

## ENSEIGNER LE DROIT COMPLEXE, REDÉFINIR LE DROIT EN COMPÉTENCE

SUR UNE ANALYSE AMÉRICAINE DU PROGRAMME TRANSSYSTÉMIQUE DE MCGILL

À PROPOS DE : “TRANSSYSTEMIA – ARE WE APPROACHING A NEW LANGDELLIAN MOMENT? IS MCGILL LEADING THE WAY?”, PETER L. STRAUSS, *JOURNAL OF LEGAL EDUCATION* 56, 2006, p. 161-171, COLUMBIA PUBLIC LAW RESEARCH, PAPER N° 06-103.\*

PAR VINCENT FORRAY\*\*

*Ce texte traite du programme transsystémique d'enseignement du droit de l'Université McGill à partir d'une analyse américaine, celle de Peter Strauss. Cette analyse appelle une réflexion sur les implications théoriques (la conception du droit que le transsystémisme suggère est au carrefour des approches conceptualistes, réalistes et critiques) et catallactiques du programme (le marché produit des théories de l'enseignement du droit).*

*This paper deals with Peter Strauss's analysis about transsystemic program of legal education in which McGill University has embarked in 1999. It attempts to point out the theoretical implications of the transsystemic program and also its catallactic implications (legal education as produced by the market).*

\* Version électronique sur le site Social Science Research Network.

\*\* Maître de conférences à l'Université de Savoie (vincent.forray@gmail.com).

Notre époque a renoué avec l'idée d'un droit complexe. Il est aujourd'hui difficile de poursuivre l'ambition d'unité juridique pensée par les modernes autour de la raison<sup>1</sup>. Une telle ambition avait trouvé dans la législation nationale son relais le plus puissant, et même une forme de parachèvement. Or nous savons désormais l'insuffisance d'un droit dont l'État serait la source et la mesure exclusives. Nous le savons parce que les relations sociales se nouent entre des individus qui ne se définissent plus (seulement) par leur adhésion à une communauté nationale<sup>2</sup>; parce que les relations économiques sont mondiales. Plus spécialement, le droit qui régit un rapport professionnel peut varier en fonction des intérêts poursuivis par les parties ou des qualités attribuées à tel ou tel corps de règles. Ces règles ne sont pas toujours positives : elles ne s'appliquent pas *a priori* du fait de leur forme. Lorsqu'un contrat du commerce international est soumis aux principes Unidroit, il obéit à des règles qui ne deviennent contraignantes qu'une fois le choix en leur faveur opéré.

Dans ce monde, la solution de droit n'est qu'un possible. Qui veut être juriste doit acquérir les compétences permettant d'assumer le droit comme phénomène contingent<sup>3</sup>. Le savoir sur le droit devrait dépasser les expériences juridiques positives. Le programme d'ensei-

gnement transsystémique mené au sein de l'université McGill se donne un tel objectif.

Dans un texte paru au *Journal of Legal Education* en 2006, le professeur Peter Strauss de l'université de Columbia propose une passionnante exploration du programme transsystémique au moyen de deux interrogations. Sommes-nous à l'aube d'un nouveau moment « langdell » ? Est-ce McGill qui mène le mouvement ? Ces questions ne sont pas si étrangères aux préoccupations du lecteur français qu'il peut d'abord sembler.

Il paraît d'abord que la méthode des cas attachée au nom de Langdell n'a guère eu d'influence au pays du Code civil<sup>4</sup>. Et ceci pour des raisons de structure du système juridique. Notre jurisprudence, quoique normative, se développe dans la place laissée par la loi – les articles 4 et 5 du Code civil. Il lui manque l'élément de rigidité qui permet à celui qui l'étudie d'y puiser les principes du droit commun<sup>5</sup> : la règle du précédent. Quelque chose de comparable au « moment langdellien » – la mise en forme du droit américain par l'étude scientifique des décisions de justice – a eu peu de chances de se produire ici. À quoi s'ajoute la difficulté de concevoir, en France, le rapport de cause à effet entre une méthode doctrinale et la modification du droit positif.

De telles conclusions sont réductrices à l'excès. L'agitation de la pensée juridique française à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle s'apparente au moment langdell. Les deux mouvements partagent une idée : l'évolution nécessaire du droit appelle un changement méthodologique. La manifestation la plus durable de cette idée en France tient dans la place occupée par la jurisprudence. Celle-ci,

1 C'est pourquoi il faut re-penser la pensée du droit; v. l'essai de Madame GOYARD-FABRE, *Re-penser la pensée du droit, Les doctrines occidentales modernes au tribunal de la raison interrogative-critique*, Vrin, 2007.

2 En illustration et d'un point de vue particulier, R. KOLB, *Réflexions de philosophie du droit international*, Bruylant, éd. de l'Université de Bruxelles, 2003 : sur le développement du droit rendu nécessaire par la progression d'une idée de communauté, p. 25 sq.

3 « *Working across systems... students are made to understand how contingent law as professional practice and as theory is to perceive law as escaping systematization and [to understand] that lawyers mold legal practices to fit and shape constantly and moral understandings* ». Ce sont les mots d'un étudiant diplômé de McGill tels que les rapporte Peter STRAUSS, p. 8

4 Voy. cependant l'expérimentation de Henri CAPITANT, préface aux *Espèces choisies empruntées à la jurisprudence*, 2<sup>e</sup> éd., Dalloz, 1927.

5 La généralité des règles découvertes dans les arrêts de la Cour de cassation s'exprime pour cette raison dans des *théories* (générales) et non dans des normes, voy. S. PIMONT, *Peut-on réduire le droit en théories générales?*, Exemples en droit du contrat, RTD Civ. 2009, p. 417 sq.

séparée de la doctrine, forme un objet d'étude qui révèle le véritable droit. Les deux mouvements partagent aussi, je crois, un point de vue : la science juridique domine son objet (le droit), de sorte que l'étude du droit participe à la modification de ce dernier. En ce sens-là d'ailleurs, il y a formalisme. Et même si, par la suite, la France n'a senti que l'écume de la vague réaliste qui a submergé le formalisme langdellien, le lecteur français de Strauss en vient rapidement à partager ses interrogations sur la survenance d'un nouveau moment Langdell.

L'enjeu de ce nouveau moment se précise dès les premières pages du texte. Il s'agit de libérer l'enseignement d'une méthode dépendante du caractère national du droit. À cet égard, le juriste d'Europe sait déjà que son enseignement ne peut plus se concentrer sur un droit à l'échelle des États-nations. L'Europe juridique est une réalité qui implique une redéfinition du droit positif<sup>6</sup> ; et du droit que l'étudiant doit connaître. Le droit européen appelle un changement des méthodes d'enseignement. Le programme transsystème s'offre naturellement à la comparaison. Son objectif est de former des juristes capables de s'adapter aux différents systèmes qu'ils devront nécessairement utiliser au cours de leur carrière. Voilà qui, selon Peter Strauss, peut séduire les étudiants et placer la faculté de droit de McGill devant ses concurrentes, Columbia en l'occurrence.

À cet instant, le lecteur français peut être encore tenté de passer son chemin. La question du leadership d'une université ne devrait pas se poser en France. Normalement, il n'existe pas dans ce pays de concurrence entre les universités. La majorité des étudiants se répartit géographiquement dans des facultés qui délivrent les mêmes diplômes ; un contrat quadriennal passé avec le ministère de tutelle garantit l'équivalence. Les ensei-

gnants se distribuent équitablement dans les établissements ; des procédures nationales assurent cette distribution équitable.

Un tel cadre subit actuellement une distorsion. La concurrence entre les universités françaises – et européennes – est débattue, parce qu'elle existe. Pour s'en tenir à la France, voici un premier fait : les meilleurs bacheliers peuvent désormais recevoir un enseignement spécifique au sein d'universités plus prestigieuses que d'autres. Un autre fait : les facultés de droit vivent la fin d'un monopole. La formation juridique peut-être dispensée ailleurs. Ceux qui la suivent au sein d'instituts prestigieux, d'écoles ou de sociétés commerciales entreprenantes ont davantage de chances d'entrer à l'école des avocats. L'enseignement du droit est l'objet d'un marché ; comme le savoir juridique. Pour demeurer compétitive, l'entreprise du savoir doit s'adapter :

*«We have to take the next step, not just because we ought to want it as an intellectual matter [...] but also because the changing market for legal services will reward the schools that adapt and punish those that do not.»*

Il apparaît que le programme transsystème du droit répond à un ordre du marché ; un besoin de compétences juridiques à l'heure de la mondialisation des échanges. Le marché de l'emploi des diplômés constitue alors le critère du droit qu'il faut enseigner. Par voie de conséquence, il positionne aussi les universités les unes par rapport aux autres (*is McGill leading the way?*). Marché, demande, concurrence, voici qui témoigne des *implications catallactiques*<sup>7</sup> de l'enseignement transsystème tel que l'auteur choisit d'en traiter.

On trouve autre chose dans l'article de Peter Strauss. Il suggère à plusieurs reprises que le programme

6 Le premier chapitre de *l'Introduction au droit européen* de J.-S. BERGE et S. ROBIN-OLIVIER met en rapport «le droit européen et la définition du droit», PUF, 2008, p. 21 sq.

7 L'adjectif signifie relatif au marché comme lieu d'échanges. La catallactique désigne la science des échanges, la connaissance des phénomènes de marché. Hayek forme le mot «catallaxie» pour nommer l'ordre du marché, voy. *Droit, législation et liberté*, préface Ph. NEMO, PUF, éd. Quadriga 2007, p. 531-532.

transsystemique rejette l'étude académique du droit réduite à celle d'un système formel ou positif<sup>8</sup>. Davantage, l'enseignement transsystemique fait suite à la possibilité de séparer les questions de droit du système dans lesquelles elles se posent. Au fond, il offre une réponse nouvelle à la question «qu'est ce que le droit?»<sup>9</sup>; et cette réponse peut déconcerter. Le droit est la compétence propre au juriste. Par conséquent, le droit reconquiert une certaine autonomie dans l'ordre des savoirs. Bien entendu, cela aussi fait songer au moment Langdell<sup>10</sup>. Déterminer le contenu du savoir à transmettre aux étudiants en droit apparaît comme un problème conceptuel. Voici qui témoigne des *implications théoriques* de l'enseignement transsystemique.

Avant de considérer le programme transsystemique dans ses dimensions théoriques et catallactiques, il faut en décrire les grandes orientations.

### 1. Les orientations du programme

En 1994, les membres de la faculté de droit de McGill se réunissent pendant deux jours afin de dégager les orientations d'un nouveau cursus. Ils répondent à une série de questions à propos «des relations entre leur faculté, les professions juridiques et l'université, à propos du contexte social et politique au sein duquel la faculté

évolue, des étudiants qui la composent, du créneau particulier qu'elle occupe dans l'enseignement, de son contexte intellectuel spécifique»<sup>11</sup>. Une ambition ressort des travaux du *Curriculum Review Comitee* alors formé et qui se réunit régulièrement par la suite: adopter un programme d'enseignement qui récolte les fruits de la tradition intellectuelle de McGill. Tradition qui s'anime autour des questions «de pluralisme juridique et de normativité non-étatique, de systèmes juridiques transnationaux, de théorie du droit»<sup>12</sup>.

Le programme transsystemique intègre l'offre de formation de McGill à partir de 1999. Il organise l'étude du droit civil et du *common law* selon un cursus «comparatif, bilingue, multi-système, pluraliste et dialogique»<sup>13</sup>. Il s'agit pour les étudiants, selon les mots de Jean-Guy Belley, d'acquérir la capacité de «se mouvoir efficacement d'un système de pensée juridique à un autre système de pensée juridique plus ou moins éloignés l'un de l'autre»<sup>14</sup>. L'ambition et la subtilité du projet peuvent alors s'entrevoir. Il ne s'agit pas de développer l'apprentissage séquentiel des solutions attachées à tel ou tel système mais d'alimenter un savoir global qui transcende les droits positifs. Comment cela?

Peter Strauss relate qu'il faut plusieurs semaines pour qu'un cas soit analysé ou un texte commenté. Les premiers cours sont organisés autour d'exposés historiques et théoriques qui doivent permettre de concevoir

8 Rapp. P. GLENN, *Doin' the Transsystemic: Legal Systems and Legal Traditions*, Revue de droit de McGill, n° 50, 2005, p. 863 sq. : «The question [posée par les termes d'enseignement transsystemique] raises fundamental issues about the conceptualization of law and about one should think, and teach, the laws of the world and their relations to one another. It also raises a fundamental challenge to the idea of law conceived in terms of legal systems, probably the most persuasive concept of western legal thought for the last two centuries, now used more or less indiscriminately to describe laws of all provenances and types», p. 865 pour la citation.

9 La question de la théorie du droit chez HART, voy. *Le concept de droit*, trad. M. van de KERCHOVE avec J. van DROOGHENBROECK et R. CELIS, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1976, p. 13 sq.

10 Ph. JESTAZ, C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 269 sq.

11 H. ARTHURS, *Madly Off in One Direction: McGill's New Integrated, Polyjurial, Transsystemic Law programme*, (2005) 50 McGill L.J. 707, p. 711.

12 H. ARTHURS, *op. cit.*, p. 713.

13 R. JUKIER, *How to Introduce Similarities and Differences and Discuss Common Problems in the Classroom*, Intervention à la conférence 2007 de l'Association internationale des écoles de droit: *Learning from each other: Enriching the Law School Curriculum in an Interrelated World*, article disponible sur le site internet du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec, p. 2.

14 Présentation du cours d'obligations contractuelles du professeur BELLEY, disponible sur le site internet du Centre de recherche en droit privé et comparé du Québec.

la communauté des droits positifs. Cette communauté n'émerge pas des législations mais des questions posées au juriste.

«*Earlier meetings were given over to historical exegesis, or theoretical writings, that tended to emphasize the commonalities among the kinds of problems that people bring to lawyers*».

Dès les premières heures de cours, la complexité du droit est comme révélée aux étudiants : ils doivent rejeter l'idée de vérité juridique, accepter celle de multiplicité des réponses possibles en cas de litige. Le droit se présente alors selon une perspective exactement inverse à celle de la théorie des sources. Dans les enseignements français, l'habitude s'est prise de ramener rapidement le droit à ses sources ; et au premier rang d'entre elles, les normes juridiques. Nous assimilons donc tôt dans nos études le rapport de la règle et du droit<sup>15</sup> : *le droit vient des normes juridiques*. Le programme transsystémique propose un autre rapport : *le droit vient des questions posées au juriste*<sup>16</sup>. Ces questions se posent partout ; seules les règles changent. Les normes juridiques et les cas sont présentés aux étudiants comme des *hypothèses* de réponse à une question<sup>17</sup>. Ceci rend possible l'étude, au même niveau et simultanément, de systèmes différents, systèmes non-positifs compris (principes Unidroit, Principes Européens du Droit du Contrat).

15 V. en exemple l'introduction de PLANIOL au *Traité élémentaire de droit civil*, 8<sup>e</sup> éd., t. I, Paris L.G.D.J., 1920 : l'analyse des sources se présente dès la page 4, l'ensemble de l'introduction entretient l'idée que le droit est fruit de la règle ; voy. également le premier chapitre du *Traité de droit constitutionnel* de DUGUIT, 3<sup>e</sup> éd. t. I, *La règle de droit – Le problème de l'État*, Paris 1927 ; de même CARBONNIER place la règle de droit au premier rang des « phénomènes du droit », à savoir ceux « qui donnent au droit la visibilité sans laquelle ils ne pourraient être observés », *Droit civil*, 1., PUF, 1<sup>re</sup> éd. Quadrige, n<sup>o</sup>, 4 sq.

16 On pourrait écrire, prenant JHERING en référence (*La lutte pour le droit*, trad. O. de MEULENAERE, 1890, rééd. Dalloz, 2006, Présentation d'Olivier JOUANJAN) : le juriste, celui chargé de défendre l'un ou l'autre des intérêts dont l'opposition produit le droit.

17 R. JUKIER, *op. cit.*, p. 3.

A McGill, le droit des obligations forme l'essentiel des cours de première année. La matière est naturellement propice à l'apprentissage du droit par questions, un droit qui ne dépend pas d'une législation prédéterminée : «*have the parties reached what the law will recognize to be a mutually binding accord? What kind of injuries will be recognized as warranting legal redress, and to what extent?*» Planiol, parmi d'autres<sup>18</sup>, indiquait déjà que les obligations offrent au savoir juridique un contenu élémentaire<sup>19</sup>. Les modifications législatives n'altèrent que lentement la part scientifique du droit des obligations. L'obligation est objet de droit indépendamment du système qui règle tel ou tel aspect de son régime<sup>20</sup>. Une fois que l'on a étudié le contrat, le délit, le paiement, leur traitement différent en droit français ou allemand n'atteint pas l'idée qu'on s'en fait (le concept). Et le concept forme un point de repère pour le juriste professionnel ; il lui permet de s'orienter parmi les droits positifs. À l'inverse, lier la connaissance élémentaire de l'obligation aux solutions en vigueur dans tel ou tel système rend plus difficile l'appréhension de l'altérité juridique.

La communauté des questions de droit se révèle par d'autres biais que l'étude juridique abstraite. Le programme transsystémique veut être interdisciplinaire. Le professeur Belley indique ainsi qu'au sein du cours de droit des contrats « la transformation des droits positifs et la dialectique des théories juridiques sont mises en rap-

18 V. par ex. l'introduction de SALEILLES à *l'Étude sur la théorie générale de l'obligation*, 3<sup>e</sup> éd. 1925, réimpr. La mémoire du droit, 2001.

19 «*Quand on envisage l'obligation abstraction faite de ses différentes sources, on voit apparaître en elle la partie la plus générale de la loi, celle qui contient toutes les notions fondamentales de la science du droit. [...] Il faudrait même aller plus loin. Si l'on voulait organiser pour le droit civil une méthode d'enseignement appropriée à ce genre d'étude, on devrait mettre en tête la théorie générale des obligations*», *Traité*, t. II, préface p. VII-VIII.

20 PLANIOL, *op. cit.*, p. IX, n<sup>o</sup> 2 : «*cette partie du droit a donc un caractère à part ; on n'y retrouve pas en général l'intérêt social ou politique, qui s'attache aux diverses matières du droit*».

port avec celles de l'économie et des idéologies sociopolitiques»<sup>21</sup>. Une telle position permet certainement de se prémunir contre un excès d'abstraction. La conceptualisation qu'implique le transsystème ne doit pas faire oublier que les enjeux du droit lui sont extérieurs, fonctions de l'intérêt en cause<sup>22</sup>. Pour se représenter celui-ci, il faut faire appel à d'autres savoirs. La portée de l'ambition interdisciplinaire ne doit cependant pas être surestimée. Harry Arthurs relève que très peu de cours se présentent comme explicitement interdisciplinaires<sup>23</sup>. Il estime que le développement du programme transsystème et son implantation au-delà de McGill passent par une rectification sur ce point.

À ce stade, l'enseignement transsystème se présente comme autre chose qu'une nouvelle manière d'organiser un cours de droit. Il doit son originalité à l'effort de réflexion réalisé sur l'objet droit. Qu'un professeur de Columbia se demande si McGill mène le nouveau moment langdell en dit long sur les implications théoriques de son programme.

## 2. Les implications théoriques du programme

Peter Strauss ne rapporte pas directement le programme transsystème à une redéfinition du droit. Toutefois, il suggère à plusieurs reprises que son adoption passe par une conception nouvelle du droit – celui qu'on enseigne. Plus précisément, il invite à dépasser certaines réticences qui tiendraient à une approche trop exclusive – trop nationale ou trop étatique. Pour cela, il fait appel à sa première expérience d'enseignement à la faculté Haile Sellassie en Éthiopie. Il relate qu'il lui a été possible de

dépasser son ignorance des droits codifiés en compagnie de juristes formés au sein de ces systèmes. Il a suffi de rattacher la connaissance juridique aux problèmes communs des systèmes plutôt qu'aux droits positifs. Peter Strauss prend l'exemple du droit pénal. Il relève que les sociétés considèrent le meurtre, l'incendie criminel, le viol comme des actes de violence; elles partagent aussi des questions telles que la causalité, le discernement, le fait justificatif, la défense. De positif, c'est-à-dire vrai ou valide dans un environnement donné, le droit devient savoir, (re)connaissable par le juriste d'où qu'il vienne. L'enseignement des éléments partagés par différents systèmes formels devient possible; la communication s'établit pourrait-on dire et un *droit commun* émerge. Le lien entre le programme transsystème et un nouveau moment langdell m'apparaît noué ici. Un bref retour sur le premier moment langdell s'impose pour comprendre le « nouveau ».

Méthode des cas et formalisme; voilà ce qu'évoque d'abord le nom de Christopher Columbus Langdell<sup>24</sup>. La méthode des cas consiste à dégager les principes du droit par l'étude des décisions de justice. Celles-ci ont été sélectionnées par le professeur, spécialiste de la science juridique. L'emploi du mot « formalisme » s'explique de plusieurs manières<sup>25</sup>. Dans la conception langdellienne, les décisions individuelles procèdent de règles juridiques préexistantes et qui font système, sans considération de politique ou de justice: le droit se suffit à lui-même<sup>26</sup>. Le

21 *Op. cit.*

22 On songe à Jhering et à cette sorte d'achèvement que la jurisprudence des intérêts trouve dans son livre *Zweck im Recht* (traduit en tant que *L'évolution du droit* par de MEULENAERE, Paris, 1901); le droit se comprend par ses buts: le débiteur ne paie pas sa dette parce qu'il le doit mais pour se libérer.

23 *Op. cit.*, p. 715.

24 V. Ph. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 269 sq.; et S. HENNETTE-VAUCHEZ au *Dictionnaire des grandes œuvres juridiques*, dir. O. Cayla, J.-L. Halperin, p. 341 sq.

25 Ce qui tient à la variété de ses sens dans la théorie juridique, v. *formalisme juridique* par M. JORI, N. ARNAUD-DUC et A.-J. ARNAUD au *Dictionnaire de théorie et de sociologie du droit*, dir. A.-J. ARNAUD, 26 Ce que P. J. KELLEY appelle *extreme legalism*: « *the position that judges ought to decide a current case based on the rules established by past precedent, without appeals to special claims of justice in an individual case, and without appeals to any higher-order normative principles beyond or in back of the prior precedent* », Holmes, Langdell

rôle primordial du *stare decisis* donne encore sa mesure au formalisme langdellien : le précédent fixe le principe à suivre ; il formalise la règle dans la mesure où il la rigidifie<sup>27</sup>. Le formalisme vient aussi au terme d'une conviction langdellienne et son corollaire : le classement des principes juridiques établi selon des critères logiques assure la scientificité du droit ; corrélativement, la bonne solution à un cas peut être établie scientifiquement<sup>28</sup>.

À l'évidence, la méthode des cas et le formalisme ne sont pas les éléments auxquels Strauss renvoie lorsqu'il rapproche le programme transsystémique du moment langdell. Il propose une lecture historique de ce dernier. Langdell prend la tête de la faculté de droit de Harvard au cours d'une période de changements dans la société américaine. L'économie se « nationalise », ce qui signifie ici que les transactions inter-étatiques s'intensifient de manière inédite. La dimension nouvelle des échanges appelle un droit plus global. L'étude des cas sélectionnés par le professeur amène à le découvrir. Ainsi, Langdell contribue à dégager le *common law* comme facteur d'unification du droit américain<sup>29</sup>.

Une autre conception de la science juridique est alors à l'œuvre. Le droit constitue une discipline autonome au sein des sciences sociales<sup>30</sup>. Dans le célèbre discours prononcé à l'occasion du 250<sup>e</sup> anniversaire de l'Université de Harvard, Langdell se livre à une profession de foi. On est alors en 1886 et sa méthode a propulsé l'école de droit de Harvard devant celle de Columbia.

*and Formalism, Ratio Juris*, vol. 15, 2002, p. 26 sq., disponible sur la base Wiley, p. 48 pour la citation.

27 Le mot est de CARBONNIER : « le *stare decisis* a été introduit pour donner une rigidité, donc une sécurité au droit », *op. cit.*, n° 148.

28 Ph. JESTAZ et C. JAMIN, *op. et loc. cit.*

29 « To Langdell, law meant common law », E. RUBIN, *What's wrong with Langdell's Method, and what to do about it*, *Vanderbilt law review*, vol. 60, 2007, p. 609 sq., spec. p. 616 sq.

30 Ce pourquoi le nom de LANGDELL s'attache à la pensée juridique classique américaine, v. D. KENNEDY, *Towards an historical understandings of legal consciousness: the case of classical legal thought in America, 1850-1940*.

Le succès – et les critiques – rendent possible un positionnement plus affirmé de la part du doyen : le droit est une science dont les matériaux se trouvent dans les livres<sup>31</sup>. Il s'agit donc d'une science qui a son objet propre. Le droit est un phénomène positif, empirique même, qui s'observe au travers des décisions de justice sélectionnées dans les *case books*. La science juridique peut alors – et doit – étudier le droit tel qu'il est, ce qui sous-entend qu'elle laisse à d'autres savoirs le soin de l'étudier tel qu'il devrait être<sup>32</sup>. Ici encore, la posture est formaliste : droit et morale se distinguent, ce qui ne peut advenir qu'à condition d'identifier le droit à coup sûr, formellement<sup>33</sup>.

La postérité de la méthode langdellienne doit probablement beaucoup à la théorie nouvelle du droit qui s'en dégage. Il me semble que la méthode s'impose moins pour des raisons pédagogiques qu'en raison de sa stabilité conceptuelle. À sa genèse, se trouve la question : quel droit faut-il enseigner ? Et non pas : comment organiser les études de droit ? La réponse à la première question se dessinant, le programme des études de droit peut suivre. Et de fait, le mode d'organisation des études de droit proposé par Langdell est devenu le programme des facultés américaines.

31 « law is a science and... all the available materials of that science are contained in printed books ». La citation est connue et souvent commentée. Ont été utilisés ici deux textes qui en contiennent l'analyse, au moins partielle : P. J. KELLEY, *op. cit.* ; L. A. GROSSMAN, *Langdell Upside Down: the Anticlassical Jurisprudence of Anticodification*, Berkeley Electronic Legal Series, 2006, paper 1004, disponible sur law.bepress.com ; il faut également citer T.C. GRAY, *Langdell's orthodoxy*, *University of Pittsburgh Law Review*, 1983, texte décrit comme le plus influent des articles modernes sur Langdell par Grossman, malheureusement introuvable sur l'internet.

32 Voy. l'analyse critique du conflit des facultés menée du côté du droit par M. XIFARAS, *Droit rationnel et droit romain chez Kant. Note sur le conflit des facultés, in Généalogie des savoirs juridiques contemporains, Le carrefour des Lumières*, dir. M. XIFARAS, Bruylant, 2007, p. 123 sq.

33 En ce sens, P.J. KELLEY, *op. cit.*, rapp. du *pedigree* de la règle dont parle DWORKIN dans *Prendre les droits au sérieux*, PUF, 1995.

Voici ce que l'on peut retenir du moment langdell pour comprendre le rapprochement opéré par Peter Strauss avec le transsystemique :

- Il facilite le passage des particularismes du droit des états à un droit plus global.
- Il opère un changement radical dans la manière d'enseigner le droit.
- Il inaugure une conception nouvelle de la science juridique comme science autonome qui étudie un objet spécifique.

Lorsque McGill organise le *Curriculum Review Comitee*, l'heure n'est plus à la méthode des cas. La *sociological jurisprudence*, le réalisme, les *critical legal studies* ont, parmi d'autres mouvements de la pensée juridique, politique ou économique, organisé une critique puissante du formalisme langdellien. La rénovation des études de droit ne peut l'occulter. Par ailleurs, McGill a recueilli – tradition civiliste oblige – le legs de l'activité intellectuelle européenne. Ainsi, pandectisme, jurisprudence des intérêts, méthodes historico-comparatives marquent de leur empreinte le projet théorique. Au milieu de ce foisonnement culturel, que peut alors signifier « transsystemia – are we approaching an new langdellian moment » ? Simplement que des convergences existent :

- Comme en 1870, un nouveau programme d'enseignement veut tirer les conséquences de la globalisation juridique. La différence tient à l'ampleur du phénomène : cantonné aux États-Unis d'Amérique au XIX<sup>e</sup> siècle, mis à l'échelle du monde au XXI<sup>e</sup> siècle.
- Le programme transsystemique substitue un nouveau matériel d'enseignement à l'ancien comme la méthode des cas l'imposait en son temps (les *case books* remplacent les *text books*). Les étudiants de McGill doivent se munir de livres en *common law* et en droit civil. La simultanéité de l'étude surprend davantage que son ampleur. Le bi-juridisme

québécois appelle une double compétence pour qui veut être un juriste complet. Mais d'habitude, *common law* et droit civil sont étudiés séparément. La méthode langdellienne et la méthode transsystemique se rapprochent aussi sur un autre point dans l'amphithéâtre. Elles empruntent pareillement à la méthode socratique qui organise la progression du savoir par le dialogue et la controverse.

- De manière plus spectaculaire, l'enseignement transsystemique est le prolongement pédagogique d'un changement de conception de l'objet de la science juridique<sup>34</sup>. Ce dernier ne se limite pas au droit positif, formellement rattaché à un système. Il est une compétence permettant au juriste de répondre à la question qu'on lui pose / de défendre l'intérêt en cause, quelles que soient les règles en vigueur. Au fond, le droit est conçu comme un savoir, un savoir spécifique en raison de son utilité pratique. La proximité avec le moment langdell est alors évidente et Peter Strauss le souligne dans le texte : le droit est une science autonome au sein des sciences sociales.

C'est pourtant sur ce dernier point que les différences les plus flagrantes apparaissent. Le transsystemisme n'est pas formaliste. La science du droit est un savoir spécifique, mais certainement pas parce que son objet serait lui-même isolé, définissable hors de ce qui fait l'objet des sciences sociales. Il est spécifique parce qu'irréductiblement utile. Il faut pour cela admettre que le juriste professionnel a une utilité qui lui est propre dans ce monde. Sur ce point précisément, le transsystemisme hérite de certains mouvements critiques américains, disons réalisme et CLS. L'utilité des juristes s'accroît dans la mesure de leur capacité à déconstruire. Celle-ci conditionne l'aptitude de se mouvoir d'un système à l'autre. L'ambition du programme de McGill est à la mesure

34 P. GLENN, *op. cit.*

de la complexité du droit. La théorie langdellienne est à classer du côté du rationalisme constructiviste. Le programme transsystemique ne construit qu'une théorie de la connaissance juridique; celle-ci s'appuie sur le constat empirique (le bi-juridisme québécois est une expérience) de la relativité du droit.

Au carrefour de la jurisprudence du droit romain, du conceptualisme, du réalisme et des théories critiques en général, les implications théoriques du programme transsystemique ne laissent pas le lecteur européen en terre inconnue.

McGill propose un contre-modèle particulièrement stimulant. En particulier à tous ceux qui ont pris l'habitude séculaire de construire leur enseignement autour d'une synthèse du droit positif et des théories générales qui finissent par se confondre au fil de leur plume.

Ce n'est pourtant pas cela que Peter Strauss privilégie lorsqu'il se demande si les facultés américaines doivent importer l'enseignement transsystemique. L'enjeu principal est ailleurs, sur le marché du droit et de l'enseignement du droit. Les implications catallactiques du programme transsystemique surprennent.

### 3. Les implications catallactiques du programme

Le Doyen Langdell contribue à installer le leadership de Harvard qui passe alors devant Columbia. L'histoire du moment langdell est donc aussi celle du changement dans la hiérarchie des universités américaines. Le recrutement par les firmes de New-York fournit le critère qui permet d'établir la hiérarchie. C'est ainsi que Peter Strauss aborde son exploration du programme transsystemique. Une question domine le texte. L'École de droit de Columbia doit-elle suivre McGill dans le transsystemisme, comme elle avait naguère suivi Harvard dans l'enseignement du droit national américain (contre l'enseignement du droit des États)? L'enjeu

n'est pas que scientifique. Il est économique. Le marché sanctionnera Columbia si elle fait les mauvais choix. Les étudiants s'inscriront ailleurs, dans les facultés qui ont pris la mesure du changement de paradigme.

Pour Peter Strauss, il est entendu que les mutations économiques contemporaines sont comparables à celles survenues aux États-Unis au lendemain de la guerre civile. Cela veut dire que de nouveaux besoins de droit se font sentir. L'activité économique mondialisée appelle des juristes aux aptitudes renouvelées<sup>35</sup>. Des juristes capables de défendre les intérêts des individus quel que soit le système juridique dans lequel ils évoluent.

La problématique du marché présente une double dimension. Plus exactement, l'enseignement transsystemique apporte une réponse possible à deux types de demandes interdépendantes. La première est celle des employeurs. Les facultés de droit doivent répondre aux besoins du marché de l'emploi des juristes. La seconde demande est, par contrecoup, celle des étudiants. Les facultés de droit doivent répondre aux besoins du marché de l'enseignement du droit.

Le constat appelle une remarque. Le lien sur lequel Peter Strauss insiste entre la transmission du savoir et le marché apparaît tel qu'il conduit à inverser la perspective que l'on connaît en France dans les facultés de droit. Par habitude, les propositions théoriques sur le droit sont indirectement connectées au marché de l'emploi des juristes. Le propos doit être ici borné aux théories de la dogmatique juridique. En effet, les juristes dogmaticiens sont dans un rapport de proximité avec ce qu'on appelle la pratique juridique du fait de leur objet<sup>36</sup>. La méthode

35 A.-J. ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation, Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, L.G.D.J., Droit et société, 1998.

36 La dogmatique juridique est définie au *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* comme le « domaine de la science du droit consacré à l'interprétation et à la systématisation des normes juridiques », *op. cit.*, *Dogmatique juridique* par A. AARNIO et N. ARNAUD-DUC.

inductive qui domine la dogmatique fait que ses théories ont une fonction essentiellement descriptive du droit positif. Elles sont des instruments du savoir, indifféremment de leur utilité pour celui qui cherche un emploi de juriste professionnel. On n'enseigne pas telle ou telle théorie (l'obligation, le patrimoine, la cause, la preuve) parce qu'elle offre à l'étudiant qui la maîtrise une chance supplémentaire d'être embauché. Mais parce que c'est un bon moyen de comprendre le droit positif. En conséquence, l'orientation du marché de l'emploi des juristes n'est jamais considérée comme une problématique scientifique pour la dogmatique.

Au contraire, le programme transsystemique, vu par Peter Strauss, témoigne de ce qu'un projet théorique peut trouver sa source dans la question de l'emploi des futurs juristes. Le contenu du savoir à transmettre est lié à une conception du droit elle-même dépendante de ce qu'attend le marché d'un juriste dans une économie mondialisée. Et le choix a été fait d'offrir à l'étudiant un arsenal de théories qui seront utilisées dans sa pratique, au gré des intérêts qu'il aura en charge. On comprend alors que la concurrence entre les universités peut être pleinement scientifique – la science est objet de marché : les théories juridiques s'affrontent aussi bien qu'au procès. L'option en faveur de telle ou telle théorie peut faire basculer la hiérarchie des universités, comme le choix des conceptions langdellienne l'a fait dans la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle

Le rapport de l'enseignement au marché suggère autre chose. Il permet de préciser la portée de l'expression « dogmatique juridique ». Celle-ci s'abstrait de tout marché ; elle ne comporte aucune dimension catallactique. Ceci a probablement été pour beaucoup dans la réussite pédagogique des théories dogmatiques<sup>37</sup>. C'est peut-être

aujourd'hui un handicap compte tenu des changements portés par la mondialisation dans le domaine du droit. L'ambition descriptive de la dogmatique fait que l'évolution du droit appelle un constat de sa part à compter du moment où ce changement se répercute au plan normatif. Il est inconcevable que l'enseignement du droit participe à la modification du droit. Les analyses dynamiques, réalistes, politiques ne sont alors pas du ressort des facultés de droit. Décrire le système de normes juridiques tel qu'il est voilà la tâche du juriste universitaire ; Langdell le pensait aussi. Mais il a pourtant, pour cette raison, contribué à façonner le droit américain de son temps. Le paradoxe serait que le legs de l'ancien moment Langdell nous empêche de préparer le nouveau.

La question de l'importation de l'enseignement transsystemique à Columbia reste ouverte au terme de l'article de Peter Strauss. Il y est favorable, fait des propositions en ce sens mais laisse le marché décider. Son texte provoque, en fin de compte, chez un juriste universitaire français d'autres interrogations : délivre-t-on encore un savoir adapté à la complexité du monde ? Peut-on jurer que nous sommes utiles ? Parmi d'autres possibles, McGill propose une réponse.

37 CARBONNIER, *L'esprit sociologique dans les facultés de droit*, L'année sociologique (Sociologie juridique et morale, V), 1964, p. 466-469, reproduit dans les *Écrits*, textes réunis par R. VERDIER, PUF, 2008, p. 946 sq.

**Jurisprudence**  
*Revue critique*

## SOMMAIRE

<b>Varia</b> .....	11
Les civilistes français vont-ils disparaître? Par Philippe REMY .....	13
Une alternative phénoménologique de gauche aux théories de l'interprétation de HART et KELSEN Par Duncan KENNEDY .....	19
L'image du « démembrement » dans la doctrine française Par Michel BOUDOT .....	33
Positivismisme et droits de l'homme Par Éric MILLARD .....	47
Dignité et droits de l'homme Par Ricardo A. GUIBOURG .....	53
<i>Hauptprobleme der Staatsrechtslehre,</i> Les fondements d'une théorie pure du droit Présentation de la préface à la seconde édition des « Problèmes fondamentaux de la théorie juridique de l'État développés à partir de la théorie de la proposition juridique » Par Sandrine PINA .....	61
Préface à la seconde édition des « Problèmes fondamentaux de la théorie juridique de l'État développés à partir de la théorie de la proposition juridique » Par Hans KELSEN .....	71
<b>L'enseignement du droit au début du XXI<sup>e</sup> siècle, perspectives critiques</b> .....	87
Présentation Par Sébastien PIMONT .....	89
<b>Actes du séminaire du 3 juillet 2009</b>	
Le programme d'enseignement transsystémique du droit à l'Université McGill Par Jean-Guy BELLEY .....	93
Discussion.....	100

L'enseignement du droit en Espagne	
Par Yann FAVIER.....	103
Discussion : L'enseignement du droit romain.....	109
L'enseignement du droit aux États-Unis	
Par Marie MERCAT-BRUNS.....	113
Discussion.....	121
L'enseignement du droit à Sciences Po :	
autour de la polémique suscitée par l'arrêté du 21 mars 2007	
Par Christophe JAMIN.....	125
Discussion.....	137
De l'enseignement universitaire du droit à une pratique juridictionnelle	
Par Geneviève GONDOUIN .....	141
Discussion.....	149
L'enseignement du droit dans les écoles d'avocat	
Par Jean-Pierre MAISONNAS.....	155
Enseigner et penser le droit avec des « non juristes »	
et avec des juristes qui doutent	
Par Gilda NICOLAU.....	163
Discussion.....	180
La part de la recherche dans l'enseignement du droit	
Par Antoine JEAMMAUD.....	181
Discussion.....	207
<b>Contributions sur l'enseignement du droit</b> .....	<b>215</b>
Brèves notes sur l'enseignement du droit	
Par Gilbert ORSONI.....	217
De l'enseignement du droit au droit à l'enseignement – Variations sur	
l'éducation juridique et les moyens d'ascension sociale au Brésil	
Par Wellerson MIRANDA PEREIRA .....	223
Pour une consécration du principe « <i>Docendo Discimus</i> » dans l'enseignement universitaire	
Par Petr MUZNY .....	233
L'enseignement du droit. Un modèle en équilibre (précaire) entre théorie et pratique	
Par Antonio DI ROSA.....	241

L'enseignement du droit. Bibliographie sélective.....	261
<b>Chronique des idées</b> .....	265
Enseigner le droit complexe, redéfinir le droit en compétence Sur une analyse américaine du programme transsystémique de McGill Par Vincent FORRAY.....	267
La jurisprudence de John Austin. À propos de <i>The Province of Jurisprudence Determined</i> et <i>The Uses of the Study of Jurisprudence</i> Par Alexandre GUIGUE .....	277
L'étude du droit de l'Union européenne aux États-Unis Par Sébastien MARCIALI .....	293
Pour aller plus loin et reconsidérer notre humanité en lisant l'ouvrage de Corinne Pelluchon : <i>L'autonomie brisée</i> Par Geneviève PIGNARRE .....	315
<i>Sexy scholar</i> . Les charmes de la pensée critique nord-américaine À propos de <i>Sexy Dressing, violences sexuelles et érotisation de la domination</i> , Duncan Kennedy, avant-propos M. Xifaras Par Sébastien PIMONT .....	329
L'œuvre d'Antoine Favre, entre humanisme et rationalisme Par Christophe QUEZEL-AMBRUNAZ .....	339