

L'ENSEIGNEMENT DU DROIT ET L'IDÉOLOGIE

RÉFLEXIONS AUTOUR DE DUNCAN KENNEDY

Olivier THOLOZAN

MCF HDR, AMU, Laboratoire de théorie du droit

Résumé: Membre éminent des *Critical Legal Studies*, D. Kennedy a remis en cause, au début des années 1980, l'enseignement du droit. Il reprochait aux *law schools* d'habituer les étudiants à la hiérarchie sociale et de légitimer une épistémocratie composée d'avocats ;

Mots-clés: *Critical Legal Studies* – D. Kennedy – Enseignement du droit – Hiérarchie – Epistémocratie

Abstract: *Eminent member of the Critical Legal Studies, D. Kennedy criticized at the beginning of 1980's legal education. He regarded law school as training for social hierarchy and as a lawyers epistemocracy legitimation.*

Keywords: *Critical Legal Studies* – D. Kennedy – Legal education – Hierarchy – Epistemocracy

« Ma profession (d’avocat) satisfaisait heureusement cette vocation des sommets...

Je n’étais concerné par aucun jugement, je ne me trouvais pas sur la scène du tribunal, mais quelque part, dans les cintres, comme ces dieux que, de temps en temps, on descend, au moyen d’une machine, pour transfigurer l’action et lui donner son sens.

Après tout, vivre au-dessus reste encore la seule manière d’être vu et salué par le plus grand nombre »¹

Les études de droit visent tout particulièrement la promotion d’un savoir pour l’action. Cette finalité a des incidences sur l’enseignement juridique. M. Weber avait bien perçu cette implication. Selon lui, deux possibilités antagonistes s’offrent au développement d’une pensée juridique spécifique. La première repose sur un enseignement donné par des « praticiens » et dispensé durant l’exercice de leur « métier ». Il s’agit d’un enseignement « artisanal » au sens où il demeure « empirique ». L’autre possibilité réside dans un enseignement « théorique » donné dans des « écoles spéciales » et sous forme d’une « élaboration systématique et rationnelle » du droit. Il s’agit d’un enseignement « scientifique » au sens purement « technique » du terme. Max Weber distinguait l’enseignement « corporatif » anglais du droit reflétant la première forme². La seconde forme lui paraissait être le plus purement incarnée par la « formation rationnelle et moderne dispensée par l’Université »³.

Cette tension entre connaissance savante et son utilisation pratique est si consubstantielle à l’enseignement du droit qu’elle est largement abordée par les *Critical legal studies* (les Études juridiques critiques), mouvement de pensée aussi dénommé par l’acronyme CLS. Ce courant de pensée juridique s’est efforcé d’élaborer entre la seconde moitié des années 1970 et la fin des années 1980 une critique radicale du droit occidental afin d’en révéler les contradictions libérales. Il a finalement cédé la place à la *Feminist jurisprudence* ainsi qu’à la *Critical race theory*. Ces courants ont reproché aux CLS leur remise en cause de la notion de Droits, si nécessaire à la protection des minorités ainsi qu’un discours encore trop occidental-centré⁴. L’une des figures tutélaires des CLS est sans conteste Duncan Kennedy, célèbre professeur de droit à l’Université d’Harvard⁵. Il soutient la thèse de l’indétermi-

¹ CAMUS, *La chute*.

² M. WEBER, *Sociologie du droit*, PUF/Quadrige, 2013, 2^e éd., p. 181.

³ *Ibid.*, p. 187.

⁴ J-C. BILLIER, A MARYOLI, *Histoire de la philosophie du droit*, Armand Colin, 2001, p. 312; V. Réveil-lère, *Les Critical legal studies: une entreprise radicale de « justification »*, (à paraître). Je remercie V. Réveil-lère de m’avoir amicalement communiqué cette riche étude ainsi que de m’avoir signalé l’existence de certains textes des CLS.

⁵ Son importance dans la pensée juridique américaine vient encore d’être rappelée dans le numéro de la revue *Droit et Philosophie*, n° 13, 2021 portant sur: Aspects de la pensée juridique américaine.

nation et du caractère constitutif du droit. Il relativise donc le rôle des facteurs politico-sociaux et économiques sur l'évolution juridique⁶. C'est justement cette reconnaissance d'une autonomie relative du droit dans le changement social⁷ qui conduit D. Kennedy à prendre au sérieux la question de l'enseignement du droit.

Encore étudiant à Yale⁸, il aborde le problème par une critique radicale⁹. Devenu universitaire, il fixe ses idées dans un texte appelé à un bel avenir¹⁰. Une version raccourcie sera même rééditée plusieurs fois attestant de l'effet polémique et provocateur voulu par son auteur¹¹. Ce texte est intitulé *L'enseignement du droit et la reproduction de la hiérarchie: une polémique contre le système*¹². Aujourd'hui cette réflexion pamphlétaire, au ton un peu vif typique de l'ambiance critique des campus universitaires des années 1980, laisse dans un premier un premier temps un sentiment mitigé. Les développements sur l'exclusion des femmes et des minorités raciales d'un enseignement juridique de qualité et des carrières les plus prometteuses ont vieilli. En revanche les propos sur l'exclusion des plus pauvres des grandes écoles de droit et l'ascension sociale restent d'actualité. Il en va de même de la représentation de la hiérarchie sociale au sein des barreaux.

La situation sociale privilégiée d'un auteur qui mène une critique aussi radicale des universités américaines pose aussi question. D. Kennedy a reconnu que sa « position au sein du système de classe, de sexe et de race ainsi que son rang dans la hiérarchie professionnelle » lui conférerait un « intérêt » certain « dans le système » qu'il ne cesse de condamner. Peut-il alors percevoir « l'expérience de l'oppres-

⁶ V. RÉVEILLÈRE, *op. cit.* ; sur la pensée de D. Kennedy en contexte: R. ENCINAS DE MUNAGORI, « Quelle critique pour l'enseignement du droit? », *Clio/Thémis*, n° 5, paragr. 13-17 (sur le net).

⁷ D. Kennedy précise que « Les « préjugés », ou l'idéologie ne déterminent pas plus les stratégies qui orientent le travail des juristes que le matériau juridique ne détermine les solutions données aux cas. Les idéologies sont aussi indéterminées que ne l'est le matériau. Il y a un cercle hermétique à l'œuvre dans cette affaire, dans lequel les indéterminations de chaque niveau sont résolues en faisant appel à un niveau plus profond qui contient ses propres indéterminations, et ainsi de suite, jusqu'au point de départ, qui est que l'idéologie influence le droit autant que le droit influence l'idéologie » (D. KENNEDY, « Une alternative phénoménologique de gauche à la théorie de l'interprétation juridique Hart/Kelsen », *Jurisprudence-Revue critique*, mars 2016, p. 31).

⁸ D. Kennedy a partagé sa scolarité entre Harvard et Yale.

⁹ D. KENNEDY, « How the law school fails », *Yale Review of law and society action*, 71/1970, p. 71-91.

¹⁰ D. KENNEDY, *Education and the reproduction of hierarchy: a polemic against the system*, (self published) AFAR, Cambridge, 1983. Un reprint de l'ouvrage a été intégré dans une nouvelle édition avec une introduction et une postface suivies des commentaires critiques de P. Harrington, P. Gabel, A. Harris, D. Maeda, J. Halley, New-York University Press, Critical America, New-York city, 2004.

¹¹ D. KENNEDY, « Legal education as training for hierarchy », *Journal of legal education*, 1982 (32-4), p. 591-615. Le texte a été réédité: New-York, Pantheon book, 1^{re} éd. 1982, 2^e éd. 1990. Le texte a été republié une autre fois et inséré dans: D. KAYRYS (éd.), *The politic of law: a progressive critic*, Basic books, 1998.

¹² Les versions anglaises précitées ont été confrontées avec l'édition francophone québécoise dont nous suivons le texte sauf pour le titre (D. KENNEDY, *L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies: une polémique autour du système*, Lux éditeur, 2010 désormais cité sous l'acronyme ED).

sion »? Il répond que tout le monde a affronté « des expériences analogues à celles éprouvées par des personnes opprimées par la hiérarchie » y compris les personnes « les plus favorisées par le système ». Il conclut par une formule clinquante: « le collier est tout aussi serré quand on est au bout de la laisse que celle-ci mesure trois mètres ou qu'elle en mesure quinze »¹³. L'argument reste faible même si rien ne prouve *a priori* que le positionnement social d'un critique invalide à lui seul l'intérêt de sa réflexion. D'ailleurs ses propos sur la « teneur idéologique de l'enseignement juridique »¹⁴ continuent à interpeller. En réinterprétant ingénieusement la distinction marxiste théorie/pratique, D. Kennedy amorce un intéressant débat autour de la contribution du corps professoral des Facultés de droit à la « production d'« idéologie juridique » »¹⁵. Une lecture attentive de sa réflexion polémique révèle que sa portée dépasse largement le système éducatif de son pays dans lequel elle puise pourtant sa genèse. Plus exactement son analyse de l'enseignement du « raisonnement juridique » est suffisamment originale pour susciter aujourd'hui encore l'intérêt d'un commentaire initié en dehors des frontières des États-Unis.

I. L'enseignement d'« habiletés » instrumentales et du « raisonnement juridique »

D. Kennedy adopte un point de vue phénoménologique. Il préfère décrire les phénomènes juridiques tels qu'ils apparaissent à la conscience plutôt que de les exprimer par les mots artificiels et prédéterminés du droit¹⁶. À ses yeux, l'objet fondamental de l'enseignement dans les Facultés de droit est l'acquisition d'« habiletés » permettant « de faire une foule de choses simples mais importantes »¹⁷. Le terme anglais qu'il utilise est *Skill*. Il concerne tant le domaine de l'action que celui de la manifestation de l'intelligence. Il renvoie à l'adresse, la compétence, le talent, la qualité. On peut évoquer par ce terme la compétence ou la spécialisation du travailleur. Au moment où D. Kennedy écrit, le thème de *Skill and legal education* suscitait depuis longtemps des débats dans le monde universitaire anglo-saxon. Dès 1922, J-H. Wigmore l'avait abordé. L'un des pères fondateur du réalisme américain K. Llewelyn avait eu l'occasion de proposer un programme éducatif visant à développer ces compétences nécessaires aux apprentis juristes¹⁸. S'inscrivant dans le prolongement de cette réflexion, D. Kennedy va s'efforcer d'identifier les facultés

¹³ ED, p. 92.

¹⁴ *Ibid.*, p. 23.

¹⁵ *Ibid.*, p. 61.

¹⁶ En 2016, D. Kennedy propose une présentation synthétique de son alternative phénoménologique de gauche aux conceptions de Hart et de Kelsen (D. KENNEDY, « Une alternative... », *op. cit.*, p. 19-32).

¹⁷ ED, p. 24.

¹⁸ W. TWINING, « The idea of juristic method: a tribute to K. Llewelyn », *University of Miami law review*, vol. 48, n° 1, 1993, p. 142-147.

intellectuelles dont l'exercice virtuose doit être enseigné par l'université à l'étudiant qui prétend un jour pratiquer le droit.

Ces facultés permettent d'abord de « retenir de nombreuses règles érigées en système » mais aussi de « repérer les points litigieux » et donc de « reconnaître les règles... ambiguës, en contradiction entre elles ou (admettant) des exceptions lorsqu'elles sont appliquées à des situations particulières ». De même les étudiants apprennent à analyser « des causes (*cases*) simples ». Il s'agit de « tirer d'une cause particulière des jugements et des arrêts généraux dont l'importance dépassera l'importance de la cause (*case*) dont ils proviennent ». Parallèlement, les étudiants en droit se voient enseigner « l'art de produire des jugements et des arrêts si concis qu'ils ne pourraient même plus s'appliquer à des causes auxquelles ils sembleraient pouvoir s'appliquer à première vue »¹⁹. D. Kennedy insiste sur la partie de la pédagogie qui consiste à apprendre au juriste à rationaliser l'application du Droit par la généralisation. Son rôle dans la pensée juridique a été finement analysé par Max Weber avec qui le juriste américain considère que les *CLS* ont une « solide filiation »²⁰.

Weber a su montrer que les juristes pouvaient chercher à rationaliser le Droit en déclinant à différents degrés une démarche visant la généralisation. Celle-ci peut reposer sur la « réduction » des motifs d'une décision particulière en « principes » ou forme de « prescriptions juridiques » de valeur plus générales fondées sur une analyse des faits approfondie. Et, les règles générales se répercutent alors sur les « caractères importants » pour délimiter les éléments factuels. L'établissement de prescriptions juridiques repose sur une casuistique, et peut même la susciter²¹.

Weber a également reconnu que l'élaboration de prescriptions générales va de pair avec la construction « synthétique de rapport de droit ». Les juristes constatent une pratique « communautaire... concordante », celle-ci se déroulant de façon « typique » à l'image d'un modèle. Ils vont décomposer cette activité modélisée en ordonnant « logiquement » ses éléments constitutifs importants pour articuler un rapport de droit. Cette construction intellectuelle peut entrer en contradiction avec l'analyse casuistique si elle se laisse aller à une « systématisation » trop radicale prétendant subsumer « tous les faits imaginables » au nom de la sécurité juridique²².

¹⁹ ED, *ibidem*.

²⁰ D. KENNEDY, « The disenchantments of logically formal legal rationality or Max Weber's sociology in the rationality of contemporary mode of western legal thought », *Hasting law journal*, Vol. 55, 2004, p. 1032.

²¹ M. WEBER, *op. cit.*, p. 47.

²² *Ibid.*, p. 47-48.

Cette dialectique entre le fait, la cause judiciaire particulière et la généralité de la règle justifie que l'enseignement du droit en passe d'abord, selon D. Kennedy, par l'apprentissage des règles et l'analyse des décisions des tribunaux. Le juriste américain remarque aussi que les étudiants

« assimilent... une foule d'arguments pondérés, tirés de formules toutes faites et pesant le pour et le contre que les avocats utilisent pour plaider qu'une règle devrait s'appliquer à une situation donnée, malgré son caractère incomplet, conflictuel ou ambiguë, ou bien que la portée d'une cause (*case*) devrait être élargie ou limitée »²³.

Ces « techniques d'argumentation particulières » permettent au praticien du droit « de repérer les lacunes, les contradictions et les ambiguïtés dans ces règles ». Elles conduisent aussi à « argumenter pour l'application plus générale ou plus précise d'une décision ou (à) trouver des arguments pour ou contre une politique »²⁴. La méthodologie juridique permet donc d'ajuster des prescriptions à vocation généralisante. Ces dernières exprimées par un langage à portée générale s'appuient sur des signifiants formant des « cadre ouverts à plusieurs possibilités »²⁵ de signifiés. L'argumentation permet donc d'ajuster le signifiant « coulissant » d'un langage juridique à des faits qu'ils doivent qualifier. Elle pallie « l'incapacité de l'homme d'anticiper l'avenir »²⁶ ainsi que le fait que « la condition humaine » implique « la relative ignorance du fait... et (l') indétermination des fins »²⁷.

D. Kennedy reconnaît que l'ensemble de ces « habiletés représentent des avancées théoriques indéniables »²⁸. Pourtant il estime que malgré leur statut épistémique incontestable, ces « habiletés élémentaires et essentiellement instrumentales » ne sont pas enseignées dans les Facultés de droit de façon neutre. Les professeurs opèrent une « mystification » dont la finalité est un émiettement de la pédagogie. D'abord, l'enseignement du droit est dispensé « au moyen de l'analyse de causes... au cours desquelles on soutient que le droit s'apprend grâce à une procédure analytique rigoureuse appelée “raisonnement juridique” ». « Inintelligible pour le profane », cette procédure « semble... expliquer et valider » les règles du système juridique²⁹. En même temps, dans les « cours » et le « matériel pédagogique », les questions de droit sont présentées comme « étant distinctes de toutes les autres, des compartiments étanches en quelque sorte ». Les études de droit ne

²³ ED., p. 24-25.

²⁴ *Ibid.*, p. 30.

²⁵ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Ed. de la Baconnière-Neuchâtel, 1988, p. 151.

²⁶ H-L. HART, *Le concept de droit*, Facultés universitaires Saint Louis, 2005, 2^e éd., p. 149.

²⁷ *Ibid.*, p. 147.

²⁸ ED., p. 25.

²⁹ *Ibidem.*

permettent donc pas d'avoir « une vue d'ensemble de ce qu'est le droit, de ses rouages ou des moyens de le changer »³⁰. Cet enseignement « trompeur », fondé sur un raisonnement « qui s'attarde à des problèmes juridiques entièrement distincts », conduit à « mal enseigner » les habiletés juridiques. Elles sont comprises par les étudiants « presque inconsciemment, afin qu'elles soient assimilées par osmose à mesure qu'on trouve le truc pour “penser comme un avocat” »³¹.

D'autre part, D. Kennedy soutient que les Facultés enseignent ces habiletés « indépendamment de l'expérience réelle de la pratique du droit ». Selon lui, la « distinction » entre le « raisonnement juridique » et cette pratique est si nette que les étudiants n'apprennent rien sur la « pratique professionnelle ». Cela interdit à l'étudiant d'avoir un autre rôle que celui « d'apprenti dans une firme d'avocat ». D'autant que l'organisation de cette dernière reflète la hiérarchie des Facultés de droit : « les avocats les plus anciens contrôlent le contenu et le rythme de l'apprentissage dépolitisé de la profession dans un contexte de compétition féroce mais sans rétroaction »³². D. Kennedy voit donc dans la hiérarchie professeur/étudiant la préfiguration du rapport de pouvoir articulant la division des grandes sociétés d'avocats.

De façon générale cette distorsion de l'enseignement du raisonnement juridique poursuit une finalité. D. Kennedy estime qu'« en tant que méthode pour arriver à des résultats corrects (ce type de raisonnement) ne se distingue pas du discours éthique et politique en général (c'est-à-dire de l'analyse pratique) ». Il est fondé sur une « technique d'argumentation » qui n'aboutit jamais « à une “solution juridique correcte (*correct*)” différente de la solution éthique et politique du même problème juridique »³³. Mais les « habiletés » acquises par l'apprentissage du « raisonnement juridique » permettent de réfléchir à la politique, aux politiques publiques et aux discours éthiques en général ». Ces habiletés nous montrent que « les idées et les institutions qui sont celles essentielles au libéralisme sont fragiles et contestables »³⁴. L'enseignement du droit vise donc à neutraliser les virtualités critiques des « habiletés » juridiques acquises par les étudiants afin d'éviter de remettre en cause l'ordre libéral, si âprement défendu en Occident.

Aux yeux de D. Kennedy, les professeurs de droit s'affairent constamment à expliquer « comment le monde fonctionne ainsi qu'à formuler des théories sur la façon dont il devrait fonctionner ». Mais au lieu d'instiller l'esprit critique, l'enseignement du droit « transmet le message que les choses sont comme elles sont parce que c'est tout à fait comme ça ou presque comme ça que les choses doivent être ». Les Facultés de droit propagent donc une « idéologie ». Celle-ci est « un message

³⁰ *Ibid.*, p. 25-26.

³¹ *Ibid.*, p. 26.

³² *Ibid.*, p. 26-27.

³³ *Ibid.*, p. 30-31.

³⁴ *Ibid.*, p. 25.

général... au sujet des règles juridiques »³⁵. Ces Facultés vont au-delà de l'enseignement des règles en apprenant « pourquoi elles sont dans l'ordre des choses ». Or ces règles fournissent « un cadre dans lequel les acteurs sociaux créent toutes les hiérarchies de notre société ». L'enseignement du droit rend donc « légitime » le droit en vigueur ainsi que les « conséquences qui (en) découlent » tant en ce qui concerne « la division du travail » que « l'inégalité des pouvoirs et des rémunérations »³⁶. Les Écoles du droit diffusent en définitive « un message idéologique général ».

Elles disent aussi des « choses spécifiques » aux avocats pour conforter leur place dans la hiérarchie sociale. Il s'agit d'affirmer que leur « travail » est plus qu'un « simple métier ». Les Facultés de droit contribuent largement à faire « croire au praticien du droit et à la population que les avocats, en mettant en œuvre le “raisonnement juridique” font plus que mettre en pratique (des) habiletés »³⁷. Le caractère « mystérieux » du raisonnement juridique est utilisé dans le message idéologique pour renforcer une forme de « hiérarchie ». En effet, cette idée suggère que ceux qui ont étudié le droit sont détenteurs de « secrets » dotés d'une « immense valeur sociale ». D. Kennedy ne nie pas la difficulté à acquérir les compétences juridiques ; sans leur acquisition, on ne peut « pratiquer le droit efficacement ». Mais à son sens, ces compétences sont loin d'être aussi « inaccessibles que la mystique de l'enseignement du droit le laisse paraître ». En les « mythifiant », les Écoles du droit font « croire » que seul un « groupe restreint d'individus apparemment hyper talentueux » peut « posséder ces compétences »³⁸. Le raisonnement juridique devient donc un simple mode de justification et perd sa vocation de désaliénation par la pensée critique.

II. Le « raisonnement juridique » universitaire mode de légitimation d'une épistémocratie

D. Kennedy reproche à l'enseignement son manque de neutralité en ne se bornant pas à permettre aux étudiants en droit d'acquérir de simples compétences instrumentales. On peut cependant légitimement se demander si une telle exigence peut être satisfaite. E. Durkheim rappelait que l'éducation est « une action » exercée par la génération adulte en vue de « la socialisation méthodique de la jeune génération »³⁹. La pédagogie en constitue les « programmes d'action ». Elle en est la « théorie pratique »⁴⁰. Pour autant, Durkheim estimait qu'une « théorie pratique ne vaut que ce que valent les sciences auxquelles elles empruntent ses notions

³⁵ *Ibid.*, p. 61.

³⁶ *Ibid.*, p. 62.

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ *Ibid.*, p. 63.

³⁹ E. DURKHEIM, *Éducation et Sociologie*, PUF/Quadrige, 2017, p. 51.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 79.

fondamentales »⁴¹. Retraduite en langage non scientifique, cette formule signifie que le caractère axiologique de l'éducation et de la pédagogie n'empêche pas l'esprit critique de les préserver de l'inefficacité. C'est le sens de l'analyse de D. Kennedy pour qui la remise en cause permet d'échapper à l'emprisonnement idéologique.

C'est justement cette absence de réflexivité qu'il reproche à l'Université lorsqu'elle apprend à penser aux étudiants grâce à ce qu'il considère n'être qu'une procédure analytique mystiquement qualifiée de « raisonnement juridique ». Il dé-substantialise ce dernier en le concevant comme une simple pratique linguistique, un jeu de langage. Il lui reproche de constituer un miroir brisé du système juridique en vigueur. Il vise ainsi la casuistique formaliste, proposée par Ch. Langdell en son temps, qui dissous l'image du droit entre les bris de glace jurisprudentiels. Mais D. Kennedy reproche aussi au raisonnement juridique d'obtenir un effet comparable en représentant les règles juridiques dans l'éparpillement de questions distinctes, sans relations entre-elles. Ces pratiques lui paraissent empêcher les étudiants d'avoir une vue d'ensemble de la mécanique du droit et de son changement.

On pourrait opposer à cette critique que l'accélération historique amorcée par la Révolution industrielle a plongé les sociétés contemporaines dans un monde techno-scientifique organisé autour d'une division du travail de plus en plus complexe. Il s'en est assez logiquement suivi une complexification et un éclatement de la connaissance et tout particulièrement du savoir juridique. Celui-ci s'est désarticulé en subdivisions toujours plus nombreuses. L'exemple de la législation française d'hygiène et sécurité au travail en est une illustration paroxystique. Cette dislocation du Droit incite momentanément à oublier ses finalités générales faute d'un point de vue suffisamment distancié absent de l'hyper spécialisation disciplinaire. La recherche d'une focale mieux ajustée implique de revenir à une confrontation des différentes spécialisations juridiques. Mais les juristes devraient dépasser le seul point de vue interne sur leur discipline en acceptant d'adopter également un point de vue externe. Ils seraient conduits à une véritable « flibusterie épistémologique »⁴², volant sans vergogne dans la boîte à outils des sciences humaines et sociales, des humanités, voire dans celle des sciences dures. Le juriste participerait à une véritable démarche interdisciplinaire⁴³ aux antipodes d'une tour de Babel où chacun parle sa langue de spécialité en restant sourd à celles des autres.

⁴¹ *Ibid.*, p. 80.

⁴² S. GURWITH, « Une petite réflexion sur l'importation de la flibusterie épistémologique. Dostoïevsky, la criminologie, les sciences, le droit et la littérature », F. OST, L. VAN EYDE, Ph. GÉRARD, M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Lettres et lois au miroir de la littérature*, Presses universitaires des Facultés de Saint-Louis, Bruxelles, 2001, p. 305-342.

⁴³ Sur les problèmes posés par une telle approche voir la rubrique 3 de la partie I sur l'interdisciplinarité et la seconde partie relative aux perspectives plurielles sur la structuration de la recherche juridique in : F. ROUVIÈRE et Cl. AUBRY DE MAROMONT (dir.), *La méthodologie de la recherche juridique par*

À titre d'exemple, on peut imaginer une réflexion générale sur le renouveau des finalités du Droit pénal dans les sociétés complexes. Celle-ci prendrait en compte les questions si particulières du droit pénal des affaires, du droit pénal fiscal, du droit pénal de la concurrence, de la législation sur la corruption politique et tirerait en même temps parti de la sociologie des élites délinquantes de P. Lascoumes⁴⁴. Dans le même sens, on pourrait s'interroger sur la consistance d'une emprise du droit de la puissance publique sur l'économie. En confrontant l'ensemble des branches du droit public, celle du droit de la concurrence mais encore celle du droit des affaires, le juriste s'approprierait la réflexion relative à l'articulation entre macro/microéconomie d'une Nation, voire d'une entité supra nationale⁴⁵. La démarche juridique hybride préconisée ici n'est en fait que celle d'une saine théorie du droit visant à rétablir un regard plus global sur les finalités du Droit dans la Société. C'est d'ailleurs ce point de vue interne et externe sur le système juridique qui caractérise l'analyse de D. Kennedy sur l'enseignement du droit.

Son regard décentré lui permet de justifier sa dénonciation de la contribution de l'éducation juridique à la reproduction sociale. Sa thèse sur le caractère conservateur des théories professorales a aujourd'hui vieilli tant les universités, et tout particulièrement les universités américaines, paraissent des « foires aux idées »⁴⁶. En revanche sa thèse sur la participation des Facultés de droit au renforcement du pouvoir des avocats fait encore écho à l'époque actuelle. D. Kennedy pense que l'enseignement du droit prépare les étudiants à accepter la hiérarchie au sein des grandes firmes de *Lawyers*. On pourrait objecter que la remarque ne vaut que pour le monde anglo-saxon des grosses sociétés de

ses acteurs, Cahiers de méthodologie juridique, n° 33, *Revue de la recherche juridique*, 2020-3, Presses universitaires d'Aix-Marseille, p. 1477-1690 (en comprenant la communication varia de V. Réveillère).

⁴⁴ P. LASCOUMES, *Sociologie des élites délinquantes De la criminalité en col blanc à la corruption politique*, Armand Colin, 2018, 2^e éd. Pour une tentative dans ce sens voir la thèse de droit en préparation à Aix-Marseille Université de: Y. BENADDA, *Les stratégies argumentatives des délinquants en col blanc: analyse juridique et sociologique*.

⁴⁵ On peut estimer que le « droit privé régit principalement l'aspect microéconomique du droit économique ». Alors on considère que le droit public économique s'intéresse à cette matière en adoptant « le point de vue du droit public, qui est essentiellement un point de vue macroéconomique » (D. LINOTTE, P. PIETTE, R. ROMI, *Droit public économique*, Lexis-Nexis, 2018, 8^e éd., p. 14). Mais on peut tout aussi bien soutenir qu'il existe un « droit public des affaires qui régit les relations entre l'Administration et les opérateurs économiques ». D'autant que « l'intervention de l'État par voie macroéconomique céderait aujourd'hui la place à des interventions plus limitées portant principalement sur les entreprises... L'entreprise serait l'objet principal des actions de l'État et des autres personnes publiques en matière économique ». L'action étatique s'exercerait donc à un échelon plus microéconomique (P. DELVOLMÉ, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 2021, 9^e éd., p. 13, n° 12). En publiant son manuel de *Droit public des affaires*, S. Nicinski envisage plus globalement les « trois figures de l'État: l'État régulateur de l'économie ou Etat prescripteur, l'État opérateur économique, l'État collaborateur avec les opérateurs économiques » (S. NICINSKI, *Droit public des affaires*, LGDJ/Lextenso, 2021, 8^e éd., p. 18, n° 3). Cette perspective économique mixte (macro et micro) découle du fait que le droit public économique est avant tout un droit de la politique économique (J-Y. CHÉROT, *Droit public économique*, Economica, 2007, 2^e éd.)

⁴⁶ Ph. JESTAZ, Ch. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, 2004, p. 291.

juristes. Mais comme le souligne D. Soulez-Larivière, ce modèle à tendance à s'étendre à l'échelon mondial⁴⁷. Au demeurant, la dégradation du marché du travail, depuis le milieu des années 1970, incite les jeunes avocats à s'intégrer de plus en plus dans des sociétés où les associés ont de fait une prépondérance hiérarchique. Pour D. Kennedy, cette soumission serait favorisée par la séparation opérée dans les Facultés de droit entre le « raisonnement juridique » et la « pratique professionnelle ». L'étudiant en position d'« apprenti » dépendrait d'une formation plus pratique diligentée par des « avocats plus anciens »⁴⁸. Certes nombre d'établissements universitaires proposent aux étudiants de participer à des cliniques juridiques. Un enseignant/avocat les incite à traiter des dossiers juridiques sous son contrôle⁴⁹. Cependant le contentieux traité ne concerne que celui de l'aide juridique aux plus démunis et non celui des affaires les plus importantes. L'existence même de l'obligation de fréquentation d'une école professionnelle d'avocat avant d'intégrer le métier pose la question de la véritable fonction de l'enseignement universitaire dans la formation.

Mais la radicalité de la critique de D. Kennedy va bien au-delà. Son point de vue interne/externe sur l'éducation juridique l'incite à considérer que l'enseignement du « raisonnement juridique » est utilisé pour assurer la légitimation politique du métier d'avocat. Les Facultés de droit contribuent selon lui à faire croire que seul « un petit groupe d'hyper talentueux » sont aptes à détenir des compétences « loin d'être aussi inaccessibles que la mystique de l'enseignement du droit le laisse paraître ». Une fois que les

« autres sont dévalorisés pour des motifs “professionnels”, il devient naturel pour les individus... passés par les Facultés de droit de se spécialiser dans les tâches les plus satisfaisantes, tout en ayant la mainmise sur les opérations et en se taillant la part du lion pour récolter les récompenses »⁵⁰.

En d'autres termes par son enseignement, la Faculté de droit légitime une véritable épistémocratie juridique. L'enjeu de la critique de D. Kennedy n'est pas la raison d'être du métier d'avocat dans le système judiciaire. Il s'agit plutôt de l'absence de démocratisation dans son mode de recrutement. D. Kennedy reproche à l'organisation de la profession son corporatisme. Il pose ainsi la question de l'insertion des avocats dans une société authentiquement démocratique. Son

⁴⁷ D. SOULEZ LARIVIÈRE, *L'Avocature*, Gazette du Palais/Lextenso éditions, 2019, p. 172-174 et 356.

⁴⁸ ED, p. 26-27.

⁴⁹ M. MERCAT BRONS, « L'enseignement du droit aux États-Unis », *Jurisprudence-Revue critique*, 2010, p. 118-119; J. PERELMAN, « Penser la pratique, théoriser le droit en action : des cliniques juridiques et des nouvelles frontières épistémologique du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2014/2, vol. 13, p. 133-153.

⁵⁰ ED, p. 63.

interrogation prend toute sa portée au sein du débat sur l'engagement politique des avocats et le modèle du « *cause lawyering* » attribuant aux avocats la fonction de changer la politique par le procès⁵¹.

⁵¹ L. ISRAËL, *L'arme du droit*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 2009, p. 82-96.