



***Le rôle du droit dans la formation des élites :
retour sur une thématique centrale des analyses
critiques du droit***

Résumé : Les mouvements critiques du droit qui se sont développés à partir des années 1970 dans différents pays ont tous mis au cœur de leurs analyses l'enseignement du droit et sa contribution à la légitimation et à la reproduction de l'ordre social. Revenir sur cet héritage importe pour comprendre l'évolution des débats relatifs à l'enseignement du droit, mais aussi lorsque l'on s'interroge comme dans le projet de recherche Élidroit, sur la place du droit dans la formation des élites d'un point de vue sociologique.

Mots clefs : enseignement du droit, critique du droit, sociologie du droit

Abstract : Critical legal studies have developed since the late 1970s in several countries. All of them put at the center the question of legal education, considering its contribution to the ideological and social status quo. This heritage is precious to understand how the debate about legal education evolved, and to consider empirically – as in the research project Elidroit – the place of law in the formation and reproduction of elites from a sociological standpoint.

Keywords : legal education, critical legal studies, sociology of law

1. La journée d'études dont est issu ce dossier a été organisée¹ dans le cadre d'une recherche collective dont l'acronyme est Élidroit et l'intitulé « La formation au droit des élites du privé et du public depuis 1958. Quels savoirs juridiques pour quels modes de gouvernement ? ». Annoncé de cette façon, ce projet semble considérer de façon neutre ce que les tenants des approches critiques, principalement des années 1970, ont dénoncé comme étant l'un des ressorts cachés de l'enseignement juridique, l'orientation élitaire de la formation au droit et sa contribution à l'exercice de la domination. La traduction récente en français, sous le titre *L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies*², d'un petit livre écrit il y a près de trente ans par Duncan Kennedy permet d'illustrer ce qui rapproche (dans le constat) et ce qui distingue (dans le jugement) notre recherche du projet critique de façon plus générale. La figure de Duncan Kennedy est d'ailleurs celle qui incarne le mieux le raffinement possible d'une attaque en règle de la formation au droit, depuis son premier texte de 1970, lorsque déjà étudiant il la critiquait dans la prestigieuse *Yale Law Review* sous le titre : « How the Law School Fails : a Polemic »³. De fait, la critique de la contribution de l'enseignement du droit à la reproduction de la domination par le biais d'un savoir apparemment neutre, le droit, est une des dimensions récurrentes, comme on le verra, des mouvements critiques du droit en France, en Grande-Bretagne, au Brésil, ou aux Etats-Unis. Mais, contrairement à ces critiques le plus souvent orientées vers l'objectif d'une transformation des modèles pédagogiques juridiques, notre recherche en sciences sociales n'a pas cette finalité pratique.

¹ Journée d'études « Les mouvements « Critique du droit » et la question de l'enseignement juridique : regards croisés », organisée par Jean-Louis Halpérin et Liora Israël le 11 juin 2010 à l'EHESS pour l'ANR Élidroit.

² Duncan Kennedy, *L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies. Une polémique autour du système*, Lux Editeur, Montréal, 2010.

³ Duncan Kennedy, « How the Law School Fails : a Polemic », 1, *Yale Review of Law and Social Action* 71 (1970).

2. Un double constat semble aujourd'hui situer en porte-à-faux le projet Élidroit et ces analyses critiques dont la virulence est propice à la nostalgie d'années plus combattives, tournées vers des lendemains censés chanter. Tout d'abord, notre recherche ne se situe pas dans une posture critique au sens qu'ont pu donner à ce terme les juristes⁴, mais dans un projet d'analyse empirique, appuyé principalement sur la sociologie et de la science politique, de la formation au droit des élites. Deuxième déplacement, alors que les projets critiques se sont focalisés sur les lieux traditionnels et centraux de la formation au droit que sont en France les universités et aux USA les *Law Schools*, notre propre enquête s'est volontairement décentrée vers les arènes plus spécifiques à la formation des élites françaises, en particulier depuis la deuxième moitié du XX^e siècle, que sont les grandes écoles de différents types (écoles d'ingénieurs, écoles de commerce, grandes écoles d'administration notamment). Le présent projet n'a donc pas pour objectif de cerner, et encore moins de dénoncer, la contribution des facultés de droit à la formation des élites, puisqu'il postule plutôt leur moindre centralité relativement à d'autres établissements d'enseignement supérieur. Ces derniers n'ont a priori pas vocation à former des juristes, mêmes si certains d'entre eux tendent de manière croissante à développer des formations juridiques pointues, complémentaires ou autonomes, en particulier en direction des segments supérieurs de la profession d'avocat. En l'occurrence, la création par l'IEP de Paris en 2009, soit au tout début de notre recherche, d'une École de droit, rendue possible par l'arrêté du 21 mars 2007 brisant le monopole universitaire sur la délivrance des diplômes de droit relatif à l'accès à l'examen du barreau au profit de cette seule institution parisienne, a eu des effets profonds et complexes sur l'espace concurrentiel des formations au droit en France (et donc sur notre objet d'étude).

⁴ Michel Miaille, « La critique du droit », *Droit & Société* 20-21, 1992, pp. 75-92 (<http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds020021/ds020021-06.htm>)

3. Le projet Élidroit se situe donc dans un rapport distancié au regard des analyses critiques du droit lorsqu'elles visaient l'Université. Il repose en effet sur l'hypothèse selon laquelle, du moins dans le cas français, l'Université n'étant pas véritablement en France le lieu pertinent pour analyser les modalités de formation des élites – y compris juridiques – c'est également dans cet ailleurs où sont formées les élites, en particulier économiques, qu'il faut étudier les formations au droit⁵. Poser la question, qui est le sous-titre de notre projet « Quels savoirs juridiques pour quels modes de gouvernement ? », revient à poser par hypothèse que le droit enseigné dans ces institutions élitaires est révélateur des conceptions que leurs formateurs ont du rôle de ces élites, en particulier du point de vue des apprentissages juridiques qui leur sont nécessaires pour gouverner des conduites, des administrations, des organisations. Il s'agit donc de s'intéresser aux modalités et aux contenus des curricula, dans des écoles dont les programmes sont chaque fois spécifiques, et conçus de façon relativement autonome. Notre projet suppose également qu'étudier leur formation en droit est une porte d'accès privilégiée à la socialisation juridique des futures élites dirigeantes, et que cette formation renseigne donc, malgré un certain décalage temporel, sur les conceptions du droit en vigueur parmi elles.

4. L'analyse de la socialisation juridique des futures élites a été menée dans notre projet dans une perspective de sciences sociales empirique, reprenant l'analyse - classique en sociologie de l'éducation - de la prise en compte de l'écart entre curriculum formel et curriculum réel⁶. Pour ce faire, trois méthodes principales ont été combinées : l'analyse d'archives et la réalisation d'entretiens permettant de reconstituer l'évolution des curricula formels dans les institutions étudiées ; l'analyse de documentation et la

⁵ Pour une problématique comparable appliquée au cas américain, voir Debra J. Schlef, *Managing Elites. Professional Socialization in Law and Business Schools*, Oxford, Rowman & Littlefield Publishers, 2006

⁶ Jean-Claude Forquin, *Sociologie du curriculum*, Rennes, PU Rennes, coll "Paidea", 2008

réalisation d'entretiens concernant ces formations en droit aujourd'hui ; enfin l'observation de cours de droit depuis les bancs des étudiants, en s'inspirant de la remarquable étude ethnographique conduite par Elizabeth Mertz dans les écoles de droit états-uniennes⁷. Le projet peut donc être considérée comme socio-historique dans sa volonté d'articuler dans son historicité la question de la formation au droit des élites en France, laissant toute sa place non seulement à la mise en perspective historique des formations elles-mêmes, mais aussi des débats qui ont accompagné, contré ou cherché à susciter les transformations de l'enseignement du droit en France, ainsi que de manière comparée dans d'autres pays qui de manière parallèle ou différée se sont trouvés confrontés aux mêmes questions. C'est ainsi que s'est imposé la nécessité de prendre en compte le « tournant critique » dans sa contribution à ces réflexions sur l'enseignement du droit.

5. Le programme épistémologique de *Critique du droit*, d'inspiration clairement marxiste, du moins en France, est dans cette mesure particulièrement intéressant, comme le montrent en particulier les travaux de Martine Kaluszynski⁸. Elle souligne notamment combien la dimension pédagogique, avec le projet de rédiger des sortes d'anti-manuels, a été centrale dans la constitution du mouvement. L'un de ses objectifs primordiaux était en effet de critiquer afin de réformer l'enseignement du droit. Des innovations pédagogiques, à vocation expérimentales, étaient mises en place, comme le souligne dans un entretien cité par Martine Kaluszynski Jean-Jacques Gleizal. Or les développements à l'œuvre dans le

⁷ Elizabeth Mertz, *The Language of Law School : Learning to Think Like a Lawyer*, Oxford, Oxford University Press, 2007

⁸ Voir l'ouvrage coordonné par Xavier Dupré de Boulois et Martine Kaluszynski (dir.), *Le droit en révolution(s). Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours*, Paris, LGDJ, coll. Droit et Société, 2011, ainsi que l'article de Martine Kaluszynski, reprenant sa communication lors de notre journée d'études: Martine Kaluszynski, "Quelle réforme pour l'enseignement juridique ? entre science et politique, le projet du mouvement *Critique du droit*", in Jean-Christophe Gaven et Frédéric Audren (dir.), *Les facultés de droit de province aux XIX^e et XX^e siècles, t. 3 Les conquêtes universitaires*, Toulouse, PU Toulouse 1 Capitole, 2012 (<http://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00653503>)

champ de la formation juridique dans les dernières décennies, tels qu'ils ont pu être constatés dans nos recherches⁹, semblent confirmer la pérennité des constats développés par les tenants du courant *Critique du droit* – témoignant par là même de la faible portée de leur remise en cause : l'enseignement du droit semble bien toujours contribuer à la justification de l'ordre existant, et non encourager à développer un rapport critique au monde, en particulier dans le domaine économique. Si ces hypothèses se révèlent encore pertinentes aujourd'hui, et particulièrement dans les écoles d'élite¹⁰, cela signifie aussi en creux que les tentatives de réforme portées par les promoteurs du mouvement critique n'ont visiblement pas affecté les contenus et les finalités de l'enseignement du droit à l'Université¹¹. Ceux-ci sont, en règle générale, moins connectés que jamais aux sciences sociales, et rétifs aux innovations lorsqu'elles ne correspondent pas à ce que Weber qualifiait de matérialisation du droit, soit la recherche d'une adéquation toujours plus forte entre besoins de la sphère économique et innovations juridiques. De manière d'ailleurs paradoxale, c'est en invoquant le caractère trop théorique, insuffisamment pratique et interdisciplinaire de l'enseignement universitaire du droit, souligné auparavant par les tenants du mouvement critique, que certains avocats d'affaires et les institutions d'élite ont justifié l'entrée d'institutions non-universitaires – IEP, Écoles de commerce notamment - dans le champ des études juridiques (pour des raisons politiquement contraires, telles que l'accroissement de l'efficacité économique).

6. Au-delà de ce paradoxe d'un rapprochement possible de critiques qu'a priori tout oppose mais qui concourent dans les deux cas à remettre en

⁹ Voir les articles à paraître dans *Droit & Société* du dossier coordonné par Myriam Aït-Aoudia et Rachel Vanneuville.

¹⁰ Pour Sciences Po Paris et HEC, voir Émilie Biland et Liora Israël, « À l'école du droit : les apports de la méthode ethnographique à l'analyse de la formation juridique », *Les cahiers de droit* (Université Laval, Québec), numéros 3-4, septembre-décembre 2011, p. 619-658

¹¹ Jacques Chevallier, « Critique du droit et la question de l'enseignement du droit », in Xavier Dupré de Boulois et Martine Kaluszynski (dir.), *op. cit.*

cause les modalités de transmission du savoir juridique à l'Université en France, trois raisons principales justifient selon nous de se tourner vers les analyses consacrées à l'enseignement du droit par les mouvements critiques, en France et à l'étranger.

- Tout d'abord, sous réserve d'une actualisation constante rendue nécessaires par les transformations récentes de l'espace des institutions d'enseignement supérieur, la critique fondamentale relative à l'idéologie politique implicite inhérente aux formations juridiques, en particulier lorsqu'il s'agit de légitimer les positions des différentes élites, semble plutôt corroborée par l'étude des institutions observées.

- Ensuite, notre projet se situe dans une optique interdisciplinaire peu présente dans les Facultés de droit françaises, qui correspond au projet de rupture épistémologique dans le champ des études juridiques porté par les courants critiques du droit¹², par exemple en Grande-Bretagne comme le montre David Sugarman, ou encore au Brésil où le courant Critique du droit français a été l'une des sources importantes de la critique interne de la formation au droit et du développement de nouvelles perspectives juridiques, comme le montrent les travaux de Fabiano Engelmann¹³, qui participa également à notre journée d'études.

- Enfin, le mouvement critique n'est pas sans postérité en France dans le domaine du droit. Comme le montre le texte de Rafael Encinas de Munagorri, les germes souterrains lancés par les approches critiques ont de nombreuses résurgences aujourd'hui, que ce soit par exemple par la création de cliniques de droit (à Caen et à Nanterre), la poursuite de l'analyse critique, y compris au sens politique, en particulier chez les

¹² Dans un domaine particulier, pour un témoignage relatif à la difficile tentative d'intégration de la pensée féministe à l'enseignement du droit, voir Régine Dhocquois, « La recherche féministe à l'Université dans le domaine du droit. Une absence en forme de désertion », *Cahiers du CEDREF*, 10, 2001 (<http://cedref.revues.org/278>)

¹³ Fabiano Engelmann, "Diversification de l'espace juridique et invention de la "critique du droit" au Brésil dans les années 1990", *Droit & Société* n°65, 2007/1 (<http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds065/ds065-09.htm>)

travailleuses (comme Emmanuel Dockès¹⁴) ou chez les historiens du Droit (Carlos Miguel Herrera). La nouvelle revue *Jurisprudence. Revue critique*, initiée par des juristes de la Faculté de droit de Chambéry, participe aussi de cette renaissance, en particulier relativement à la question de l'enseignement du droit qui a constitué le thème principal de son premier numéro. La postérité du mouvement critique se manifeste encore par la reconnaissance de l'importance de la pensée de Duncan Kennedy, que ce soit à Nanterre avec Eric Millard ou même à l'IEP de Paris avec Christophe Jamin qui lui fit décerner en 2011 le premier doctorat honoris causa en droit – ironie de l'histoire - de cette prestigieuse institution.

7. La prise en compte de l'héritage des courants critiques est donc pertinente à plusieurs titres pour notre projet. Intellectuellement, elle permet de replacer dans une profondeur historique - qui d'ailleurs pourrait être prolongée tout au long du siècle¹⁵- les critiques aujourd'hui adressées aux deux modèles de formation aux confluent desquels se situe notre projet, la formation des élites et la formation en droit (en ce qu'elles ont de commun et ce qui a varié, de la Faculté de droit comme lieu principal de formation des élites, au droit comme matière obligée dans la formation d'élites politiques, administratives et économiques plus différenciées). Pratiquement, cet héritage peut être contrasté à une double évolution. D'un côté, les discours critiquant le modèle français pour justifier différents types de réforme (comme l'arrêté « licence » de l'été 2011¹⁶) partagent de manière

¹⁴ Voir notamment Emmanuel Dockès (sous la dir.), *Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés*, Dalloz, coll. Thèmes & Commentaires/Actes, Paris, 2007

¹⁵ Voir les travaux de Myriam Aït-Aoudia et Jean-Louis Halpérin dans notre équipe.

¹⁶ Publié le 11 août 2011 :

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024457754&fastPos=1&fastReqId=1906304594&categorieLien=id&oldAction=rechTexte#>

La version publiée n'énonce toutefois pas aussi clairement la possibilité de créer des parcours élitaires sélectifs que les versions antérieures ayant circulé. Toutefois les promoteurs des filières sélectives considèrent l'arrêté comme un progrès, notamment parce qu'il accroît la dérégulation des exigences nationales.

paradoxe une partie des constats du Mouvement critique du droit (immobilisme, mono-disciplinarité et isolement national des modèles traditionnels de formation) et en tirent matière à une libéralisation croissante et à un éclatement du modèle français. De l'autre, si l'on se situe dans une perspective internationale, la faible postérité locale de la critique du modèle français peut être contrastée avec les évolutions réelles que les critiques des années 1970 ont pu faire surgir dans d'autres pays, à plus ou moins grande échelle¹⁷. En un sens, la faible influence de la Critique du droit française en son pays et son relatif regain sous influence du crédit de son lointain cousin états-unien est aussi un enseignement à prendre en compte pour comprendre les forces complexes à l'œuvre dans le(s) monde(s) académique(s) du droit contemporain.

Liora Israël
Maîtresse de conférences à l'EHESS (Centre Maurice Halbwachs)
Coordinatrice, avec Rachel Vanneuville, du projet Élidroit
(n° ANR-08-GOUV-065)

¹⁷ Fiona Cownie, « Reforming Legal Education in England and Wales : a Historical Perspective », and Anthony Bradney, « British University Law Schools, the Practicing Profession, and the State », papiers présentés à l'occasion des sessions thématiques organisées par Liora Israël et Rachel Vanneuville au congrès (2011) de l'Association Française de Science Politique (ST 42 : Les enjeux politiques et académiques des réformes de l'enseignement en droit : perspectives comparées).