

Le droit est-il une discipline savante?

Finn Makela¹

RÉSUMÉ

Cet article se veut une intervention dans les débats de la littérature scientifique sur la place de la recherche juridique dans les universités. La discussion que nous proposons s'articule autour de la question de la qualification du droit comme discipline savante. Sur la base d'une conception sociologique plutôt qu'ontologique de la disciplinarité, nous avançons que le droit est une discipline savante non pas en vertu de sa relation à un objet d'étude ou à une méthodologie, mais plutôt par son aptitude à produire légitimement un discours savant reconnu institutionnellement. Notre argumentaire se fonde sur la distinction entre les points de vue internes et externes, autant au droit qu'aux disciplines.

MOTS-CLÉS : Discipline juridique ; recherche juridique ; interdisciplinarité ; sociologie du savoir ; méthodologie juridique

ABSTRACT

This article is intended as a contribution to debates in the academic literature on the place of legal research in universities. The discussion revolves around the question of the classification of law as an academic discipline. Based on a sociological rather than ontological conception of disciplinarity, the article argues that law is an academic discipline not by virtue of its relationship to a subject of study or a methodology, but rather by its ability to legitimately produce institutionally recognized academic discourse. The argument is based on the distinction between internal and external perspectives, both within law and within other disciplines.

KEYWORDS : Legal research ; interdisciplinarity ; sociology of knowledge ; academic discipline ; research methodology

2 *Le droit est-il une discipline savante ?*

¹ Professeur, Faculté de droit, Université de Sherbrooke. Il s'agit d'une traduction de l'article « Is Law an Academic Discipline? » (2016) 50 RJTUM 433. Les idées de cet article ont été présentées pour la première fois lors du « Colloque sur les aspirations et l'impact de la recherche universitaire en droit » organisé à l'occasion du 60^e anniversaire de la Revue de droit de McGill à la Faculté de droit de l'Université McGill le 18 mars 2013, puis à nouveau dix ans plus tard lors du colloque « L'interdisciplinarité dans la formation de l'esprit juridique. Quelles justifications, quelles limites? » organisé par le Laboratoire pour la recherche critique en droit et le Centre de recherche sur la régulation et le droit de la gouvernance le 9 mai 2023. Je remercie les personnes ayant participé à la conférence pour leurs remarques pertinentes. Je souhaite également remercier Julie Paquin, Mathieu Devinat, Michel Morin et les personnes évaluatrices anonymes pour leurs commentaires utiles dans des versions antérieures. Je remercie aussi Alexandra Bouchard et Josiane Rioux Collin pour leur travail de traduction et d'édition qui permettra à ce texte de rejoindre un lectorat francophone.

Introduction

Le rôle de la recherche juridique, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'université, fait l'objet d'un débat perpétuel et d'un nombre important de publications. En Amérique du Nord, le débat s'articule invariablement autour de la tension entre la recherche juridique et la pratique du droit. Cette tension est vécue par de nombreux universitaires comme un malaise existentiel, voire une crise identitaire. Ne sommes-nous rien d'autre que des avocats universitaires, des intrus dans l'université sans méthodologie ou base théorique suffisamment rigoureuse pour justifier notre appartenance à la communauté des chercheurs? En d'autres termes, le droit est-il une discipline savante?

Dans cet article, je me rallie à d'autres qui ont affirmé que le droit est bel et bien une discipline savante. Cependant, je réfute l'idée voulant que la disciplinarité du droit puisse être établie en référence à son objet ou à sa méthodologie. Je défends les avantages d'un argument sociologique plutôt qu'ontologique selon lequel le droit est une discipline si nous comprenons les disciplines comme des institutions sociales dont l'autorité pour produire un discours savant dépend de leur légitimité.

1. Le droit en tant que discipline savante

La question de savoir si le droit est une discipline savante peut être considérée comme une invitation à passer immédiatement au problème de ce qu'est exactement *le droit*. Cette tentation de passer de la question de la disciplinarité du droit à la question de sa nature repose sur une conception particulière des disciplines savantes. Selon cette conception (souvent implicite), la caractéristique déterminante des disciplines est soit un objet ou un domaine d'étude distinct, soit une méthodologie distincte, soit une combinaison des deux. S'il s'agit là des critères d'une discipline authentique, il nous incombe alors d'articuler ce qu'est notre objet ou notre domaine d'étude¹.

¹ C'est l'approche adoptée par Hanoch Dagan, « Law as an Academic Discipline », dans Helge Dedek et Shauna Van Praagh, dir, *Stateless Law: Evolving Boundaries of the Discipline*, Surrey, Ashgate, 2015 à la p 45. Dagan identifie la théorie juridique comme « l'identifiant central du droit en tant que discipline académique » et définit le droit comme « un ensemble d'institutions normatives coercitives ». Voir également Hanoch Dagan et Roy Kreitner, « The Character of Legal Theory » (2011) 96 *Cornell L Rev* 671. Comparer Douglas W Vick, « Interdisciplinarity and the Disciplinarity of Law » (2004) 31 *JL and Society* 163.

4 Le droit est-il une discipline savante ?

a. Qu'est-ce qu'une discipline?

Le fait d'appréhender le monde en disciplines n'est pas le reflet d'une division ontologique primaire. Au contraire, les disciplines sont des institutions sociales qui assurent l'organisation symbolique et matérielle de l'activité intellectuelle. La configuration des frontières disciplinaires est un fait historique et contingent. En outre, dans la mesure où les disciplines constituent et reflètent l'ordre social de la connaissance, elles sont également des institutions politiques liées à la création et à la perpétuation de la légitimité et de l'autorité².

Ainsi, bien que la division du savoir en différentes branches remonte à l'Antiquité³, l'inscription institutionnelle nécessaire pour que ces divisions deviennent des disciplines est généralement attribuée à l'arrivée des universités médiévales⁴. La division actuelle de l'activité intellectuelle dans les champs disciplinaires, qui se reflète dans les structures institutionnelles non seulement de l'enseignement, mais aussi de la recherche et de la diffusion des connaissances, est probablement plus étroitement associée aux réformes de l'enseignement en Allemagne au IX^e siècle⁵.

La question de savoir si un domaine donné relève d'une discipline savante ne peut donc pas être résolue par l'énumération d'objets d'étude et de méthodologies ni par la recherche d'appariements uniques. Certes, les discours disciplinaires peuvent utiliser des domaines d'étude (comme la physique et la chimie) ou des méthodologies privilégiées (comme

² Il s'agit d'une paraphrase de Nico Stehr et Peter Weingart, « Introduction », dans Nico Stehr et Peter Weingart, dir, *Practising Interdisciplinarity*, Toronto, University of Toronto Press, 2000 à la p xi (« [L]es disciplines scientifiques constituent l'ordre social moderne de la connaissance, et cet ordre est en ce sens un ordre politique »). Voir par exemple Michel Foucault, *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, Paris, Gallimard, 1966 (retraçant la coévolution des disciplines biologiques, économiques et linguistiques aux XVI^e et XVII^e siècles et reliant cette évolution à l'émergence d'une certaine conception de l'individu susceptible d'être régulée par l'État).

³ Aristote, par exemple, a déployé une typologie qui divise la connaissance en trois « sciences » (« epistêmai ») : théorique, pratique et productive. Chacune de ces sciences était à son tour divisée. Les sciences théoriques se divisaient en philosophie première (que nous appelons aujourd'hui métaphysique), en mathématiques et en philosophie naturelle ; la philosophie naturelle se subdivisait à son tour en physique, biologie, botanique et astronomie. Voir Christopher Shields, « Aristote », dans Edward N. Zalta, dir, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, hiver 2016, en ligne : <<http://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/aristotle/>>. Sur l'organisation des connaissances dans l'Antiquité, voir en général Robert W Sharples, dir, *Philosophy and the Sciences in Antiquity*, Aldershot, Ashgate, 2005.

⁴ La redécouverte des œuvres d'Aristote et l'adoption de la scolastique par l'Église catholique ont certainement joué un rôle important dans le programme des facultés « inférieures » des universités médiévales, qui était divisé entre le trivium (grammaire, rhétorique et logique) et le quadrivium (arithmétique, géométrie, astronomie et musique). Voir Gordon Leff, « The Trivium and the Three Philosophies », dans Hilde de Ridder-Symoens, dir, *A History of the University in Europe, vol. 1: Universities in the Middle Ages*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992 à la p 307 ; John North, « The Quadrivium », *ibid* à la p 337. Voir également Bill Readings, *The University in Ruins*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1996.

⁵ Rudolf Stichweh, « Differentiation of Scientific Disciplines. Causes and Consequences », dans Gertrude Hardorn, dir, *Unity of Knowledge, in Encyclopedia of Life Support Systems*, Oxford, EOLSS Publishers, 2003 ; Judith Thompson Klein, *Interdisciplinarity*, Detroit, Wayne State University Press, 1990, p 20-22. Voir également Rudolf Stichweh et Martina Bodé-Pitz, « La structuration des disciplines dans les universités allemandes du XIX^e siècle » (1994) 62 *Histoire de l'éducation* 55.

5 Le droit est-il une discipline savante ?

l'anthropologie et la sociologie) pour marquer la frontière entre eux⁶. Mais ces opérations discursives doivent être comprises pour ce qu'elles sont : des expressions d'appartenance et des mécanismes d'inclusion et d'exclusion. Douglas Vick l'article comme suit :

La notion de discipline en tant que branche distincte de connaissances implique nécessairement l'inclusion et l'exclusion [...] et une structure de pouvoir à travers laquelle les décisions d'inclusion et d'exclusion sont prises. En fin de compte, la disciplinarité concerne donc nécessairement le lien entre le savoir et le pouvoir. Le discours des disciplines renforce les relations de pouvoir à la fois au sein des disciplines et entre elles⁷.
[Notre traduction]

Lorsque nous nous demandons si le droit est une discipline savante, il ne sert donc pas à grand-chose d'énoncer notre définition préférée du droit et de procéder ensuite à sa différenciation par rapport aux objets d'étude d'autres disciplines. En revanche, cela ne nous prive pas d'outils pour réfléchir à la disciplinarité du droit.

b. Le droit est-il une discipline?

Le droit a été le tout premier sujet d'étude universitaire. En effet, l'Université de Bologne, qui est largement reconnue comme la première université⁸, est née d'une série d'associations formées par des *legum doctores* et leurs élèves⁹. Dès le départ, la légitimité du droit en tant qu'objet d'étude universitaire était liée à la légitimité du droit lui-même. Le moment fondateur de l'Université de Bologne a été la délivrance de la célèbre *Authentica Habita* par l'empereur Frédéric I^{er} Barberousse en 1155. L'*Habita* accordait aux professeurs de droit civil et à leurs étudiants la liberté de circuler entre les établissements d'enseignement, les protégeait contre les poursuites judiciaires et conférait aux maîtres une compétence présomptive et prérogatoire *rationæ personem* sur leurs collègues et leurs

⁶ Bien que les métaphores de limites ou de frontières entre les champs ou les domaines d'étude soient des façons courantes de décrire les disciplines, elles ne sont certainement pas les seules ; les discussions sur la disciplinarité sont truffées de métaphores. Sur la relation entre les métaphores et la disciplinarité, voir Finn Makela, « Des champs et des clôtures : la métaphore et la recherche interdisciplinaire en droit », dans Violaine Lemay et Frédéric Darbellay, dir, *L'interdisciplinarité racontée. Chercher hors frontières, vivre l'interculturalité*, Berne, Peter Lang, 2014 à la p 29. Voir également Judith Thompson Klein, « A Conceptual Vocabulary of Interdisciplinary Science », dans N Stehr et P Weingart, *supra* note 2 à la p 3.

⁷ *Supra* note 1 à la p 169 (références omises).

⁸ Voir généralement Walter Ruëgg, « Themes », dans H de Ridder-Symoens, *supra* note 4 à la p 3. Ruëgg explique comment ce moment fondateur a rempli une fonction idéologique et qu'il relève autant de la mythologie que de l'historiographie. Il conclut (p 6) que « Bologne ou Paris peuvent être qualifiées d'université la plus ancienne selon le poids que l'on attribue à l'un ou l'autre des différents éléments qui composent une université » [Notre traduction].

⁹ *Ibid.* Voir également Antonio García y García, « The Faculties of Law », dans H de Ridder-Symoens, *supra* note 4 à la p 388. Voir également Edward H Levi, « The Place of Professional Education in the Life of the University » (1971) 32 Ohio State LJ 229, 230-231 : « Parmi les universités les plus anciennes, certaines ont débuté comme facultés de droit et se sont ensuite développées autour de l'étude du droit pour devenir des institutions académiques plus générales » [Notre traduction].

étudiants. L'attribution de ces pouvoirs et immunités aux membres de l'Université servait également à légitimer l'application du droit romain :

Frédéric I^{er} fit insérer l'*Habita* dans le Codex de Justinien, ce qui montrait clairement sa volonté de faire revivre le droit romain et de l'intégrer dans le système juridique du Saint Empire romain germanique (*Sacrum Imperium*). Son plan convenait parfaitement aux maîtres de Bologne qui, en tant qu'interprètes et enseignants des lois de Justinien, avaient tout intérêt à ce qu'elles soient généralement reconnues et appliquées¹⁰. [Notre traduction]

Depuis ces débuts, la place du droit dans les universités a énormément varié, à la fois dans le temps et dans l'espace. En Europe continentale, la tradition était d'accorder une place de choix à la faculté de droit, à côté des deux autres facultés « supérieures » qu'étaient la théologie et la médecine¹¹. En règle générale, l'accès aux professions juridiques (magistrat, avocat et notaire)¹² était, et est toujours, subordonné à la réussite d'études dans une faculté de droit universitaire¹³. En Angleterre, cependant, la *common law* était enseignée dans les Inns of Court, et l'enseignement universitaire du droit était limité au droit romain et au droit canonique jusqu'au milieu du XVIII^e siècle¹⁴. Cette distinction initiale entre le droit en tant que discipline savante et le droit en tant qu'objet de formation pour les futurs professionnels a ouvert la voie à une lutte continue pour la légitimité entre les universités et la profession qui semblera familière aux juristes nord-américains¹⁵.

Bien que l'expérience nord-américaine diffère de celle de l'Angleterre sur de nombreux points et varie considérablement d'une juridiction à l'autre, la même idée caractérise à la fois l'histoire et le statut actuel du droit en tant que discipline. La place du droit au sein de l'université est la source d'un certain malaise, généralement décrit comme une tension entre deux types d'idéaux : « l'école de droit » en tant que site de formation professionnelle où certaines recherches sont effectuées de

¹⁰ *Ibid* à la p 78. Pour une analyse approfondie des relations entre l'Église, l'État et les facultés de droit dans l'Europe médiévale, voir David S Clark, « The Medieval Origins of Modern Legal Education: Between Church and State » (1987) 35 *American J of Comparative L* 653.

¹¹ DS Clark, *ibid* à la p 653 : « L'étude du droit en Europe continentale a été associée pendant des siècles à l'enseignement universitaire. Dans une large mesure, cela définit la caractéristique principale de la tradition du droit civil ». [Notre traduction]

¹² David S Clark, « The Role of Legal Education in Defining Modern Legal Professions » (1987) *BYUL Rev* 595, 595 : « Un juriste de droit civil doit être prêt dès son plus jeune âge à choisir sa carrière soit dans le secteur privé en tant qu'avocat, notaire ou dans une entreprise, soit dans le secteur public en tant que juge, procureur ou avocat du gouvernement. La mobilité latérale ultérieure est minime. » [Notre traduction]

¹³ Julian Webb, « Academic Legal Education in Europe: Convergence and Diversity » (2002) 9 *Int'l J of the Legal Profession* 139, 148 : « Dans la plupart des systèmes de droit civil, le droit de délivrer des diplômes de droit (ou leur équivalent) est inscrit dans la loi sur l'enseignement supérieur, et il est courant que ce droit soit réservé aux universités. » [Notre traduction]

¹⁴ DW Vick, *supra* note 1 à la p 174.

¹⁵ *Ibid* à la p 175 [notes de bas de page omises].

manière accessoire et « la faculté de droit » en tant que site de recherche savante et d'éducation qui peut préparer à la profession¹⁶.

Aux États-Unis, la formation par la période du stage est demeurée la principale méthode de préparation à l'exercice de la profession d'avocat jusqu'à la fin du XIX^e siècle. Par convention historiographique, l'année 1870 – où Christopher Columbus Langdell a été nommé doyen de la faculté de droit de Harvard – représente le point tournant qui a conduit au déclin du stage comme moyen principal d'apprentissage et à la montée en puissance de l'université en tant que seul lieu légitime d'enseignement du droit aux États-Unis¹⁷.

L'introduction de la méthode des cas par Langdell représenterait une condition préalable nécessaire au développement de la discipline juridique en tant que « science », garantissant ainsi sa place à l'université. Comme l'ont dit Alfred Konefsky et John Schlegel :

C'est dans la méthode des cas que se trouvent à la fois le caractère distinctif et la coloration protectrice de l'enseignant américain moderne en droit. Elle informe son identité (sic.) d'enseignant et d'érudit dont la méthode est unique, et lui permet en même temps de faire partie de la bande au club de la faculté¹⁸. » [Notre traduction]

Comme le soulignent Konefsky et Schlegel, il n'y avait rien d'inévitable à ce que le diplôme d'études supérieures de trois ans à temps plein devienne la voie privilégiée vers la pratique du droit, ni à ce que la méthode des cas devienne l'approche pédagogique et le guide de la recherche¹⁹. Néanmoins, une fois établie, la faculté de droit a acquis

¹⁶ Dans le contexte canadien, voir Douglas G Ferguson, « The Great Disconnect : Reconnecter l'académie à la profession » (2014) 51 Alberta LR 819. Pour une critique, voir W Wesley Pue, « Common Law Legal Education in Canada's Age of Light, Soap and Water » (1995) 23 Man LJ 654, 657-60. Bien entendu, la tension entre les objectifs de préparation à la pratique professionnelle et de recherche fondamentale n'est pas propre aux facultés de droit : des tensions similaires existent dans d'autres facultés professionnelles, notamment en médecine.

¹⁷ Robert P Stevens, « Two Cheers for 1870: The American Law School » (1971) 5 Perspectives on American History 405. Donna Fossum note que « l'American Bar Association, fondée en 1878, a accéléré la disparition de l'apprentissage en entreprenant de persuader les États de limiter l'admission à leurs barreaux aux diplômés des facultés de droit, en particulier celles qui présentaient certaines caractéristiques énumérées par l'association ». (Donna Fossum, « Law Professors: A Profile of the Teaching Branch of the Legal Profession » (1980) 5 American Bar Foundation Research J 501, 502). Pour une évaluation critique des comptes rendus de la contribution de Langdell au droit en tant que discipline, voir Bruce A Kimball, « The Langdell Problem: Historicizing the Century of Historiography, 1906-2000s » (2004) 22 Law and History Rev 277.

¹⁸ Alfred S Konefsky et John Henry Schlegel, « Mirror, Mirror on the Wall: Histories of American Law Schools » (1981) Harvard L Rev 833, 844.

¹⁹ *Ibid* à la p 844 (citant R P Stevens, *supra* note 17 et Jerold S Auerbach, *Unequal Justice: Lawyers and Social Change in Modern America*, Oxford, Oxford University Press, 1976). Konefsky et Schlegel affirment que l'adoption par la profession juridique de la faculté de droit universitaire l'a exposée en tant que « capitaliste monopoliste saisissant ». Le temps et les dépenses nécessaires pour atteindre le niveau d'instruction requis par le barreau ont agi comme une barrière de facto pour « écarter les pauvres en général et les immigrants pauvres en particulier de la profession juridique ». Voir également Laura I Appleman, « The Rise of Modern American Law School: How Professionalization, German Scholarship, and Legal Reform Shaped our System of Legal Education » (2005) 39 New England L Rev 251. Wesley Pue soutient que ce point de vue est généralement considéré comme « erroné

l'autorité caractéristique d'une discipline savante, c'est-à-dire « une structure de pouvoir par laquelle les décisions d'inclusion et d'exclusion sont prises²⁰ ».

L'histoire de l'enseignement du droit au Canada raconte le même mythe, mais à travers un narratif différent²¹. Plutôt que de faire l'hagiographie d'un chef de file brillant qui a rendu savante la discipline du droit et lui a ainsi assuré la place qui lui revient dans l'université, le mythe canadien est raconté à travers la lutte entre les professeurs d'Osgoode Hall qui ont tenté de s'affranchir du Barreau du Haut-Canada en 1957. Ils auront ainsi contribué à leur manière à la fondation d'une discipline véritablement savante « en haut de la rue » à l'Université de Toronto²². Bien sûr, le développement de la discipline du droit et son établissement dans différentes universités canadiennes est une histoire qui s'étend sur plus de deux siècles et dans dix provinces ; elle ne peut certainement pas être réduite à un événement singulier²³. Néanmoins, le « débat le plus féroce » est synecdotique en ce sens que le thème qui unit ces histoires disparates est celui d'un conflit plus ou moins ouvert entre les barreaux provinciaux et les professeurs de droit, ces derniers triomphant finalement par l'établissement de facultés de droit universitaires reconnues comme les lieux légitimes de l'enseignement du droit et de l'érudition juridique²⁴.

» lorsqu'il est appliqué au Canada (voir WW Pue, *supra* note 16 aux pp 654-55). Mais voir John EC Brierley, « Quebec Legal Education Since 1945 : Cultural Paradoxes and Traditional Ambiguities » (1986) 10 Dal LJ 5, 8 (hypothèse selon laquelle la décision du législateur québécois de faire de l'achèvement d'un cours de droit universitaire de trois ans une condition préalable à l'admission au barreau était « destinée à rendre l'accès à la profession plus difficile en limitant le nombre de personnes susceptibles de se qualifier comme candidats » [Notre traduction]).

²⁰ DW Vick, *supra* note 1 à la p 169.

²¹ Voir en général, Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, *Le droit et l'apprentissage : Rapport du Groupe consultatif sur la recherche et l'enseignement du droit*, Ottawa, Le Conseil, 1983 aux pp 11-22 (« Canadian Legal Education: A Historical Perspective ») [Rapport Arthurs]. Pour des aperçus de l'histoire de la formation juridique en *common law* au Canada, voir John PS McLaren, « The History of Legal Education in Common Law Canada », dans Roy J Matas et Deborah J McCawley, dir, *Legal Education in Canada, Montréal : Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 1987 à la p 111 et WW Pue, *supra* note 16. Dans ce que John Brierley a appelé « un paradoxe culturel majeur », le développement de l'enseignement du droit civil au Québec a également suivi les modèles anglais et américain, plutôt que le modèle français. Voir Brierley, *supra* note 19 aux pp 41-44. Voir aussi Roderick Macdonald, « The National Law Programme at McGill: Origins, Establishment, Prospects » (1990) 13 Dalhousie LJ 211.

²² Le récit classique de cette controverse est celui de C Ian Kyer et Jerome E Bickenbach, *The Fiercest Debate: Cecil A Wright, The Benchers, and Legal Education in Ontario 1923-1957*, Toronto, University of Toronto Press, 1987.

²³ Comme l'a souligné Harry Arthurs, « il n'existe pas à proprement parler d'histoire de la formation juridique canadienne – seulement une histoire de la formation juridique au Québec, en Nouvelle-Écosse ou au Manitoba », mais « des thèmes communs reviennent » et « [c]es thèmes convergent dans la controverse dramatique et bien documentée entourant l'Osgoode Hall Law School en Ontario » [Notre traduction] (Harry Arthurs, « The Political Economy of Canadian Legal Education » (1998) 25 J of L and Society 14, 15). Voir également AS Konefsky et JH Schlegel, *supra* note 18 aux pp 844-846, racontant comment les histoires des facultés de droit canadiennes et américaines sont toutes deux écrites comme des hymnes à l'enseignant professionnel de la faculté de droit, à la différence que « dans la version américaine, le point culminant arrive trop tôt, dans la version canadienne, il est démesurément retardé ».

²⁴ Le pendule semble revenir vers un contrôle professionnel des programmes d'études. La Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada a créé un « Comité d'approbation des programmes » chargé d'évaluer si les programmes des facultés de droit sont conformes aux exigences nationales qui précisent « les compétences et les aptitudes que les diplômés doivent avoir acquises ainsi que le programme d'études et les ressources d'apprentissage que les facultés de droit doivent mettre en place ». Les diplômés des programmes qui ne sont pas approuvés ne seront pas admissibles aux barreaux provinciaux. Voir Fédération des ordres professionnels de

Nous pouvons donc répondre provisoirement « oui » à la question de savoir si le droit est une discipline. Il s'agit d'une discipline dans la mesure où les facultés de droit sont considérées comme ayant une place légitime au sein de l'université. Indépendamment du pouvoir social exercé par la profession juridique, la discipline du droit jouit de la reconnaissance institutionnelle et donc de l'autorité nécessaire pour produire un discours de légitimation à son sujet, qui sert à la fois à tracer les limites de l'inclusion et de l'exclusion et à renforcer son pouvoir.

2. La crise d'identité des juristes universitaires

Dans la section précédente, j'ai défendu le caractère disciplinaire du droit en partant de deux prémisses : (1) les disciplines s'appuient principalement sur la légitimité qu'elles tirent de la reconnaissance institutionnelle pour définir leurs limites de manière discursive et (2) l'étude du droit a obtenu cette reconnaissance de la part des universités et en leur sein. Cela ne signifie pas pour autant que c'est ainsi que les juristes eux-mêmes considèrent leur domaine d'étude. Au contraire, il existe un autre sens de la disciplinarité – qui met l'accent sur la cohérence interne et la spécificité méthodologique du discours plutôt que sur son rattachement institutionnel – auquel s'identifient de nombreux juristes universitaires. L'opposition entre ces deux conceptions pose quelque peu problème aux juristes, à un niveau tel que l'on pourrait décrire la discipline comme étant dans un état de « schizophrénie intellectuelle²⁵ ». Comme pour l'histoire de la discipline vue comme une institution, ce problème de l'identité de la discipline en tant que discours savant est lié à la tension qui persiste avec la profession juridique.

Une autre façon de voir les choses est d'utiliser la distinction chère aux juristes universitaires entre le point de vue interne et le point de vue externe²⁶. L'observateur « externe » qui décrit comment l'enseignement du droit et la recherche en sont venus à être reconnus au sein de l'université et donc à bénéficier de l'autorité et de la légitimité nécessaires à l'élaboration d'un discours disciplinaire n'a pas besoin de prendre position sur les mérites du discours²⁷. En particulier, il n'a pas besoin d'accepter les

juristes du Canada, « National Requirement for Approving Canadian Common Law Degree Programs », en ligne : <<http://www.flsc.ca/>>. Voir également DG Ferguson, *supra* note 16.

²⁵ Clark Byse, « Legal Scholarship, Legal Realism and the Law Teacher's Intellectual Schizophrenia » (1988) 13 *Nova L Rev* 9.

²⁶ Herbert LA Hart, *The Concept of Law*, 2^e éd, Oxford, Clarendon, 1994 aux pp 88-92 ; Scott Shapiro, « What is the Internal Point of View? » (2006) 75 *Fordham L Rev* 1157 ; François Ost et Michel van de Kerchove, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit? », dans François Chazel et Jacques Commaille, dir, *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991 à la p 67.

²⁷ Une autre analogie permettant de saisir la distinction interne/externe est la distinction entre le langage objet et le métalangage (ou distinction « utilisation/mention ») dans la philosophie du langage. Voir Torben Spaak, «

façons dont la discipline trace les limites de l'inclusion et de l'exclusion. En revanche, quelqu'un qui définit la discipline en termes tirés de son discours ne serait pas disposé à décrire son domaine d'étude comme étant « simplement » une construction contingente et à insister sur le fait qu'il doit y avoir « un certain noyau théorique et/ou méthodologique du droit en tant que discipline savante²⁸ ».

Mon intuition est que la distinction entre les points de vue interne et externe n'est pas utile seulement pour comprendre le droit en tant que concept, mais aussi l'ambivalence de l'adhésion des juristes au droit en tant que discipline savante. D'une part, les idées de diverses formes de réalisme juridique confrontent les juristes à la contingence du discours du droit sur lui-même. L'absence d'un « noyau » méthodologique ou théorique les incite à rechercher des assises dans d'autres disciplines. D'autre part, la profession juridique – à laquelle les facultés de droit sont toujours redevables de diverses manières, malgré leur « indépendance » durement acquise – est dédaigneuse et méfiante à l'égard de toute remise en cause de la centralité du point de vue interne.

Au Canada, cette tension entre les points de vue interne et externe est illustrée par le *Rapport Arthurs*²⁹ et la littérature publiée par la suite sur la nature et le rôle approprié de la recherche juridique canadienne, qui prend le rapport comme point de départ et qui s'en sert occasionnellement de contre-exemple³⁰. Ces débats illustrent le problème que pose la tentative de définir la discipline du droit en référence à un objet d'étude central ou à une méthodologie centrale.

a. Les difficultés de la disciplinarité du droit

Bien que la terminologie des points de vue « interne » et « externe » soit généralement attribuée à Hart, l'idée que le droit puisse être considéré soit comme un phénomène à observer empiriquement, soit comme un guide de conduite normatif et contraignant et que cette distinction pose un problème particulier pour l'étude du droit n'est pas nouvelle. Le problème est décrit par Claude Lévi-Strauss qui, en tant qu'anthropologue,

Alf Ross on the Concept of a Legal Right » (2014) 27 Ratio Juris 461. Hart semble avoir fait ce lien, au moins implicitement, dans son utilisation (des termes « déclaration interne "et" déclaration externe » (HLA Hart, *ibid* à la p 102-103)).

²⁸ H Dagan, *supra* note 1 aux pp 9-10.

²⁹ *Supra* note 21.

³⁰ Voir Innis Christie, Janice D McGinnis et David Fraser, « Reaction to the Arthurs Report » (1985) 65 Dalhousie Review 5 ; Arthurs report, *supra* note 21 ; Mark Weisberg, « On the Relationship of Law and Learning to Law and Learning » (1983) 29 McGill LJ 155 ; JD McCamus, « After Arthurs – A Preface to the Symposium on Canadian Legal Scholarship » (1985) 23 Osgoode Hall LJ 395 ; Constance Backhouse, « Revisiting the Arthurs Report Twenty Years Later », (2003) 18 CJLS 33 ; Roderick Macdonald, « Still 'Law' and Still 'Learning' ? Quel 'droit' et quel 'savoir' ? » (2003) 18 CJLS 5 ; Julian Webb, « The 'Ambitious Modesty' of Harry Arthurs' Humane Professionalism » (2006) 44 Osgoode LJ 119. Robert W Gordon, « The Law School, The Profession, and Arthurs' Humane Professionalism », (2006) 44 Osgoode LJ 157.

se trouvait dans une position « externe » par rapport aux cultures qu'il étudiait, mais qui, en tant qu'ancien étudiant en droit, était familier avec le discours savant s'exprimant à partir de la position « interne » :

Une étrange fatalité pèse sur l'enseignement du droit. Pris entre la théologie et le journalisme, il semble incapable de se donner une base à la fois solide et objective ; il perd l'une de ces vertus en essayant de conserver l'autre³¹.

Pendant la majeure partie de son histoire en Amérique du Nord, la recherche en droit a été solidement ancrée dans le point de vue interne. Elle ressemblait donc beaucoup à la théologie, en ce sens qu'elle s'intéressait à l'élucidation savante de textes et doctrines acceptés par l'érudit comme faisant autorité³².

Cependant, comme Lévi-Strauss l'a souligné, la stabilité associée au travail au sein d'une tradition a un prix élevé. Les travaux de recherche effectués du point de vue interne – souvent décrits comme formalistes³³ – sont nécessairement dépourvus d'une certaine forme d'objectivité généralement appréciée dans d'autres disciplines, en ce sens qu'ils ne font pas et ne peuvent pas faire de déclarations de vérité empiriques sur le droit. En outre, dans la mesure où cette recherche caractérise le raisonnement juridique comme étant essentiellement déductif et où les prémisses les plus importantes sont considérées comme données (puisque le droit est accepté comme faisant autorité par le chercheur), elle est essentiellement conservatrice ; sa légitimité dépend du maintien de l'autorité du système dont elle fait partie et elle n'est pas encline à avancer des positions qui la remettraient sérieusement en question. En d'autres termes, comme la théologie, l'érudition du point de vue interne peut être accusée d'être à la fois dogmatique et doctrinale³⁴.

Il existe de nombreuses alternatives au point de vue interne. Par exemple, le réalisme juridique, le marxisme, les approches critiques et

³¹ Claude Lévi-Strauss, *Tristes tropiques*, traduit par John Weightman et Doreen Weightman, Londres, Penguin Classics, 2012 aux pp 53-54.

³² Sur cette analogie, voir Uberto Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme juridique*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 1996 aux pp 13-22.

³³ Sur le lien entre le formalisme et le point de vue interne, voir Ernest J Weinrib, « Legal Formalism: On the Immanent Rationality of Law » (1988) 97 Yale LJ 949. Je discute des différentes variétés de formalisme dans Finn Makela, « The Surprising Formalist : Justice Gonthier's Contribution to Labour Law », (2012) 56 SCLR (2d) 173, dont le paragraphe suivant est adapté. Tous les universitaires qui adoptent le point de vue interne n'accepteraient pas le surnom de « formaliste » dans la mesure où ils rejettent le « modèle de règles » comme fournissant une base adéquate pour un concept de droit (voir, par exemple, Ronald Dworkin, « The Model of Rules » (1967) 35 U Chicago L Rev 14). Selon moi, le fait de compléter les règles par des principes (ou d'autres entités normatives telles que des politiques ou des normes) ne dispense pas du formalisme, mais ajoute simplement des entités au catalogue des formes. Je n'approfondirai pas cette question ici : pour l'instant, il suffit de reconnaître que la relation entre le point de vue interne et le formalisme n'est pas incontestée.

³⁴ Voir par exemple David Fraser, « Harry Arthurs and the Temple of Doom – A Comment », dans I Christie, J McGinnis et D Fraser, *supra* note 30 (utilisant une métaphore étendue d'une prêtrise dogmatique pour décrire la profession juridique et les universitaires du droit).

l'approche droit et économie nient tous (de manière parfois mutuellement exclusive) que le droit puisse être décrit de manière exhaustive – ou même adéquate – d'un point de vue interne. Les antiformalistes peuvent décrire le droit comme une hypothèse prédictive sur l'utilisation de la force par l'État³⁵, un voile idéologique pour l'exploitation de classe³⁶, un terrain ouvert de lutte discursive³⁷ ou un processus évolutif pour la répartition efficace des risques³⁸. Cependant, chacune de ces alternatives place le juriste carrément sur l'autre rive du dilemme de Lévi-Strauss : l'objectivité est achetée au prix de l'ébranlement des fondements disciplinaires traditionnels du droit. En effet, tout comme de nombreuses facultés de théologie ont abandonné le dogmatisme et le doctrinalisme en faveur des « études religieuses³⁹ » (une entreprise nécessairement multidisciplinaire)⁴⁰, l'abandon du point de vue interne conduit les juristes directement à l'interdisciplinarité⁴¹.

b. Le tournant vers l'interdisciplinarité

Le scepticisme, voire le rejet pur et simple du point de vue interne, semble nécessaire à de nombreux juristes universitaires pour que leurs travaux répondent aux normes savantes. Ce détournement du terrain traditionnel de leur discipline les conduit à adopter des méthodes et des approches théoriques empruntées à d'autres disciplines⁴². Par conséquent, les études juridiques publiées semblent être de plus en plus interdisciplinaires, et certains vont même jusqu'à affirmer de manière

³⁵ Voir par exemple Oliver W Holmes, « The Path of the Law » (1897) 10 Harvard L Rev 457 ; Karl N Llewellyn, *The Bramble Bush: The Classic Lectures on the Law and Law School*, New York, Oxford University Press, 2008.

³⁶ Voir par exemple Evgeny Pashukanis, *Law and Marxism: A General Theory*, traduit par Barbara Einhorn, Londres, Pluto Press, 1989, en particulier le chapitre 2.

³⁷ Voir par exemple Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.

³⁸ Voir par exemple Michael J Trebilcock, *The Limits of Freedom of Contract*, Cambridge, Harvard University Press, 1993 ; Paul H Rubin, « Why Is the Common Law Efficient? » (1977) 6 J of Legal Studies 51. Pour un aperçu plus récent, voir Francesco Parisi, « The Efficiency of the Common Law Hypothesis », dans Charles K Rowley et Friedrich Schneider, dir, *The Encyclopedia of Public Choice*, 2^e éd, New York, Kluwer Academic, 2004 à la p 519.

³⁹ Voir généralement Linell E Cady et Delwin Brown, *Religious Studies, Theology and the University: Conflicting Maps, Changing Terrain*, Albany, SUNY Press, 2002. Voir également Elizabeth Isichei, « Some Ambiguities in the Academic Study of Religion » (1993) 23 Religion 379 ; Gregory W Dawes, « Theology and Religious Studies in the University: 'Some Ambiguities' Revisited » (1996) 26 Religion 49.

⁴⁰ E Isichei, *ibid* à la p 379 («[I]s Religious Studies a discipline with a distinctive methodology and intellectual heritage, or is it multidisciplinary, like American Studies, or Women's Studies? It seems to me self-evident that it is the latter...»).

⁴¹ Dans Harry T Edwards, « The Growing Disjunction Between Legal Education and the Legal Profession » (1992) 91 Michigan L Rev 34, 36, un professeur de droit anonyme aurait déclaré : « I view my task as a legal academic as similar more to the member of a university department of religion, somewhat detached from the practices he/she is studying... One need not be a devotee of a particular religion in order to find its practices or doctrines fascinating... »

⁴² Voir par exemple George L Priest, « The Growth of Interdisciplinary Research and the Industrial Structure of the Production of Legal Ideas: A Reply to Judge Edwards » (1993) 91 Michigan L Rev 1929, 1931-1936 (arguant que la conception réaliste du droit comme instrument de politique sociale conduit directement à une plus grande étude interdisciplinaire du droit).

surprenante que « la plupart des études juridiques sont aujourd'hui... interdisciplinaires⁴³ ».

Au Canada, le virage vers l'interdisciplinarité a été préconisé par le *Rapport Arthurs*, qui visait à « examiner et conseiller » sur l'état de la recherche juridique au Canada⁴⁴. L'un des diagnostics du rapport était que la recherche juridique canadienne est en grande partie « interne », c'est-à-dire qu'elle « mène à la production d'articles et de traités qui identifient, analysent, organisent et synthétisent les lois, les règlements et les pratiques juridiques ». L'un des diagnostics du rapport était que la recherche juridique canadienne était essentiellement « interne », c'est-à-dire une recherche qui « conduit à la production d'articles et de traités qui identifient, analysent, organisent et synthétisent les lois, les décisions judiciaires et les commentaires⁴⁵ ». Inversement, le rapport a constaté que « peu de recherches fondamentales sont entreprises au Canada par les juristes », où « fondamental » signifie « interdisciplinaire⁴⁶ ». Il n'est pas surprenant que de nombreuses recommandations du *Rapport Arthurs* soient spécifiquement conçues pour favoriser l'augmentation de la quantité de recherches interdisciplinaires entreprises par les juristes⁴⁷.

Cet appel à l'interdisciplinarité n'est pas sans poser de problèmes. Je ne souhaite pas reproduire tous les débats que le *Rapport Arthurs* a suscités. En revanche, je soulignerai trois problèmes qui ont été soulevés en réponse au rapport, à titre d'illustration.

D'abord, ce n'est pas parce que la recherche juridique a des angles morts qui peuvent la conduire à être doctrinale ou dogmatique que l'adoption d'approches théoriques ou de méthodologies provenant d'autres disciplines génère autre chose que des angles morts différents. David Fraser utilise l'analogie de la relation entre la doctrine chrétienne et la « science de la création » pour décrire ce phénomène :

[I]nterdisciplinary study for lawyers [...] is used in the Arthurs Report to instil a sense of scientific certainty. This sense of certainty is perhaps more accurately described as "scientism". Having recognized that the Law, as traditionally viewed in

⁴³ DW Vick, *supra* note 1 à la p 184. Je ne suis pas prêt à souscrire à cette affirmation pour deux raisons différentes : (1) je n'ai pas vu de données à cet effet et je ne suis même pas sûr de la manière dont nous pourrions les générer ; (2) l'expérience anecdotique rend l'affirmation peu plausible à mes yeux ; il y a beaucoup d'études doctrinales en cours.

⁴⁴ « Terms of Reference of the Consultative Group on Research and Education in Law », dans *Arthurs Report*, *supra* note 21 à la p 165. Rappelons que le Groupe consultatif sur la recherche et l'enseignement du droit, auteur du rapport, a été créé par le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada en réponse au nombre extrêmement faible de demandes de financement de la recherche que le Conseil recevait de la part de juristes. Voir C Backhouse, *supra* note 30 à la p 34.

⁴⁵ *Arthurs Report*, *supra* note 21 à la p 66.

⁴⁶ *Ibid* à la p 69.

⁴⁷ *Ibid* aux pp 157-159 (recommandations 18, 19, 20 et 34).

Canadian law schools, cannot provide the right answer by itself, we must now seek truth in economics, literature, sociology, etc. Interdisciplinary study becomes the Creation Science of the Law. The Report fails to realize that these fields are, of course, as political, as subjective, as prone to ideology, indeed as “unscientific” as the Law⁴⁸.

Le deuxième problème est que le point de vue interne qui est rejeté dans l'appel à l'interdisciplinarité peut être un épouvantail. Il existe des façons intellectuellement défendables de s'engager dans la doctrine juridique qui n'exigent pas une acceptation sans réserve de sa force normative. Hart lui-même a reconnu que les juristes adoptaient souvent une position intermédiaire ; en effet, il serait difficile de donner un sens au droit si nous ne tenions pas compte de l'interprétation qu'en donnent ceux qui le considèrent comme contraignant pour eux⁴⁹. Ainsi, bien qu'il puisse y avoir de bonnes raisons pour l'interdisciplinarité, le simple rejet du point de vue interne n'en est pas une. Mark Weisberg souligne ce point, en utilisant également l'analogie utile avec la théologie :

The value of exegesis as research doesn't depend upon belief in the authority of a text such as the Bible. We can accept ultimate scepticism toward any legal text, case or statute, and understand as fundamental the effort to comprehend it, to justify it, to provide it structure. [...] One need not be committed to the view that law embodies truth simply because it is law or because it issues from an authoritative source to see the value of the effort to construct the truth embedded in a series of decisions, a statute, a constitution⁵⁰.

Un point connexe est, bien sûr, que l'interdisciplinarité ne doit pas nécessairement être liée à un point de vue externe (radical). Plusieurs disciplines déploient des méthodologies et des approches théoriques qui s'intéressent principalement à l'analyse textuelle rapprochée. Outre la théologie, Weisberg a mentionné la critique littéraire⁵¹, à laquelle on peut ajouter une bonne partie de la philosophie. Il faut donc veiller à ne pas confondre « interdisciplinaire » et « empirique ».

Le troisième et dernier problème que je mentionnerai ici est le risque que les approches interdisciplinaires de la recherche juridique continuent à reproduire les dogmes les plus tenaces de la recherche doctrinale en général et, en particulier, la tendance à identifier le droit avec les

⁴⁸ D Fraser, *supra* note 34 à la p 23.

⁴⁹ HLA Hart, *supra* note 26 à la p 91 (« One of the difficulties facing any legal theory anxious to do justice to the complexity of the facts is to remember the presence of both these points of view and not to define one of them out of existence »). Voir aussi S Shapiro, *supra* note 26.

⁵⁰ M Weisberg, *supra* note 30 à la p 160.

⁵¹ Obliquement, en faisant référence à Northrop Frye (*ibid* à la p 159).

institutions et les règles explicites générées par l'État politique. Les analyses économiques, sociologiques, historiques et autres du droit qui ne s'intéressent qu'à ces institutions et règles reproduisent le dogme le plus fondamental du point de vue interne⁵². En fait, ces analyses peuvent être encore plus conservatrices en ce sens qu'elles naturalisent les affirmations intrinsèquement normatives sur ce qu'est le droit, effaçant ainsi la relation entre l'autorité et la définition du droit.

L'objectif de cette section n'était pas de défendre une conception doctrinale traditionnelle de la recherche juridique, ni de valider ou d'infirmer le virage vers l'interdisciplinarité en tant qu'alternative. J'espère plutôt avoir montré que les tentatives de comprendre la nature de la discipline d'un point de vue interne (à la discipline) exacerbent une tendance à la schizophrénie intellectuelle à laquelle les juristes sont déjà prédisposés en raison des particularités de leur relation historique entre la profession et les universités.

Certes, l'argument est quelque peu compliqué par le fait que j'ai utilisé les points de vue « interne » et « externe » de deux manières différentes et que j'ai joué sur la relation entre eux. La première est la distinction interne/externe au discours du droit en tant que discipline savante, la seconde est la distinction plus traditionnelle entre les perspectives internes/externes au droit en tant que tel. Nous nous retrouvons donc avec quatre points de vue différents : (1) une description externe de la discipline juridique, c'est-à-dire une description en termes de légitimité et d'autorité qu'elle tire de son inscription institutionnelle, indépendamment de son objet d'étude ou de sa méthodologie; (2) une description interne de la discipline juridique, en ce sens qu'elle repose sur la spécification d'une méthodologie ou d'un objet d'étude « central » pour la différencier des autres disciplines; (3) une approche du droit qui est interne, c'est-à-dire qui accepte que les doctrines et les textes juridiques avec lesquels elle s'engage fassent autorité et soient en principe contraignants; (4) une approche du droit qui est externe, c'est-à-dire qui prétend décrire le droit de manière empirique en tant que pratique sociale.

Ma conclusion est que si nous adoptons la perspective (2) – ce que font, je pense, la plupart des juristes –, nous sommes condamnés à souffrir du malaise causé par la tension irrésolue entre (3) et (4), que j'ai décrite comme le dilemme de Lévi-Strauss. Il est donc préférable d'adopter la perspective (1) pour répondre à la question de la place de la recherche juridique dans l'université.

⁵² Cet argument est tiré de R Macdonald, *supra* note 30, notamment aux pp 11-12.

Conclusion

J'ai proposé une réponse descriptive à ce qui pourrait être qualifié de question normative. Le droit est une discipline universitaire parce qu'il jouit d'une reconnaissance institutionnelle. Cette réponse présente de nombreux avantages, dont celui, non négligeable, de résoudre ce que j'ai décrit comme un malaise existentiel de la part des juristes universitaires, qui a favorisé un engouement parfois peu critique pour l'interdisciplinarité.

Bien entendu, les tensions sur les méthodes et les objets d'étude ainsi que sur la relation entre la compréhension théorique et la pratique professionnelle sont autant d'occasions pour la discipline de progresser. Je ne pense pas avoir banni ces tensions. Il est cependant plus productif de développer des opinions raisonnées sur ces tensions au sein de la discipline, plutôt que de les considérer comme des occasions d'affirmer ou de nier une disciplinarité réifiée.