

## Écrire une introduction au droit

(Réponse à un « magistrat » corporatiste) publié in *Petites Affiches*, 16 septembre 2003.

Lorsqu'un collègue m'a proposé d'écrire, dans une nouvelle collection, une introduction au droit destinée aux étudiants de premier cycle, j'ai hésité plus d'une fois avant d'accepter. N'avais-je pas subi comme d'autres la lecture pénible et peu attrayante des introductions au droit ? Ne m'étais-je pas promis de ne pas m'adonner au genre du manuel à la fois contraignant pour l'auteur et ennuyeux pour le lecteur ? Pourtant, M. Gilles Lhuilier, complice de longue date, allait me convaincre de participer avec lui à l'entreprise, avant de me laisser presque seul à l'ouvrage<sup>1</sup>. Toujours est-il que l'objectif initial était triple : répondre aux exigences du programme universitaire généralement enseigné, éviter les distinctions artificielles ou contestables, encourager une ouverture intellectuelle en marge de l'étude du droit positif.

Autant dire qu'il s'agissait à la fois de satisfaire notre éditeur soucieux de proposer sur le marché un ouvrage accessible correspondant au programme traditionnel, d'introduire au droit à partir de conceptions personnelles, de susciter la réflexion sans négliger l'exposé de notions fondamentales, le tout dans un style assez vivant pour donner le goût des études de droit. Défi auquel il fallait répondre avec clarté dans le format d'un manuel ne permettant ni l'approfondissement des analyses, ni la justification théorique des choix réalisés.

Pour les étudiants, le bon manuel est celui qui correspond au cours dispensé. L'organisation actuelle des enseignements ne permet guère de proposer un essai à caractère théorique ou réflexif comme ceux rédigés par nos collègues Michel Miaille<sup>2</sup> ou Denys de Béchillon<sup>3</sup>. Pour autant, l'exposé des thèmes traditionnels (la personne juridique, la règle de droit, la jurisprudence, les conflits de lois dans le temps, la preuve) peut aller au-delà d'une synthèse plus ou moins adroite de la *doxa* universitaire commune. S'approprier les distinctions classiques, c'est aussi les replacer dans leur contexte, réaliser des déplacements en apparence minimes, mais qui n'en sont pas moins porteurs de sens, voire même combattre des dogmes établis. Ainsi, il m'a paru important de rappeler que la personne physique est, à la différence d'un être humain, une notion juridique abstraite (p. 19) ; de présenter les contrats parmi les sources du droit (p. 92), ou encore d'insister sur le fait que le droit positif n'est pas toujours juridiquement valide (pp. 14 et 208).

Pour les enseignants, le bon manuel doit les aider à préparer ou à enrichir leurs cours sur une question donnée. Il est aussi une source d'informations, voire d'inspiration pour présenter les notions fondamentales, qui sont à la fois les mieux connues et les plus redoutables. Difficulté redoublée par le fait que les étudiants découvrent dans le même temps le droit et les études supérieures. À la différence d'autres systèmes d'enseignement, l'université française ne favorise guère l'étude des sciences humaines et sociales (économie, philosophie, histoire, sociologie) comme un préalable à celle du droit positif. Cela est fort regrettable. Rien n'est fait pour que les étudiants développent une distance critique à l'égard du droit. Or, le plus grave péril consiste à leur laisser entendre, sinon même à essayer de leur faire croire, que le droit positif correspond à la réalité sociale ou encore à des valeurs partagées par tous.

C'est pourquoi je pense que la posture positiviste a ses mérites, du moins lorsqu'elle est bien comprise et pleinement assumée. Être positiviste, c'est d'abord une méthode d'approche du droit qui consiste à considérer le droit positif comme seul objet d'étude à

l'exclusion du droit naturel. Je suis positiviste en ce sens, et en ce sens seulement. En revanche, je ne suis pas positiviste d'un point de vue théorique qui consiste à identifier le droit à l'État, ni à celui « idéologique » qui tend à considérer que le droit doit être respecté dès lors qu'il a été valablement posé. Je rejoins ici la position de Norberto Bobbio, grande figure italienne de la pensée juridique<sup>4</sup>. Affirmer son positivisme ne conduit donc ni à se soumettre servilement à une autorité, ni à occulter ses opinions ou ses réactions face aux injustices, mais à exercer son sens critique à partir de sa propre sensibilité, ce qu'un étudiant doit apprendre à développer en utilisant des techniques juridiques précises (p. 17).

Les praticiens, qui sont aussi parfois des enseignants (ce qui est heureux) lisent à l'occasion des introductions au droit (ce qui l'est encore plus). Dans un texte intitulé « Du bon usage des introductions au droit », paru aux *Petites affiches* le 17 juin 2003, M. Jérôme Michel s'échauffe contre la nôtre avec une sincérité qui confine la mauvaise foi.

D'abord contre la « religion positiviste », « le positivisme le plus obtus » dont nous ferions preuve et qui nous conduirait à nier la réalité. De quelle réalité exactement ? De ce qui « est » ou de ce qui « devrait être » ? De la réalité des faits ou de celle du droit ? J'avoue ne pas saisir clairement le reproche, ni ce que l'auteur entend par « positiviste » ou « positivisme », ce qui n'est d'ailleurs pas la même chose. À tort ou à raison, j'imagine que M. Michel a moins de griefs à l'égard des auteurs positivistes ayant écrit des « bonnes introductions au droit », c'est-à-dire en phase avec ses opinions, ses conceptions de l'homme, de la société et du droit, ou encore avec l'image qu'il se fait de lui-même.

Ensuite, est c'est le second reproche, notre ignorance de la justice administrative aurait conduit à tenir des propos qui font « injure à l'ensemble des magistrats administratifs ». Premier conseiller à la Cour administrative de Douai, M. Jérôme Michel, qui est aussi chargé d'enseignement à l'Institut d'études politiques de Lille, s'estime donc injurié et réagit par une pulsion corporatiste au nom de l'ensemble des magistrats administratifs. De quoi s'agit-il ?

En premier lieu, nous avons écrit : « Le point de savoir si les juges administratifs peuvent être qualifiés de « magistrats » reste discuté ». Par une citation subtilement inexacte qui fait fi des premiers guillemets, M. Michel laisse entendre que nous sommes réticents à l'évolution ayant conduit à rendre les juges administratifs plus indépendants de l'administration que par le passé. Cela est totalement faux et même un contresens complet comme le montre l'ensemble du développement à cet égard (p. 243-244), au demeurant inséré dans une subdivision consacrée aux magistrats. Replacé dans son contexte, notre propos, sans doute il est vrai d'une brièveté excessive, ne concernait que l'emploi de la dénomination de « magistrat » pour les juges de l'ordre administratif. Or, à notre connaissance, tous les juges de l'ordre administratif ne sont pas des « magistrats », le meilleur exemple étant celui des membres du Conseil d'État.

En second lieu M. Jérôme Michel se scandalise de notre mise en doute du respect du principe du contradictoire dans la procédure administrative, en particulier au regard du rôle joué par le commissaire du gouvernement (p. 274). Sa connaissance des pratiques juridictionnelles en matière de principe du contradictoire est pour sûre infiniment plus grande que la nôtre. Il aurait d'ailleurs pu la mettre à profit dans les mœurs universitaires en portant à notre connaissance son texte une fois publié, ce qu'il n'a pas daigné faire. À suivre son raisonnement, la vérité sur le fonctionnement de la justice ne

peut être détenue que par ceux qui y participent. Un tel point de départ ne peut que renforcer l'impression d'un monde rassurant et parfait où tout écart entre l'idéal posé par les textes et les pratiques effectives est exclu : ainsi les juges diront, du moins publiquement, qu'ils sont parfaitement indépendants, que le principe du contradictoire est toujours respecté, etc.

Quelle place dès lors pour émettre une observation critique sur des pratiques juridictionnelles lorsqu'elle est fondée sur d'autres opinions que la sienne ? Comment comprendre que le Conseil d'État<sup>5</sup> ait été conduit d'affirmer que le commissaire de gouvernement « participe à la fonction de juger dévolue à la juridiction dont il est membre » sinon pour échapper à une éventuelle condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme pour violation du principe du contradictoire exigé par le droit à un procès équitable ? Comment expliquer que la France ait été condamnée pour violation du droit à un procès équitable<sup>6</sup>, non certes sur ce point pourtant discuté, mais sur celui de la présence du commissaire du gouvernement au délibéré ?

Les meilleurs connaisseurs de la justice administrative, qui ne sont pas seulement des magistrats, le disent sans ambages. « Si le juge administratif applique donc une procédure contradictoire, on ne peut pas pour autant considérer qu'à tous les stades de la procédure, le principe du contradictoire soit parfaitement respecté »<sup>7</sup>. Affirmer que le respect du principe du contradictoire n'est pas toujours parfait témoigne d'une position réaliste qui invite à des améliorations, et non, du moins je l'espère, à « faire injure à l'ensemble des magistrats administratifs ».

Quel est en définitive, selon notre détracteur, le bon usage d'une introduction au droit ? Après avoir énoncé une série de constats réputés objectifs et aussi traumatisants que « le développement des bio-technologies », « la crise du modèle de l'État-nation », ou encore « la remise en cause des identités humaines que l'on pouvait croire éternelles » (sic), M. Jérôme Michel nous livre sa profonde pensée. « Introduire au droit dans un tel contexte, c'est introduire tout à la fois à la complexité et à l'incertitude, à la prudence et à la mesure, au principe de responsabilité au sens de Hans Jonas et à la conscience des limites qui est consubstantielle à la conscience du droit ». Enfin un programme clair et précis pour donner un sens moral aux étudiants juristes et les orienter dans le droit chemin !

Marquons un franc désaccord : le chemin du droit (et de son apprentissage) n'a pas pour objet de tracer UN droit chemin, mais de favoriser l'épanouissement de tous au carrefour d'une société où il s'agit de vivre ensemble.

Rafael Encinas de Munagorri  
Professeur à l'université de Nantes

. Rafael Encinas de Munagorri et Gilles Lhuilier, *Introduction au droit*, Paris, Flammarion, Champs Universités, 2002. Les numéros de page du texte renvoient à l'ouvrage.

<sup>2</sup>. *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1976.

<sup>3</sup>. *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997.

<sup>4</sup>. *Essais de théorie du droit (recueil de textes)*, traduit par Michel Guéret avec la collaboration de Christophe Agostini, préface Ricardo Guastini, Paris, LGDJ, coll. La pensée juridique, 1998, p. 24-26, et p. 53.

<sup>5</sup>. CE, 29 juillet 1998, *Esclatine*, p. 320, concl. Chauvaux.

<sup>6</sup>. CEDH, 7 juin 2001, *Kress/France*, *AJDA*, 2001.675, note Frederic Rolin, spéc. *in fine*.

<sup>7</sup>. *Code de la justice administrative*, Litec 2002-2003, annoté par Corinne Lepage, Christian Huglo avec la collaboration de Sabine Le Boulch, n° 9, p.5.