

Séminaire doctoral
La thèse en droit et la méthode interdisciplinaire

François OST
ost@fusl.ac.be

1. **Une bonne thèse** = une bonne *question*.

.....*Quelle est la question de votre thèse ? (pas le thème, la question)*

- // méthode socratique : poser des questions, dans le cadre de ce qu'on appelle une « recherche » (et pas un inventaire, une compilation) ; maïeutique, accoucher des prises de conscience

- // Descartes, commencer par douter ; toute science commence par un refus, en tout cas une perplexité - on suspend l'évidence du monde.

- Moi : « à quoi sert le droit ? ». L'ampleur des réponses est à la mesure de la radicalité de la question (le droit pourrait-il ne servir à rien, que se passerait-il en cas de disparition du droit ?).

- une thèse ne peut être *originale* que si elle interroge l'état de l'art ; c'est toute la différence entre une thèse et un manuel. L'écriture de thèse ne se contente pas de décrire, mais problématise et ensuite explique.

- il arrive qu'à la défense de thèse, on doive poser au candidat la question : « mais au fond, quelle est votre question ? ».

- un thésard rencontre beaucoup de doutes durant l'écriture de sa dissertation doctorale ; il faut soigneusement les formuler, les mettre par écrit. C'est sans doute ce qu'il y a de plus scientifique dans la thèse (éviter une écriture trop lisse).

- la traversée du désert de la thèse n'est supportable que si l'on est animé d'une passion ; comment se passionner pour un travail de compilation de solutions (manuel) ; seule la résolution d'une énigme, l'affrontement d'une vraie question procure une motivation à long terme.

- les questions restent ; les réponses passent. Une bonne question fait voir les choses autrement, oriente le débat et les méthodes à venir, met une problématique à l'agenda de la collectivité de recherche. Il peut y avoir un vrai effet de rupture, dans une discipline, par une très bonne question. A la différence du fait de proposer une nouvelle variante de réponse à une question connue - qui ne fait que poursuivre le bavardage convenu de la discipline – une bonne question peut s'apparenter à un acte de force, une « prise de parole », comme on « prend le pouvoir » (// avec « révolution » scientifique de Kuhn).

- dès qu'on prend conscience de la lutte des paradigmes, on accepte le caractère « questionnable » de son objet et de ses thèses (leur caractère virtuellement problématique, au moins aux yeux d'autres perspectives) ; on prend conscience du caractère « construit » de son objet et des caractères, fonctions, justifications qu'on lui prête, et donc on se rend compte de la nécessité ou de le justifier si on s'y tient, soit de l'interroger si on le met en doute. (Ces affirmations reposent sur une philosophie du langage (le sens est fonction d'une herméneutique et d'une pragmatique) et d'une épistémologie (la science n'est pas reflet du réel, mais production d'un sur-réel, non pas science *des faits*, mais science d'*effets* , et cela au terme de controverses entre paradigmes, de sorte que la *chose* est *cause*)

2. **Une bonne question** = repérage d'une « *anomalie* » infirmant un *paradigme* (Th. Kuhn).

Quel est le paradigme structurant votre sujet ?

Quelle est votre anomalie, dans votre sujet ?

Théorie des paradigmes (Thomas KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, 1962) :

- définition du paradigme : au sens sociologique (« tout ce à quoi adhère une communauté scientifique donnée »), au sens épistémologique (4 composantes : idées-forces, valeurs, vision du monde, images et métaphores)

- = la carte et la boussole

- l'anomalie = ce qui déjoue cette attente, infirme cette prédiction

- science normale / anomalie / crise/ révolution scientifique : Galilée, Copernic (révolution copernicienne) : astronomie héliocentrique plutôt que géocentrique ; Freud et les rebuts de l'inconscient (rêves, lapsus, actes manqués) ; le tournant pragmatique ; décroissance et paradigme croissanciel.

- ex : dans le paradigme de la pyramide : les *boucles étranges* : le pouvoir du parquet (*opportunité* des poursuites), le pouvoir des cours constitutionnelles

3. **Une science vivante** accepte de *remettre en question* ses paradigmes, à partir des anomalies, et une bonne thèse contribue à ce travail.

- **trois types de réactions à l'égard des anomalies :**

Quelle est votre position, celle de votre promoteur, de votre labo ? pourquoi ?

Comment la doctrine juridique ou le législateur réagissent-ils aux « anomalies » qu'ils auraient entrevues ?

- accueil enthousiaste et hâtif (Belley, *droit soluble* ; Teubner, *droit hétéroarchique*),

- déni : hypothèses ad hoc (règles européennes, = *droit sui generis*), obstacles épistémologiques (refouler le pouvoir créateur des juges en le disqualifiant ; minimiser le droit auto-régulé en le rapportant à 1134) = attitude paresseuse, inertie (// étoiles mortes)

- recherche d'un paradigme nouveau : droit en réseau, polycentrique, pluraliste, *soft law*, gouvernance, régulation, concurrence des normativités. = 3^e voie, se mettre au travail en prenant l'anomalie au sérieux tout en cherchant à faire résister le paradigme en vigueur. Le nouveau s'avérera sans doute doté d'une portée explicative plus large. L'ancien gardera une portée explicative « régionale ».

NB : facteur explicatif de l'adoption de telle ou telle attitude : sociologie des sciences et des positions universitaires.

- **sciences au sens faible et sciences au sens fort :**

- la *doctrine juridique* comme science au sens faible (déni de l'anomalie).

- elle est au moins autant un *savoir faire* (un art, une pratique) qu'un *faire savoir*

- elle voudrait être descriptive par ses méthodes, et normative par son objet (neutralité axiologique, science pure et interne, ne s'embarrassant pas de mise en contexte) MAIS elle s'avère aussi normative par ses méthodes. Elle opère comme source auxiliaire (statuts CIJ, art. 38 ; consultation : qui paie ? le Prince, le marché ; *law firms* productrice de droit dans certains

secteurs ; l'édition juridique, les chaires, ...), elle argumente aussi *de lege ferenda*. C'est cela *thinking like a lawyer*.

- elle voudrait être critique d'art, alors qu'elle occupe la position du souffleur.
- son point de vue = interne savant, interne engagé. = demi-science, trop interne pour être objective. Elle est une sorte de technologie juridique appliquée (plutôt qu'une science du droit) : elle met au point des produits (solutions) et procédés (procédures) susceptibles de répondre à des besoins concrets.
- son objectif : moins la vérité que l'utilité pratique (cela renvoie à la question des *intérêts* sous-jacents à chaque discipline, cf. Habermas, *Science et intérêt* : utilitaire, émancipatoire, ...)
- Exemple : survie du modèle de la propriété comme droit exclusif et permanent accompagné du droit d'exclure et du droit de détruire, et ce malgré la multiplication des exceptions (de 2 à 70 pages entre les éditions de 1839 et de 1897 de Aubry et Rau). Idem pour le dogme de l'autonomie de la volonté et de la convention-loi.
- NB : évolutions de la doctrine :
 - spécialisation au lieu de vision globale (hyper-information)
 - accélération au lieu de l'intemporalité (dictature de l'urgence, feuillets mobiles, numérisation ; quel temps pour la réflexion ?)
 - inflation de l'édition et des analyses au lieu de concision (*publish or perish*, qualité en baisse)
 - consultants mercenaires et diversifiés (au lieu de l'indépendance des « hommes de loi »)

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Exercice :

- Expliquez le sujet et la question de votre thèse en trois minutes . Cf. ma thèse en 180 secondes.
- Expliquez votre thèse à un canadien (droit comparé), à un juriste du XVIIIe siècle (histoire du droit) ; à un sociologue, à un ami non juriste
- Repérez les controverses doctrinales, jurisprudentielles, parlementaires à propos de votre sujet ; querelles superficielles ou engageant des enjeux plus profonds ?
- Demandez-vous si votre sujet présente des résonances, voire des analogies, dans d'autres branches du droit ?
- Identifier l'écart, dans votre sujet, entre Law in books et Law in action.

... Ces différents exercices auront comme effet d'ébranler vos certitudes, de problématiser des éléments qui vous paraissaient évidents. Ainsi une réflexion s'amorce :

- comment votre sujet s'énonce-t-il en termes sociaux ?
- quelle formulation plus ou moins équivalente reçoit-il en droit comparé, dans l'histoire du droit ?
- comment est-il vécu dans la pratique ?
- de quel niveau de controverses juridiques fait-il l'objet : cosmétiques de détail ou déstabilisantes ?

... votre sujet reçoit différents éclairages et aussi différentes dimensions ; vous commencez à penser en couleurs et en trois dimensions. Il se peut qu'il apparaisse insignifiant, sans réelle portée ; à l'inverse, il se peut qu'il engage des questions plus larges, insoupçonnées, qui, de proche en proche, interroge une institution entière, une branche du droit, une certaine perspective juridique (positiviste, par exemple).

Bien entendu, on attend de vous un traitement juridique de la question, mais vous êtes maintenant en mesure de reformuler la question, de la poser en des termes plus larges et

aussi plus pertinents, mieux en prise avec les enjeux réels (matériels, mais aussi idéologiques)
 – ainsi vous vous donnez plus de chances de proposer un traitement original de la question.

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

- deux conditions supplémentaires pour une science au sens fort :

A. rupture épistémologique (= « *point de vue externe modéré* », Hart).

- Point de vue interne (connivence, penser comme un juriste, dans les mots de la tribu, avec les yeux des acteurs : // pré-interprétation et *intentio operis* en herméneutique)

- Point de vue externe (= moment d'objectivation ; le « pas de côté », construction d'objet et non simple réception)

- externe radical : écrase la normativité du point de vue interne ; « religion , opium du peuple », réalisme US (jurisprudence culinaire)

- externe modéré : travail en deux temps : dialectique de l'explication et de l'interprétation ; Weber : explication compréhensive.

- B. interdisciplinarité.

4. Interdisciplinarité :

- pluri / trans/ inter / disciplinarité : H 1 s.

- pluridisciplinarité (= juxtaposition, // Babel scientifique, dialogue de sourds)

- transdisciplinarité (= intégration // esperanto)

- interdisciplinarité (= dialogue // traduction)

- difficultés de la recherche interdisciplinaire : incompétence, instabilité, surcodage

- objections à son égard : H 8 de la part des juristes (trop impure), de la part des sciences sociales (trop normative). Mes réponses dans « *A quoi sert le droit ?* » : combiner usages, fonctions, finalités. Approche inutile ? (réponse : toute pratique repose sur une théorie ; nécessité de la réfléchir).

- le parallèle avec la traduction : H 12 (+ AB/FO, 37 s.) La théorie générale du droit est le passeur, le traducteur ; déjà au plan interne (époques, droit comparé, branches du droit distinctes, systèmes juridiques différents) et aussi au plan externe (dialogue entre disciplines). La TGD doit maîtriser les deux types de langue : exemple, à propos des sources du droit, le juriste ne maîtrise que les sources formelles, le spécialiste des sciences sociales ne travaille que sur les sources matérielles.

En traduction, on ne cherche pas l'équivalence parfaite, on « construit des comparables ». on fait son deuil de la traduction parfaite ; on ne cherche pas une illusoire fidélité, mais plutôt une traduction « relevante » (qui « relève », fait apparaître des « propriétés émergentes »). Pour cela il s'agit de rendre l'« écart » qui va apparaître, « productif ». Exemple : « paralégalité », du point de vue interne, constitutionnel, c'est une illégalité ; du point de vue socio-politique, c'est une pratique consensuelle de compromis des élites politiques annonciatrice de nouveaux arrangements constitutionnels.

Deuxième observation : penser la théorie générale du droit comme une entreprise traductrice, c'est, indépendamment des résultats obtenus, de leur bien-fondé et de leur succès éventuel, œuvrer à déployer un champ de réflexivité qui est nécessairement un espace critique. Cet entre-deux qui se creuse entre présentation juridique d'un phénomène et son élaboration dans un autre vocabulaire (sociologique, anthropologique,...) **définit ce que nous avons appelé un écart qui est lui-même producteur de doute, de mise en question, et donc d'approfondissement théorique**. Cette simple inscription d'une réalité dans un espace problématique, comme devait l'être le questionnement socratique des évidences de ses interlocuteurs, a pour effet bénéfique de produire un travail maïeutique d'interrogation des certitudes et d'approfondissement des points de vue. Une mise au travail s'opère dans cet **écart traductif** – et là se trouve peut-être l'intérêt majeur de la théorie générale du droit qui, sous cet angle, se présente moins comme porteuse d'une doctrine constituée et canonique que comme mise en question permanente des discours toujours menacés de clôture (et donc d'aveuglement) que la doctrine croit pouvoir tenir sur « son » objet (qui n'est « le sien » que sur le papier du manuel) et que les sciences sociales ont souvent pour propension de réduire à du fait social ordinaire, comme si sa constitution technique et son inscription dans un discours d'autorité était quantités négligeables. Autrement dit, **l'écart traductif est porteur par lui-même d'une force critique** ; et de même qu'on a pu dire qu'on ne prenait vraiment conscience de sa langue qu'en en apprenant une deuxième ou troisième, de même on ne pourra approfondir l'intelligence de ce que le droit veut dire, qu'en étant capable aussi de le saisir de l'extérieur, ne serait-ce, par exemple, que sous l'angle de ses limites¹.

- différences de disciplines et différences de paradigmes. : H 11 et 12.

aucune théorie n'échappera, aussi modeste soit son apport interdisciplinaire, à l'inscription plus ou moins consciente dans un paradigme englobant – par exemple un paradigme behaviouriste ou herméneutique, ou encore un paradigme fonctionnaliste ou conflictualiste, pour nous en tenir à ces quatre exemples. Ce fait emporte **deux conséquences importantes**.

D'une part, c'est une **conséquence positive**, il permet de **faciliter grandement la collaboration entre différentes disciplines, ou plutôt segments de disciplines**, *cousines de par leur attachement à un même paradigme*. Peu importe alors que la théorie générale du droit mobilisée ne soit que partielle (juridique et sociologique par exemple) : le complément d'éclairage, sous les auspices du paradigme englobant, se réalisera assez aisément, pour peu qu'il se trouve un auteur ou une équipe désireux de poursuivre l'analyse sous un angle différent sous l'angle disciplinaire, mais complémentaire sous l'angle paradigmatique, - « alliées » dans un même combat, les différentes disciplines successivement mobilisées s'épauleront mutuellement.

Seconde conséquence, négative cette fois : *l'appartenance à des paradigmes différents*, a fortiori opposés, **compromet gravement, parfois radicalement, le dialogue interdisciplinaire** : une étude analytique d'une proposition de loi ou d'une décision de justice ne cherchera aucun apport du côté d'une approche économique ou anthropologique, par exemple. De même, si on élargit cette considération à la prise en compte des paradigmes englobants qui caractérisent bien évidemment aussi le volet juridique des théories générales du droit (option positiviste *versus* herméneutique, par exemple), on devine les alliances et les exclusions qui se nouent assez naturellement entre ce volet juridique et le volet « sciences sociales » : ainsi le positivisme normativiste de la théorie kelsénienne s'appuie-t-il sur des considérations logiques et épistémologiques d'allure formelle, tandis que le positivisme « réaliste » d'un Ross ou d'un Olivecrona fait appel à une psychologie comportementale, tandis qu'une théorie générale du droit d'allure herméneutique comme la nôtre puisera-t-elle plutôt ses ressources dans la philosophie politique, l'analyse littéraire ou la sociologie conflictualiste.

Une conclusion importante se dégage de ces remarques : l'identification du paradigme dont relève tel ou tel discours théorique est finalement un enjeu plus important que la détermination de la discipline dont se réclame ce

¹ A ce sujet, cf. les thèses contrastées de M. van de KERCHOVE, « Les limites relatives du droit », in *Aux limites du droit*, Colloque des 15-16 avril 2014, Toulon, sous la direction de C.Regad-Albertin, à paraître et de A. BAILLEUX, « Le droit sans limites », à paraître *ibidem*.

discours. Sous l'égide d'un même paradigme, les questions frontalières apparaîtront relativement anodines et se traiteront assez aisément, souvent même sous la forme d'échanges fructueux ; en revanche, dès lors que les discours en présence illustrent des paradigmes différents ou opposés, le moindre litige frontalier s'avèrera un *casus belli*, et il est très vraisemblable que les greffes qu'on prétendrait faire, d'un discours à l'autre, feront l'objet d'un rejet violent.

- pourquoi une recherche juridique interdisciplinaire aujourd'hui ?

Deux facteurs la rendant encore plus nécessaire :

- **concurrence des normativités**, dilution partielle dans les modèles de la gouvernance et de la régulation, perte de centralité : comment décoder sinon en maîtrisant ces différents langages. C'est vrai aussi au plan de la pratique du droit (Latour : traduction dans la gouvernance ; Lascoumes : transcodage dans la gouvernance).
- **globalisation** : le droit n'est plus seulement comparé, mais en voie d'être intégré, cela suppose plus que la maîtrise des langues étrangères, mais bien une grammaire juridique non positiviste (à la fois théorique, critique, interdisciplinaire).

NB : thèses en 2016 : beaucoup de docteurs en droit ne se consacreront pas à l'enseignement universitaire. Nécessité de réfléchir à une valorisation sociale des thèses en-dehors de la recherche universitaire ; D'où utilité de son inscription interdisciplinaire.