

**Le droit américain dans la pensée juridique française contemporaine.
Entre américanophobie et américanophilie**

Sous la responsabilité scientifique de :

M. Pascal Mbongo
Professeur des facultés de droit
à l'Université de Poitiers
Institut de droit public (EA 2623)

2013

Le présent document constitue la synthèse du rapport scientifique d'une recherche financée par le GIP Mission de recherche Droit et Justice. Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

LISTE DES CONTRIBUTEURS

Michèle Alexander, Associate Professor of Law – University of Mississippi.

Nicolas Binctin, Professeur de droit – Université de Poitiers - Membre du CECOJI

Jonathan Cardi, Professor of Law, Wake Forest University School of Law (Winston-Salem, Caroline du Nord)

John M. Burkoff, Professor of Law, University of Pittsburgh

Donald Earl Childress III, Associate Professor of Law, Pepperdine University School of Law (Malibu, Californie)

Kenneth G. Dau-Schmidt, Professor of Law, Indiana University Maurer School of Law

Raymond Diamond, Jules F. and Frances L. Landry Distinguished Professor Law, Louisiana State University (Baton Rouge, Louisiane)

Mark A. Drumbl, Professor of Law, Washington and Lee University School of Law (Lexington, Kentucky)

Jean-Philippe Feldman, Professeur de droit à l'Université de Bretagne occidentale – Avocat au Barreau de Paris

Steve Friedland, Professor of Law, Elon University School Law (Greensboro, Caroline du Nord)

William Funk, Robert E. Jones Professor of Law, Lewis & Clark Law School (Portland, Oregon)

Stéphanie Gruet, Diplômée en droit de la faculté de droit de Poitiers, Ancienne Visiting Research Scholar à Mortiz Law (Ohio), Chargée d'études juridiques à Chicago

Kevin J. Hamilton, Partner, Perkins Coie LLP

Joan MacLeod Heminway, Distinguished Professor of Law, University of Tennessee College of Law (Knoxville, Tennessee)

Michael B. Kelly, Professor of Law, University of San Diego

John Knechtle, Professor of Law & Director of International Programs, Florida Coastal School of Law (Jacksonville, Floride)

Paul Marcus, Professor of Law, College of William & Mary, Marshall-Wythe School of Law

Pascal Mbongo, Professeur des facultés de droit à l'Université de Poitiers

David Partlett, Dean & Asa Griggs Candler Professor of Law, Emory University School of Law (Atlanta, Georgie)

Paul Salamanca, Wyatt, Tarrant and Combs Professor of Law, University of Kentucky

Sidney Shapiro, University Distinguished Chair in Law, Wake Forest University School of Law (Winston Salem, Caroline du Nord)

Ben Stafford, Associate, Perkins Coie LLP

Alexandra E. Wilson-Schoone, J.D. candidate 2012, University of Missouri School of Law

Russell L. Weaver, Professor of Law & Distinguished U. Scholar, University of Louisville Louis D. Brandeis School of Law (Louisville, Kentucky).

Christina E. Wells, Enoch H. Crowder Professor of Law, University of Missouri School of Law (Columbia, Missouri)

Site de valorisation de la recherche : www.droitamericain.fr

L'expression *américanisation du droit français* est apparue dans la littérature juridique et politique française au tournant des années 2000. Cette expression pouvait ne servir qu'à donner à voir la centralité de la référence américaine dans la réflexion contemporaine sur l'« emprise » du droit sur la réalité sociale des États démocratiques, une centralité témoignée, par exemple, par le rayonnement des *théories réalistes de l'interprétation*, de l'*Analyse économique du Droit* ou du mouvement *Droit et Littérature*. Ce rayonnement est lui-même signifiant à différents titres : il dit la préséance des États-Unis dans l'avènement de la figure du juge comme « gardien des promesses [démocratiques] » ; il dit l'importance des questions herméneutiques dans la dogmatique juridique ; il rend compte de certains éléments de la culture juridique américaine tels que la méfiance à l'égard du pouvoir central et la croyance en une société auto-organisée, la « foi en la procédure et donc dans les règles abstraites de la procédure » (A. Garapon), la surface sociale des juristes (juges, avocats, professeurs de droit), l'ouverture de la culture juridique américaine aux sciences sociales.

I.

Le fait est que le discours de l'*américanisation du droit français* est principalement le fait des juristes de droit privé, cette référence étant infiniment moins présente dans les lieux de sociabilité des juristes de droit public. Au demeurant, parmi les spécialistes du droit privé, un profil d'acteurs de ce discours se dégage : d'une part les civilistes spécialistes du droit des contrats et des obligations ; d'autre part les spécialistes du droit des affaires. Et, lorsque l'implication des premiers a été déterminée par la défense du droit français des contrats dans le contexte de la réflexion européenne sur un droit européen intégré des contrats, l'implication des seconds va au-delà de la défense du droit français des contrats pour couvrir les différents autres aspects des rapports *Doing Business* de la Banque Mondiale (2004 et 2006) sur l'attractivité économique des droits nationaux (règles relatives à la création d'entreprises, à l'octroi de licences, au droit du travail, à la protection des investissements, à la fiscalité des entreprises...). D'où ces deux questions : *de quel droit français est-il question*

dans le discours de l'américanisation du droit français ? De quel droit américain est-il question dans le discours de l'américanisation du droit français ?

A l'évidence, le *droit français* dont il s'agit est le droit privé, et plus encore le droit civil – suivant une tradition intellectuelle qui le définit comme le « cœur » ou le « poumon » du droit français tout entier –, celui-ci étant réduit pratiquement au droit des obligations et des contrats. D'où cette proposition unanimement éprouvée, presque au mot près, par les acteurs du discours de l'*américanisation du droit français* : « *Le Code civil est [...] le premier code moderne à avoir installé un droit écrit, droit auquel sont attachées les notions d'ordre, de rigueur, de précision et de concision propres au raisonnement cartésien, ce en quoi il s'oppose à la Common Law* ». Comme cette définition du droit civil français est esthétique – lorsque les influences qui sont réputées le menacer sont economicistes ou axiologiques – la conséquence qu'en tirent les « adversaires » de l'*américanisation du droit français* est du même coup plutôt formaliste que substantialiste : la « résistance » à l'américanisation passe ou bien par la défense des « concepts » français et l'ambition d'une « invention » française de concepts juridiques « novateurs », ou bien par une sorte de retour aux sources du « modèle français », à travers une exigence accrue d'intelligibilité et d'accessibilité de la *loi*.

Quant à savoir ce qu'il faut entendre par « droit américain » dans le discours de l'américanisation, rien n'est moins simple pour de nombreuses raisons. Il y a d'abord ce flottement lexical qui fait constamment glisser les locuteurs du *droit anglo-saxon* au *droit américain*, et inversement. Il y a encore le fait que le pluralisme caractéristique du droit des Etats-Unis n'est pas pris en compte dans ce discours. C'est un peu en vain que le professeur Elisabeth Zoller peut écrire *que « l'expression « droit des Etats-Unis » est une formule commode qui fait l'économie d'une longue périphrase, mais qui n'est pas rigoureusement exacte. Il n'y a pas un, mais des droits aux Etats-Unis, et la notion de « droit des Etats-Unis », tout comme celle parfois employée de « droit américain », doit être comme un terme simple permettant de désigner sous un vocable unique un ensemble complexe qui englobe plusieurs droits. La pluralité des droits aux Etats-Unis tient au fait que ce pays est une fédération, c'est-à-dire, comme son nom*

l'indique, un ensemble d'« Etats » (il y a 50 Etats en tout) qui sont « unis » entre eux par un droit commun. Chaque Etat a son propre droit, mais tous sont unis par une Constitution, des traités et des lois fédérales qui forment un droit fédéral supérieur à leurs droits respectifs. A strictement parler, le droit des Etats-Unis comprend donc 51 droits, le droit fédéral et les droits des 50 Etats ».

Cette considération est d'autant plus absente des fonctionnements discursifs français sur le droit américain que les arrêts de la Cour suprême des États-Unis sont le principal point d'entrée doctrinal ou (et) politique français dans ce droit, qu'ils sont ainsi tendanciellement considérés en France comme épuisant le « droit américain » mais à partir de présupposés voulant que le droit américain soit « moins législatif » et « plus jurisprudentiel », « moins rationaliste » et « plus empirique », « moins dogmatique » et « plus pragmatique ».

En même temps, dans la littérature contemporaine sur l'*américanisation du droit*, il n'est pas toujours aisé de faire la distinction entre *ce qui relève spécialement et fondamentalement de la culture politique et juridique américaine* et *ce qui relève plus généralement et plus fondamentalement d'un approfondissement de la démocratie* (au sens sociologique de cette expression, qui est celui que Tocqueville avait retenu pour son étude des États-Unis). Cette ambiguïté de la thèse de l'*américanisation du droit* peut se donner à voir à partir d'un thème connexe et lui aussi prégnant de la littérature juridique contemporaine : le thème de la *judiciarisation de la société*. Le concept de *judiciarisation* sert à désigner le développement tendanciel des sollicitations des tribunaux, notamment en vue de faire trancher par ces tribunaux des litiges, des conflits ou des questions *dont ils pourraient (supposément) être dispensés*. Le concept de « judiciarisation » suggère ainsi par ailleurs qu'une partie (plus ou moins importante) des sollicitations dont les tribunaux sont l'objet devraient (pourraient) être tranchés en dehors de la scène judiciaire. Et, cette référence est généralement négative : dans le contexte français, l'on ne parle jamais de la « judiciarisation » de la société comme d'une chose dont il faudrait se réjouir. Au contraire, la référence à la « judiciarisation » est systématiquement négative puisqu'il s'agit toujours de la présenter comme une « pathologie » de la société et

du droit contemporains, *une pathologie d'origine américaine*. Or le caractère universel du thème de la *judiciarisation* dans les sociétés démocratiques devrait pouvoir suggérer, au moins à titre d'hypothèse, qu'il y a peut-être un lien entre la nature même de ces sociétés et le phénomène dont il s'agit. Tocqueville, dont on sait qu'il avait pris la mesure de la préséance américaine dans l'histoire du fait démocratique et de ses conséquences, y compris dans l'ordre du droit, suggérait déjà ce lien au XIX^{ème} siècle. Si l'on suit encore cette hypothèse et que l'on renonce à l'hypothèse d'un simple transfert culturel américain, le thème de la « judiciarisation » se prêterait alors à d'autres pistes de réflexion : la *judiciarisation* comme expression d'une société complexe ; la *judiciarisation* comme conséquence démocratique de la demande de droits. Face à cette démocratisation de l'exigence de jugement, la question est en définitive de savoir comment penser le jugement comme « support de la citoyenneté ».

Si, à l'épreuve, le discours de l'*américanisation du droit français* peut être analysé comme une *idéologie juridique*, c'est à la condition de s'entendre sur le fait que la notion d'idéologie ne désigne pas dans ce contexte un « ensemble de croyances collectives appelant une adhésion émotionnelle et passionnelle » (D. Bell), mais plutôt un « prisme de la réalité » derrière lequel se profilent des paradigmes, des croyances (y compris des stéréotypes, positifs ou négatifs) et des valeurs. En effet, ce dont les discours de l'*américanisation du droit français* se dispensent, c'est d'une *méthode* d'évaluation de « l'influence du droit américain ». Par suite, lorsque l'on voudra concéder que la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC, *Plea bargaining*), les dommages et intérêts punitifs, l'action de groupe (*Class action*) renvoient nécessairement à des institutions juridiques particulièrement caractéristiques du droit aux Etats-Unis, l'on trouvera en revanche qu'il y a un certain arbitraire à ranger dans cette « influence » des réformes ou des projets de réforme tels que la création du juge de proximité, la création d'un contrôleur général des lieux de privation de liberté, voire l'introduction en droit commercial (une proposition de la Chambre de commerce international de Paris en 2006) d'une *clause de hardship* dont la

ressemblance avec la théorie de l'imprévision en matière de contrats administratifs est par ailleurs admise.

Ce défaut de *méthode* du discours de l'*américanisation du droit* renvoie à la question plus générale du comparatisme. Une hypothèse comme celle de l'*américanisation du droit* ressort-elle de la focale traditionnelle du droit comparé qu'est la notion de « réception » (ou d'influence) ? Ne vaut-il pas mieux partir de la notion de « transferts juridiques », autrement dit d'une application au droit de la théorie des « transferts culturels », qui est solidement éprouvée dans les sciences humaines et sociales. Cette théorie s'est en effet développée à partir de 1985 à l'initiative de spécialistes d'histoire culturelle (M. Espagne et M. Werner) qui ont conçu à travers elle une manière nouvelle d'envisager les questions de « relations », d'« échanges », ou de « transmissions » et d'« influences » entre des ensembles culturels. Il s'agit de faire de « la manière dont les cultures occidentales importent et assimilent des comportements, des textes, des formes, des valeurs, des modes de penser étrangers [...] un véritable objet de recherche scientifique ». Dans cette mesure, « [...] le terme de transfert [...] implique le déplacement matériel d'un objet dans l'espace. Il met l'accent sur des mouvements humains, des voyages, des transports de livres, d'objets d'art ou bien d'usage courant à des fins qui n'étaient pas nécessairement intellectuelles. Il sous-entend une transformation en profondeur liée à la conjoncture changeante de la structure d'accueil [...]. C'est de la mise en relation de deux systèmes autonomes et asymétriques qu'implique la notion de transfert culturel. Les besoins spécifiques du système d'accueil opèrent une sélection : ils refoulent des idées, des textes ou des objets, qui demeurent désormais dans un espace où ils restent éventuellement disponibles pour de nouvelles conjonctures ».

Ici, il s'agit de proposer une méthode quelque peu distante du *comparatisme*, à partir de cette idée que le comparatisme a le défaut relatif « de poser l'existence d'objets et de catégories nationales distincts par essence puis à les dépasser, en construisant de manière artificielle un niveau méta-national (celui des similitudes et des caractères universels) ; il présuppose des aires culturelles closes, met en parallèle des constellations synchroniques ; mais aussi des groupes sociaux trop

divers. [...] S'arrêtant sur des objets censés exprimer une identité, il met l'accent sur les différences, oubliant l'importance des métissages ». La théorie des transferts culturels ne se définit pas comme étant étrangère au comparatisme, même si elle se distingue par l'importance qu'elle accorde au questionnement systématique sur les implications d'une recherche, ses présupposés, ses concepts et ses méthodes, ses objets, ses sources et ses conclusions. A bien y regarder, c'est un tel virage épistémologique que le professeur Pierre Legrand propose aux juristes dans *Comparer les droits, résolument*.

Peut-être à son corps défendant, le discours de l'*américanisation du droit* témoigne finalement de la *possibilité* que la littérature juridique française soit travaillée par des impensés et des représentations sur le droit américain. C'est cette hypothèse que vérifient les analyses relatives à la *Full faith and Credit clause* (« clause de pleine foi et de crédit »), à l'élection des juges d'Etat, au droit électoral fédéral et local, au débat sur les « procureurs impériaux », au droit au Jury, au caractère partisan du témoignage judiciaire, à la radicalité du système des nullités procédurales dans la procédure pénale, à la procédure administrative fédérale, au *Freedom of Information Act*, au financement public de la culture et à son contentieux, au *Fair Use*, à la négociation collective ou à l'enseignement du droit. Idéalement, cette curiosité aurait pu être étendue au droit des services publics fédéraux et étatiques, au droit du mécénat culturel, au contentieux des discriminations au travail, aux immixtions législatives dans les relations contractuelles, à la *malpractice* en matière de droit médical, aux *Health Maintenance Organizations*, au droit de la famille (divorce, droit successoral) et plus généralement, à un certain nombre d'objets pour lesquels le droit américain est marqué par une centralité du droit local.

II.

De quoi l'ambiguïté du discours de l'*américanisation du droit français* est-elle le symptôme ? D'une certaine étroitesse de l'offre intellectuelle française sur le droit des Etats-Unis. Cette étroitesse avait déjà été soulignée par Jean Kempf dans son rapport de 2001 sur les études nord-américaines en France. Si cette étroitesse de l'offre intellectuelle française sur le droit des Etats-Unis avait échappé au

Rapport de conjoncture 2004 de la section 36 du CNRS, elle était nouvellement soulignée en 2008 par l'AERES, pour louer l'existence du Centre de droit américain de l'Université Panthéon-Assas : « *Il est de l'intérêt de la recherche en science juridique* », était-il écrit, « *que les activités de recherches consacrées au droit des Etats-Unis puissent non seulement se poursuivre mais se développer* ».

Cette étroitesse de l'offre intellectuelle française sur le droit des Etats-Unis est mesurable d'abord à travers l'inexistence d'une revue juridique spécialement et exclusivement intéressée au droit des Etats-Unis – lorsque d'autres champs intellectuels ou scientifiques disposent de revues de ce genre – ou le faible nombre d'ouvrages édités annuellement en France sur le droit des Etats-Unis et signés par des juristes. Cet état de fait est justifié par les éditeurs, soit par l'idée que « l'utilité » de ce genre de publications n'est pas « manifeste », soit par l'idée que de telles publications auraient un caractère par trop « spécialisé » pour pouvoir trouver un lectorat. Rapportées au thème de l'*américanisation du droit français*, ces objections sont paradoxales. L'on peut faire l'hypothèse qu'elles sont en réalité l'expression des contraintes économiques qui pèsent sur l'édition juridique et qui la poussent à privilégier des publications destinées à la « cible » des « *professionnels du droit* » ou des étudiants, ce au détriment de publications sans exigibilité immédiate pour les « praticiens », qu'il s'agisse ou non de publications à proprement parler « savantes ».

Si l'on considère plutôt les revues juridiques et les thèses de doctorat, le statut du droit des Etats-Unis y est particulièrement aléatoire, en ce sens qu'aucun principe ni aucune systématisme ne caractérise cet américanisme. De fait, il n'y a pas de revue juridique française pour revendiquer en 2012 une chronique constante et régulière du droit des Etats-Unis. Et un dépouillement spécifique des revues de droit public sur la période 1990-2010 (30 ans) est instructif à certains égards. Ce sont ainsi moins de 40 études sur les Etats-Unis qui y ont été publiées. D'autre part, ces études se rapportent, à plus de 95 %, à des questions constitutionnelles et politiques. Pour ainsi dire, le droit des « collectivités territoriales » américaines, le droit administratif « général » (fédéral ou celui des différents Etats), le droit des services publics (fédéraux ou d'Etat), le droit de la

fonction publique fédérale ou des fonctions publiques d'Etat, la procédure administrative contentieuse, le droit des finances publiques sont autant d'objets dont il ne s'est pas trouvé de trace dans les revues de droit public. Ces absences sont encore plus remarquables s'agissant de questions nouvellement inscrites sur l'agenda juridique français mais ayant déjà été l'objet de débats aux Etats-Unis. L'exemple le plus récent est le débat sur l'opportunité d'une « règle d'or budgétaire ». Durant les deux années de discussion française (2010-2012) sur l'opportunité d'une telle réforme, il ne s'est pas trouvé d'étude publiée dans une revue française de droit public et relative au débat américain, celui-ci se perpétuant au moins depuis la présidence Clinton jusqu'à la proposition de loi constitutionnelle soumise en 2011 à la Chambre des représentants et tendant à imposer à l'Etat fédéral des budgets en équilibre (*H. J. RES. 2. Joint Resolution Proposing a balanced budget amendment to the Constitution of the United States*).

La part quasi-exclusiviste du droit constitutionnel dans les travaux américanistes des revues françaises de droit public dans les années 1990/2000 appelle elle-même un certain nombre de constats secondaires.

En fait de « droit constitutionnel américain », il est presque toujours question du droit constitutionnel fédéral ; pour ainsi dire, le droit constitutionnel des entités fédérées ne fait l'objet d'aucune attention particulière, lorsqu'il est un objet scientifique et éditorial important aux Etats-Unis mêmes ou dans d'autres contextes universitaires, et qu'il s'agisse de monographies sur les constitutions d'Etats ou de travaux intéressant des réglementations étatiques.

En fait de « droit constitutionnel américain », il est presque toujours question de la Cour suprême des Etats-Unis. Une « fixation » qui est, pour le moins, paradoxale. En premier lieu, si cette fixation s'approprie le « pouvoir » politique et social de la Cour suprême des Etats-Unis, elle ne fait pas cas de ce que « l'emprise » de la Cour n'est pas universelle. Ainsi, de nombreuses questions d'interprétation de la Constitution des Etats-Unis, y compris parmi les plus importantes politiquement, peuvent être durablement circonscrites à des décisions rendues par les juridictions fédérales. Concurrément, de nombreuses questions

juridico-politiques non-subsumables sous la Constitution des Etats-Unis sont souverainement traitées par les cours suprêmes d'Etat.

La « présence » de la Cour suprême dans l'offre intellectuelle des revues de droit public prospère au détriment de la connaissance des actes législatifs ou réglementaires fédéraux, que ceux-ci soient susceptibles ou non de rentrer en résonance avec des questionnements légistiques ou normatifs français. C'est ainsi, par exemple, que le discours de « l'inflation législative » ou de « l'inflation juridique » a prospéré en France dans les années 2000 sans que l'un au moins des acteurs de ce discours (Conseil d'Etat, Conseil constitutionnel, parlementaires, ministres, journalistes, doctrine universitaire, praticiens du droit) ne se soit ouvert des programmes de « simplification » du droit fédéral, d'abrogation ou de révision des textes « inutiles » que les présidents et les congrès successifs ont développé depuis la fin des années 1970, des programmes dont la répétition même témoigne des échecs successifs. Il n'est pas moins remarquable que la législation fédérale sur l'immigration et la nationalité (*Immigration and Nationality Act*) ne se soit pas prêtée à des travaux en France, lors même que les tensions politiques et juridiques que cristallise cette législation – l'arrêt de la Cour suprême *Arizona v. U.S.* (25 juin 2012), qui s'est rapporté à la *Supremacy Clause* et à la concurrence faite en matière d'immigration à la législation fédérale par les législations d'Etat en est un exemple – sont aussi fortes que celles que connaît le droit français, avec des enjeux comparables en termes de « roman national ».

Cette « fixation » sur la Cour suprême doit elle-même être rapportée à la forte inclination de la doctrine française du droit constitutionnel à s'intéresser au « fédéralisme américain », mais d'une manière quelque peu différente de la littérature juridique américaine afférente. En effet, la curiosité juridique française sur le fédéralisme américain est très largement déterminée par la recherche d'une « théorie générale de l'Etat », une recherche qui n'a pas de résonance dans le champ *juridique* américain. Ainsi, lorsqu'en France, la démarche est essentialiste (*qu'est-ce que le fédéralisme ?*), la littérature américaine relative au fédéralisme américain est historiciste (*où en est le fédéralisme américain ? où va-t-il ?*). Ce qui ne suffit pas à expliquer que certains thèmes majeurs de la question du

fédéralisme aux Etats-Unis n'aient pas donné lieu à des publications en France : la *Full faith and Credit clause*, la « souveraineté tribale » des Indiens, le fédéralisme partisan, la surveillance fédérale de la gouvernance des Etats, etc.

Les constats qui ressortent de l'observation des revues de droit public sont d'autant plus aisément extrapolables aux thèses de doctorat en droit public (interne ou comparé) que le nombre de ces thèses soutenues et ayant les Etats-Unis pour objet est particulièrement faible. Et deux de ces constats sont extrapolables aux thèses de doctorat en droit privé : la « fixation » sur la Cour suprême et la réduction tendancielle du droit fédéral à la jurisprudence de la Cour.

Comment comprendre que le droit des Etats-Unis soit aussi peu étudié en France ? Le rapport Kempf de 2001 sur les études nord-américaines en France invoquait – sans plus de précisions – les « spécificités institutionnelles » des facultés de droit et l'existence en droit d'une agrégation du supérieur. Plus sûrement, à l'obstacle de la langue – auquel n'échappent relativement que ceux des étudiants en droit ayant commis au moins une année d'études dans un pays pratiquant la langue anglaise – s'ajoute la quasi-absence en France de ressources fondamentales pour la connaissance ou des recherches sur le droit des Etats-Unis : le « Centre pour la Documentation sur le Droit américain » promis à la Cour de cassation par l'Université Cornell et hypothétiquement riche de « 13.000 » volumes n'a pas vu le jour ; l'Assemblée nationale ne dispose pas plus d'abonnements à des revues juridiques qu'à des bases de données juridiques américaines ; surtout, aucune bibliothèque universitaire française n'offre ni ne peut offrir – pour des raisons de coût et de faible « retour sur investissement » – le type d'abonnement aux bases de données juridiques (FindLaw, HeinOnline, WestLaw ...) qu'implique une « immersion » dans le droit américain.

Cette « immersion » suppose peut-être aussi une neutralisation de certains « pare-feux » cognitifs français. En effet, ce dont le discours de l'*américanisation du droit français* est encore le nom, c'est d'une *vision naturaliste et holiste* du droit des Etats-Unis, une vision qui fait le lit d'un certain nombre de stéréotypes d'autant plus spontanés qu'ils sont rendus « évidents » par la labellisation des Etats-Unis comme « *pays de common law* ». Imputer au droit des Etats-Unis un

caractère immémorial et une nature immuable, lorsque par hypothèse le droit change aux États-Unis comme ailleurs, c'est s'interdire de voir s'il n'y a pas des objets ou des enjeux sur lesquels des changements juridiques significatifs, voire radicaux, se sont produits. L'enseignement du droit en est un exemple.

Dans le débat français sur « l'enseignement du droit » ou « la crise des facultés de droit », les États-Unis sont souvent mobilisés comme modèle ou comme repoussoir, mais de manière paradoxale : non seulement les *Law Schools* se sont régulièrement prêtées à des débats sur la formation juridique qu'elles dispensaient – et, par suite, à des changements dans leurs programmes et méthodes – mais en plus, leur réforme est l'un des plus importants débats contemporains du champ juridique américain, ce réformisme allant jusqu'à des prix de l'innovation pédagogique accordés à des professeurs de droit pris individuellement, ou à des propositions telles que la création par les facultés de droit elles-mêmes de cabinets d'avocats par lesquels transiteraient leurs étudiants pendant leur parcours académique.

On notera au passage que le débat contemporain sur la crise des *Law Schools* ne s'épuise pas dans un vis-à-vis entre les facultés de droit et les professions juridiques et judiciaires. En effet, les « théories cognitives » de l'apprentissage – le béhaviorisme en particulier – sont convoquées dans ce débat en vue d'amender l'inclination des enseignants des facultés de droit à « reproduire la manière dont ils ont eux-mêmes été enseignés ou à s'inspirer de la manière dont leurs collègues enseignent ». Dans cette perspective, une part plus importante de simulations dans les protocoles pédagogiques tirerait les conséquences de ce que les expériences d'enseignement articulées sur la « vie réelle » (*real-world learning*) sont réputées accroître la motivation à apprendre des individus. D'autre part, les facultés de droit sont encouragées à concevoir leurs offres d'enseignement du droit de telle manière que les niveaux de formation soient articulés à des niveaux de difficulté des questions à comprendre et à résoudre par l'étudiant, les questions les plus simples étant envisagées aux niveaux les plus élémentaires et les questions les plus complexes aux niveaux les plus élevés. L'enseignement traditionnel du droit se voit ici reprocher d'attendre souvent des étudiants qu'ils s'approprient (en

termes de compréhension, d'analyse et de discussion) des cas et des enjeux difficiles lors même qu'ils n'ont pas encore acquis la maîtrise des savoirs fondamentaux et des ressources argumentatives applicables à des cas et à des problèmes moins difficiles.

Reste enfin à savoir s'il n'est pas nécessaire de mettre également à distance le paradigme (ou l'idéologie juridique) de la *globalisation du droit* pour pouvoir prêter une plus grande attention à la résonance des cultures nationales et des histoires nationales sur les normes et les principes juridiques. Car ce qui caractérise les différents objets juridiques étudiés dans la recherche, c'est qu'ils sont autant de *localismes juridiques américains* qui invitent à se demander si, plutôt que de *globalisation du droit*, il n'est pas plus pertinent de parler de *glocalisation du droit*, autrement dit d'une imbrication entre du global et du local. Pierre Legrand, qui est pratiquement seul à s'être approprié le paradigme de la *glocalisation* dans le champ juridique français, en avait précisément tiré une conclusion sceptique sur l'*américanisation du droit français* : « *Une règle de droit en provenance des États-Unis* », faisait-il valoir, « *qui vient se fixer en France, en Italie ou ailleurs ne peut pas s'installer « telle quelle »*. Pour être accueillie, pour « *faire du sens* » sur le plan local, pour s'inscrire dans le réseau de significations qui constitue inévitablement le fruit d'une histoire particulière à une société spécifique, cette règle de droit américaine doit, pour ainsi dire, subir une *métabolisation*. Au moment même où la règle de droit américaine prétend s'intégrer au droit français, par exemple, le droit français la transforme et fait qu'elle n'est plus la règle de droit américaine qu'elle était. Il s'agit, au mieux, d'une règle de droit américaine francisée, ce qui n'est pas la même chose et ce qui n'est pas la même règle. Ainsi, le phénomène de dissémination du droit américain passe nécessairement par une mutation locale qui fait que ce qui prend racine dans le droit local n'est plus, au fond, le droit américain ».

Moins de dix ans plus tard, Pierre Legrand traduisait cette observation en une critique implicite mais « serrée » du comparatisme français contemporain. En substance, c'est l'importance des artefacts et du formalisme interprétatif dans ce comparatisme qui sont en cause. Somme toute, il s'est passé « quelque chose »

Le Droit américain dans la pensée juridique française contemporaine

pour que, depuis les années 1990, la tradition d'études d'institutions ou de réglementations d'un droit étranger particulier – le droit des Etats-Unis a relativement été présent dans cette tradition – ait cédé la place dans la littérature doctorale à des travaux consistant en l'étude du statut de telle ou telle catégorie ou institution juridique dans deux, trois, voire quatre ordres juridiques nationaux. Or le choix de ces ordres juridiques de comparaison ne repose pas toujours sur une justification *rationnelle*, que celle-ci soit juridique ou extra-juridique. Lorsque ce n'est pas une considération affective ou une inclination culturelle personnelle qui sert à justifier ce choix, les auteurs semblent s'être passés le mot pour se retrancher derrière « l'internationalisation du droit », « l'harmonisation du droit » ou le « rapprochement des systèmes juridiques », dans une herméneutique circulaire dans laquelle la conclusion est en même temps la prémisse.

*