

La thèse de doctorat en droit : du projet à la soutenance

par

François OST

Professeur ordinaire aux Facultés universitaires Saint-Louis

Professeur invité à l'U.C.L. et à la Faculté de droit de l'Université de Genève

Président de la Commission F.N.R.S. des Écoles doctorales

N.B. : Le document qui suit est le texte de la conférence prononcée le 17 février 2006 à l'occasion du séminaire d'ouverture de l'École doctorale en sciences juridiques de la Communauté française de Belgique. On lui a volontairement conservé son caractère oral.

I. Pourquoi une thèse ?

La première question qu'on peut se poser est de savoir pourquoi se lancer dans l'entreprise de longue haleine, à l'issue incertaine, de la rédaction d'une thèse de doctorat. Outre l'intérêt personnel qu'on peut trouver à la recherche scientifique et à la rédaction, est-elle une garantie d'accéder aux fonctions scientifiques et aux emplois académiques à titre définitif ?

Sans entrer dans les motivations personnelles de chacun, on peut constater une multiplication des thèses, et ce dans tous les domaines du savoir. La thèse est évidemment une condition indispensable pour une nomination académique et elle correspond de surcroît à une certaine revalorisation barémique pour les scientifiques. Mais ceci n'explique pas tout. On constate aussi, du côté des responsables universitaires, une forte pression en vue d'accroître le nombre de thésards. C'est que, comme chacun sait, les universités font aujourd'hui l'objet d'évaluations de plus en plus précises, assorties de comparaisons internationales (le « ranking »). Le nombre de diplômes de doctorat délivrés constitue désormais un indice important de l'évaluation. À cela s'ajoute que, comme ce sera bientôt le cas en Flandre, l'université est désormais également financée en fonction de ses performances en matière de recherche.

Un diplôme de doctorat signifie-t-il la garantie d'une nomination académique ? Ce serait mentir que de le soutenir. Hier encore, lorsque les thèses étaient rares, le lien entre l'aboutissement de la thèse et la perspective d'une prochaine nomination était assez fort ; une sorte de « contrat moral » se nouait entre le promoteur et le doctorant. Sans que le promoteur

puisse réellement garantir un emploi à « son » thésard, il pouvait raisonnablement lui laisser entrevoir des espérances à terme. Ce rapport de « maître à disciple » s'est aujourd'hui fortement estompé dans l'université de masse, ouverte de surcroît aux échanges internationaux, et dont les programmes connaissent parfois de brusques variations.

Il faut donc dire les choses comme elles sont : les thèses se multiplient et les perspectives de carrière se resserrent.

En revanche, on doit souligner aussi que la thèse a cessé d'être – si elle l'a jamais été – « l'œuvre d'une vie ». On veut dire que la pression s'exerce aussi aujourd'hui dans le sens de la réduction du nombre de pages, accompagnée d'un raccourcissement des délais de rédaction. On sait que le mandat d'aspirant au F.N.R.S. est de quatre ans, terme attendu pour boucler la thèse. La fonction d'assistant à temps plein à l'université, qui s'accompagne de prestations d'encadrement, est de six ans – délai attendu pour la finalisation de la thèse. Mais l'exemple de l'étranger, et souvent aussi de la situation prévalant dans les sciences exactes, œuvre dans le sens de la réduction de ces délais – comme si quatre ou cinq ans représentaient le terme normal de l'épreuve.

Dans le même temps, on voit s'instaurer un peu partout une limite du nombre de pages : 400, 450, 500 pages, alors que les thèses de 1.000 pages et plus ne sont pas exceptionnelles en droit.

En résumé : moins de pages et moins de temps (ce qui suppose un sujet plus rapidement choisi et un encadrement renforcé - cf. *infra*), sans pour autant qu'on assiste – heureusement ! – à une réduction des standards de qualité attendus du travail.

II. Choix du sujet et du promoteur

Le raccourcissement des délais de finalisation des thèses a évidemment pour effet de rendre encore plus cruciale la question du choix du sujet. La période « d'errance » préalable qui servait traditionnellement à identifier un thème précis au sein d'un champ de recherche ne peut désormais plus se prolonger et les conseils du promoteur seront bien utiles pour aiguiller le doctorant vers son sujet.

Ceci dit, on voudrait surtout insister sur la légitime diversité des thèmes, et donc des approches qu'ils impliquent (ce qui, soit dit en passant, conduit à souligner la difficulté de comparaison entre différents états d'avancement des travaux. Gare à la comparaison génératrice de panique et de découragement : tel, travaillant sur un sujet très « balisé », avancera à grands pas, là où tel autre, s'attachant à un domaine en friche, passera de longs mois à débroussailler le terrain).

De l'expérience personnelle de promoteur de l'auteur de ces lignes, on peut dégager quelques profils-types, parmi beaucoup d'autres :

- Le jeune aspirant F.N.R.S. se lançant, à temps plein et « à corps perdu » dans une thèse monumentale sur « Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », thèse de 1000 pages, bouclée en quatre ans, les arrêts étant passés au peigne fin et analysés au regard d'une théorie du jugement qui s'élaborait en même temps que les décisions étaient analysées.

- Le directeur d'un centre de recherche en droit de l'environnement, bénéficiant déjà d'une assez longue expérience de terrain et entreprenant, après dix ans de pratique du métier de consultant juridique, une « méta-réflexion » sur les principes fondamentaux de ce droit très technique : principes de précaution, de prévention, du pollueur-payeur. Ici, la thèse pouvait être beaucoup plus courte, au « second degré » en quelque sorte, pouvant s'appuyer sur de nombreuses études et notes de jurisprudence réalisées par le doctorant au cours des années antérieures.

- Dans quelle mesure, demande-t-on souvent, faut-il faire intervenir les analyses de *lege lata* et les considérations de *lege feranda* ? En réalité, il est de la nature de la doctrine juridique de combiner, en proportion variable sans doute, les deux types d'approche : impossible de décrire une institution ou une procédure juridique sans argumenter, ne serait-ce que marginalement, en faveur de telle ou telle solution meilleure inspirée des enseignements du droit comparé ou d'une prise en considération plus réaliste des besoins de la pratique. À l'inverse, on ne voit pas comment on pourrait argumenter en faveur de telle ou telle réforme législative sans d'abord réaliser un état des lieux aussi exact et complet que possible. Ainsi, par exemple, à propos de la question du bail à loyer et de la problématique du logement, on peut soit être plus sensible aux principes juridiques civilistes, leur évolution historique et leur inflexibilité jurisprudentiel (approche « classique »), soit suivre au plus près la « politique du logement » des autorités régionales, accompagner de manière critique les instruments les plus récents élaborés en vue de donner corps au nouveau « droit au logement » et faire même des propositions à cet égard (approche interdisciplinaire : droit-sciences politiques), mais l'approche classique devra elle-même intégrer des éléments tirés de ces nouvelles politiques publiques, tandis que la seconde approche ne sera crédible aux yeux des juristes que si elle trouve aussi à se traduire dans le langage des sources et principes du droit classique, quitte à imprimer à ceux-ci des modifications plus ou moins substantielles.

- Les thèses peuvent aussi se différencier par leur caractère plus ou moins synthétique ou analytique. La thèse « synthétique » aborde un sujet bien identifié, sur lequel il existe une

très abondante littérature secondaire et un matériau jurisprudentiel important. Ici, il s'agit de faire le tri, de choisir des orientations personnelles, de construire une synthèse originale : on pense par exemple à une thèse consacrée à la question de la « sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour européenne de justice ». En revanche, la thèse analytique travaille à identifier un problème précis à propos duquel les sources sont rares ; il faut déterminer les contours de la question, en construire patiemment les données et faire preuve d'imagination pour en baliser les solutions. On songe par exemple à une thèse consacrée à « la théorie du *standstill* en droit public belge ».

Après avoir souligné la grande diversité des thèmes et approches possibles, il faut encore noter qu'un sujet de thèse évolue nécessairement en cours d'élaboration. Sans revenir sur la période de « repérage » préalable à la fixation du sujet, on peut relever, et considérer comme parfaitement normal, que la question traitée fasse l'objet de divers recentrages en cours de rédaction. Généralement, ce mouvement va dans le sens d'un rétrécissement du thème (focalisation sur la question) lié à un affinement des hypothèses explicatives. Plus fondamentalement, il faut accepter (et même dans une certaine mesure rechercher) qu'une certaine forme d'errance intellectuelle accompagne la recherche scientifique. On sait que « méthode » vient du grec « *methodos* » qui veut dire « chemin ». Mais la route la plus prometteuse n'est pas nécessairement la ligne droite, les découvertes les plus intéressantes se faisant souvent à l'occasion de détours – il suffit, pour s'en convaincre, de comparer ce qu'on apprend à l'occasion d'un trajet pratiqué sur autoroute ou, à l'opposé, en empruntant les nationales ou les départementales, voire les chemins de campagne. Un chemin rectiligne ne vous donnera à voir que ce que vous savez déjà ou, en tout cas, ce que d'autres ont défriché pour vous. La recherche comporte une part nécessaire de surprise, d'aléa, de « découverte ». La richesse des résultats sera souvent à la mesure des hésitations éprouvées, voire même (surtout en début de parcours) du sentiment de tourner en rond dans le brouillard.

Il faut souligner à cet égard que le travail du doctorat, même si ses délais se sont raccourcis (cf. *supra*) se développe sur un temps long, le plus long sans doute de toute votre carrière professionnelle. Il faut savoir tirer profit de cette circonstance et, comme pour un bon vin « de garde », laisser mûrir les hypothèses qu'on se propose de défendre. Pour ce faire, il faut tirer parti des rencontres qui vous arrivent, des « personnes-ressources » que vous croisez, des colloques auxquels vous assistez, des lectures apparemment « périphériques » qui vous sont proposées. Une thèse, c'est aussi une somme de hasards, d'interpellations et d'imprévus (il faudrait dire la part déterminante que représente le hasard dans la recherche scientifique ; mais Pasteur ajouterait : le hasard se provoque... et s'observe).

Bien entendu, on le répète, dans la détermination du sujet et le suivi de la thèse, le choix du promoteur est évidemment décisif. Choix réciproque du reste, dès lors que c'est une relation de confiance qui va devoir s'établir, durant quatre à six ans, entre doctorant et promoteur. Ceci dit, le rapport fusionnel de « maître à disciple » caractéristique de l'université d'hier s'est largement estompé, et le règlement de doctorat des différentes académies prend soin de prévoir une forme ou l'autre de « comité d'encadrement » qui contribue à partager entre trois ou quatre seniors la tâche d'encadrement du chercheur junior. Les (rares, on l'espère) conflits possibles entre le promoteur et le thésard sont désormais également des hypothèses prévues par les règlements de doctorat.

Il reste que la collaboration entre le promoteur et le doctorant demeure au cœur du processus et que leur bonne entente est essentielle. Au promoteur, il reviendra de suivre le thésard sans l'étouffer, au doctorant il appartient de consulter le promoteur sans le harceler. De mon expérience personnelle, je retiens que le doctorant en sait rapidement plus que son promoteur sur le plan de la question précise qu'il traite (sauf si le promoteur a imposé au thésard d'approfondir un aspect bien déterminé d'une question qu'il maîtrise lui-même à fond, mais cette situation est plutôt rare dans le domaine des sciences humaines et sociales) ; en revanche, le rôle du promoteur reste essentiel en raison de son expérience générale en matière de conduite d'une recherche, de l'écriture de longue haleine et de maîtrise « généraliste » de la matière au-delà de la question traitée.

III. Motivation

« Nul n'est tenu d'écrire un livre », a dit un jour un critique mal intentionné. On pourrait transposer : « nul n'est tenu d'écrire une thèse ».

On pourra en conclure que, si vous vous êtes lancé(e) dans l'aventure, c'est que vous l'avez vraiment voulu. On peut dès lors penser que vous êtes vraiment motivé(e). Sans doute. Mais comment caractériser cette motivation ? Pour ma part, je considère que trois éléments essentiels concourent à cette motivation pour cette aventure doctorale, qu'on caractérise souvent de « traversée du désert » - le législateur ne parle-t-il pas, quant à lui, d'« épreuve doctorale » ? Trois éléments : passion, travail et méthode.

A. Passion

Je ne dis pas : « motivation », « intérêt », « assiduité » ; je dis : « passion ». Il faut, en effet, être possédé par son sujet pour prétendre un jour le posséder. Il s'agit de devenir monomaniacque, y penser (sinon y travailler) à temps plein, et cela sans relâche, depuis le

premier jour. Cela fait au moins dix-sept ans que vous étudiez, mais aujourd'hui on vous demande, pour la première fois, de produire du savoir (un savoir original) – alors, il s'agit de passer à la vitesse supérieure, « en danseuse sur les pédales » (lorsque vous abordez une côte en vélo, il n'y a pas 36 solutions : ou vous accélérez pour garder le rythme, ou vous restez à vitesse constante... et vous ne tarderez pas à rétrograder et mettre bientôt pied à terre).

Mais comment se passionner pour son sujet ? Honnêtement, je consens qu'on ne puisse se passionner pour un thème, ni même pour une théorie. En revanche, j'ai souvent éprouvé qu'on pouvait véritablement se passionner pour une question, un problème, une énigme théorique. Une énigme qui résiste aux solutions convenues et, pour cette raison même, relance votre curiosité et excite votre sagacité.

Nous arrivons ici à un point essentiel de mon propos : une thèse c'est, d'abord et avant tout, une question. Une thèse, c'est une façon de problématiser un sujet. Il doit être bien clair qu'on ne peut formuler une réponse (une thèse) que si on a, au préalable, réussi à identifier et formuler une question. Je suis convaincu que la valeur des réponses (la thèse elle-même qui sera défendue) est directement fonction de la valeur des questions posées. Ici se situe très précisément la plus-value, c'est-à-dire l'originalité attendue de la thèse, puisque, par définition, la question déborde l'état actuel des connaissances (elle les met précisément en question – ce qui, on le verra, n'est pas si facile à faire, ni si courant dans l'institution scientifique qui a toujours tendance à défendre « son » paradigme, cf. *infra*). J'ajouterai encore que les questions vieillissent souvent mieux que les réponses : une bonne question a beaucoup de chance de survivre aux réponses, toujours partielles et provisoires, qu'on lui donne à tel ou tel moment.

Il est donc essentiel, tout au long de la thèse, de continuer à préciser les questions qui l'animent plutôt que de s'employer exclusivement à les recouvrir sous le poids des réponses qu'on leur donne.

B. Travail (et sous-question : à quel moment passer à la rédaction ?)

Ici encore, je serai assez radical. J'ai déjà dit qu'une thèse ne devait pas être l'œuvre d'une vie et que les délais pour la réaliser s'étaient sensiblement raccourcis. J'ajoute maintenant qu'une thèse est une maîtresse exigeante, et qu'il ne faut pas l'abandonner un seul jour. Je n'ignore pas que certains doctorants ne sont rattachés à l'université qu'à mi-temps, prestant par exemple l'autre mi-temps au barreau. Je salue leur courage et je ne dis pas qu'il faut travailler à la thèse 12 h par jour. Mais il faut y travailler le plus possible – si possible tous les jours. Ne jamais abandonner l'objectif, sinon c'est le « sur place » qui menace et le

découragement qui guette : « je n’y arriverai jamais ; il me faudrait 20 ans à ce rythme, et mes sources qui s’accumulent plus vite que ma faculté de les traiter... ».

Il importe à cet égard de bien gérer son temps de travail : se fixer des objectifs pas trop lointains pour rester « à portée de projet » (c’est le sens de l’épreuve de confirmation après 12 à 18 mois) et pas trop proches pour permettre la maturation des idées dont j’ai parlé.

Ceci dit, travailler tous les jours à sa thèse ne signifie pas nécessairement passer tout son temps dans une bibliothèque de droit. Se tenir informé de l’actualité socio-politique, suivre les débats d’idées, lire des ouvrages de culture générale, ce sont aussi des manières très efficaces de nourrir une hypothèse de travail et d’enrichir un questionnement (sauf à soutenir que le droit s’explique exclusivement par lui-même, comme le soutenait H. KELSEN dans sa *Théorie pure du droit*).

À propos de la gestion du temps se pose la question, cruciale, de savoir quel est le moment opportun pour passer à la rédaction proprement dite de la thèse. La rédaction est sans doute, avec le choix du sujet, la question qui suscite le plus d’angoisse et de difficultés. Sans doute avez-vous déjà rédigé des travaux d’étudiant, même un mémoire de fin d’études (souvent sous la forme d’un gros travail de séminaire de dernière année), peut-être avez-vous écrit une note de jurisprudence ou un compte rendu d’ouvrage, voire un premier article de doctrine. Mais une thèse a la taille d’une monographie et, par définition, le doctorant n’a pas l’expérience de ce type d’écriture « au long cours » - un peu comme si un diplômé frais émoulu de l’école de voile des Glénans était lancé sur l’Atlantique pour sa première traversée.

Le plus délicat assurément est le *timing* : question de patience autant que de détermination. Se précipiter après trois mois, c’est s’assurer de devoir bientôt tout recommencer ; attendre plusieurs années avant d’écrire la première ligne, c’est faire monter l’angoisse de la page blanche et rendre l’épreuve chaque jour plus insupportable. Je ne vois à ce dilemme que deux solutions (cumulables) :

- la première solution consiste à rédiger tout de suite, pour soi-même, outre les résumés dont je parlerai plus loin, des notes de travail à usage personnel exprimant vos hypothèses du moment : des sortes de « brouillons » testant (parfois déjà dans une forme littérairement satisfaisante) vos premières réponses ou formulant vos premières questions (cf. supra, à propos de l’importance des questions) ;

- deuxième solution : entamer après quelques mois la rédaction d’un chapitre (plus descriptif, plus empirique) dont vous êtes à peu près certain(e) qu’il ne devra pas être réécrit plus tard (moyennant sans doute quelques aménagements mineurs). Ce chapitre ne sera pas

nécessairement le premier dans la rédaction finale (on rappelle à cet égard que l'introduction et la conclusion s'écrivent en dernier lieu).

Je souligne qu'il est bon, indispensable même, de « s'entraîner » à l'écriture – exactement comme on s'entraîne à la pratique d'un sport ou d'un instrument de musique. Il est nécessaire de « roder » sa plume et d'ainsi, au fil de l'écriture, faire surgir de nouvelles questions passées inaperçues jusque là. Pour beaucoup de doctorant(e)s, l'écriture est appréhendée comme une souffrance, mais l'expérience montre que le « passage à l'écriture » s'accompagne, outre la mise à plat de vos idées, de plusieurs bénéfiques :

- les difficultés du propos (ambiguïtés, approximations, trivialités, lacunes, contradictions, redondances...) apparaissent plus nettement, suscitant alors de nouveaux développements pour tenter d'y porter remède. S'enclenche ainsi la véritable dynamique de la recherche-écriture.
- de temps à autre, à l'inverse, de véritables « bonheurs d'écriture » se produisent : je vise ici la fameuse « inspiration » de l'écrivain qui l'amène à formuler, au hasard d'une formule bien tournée, une idée à laquelle il n'avait jamais songé.
- l'écriture permet aussi la communication de la pensée ; la diffusion, même très restreinte, d'une note de travail permettra la discussion et ainsi l'enrichissement de l'hypothèse défendue.

Une question annexe se pose également très fréquemment aux doctorant(e)s : que penser de la rédaction d'articles en cours de thèse ? Bien entendu, la question devra d'abord se discuter avec votre promoteur, et ce au regard de votre règlement doctoral, ainsi aussi que du travail collectif qui se mène dans l'équipe de recherche au sein de laquelle vous évoluez. Ici comme ailleurs, tout est question d'équilibre. Ne pas sacrifier la « monomanie » dont je parlais en faveur de la thèse elle-même, tout en s'accordant un minimum de « respiration » ; il est important aussi de participer à une dynamique collective de recherche (le colloque organisé par votre département, etc...) et il n'est pas inutile de se faire un peu connaître même avant la publication de la thèse. Attention cependant à la tentation de la consécration hâtive qui entraînerait une dispersion dommageable et n'est souvent qu'un alibi ou une fuite en avant pour retarder l'épreuve doctorale elle-même. Une forme possible de solution harmonieuse de ce dilemme est de tenter, chaque fois que ce sera possible, de « faire d'une pierre deux coups » : traiter dans ces occasions de circonstances un sujet pas trop éloigné de votre thèse de doctorat et dont l'essentiel pourra être récupéré dans la rédaction de celle-ci.

C. Méthode

Ce point est si important qu'on lui consacre des développements spécifiques.

IV. Méthode

A. Aspects pratiques

Sur le plan de la méthode, les doctorant(e)s juristes sont assez bien armé(e)s dès lors que c'est dès leurs premières années qu'ils ont bénéficié d'enseignements assez approfondis de méthodologie juridique. En principe, le traitement des sources et la rédaction à caractère juridique devraient leur être bien connus. J'ajoute que la méthodologie pratique de la thèse varie assez fortement en fonction de la branche du droit dont elle relève : impossible donc d'en donner ici une présentation générale (pour un essai de ce genre, cf. S. DREYFUS, *La thèse et le mémoire de doctorat en droit*, Paris, Armand Colin, 1971). Je me contenterai donc de vous faire part d'une technique personnelle, guère originale sans doute, mais dont j'ai pu éprouver l'utilité à l'occasion de la rédaction de nombreux ouvrages. Il s'agit de la réalisation de notes de lecture assez exhaustives et le plus précises possible - des notes susceptibles d'un traitement ultérieur efficace et rapide.

Le principe est ici que toute lecture, dès qu'elle paraît importante pour la thèse, fasse l'objet d'un tel traitement. L'important est d'éviter le piège qui consisterait à se livrer durant des mois, voire des années, à des lectures « dilettantes » (sans guère de traces), qui donnent sans doute l'impression de comprendre, de progresser, d'explorer sans difficulté votre domaine de recherche... et qui en définitive n'auront rien capitalisé. Comme la cigale de la fable, vous serez alors bien dépourvu au moment où il faudra passer à l'écriture...

Concrètement, ces fiches de lecture devraient comprendre :

- une datation précise (les idées évoluent et vos propres lectures se ressentiront fatalement des questions que vous vous serez posées à tel moment d'avancement du travail).
- une identification rigoureuse du document étudié (l'équivalent du fameux « fichier » du thésard).
- si vous écrivez à la main, une marge à gauche du document en vue d'accueillir des résumés télégraphiques du résumé que vous faites, ainsi que l'amorce de réflexions personnelles critiques.
- un résumé, le plus rigoureux possible, des passages importants du texte étudié (on peut y joindre la photocopie de quelques pages vraiment essentielles qu'il faudrait retranscrire *in extenso*. Attention cependant de ne pas abuser de ce procédé qui peut devenir une solution de facilité et vous dispenser de synthétiser l'essentiel). Si certains développements sont passés

parce qu'ils vous paraissent, en l'état de vos réflexions, superfétatoires, il est prudent de le signaler : vous aurez peut-être à y revenir plus tard lorsque vos propres hypothèses se seront enrichies.

- un mode de notation permettant une visualisation immédiate des concepts principaux, des dates, des noms propres, des idées les plus importantes. Selon ses préférences et la technique utilisée, on se servira à cette fin de couleurs, de surlignage ou de caractères spécifiques ; l'important est de pouvoir, en un seul coup d'œil, décoder de longues pages de résumés.

Ce travail de « résumés de lectures » est sans conteste humble, modeste et parfois même fastidieux. Il représente cependant une étape indispensable à la rédaction de la thèse (comme de tout autre ouvrage d'ailleurs). Entre autres avantages de cette méthode, on notera que :

- comme dans une traduction d'une langue étrangère, elle prend la forme d'une sorte de « mot à mot », au plus près des textes étudiés, qui serre les idées et réduit d'autant les approximations et malentendus. Certains passages, qui vous séduisaient en première lecture, apparaîtront plutôt creux et superficiels ; d'autres, au contraire, révéleront leur densité et leur subtilité au terme de l'exercice.

- ces notes, qui s'accumulent au fil des mois, vous permettront bientôt de réaliser les premières synthèses et, grâce à la marge de gauche, de rassembler vos premières élaborations personnelles.

- autre bénéfice encore : plus rigoureux aura été le travail de fourmi en amont, plus souple et déliée sera votre écriture personnelle en aval. Il vous suffira, au moment de la rédaction finale, de relire ces résumés, sans devoir à nouveau consulter des montagnes de documentation – exercice qui aurait inmanquablement pour effet de hacher votre travail et de rendre votre écriture saccadée et laborieuse, directement tributaire du style de ces sources. Or, lors de la rédaction finale, c'est de votre document qu'il s'agit et non d'une simple compilation de sources juxtaposées. C'est l'occasion de souligner l'importance du style dans le domaine des sciences humaines et sociales. Loin d'être un élément ornemental extérieur qui n'engage en rien le fond des idées, je suis convaincu qu'il contribue directement à l'originalité et à la force des idées exposées. Un style clair, créateur et personnel contribue de surcroît au plaisir du lecteur – ce qui n'est jamais un élément négligeable – notamment en vue d'emporter l'adhésion d'un jury de thèse !

Pour ma part, même bien après la rédaction de ma propre thèse de doctorat, je n'ai cessé de pratiquer cette méthode. J'y vois comme une forme de « ruminantion théorique » qui a cet effet essentiel de transformer progressivement l'écriture d'autrui en votre propre prose. On

peut y voir, en acte, le phénomène que les linguistes appellent l'« intertextualité » : comment se tisse un texte (le vôtre) à partir des fils innombrables tirés des textes précédents.

J'ajoute encore deux éléments sur ce point, modeste mais essentiel :

- Il est recommandé de rédiger, en parallèle à ces résumés, des fiches d'idées vraiment personnelles qui sont vos propres hypothèses. C'est dans la confrontation constante entre les synthèses de lectures et les idées personnelles que se forge progressivement ce qui devient votre thèse.

- Au cours de cet exercice, il ne faut jamais hésiter à se poser à soi-même des questions irrésolues, des doutes persistants. Il est important de « verbaliser » les problèmes que vous rencontrez : ces questions qui font « nœud » dans votre esprit et qui sont d'autant plus obsédantes qu'elles restent non dites ou non écrites. Je rappelle que, dans le domaine scientifique, l'exposé d'un problème, même non résolu, c'est déjà (et peut-être surtout) de la science.

B. Aspects théoriques et épistémologiques

Ce développement partira des considérations critiques proposées par un auteur français, Michel Vivant, à propos des thèses françaises en deux parties (M. VIVANT, « Le plan en deux parties, ou de l'arpentage considéré comme un art », in *Le droit français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, p. 969-984) pour ensuite, sur cette base apparemment anodine, proposer deux développements essentiels relatifs, d'une part, à la notion de paradigme et, d'autre part, à la pratique de l'interdisciplinarité.

B.1. La thèse en deux parties comme illustration d'une conception positiviste et réductrice de la recherche en droit

Nul n'ignore que le « plan en deux parties » revêt en France la valeur d'un sésame pour l'agrégation : il paraît à ce point consubstantiel au droit qu'aucun doctorant ne se croirait autorisé à s'en départir. M. Vivant montre pourtant qu'il s'agit là d'une consigne récente (imposée dans l'après-guerre par Henri Mazeaud, notamment) et que ses fondements sont bien fragiles. N'invoque-t-on pas, pour la justifier, la « nature des choses » : le caractère naturellement agonistique du droit qui verrait les thèses et les intérêts s'opposer deux par deux. Mais on serait déjà en droit de se demander, dans ce cas, ce que cette présentation fait du juge et du point de vue tiers qui les départage. Ne faut-il pas s'aviser par ailleurs que la réalité est nécessairement plus complexe que ne le donne à croire cette présentation

dichotomique en noir et blanc, et que, si A est sans doute différent de B sous tel aspect, il pourrait lui être semblable sous d'autres aspects ?

Le point de vue réducteur de la doctrine imposant le plan en deux parties relève dès lors plutôt du rite académique de reconnaissance et produit, au mieux, une symétrie de façade dans un but pédagogique de clarté, non sans une certaine élégance rhétorique. Mais la symétrie apparaît souvent en trompe-l'œil, explique Michel Vivant, qui note par ailleurs que ce plan binaire relègue les vraies questions dans l'introduction et ne débouche généralement pas sur des conclusions (sinon de simples constats de « fin de chantier »).

Plus fondamentalement, ce que révèle cette méthode, c'est l'absence de véritable problématique de recherche, comme si l'exercice se limitait à l'exposé d'une question toujours déjà résolue. Point ici de questionnement vivant, suivant autant d'étapes que nécessaire, mais plutôt l'arpentage d'un domaine prédécoupé, balisé par le savoir en place, ne réservant aucune véritable découverte, se bornant à déployer, selon un ordre convenu et immuable, les arguments « pro et contra » qui font l'équilibre des controverses académiques.

Il ne s'agit jamais que de « découvrir » des solutions préexistantes, déduites de l'ordonnement balancé de la démonstration, sans jamais s'échapper de cet univers clos et déjà bien connu. Cette méthode est à la fois statique, formelle et purement descriptive ; la technique mise en œuvre relève du simple inventaire d'objets pré-identifiés et contigus, préservés de tout mouvement dialectique et donc d'emblée fermés à toute véritable découverte. Comme dans une immense tautologie, on se borne à tirer tous les développements possibles d'une connaissance déjà présumée : d'où l'absence de conclusion. D'où aussi la « pureté » méthodologique revendiquée et le refus de toute forme d'interdisciplinarité. Or, explique encore Michel Vivant, « c'est un des grands enseignements que j'ai tiré personnellement du fait de travailler avec des juristes de nationalités les plus diverses, que de constater que peuvent parfaitement figurer dans le débat juridique et qu'y figurent effectivement des arguments qu'ici on eût traités d'extrajuridiques et donc, pour cela même, révoqués » (*op. cit.*, p. 981).

B.2. La thèse comme discussion des paradigmes dominants

Cette critique virulente, par Michel Vivant, du plan en deux parties et, à cette occasion, du descriptivisme réducteur d'une certaine doctrine juridique française, met le doigt sur l'essentiel : une thèse est d'abord une œuvre de recherche (et non un traité ou un manuel faisant le point sur l'état actuel des connaissances).

Qui dit recherche dit question, c'est-à-dire questionnement, cheminement. Sans réponse préétablie ni méthode absolument assurée.

La théorie de la connaissance (épistémologie) nous aide à éclairer cette situation grâce à la théorie des paradigmes proposée par Thomas Kuhn. Je me permets d'intégrer ici quelques pages de l'introduction de mon ouvrage *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit* (F. OST et M. van de KERCHOVE, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 13-17).

Mon objectif, en évoquant cette théorie des paradigmes (des modalités de leur adoption, de la survenance d'« anomalies » qui un jour les mettent en question, des réactions de la communauté scientifique face à ces anomalies : accueil enthousiaste, résistance farouche ou examen critique, et finalement des « révolutions scientifiques » menant à l'adoption d'un nouveau paradigme), est de montrer que la science juridique est aujourd'hui confrontée à une crise de ses paradigmes dominants (légaliste, étatiste et positiviste), et cela tant à l'échelle du droit tout entier que de ses branches particulières (que reste-t-il du principe de légalité strict en droit pénal ? du dogme de l'égalité souveraineté des États en droit public ? de l'autonomie de la volonté en droit privé ?...) ou encore de telle ou telle institution spécifique (l'indisponibilité de l'état des personnes, la non-rétroactivité des lois...).

Dès lors, la question très concrète qui se pose au thésard consiste à savoir s'il concevra sa thèse comme « défense et illustration » du paradigme classique, ou s'il s'attachera plutôt à l'examen sérieux des « anomalies » qui se présentent dans son domaine – soit qu'il conclue alors à la nécessité de changer de paradigme au terme d'une révision plus ou moins sérieuse des dogmes établis, soit que, vérification faite, l'« anomalie » ne sera pas parvenue à infirmer la fécondité explicative du paradigme en place.

Je pense que cette théorie des paradigmes fournit un cadre des plus précieux pour la recherche juridique. Dans chaque cas, il s'agira :

1. d'identifier le système dominant d'idées dans un domaine (définir les contours du paradigme) ;

2. de repérer les éventuelles « anomalies » qui pourraient montrer les limites du caractère explicatif du paradigme, voire l'infirmer ;

3. d'identifier les éventuelles réactions de la doctrine (des juges, des législateurs...) face à ces anomalies, et les évaluer ;

4. de prendre position sur l'aptitude du paradigme à résister à cette mise en question ou sur la nécessité de lui substituer un cadre théorique plus englobant et donc plus explicatif.

Voici donc ces quelques pages tirées de l'ouvrage *De la pyramide au réseau ?*

« Ces transformations profondes de l'État et du droit modernes, que G. Zagrebelsky a pu qualifier de « mutation génétique »¹, nous nous proposons de les étudier à l'aide de la théorie du changement de paradigmes élaborée par Th. Kuhn dans le cadre de son analyse des révolutions scientifiques². Kuhn explique que, durant les périodes de « science normale », les chercheurs appartenant à une discipline ou sous-discipline adhèrent à un cadre théorique commun qui, « pour un temps au moins, leur fournit des problèmes-types et des solutions »³. L'accord se fait autour d'un paradigme qui, à la manière d'une carte ou d'une boussole, oriente les recherches et suggère les voies de solution. Un jour cependant se produiront des anomalies – des faits d'observation qui ne cadrent plus avec le modèle explicatif – qui, si elles se multiplient, provoqueront la mise en cause du paradigme dominant. Non sans résistance cependant : dans un premier temps, « hypothèses ad hoc » et « obstacles épistémologiques » tenteront de refouler l'intrus et de restaurer la prééminence du modèle inquiet. Il est pourtant vraisemblable que, l'esprit critique caractéristique de la démarche scientifique l'emportant finalement, se poursuive la recherche d'une théorie plus englobante – c'est le stade pré-paradigmatique de la « guerre des écoles » - et que triomphe enfin, au terme d'une « révolution scientifique », un nouveau paradigme instaurateur d'une nouvelle période de « science normale ».

Bien qu'en sciences humaines, et donc aussi dans les sciences du droit, on n'ait jamais constaté le « solide consensus » et la recherche « hautement convergente » caractéristique de l'adhésion à un paradigme incontesté, on ne peut nier que le modèle hiérarchique (étatiste, positiviste, monologique) caractéristique du sens commun des juristes, soit aujourd'hui fortement remis en cause et que, de tous côtés, s'observent des tentatives de formuler des théories alternatives. On est donc bien dans une période de crise caractéristique de la transition d'un paradigme à l'autre. Notre thèse fondamentale est que, de la crise du modèle pyramidal, émerge progressivement un paradigme concurrent, celui du droit en réseau, sans que disparaissent pour autant des résidus importants du premier, ce qui ne manque pas de complexifier encore la situation. Avec le réseau, l'État cesse

¹ G. ZAGREBELSKY, *Le droit en douceur (Il diritto mite)*, trad. par M. Leroy, Paris, Economica, 2000, p. 35.

² Th. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1972.

³ *Ibidem*, p. 10.

d'être le foyer unique de la souveraineté (celle-ci ne se déploie pas seulement à d'autres échelles, entre pouvoirs publics infra et supra-étatiques, elle se redistribue également entre de puissants pouvoirs privés) ; la volonté du législateur cesse d'être reçue comme un dogme (on ne l'admet plus que sous conditions, au terme de procédures complexes d'évaluation tant en amont qu'en aval de l'édiction de la loi) ; les frontières du fait et du droit se brouillent ; les pouvoirs interagissent (les juges deviennent co-auteurs de la loi et les subdélégations du pouvoir normatif, en principe interdites, se multiplient) ; les systèmes juridiques (et, plus largement, les systèmes normatifs) s'enchevêtrent ; la connaissance du droit, qui revendiquait hier sa pureté méthodologique (mono-disciplinarité) se décline aujourd'hui sur le mode interdisciplinaire et résulte plus de l'expérience contextualisée (*learning process*) que d'axiomes a priori ; la justice, enfin, que le modèle pyramidal entendait ramener aux hiérarchies de valeurs fixées dans la loi, s'appréhende aujourd'hui en termes de balances d'intérêt et d'équilibrations de valeurs aussi diverses que variables.

Comment nier que les « anomalies » (au regard du paradigme pyramidal) se sont multipliées au cours de ces dernières décennies ? On pourrait tout d'abord évoquer à cet égard ce que, dans la théorie des systèmes, on appelle « boucles étranges »⁴ : ces exemples de « hiérarchies enchevêtrées » dans lesquelles l'organe « inférieur » (inférieur selon la logique hiérarchique) se rend maître de la norme adoptée par un organe « supérieur » qui, en principe, devrait pourtant déterminer sa propre action. Il en va ainsi, notamment, lorsque le ministère public, censé pourtant être « l'organe de la loi » (son exécuteur fidèle), décide, en vertu du principe d'« opportunité des poursuites », de ne pas faire application, ou de faire une application sélective, de telle ou telle législation pénale.

Une autre forme d'« anomalie » consiste dans l'apparition de ce qu'on pourrait appeler, avec un peu d'humour, des « objets juridiques non identifiés » : ainsi, par exemple, les nouvelles « autorités administratives indépendantes » (telle la Commission bancaire et financière), ou encore le Conseil supérieur de la Justice, le Collège des Procureurs généraux, les Comités d'éthique, dont la situation, à l'interface des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, pose toute une

⁴ D. HOFSTADTER, *Gödel, Esher, Bach. Les brins d'une guirlande éternelle*, trad. par J. Henry et R. French, Paris, Interéditions, 1985, p. 799.

série de problèmes nouveaux qui se traduisent notamment par une hésitation sur la nature juridique exacte des décisions qu'ils adoptent.

La multiplication des concepts hybrides révèle une troisième forme d'anomalies : on accepte aujourd'hui que les souverainetés soient « partagées » ou « relatives », que les citoyennetés soient multiples ou « fragmentées »⁵, que la validité des normes juridiques soit conditionnelle et provisoire, que la rationalité soit « limitée »...

Confrontée à de telles anomalies, la science juridique peut opposer plusieurs formes de réaction. Une première attitude, plutôt exceptionnelle, consiste à abandonner sans regret le paradigme encore dominant et à réserver un accueil enthousiaste à tel ou tel nouveau modèle censé rendre compte de façon bien plus satisfaisante des anomalies observées. G. Teubner illustre bien ce premier type de réaction : renvoyant au passé le droit étatique et ses méthodes de « commande et contrôle », il célèbre l'émergence de ce qu'il qualifie de « droit spontané », dans le cadre d'une société « hétérarchique » désormais mondialisée⁶. Dans un sens assez proche, quatre auteurs finlandais signent un « manifeste polytique » (sic)⁷, annonçant, au-delà du pluralisme juridique, l'apparition d'un droit polycentrique renonçant à toute prétention intégratrice ou fondatrice. Dirigeant, quant à lui, une publication collective sous le titre *Le droit soluble*, J.-G. Belley évoque l'ultime (?) passage à la limite qui consisterait dans la dilution de la normativité juridique dans la « solution » de la régulation sociale globale⁸. Ces travaux d'avant-garde, qui ont sans doute le mérite de la créativité intellectuelle, présentent cependant le danger de sous-estimer les survivances, parfois considérables (ainsi que les retours toujours possibles), du modèle antérieur. Ils ne s'interrogent pas non plus, sur le plan éthico-politique cette fois, à propos des enjeux liés à la disparition possible des valeurs positives associées au modèle pyramidal (disons, pour faire bref, la constellation des valeurs libérales liées à l'État de droit et, notamment, celle de la sécurité juridique).

⁵ *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire ?*, sous la dir. de M. COUTU et al., Montréal, Éd. Thémis, 1999.

⁶ G. TEUBNER, « Un droit spontané dans la société mondiale ? », in *Le droit saisi par la mondialisation*, sous la dir. de Ch.-A. Morand, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 197 et s.

⁷ L. ERIKSSON, A. HIRVONEN, P. MINKKINEN, J. PÖYHÖNEN, « Introduction : a polytical manifesto », in *Polycentricity. The multiple scenes of law*, éd. par Ari Hirvonen, Londres, Pluto Press, 1998, p. 1 et s.

⁸ J.-G. BELLEY, « Une métaphore chimique pour le droit », in *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, sous la dir. de J.-G. Belley, Paris, LGDJ, 1996, p. 7 et s.

Dans la plupart des cas, cependant, le paradigme dominant oppose une résistance farouche à l'égard des théories rivales, s'employant tantôt à formuler des « hypothèses ad hoc » pour tenter de rendre compte des anomalies sans pour autant remettre en cause la théorie elle-même, tantôt en formulant des « obstacles épistémologiques » en vue de refouler toute avancée d'un paradigme concurrent⁹.

On peut présenter les « hypothèses ad hoc » comme autant d'exceptions (dont on dit qu'elles confirment la règle) bricolées par la théorie du droit en vue de « colmater les brèches », tout en s'épargnant de réviser les prémisses de la théorie elle-même. On soutiendra, par exemple, que la construction européenne configure un modèle *sui generis* pour ne pas avoir à s'interroger sur les démentis qu'elle inflige aux concepts et représentations classiques de la théorie du droit. Il arrive cependant un moment où, les exceptions se multipliant, la théorie devient à ce point alambiquée que le rapport principe-exceptions se renverse... il est temps, alors, de changer de paradigme.

Une autre stratégie de défense du paradigme officiel consiste à dresser des « obstacles épistémologiques »¹⁰ autour du paradigme menacé, afin d'étendre (indûment) son pouvoir explicatif et disqualifier les interprétations concurrentes. Ici encore les illustrations ne manquent pas. Plutôt, par exemple, que de prendre acte du pouvoir créateur de la jurisprudence, on s'attache encore, du moins dans certains cas, à présenter ce phénomène comme une dérive pathologique du système, une menace pour la démocratie, une manifestation inacceptable de « gouvernement des juges ». Autre exemple : plutôt que de prendre l'exacte mesure du phénomène d'autorégulation que se sont adjugée certains secteurs économiques puissants (on pense notamment à la *lex mercatoria*, ou encore à la *lex numerica* régissant les rapports du cyberspace), on feint de croire que cette normativité privée n'est qu'une illustration du principe classique d'« autonomie de la volonté » et que, somme toute, cette application de l'article 1134 du Code civil ne bouleverse en rien la pyramide juridique¹¹. Ou encore : plutôt que de s'accommoder de la démultiplication des sources du droit et de tenter d'y

⁹ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, p. 42 : « Les idéologies juridiques présentent de la résistance au changement. La survivance “idéologique” du positivisme juridique est un exemple de la force d'inertie des grandes conceptions juridiques qui continuent souvent à agir, de façon résiduelle, même quand elles ont perdu leur raison d'être à cause de la modification des conditions qui les avaient justifiées à l'origine. »

¹⁰ Sur ce concept, cf. G. BACHELARD, *La formation de l'esprit scientifique*, 11^e éd., Paris, Vrin, 1980, p. 13 et s.

¹¹ Cf. notamment P. VAN OMMESLAGHE, « L'auto-régulation. Rapport de synthèse », in *L'auto-régulation*, sous la dir. de X. Dieux et al., Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 263 et s.

introduire un peu d'ordre par le biais de quelques principes juridiques de synthèse, on feint de croire à la possibilité de vastes codifications, sans comprendre que les conditions favorables à ces entreprises au XIX^e siècle ne sont plus guère réunies aujourd'hui.

Peut-être que, pour des raisons qui lui sont propres, la doctrine juridique a intérêt à entretenir ces représentations trompeuses ainsi que les illusions qui les nourrissent. Il n'en reste pas moins qu'une science du droit critique, dégagée de ces intérêts, doit pouvoir affronter ces remises en question et tenter, en se gardant cependant de tout effet de mode, de formuler un nouveau cadre théorique, plus englobant que l'ancien, susceptible à la fois de rendre compte des survivances du modèle précédent, des raisons de ses nombreuses transformations et des formes inédites que celles-ci revêtent. »

B.3. Thèse juridique et interdisciplinarité

Éprouver la solidité d'un paradigme juridique, mettre en question les cadres explicatifs traditionnels implique que l'on multiplie les angles d'attaque, que l'on sache prendre son sujet « par tous les bouts », n'hésitant pas à le soumettre à toutes sortes d'épreuves destinées à le « falsifier » (K. Popper), c'est-à-dire à éprouver la « robustesse » de ses hypothèses explicatives.

Dans ce but, il est de bonne méthode de mettre son sujet :

- en perspective historique : en se demandant comment, dans la durée historique, le besoin social auquel il répond aujourd'hui a été rencontré et satisfait ;
- en perspective comparatiste : comment, en droit comparé, des problèmes analogues sont-ils abordés ?

Mais, au-delà de cette interdisciplinarité, encore interne aux sciences juridiques (histoire du droit et droit comparé), il sera très utile d'aborder aussi son sujet « de l'extérieur » : cette institution juridique, qui prétend atteindre tel ou tel besoin socio-économique (ou politique, ou criminologique...) en vue de satisfaire tel ou tel besoin social, comment fonctionne-t-elle dans la réalité, comment est-elle comprise, appréciée et mise en œuvre par ses destinataires ? Il s'agit ici de pratiquer, avec prudence et modestie sans doute, de façon marginale assurément, une approche interdisciplinaire.

Celle-ci doit être sérieusement distinguée autant de la pluri- (ou multi)disciplinarité que de la transdisciplinarité. On dira, pour faire bref, que :

- la pluri- (ou multi)disciplinarité se contente de juxtaposer les approches théoriques à propos d'un objet qui, dans ce cas, ne sera « commun » qu'en apparence. En réalité, chacun construit cet objet selon les concepts, les méthodes et les valeurs propres à sa discipline. En fait d'échange, il s'agit plutôt d'un dialogue de sourds, une sorte de Babel scientifique.

- la transdisciplinarité, en revanche, croit pouvoir surmonter d'emblée les frontières entre les disciplines et propose à l'étude un objet nouveau et commun, résultant de l'hybridation des méthodes en présence, qui auront perdu leur autonomie et leur spécificité (ex. : la sociobiologie). Dans ce cas, il ne s'agit plus de dialogue, mais de langue unique : une sorte d'esperanto scientifique.

À égale distance de l'une et de l'autre (la pluridisciplinarité qui ne parle jamais du même objet et la transdisciplinarité qui sacrifie hâtivement les spécificités des disciplines en présence), l'interdisciplinarité prend plutôt la forme d'un patient dialogue coopératif progressant par essais et erreurs, tâtonnements et ajustements progressifs. Il s'agit cette fois de traduire un langage dans l'autre sans renoncer pour autant à leurs règles propres de composition ni à leur lexique. La traduction patiente permettra néanmoins une reformulation progressive de ses propres hypothèses, un enrichissement de ses connaissances et une intelligence plus fine de son objet. Ainsi, par exemple, du dialogue du juriste et de l'économiste en droit des sociétés, avec le criminologue en droit pénal, le politologue en droit public, l'écologiste en droit de l'environnement, etc...

V. L'après-thèse

L'entreprise de thèse ne s'arrête pas au jour de la défense publique. Ce point mérite d'être souligné, car nombreux(es) sont les doctorant(e)s qui, épuisé(e)s par l'effort et comme dégoûté(e)s de leur sujet, semblent ne plus vouloir en entendre parler. Or cette attitude ne manque pas d'être absurde, dès lors qu'il s'agit d'une entreprise qui vous a occupé(e) des années et qui vous confère une compétence quasi exclusive. Il importe donc de valoriser l'acquis et de réfléchir le plus tôt possible au « service après vente ». Cette valorisation peut revêtir les formes suivantes :

1. La publication de la thèse. Au stade de la défense publique, seule une poignée de collègues, les membres de votre jury, auront pris connaissance de votre travail. Il est évidemment absurde qu'une production de cette importance demeure sous le boisseau. Ceci dit, l'édition a ses exigences propres : un ouvrage destiné même seulement aux spécialistes du domaine présente évidemment d'autres exigences qu'un exercice académique destiné à établir la maîtrise d'une question et à valoir un diplôme de doctorat. On comprend donc parfaitement

que les éditeurs juridiques (auxquels il faut savoir gré d'encore publier des thèses de doctorat ; ce n'est déjà plus le cas dans bon nombre de pays étrangers) imposent certaines exigences aux auteurs. Il n'est pas inutile d'y songer déjà au cours de l'élaboration de la thèse en identifiant pour soi-même les développements qui pourraient être sacrifiés à l'occasion d'une publication ultérieure.

2. La rédaction d'articles dans des revues spécialisées. Il n'est pas inutile de susciter l'intérêt de la communauté scientifique à l'égard de votre problématique en publiant des « bonnes feuilles », plus ou moins remaniées et actualisées : tantôt une synthèse générale (à partir, par exemple, de l'exposé de votre soutenance publique), tantôt une application particulière.

3. La présentation d'exposés à l'occasion de colloques, séminaires et journées d'études. Il s'agit ainsi de personnaliser vos idées, en leur donnant un visage : les exposer, les soumettre à la confrontation et la controverse, leur faire subir le test de l'application à des matières voisines ou à des questions plus concrètes que soulève l'actualité juridique. Même si vous avez l'impression d'avoir épuisé votre sujet, il faut continuer à le faire vivre : tantôt il s'agira d'étendre votre méthodologie à des questions connexes, tantôt il s'agira de reprendre à frais nouveaux des hypothèses laissées en suspens dans le développement de la thèse, tantôt il s'agira de débattre d'objections que la publication du travail aura pu susciter. En un mot : développer l'acquis sans pour autant s'enfermer toute sa carrière dans la veine ouverte par la thèse.

Annexe

VI. La thèse : un travail de doctrine, soumis, comme celle-ci, à une série d'évolutions problématiques

Pour terminer, et en complément à cette trop sommaire évocation de la thèse de doctorat en droit, on voudrait encore souligner le fait que la thèse, comme entreprise doctrinale, est soumise aux mêmes évolutions que la doctrine elle-même. Une doctrine juridique qui fait face aujourd'hui à une série de transformations (accélération, spécialisation, surinformation, consultation) qui sont autant de dérives ou de menaces possibles pesant sur la scientificité de son propos. Je me permets de reproduire ici une partie de l'étude que j'avais consacrée à cette question dans le cadre d'un article rédigé conjointement avec M. van de Kerchove (F. OST et M. van de KERCHOVE, « La doctrine entre "faire savoir" et "savoir faire" », in *Annales de droit de Louvain*, 1/1997, p. 31-55).

« Comme Janus, la doctrine présente deux faces : l'une qui regarde du côté de la science, l'autre tournée en direction de l'action. Sa mission est de "compréhension" et d'"opinion", explique Ph. Jestaz¹². En ce sens, la doctrine peut être comparée à la technique : guidée par la science, elle met au point des produits et des procédés (ici, des "solutions" et des "procédures") susceptibles d'applications pratiques - en vue de répondre à des besoins sociaux clairement identifiés et en s'insérant dans les circuits économiques du marché considéré (ici le marché des services juridiques). Cette fonction pratique de la doctrine, même si elle génère certaines tensions à l'égard de l'idéal d'une science "pure", est aussi ancienne que légitime, dès lors que le savoir juridique a pour vocation de contribuer à la régulation sociale et à la résolution des différends.

Après avoir brièvement rappelé quelques traits attachés à cette fonction pratique du savoir faire doctrinal, on s'attachera à suivre certaines évolutions contemporaines qui pourraient bien faire apparaître une nouvelle figure de la doctrine : moins duelle, assurément, et à ce point immergée dans les urgences du quotidien qu'on se demandera s'il faut encore la qualifier de "technique", de "technologie", ou d'"art", ou si ce ne sont pas plutôt les étiquettes de "bricolage" ou de "recette" qui lui conviennent.

On l'a noté depuis longtemps : la doctrine ne se limite pas à une activité de connaissance de son objet : l'interprétant et le systématisant, le définissant et le classifiant, elle contribue à le transformer. Aussi, bien que l'autorité qui s'attache à la doctrine ne soit qu'une autorité de raison, ne doit-on pas hésiter à lui reconnaître un rôle créateur de source complémentaire du droit, en dialogue constant avec la

¹² Ph. JESTAZ, « Déclin de la doctrine ? », in *Droits*, n° 20 *Doctrine et recherche en droit*, Paris, 1994, p. 89.

jurisprudence et le législateur. Dans la mesure où les concepts juridiques ne sont pas univoques, que les textes ne peuvent prévoir toutes les hypothèses que fait surgir la vie sociale, et qu'ils ne sont pas nécessairement cohérents entre eux, il est inévitable que le travail de "description" doctrinale débouche sur des "prises de parti" et qu'ainsi l'auteur de doctrine soit amené à formuler des préférences et argumenter en leur faveur - marquant ainsi sa participation à l'oeuvre collective de création du droit. L'exposé "*de lege lata*" glisse ainsi, insensiblement, à l'argumentation "*de lege ferenda*". Le concept de "discours demi-savant"¹³, emprunté à Bourdieu, s'impose ici pour rendre compte d'une activité qui mêle intimement construction théorique et visée pratique, propos descriptif et perspective normative¹⁴, connaissance et action¹⁵.

Si donc la doctrine, entendue ici comme "technique", contribue à créer du droit, il faut cependant observer que cette création n'est pas totalement libre dans la mesure où elle suppose normalement une adhésion aux finalités inhérentes à l'ordre juridique étudié, dont elle entend poursuivre, à travers la mise en forme logique, l'ordonnancement social qu'il est censé garantir. Rien de plus révélateur à cet égard que l'attachement de la doctrine à certains postulats, tels que ceux de la rationalité et de la souveraineté du législateur, dont la nature épistémologique hybride - à mi-chemin entre l'hypothèse et la directive - traduit bien le statut mixte de la doctrine elle-même¹⁶. Affirmant, sans trop chercher à vérifier le bien-fondé de cette assertion, que le législateur est rationnel (pour résoudre une question d'interprétation), ou qu'il est souverain (pour résoudre une question de validation), la doctrine entend moins décrire un état de fait que confirmer son attachement à des principes pratiques dont les fonctions sont en définitive moins théoriques que sociales. Entretenir le préjugé (l'hypothèse ? la présupposition ? la présomption ? la fiction ? le dogme ?) de la rationalité du législateur permettra à l'auteur de doctrine (comme au juge, du reste) d'introduire clarté, cohérence et complétude là où elles font parfois défaut (dans les hypothèses visées à l'article 6 du Code judiciaire, notamment), d'infuser de la sécurité juridique là où prévaut l'incertitude, et de mobiliser un argument d'autorité au coeur même de la controverse. De même que l'invocation (pourtant de moins en moins vraisemblable) de la souveraineté du législateur contribue sans doute à conforter l'affirmation du devoir d'obéissance inconditionnelle à la loi - façon de réaffirmer la nécessité d'un ordre social auquel on s'efforce de susciter l'adhésion.

¹³ P. BOURDIEU, *Homo academicus*, Paris, 1984, p. 30.

¹⁴ P. PESCATORE, *op. cit.*, p. 50 où l'auteur définit la science juridique comme "une science normative, c'est-à-dire une science qui nous fournit des préceptes d'action".

¹⁵ F. RIGAUX, *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, 1974, p. 113.

¹⁶ En ce sens, cf. F. OST et M. van de KERCHOVE, « Rationalité et souveraineté du législateur, "paradigmes" de la dogmatique juridique », in *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, 1987, p. 97 s.

Envisagée du point de vue très fondamental d'entretien de ces grands mythes politiques, qui fait de la doctrine la "gardienne du temple"¹⁷, ou envisagée de manière plus prosaïque dans le contexte du règlement quotidien des intérêts, ces analyses confirment l'opinion de J. Dabin, pour lequel les "théories et constructions juridiques visent moins à une valeur de vérité théorique qu'à une valeur d'utilité pratique au regard de la mise en oeuvre effective de la réglementation"¹⁸. Et si l'on s'interroge sur la nature des intérêts (au sens de valeurs axiologiques que Habermas donne à ce terme) que défend la doctrine, on s'accordera pour dire qu'il s'agit d'intérêts "techniques" (par opposition aux intérêts "émancipatoires" supposant une approche critique) : ce qui est recherché est la meilleure adéquation possible des moyens juridiques mis en oeuvre par rapport à un ensemble d'objectifs sociaux considérés comme "donnés", c'est-à-dire le plus souvent conformes à la rationalité sociale dominante¹⁹.

Ainsi progressait traditionnellement la doctrine, partagée entre faire savoir et savoir faire. La question qui se pose aujourd'hui est de savoir si la doctrine occupe encore cette position d'entre-deux, si elle assume encore son double visage de Janus, ou bien si, emportée par de multiples évolutions du droit, elle n'est pas progressivement conduite à jouer un autre rôle.

Par précaution de méthode, on se gardera bien de parler, d'entrée de jeu, de "déclin"²⁰ ou de "décadence"²¹ : un tel jugement nécessiterait une enquête autrement approfondie que celle à laquelle on peut se livrer ici, et est, par ailleurs, pour le moins infirmée par la somme de compétences mobilisées au service de l'explicitation des textes juridiques. Nous préférons parler en termes de transformations, voire de risques et de dérives, insistant ainsi sur le passage vraisemblable d'un modèle juridique à un autre. Ceci nous conduit à une seconde précision liminaire : contrairement à J.-D. Bredin, qui parle "d'autodestruction" de la doctrine (considérant que "les théoriciens du droit ont été les artisans consciencieux de leur propre effacement")²², nous considérons que les métamorphoses qui affectent aujourd'hui la doctrine traversent le champ du droit tout entier, de sorte que, plutôt que d'imputer une responsabilité exclusive aux seuls auteurs, il convient plutôt de prendre la mesure de l'ensemble des évolutions qui pourraient bien conduire à un changement de paradigme. Quel changement de

¹⁷ Y. POIRMEUR et A. BERNARD, « Présentation », in *La doctrine juridique, op. cit.*, p. 6.

¹⁸ J. DABIN, *La technique de l'élaboration du droit positif*, Bruxelles-Paris, 1935, p. 200.

¹⁹ J. HABERMAS, *La technique et la science comme "idéologie"*, trad. J.R. Ladmiral, Paris, 1973, p. 145.

²⁰ Ch. ATIAS, « La mission de la doctrine universitaire en droit privé », in *La Semaine juridique*, 1980, I, p. 2999 n° 2 : « il faut reconnaître son actuel déclin ».

²¹ J.-D. BREDIN, « Remarques sur la doctrine », in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, 1981, p. 115 : "cette décadence de la doctrine - ici posée en postulat".

²² *Ibidem*.

paradigme ? Annick Perrot suggère le passage d'un modèle "continental" - le fameux *Professorenrecht* - à un modèle anglo-américain caractérisé par le pragmatisme et l'attention portée aux précédents : de sorte que, plutôt que de parler de "crise de la doctrine", il faudrait parler de "déclin du droit", du moins *d'un* modèle de droit, formel et systématisé²³. L'hypothèse mérite d'être discutée. Pour ce faire, nous suivons cinq fils différents ; nous envisagerons tour à tour l'accélération du droit, le phénomène de spécialisation croissante lié à l'éclatement de la matière juridique, le phénomène d'hyper-information lié notamment à l'informatisation des données, la part croissante de la consultation dans le travail de la doctrine, et enfin l'hétérogénéisation du champ doctrinal corrélative de la dilution du domaine juridique lui-même. Tous ces traits, on s'en aperçoit, renvoient à des évolutions qui ne se limitent pas à la doctrine elle-même : un droit dont les frontières se diluent, dont les ressorts n'échappent guère à la logique du marché, qui ploie sous la masse d'informations disponibles, qui se diversifie en secteurs de plus en plus spécialisés et dont la temporalité s'accélère : voilà le contexte dans lequel la technique doctrinale est désormais appelée à travailler.

1. Accélération.

Les bibliothèques des jurisconsultes du siècle dernier fleuraient bon les reliures plein cuir ; on pouvait, en effet, consacrer quelqu'argent à la conservation des livres de droit dès lors que ceux-ci, codes aussi bien qu'ouvrages de doctrine, étaient destinés à faire autorité durant des décennies. Aujourd'hui, l'ouvrage de doctrine et le code se présentent le plus souvent sous la forme de feuillets mobiles : on ne relit pas ces livres, on les met à jour, en y intégrant mois après mois, trimestre après trimestre, les suppléments auxquels on s'abonne. Une course contre le temps s'est ainsi engagée dont l'objectif est la permanente actualisation des données. Voilà le nouvel exploit du juriste : être à jour, maîtriser sa documentation, traquer le dernier arrêt, connaître, avant même sa parution au *Moniteur*, le dernier arrêté réglementaire. Le droit est devenu "mobile" comme les feuillets sur lesquels il trouve à s'inscrire pour quelques mois ; il nourrit l'ambition de travailler en "temps réel", opposant, à l'instant pourrait-on dire, une réaction normative à toute évolution sociale, à tout événement. Il ne suffit pas ici de noter, comme on l'a fait si souvent, l'inflation normative et son corollaire, le raccourcissement de la durée de vie des lois. Si le temps juridique se contracte, devenant du fait même aléatoire et éphémère, c'est que se perd l'idée même de "médiation" juridique : la médiation, c'est-à-dire le contraire même de l'immédiateté. Cette médiation implique prise de distance et de recul : une

²³ A. PERROT, « La doctrine et l'hypothèse du déclin du droit », in *La doctrine juridique, op. cit.*, p. 184-185.

réaction différée, qui prenne de la hauteur et s'exprime par voie de disposition générale ; inspirée par des principes, eux-mêmes nourris par une capacité de remémoration (en direction du passé) et de projet (en direction du futur), la législation médiate a pour vocation d'instituer le social - aussi bien est-elle promise à une certaine durée. Mais, dès lors qu'on entend désormais travailler en "temps réel", c'est au "pilotage à vue" qu'on se condamne²⁴, et voilà l'ensemble des professionnels du droit entraînés malgré eux dans cette adaptation permanente à l'événement.

Le rôle de la doctrine, on s'en doute, s'en trouve notablement transformé. Il s'agit moins désormais de collaborer à la fixation de principes ou à la définition d'institutions que de recenser, au jour le jour, l'état présent d'un système juridique prolifique et d'une réglementation pointilliste. Et lorsque la loi se modifie elle-même au moindre changement de circonstances, c'est de son rôle d'adaptation créatrice des textes que le doctrine se voit frustrée. Mais, du reste, qui a encore le temps de s'interroger sur les principes d'une matière ? Les praticiens, bousculés par les urgences de la pratique, se précipitent sur une information la plus ramassée possible : sommaire d'arrêts, nouvelles législatives, "flashes" d'informations toujours plus condensés. Et les auteurs de doctrine répondent d'autant plus volontiers à cette nouvelle demande que leur propre temps - le temps de penser, comme l'écrit M. Gobert²⁵ - est de plus en plus chichement compté : dès lors que le temps "libre" de la doctrine est accaparé par la clientèle ou rempli par l'administration universitaire, on peut parler, avec M. Gobert encore, de "temps détourné" pour les uns (cf. infra, "Consultation") et de "temps grignoté" pour les autres. Jestaz peut alors ironiser : un Ripert, par exemple, ne trouverait plus le temps, explique-t-il, de rédiger un essai juridique à longue portée ; ce n'est pas l'inspiration qui fait défaut, mais le temps ; tout au plus peut-on encore formuler une idée nouvelle sous forme d'hypothèse à vérifier, qu'on publiera au *Dalloz* ou sous la forme d'un article de *Mélanges*²⁶. A l'ironie, Bredin ajoute la rêverie : "on se prend", dit-il, "à rêver (...) d'une doctrine qui aurait le temps de la réflexion, et encore de la réflexion sur la réflexion"²⁷ : c'est-à-dire, très exactement, le temps de faire oeuvre de science et même de méta-science ; le temps d'une doctrine qui de la technique s'élève à la science, et de la science à la réflexion critique sur elle-même. Mais, précisément, la réflexivité suppose la médiation qui est le contraire de l'immédiateté...

²⁴ A. PERROT, *ibidem*, p. 183 (reprenant l'expression à B. OPPETIT : « Quel droit des affaires demain ? », in *J.C.P.*, 1986, II, 14637).

²⁵ M. GOBERT, « Le temps de penser de la doctrine », in *Droits* n° 20, *op. cit.*, p. 101.

²⁶ Ph. JESTAZ, « Déclin de la doctrine ? », *op. cit.*, p. 88.

²⁷ J.-D. BREDIN, *ibidem*, p. 122.

2. Spécialisation.

On le sait : il n'est plus guère de domaine de la vie sociale qui ne fasse l'objet de réglementation juridique. Or, si le champ du droit s'étend, il est fatalement condamné à se parcelliser. Les branches du droit se multiplient, à distance toujours plus grande du tronc formé par ce qu'on appelait, hier, le "*ius commune*". Dans ces conditions, comment reprocher à la doctrine de se spécialiser elle aussi ? Cette compétence acquise, dans des secteurs sans doute toujours plus restreints, n'est-elle pas la condition de l'efficacité, et celle-ci le gage de l'autorité ? Certes ; mais le prix à payer paraît bien lourd : ce qui est gagné en précision est perdu en largeur de vue ; l'intelligence des principes disparaît alors que s'accroît l'ésotérisme des solutions. La figure du généraliste s'estompe - condamné, croit-on, "au bavardage et à l'inconsistance légère"²⁸ - tandis que s'affirme celle du spécialiste revendiquant haut et fort l'autonomie de sa (sous)-discipline. Aux parcours transversaux à travers la matière juridique se substituent les plongées dans les profondeurs techniques des secteurs spécialisés, où l'auteur de doctrine désapprend le dialogue avec ses pairs au profit de l'écoute des représentants du domaine de la pratique concerné.

Mais, répétons-le, la cause principale du phénomène de spécialisation se trouve déjà dans la règle de droit elle-même : une règle dont le contenu se particularise. "Le droit", explique Ch. Atias, "tend à la solution et pas à la règle"²⁹ ; à tout le moins observe-t-on une réduction constante de la distance qui sépare la règle de la solution. Ainsi le droit ne cesse de se complexifier, dès lors qu'il descend jusqu'au plan des détails les plus pratiques, en même temps qu'il se condamne, comme on l'a déjà souligné, à se modifier sans cesse, au gré des variations de circonstances qu'il entend désormais prendre en compte. Accélération et spécialisation du phénomène juridique se renforcent ici, condamnant le juriste à une technicité toujours accrue. L'efficacité y gagne, mais la capacité critique y perd, assurément : nous assignant nous-mêmes à une "place efficace mais modeste", nous sommes, "pour la plupart, devenus de consciencieux garagistes", écrit J.-D. Bredin³⁰. Ph. Jestaz y voit, quant à lui, la raison principale du "suivisme" qui caractériserait la doctrine contemporaine : une forme regrettable de conformisme intellectuel qui émousse l'esprit critique et affadit les controverses, jadis si typiques du style doctrinal³¹. Ce n'est pas tant que la doctrine ait perdu son indépendance, c'est que l'abondance des précisions techniques

²⁸ *Ibidem*, p. 115.

²⁹ Ch. ATIAS, « La mission de la doctrine universitaire en droit privé », *op. cit.*, n° 6.

³⁰ J.-D. BREDIN, *op. cit.*, p. 116.

³¹ Ph. JESTAZ, *op. cit.*, p. 90 s.

dénature le débat, comme si ce n'était plus de principes concurrents de justice qu'il était question, mais de querelles d'experts.

Un aspect important du pointillisme que revêt aujourd'hui l'étude du droit est l'extrême attention - on a parlé de "culte" - vouée à la jurisprudence. Comme si la substance du droit s'était réfugiée dans les décisions singulières, la loi elle-même ne contenant plus que la référence à un critère vague qu'il revient aux juges d'actualiser au regard des données, chaque fois singulières, de l'espèce. Sans doute le dialogue de la doctrine et de la jurisprudence ne date-t-il pas d'hier ; il est loin le temps où les commentaires doctrinaux allaient exclusivement aux articles de loi. En 1902 déjà, alors qu'on se préparait à fêter le centenaire du Code civil, Esmein se félicitait de ce que "l'École se soit rapprochée du Palais" ; mais cela n'était pas assez à ses yeux : il faut, écrivait-il "que la doctrine aille plus loin et prenne la jurisprudence pour son principal objet d'étude" - à cette condition seulement le droit des Codes, assoupli et rajeuni par l'interprétation, demeurera un "droit vivant"³².

Ce programme, assurément, a réussi au-delà de toute espérance, au point que d'aucuns déplorent le fait qu'aujourd'hui "les traités soient devenus des répertoires", et que, pour les théoriciens du droit, "un bon fichier vaut mieux que du génie"³³. Les notes d'arrêt, les commentaires de jurisprudence se multiplient en effet aujourd'hui, au point de recouvrir la règle de droit que ces décisions sont censées appliquer. Ce souci de documentation se comprend de la part de l'avocat ou du consultant soucieux de déterminer la probabilité de succès de la thèse qu'ils ont à défendre, et toujours tentés d'impressionner le juge par la production d'une somme de décisions "favorables" - mais dans le cas de la doctrine, ce "suivisme" jurisprudentiel représente une solution de facilité : ne le dispense-t-il pas de rechercher dans la rigueur même des principes la solution la plus juste ? Ne prolonge-t-il pas, chez elle, le réflexe de l'étudiant-potache qui, pour résoudre l'exercice pratique proposé à sa sagacité par l'assistant, se précipite sur le plus récent recueil de jurisprudence en vue de mettre la main sur "le" cas plus ou moins maquillé dans l'énoncé de l'exercice ? Le danger, mainte fois souligné, est que, sous couvert d'attention portée au détail des affaires, s'installe et se renforce une routine jurisprudentielle, le juge étant naturellement porté, ne serait-ce qu'en raison de la surcharge des rôles, à la reproduction de solutions convenues. Qui l'en dissuaderait, dès lors que la doctrine renonce à son rôle de censeur, se hâtant au contraire de légitimer cette production casuistique par l'aura académique qu'elle leur confère ? Or, il faut le dire aussi, tout n'est évidemment pas d'égale qualité

³² A. ESMEIN, « La jurisprudence et la doctrine », in *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, 1902, p. 11-12.

³³ J.-D. BREDIN, *op. cit.*, p. 117-118.

dans cette masse de décisions : à côté d'arrêts de principe, originaux et solidement motivés, combien de décisions sans intérêt, voire de curiosités qui n'auraient pas mérité les honneurs d'une publication ! Ce qui est préoccupant pour les lecteurs de la doctrine, et particulièrement pour les étudiants dépourvus de fil d'Ariane au moment de pénétrer dans le labyrinthe juridique, c'est que tout cela, désormais, semble faire farine au moulin - tout, le bon et le moins bon, est mis sur le même pied, livrant du droit une image à la fois pléthorique et molle : "assemblage hasardeux de matériaux entassés", écrit encore J.-D. Bredin³⁴. Ceci nous conduit à relever un troisième trait de l'évolution doctrinale : la surinformation.

3. La surinformation.

Parler de surinformation juridique vise évidemment un phénomène quantitatif : la masse documentaire mise à la disposition des juristes s'accroît dans des proportions qu'on peut juger déraisonnables. Mais ce qu'il importe surtout de souligner ce sont les conséquences qualitatives du phénomène : l'accroissement de quantité entraîne une baisse de qualité, ou mieux encore, une manière de banalisation de l'analyse - précisément une mise sur le même plan du bon et du moins bon, le tout emporté, comme cela s'observe dans le régime médiatique, par un flux continu d'informations non hiérarchisées qui ont pour effet de différer sans cesse le jugement critique, qui apparaît comme paralysé par cette course haletante derrière une information que l'on veut à la fois à jour et exhaustive.

Un auteur comme W. Van Gerven remarque à cet égard la véritable explosion qu'a connue la doctrine néerlandophone en Belgique au cours des récentes années. S'il est vrai que la Flandre devait rattraper un retard dans ce domaine, la situation actuelle n'en est pas moins devenue préoccupante, estime l'auteur, qui n'hésite pas à plaider pour une modération éditoriale : qu'on publie moins, et de meilleure eau³⁵ ! Mais plusieurs raisons concourent à la multiplication des publications : l'augmentation du nombre des juristes, les nécessités des promotions académiques qui passent par une bibliographie étoffée ("*publish or perish* !"), la concurrence entre universités, centres de recherche, revues et éditeurs qui poussent à la mise sur le marché de produits très voisins, le fait que même les livres les plus chers peuvent être comptabilisés au titre de frais professionnels, le fait que les droits d'auteur se calculent sur le nombre de pages et non en considération de la qualité intrinsèque des publications³⁶...

³⁴ *Ibidem*, p. 18.

³⁵ W. VAN GERVEN, « De redactie私家at. Pleidooi voor een terughoudende rechtsleer », in *Tijdschrift voor privaatrecht*, n° 2-1994, p. 761.

³⁶ *Ibidem*, p. 761-762.

Nombreux, à cet égard, sont les auteurs qui s'inquiètent d'une absence généralisée de contrôle de qualité des publications juridiques. Les éditeurs n'y poussent pas, dès lors qu'il leur faut bien remplir les revues et les collections qu'ils ont lancées, et dès lors aussi que les prix de vente sont fixés de façon à garantir une rentabilité assurée de l'opération même si le nombre d'exemplaires vendus ne dépasse pas les limites du "public captif" qui achètera la publication en toutes circonstances. Les responsables des départements universitaires s'avèrent sans doute également moins vigilants dès lors qu'une bonne partie des recherches actuelles s'opère dans le cadre de "contrats" passés avec des partenaires publics et privés, et que l'essentiel, dans ce contexte, est de répondre à temps à une demande précise. Plus fondamentalement, les phénomènes, déjà observés, d'accélération et de spécialisation de la matière juridique conduisent à s'accommoder de publications superficielles et provisoires, à la manière de ces "*working papers*" qui restent, comme le droit qu'ils commentent, à l'état permanent de chantiers.

Soyons justes, néanmoins : à côté de ces productions alimentaires, il en est d'autres, assurément, qui honorent la recherche juridique. Mais alors la difficulté se déplace : comment les identifier dans le flot des productions sans intérêt ? Et surtout : sur quel critère se baser pour faire le tri ? Ch. Atias a raison de le souligner : en sciences sociales, et donc en droit aussi, il est plus difficile que dans les sciences naturelles d'évaluer à l'avance la fécondité d'une recherche juridique. A partir du moment où tout, ou presque, peut se défendre, comment anticiper la fécondité d'une perspective nouvelle³⁷ ? L'accumulation des études rend cette question, qui n'est certes pas neuve, plus difficile encore à traiter.

L'informatisation du traitement de textes et de l'information juridique ne peut manquer d'influer également sur cette problématique. Les machines à traitement de texte sont assurément - qui en disconvient ? - un outil précieux pour la recherche. Notons cependant que les facilités de stockage de l'information qu'elles permettent pourraient bien favoriser insidieusement la tendance à la compilation qui est déjà la tentation naturelle du juriste : quoi de plus facile désormais que d'empiler les références (notamment jurisprudentielles, cf. *supra*) à l'appui d'une thèse dont on ne cherchera plus nécessairement à établir autrement le bien-fondé ? Inutile également de se masquer les dangers de "repiquage" d'un texte à l'autre d'une idée précédemment exprimée : les facilités techniques compensent ici, à point nommé, le déficit de temps évoqué précédemment.

Que dire par ailleurs de l'informatisation des données juridiques ? Ici encore, comme pour l'usage de tout instrument, le meilleur côtoie le pire. S'il est incontestable que la constitution de ces immenses fichiers documentaires peut

³⁷ Ch. ATIAS, *op. cit.*, n° 5.

libérer la doctrine de fastidieux exercices d'inventaire, et pourra, à l'occasion, permettre de vérifier empiriquement la validité des thèses qu'elle défend, le risque existe cependant que "la surinformation jurisprudentielle altère son analyse, obscurcisse son effort de prédiction et anéantisse son esprit critique"³⁸. L'incidence du médium utilisé (oralité, écriture, image médiatique, langage informatique y compris recours à "l'hypertexte") sur la nature du message convoyé reste encore, pour le moment, un sujet de réflexion largement en friche. Il est vraisemblable que, utilisés sans réflexion critique préalable sur leurs virtualités et leurs limites, les instruments informatiques pourraient bien, comme le note Ch. Atias, "accuser les tendances antérieures"³⁹. La multiplication des liens entre les "entrées" documentaires que permet la navigation analogique de l'hypertexte⁴⁰ compense sans doute l'accélération et la spécialisation de la matière juridique : mais, permettant ainsi de s'en accommoder, ne contribue-t-elle pas à les renforcer ?

4. Consultation.

Lorsqu'on évoque la dérive "technicienne" de la doctrine, c'est sans doute au fait qu'elle prenne de plus en plus souvent la forme de la consultation qu'on songe en premier lieu. Et pourtant le phénomène n'est ni récent, ni illégitime en lui-même. Il est compréhensible en effet que les meilleurs dépositaires du savoir juridique soient consultés par les acteurs socio-économiques dans le cours des différends qui les opposent. Tout est cependant question de mesure et de style. De mesure : au-delà d'un certain volume de travail, la consultation dévore le temps de la recherche fondamentale et finit par orienter en profondeur ses résultats eux-mêmes, dès lors que les questions générales ne sont plus traitées que sous l'angle des problèmes pratiques qu'elles ont suscités et, on peut le gager, des intérêts qu'elles ont mobilisés. De style : par définition, la consultation est engagée, partisane : comme une plaidoirie, souvent à l'appui d'une plaidoirie, elle défend une thèse déterminée dans un contexte lui aussi particulier. Jusque là, rien à redire. Le risque commence cependant dès lors que l'engagement se masque sous le voile de la neutralité académique, dès lors que le plaidoyer se drape dans les plis de l'objectivité scientifique. Or, ce danger n'est pas imaginaire : n'est-ce pas

³⁸ Ph. MALAURIE, « Rapport français », in *La réaction de la doctrine à la création du droit par les juges*, *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XXXI, 1980, Paris, 1982, p. 82.

³⁹ Ch. ATIAS, *op. cit.*, n° 8.

⁴⁰ J.-P. BOURGEOIS, « L'hypertexte appliqué au droit. Une nouvelle approche du texte et de l'information juridique », in *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, *op. cit.*, p. 355 s. On parle ici d'accélération et de spécialisation. Mais l'hypertexte renforcera également ce que nous appellerons *infra* la dilution du champ juridique : cf. J.-P. Bourgeois (*op. cit.*, p. 363) : "le juriste trouvera à interfacer (sic) ses fichiers traditionnels à des textes informels".

précisément en raison de leurs supposées compétences académiques que certaines signatures sont sollicitées dans le feu des débats ? La tentation n'est-elle pas réelle, dans ces conditions, de couvrir de l'aura scientifique une argumentation partisane ? L'exercice est donc périlleux. Sans doute la doctrine a-t-elle le droit d'être partisane - "à condition cependant de se donner pour telle et non pour porteuse de vérité scientifique"⁴¹. Mais, encore une fois, la distinction est-elle tenable au-delà d'un certain point ? Craignant que la consultation ne se dissimule derrière la théorie, J.-D. Bredin évoque même ce qui l'attend au bout du chemin : "une vraie prostitution de la pensée juridique"⁴².

Dans le même ordre d'idées, il faudrait évoquer encore une expérience qu'auront sans doute faite tous ceux qui, dans le cadre d'un centre de recherche par exemple, auront été amenés à prêter la main à la rédaction d'un texte normatif. Sollicités dans un premier temps par un Ministre ou une administration, ils auront rendu une copie la plus objective possible, combinant dans les limites du raisonnable les possibilités du système juridique et les objectifs politiques définis par le commanditaire du travail. Mais, au-delà de cette première étape, les voilà sollicités pour "expliquer" le texte en projet aux partenaires gouvernementaux ; l'"explication", on s'en apercevra assez tôt, se mue inmanquablement en négociation, et bientôt la négociation en marchandage. De réunion en réunion, de concession en concession, le texte perdra de sa cohérence et le difficile équilibre entre objectivité juridique et objectif politique se sera progressivement rompu. Où placer alors la frontière ? À quel moment arrêter de jouer le jeu sans paraître irresponsable... et compromettre ses chances d'obtenir d'autres consultations à l'avenir ?

Autre chose encore : l'auteur de doctrine, de plus en plus sollicité pour rendre des consultations, est aussi tenu de publier dans les revues et collections scientifiques (cf. supra). Comment combiner, ne serait-ce que sur le plan de la ressource la plus rare, le temps disponible, ces deux contraintes ? Le danger n'est-il pas de présenter sous forme d'article, la consultation rédigée hier dans un dossier particulier ? Ne suffit-il pas de remplacer les éléments d'identification trop explicite des parties par un renforcement de "l'appareil critique" ? N'est-ce pas alors la manière même de poser les problèmes qui adopte le tour propre au contentieux ? Ne voit-on pas se renforcer ici les effets de spécialisation et de culte de la jurisprudence déjà évoqués ?

Les "gardiens du temple" seraient-il devenus des "marchands de droit" ? C'est ce qu'il nous faut vérifier maintenant, en abordant un cinquième trait de

⁴¹ Ph. JESTAZ, *op. cit.*, p. 93.

⁴² J.-D. BREDIN, *op. cit.*, p. 116.

l'évolution de la doctrine : l'hétérogénéisation des acteurs et la dilution du champ juridique.

5. Hétérogénéisation des acteurs et dilution du champ juridique.

La doctrine n'est plus, loin s'en faut, l'apanage des professeurs de droit. Un premier facteur d'explication réside dans le fait que les professeurs, qui n'ont pas disparu pour autant, ne suffisent plus à la tâche. Leur temps "libre", on l'a déjà observé, est de plus en plus accaparé par l'enseignement, les examens et le suivi des étudiants, dans le cadre d'une massification des études supérieures, d'une part ; tandis que l'administration de l'université et de la recherche achèvent, d'autre part, de "grignoter" ce précieux temps, qui devrait être voué à la réflexion de fond. Un second facteur explicatif tient au fait que les modes de recrutement des professeurs se sont eux-mêmes diversifiés : "des professionnels se voient offrir l'occasion de devenir professeur, et de réaliser une confortable plus-value symbolique par l'acquisition d'un titre dont la crise de recrutement des universitaires leur épargne de payer le prix"⁴³. Dans le même ordre d'idées, on relèvera encore que les Facultés de droit perdent leur monopole de la formation des juristes. En vertu d'un arrêté français du 16 décembre 1991, sont admis, en équivalence à la maîtrise en droit, à se présenter à l'examen d'accès au Centre régional de formation professionnelle des avocats, des titulaires d'une maîtrise en sciences de gestion, d'une maîtrise de sciences et techniques des disciplines économiques et de gestion, etc...⁴⁴. Mais il faut aller plus loin : c'est le lien même entre production doctrinale et université qui, dans bien des cas, s'est rompu. Le "marché des biens doctrinaux", pour parler à la manière de P. Bourdieu et de ses émules, voit apparaître de nouveaux producteurs. Proche encore du monde feutré de l'École, on évoquera d'abord la Cour de Cassation qui, en France au moins, développe, en-dehors de ses arrêts, une "doctrine" écoutée dont, semble-t-il, l'influence n'est pas négligeable sur le législateur : on vise ici l'institution de son "*Rapport annuel*" qui serait à l'origine de l'adoption de non moins de cent cinquante propositions de modifications législatives ou réglementaires⁴⁵. Au chapitre de la "doctrine jurisprudentielle", il faut également mentionner les conclusions (et parfois les "mercuriales") des procureurs et avocats généraux auprès des juridictions supérieures, dont W. Van Gerven note qu'elles représentent un "pont entre doctrine et procès concret"⁴⁶. L'action du Conseil d'État, tant au

⁴³ Y. POIRMEUR et A. BERNARD, « Présentation », in *La doctrine juridique, op. cit.*, p. 7.

⁴⁴ *Ibidem*, note 7. Et les auteurs de noter : "A ce titre, pour quoi ne pas reconnaître aux docteurs en droit la possibilité d'exercer la chirurgie, ou la pharmacie, ou encore d'enseigner la physique ?".

⁴⁵ A. PERROT, *op. cit.*, p. 207.

⁴⁶ W. VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 761.

contentieux administratif que dans le cadre de sa section de législation, mérite également une mention particulière. A propos des "commissaires du gouvernement" attachés au Conseil d'État français, M. Deguegue note que "apparemment versés dans le concret des cas d'espèce, ils se révèlent être des messagers de la doctrine et des membres de celle-ci à part entière"⁴⁷. Quant à l'oeuvre de la section de législation du Conseil d'État (composée de professeurs et de magistrats), on sait combien elle contribue au respect, par les textes en projet, des exigences de l'ordonnement juridique en vigueur, et, plus largement, des valeurs qui sont à la base de l'État de droit.

Déjà plus éloignée de l'École est la doctrine "administrative", notion qui s'est progressivement imposée, en matière fiscale notamment. C'est ainsi qu'une loi française du 28 décembre 1959 entend protéger le contribuable contre les changements de la "doctrine" de l'Administration⁴⁸. Il faut observer un phénomène intéressant à cet égard, qui prend la forme de la résurgence du *rescrit*. Le *rescrit*, institution d'origine romaine, consiste, pour une personne privée ou un organisme public, à solliciter l'avis d'une autorité sur l'interprétation ou l'application d'une norme. A. Perrot en voit l'application dans de nombreux domaines : en matière fiscale (on songe ainsi à la pratique belge du "*ruling*" : article 345 du Code des impôts sur les revenus), en matière boursière (consultation, en France, de la Commission des Opérations de Bourse), en matière économique (Avis donnés par le Conseil de la concurrence aux juridictions qui l'interrogent sur des pratiques concurrentielles litigieuses), etc...⁴⁹.

Avec la consultation de divers comités nationaux d'éthique, dont les avis sont à leur tour érigés en "doctrine", on franchit encore un pas de plus, cette fois en-dehors même des sphères strictement juridiques. Or il faut s'y résoudre : dans certains secteurs - la biotechnologie et les sciences du vivant, par exemple -, les travaux de la doctrine classique ne sont jamais cités dans les rapports établis par les Parlementaires et l'Administration ; en revanche, le "Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé" semble s'être accaparé cette fonction doctrinale⁵⁰. Si, au départ, c'est d'une compétence éthique qu'il était investi, ce conseil n'a pas tardé à déborder sur le terrain juridique où il a réussi à

⁴⁷ M. DEGUERGUE, « Les commissaires du gouvernement et la doctrine », in *Droits, op. cit.*, p. 132. L'auteur loue notamment leur contribution à l'élaboration des "principes généraux" du droit administratif.

⁴⁸ Cf. A. PERROT, *op. cit.*, p. 206-207. Cette disposition est actuellement insérée à l'article L.80A du Livre des Procédures fiscales.

⁴⁹ A. PERROT, *op. cit.*, p. 206.

⁵⁰ J.-Ch. GALLOUX, « Le Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé est-il une autorité de doctrine ? », in *La doctrine juridique, op. cit.*, p. 241.

se faire entendre par tous ceux qui visaient à s'affranchir du système de droit préexistant, dont la doctrine classique est censée préserver l'intégrité⁵¹.

Mais un dernier pas doit être franchi, sans doute le plus coûteux. Il faut reconnaître en effet que, dans certains secteurs de l'activité juridique, on assiste à une véritable "recomposition" du paysage doctrinal à partir des forces économiques. On vise ici l'institution des puissantes "*law firms*", d'origine anglo-américaine, mais qui font des émules sur le continent, qui, non contentes d'avoir accaparé le monopole du marché du conseil juridique, se transforment peu à peu en "producteurs de droit", selon la forte expression de Y. Dezalay⁵². C'est que, si l'on veut "vendre du droit" sur un marché économique transnational, du reste peu investi par les États eux-mêmes, il faut d'abord le produire. Il s'agira donc de contrôler tant les dispositifs d'expertise que les instances de régulation et de jugement. Opérant au service des opérateurs économiques les plus puissants, ces "multinationales du droit" développent, toujours selon Dezalay, une véritable stratégie de "surarmement", y compris sur le terrain doctrinal : on s'entoure des services des universitaires les mieux cotés, on décroche des enseignements à temps partiel pour ses collaborateurs, on finance chaires universitaires et travaux de recherche, on parraine colloques scientifiques, revues, maisons d'édition. La frontière devient ainsi de plus en plus floue entre pratique et production du droit savant, au fur et à mesure que se privatisent les lieux de production du (savoir) juridique⁵³.

Où l'on voit que, dans ce dernier cas au moins, l'hypothèse avancée par Annick Perrot (cf. *supra*) se vérifie : un modèle continental de droit, le *Professorenrecht*, s'efface au profit d'un modèle anglo-américain, pragmatique et casuistique. Reformulée par Dezalay, la transformation se décrit dans les termes du combat entre "l'artisanat et l'usine" : d'un côté "la boutique", de l'autre le "supermarché... de luxe"⁵⁴.

Une autre hypothèse d'explication des transformations qui affectent la doctrine pourrait tenir dans la dilution des frontières du juridique, soit que le droit parte à la conquête de domaines sociaux toujours plus reculés ("colonisation du monde vécu", dirait J. Habermas), soit que (mais ces interprétations ne sont pas contradictoires) le social ne phagocyte le droit de l'intérieur. Lorsque économistes,

⁵¹ *Ibidem*, p. 242.

⁵² Y. DEZALAY, « La production doctrinale comme objet et terrain de luttes politiques et professionnelles », in *La doctrine juridique*, *op. cit.*, p. 237.

⁵³ Sur tout ceci, DEZALAY, *ibidem*, p. 237 s. L'auteur remarque que les instances de régulation internationale (européennes, notamment) se plaignent d'être littéralement "assiégées" par ces experts privés s'appuyant sur les études qu'ils ont réalisées. Dans des matières de pointe comme l'environnement ou la propriété industrielle, l'essentiel de la "littérature grise" émane aujourd'hui de ces grandes firmes juridiques (p. 239).

⁵⁴ *Ibidem*, p. 236.

comptables, politologues, écologues, criminologues, psychologues font "monter au droit" le matériau brut de la vie sociale, le savoir-faire doctrinal bat en retraite. Les catégories juridiques traditionnelles, les qualifications autorisées restent sans prise sur ce matériau foisonnant et non dégrossi (l'immédiateté encore). Quand le "donné" extérieur investit le champ du droit, le "construit" juridique se fragilise... et la doctrine s'interroge sur son devenir. »