

Enseigner la common law en français : réquisitoire à l'encontre d'un monopole du positivisme juridique¹

Michel Giroux
Département de Droit et Justice
Université Laurentienne

Au Canada, l'étude de la common law se fait surtout² dans le contexte de facultés de droit qui offrent des diplômes permettant éventuellement à leurs étudiants d'accéder à la profession d'avocat. Chacune de ces facultés doit déterminer la part respective qu'elle consacrera à l'étude positiviste et à l'étude théorique du droit. Nos propos porteront sur la place de la théorie dans l'enseignement de la common law en français. Nous procéderons en deux temps. Dans le cadre de la première partie, nous traiterons de la place qu'occupe la théorie dans

¹ Ce texte est reproduit avec l'aimable approbation de la *Revue de common law en français* (voir : vol. 5, n° 1, 2003). Il a été préparé dans le cadre d'un colloque ayant pour thème : « Vingt-cinq ans de common law en français : une histoire à suivre ». Un certain nombre de changements ont été effectués au texte original.

² Nous disons « surtout » parce que certaines universités canadiennes offrent des programmes en droit qui ne visent pas à former des avocats, mais plutôt à favoriser, dans le cadre d'un diplôme de premier cycle, l'étude de l'incidence juridique de questions sociopolitiques. C'est notamment le cas des universités Laurentienne et Carleton.

l'enseignement de la common law, alors que la deuxième partie nous amènera à considérer cette problématique eu égard à la situation particulière de la common law en français.

La place de la théorie dans l'enseignement de la common law

Amorçons la première partie par une constatation. La place de la théorie dans l'enseignement de la common law varie, notamment en fonction de ce qu'on conçoit comme étant de la « théorie ». Nous devons donc commencer par identifier les différents types d'enseignement qui équivalent à un enseignement théorique, au sens où nous l'entendrons dans cet article. Pour certains, toute forme d'enseignement du droit peut être considérée comme de la théorie. Les étudiants ne pratiquent pas le droit en classe, mis à part certains cours de type « clinique », comme par exemple les cliniques d'aide juridique rattachées aux facultés de droit. Une première façon de concevoir la théorie du droit est donc de l'opposer à sa pratique. En ce sens, tout ce qui n'est pas pratique est théorique. C'est ce que considèrent plusieurs avocats praticiens, dont certains n'ont pas lu un seul arrêt depuis plusieurs années³ sans que cela ne les empêche de très bien gagner leur vie en pratiquant le droit.

Une autre façon de concevoir la notion de théorie, c'est de la considérer comme un synonyme d'approche, de perspective, de philosophie. En ce sens, on pourrait encore dire qu'il n'y a aucune façon d'enseigner le droit, qu'il n'y a aucun type d'enseignement du droit qui ne relève pas d'une certaine approche, d'une certaine conception de ce qu'est le droit. On pourrait alors affirmer que chacune de ces approches comporte une composante théorique. Qu'il me soit ici permis de citer Filmer Northrop :

Bien évidemment, il y a des avocats, des juges et même des professeurs de droit qui nous disent qu'ils

³ Il leur arrive même de le confesser avec fierté en manifestant un certain mépris pour ce qu'ils qualifient de « théorie ».

n'adhèrent à aucune philosophie juridique. En droit, comme dans toutes choses, on peut constater que la seule différence entre une personne « sans philosophie » et quelqu'un qui en a une est que cette dernière en connaît la teneur⁴.

Une troisième façon de concevoir les paramètres de la théorie juridique, c'est de l'assimiler à une vision globale du droit, à une réponse à la question : « Qu'est-ce que le droit? »; on oppose alors cette perspective à celle qui vise l'étude des règles particulières ayant cours dans un domaine spécifique du droit⁵. Bref, pour utiliser une analogie dont on se sert fréquemment, la théorie, c'est l'étude de la forêt plutôt que des arbres qui la composent. Nous avons choisi, un peu arbitrairement, cette vision de la théorie dans le cadre des propos qui suivront. Ainsi, pour nous, la théorie du droit peut être définie, un peu comme l'a écrit McKinnon, comme celle des rapports entre la vie et le droit⁶. Nous estimons qu'une telle conception de la théorie du droit n'a pas à faire l'objet d'un cours consacré entièrement à la théorie générale du droit, du genre de ce que les anglophones appellent *Jurisprudence*, mais qu'elle peut aussi s'intégrer, à divers degrés, à la quasi-totalité des cours qui composent le programme d'étude traditionnel des écoles de droit. Ainsi, notre approche de la théorie du droit nous la fait concevoir comme une invitation à se distancier d'un contexte purement positiviste du droit, à une plus grande prise en compte de ce que les civilistes appellent les sources matérielles, plutôt que formelles, du droit. Cette optique nous invite à adopter une approche interdisciplinaire

⁴ Filmer Northrop, « The complexity of legal and ethical experience », dans Richard Devlin, « La théorie générale du droit pour les juges », *Revue de la common law en français*, vol. 4, n° 2, 2002, p. 197-213.

⁵ Par exemple, en code pénal, un justiciable a-t-il le droit de téléphoner à un avocat avant de subir le test de l'ivressomètre? En droit des contrats, à partir de quel moment l'acceptation d'une offre est-elle valide lorsqu'elle revêt la forme d'une lettre déposée dans le courrier postal?

⁶ C. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1989, p. 237.

intégrant les études littéraires, philosophiques, sociologiques, psychologiques, économiques, etc. Les théories les plus importantes s'apparentent plus ou moins à deux grandes catégories de théories juridiques identifiées par Richard Devlin⁷ : l'ancienne et la contemporaine. La première regroupe la théorie du droit naturel, le positivisme juridique et le réalisme juridique, alors que la deuxième comprend le libéralisme et le postmodernisme. Dans le contexte de la théorie du droit, Devlin assimile le postmodernisme à l'appellation « néo-réalisme », étiquette qui l'amène à regrouper différentes théories juridiques de l'identité : la théorie juridique du féminisme, la théorie juridique des Premières nations, la théorie critique ethnique du droit (*Critical Race Theory*), la théorie homosexuelle, de même que la théorie critique de la déficience.

Dans cette perspective, l'expression « positiviste » ne se réfère donc pas à des cours de philosophie du droit où l'on enseignerait la pensée d'auteurs comme Kelsen⁸ et H. L. A. Hart⁹, mais plutôt à des cours où l'on enseigne le droit tel que le conçoivent la plupart des avocats praticiens. En d'autres termes, bien que le positivisme soit une doctrine qui a donné lieu à de complexes débats théoriques, il peut être considéré comme le fondement d'une approche pédagogique au droit qui subordonne les controverses théoriques à un apprentissage axé sur l'enseignement des principes du droit fermement établis, ceux que les juristes appliquent normalement dans le cadre de leur pratique.

Ce sont ces principes qui font généralement l'objet des textes juridiques que nous qualifions communément de précis; bref, nous faisons ici allusion au corps de règles qui forment le *statu quo*, encore que cette expression nous rend quelque peu mal à l'aise, dans la mesure où elle fait toujours l'objet d'une certaine imprécision. Ainsi, lorsque nous utiliserons le mot « positivisme », ce sera à cette conception pratico-

⁷ Richard Devlin, « La théorie générale... », *supra*, note 4, p. 216.

⁸ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Paris, Montchrestien, 1999.

⁹ H. L. A. Hart, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 1976.

pratique du droit, à ce que les anglophones qualifient de *black letter law* que nous ferons allusion.

L'enseignement théorique et positiviste de la common law soulève certaines questions importantes dont : les attentes des sociétés du barreau et celles des étudiants, les activités professionnelles des professeurs de droit en dehors de leur enseignement et les rapports entre la common law, comme mode de raisonnement, et la théorie.

Les attentes des sociétés du barreau

Les facultés de droit sont des écoles professionnelles. Au Canada, leurs diplômés sont admissibles à la pratique du droit après avoir rempli certaines conditions fixées par les différentes sociétés du barreau provinciales qui exigent normalement que les futurs avocats complètent un stage de formation professionnelle et réussissent un certain nombre d'examens écrits. En s'engageant à admettre les diplômés au sein de leurs ordres, les sociétés du barreau exigent, en retour, l'assurance que les étudiants recevront une formation leur permettant d'offrir des services juridiques aux justiciables, conformément à un certain seuil de compétence qui pourra notamment être mesuré par les résultats obtenus aux examens du barreau. Conséquemment, les facultés doivent offrir un certain nombre de cours obligatoires qui, tout en variant d'une province à l'autre, sont tous censés être déterminés essentiellement en fonction des impératifs de la pratique privée¹⁰. Les facultés peuvent ensuite suppléer à ces cours obligatoires en offrant des cours facultatifs dont le choix est déterminé en fonction de différentes considérations. Parmi ces cours, certains comportent une importante part de théorie. Leur nombre varie passablement d'une faculté à l'autre.

¹⁰ Ces cours obligatoires sont, pour la plupart, offerts en première année et comportent presque invariablement le droit des biens, des délits, le droit constitutionnel et le droit pénal. Roderick Macdonald remet en question le choix de ces cours en affirmant qu'ils ne sont peut-être plus aujourd'hui ceux qui concernent le plus la pratique du droit : « Curricular development in the 1980s : a perspective », *Journal of Legal Education*, vol. 32, 1982, p. 569.

Cette entente entre les facultés de droit et les sociétés du barreau provient d'un rapport de force historique¹¹ où les facultés négociaient afin d'obtenir leur indépendance face aux sociétés du barreau. Il faut comprendre qu'à l'origine, les sociétés du barreau contrôlaient entièrement l'apprentissage des futurs avocats, de telle sorte que la formation était encore plus positiviste qu'aujourd'hui.

C'est donc dire qu'il ne faut pas perdre de vue la dimension *realpolitik* qui influence le choix du programme d'étude, la liste des cours offerts ainsi que la méthode d'enseignement privilégiée. Comme l'affirme Donald Poirier, le débat entourant la pratique pédagogique à l'intérieur des facultés de droit concerne surtout l'orientation philosophique de la formation.

La formation sera-t-elle guidée par la philosophie des mouvements critique, féministe, jusnaturaliste, marxiste, économique et sociale plutôt que par le positivisme juridique? L'essentiel du débat des années 1990 avait trait, en effet, à la place qu'il convient de donner à certains groupes minoritaires et à la diversité ethnique, sexuelle ou raciale dans le contenu des cours, l'orientation pouvant nettement favoriser la perspective autochtone, celle de la libre orientation sexuelle et de l'exploitation de groupes défavorisés¹².

Cette polémique est symptomatique d'un malaise social plus profond qui reflète la difficulté des institutions à conserver leur légitimité face à la montée de certains groupes sociaux et de certains types de discours qui la remettent en question. En passant du paradigme droit-moralité au paradigme droit-politique¹³, on réveille les contradictions latentes qui, jusque-là,

¹¹ Groupe consultatif sur la recherche et les études en droit, *Rapport au Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, Le droit et le savoir*, Ottawa, ministère des Approvisionnement et Services du Canada, 1983, p. 12-24.

¹² Donald Poirier, *Introduction générale à la common law*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 567.

¹³ Cette transformation du paradigme dominant a été examinée par

avaient sommeillé, endormies par un consensus plus idéologique que réel : celui selon lequel le positivisme juridique s'apparente à un enseignement objectif du droit, à une tentative reflétant la théorie de Kelsen d'enseigner une science juridique pure. Il nous semble que l'objectif traditionnel de l'École de droit a été d'acculturer les étudiants, de les former afin qu'ils puissent œuvrer à l'intérieur du système en place. Je ne dis pas que les facultés de droit au Canada n'ont pas, traditionnellement, encouragé la réflexion critique. Bien au contraire! Il s'agit d'une réflexion micro plutôt que macro-juridique qui s'effectuait à partir d'arrêts spécifiques plutôt qu'à partir d'une perspective interdisciplinaire. En postulant, par l'entremise de la méthode socratique, que le droit découle en grande partie d'un corpus jurisprudentiel, on limite la portée de cette critique en laissant une large place aux intérêts dominants. L'approche traditionnelle inculque ainsi aux étudiants les valeurs d'un système et, à cet égard, nous ne croyons pas qu'on puisse parler de « théorie », au sens où nous l'avons définie, celle-ci exigeant un sens critique macro-juridique.

Évidemment, au Canada, surtout depuis le début des années 1980, avec l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, les revues scientifiques regorgent de textes théoriques macro-juridiques. Cette évolution de la recherche a eu des répercussions sur l'enseignement comme en témoigne, entre autres, l'émergence de cours qui favorisent une vision progressiste de la réalité sociale, comme des cours de droit linguistique, de droit de la pauvreté, de droit de l'environnement, de droit féministe, de droit des gays et lesbiennes et de droit des handicapés. Cela a également accentué la tendance de certains professeurs à enseigner des matières plus « traditionnelles », comme le droit pénal, le droit des contrats, le droit des biens et le droit des délits en mariant, à l'approche traditionnelle, une

Filmer Northrop, « The Complexity... »; voir aussi Jean-François Gaureault-Desbiens, « Identitarisation du droit et perspective épistémologique. Quelques jalons pour une saisie juridique complexe de l'identitaire », *Canadian Journal Of Law and Jurisprudence*, vol. 13, 2000, p. 33.

référence relativement étroite à tous ces écrits théoriques. Cependant, plusieurs hésitent toujours à s'aventurer pleinement dans cette direction. Cette hésitation s'explique par différents facteurs, dont les préférences d'une majorité d'étudiants pour un enseignement positiviste.

Les attentes des étudiants

Dans notre société, les avocats connaissent fortune et succès et jouissent d'un grand prestige. Hollywood, d'ailleurs, a exploité ce fait à maintes reprises. Or, ce prestige ne vient-il pas du fait que ces avocats maîtrisent le droit positif et excellent dans l'art de l'appliquer? Les étudiants en droit, la plupart dans la vingtaine, sont souvent attirés par cette représentation hollywoodienne de la profession : ils estiment que c'est le type de savoir qui leur apportera un certain pouvoir. Peut-être seraient-ils plus enclins à s'intéresser aux théories juridiques, si on leur démontrait qu'elles sont aussi utiles qu'un enseignement strictement positiviste. Une tentative de défendre ce point de vue tiendrait compte, entre autres, d'une remise en question des vertus « instrumentales », pratico-pratiques, du positivisme. Le Groupe consultatif sur les recherches et les études en droit conclut dans son *Rapport au Conseil de recherches en sciences humaines du Canada* de 1983 :

Il reste que la connaissance du droit positif n'est sans doute pas d'une grande utilité dans la pratique. Beaucoup d'avocats ne travaillent que dans un champ étroit et ils n'ont pas besoin de connaître le contenu des règles relatives à d'autres domaines même s'ils doivent être capables de les repérer et de les utiliser à l'occasion. Quel que soit le domaine du droit dans lequel un avocat exerce sa profession, la majeure partie de ses tâches a trait à l'utilisation de formules ou de méthodes courantes de travail, plutôt qu'aux règles de droit dont elles sont tirées; ou à l'exercice de techniques de négociation, d'entrevue ou de plaidoyer plutôt qu'à l'analyse juridique. Il n'est pas question de nier que certains

avocats consacrent une grande partie de leur temps au droit lui-même ou que la plupart des avocats y consacrent un certain temps. Mais la supposition selon laquelle le contenu des règles étudiées en faculté serait d'utilité courante pour les praticiens est sans fondement¹⁴.

L'attitude des professeurs de droit

La prochaine question que nous avons envisagée de traiter afin de mieux comprendre la dichotomie positivisme-théorie dans le contexte de l'enseignement de la common law, c'est celle des activités professionnelles des professeurs de droit parallèlement à leur enseignement. Souvent considérés comme des experts, il arrive fréquemment que les professeurs soient approchés par les secteurs privés et publics. Un grand nombre accepte et cela, pour différentes raisons, dont des considérations pécuniaires – il faut savoir que les salaires des professeurs, en général, ne rivalisent pas avec ceux qu'ils pourraient toucher ailleurs. Plusieurs le font aussi tout simplement parce qu'ils ont le goût de toucher à quelque chose d'autre, qu'ils estiment que cela leur permet d'enrichir leur enseignement; d'autres y trouvent une façon de faire avancer leurs idées, etc. Généralement, si le professeur ne néglige pas ses obligations en tant qu'enseignant, les étudiants ne voient pas d'objection à ce qu'il accepte de tels contrats. Selon nous, il faut quand même s'interroger : ces situations influencent-elles le rapport entre l'enseignement positiviste et théorique?

Cette problématique se comprend mieux si nous comparons la nature des rapports qu'entretiennent les professeurs de droit avec la profession d'avocat ou avec la magistrature à ceux, par exemple, entre les politologues et les politiciens. Les professeurs en science politique adoptent, nous semble-t-il, une approche beaucoup plus critique face à leur objet d'étude. Les politiciens les considèrent généralement comme de véritables *outsiders*, la culture universitaire s'opposant le plus souvent diamétralement

¹⁴ Canada, « Droit et savoir », *supra*, note 11, p. 58.

à celle du pouvoir. Grosso modo, on ne peut pas en dire autant des rapports entre les professeurs de droit et les juges. Traditionnellement, l'attitude des professeurs de droit en a été une de relative déférence envers les juges, en particulier, et le système juridique, en général. Loin d'être considérés comme des *outsiders*, les professeurs de droit font assez souvent partie de l'élite de ce système; preuve en est le fait qu'ils peuvent devenir avocats sans compléter la cléricature ou subir les examens du barreau.

Une autre façon de cerner cette problématique, c'est de constater qu'il y a beaucoup moins de politologues qui deviennent politiciens que de professeurs de droit qui accèdent à la magistrature. Or, cela semble avoir une certaine incidence sur le type de recherche qu'entreprennent plusieurs professeurs de droit. Est-ce bon ou mauvais? La réponse à cette question ne peut être tranchée objectivement. Il nous semble cependant que cela éloigne la culture de l'enseignement de la common law d'un genre de recherche qui déborde du cadre positiviste du droit.

Le raisonnement inductif propre à la common law

Avant de passer à la deuxième partie de notre analyse, nous devons nous demander si la common law, comparée aux autres grands systèmes, comme le droit civiliste d'inspiration romaniste, par exemple, possède certaines propriétés qui influencent la composante positivisme-théorie qui se manifeste dans son enseignement¹⁵.

On répète depuis longtemps que le pragmatisme de la common law s'oppose au cartésianisme du droit civil. Ainsi, le droit civil, fruit d'une pensée essentiellement déductive, est l'œuvre de théoriciens, alors que la common law est plutôt le produit d'une pensée inductive, celle des juges et des praticiens. De prime abord, on pourrait donc penser que, dans le rapport qui oppose l'enseignement positiviste à l'enseignement

¹⁵ Voir Donald Poirier, « La common law en français : un outil d'assimilation ou de prise en charge », *Revue de la common law en français*, vol. 1, n° 2, 1997, p. 215.

théorique, le droit civil met l'accent sur celle-ci, alors que la common law se rattache surtout à celle-là. Cette vision en faveur d'une représentation juridique du monde pratico-pratique semble d'autant plus réelle lorsqu'on considère la common law comme un produit du génie anglo-saxon. Comme l'affirme Roscoe Pound, la common law

est une attitude d'esprit qui envisage les choses d'une manière concrète, non dans l'abstrait; qui a foi dans l'expérience plutôt que dans les abstractions. C'est une attitude d'esprit qui préfère avancer prudemment, sur le fondement de l'expérience, de ce cas-ci ou de ce cas-là au cas suivant, comme la justice semble, dans chaque cas, le requérir, au lieu de s'efforcer de tout ramener à de prétendus universaux [...]. C'est un état d'esprit fondé sur la solide habitude anglo-saxonne de manier les choses et de régler les problèmes comme ils se présentent, au lieu d'anticiper sur leur solution par des formules abstraites universelles¹⁶.

Ces propos de Pound laissent croire que le génie même de la common law est un autre facteur qui milite en faveur d'un enseignement plus positiviste que théorique. Cela étant dit, il ne faut pas attacher trop d'importance à ce facteur, surtout lorsqu'on sait que l'enseignement de la common law n'a pas nécessairement à s'inspirer entièrement du génie qui a mené à sa création. C'est ainsi qu'en français, selon Poirier, cet enseignement incorpore souvent le cartésianisme auquel ont été formés la plupart des professeurs.

Les professeurs de common law en français préfèrent plutôt, en général, présenter le cadre général du cours avant d'entrer dans les détails. Les arrêts de jurisprudence sont rarement utilisés pour énoncer la règle de droit pertinente, mais pour illustrer un principe qui a déjà été formulé par le professeur. En

¹⁶ Cité par Poirier, *ibid.*, p. 217.

ce sens, les professeurs s'éloignent de la méthode généralement utilisée dans les écoles de common law anglophones. L'approche utilisée dans l'enseignement de la common law en français est donc moins parcellaire et tente de couvrir l'ensemble du champ étudié¹⁷.

Une common law en français à l'image de ceux pour qui elle est née

Dans quelle mesure la common law en français peut-elle développer une identité qui lui est propre et qui la distinguerait de l'enseignement en anglais? Afin de bien situer la question, prenons, à titre d'exemple, l'enseignement de la philosophie. On reconnaît qu'il existe une distinction relativement claire entre la philosophie continentale, dans un pays comme la France, et la philosophie analytique qui domine en Angleterre. La même distinction se retrouve dans d'autres disciplines, comme la sociologie, où on distingue la sociologie américaine et française. Au cours des premières années de son existence, la common law en français pouvait difficilement s'interroger sur son identité. Il lui fallait commencer par naître avant de passer aux questions existentielles; il était normal de débiter par la traduction de textes, la préparation de plans de cours et de recueils d'arrêts, etc. Cette étape n'est pas encore terminée, mais le difficile travail de pionnier des vingt-cinq dernières années a porté ses fruits. La common law en français n'a peut-être pas encore atteint l'âge adulte, mais elle a certes franchi l'étape de l'enfance avec passablement de succès. Peut-être pourrions-nous maintenant dire qu'elle en est à l'adolescence, une période cruciale dans la quête d'une identité qui lui est propre. Une période de remise en question où on se demande d'où l'on vient, qui l'on est et où l'on s'en va.

Nous sommes conscient que l'enseignement de la common law en français ne sera probablement jamais aussi différent de

¹⁷ *Ibid.*, p. 232.

son enseignement en anglais que le sont la philosophie continentale et analytique. Qui plus est, il n'est peut-être même pas souhaitable qu'un tel décalage arrive! Nos praticiens, qu'ils soient anglophones ou francophones, plaident devant les mêmes juges et fonctionnent à l'intérieur du même système. Par ailleurs, il semble souhaitable que l'enseignement de la common law en français ne demeure pas un simple outil de traduction. La common law en français doit ressembler aux justiciables pour qui elle est née. Malgré la vigueur des forces centripètes qui caractérisent notre époque de mondialisation, les minorités francophones du Canada demeurent distinctes des majorités linguistiques avec qui elles coexistent. À tout le moins, il nous semble qu'il devrait y avoir, un jour, autant de différence entre la common law enseignée en français et en anglais, qu'il y en a entre les deux groupes linguistiques qui font appel à celles-ci.

Nous ne prétendons pas, dans ces pages, de pouvoir établir les paramètres qui pourraient accentuer les différences déjà existantes entre ces deux types d'enseignement. Qu'il nous soit permis de proposer quelques pistes de réflexion. S'agissant ici de donner à notre enseignement de la common law un peu plus de ce que nous sommes, la première étape, nous semble-t-il, est de prendre pleinement conscience de l'enjeu politique que cela représente. La théorie du droit, surtout depuis l'avènement de la *Charte canadienne des droits et libertés*, influence de plus en plus les décisions des juges, particulièrement au niveau des cours d'appels. Comme l'affirmait l'ancien juge en chef Dickson : « Il ne faut pas voir dans le contentieux constitutionnel qu'une activité stérile d'interprétation... la communauté juridique doit aider les tribunaux en œuvrant à l'élaboration d'un cadre théorique de principes constitutionnels »¹⁸. La réalité, comme le pense Devlin, est que « le contentieux des groupes d'intérêt est devenu une caractéristique incontournable du système juridique canadien »¹⁹. Si les francophonies

¹⁸ Le juge en chef Dickson, « An address to the Mid Winter Meeting of the C.B.A. », dans Devlin, « La théorie générale... », supra, note 4, p. 210.

¹⁹ *Ibid.*

minoritaires canadiennes désirent bien tirer leur épingle du jeu au milieu de ces polémiques théorico-judiciaires, il leur faut tout d'abord prendre conscience des théories existantes, se les approprier et les faire évoluer dans le sens de leurs intérêts.

En outre, il semblerait intéressant de réexaminer certaines des grandes décisions ayant marqué l'histoire de la common law en mettant en pratique ces diverses théories du droit. L'application de ces diverses approches à l'un ou l'autre de ces arrêts permettrait de dégager de nouvelles interprétations et de favoriser la collaboration entre les chercheurs qui s'intéressent au vécu des minorités linguistiques, à l'extérieur des facultés de droit. À titre d'exemple, j'imagine que certains sociologues pourraient nous éclairer, dans la perspective du réalisme juridique²⁰, sur l'impact de l'origine sociolinguistique des juges lorsqu'ils ont à rendre une décision en matière de droits linguistiques. De même, le mouvement de la théorie critique ethnique du droit²¹ offre des pistes de réflexion intéressantes qui pourraient donner

²⁰ Pour une introduction au réalisme juridique, voir Brian Leiter, « Legal realism » dans Dennis Patterson, *A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory*, Malden, Blackwell, 1996, p. 261–280.

²¹ Ce mouvement, qui a pris naissance aux États-Unis durant les années 1980, regroupe des intellectuels et des militants qui s'intéressent aux rapports entre la race, le racisme et le pouvoir. Il traite de plusieurs des sujets qui ont traditionnellement retenu l'attention des défenseurs des droits civiques, sauf qu'à la différence de ces derniers, il considère ces questions dans un contexte interdisciplinaire, en faisant notamment appel à l'économie, la littérature, la criminologie et la psychanalyse. De même, contrairement aux mouvements pour la défense des droits civiques, tel que l'*American Civil Liberties Union* (ACLU), dont la démarche s'inscrit dans un cadre libéral progressiste, la théorie critique ethnique du droit s'inspire, comme son nom l'indique, du mouvement critique du droit, remettant ainsi en question les fondements même de la société libérale selon une perspective postmoderne issue surtout de penseurs français tels que Jacques Derrida, Michel Foucault, Jean-François Lyotard et Jean Baudrillard. D'ailleurs, la plupart de ses membres sont issus du mouvement *Critical Legal Studies* (CRIT) qu'ils ont délaissé, estimant qu'il ne portait pas suffisamment attention aux questions raciales. Voir : Richard Delgado et Jean Stefancic, *Critical Race Theory : an Introduction*, New York, New York University Press, 2001, p. 165.

naissance à une théorie critique du langage²² à saveur canadienne. Le mouvement Droit et Littérature²³ pourrait, pour sa part, mettre à contribution le travail de nos écrivains et de nos professeurs de littérature afin de mieux comprendre comment les minorités francophones perçoivent le système juridique. Non seulement ces développements théoriques pourraient-ils s'avérer fascinants sur le plan intellectuel, mais ils pourraient également contribuer à l'avancement des droits des minorités linguistiques.

Si l'objectif est d'imprégner un peu plus la common law de ce que nous sommes, il sera nécessaire d'en élargir le contexte puisque celui-ci, au départ, ne tenait pas réellement compte de nos réalités. La culture qui nous différencie a fait l'objet de plusieurs études sociologiques, littéraires, historiques, etc. C'est à l'intérieur de ces textes qu'il faut puiser pour mieux nous faire connaître par la common law. Or, le positivisme n'est pas, nous l'avons vu, le médium idéal pour permettre à notre culture de s'intégrer à la common law. L'élargissement du contexte de la common law en français passe plutôt par la théorie. Cela veut-il dire que les facultés de droit devraient délaisser complètement l'enseignement des règles de droit positif pour se concentrer uniquement sur l'apprentissage des théories juridiques? Bien sûr que non! Nous pourrions considérer le rapport entre l'enseignement positiviste et l'enseignement théorique du droit comme étant mutuellement exclusif, de telle sorte qu'il

²² Aux États-Unis, le mouvement de la théorie critique ethnique du droit a donné naissance à divers rejets, dont le *Latina and Latino Critical Race Theory* (LatCrit), qui regroupe des citoyens des États-Unis originaires des pays de l'Amérique latine et dont l'une des principales préoccupations porte sur les droits linguistiques. Ce mouvement a déjà produit une documentation importante, comme en témoigne son site web : personal.law.miami.edu/~fvaldes/latcrit/.

²³ Bien que ce mouvement connaisse beaucoup de popularité aux États-Unis depuis quelques décennies, la production francophone en la matière se limite, à notre connaissance, à trois publications : Philippe Malaurie, *Droit et littérature : anthologie*, Paris, Cujas, 1997; Bhristian Biet (dir.), *Littératures classiques : droit et littérature*, Toulouse, Société de Littératures Classiques, 2000; François Ost *et al.*, (dir.), *Lettres et lois : le droit au miroir de la littérature*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires de Saint-Louis, 2001.

devienne nécessaire de s'interroger au sujet de la part respective qu'il conviendrait d'accorder à chacun de ces types d'enseignement à l'intérieur des cours de common law. Un tel point de vue nous amènerait à conclure qu'il est nécessaire de naviguer entre ces deux pôles, en prenant garde de ne pas tomber dans l'excès. Chaque professeur devrait, évidemment, déterminer le dosage approprié qu'il conviendrait d'attribuer à l'un et à l'autre.

Toutefois, pourrions-nous considérer autrement ce rapport, en concevant les diverses théories comme des structures à l'intérieur desquelles viendraient s'insérer les diverses règles de droit positif? Recourons à une autre analogie. Les jeux de construction LEGO sont constitués d'un ensemble de pièces variées que l'on peut comparer aux diverses règles de droit positif. Pour construire une structure, que ce soit une pelle mécanique ou un vaisseau spatial, il faut connaître et posséder les pièces; ces deux conditions étant remplies, le nombre de structures que l'on peut ériger s'avère pratiquement infini. À l'issue du processus, il est difficile de déterminer ce qui a été privilégié : les pièces ou la structure. Toutefois, il est impossible de concevoir cette structure, cette théorie, sans passer par chacun de ses éléments. En déconstruisant cette structure, ce qui reste, ce sont les diverses pièces LEGO. Ainsi, celui qui chercherait à savoir si le constructeur a privilégié la structure ou les pièces se trouverait devant un faux problème.

De la même façon, peut-on dire que l'enseignement positiviste du droit ne représente que l'une des faces de Janus, l'autre étant sa composante théorique? Il nous semble que oui, quoiqu'il soit toujours possible d'adopter une approche positiviste sans affirmer que c'est ce que nous faisons. Le problème que cette méthode d'enseignement soulève, c'est que les étudiants ont alors l'impression que le droit se présente comme une série de règles éparses, objectives, universelles et anhistoriques. Le dilemme devant lequel se trouve le professeur de droit consiste donc à décider s'il caractérisera ou non son approche, s'il s'arrêtera ou non sur le cadre théorique à l'intérieur duquel il traite des règles du droit positif.

Conclusion

En termes derridiens²⁴, on peut affirmer que l'approche qui cherche à établir une hiérarchie entre la présence de la théorie ou du positivisme pourrait se voir facilement déconstruite, ces deux éléments étant réunis dans un rapport d'interdépendance, de *différance*²⁵. Tout juriste, en commençant par le professeur de droit, a une vision globale de son champ d'étude, une philosophie, comme nous l'a rappelé Filmer Northrop, en introduction. En niant cela, nous ne pouvons faire autrement que de fausser la réalité des choses. En choisissant, au contraire, d'explicitier les diverses visions de la common law, les facultés de droit peuvent permettre aux étudiants de bien situer les diverses approches des professeurs dans leur contexte historique et politique. Ainsi, les étudiants cesseront de concevoir le droit comme un phénomène universel, objectif et anhistorique, vision largement dépassée. En prenant conscience du fait que la common law relève du contingent et de l'indétermination, ils deviendront de meilleurs avocats, puisqu'ils pourront ainsi se dégager de l'absolutisme d'un *stare decisis*, qui contribue à les

²⁴ Pour ceux qui désirent se familiariser avec la pensée de J. Derrida et à son application à la common law, nous recommandons l'article de J. M. Balkin, « Deconstructive practice and legal theory », *Yale Law Journal*, vol. 96, 1987, p. 743.

²⁵ Le mot *différance* avec un « a » plutôt qu'un « e » est un néologisme introduit par Jacques Derrida dans son ouvrage *L'Écriture et la différence*, Paris, Le Seuil, 1979. Ce terme provient du verbe « différer » et renvoie aux deux sens que celui-ci revêt, c'est-à-dire qu'il exprime à la fois l'idée de « se distinguer de » et de « renvoyer à plus tard ». Ce terme vise essentiellement à décrire le processus par lequel – pour utiliser une métaphore séculaire et en vulgarisant la thèse derridienne – Derrida démontre que la question de savoir qui de l'œuf ou de la poule fut le premier est un faux problème. Il est toujours possible de déconstruire l'argument qui consiste à privilégier un élément aux dépens de l'autre qu'on lui subordonne, puisque chacun de ces éléments, ici l'enseignement théorique ou positiviste, bien qu'étant différent l'un de l'autre, renvoie éventuellement à son opposé, chacun ne pouvant se passer du second, l'existence de chacun l'obligeant à se différencier de son vis-à-vis. La *différance*, c'est ce double rapport de dépendance et de différenciation qui accorde à chacun des éléments son identité.

enfermer dans un savoir dogmatique et fermé. La composante théorique de l'enseignement de la common law n'a évidemment pas à être revue dans chaque cours du programme d'étude. L'important, selon nous, c'est qu'on inculque aux étudiants suffisamment de notions théoriques pour éviter la sclérose de la pensée à laquelle nous avons fait allusion.