



HAL
open science

Sur les usages de la notion d'école de pensée en droit

Jean-Yves Cherot

► **To cite this version:**

Jean-Yves Cherot. Sur les usages de la notion d'école de pensée en droit. Les écoles de pensée en droit. Legal Schools of Thought, RDUS, 2021, 978-2-920003-71-2. hal-03312772

HAL Id: hal-03312772

<https://amu.hal.science/hal-03312772>

Submitted on 11 Sep 2021

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.

LE MOT DE LA FIN
SUR LES USAGES DE LA NOTION
D'ÉCOLE DE PENSÉE.
LES ÉCOLES DE PENSÉE EN DROIT

Jean-Yves Chérot*

* Laboratoire de théorie du droit, Aix Marseille Université.

Les interventions que nous avons entendues expriment une mise en garde. Les usages de la notion d'école de pensée, en droit, comme sans doute dans d'autres champs, peuvent être abusifs, créer un « homme de paille » (*strawman*) ou plutôt ici, comme l'a écrit François-Xavier Licari, des « écoles de paille », exacerber des controverses inutiles, mettre l'accent sur des différences mineures et reposant sur « un *habitus* scholastique aux effets secondaires potentiellement indésirables » (F-X Licari, « *Ecolifier* » : *un exercice pour les « jurisprudes » ? Un peu de réalisme à propos des écoles de pensée en droit*). Mais elles nous ont aussi rappelé que l'on pouvait difficilement faire abstraction de la référence à de telles écoles de pensée, pour des raisons didactiques et même heuristiques (Nader Hakim, *Les écoles dans la pensée juridique française contemporaine entre historiographie et discours doctrinal*). Cela a pu être vérifié par de nombreuses communications dont les auteurs ont affronté la difficulté et les critiques attendues en démontrant par l'exemple l'utilité qu'il pouvait y avoir à chercher à révéler une école de pensée comme l'a fait Frédéric Rouvière pour « l'école d'Aix de méthodologie juridique » et Sédjro Axel-Luc Hountohotegbé et Véronique Fraser pour « l'école de Sherbrooke » (*La construction de l'École de Sherbrooke : l'intégration du pluralisme juridique et de la pensée systémique pour repenser l'accès à la justice*). Adam Croon a montré comment la référence à une école de pensée pouvait avoir une réelle influence dans les faits. Ici : l'influence qu'a pu avoir en Suède la référence à l'école historique du droit pour une réforme substantielle de la formation des juristes à la toute fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle (*Swedish Legal Education Reform in the 19th century and the German Historical School of Jurisprudence*). On retiendra tout spécialement les sages observations de Stefan Goltzberg qui recommande un usage raisonnable, « économe » pour reprendre son expression, de la référence aux écoles de pensée (*École juridique ou technique juridique*).

Laissez-moi tout d'abord mettre le point sur une distinction utile si l'on veut regarder de façon empirique les écoles de pensée. Elles sont souvent présentées comme comportant deux aspects, un aspect institutionnel (un groupe d'hommes dans une relation d'échanges, des maîtres et des disciples,

un lieu, une institution, une revue peut-être) et un aspect intellectuel (une doctrine, des thèses originales, la création d'un nouveau courant de pensée, l'importance attachée à certaines méthodes, une conception du droit, etc.), ce que l'on a entendu et lu dans les communications notamment de François-Xavier Licari (communication précitée) et de Sacha Sydorik (*Les écoles de pensée dans le droit public français contemporain : de l'usage politique d'une idée mythique*).

Il me semble pourtant que, bien qu'il existe toujours une combinaison de ces deux aspects, une distinction, un clivage entre ces deux dimensions, prenant aussi sa source dans la diversité des écoles de pensée, permet de rendre compte de deux approches possibles dans leur étude. Car il y a bien dans l'analyse des écoles de pensée, comme notre congrès l'a d'ailleurs illustré, d'une part, une approche de type sociologique, plus précisément une approche morphologique, d'autre part, une approche selon une méthode de l'histoire des idées ou de la pensée. Dans l'approche sociologique, ce sont bien d'abord les institutions, plus encore les interactions entre les hommes, les relations de maître à disciples, les échanges de lettres, les relations d'influence, le travail en commun, voire les débats et les controverses internes au groupe qui vont être mis au centre, les thèses, les doctrines et les théories étant étudiées dans l'objectif de mieux identifier le groupe et regardées comme « lieux » d'échanges et de controverses. C'est une telle approche qui a été menée par Gregory Lewkovicz dans la présentation de l'école de Bruxelles pendant le « moment 1900 » (*La naissance de l'école de Bruxelles et le tournant 1900*) et encore par Arnaud van Waeyenberge pour un autre « moment » de l'école de Bruxelles (*L'école de Bruxelles à la conquête de l'Europe*), comme par Benoît Kanabus (*L'école de Louvain ou la réaction catholique au tournant sociologique*). Dans une seconde approche, celle qui relève du type d'histoire de la pensée, on peut détacher les écoles de pensée de l'approche institutionnelle ou morphologique. Nous disposons ici de l'étude de grandes thèses, si nécessaire avec une simplification, pour « brosser » le tableau avec un large pinceau en quelque sorte. C'est une telle

approche d'histoire de la pensée qui a été notamment poursuivie par Kevin Bouchard pour sa belle analyse du rapport de l'école analytique avec la *Common Law* (*L'école analytique du droit et la common law*) ou par Stephen Utz dans sa présentation critique du *Legal Realism* aux États-Unis (*La ténacité du réalisme juridique américain*) et encore par Alexandre Flückiger dans son analyse des écoles de l'efficacité législative (*Les écoles de l'efficacité au service des droits humains : repenser la légistique à l'ère du droit global*). Ce sont deux approches distinctes avec un trait de séparation bien marqué dont la meilleure illustration est encore la communication sur « L'école d'Aix de méthodologie juridique » autour des professeurs Jean-Louis Bergel et Christian Atias. C'est bien la méthode d'analyse des idées qui permet de voir un rapprochement significatif de ces deux auteurs et qui caractérise le mieux l'apport même de la communication de Frédéric Rouvière, restituant une véritable ligne commune et originale, mais ne devant rien à l'institution de la faculté de droit Aix-Marseille elle-même à laquelle ces deux professeurs appartenaient, ni même au Laboratoire à la création duquel ils avaient ensemble participé.

C'est en tenant compte de cette grande distinction que l'on a aussi pu avancer des propositions pour mieux gérer l'usage de la référence aux écoles de pensée. S'agissant de l'approche institutionnelle, c'est la méthode historiographique qui devrait dominer. Comme l'a d'ailleurs souligné Nader Hakim, il suffit parfois d'en faire application pour se rendre compte que la référence à l'école de droit à laquelle on veut l'appliquer se révèle alors fragile, se délite. Mais c'est une belle illustration de l'approche historiographique menée au sein du Centre Perelman de Philosophie du droit qui permet au contraire de montrer qu'il a bien existé une « école de Bruxelles au tournant 1900 ».

Stefan Goltzberg a proposé des clefs d'analyse critique de l'approche par l'histoire des idées. Le mode de pensée moderne, nous a-t-il rappelé, a bien tendance à privilégier et à valoriser la nouveauté et, ce faisant, les

modernes font facilement flèche de tout bois pour revendiquer la création ou la découverte d'une école, même quand elle n'existe tout simplement pas. Il y a là une rupture avec le mode médiéval qui, parce qu'il était fondé sur un rapport vivant avec les autorités, cherchait, là même où il y avait une innovation, à la ramener à une tradition et à des autorités et qui se contentait d'un petit nombre de clivages et procédait à l'usage des controverses sur un autre mode que nous. Il n'est bien sûr plus question de revendiquer le mode médiéval, celui d'un monde disparu que nous ne pouvons sans doute même plus comprendre. Mais on est cependant intéressé par le conseil de Stefan Goltzberg pour qui il faudrait être plus « économe » dans l'usage que nous pouvons faire de la notion d'école. Reprenant le thème qui a été souvent évoqué pendant ce Congrès des « hommes de paille » ou des « écoles de paille » créées de toutes pièces pour faire valoir en contraste une nouveauté ou une révolution qui n'existe pas, Stefan Goltzberg souligne en effet que la construction d'un « homme de paille » n'est pas une erreur de logique, qu'elle est une erreur d'argumentation, parce que l'école dont on veut se démarquer non seulement n'a pas été soutenue, mais n'est pas soutenable, de telle sorte que la thèse défendue en contraste ne peut être ainsi elle-même utilement promue. Il faut en effet s'assurer, c'est la moindre des précautions, que la thèse présentée comme nouvelle se distingue bien des thèses existantes.

Il me semble que les écoles de pensée conduisent à mettre l'accent sur des ontologies du droit. Pour Nader Hakim, les écoles sont une façon de nous comprendre par rapport au droit. Et c'est encore ce rapport au droit dont il a été question dans la défense par Alexandre Flückiger des écoles de l'efficacité législative dans leur mise au service des droits fondamentaux. Bjarne Melkevik a bien compris les choses aussi de cette façon – mais en dénonçant ce qui serait du fétichisme dans notre façon de comprendre notre rapport au droit (*Théorie en tant que fétichisme*), alors qu'Hélène Thomas nous a rappelé qu'il pouvait y avoir là des tabous fondateurs (*Faut-il enterrer le réalisme scandinave? Vie, mort et résurrection du paradigme du tû-tû*).

Si l'on devait suivre le précieux conseil d'être « économe », il faudrait alors distinguer de grands courants et de grandes divisions telles que la division naturalisme/normativisme ou retenir encore parmi les bons candidats le clivage entre pragmatisme et formalisme. Naturellement, parce que ces clivages ne sont pas propres au droit, le travail se ferait dans le cadre d'une approche horizontale. Emmanuel Jeuland nous a montré que le courant relationniste advient à un moment où il rencontre peut-être sa propre nécessité, en un temps de tempête « marchant au bord du collapsus » (*La véraison de l'approche relationniste du droit*) et que ce courant pourrait bien, autour d'un test central du courant *Droit et Relation* (« quels sont les rapports de droit, les intérêts et les valeurs impliqués et qu'est-ce qui favorise l'autonomie des personnes dans le rapport et leur interdépendance? ») qu'Emmanuel Jeuland appelle le « test de Jennifer Nedelsky » du nom de notre collègue philosophe politique et du droit de l'Université de Toronto, jouer un rôle comme lieu de dialogue des philosophies du droit. Le relationnisme est à la fois divers et unifiant. La diversité se mesure dans les points d'entrée possibles de l'analyse des rapports de droit, une analyse qui peut s'appuyer tant sur l'importance pour toute philosophie du droit de nos émotions que procéder depuis les normes, de telle sorte que le relationnisme pourrait trouver une difficulté à former une école, trop partagé entre différentes branches de l'ontologie du droit, un courant qui tantôt ramène à des émotions, à des faits et à la psychologie, un relationnisme émotiviste, tantôt qui ramène à la norme, au devoir être, un normativisme. Mais autour du test de J. Nedelsky, l'approche relationniste « articule les écoles de pensée existantes, sans réductionnisme ». Emmanuel Jeuland n'est pas le seul à nous avoir proposé de repenser les relations entre les écoles et les philosophies du droit. Stéphane Bernatchez a proposé que nous mettions l'accent sur la « pensée en réseau » qui traverse les approches disciplinaires, ce qu'illustre son analyse du « réseau des écoles de pensée du droit de la gouvernance » (*Le réseau en droit de la gouvernance*).

Ces conseils, d'être plus raisonnable dans la gestion des écoles de pensée, ont toutes les chances cependant de ne pas être entendus. Les enjeux peut-être moins vertueux de nos usages de la notion d'école de pensée en droit sont trop prégnants.

Nader Hakim a utilement donné les motifs qui pouvaient sous-tendre le recours pour l'enseignant, pour le chercheur, d'y faire référence. La référence aux écoles de pensée peut avoir une fonction didactique et d'abord une fonction de simplification permettant d'identifier un « moment » ou encore une fonction d'identification, c'est-à-dire une façon de permettre à celui qui fait référence à une école de pensée de mieux s'identifier soit parce qu'il peut inscrire sa pensée dans un ensemble qui justifie ainsi sa doctrine soit parce qu'il peut mieux se démarquer dans le contraste avec une « école », une stratégie qui a toutes les chances de produire un « homme de paille ». La construction d'écoles de pensée peut venir utilement accompagner également une démarche disciplinaire, lorsqu'il s'agit de faire émerger ou de créer une discipline nouvelle. Sacha Sydorik relève bien aussi que l'usage du terme d'école n'a pas « qu'un enjeu académique de description d'une réalité, mais peut servir de construction politique afin de donner plus de poids à sa propre pensée » (communication précitée).

Deux courtes observations pour terminer

La première, pour relever que nous avons également abordé, trop peu sans doute, le lien entre les écoles de pensée en droit et la formation des juristes. Les projets de réforme de l'enseignement du droit devraient être de bons lieux d'observation des références aux écoles de pensée. Adam Croon nous a magnifiquement montré comment, vers la fin du XIX^e siècle, les réformateurs, qui l'avaient emporté dans la controverse qui s'était intensément développée en Suède sur la réforme des études de droit, avaient cherché un appui dans l'école historique allemande du droit qui a ainsi servi d'argument à une réforme importante, mais sans cesse retardée tout au long

du siècle de la formation des juristes en Suède. Nul doute qu'il y a là un champ d'études à développer, à partir des arguments défendus dans les réformes des facultés de droit, sur les controverses et les résistances qui s'expriment chaque fois qu'il s'agit de réfléchir à la formation des juristes et encore plus lorsqu'il s'agit de « réformer » les facultés de droit. Certes, nos facultés de droit sont des écoles de formation, mais ne sont pas ou plus des écoles de pensée. Il existe de bonnes raisons pour qu'il en soit ainsi, même si de nos jours des « écoles de pensée » sont encore souvent des écoles de formation pour les doctorants. Mais il n'en a pas toujours été ainsi. Si on n'en est pas surpris, encore faut-il le remarquer, ce qui a été fait avec Viola Heutger qui a refait surgir devant nous l'école de Constantinople (*Setting the standards for future Law Schools: the Law School of Constantinople - 425-606*), qui était une école de formation tout en étant une école de pensée.

La deuxième, pour dire qu'il y a peut-être un « fétichisme » (Bjarne Melkevik) vis-à-vis des écoles de pensée comme corps social. Ce fétichisme est rassurant! Parce que ce qui n'est pas rassurant, c'est de se confronter directement au droit, un objet social et conceptuel complexe. Il est peut-être plus simple d'affronter, à la place, les objets sociaux que sont les écoles de pensée, qui nous renseignent, comme l'a dit Nader Hakim, sur le droit et sur notre rapport au droit!