boltanski, *De la critique: précis de sociologie de l'émancipation*, 1 vol., NRF essais Paris: Gallimard, 2009, p. 74 et s. Notons que la critique juridique n'est guère mise en valeur. La langue du droit est tenue pour paradigmatique de la langue de bois, sans possibilité pour les acteurs de la mobiliser dans l'action, p. 142 ; contra L. Israël, *L'arme du droit*, Paris, Presses de Sciences Po, 2009.

paraît pertinent, ces « regards croisés », qui évoquent immédiatement, au sens propre, quelque chose de louche. Regards croisés entre les juristes traditionnels et les juristes critiques, entre le mouvement français « critique du droit » et celui des *Critical legal studies*, entre la critique juridique et la critique sociale au sens large. En gardant pour fil l'enseignement du droit, évoquons ces comparaisons sans avoir le souci ni de l'exhaustivité, ni d'établir un inventaire des initiatives critiques du droit sur ce point.

I. Critiquer la domination sociale et les hiérarchies illégitimes

10. Qu'il soit dispensé dans des écoles ou des universités, l'enseignement du droit, comporte un aspect stratégique pour les pouvoirs publics et privés. Il donne les moyens d'exercer une domination sociale et permet de maintenir des hiérarchies. Inutile de revenir sur les critiques, menées notamment par des sociologues, démontrant le rôle des institutions éducatives dans la reproduction des inégalités sociales et culturelles.

11. Plus singulièrement, il faut préciser comment les juristes critiques analysent la situation et agissent au sein des facultés de droit. La réponse dépend à l'évidence des contextes politiques et de l'intensité de la liberté académique. La critique ne s'exerce pas sur le même mode dans les régimes autoritaires et dans les démocraties libérales¹⁵. Cela dit, même au sein des courants critiques, elle peut emprunter plusieurs chemins. Illustrons le propos à partir de textes publiés, entre 1970 et 1985, aux Etats-Unis et en France.

A. La place de l'enseignement du droit dans la pensée juridique radicale de Duncan Kennedy aux Etats-Unis

12. Figure historique¹⁶ du courant *Critical Legal Studies* (CLS) aux États-Unis, Duncan Kennedy n'a cessé de réfléchir et d'écrire sur la formation des étudiants en droit¹⁷. Son premier article¹⁸, rédigé en 1968 alors qu'il était étudiant à la *Yale Law School*, témoigne du malaise qui y règne et propose des

15 « Mais comment critiquer dans un régime qui n'admet pas la critique ? » La question est pertinente, même si celui qui la pose (M. Duverger, *La perversion du droit, Mélanges Ellul*, 1983, p. 706) n'a pas apporté la réponse la plus convaincante en acceptant de rédiger des commentaires législatifs « sur la situation des fonctionnaires [en particulier juifs] depuis la révolution de 1940 ».

16 En langue française, on lira avec profit, en guise de présentation, l'avant-propos de M. Xifaras à D. Kennedy, *Sexy dressing: violences sexuelles et érotisation de la domination*, 1 vol., Champs, Paris: Flammarion, 2008, 7-12 et, sous forme d'une réponse à un entretien quelques pages (48-55) sur la situation comparée de l'évolution de la pensée juridique en France aux Etats-Unis.

17 Pour un recensement de ses articles dont la plupart sont disponibles en ligne, cf. <http://duncankennedy.net/home.html>

18 D. Kennedy, « How the Law School Fails: A Polemic », *Yale Review of Law and Social Action*, vol. I, 1970, 77-85.

solutions pour y remédier. Le texte entend dire tout haut ce que nombre d'étudiants ont éprouvé tout bas : l'hostilité des enseignants à leur égard ; le caractère humiliant de la méthode socratique par laquelle ils sont contraints de proposer des réponses avant d'essayer des réponses cinglantes ; la cruauté d'être ridiculisé devant - mais aussi par - les autres étudiants ; le climat de peur, de terreur psychologique qui en résulte. Point de propos simpliste pourtant : les professeurs ne sont pas réduits à des bourreaux et les étudiants à des victimes. Ces derniers justifient souvent ces pratiques comme nécessaire pour « devenir d'excellents juristes » ou encore parce que « c'est stimulant sur le plan intellectuel ». Les étudiants se conforment à cette domination, y résistent parfois, la subissent toujours.

13. Car la formation juridique tend à occulter les émotions personnelles au profit d'une attitude froide, impersonnelle, considérée comme efficace sur le plan professionnel. La plupart des étudiants en droit, en particulier ceux qui se considèrent comme une élite, réalisent cette dissociation pour devenir plus agressifs encore, indifférents au sort d'autrui comme le sont leurs professeurs à leurs égards, avec un mépris plus grand encore à l'encontre des plus faibles. Tous les étudiants ne valorisent certes pas cet esprit de compétition pour reproduire la hiérarchie et exercer l'oppression : une minorité - se décrivant eux-mêmes comme radicaux (*radicals*) - critique les méthodes et les objectifs mis en place au sein des *Law Schools*, non pour les anéantir, mais afin de les améliorer. Attentifs à leur environnement humain, ces étudiants sont aussi, plus souvent que les autres, en accord avec leurs idéaux et leur psychologie. L'étudiant Duncan Kennedy ajoute une observation toute stratégique en précisant que le danger serait pour les *radicals* de se fixer sur « le système », de l'ériger en « bête noire ». Il s'agit au contraire de rester en contact avec la réalité, avec ses propres émotions susceptibles d'être influencées, voire confrontées avec les personnes dont la conduite incarne l'institution¹⁹. De quoi nourrir pour l'avenir une sensibilité radicale déjà présente.

14. « Enseigner le droit en première année comme action politique » : tel est le sujet que Duncan Kennedy, devenu professeur à la *Harvard Law School*, aborde en 1978 dans le cadre de la seconde conférence nationale sur les CLS. Le discours vise à galvaniser les troupes²⁰. Il invite à enseigner aux étudiants que la pensée juridique bourgeoise et libérale est une forme de mystification. L'enseignement doit proposer des projets utopiques pour en dépasser les contradictions²¹. Et si de nombreux collègues de gauche formulent des objections, c'est qu'ils sont paralysés par une conception grandiose selon laquelle l'unique véritable question est de savoir si, à l'aune d'un universalisme abstrait de gauche, l'on agit de manière valide à un moment historique donné. Il est temps d'abandonner cet universalisme abstrait de type kantien pour s'engager concrètement au sein de sa faculté²². Duncan

19 « It seems to me that one gives up something quite real when one allows one's emotions to be diverted from the work of relating to, influencing, and if necessary confronting the people whose conduct is the institution ». *op. cit.*, p. 81.

20 « First Year Law Teaching as Political Action », *Law & Social Problems*, 1970, p. 47.

21 *Ibid.*

22 *Op. cit.*, p. 51.

Kennedy justifie notamment sa position par le souci d'abolir « la hiérarchie corrompue, immorale, et injuste autour de nous »²³. Il ne cache pas son espoir et sa jubilation lorsque dans des situations de rupture - pour traduire littéralement et en gardant à l'esprit le contexte du discours - « se dissolvent les incrustations de cette hiérarchie de merde »²⁴. Assumer sa radicalité en tant qu'enseignant en droit suppose tout à la fois de ne pas décevoir les étudiants de gauche et de ne pas trahir ses engagements dans la quête d'un statut ou d'une reconnaissance²⁵. Pour ce faire, il s'agit de résister à la hiérarchie au sein des facultés de droit.

15. En juillet 1981, à la demande d'un éditeur, Duncan Kennedy rédige un pamphlet sur l'éducation juridique destiné à prendre place dans une nouvelle collection relative à la pensée radicale sur le droit. Intitulé *Legal Education and Reproduction of Hierarchy. A Polemic against the System*, le manuscrit sera d'abord publié partiellement en chapitres²⁶, puis à partir 1983 en auto-publication²⁷, et plus récemment dans une version commentée par d'autres collègues, enrichie d'une contribution où l'auteur retrace le contexte et l'histoire du texte pour « des archives imaginaires de la pensée radicale sur le droit »²⁸. Le texte a été traduit en plusieurs langues, y compris en français²⁹.

16. Le pamphlet est dirigé *contre* les hiérarchies qui se retrouvent à tous les niveaux de la société sous forme de cellules³⁰, comme des monades de Leibnitz pourrait-on dire. L'opposition est celle à *toutes* les hiérarchies illégitimes : économiques, culturelles, de classe, de race, de sexe, etc.³¹. De nombreuses personnes manifestent leur désapprobation à l'égard de telles hiérarchies, mais une personne est radicale « lorsqu'elle *veut aller plus loin*, dès maintenant de manière pragmatique, dans le démantèlement des structures hiérarchiques existantes qui semblent être mal adaptées »³². Or, la formation juridique est celle de la soumission à de multiples hiérarchies : entre les étudiants, entre les perspectives professionnelles, entre les *Law Schools*, entre les cabinets d'avocats. Elle vise à établir des hiérarchies et à ce que les étudiants les reproduisent de génération en génération, qu'ils fassent ou non partie des élites. Résister à la hiérarchie est significatif partout et à tout

23 *Op. cit.*, p. 52.

24 *Op. cit.*, p. 52.

25 *Op. cit.*, p. 57.

26 « Legal Education as Training for Hierarchy », in D. Kairys, ed. *The Politics of Law*, 1982.

27 *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic against the System*, AFAR, 1983.

28 *Legal Education and the Reproduction of Hierarchy: A Polemic against the System. A Critical Edition*, NYU Press, Critical America, 2004.

29 Sous forme abrégée de trois chapitres du pamphlet, « L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies professionnelles », *Annales de Vaucresson*, deuxième semestre 1985, n° 23. Plus récemment, de manière fort opportune, malgré quelques choix de traduction contestables, qui apparaissent dès le sous-titre : *L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies : une polémique autour du système*, trad. Déri, Lamy, Lemoine, Québec, Lux Editeur, 2010. Or, il s'agit bien d'une polémique contre (*against*) le système.

30 *Op. cit.*, 2010, p. 102-103.

31 *Op. cit.*, p. 98.

32 *Op. cit.*, p. 99.

moment, y compris dans les facultés de droit³³. Cohérent avec lui-même, Duncan Kennedy a d'ailleurs réfléchi sur la manière d'éviter l'instauration de hiérarchies au sein du mouvement *Critical Legal Studies* lui-même³⁴.

17. La pensée juridique radicale ne repose pas sur une théorie sociale ou politique particulière. Dans l'enseignement comme ailleurs, la critique tous azimuts des hiérarchies se fonde sur l'expérience personnelle et amicale³⁵; elle ne procède pas d'un cadre théorique de surplomb, même si les analyses marxistes et non marxistes stimulent les esprits. Le problème c'est que les étudiants en droit sont trop souvent victimes de l'un des cadres théoriques de gauche. « L'analyse libérale de gauche des droits plonge l'étudiant dans la rhétorique juridique, mais puisqu'elle est en soi vide de sens, elle ne procure rien de plus que la possibilité de prendre position impulsivement contre l'ordre légal établi. L'approche marxiste instrumentale est très critique du droit, mais elle est également pleine de mépris. Elle n'est d'aucune utilité pour comprendre les particularités des règles et de la rhétorique, car elle les considère a priori comme une simple façade. Dans tous les cas, la doctrine de gauche laisse tomber les étudiants de gauche puisqu'elle n'offre aucune assise pour [la maîtrise de l'ambivalence/the mastery of ambivalence] dissiper l'ambiguïté. Il est donc nécessaire de considérer l'univers du droit de manière à pouvoir y entrer, de le critiquer sans le rejeter totalement et de le transfigurer sans s'abandonner à son système de réflexion et à sa façon de faire»³⁶ Il est donc possible d'acquérir un capital juridique sans nécessairement reproduire un système de domination... ni d'avoir le Capital pour livre de chevet.

B. L'enseignement dans les facultés de droit à la lumière du matérialisme historique dans le mouvement « critique du droit » en France

18. En France, les juristes à l'origine du mouvement « critique du droit » se réfèrent explicitement au matérialisme historique³⁷. Affirmé dans le Manifeste des membres fondateurs du mouvement, la référence est justifiée par l'analyse de la pensée de Marx, notamment proposée par Michel Miaille dans *une introduction critique au droit*³⁸. La théorie du droit ne prend sens qu'au sein d'une théorie générale de l'histoire. Il en va de même pour

33 *Op. cit.*, p. 123-124. « Il est naïf de croire que l'on puisse vivre l'expérience de la faculté de droit comme un endroit où on peut recevoir une formation permettant de s'opposer à la hiérarchie sans toutefois la remettre en cause dans sa vie personnelle. Si nous n'arrivons pas à trouver les moyens de remettre en cause la hiérarchie dans notre vie institutionnelle quotidienne au sein de notre faculté, il est peu probable (mais pas évidemment impossible) que nous libérons notre plein potentiel comme activiste, organisateur ou simple sympathisant, en faveur des individus qui sont situés plus bas dans la hiérarchie ».

34 D. Kennedy, « Psycho-Social CLS: A Comment on the Cardozo Symposium », *Cardozo Law Review*, 1985, spéc. p. 1023.

35 *Op. cit.*, p. 97.

36 *Op. cit.*, p. 36. Les crochets signalent la traduction qui nous semble éviter un contresens.

37 *Pour une critique du droit*, op. cit., 1978, p. 1.

38 Michel Miaille, *Une Introduction critique au droit*, Textes à l'appui, Paris: F. Maspero, 1976, p. 71 et s.

l'enseignement : « si le renouvellement de l'étude du droit est possible, ce n'est que par le moyen d'une formulation tout à fait nouvelle de la société et de ses transformations dans l'histoire »³⁹. Il faut donc penser le droit à partir des dominations présentes dans la société capitaliste et non comme une entité autonome qui serait à l'origine des hiérarchies au sein de la société.

19. Les facultés de droit ne font pas ici exception et participent d'une histoire générale de la société dont il s'agit de rendre compte. Quel a été le rôle des facultés de droit dans la formation et la reproduction des élites ? Quelle est la signification des réformes de l'enseignement du droit ? En quoi la formation des juristes est-elle un enjeu pour renforcer le pouvoir étatique ? Telles sont les interrogations qui reviennent le plus souvent dans une série d'articles⁴⁰ et dans un ouvrage sans relief⁴¹. Les réponses apportées par les analyses des juristes issus du mouvement critique du droit sont convergentes. Oui les facultés de droit forment les élites, mais le pouvoir étatique a toujours été attentif à disposer d'un contrôle sur ce point⁴². Oui les facultés résistent aux réformes de professionnalisation et de modernisation de l'enseignement du droit, mais cette résistance s'explique par un conservatisme politique soucieux de maintenir un système de reproduction des élites dans l'appareil d'État. Oui, les facultés de droit se transforment, mais c'est dans un contexte où le mandarinat en crise cherche à maintenir ses prérogatives.

20. La critique de la hiérarchie prend d'abord pour cible l'organisation et le fonctionnement des facultés de droit qui s'apparentent à ceux des casernes où chacun a son grade⁴³. Les facultés de droit obéissent à un modèle hiérarchique et paternaliste. Le contexte social a également conduit à une crise du mandarinat suscitant des remises en cause de la hiérarchie entre enseignants. La suppression de cette hiérarchie est à l'origine « de la constitution de groupes de recherche s'inscrivant dans une perspective de critique du droit »⁴⁴. Elle a pour corollaire une syndicalisation des enseignants du supérieur ayant pour objectif de remettre en cause les privilèges et les statuts existants.

39 *Op. cit.*, p. 75.

40 Dans *Pour une critique du droit*, *op. cit.*, 1978, J.J. Gleizal, L'enseignement du droit, la doctrine et l'idéologie, pp. 71-113 et M. Miaille, Les figures de la modernité dans la science juridique universitaire, pp. 114-146. Dans le numéro 3 de la revue *Procès* de 1979, J.J. Gleizal, « La formation des juristes dans l'Etat français », pp. 50-77 et M. Miaille, « Sur l'enseignement des Facultés de droit en France (les réformes de 1905, 1922 et 1954) », 78-107.

41 J. Gatti-Montain, *Le système d'enseignement du droit en France*, Lyon, Presses universitaires de Lyon, coll. Critique du droit, 1987, qui rappelle notamment l'exclusion de la critique dans l'enseignement du droit du début du 19^{ème} siècle, p. 62.

42 J.J.Gleizal, *op. cit.*, 1978, p. 108 : « En France, le système d'enseignement du droit s'est constitué à partir d'impératifs d'ordre public et de contrôle politique. Le pouvoir a décidé du type d'enseignement juridique qui lui convenait. Il en est sorti les professionnels du droit ».

43 *Op. cit.*, 1978, p. 98, du père-colonel-doyen au fils-deuxième classe-étudiant, la hiérarchie au sein des ex-facultés de droit est décrite le « mode autoritaire de type militaro-familial » ; cf aussi *Op. cit.*, 1979, p. 55.

44 *Op. cit.*, 1978, p. 73.

21. La critique de la hiérarchie doit bénéficier ensuite aux étudiants et à la société. Or, les évolutions sociales issues de 1968 ont concrétisé l'avènement d'une université de masse qui « a permis de rompre avec une conception élitiste de l'enseignement »⁴⁵. Il ne s'agit plus d'enseigner pour les seuls privilégiés et les fils de (bonne ?) famille ; le droit doit être mis à la portée de tous les nouveaux étudiants, en particulier ceux en provenance des classes moyennes et populaires. L'avènement d'un nouveau juriste n'est pas au service du pouvoir, des élites⁴⁶. Loin d'être une courroie de transmission servile de l'oppression étatique et la société capitaliste, il participe à l'émancipation de tous.

22. La critique de la hiérarchie concerne enfin les rapports entre les enseignants et les étudiants. Pour ce faire, il convient d'émanciper les étudiants d'une pensée strictement juridique verrouillée par le conservatisme des privatistes, par le formalisme positiviste interdisant toute démarche explicative. Il faut en finir avec le « culte du droit organisé sur la base d'une cellule hiérarchique d'initiation. La hiérarchie produisant un effet *d'isolement et de différenciation* et éliminant toute perspective critique permettra de produire, de conserver et de divulguer l'idéologie juridique »⁴⁷. Il faut en finir avec la structure hiérarchique du cours magistral conduisant à des étudiants passifs et irresponsables sous la domination de leurs professeurs. Il faut en finir avec les rapports hiérarchiques des doctorants à l'égard des professeurs érigeant la soumission servile à un maître auquel il convient de plaire comme critère de réussite. Il faut en finir avec la hiérarchie instaurée par le concours de l'agrégation, source de despotisme élitiste et de domination sociale.

C. De mémoire d'étudiant pour un *Tractatus anarcho-juridicus*

23. Aller au cœur de la contrainte pour y chercher la plus grande liberté. Pareille intuition m'a conduit à choisir les études de droit plutôt que celles de sociologie ou de psychologie. Le choix fut d'abord celui de l'université. Fruit d'une sourde rébellion contre le système de l'élitisme à la française, avec ses classes préparatoires et ses grandes écoles, je m'étais laissé assez distancer au lycée pour échouer au baccalauréat et devoir redoubler une terminale série C, à dominante scientifique donc.

24. S'orienter vers les études de droit, c'était choisir précisément des études en dehors du système sélectif des grandes écoles, prendre le temps d'étudier

45 *Op. cit.* 1978, p. 72.

46 J.J. Gleizal, « La formation des juristes dans l'Etat français », *Procès*, 1979, p. 74 : « Que ce soit dans la fonction publique ou dans les professions judiciaires, ils [les nouveaux juristes] s'engagent dans le combat syndical et leurs orientations politiques les situent souvent dans l'opposition. Mais surtout, d'un point de vue professionnel, ils se montrent préoccupés de lutter contre la bureaucratie, d'entretenir avec leurs administrés ou leurs clients de nouveaux rapports. La fonction du droit apparaît dès lors sous un jour nouveau. Le juridique est replacé dans son contexte social. Aussi, n'est-il pas exagéré d'affirmer que la critique du droit a d'abord été le fait des praticiens qui ont remis en cause le statut traditionnel des juristes et qui ont concrètement fait descendre le droit de son piédestal ».

47 J.J. Gleizal, in *Pour une critique du droit*, *op. cit.*, 1978, p. 98.

et de lire dans d'autres domaines pour pallier à une inculture abyssale, tout en préservant des ouvertures professionnelles et un parfum de normalité. J'avais aussi la curiosité de m'appropriier les connaissances, de loin docilement abstraites, par lesquelles la contrainte paraissait s'exercer. Après des études secondaires en grande banlieue, dans la morne profondeur des Yvelines, je m'inscrivais donc, en 1984, à l'université de Paris II Assas. Sur les conseils d'un voisin, je pris la dominante « droit constitutionnel et sciences politiques », avec travaux dirigés en ces matières, pour éviter, selon ses propos, la sélection opérée par le droit civil.

25. Les débuts furent pénibles. Ma déception vint surtout de l'absence de stimulation intellectuelle. J'étais venu étudier à Paris pour cela et me trouvais confronté à un climat étudiantin apathique, le tout dans le contexte intellectuellement et politiquement déprimé du milieu des années 1980. En guise de réveil, il y avait certes certains professeurs qui aboyaient de la droite contre les socialistes au pouvoir, voire de l'extrême droite, mais je peinais à rejoindre les mauvais rieurs dans les amphes, sans toutefois militer dans les couloirs avec les étudiants de gauche (l'Unef), encore traqués par ceux très à droite (le Gud) en perte de vitesse.

26. Ni politisé, ni intellectualisé, l'enseignement était supposé prendre sens dans la perspective d'une réussite professionnelle à deux versants : soit les grands concours administratifs, ENA en tête - les étudiants de sciences po. venaient compléter leur formation pour cela - ; soit une activité d'avocat de droit des affaires, dans un cabinet international *of course*. Hiérarchie professionnelle bicéphale qui symbolisait le succès en droit public ou en droit privé, avec pour modèle des professeurs respectivement occupés par des missions gratifiantes auprès du pouvoir ou des arbitrages commerciaux aux rétributions substantielles.

27. L'ouverture à la rentrée 1986 du Magistère de droit social à l'université de Paris X-Nanterre, diplôme en trois ans alliant cours et stages - entreprise, cabinet avocat, confédération syndicale en ce qui me concerne -, allait me fournir une bouffée d'oxygène. D'abord, une université pluridisciplinaire à dominante sciences humaines et sociales, non un établissement organisé autour de l'enseignement du droit et déterminé par le rôle social joué par ses professeurs.

28. Ensuite, la richesse du droit du travail et syndical, de la sécurité sociale, avec son histoire issue de la dynamique des mouvements ouvriers, son caractère conflictuel éclairé par la sociologie et la psychologie, ses acteurs syndicaux souvent forts en gueule, ses salariés, ouvriers ou dirigeants, dont il faut percer les ressorts symboliques et économiques, et surtout son *caractère réversible* dans la technique et les perspectives. Du reste, mes camarades visaient une formation et un diplôme tantôt pour exercer des fonctions au sein d'une direction du personnel, tantôt pour conjuguer leur sensibilité sociale avec un destin professionnel.

29. Enfin, sur le plan humain et institutionnel, je prenais progressivement conscience, entourée d'une équipe d'enseignants de qualité exceptionnelle,

des hiérarchies universitaires dominantes. Nanterre avait la réputation d'une université de gauche, ancrée dans les sciences sociales, où les juristes peuvent développer leurs engagements sans subir une pression des conservateurs ; mais c'est aussi, peut-être pour ces raisons mêmes, du moins pour certains juristes, un univers de conformisme qui peine à assumer sa différence, jalouse les deux grandes de Paris centre, au point même de reproduire ses hiérarchies. Autrement dit, le professeur enseignant le droit civil, agrégé des facultés de droit, de préférence après avoir soutenu sa thèse à Paris I ou II avait plus de légitimité que la maîtresse de conférences en charge d'un séminaire de sécurité sociale orientée dans une perspective interdisciplinaire. De quoi se persuader de l'utilité supérieure, dans la perspective d'une carrière académique, de la maîtrise technique du droit des obligations sur la compréhension des politiques sociales. Aussi, avec un brin d'opportunisme, décidai-je de soutenir une thèse en droit des obligations, sur le mode techniquement subversif d'une analyse de l'acte unilatéral dans les relations contractuelles privées à partir des catégories du droit administratif. Peu de contact avec des membres de « critique du droit » à l'époque, si ce n'est avec Antoine Jammaud, à la fin des années 1980, dont la veine critique m'était moins perceptible en droit du travail que dans ses propositions de théorie du droit.

30. Dans mon parcours d'étudiant, la prise de conscience la plus décisive fut sans doute d'avoir réalisé en 1989, en parallèle avec les études en droit social, un diplôme d'études approfondies de théorie du droit. Épistémologie, ontologie juridique, herméneutique, normativisme, logique déontique, tout un univers de réflexions à caractère abstrait, international et intellectualisé me montrant, en creux, les perspectives théoriques qu'il n'était *pas* recommandé d'adopter, pour se placer dans les meilleures conditions pour réussir le concours d'agrégation du supérieur en droit privé et sciences criminelles.

31. En revanche, l'aptitude à faire valoir les constructions techniques à caractère doctrinal - dites théoriques - dans le but de résoudre des problèmes concrets, avec le bon sens qui sied, est valorisé, si possible avec un vernis de culture et un zeste de critique morale, de type catholique social en particulier. De ce concours mythique parmi les collègues, sans doute pour reposer sur des qualités qui doivent moins à l'intelligence et à l'ouverture d'esprit qu'à l'aptitude - réelle ou supposée- à reproduire habilement, dans un format convenu, le sens juridique des dominations sociales, je garde le souvenir d'une réussite *in extremis* permise par une lucidité pétrie d'hypocrisie. Difficile de faire autrement dans un concours où est appréciée votre aptitude à devenir un gardien du mensonge. Reste à savoir lequel.

II. Critiquer l'idéologie doctrinale et les pratiques pédagogiques

32. Parce que l'enseignement du droit intervient pour la première fois à l'université, et non au collège ou au lycée, il apparaît comme un « enseignement primaire »⁴⁸. A chaque époque correspond un mode traditionnel d'enseigner le droit. La critique de l'enseignement traditionnel porte tout aussi bien sur le contenu que sur les méthodes. Elle est récurrente et concerne toutes les disciplines, de l'histoire du droit⁴⁹ au droit international⁵⁰. Les juristes de gauche s'inscrivant dans la dynamique de contestation des années 1968 ont mis l'accent sur la critique de l'idéologie doctrinale et des pratiques pédagogiques, ce qui revient aussi à discuter le contenu et la méthode. Critiquer est une chose, enseigner en est une autre : les initiatives concrètes des enseignants à l'origine des critiques de l'enseignement du droit peinent à être à la hauteur de la qualité de leur dénonciation⁵¹.

A. Critiquer un contenu ?

33. Enseigner le droit, de manière traditionnelle, consiste à exposer le droit positif, c'est-à-dire le droit en vigueur dans une société donnée. D'apparence anodine, l'affirmation n'est pas sans produire des effets lorsqu'il s'agit d'introduire les ferments d'un droit nouveau. L'observation a pu être faite à propos de l'affirmation du droit français, l'article 14 de l'édit d'avril de 1679 se prononçant « pour le rétablissement des études du droit canonique et civil et du droit français dans toutes les Universités du Royaume ». Par un tel choix, l'activité des professeurs se trouve engagée sur la voie d'une politique normative : « Même s'il n'en écrit pas [de livres], son activité de professeur a contribué à répandre dans le public l'idée d'unification progressive que suggère le titre même de sa chaire »⁵². Plus que d'accoutumer les esprits à un droit nouveau, d'exercer une fonction de légitimation à cet égard,

48 J.D. Bredin, « Pour la réforme des réformes : remarques sur l'enseignement du droit », *Etudes L. Julliot de la Morandière*, 1964, p. 73.

49 C. Appleton, « Notre enseignement du droit romain, ses ennemis et ses défauts », in *Mélanges G. Cornil*, 1926, T. 1, p. 41-79 qui critique un enseignement d'une érudition stérile en décalage avec les réalités sociales, les législations modernes, les textes et la morale

50 R. Charvin, « Le droit international tel qu'il a été enseigné. Notes critiques de lecture des traités et manuels (1850-1950) », in *Mélanges Chaumont*, 1984, p. 135.

51 M. Kaluszynski, « Sous les pavés, le droit : le mouvement « Critique du droit » où quand le droit retrouve la politique », *Droit et société*, 76/2010, p. 537 : « en ce qui concerne l'enseignement, les ambitions n'ont pas été tenues : les apports du mouvement 'critique du droit' se situent plus au niveau théorique qu'au niveau des pratiques elles-mêmes. Il ne semble pas que les pratiques d'enseignement au sein des facultés aient été transformées de manière radicale sous l'influence du mouvement. L'intérêt des travaux réside essentiellement dans la prise en compte de l'enseignement en tant qu'objet d'une analyse critique ».

52 F. Olivier-Martin, « Les professeurs royaux de droit français et l'unification du droit civil français », *Mélanges Sugiyama*, 1940, p. 263.

l'enseignement contribue à asseoir l'autorité d'un droit en formation.

34. Même dans des périodes où le volontarisme juridique est moins apparent, le droit en vigueur n'est pas figé ; il a vocation à s'étendre, à se développer selon sa propre logique. Les professeurs les plus éminents sont conscients de ces évolutions et du rôle qu'ils sont susceptibles de jouer pour en stabiliser les fondements, par une dynamique de rénovation immobile. Dans un article relatif à l'enseignement du droit publié en 1970, Jean Rivero écrit qu'il s'agit de « mettre l'enseigné en mesure de vivre les mutations du Droit en *logeant dans son esprit les notions fondamentales qui assurent l'unité et la continuité du droit national* à travers ces mutations, en le formant à une technique de travail et à une méthode de pensée, en élargissant sa connaissance du milieu que le Droit entend régir »⁵³.

35. Les mutations existent, elles doivent être vécues, mais l'objectif reste celui de l'unité et la continuité du droit national (sic), qui plus est en logeant les notions fondamentales dans les esprits... comme on loge une balle dans la tête des étudiants, auraient pu dire les plus révoltées d'entre eux. La critique des années 1970 porte ici sur l'idéologie capitaliste véhiculée par des notions juridiques dont le caractère fondamental n'est autre que de permettre la perpétuation d'un système de domination. Le mode de production capitaliste demeure la référence au sein de nos sociétés, et « les mêmes 'données' peuvent donc, avec vraisemblance, apparaître dans les cours des professeurs de droit, participant à la reproduction inconsciente ou volontaire du système juridique dominant »⁵⁴. D'où l'analyse de Michel Miaille visant à montrer en quoi et comment les manuels de droit - vecteurs d'idéologie dans l'enseignement - prennent appui sur des fausses données du système juridique, en proposent une construction bancal. Saine déconstruction qui porte sur des entités (le sujet de droit, l'État, la société internationale), des classifications (droit objectif/droits subjectifs, droit public/droit privé, choses/personnes), ou encore des raisonnements formels.

36. Est-il possible d'enseigner le contenu du droit sur un mode qui ne soit pas dogmatique ? Pour ce faire, il convient de fuir la paresse conformiste de la reproduction du même : « il y a longtemps que j'ai renoncé au confort intellectuel que procure la fidélité. Je sais trop qu'il ne s'agit plus d'enseigner aux autres ce que j'ai appris moi-même, mais de les conduire à se comporter en esprit comme les contemporains d'un monde où ils se trouvent physiquement engagés et dont les données subissent des mutations si brutales qu'elles infirment le dogmatisme des connaissances acquises en d'autres temps »⁵⁵. Ce témoignage de Georges Burdeau sur l'enseignement impossible des années 1968 est aussi celui du dilemme de l'époque : répondre aux attentes des étudiants sur l'actualité *ou* les préparer au mieux à

⁵³ J. Rivero, « Réflexions sur l'enseignement du droit », *Mélanges Trotabas*, 1970, p. 451. c'est nous qui soulignons.

⁵⁴ M. Miaille, *une introduction critique au droit*, op. cit., p. 124.

⁵⁵ G. Burdeau, « Sur un enseignement impossible », *Mélanges Trotabas*, 1970, p. 42.

l'examen⁵⁶. Implicitement, c'est reconnaître que les connaissances attendues par les études de droit relèvent des connaissances dogmatiques ; l'initiation aux débats juridiques dans une société démocratique occupant une place mineure dans l'enseignement.

37. Par définition, la critique apparaît comme l'ennemie du dogmatisme. Elle rejoint en apparence la tradition de la pensée du libre examen. Plus spécifiquement, la critique des années 1970 se focalise sur le caractère idéologique de l'enseignement, de son contenu, du caractère politique de ses programmes⁵⁷. Difficile toutefois d'en rester à une simple dénonciation de l'enseignement du droit, sans proposer une autre voie aux étudiants. D'où les initiatives visant à faire émerger un projet d'enseignement juridique concurrent, identifié par un contre-droit, matérialisé par des contre-manuels⁵⁸, une contre-dogmatique pour reprendre le titre d'une revue publiée au Brésil. Ce droit alternatif est le fruit de la critique et de la déconstruction des notions et catégories en vigueur.

38. Or, sauf à s'engager dans une veine utopique, ce droit alternatif rencontre le péril du dogmatisme lorsqu'il entend diffuser les nouvelles valeurs et principes que les étudiants sont appelés à faire leurs au terme d'analyses marxistes ou non-marxistes. Mieux vaut armer les étudiants (y compris de gauche) des qualités techniques leur permettant de réussir leurs examens et de prendre appui (y compris pour les étudiants de droite) sur des contenus juridiques pointant les injustices juridiquement organisées et les contradictions de notre système capitaliste⁵⁹.

B. Critiquer une méthode ?

39. Loin de se réduire à l'apprentissage de contenus, qui plus est *par cœur* - idée populaire qui a la peau dure - l'enseignement du droit se caractérise, aux dires des juristes traditionnels, par l'apprentissage d'une méthode. Les enseignants insistent volontiers sur ce point. La méthode est ce qui caractérise un juriste, d'où l'importance de sa transmission. Un étudiant devenu professeur évoque ainsi les souvenirs de ce qui lui a transmis son maître : « nous avons pu recevoir d'un enseignement approprié l'aptitude à comprendre, à découvrir l'intérêt d'un problème, à trouver sa solution. C'est cela qui caractérise un juriste, et non ses connaissances tôt dépassées, et de

56 « ou bien j'enseigne en vue de l'examen, mais j'ai conscience de l'inadaptation de mon enseignement à la fois à l'attente de l'auditoire et à la formation intellectuelle qu'exige la société contemporaine, ou bien j'essaie de répondre à ces impératifs, mais alors je risque d'augmenter le nombre des échecs », *op. cit.*, p. 50.

57 D. Kennedy, « The Political Significance of the Structure of the Law School Curriculum », *Seton Hall Law Review*, vol. 14, 1983, p. 2.

58 G. de la Pradelle, *L'Homme juridique. Essai critique de droit privé*, PUG/Maspero, 1979.

59 Pour une illustration à partir de l'enseignement du droit de la responsabilité, D. Kennedy, « Liberal Values in Liberal Education », *Nova Law Journal*, vol. 1, 1986, p. 614-615 ; « A Conversation with Duncan Kennedy » by G. Clark, *The Advocate*, vol. 24, n° 2, 1994, pp. 58-60.

toute manière insuffisante. Un juriste travaille avec une méthode et une bibliothèque »⁶⁰.

40. Quelle est cette méthode ? Une réponse fort répandue consiste à dire qu'elle à résoudre des cas particuliers à partir de règles générales. L'enseignement du droit est à caractère pratique, ce que renforce encore les réformes visant à la professionnalisation. Outre une culture et des connaissances, « La formation du juriste requiert aussi, et surtout, l'aptitude à mettre en œuvre les connaissances acquises en vue de la solution d'un problème concret ». Cela suppose deux exigences : d'abord, accéder aux textes et à leur signification, ensuite, une fois « les matériaux rassemblés, il reste à bâtir le raisonnement, à tracer le chemin qui, à partir des données concrètes, débouchera sur la solution juste. Faire acquérir à l'étudiant cette méthode de pensée, irréductible à toute autre, dans la mesure où elle implique un va-et-vient perpétuel du fait particulier à la règle générale, de l'espèce à la norme, du concret à l'abstrait, voilà le but auquel doit viser toute formation juridique »⁶¹.

41. Une première critique contre cette prétendue méthode repose sur son caractère formel, abstrait, conçu pour déformer les réalités sociales⁶². Au cours du processus de va-et-vient entre le fait et le droit, entre les situations concrètes et les catégories abstraites, le réel est transformé, déconstruit et reconstruit. Voici comment : aux questions concrètes des demandeurs, la (prétendue) méthode des juristes consiste à ne retenir que la part pertinente au regard des catégories juridiques, puis à formuler la question de droit, à la résoudre dans un univers abstrait accessible aux seuls juristes, avant de formuler une solution dans ce monde du droit, puis de faire en sorte qu'elle trouve application dans la réalité. Processus de montée en généralité à partir *des faits* pour formuler et résoudre le problème *en droit* avant d'apporter une réponse et de faire retour aux *faits*.

42. La méthode conduit à donner le primat au droit abstrait sur les faits concrets⁶³. Elle conduit à doter le droit d'une autonomie au regard des faits⁶⁴. Elle conduit à consolider l'armature conceptuelle du système juridique dominant. Elle est négatrice d'une logique dialectique où la discussion a sa place, pourtant plus fidèle aux pratiques des débats *pro et contra* entre juristes⁶⁵.

43. Une seconde critique de la méthode juridique enseignée porte sur son inadéquation aux pratiques des professionnels du droit. Loin de s'établir à

60 J.D. Bredin, *op. cit.*, p. 81.

61 J. Rivero, *op. cit.*, p. 451.

62 M. Miaille, *une introduction critique au droit*, *op. cit.*, spéc. p. 205-208.

63 « La logique juridique, par le jeu de l'abstraction, va construire un certain nombre de concepts qui éliminent le contenu concret, réel, auquel ils renvoient pourtant », *op. cit.*, p. 205.

64 *Op. cit.*, p. 208.

65 Pratiquer la logique dialectique en droit, « *c'est précisément faire éclater cette idée que le droit est un domaine « pratique et technique » où la dialectique n'aurait pas sa place ; c'est, contre toute attente, faire jouer un rôle à cette méthode, certes pour l'explication du droit, mais aussi pour son application* », *op. cit.*, p. 213.

partir du dogme de la solution unique - pour reprendre une heureuse formule - le droit s'établit par des rapports de force. Il est résultat d'une lutte pour le droit aurait dit Ihering, ou Ripert après lui. Si les juristes universitaires en ont conscience, ils n'en tirent pas de conséquences sur leurs pratiques pédagogiques, comme si le caractère statique des méthodes d'enseignement visait à conforter l'immobilisme de la méthode juridique traditionnelle qui laisse peu de place à la critique du droit. Par delà les discours, l'enseignement du droit n'est pas tourné vers la pratique. Ainsi, par exemple, les étudiants formés au droit administratif connaissent la hiérarchie des normes par le sommet, mais ignorent l'importance pratique des circulaires dans la réalisation du droit ; ils acquièrent une conception abstraite et idéologique des normes mais n'apprennent pas à exercer concrètement un recours pour excès de pouvoir⁶⁶. Pour enseigner le droit, il conviendrait d'inciter les étudiants à prendre appui sur les pratiques sociales existantes, de réaliser des enquêtes sur le terrain⁶⁷. Relevons que ce souci de confronter les étudiants en droit à des enquêtes sociales n'est pas spécifique aux membres de « critique du droit », et avait été formulé, avec plus de précision et de consistance, dès 1957 par André Tunc⁶⁸, il est vrai familier des universités nord américaines.

44. Une troisième critique de la méthode du droit vise à dénoncer sa prétendue neutralité. La méthode juridique traditionnelle tend à dissimuler la part politique du droit au profit d'une application mécanique ignorante des réalités sociales et conduisant à la reproduction des inégalités. Plutôt que d'insister sur cette critique maintes fois menée d'un positivisme servile, il est plus intéressant de distinguer plusieurs versions de ce que pourrait être un enseignement du droit reposant sur l'absence de neutralité de la méthode juridique.

45. En France, Jean-Jacques Gleizal entend situer le nouvel enseignement du droit dans une perspective marxiste de transformation de la société. Aussi, l'enseignement du droit doit s'écarter du positivisme actuel pour « devenir une formation politique de type civique »⁶⁹. La nécessité de cette formation s'impose dans une configuration de déclin du droit privé (droit du plus fort de la société libérale) au profit du droit public (droit égalitaire de la société socialiste). Conçue comme une utopie de la loi, la norme est alors censée ouvrir la voie au dépérissement de l'Etat⁷⁰. Les juristes ne seront plus au service des intérêts des plus puissants, ils auront pour mission de transformer la société. Dans cette perspective, la question pertinente est de se demander « *ce que pourrait être une formation de spécialistes du droit dans une société démocratique* »⁷¹. Dans le processus de démocratisation de l'Etat, « le problème de la juridicité ne sera pas pour autant écarté. Il sera simplement restitué à sa juste place. L'activité du juriste ne pourra qu'être critique - aussi

66 J.J. Gleizal, op. cit., 1978, p. 78 et s.

67 Op. cit., p. 113.

68 A. Tunc, « Sortir du néolithique (Recherche et enseignement dans les Facultés de droit), *Recueil Dalloz*, 1957, Chr. XIII, spéc. p. 74-75.

69 J.J. Gleizal, op. cit. 1978, p. 112.

70 Op. cit., p. 108.

71 Op. cit., p. 112.

bien sur le plan théorique que pratique - le juriste posera à la fois la relativité du droit et celle de sa position sociale »⁷². Au positivisme abstrait idéologiquement au service de la bourgeoisie, il convient donc de promouvoir un matérialisme concret au service d'un changement social. Si méthode il y a, elle suivrait la dynamique d'une entropie du droit et des juristes qui verraient leur part de plus en plus réduite à l'aune de la réalisation de la société démocratique.

46. Aux États-Unis, Duncan Kennedy vise notamment à ce que les étudiants prennent conscience de l'absence de neutralité du droit. Au cours de sa pratique d'enseignant, il a multiplié les initiatives et les dispositifs pédagogiques, expérience concrète qu'il ne manque pas de relater dans plusieurs textes⁷³. Car il ne suffit pas de concevoir l'enseignement en première année de droit comme une action politique, il faut le faire, sans pour autant prétendre imposer ses vues. Or, les obstacles sont nombreux. D'abord, il s'agit d'avoir les idées claires sur l'objet principal de sa propre critique du droit et des méthodes traditionnelles d'enseignement qui le véhicule sous couvert de neutralité. Ensuite, il convient d'avoir « quelque chose à enseigner » qui soit accessible aux étudiants, ce qui exige de créer des matériaux appropriés, en l'occurrence afin de montrer que les règles juridiques sur lesquels reposent le capitalisme ne représentent pas ce qui est « normal, libre et naturel », (comme tendent à le faire croire la plupart des enseignants). Enfin, il faut trouver les ressorts pédagogiques pour que les étudiants entrent dans la critique sans dogmatisme, ce qui peut être notamment fait, par la mise en discussion de thèmes controversés à même de faire ressortir leurs divergences politiques et sociales. Le meilleur moyen de politiser l'enseignement est de partir de la sensibilité politique des étudiants.

C. D'expérience d'enseignant pour un *Tractatus anarcho-juridicus*

47. Dans les facultés de droit, il est habituel de proposer aux jeunes chercheurs souhaitant réaliser une thèse des enseignements en qualité de chargés de travaux dirigés. La pratique prend place dans une politique universitaire plus générale visant à attirer les chercheurs vers une carrière d'enseignant ; elle s'explique aussi par la difficulté de recruter une main d'œuvre disponible et motivée pour occuper un rôle devenu capital dans l'enseignement supérieur.

48. Ma première expérience d'enseignement en droit, en qualité de chargé de travaux dirigés, date de 1989, alors que je n'avais encore tout à fait fini mes études. Mon futur directeur de thèse avait eu la généreuse inconscience de me mettre face à des étudiants de maîtrise pour assurer des travaux dirigés en droit international privé. Plus tard, en qualité de doctorant, ayant eu la chance de bénéficier d'un financement d'allocataire-moniteur, puis d'attaché

⁷² Op. cit., p. 111.

⁷³ D. Kennedy, « First Year Law Teaching as Political Action », *Law & Social Problems*, 1970, p. 47 ; D. Kennedy, « Liberal Values in Liberal Education », *Nova Law Journal*, vol. 1, 1986, p. 614-615

temporaire d'enseignement et de recherche, ce fut une expérience prolongée au cours de cinq années, à l'université de Nanterre, puis à Cergy-Pontoise, dans les matières traditionnelles que sont l'introduction au droit, le droit des obligations ou encore le droit de la famille.

49. A ce stade, crucial à bien des égards pour l'organisation des enseignements juridiques, plusieurs facteurs poussent au conformisme. En premier lieu, l'absence de transition entre le statut d'étudiant et celui de jeune enseignant favorise la reproduction du même, à partir de ce que vous avez vécu, de ce que vous connaissez déjà, de ce qui a déjà été fait, sans favoriser le renouvellement par une expérience autre, distancée, des études à l'étranger par exemple.

50. En deuxième lieu, les discussions à caractère pédagogique avec les enseignants - professeurs et parfois maîtres de conférences - se limitent à des consignes générales sur le programme, l'adéquation entre le cours et les travaux dirigés, et surtout, les modalités d'examen et de contrôle continu. Nous ne sommes plus à l'époque de la collation des grades, mais la préoccupation des étudiants, qui conditionne en grande partie leur travail et leur réception du cours et des travaux dirigés, reste largement déterminée par l'exercice donné à l'examen (commentaire d'arrêt, cas pratique et dissertation constituant les trois exercices type). Les échanges entre chargés de cours et de travaux dirigés sur les finalités de l'enseignement sont rares, et lorsque des initiatives sont laissées par les enseignants aux chargés de travaux dirigés pour réaliser des fiches destinés aux étudiants, c'est le plus souvent pour se débarrasser d'un travail ingrat (situation que je n'ai jamais vécu directement), non pour introduire des initiatives sur la forme ou la pédagogie (ce que je n'ai jamais connu).

51. En troisième lieu, le doctorant vise à accéder au statut de ses maîtres ; il cherchera donc à en suivre la trajectoire et à répondre à des exigences, plus ou moins explicites, de réussite. J'étais à l'époque soucieux d'intégrer dans mon travail de thèse des contraintes de forme, de style, de temps. Or, il faut bien reconnaître que le contact avec les étudiants, hormis peut-être le souci de clarté, ne sert pas directement cet objectif, comme le montre d'ailleurs les trop nombreux exemples de chargés de travaux dirigés dévoués à leurs étudiants et à l'institution qui ne finissent jamais leur thèse.

52. La pression au conformisme des jeunes enseignants en droit est-elle plus importante que dans d'autres disciplines universitaires ? Je ne saurais répondre de manière précise et étayée, mais mon sentiment est qu'elle s'exerce à partir de la conjugaison de trois éléments essentiels : la prégnance des critères du concours de l'agrégation du supérieur et du conseil national des universités, la concentration à Paris de toutes les grandes institutions juridiques, la conception de la science juridique française valorisant la production doctrinale *de lege feranda* en proximité avec le pouvoir législatif ou juridictionnel.

53. Autrement dit, le modèle de réussite de l'enseignant en droit n'est pas incarné par une femme cosmopolite et savante exerçant son magistère intellectuel depuis une faculté de province ; plutôt par un homme au cœur des

réseaux parisiens, marquant son emprise sur le recrutement des élites juridiques, le cas échéant avec un passage dans des fonctions ministérielles. Tout le monde ne peut être Jean Foyer ou Robert Badinter et ce n'était pas, en ce qui me concerne, des exemples à suivre, même si je me sens plus proche du deuxième que du premier. Cela dit, j'ai fait mon bon garçon, mis systématiquement un nœud papillon jusqu'au concours de l'agrégation, réalisé quelques dossiers de cassation pour me donner un vernis de pratique, parcouru des quantités de manuels de droit pour m'imprégner du catéchisme ambiant ... en me promettant de ne jamais en écrire aucun.

54. Enseigner est un métier difficile. Je ne m'y sens pas un aigle, ni un poisson dans l'eau malgré un premier poste de professeur à Tahiti, bientôt suivi par une mutation à Dijon puis à Nantes. Je me sens moins à l'aise dans le monologue imposé par les amphis que dans les échanges permis par un format de type séminaire. De plus, à ses débuts, le professeur de droit n'a pas le loisir de choisir ce qu'il enseigne. Il doit « monter ses cours » dans un temps record, recopiant dans l'urgence des passages à partir de manuels de collègues... la veille de les restituer devant les étudiants, ce que j'avoue avoir parfois fait en espérant n'avoir pas donné trop piètre figure. Suis-je le seul dans ce cas ?

55. Il est des enseignants aidés par des talents de conteur, grisés par la jubilation de faire leur numéro face à un public captif, galvanisés par la jouissance d'exprimer leur autorité pour former les jeunes esprits. Cela n'est pas mon cas. J'éprouve une sincère répugnance à imposer mes vues devant des étudiants que je dois évaluer, à présenter le droit positif sous couvert de prétendues théories générales, à endoctriner pour utiliser le mot ancien d'enseigner, si juste pour le droit dans son voisinage avec la dogmatique des théologiens. C'est qu'il faudrait pouvoir enseigner sur un mode critique. Mais comment enseigner en déjouant la violence du maître que les étudiants attendent de vous dans le contexte d'un cours dit magistral ? Comment exposer le galimatias normatif des règles législatives et décisions et justice dans une cohérence dont vous percevez la fragilité et la part d'arbitraire ? Faut-il dissocier le discours officiel de vos idées personnelles ? Exprimer vos émotions face aux injustices juridiquement organisées ? Distiller le soupçon avec une part d'ironie et de distance ? Je cherche encore, même si, au cours des années, je pense avoir fait quelques progrès, avec le souci de permettre l'accès au plus grand nombre de la compréhension et l'usage des techniques juridiques par lesquelles il est possible d'exercer le pouvoir et d'y résister. Plutôt que d'être un professeur, je trouve plus exact de le jouer, en accord avec l'heureuse expression italienne de *fare il professore*, comme d'autres font le pitre ou l'épître.

56. Promouvoir un enseignement critique suppose la création de supports pédagogiques novateurs. Je crois cela possible et nécessaire. Outre des initiatives ponctuelles (procès simulé notamment), mon expérience se limite pourtant à la conception d'une fiche de travaux dirigés découpée en opérations juridiques (qualifier, interpréter, raisonner, etc.) plutôt que par thèmes et en une introduction générale au droit sous un format poche, dont la

3ème édition est prévue pour 2011. Il n'y a pas de quoi être fier de ce modeste bilan. Toutefois, cela m'a permis de prendre conscience des difficultés à progresser dans cette voie, comme en témoigne la quasi-absence d'ouvrages évitant deux écueils : les essais - souvent brillants - qui proposent une critique de la formation juridique sans fournir aux enseignants et aux étudiants des éléments accessibles pour enseigner le droit ; les manuels - souvent sérieux - qui font état d'une discipline, de manière plus ou moins étoffée, sans donner aux enseignants et aux étudiants autre chose qu'une somme de connaissances sur un mode formel convenu, celui valorisé par les critères académiques endogènes. Pour le dire avec une formule empruntée à Sacha Guitry : les universités sont les établissements où l'on apprend à des étudiants ce qu'il est indispensable de savoir pour devenir des professeurs.

57. Emprunter d'autres chemins conduit à prendre des risques. Assez pour ne pas subir la pression du modèle académique ambiant qui vous conduirait à proposer un manuel destiné à vos éminents collègues plus qu'aux étudiants d'aujourd'hui. Pas trop pour permettre à un milieu académique constitué par ses traditions de conservatisme, ses chaînes hiérarchiques des professeurs agrégés aux doctorants chargés de travaux dirigés, ses tendances au repli autarcique, d'intégrer des innovations à l'inconfort mesuré. Dans le ronron du gros chat juridique, il faut entendre le souffle des esprits contestataires et anticonformistes. Je serais heureux de savoir qu'il se propage assez pour qu'un enseignement juridique critique, fut-il minoritaire, prenne consistance par le pluralisme de ses contenus et l'audace de ses méthodes.

Conclusion : critiquer le fétichisme disciplinaire et ouvrir aux sciences sociales ?

58. Inspirés par Marx, les tenants du mouvement 'critique du droit' ont souvent dénoncé le fétichisme du droit. L'enseignement traditionnel contribue à fétichiser le droit, à le présenter comme une discipline autonome à même de résoudre tous les problèmes de société. Or, que ce soit dans son contenu ou sa forme, il convient pour eux d'analyser le droit sous l'angle d'une « production idéologique conforme aux besoins de la pratique de la classe dominante »⁷⁴. D'où le souci de prendre appui en dehors du droit pour le comprendre, en particulier à partir de l'histoire, de la sociologie, des sciences politiques. Loin d'être une discipline à part entière, la science juridique a vocation à se dissoudre dans une version des sciences sociales dominée par le matérialisme historique⁷⁵. La science juridique traditionnelle est un repoussoir, les sciences sociales un horizon.

⁷⁴ M. Miaille, *une introduction critique au droit*, op. cit., p. 284.

⁷⁵ « l'hypothèse fondamentale de la collection est que la science du juridique relève d'une science du politique », Manifeste in *Pour une critique du droit.*, op. cit., p. 1. Ou encore J.J. Gleizal, op. cit., 1978, p. 111 : « La connaissance du droit se posera du même coup en termes

59. Dans ce mouvement, « on pourra assister à un renouvellement de la doctrine ... *la réflexion des juristes qui se récuse en tant que tels* devrait ouvrir la voie d'une pratique sociale réunifiant la pratique de la connaissance [de la société] et la pratique du juridique »⁷⁶. L'affirmation semble de prime abord incompatible avec celle selon laquelle « les auteurs du mouvement [critique du droit] mènent un combat politique, *en tant que juristes* »⁷⁷. Comment expliquer cette divergence ?

60. La comparaison entre l'Europe et les États-Unis apporte un élément d'explication. « La critique européenne - plus radicale et plus 'déconstructrice' - a été développée par des professeurs et des juristes qui, à la différence de leurs collègues américains, étaient en quelque sorte considérés comme étrangers au champ juridique ; comme des intellectuels non seulement opposés au pouvoir politique dominant, mais aussi trop sceptiques à l'égard du droit et des institutions. Du coup, droit et pouvoir, dans cette perspective critique ont alors été considérés comme faisant partie de la même machine politique laquelle ne pouvait pas être réformée, mais devait être purement et simplement remplacée »⁷⁸.

61. Le malaise des juristes critiques, dans le contexte académique français, réside dans la difficulté de développer une critique au sein du champ juridique. Le choix de la dénomination 'critique du droit' prend ici tout son sens : il suggère le souci de privilégier une critique externe à une critique interne, autrement dit à se focaliser sur la *critique du droit* au détriment d'une *critique juridique*. S'il était question de « sortir du droit *théoriquement* pour mieux y revenir »⁷⁹, le problème est que de retour, il n'y eut point. Distance irritée avec le droit pour les uns, dissociation frustrante entre doctrine juridique et réflexion sur le droit pour les autres. Pour enseigner le droit sur un mode critique, il faut enseigner le droit tout de même. Le conservatisme qui permet de préserver ce qui est neuf et révolutionnaire dans chaque étudiant, pour reprendre la formule d'Arendt, c'est peut être tout simplement d'accepter que l'enseignement puisse avoir le droit pour objet.

Rafael Encinas de Munagorri
Faculté de droit de Nantes
Réseau Droit sciences et techniques
Directeur du GDR CNRS 3178

nouveaux. Elle sera nécessairement celle du tout social. La science juridique deviendra science de la société, de son histoire, comme science du politique ».

76 Op. cit., p. 111.

77 J. Commaille et L. Dumoulin, dans leur introduction au dossier « De la critique du capitalisme à la réalisation de la démocratie par le droit ? », *Droit et société*, n°76/2010, p. 516.

78 M. Garcia-Villegas, op. cit., p. 53.

79 C'est nous qui soulignons. La formule, si juste dans son double sens, est attribuée à Docquois et Lochak, cf, M. Kaluszynski, « Sous les pavés, le droit : le mouvement « Critique du droit » où quand le droit retrouve la politique », *Droit et société*, 76/2010.