
L'intégration, les systèmes juridiques et la formation juridique

Pierre Larouche*

L'accroissement des échanges internationaux sur les plans commercial, social et culturel ne saurait rester sans conséquences sur le droit et son enseignement, en particulier dans le contexte de l'intégration européenne, qui amène les systèmes juridiques des États membres à composer avec des interactions de plus en plus fréquentes. Certains juristes européens croient qu'une convergence de ces systèmes est impossible, d'autres qu'elle débouchera sur un code civil européen et d'autres encore que la convergence se fera petit à petit, de manière non structurée. En phase avec ces débats, de nouveaux programmes d'enseignement à vocation transsystémique font leur apparition. Il faut alors repenser la place du droit comparé (qui devient méthode et non plus matière) et celle du droit européen dans de tels programmes. Ceux-ci amènent également une plus grande abstraction de l'enseignement, qui se heurte souvent aux exigences professionnelles en place. À cet égard, l'Université McGill se situe à l'avant-garde, avec un programme qui ne repose pas, sur un système d'«ancrage». Malgré certaines lacunes, dont l'absence d'enseignement transsystémique du droit public et l'attachement à la dichotomie droit civil-common law, que l'auteur juge réductrice, ce programme pourra peut-être devenir un modèle pour les efforts européens.

The proliferation of international exchanges—commercial, social, and cultural—will inevitably have consequences for law and legal education. This is particularly so in the context of European integration, which forces the legal systems of Member States to cope with ever-increasing interactions. Some European jurists believe a convergence of these legal systems to be impossible, others that it will result in European codification, and others still that any convergence will occur incrementally and spontaneously. In tune with these debates, new teaching programmes with transsystemic ambitions have appeared. They make it necessary to rethink the role of comparative law, which becomes a method rather than a subject, and the place of European law in legal education. These programmes lead to a higher abstraction in teaching, which may conflict with existing professional requirements. McGill University is at the forefront of such developments, with a programme that is not “anchored” in a single legal system. Despite certain gaps—notably the absence of transsystemic teaching of public law and a continued attachment to a civil law/common law dichotomy, which the author considers reductive—the McGill programme may become a model for future European initiatives.

* B.C.L., LL.B. (McGill), M.iur.comp. (Bonn), Docteur en droit (Maastricht) ; chercheur post doctoral, Institute for Transnational Legal Research (METRO), Université de Maastricht. L'auteur enseigne le droit de la responsabilité civile de manière transsystémique dans le cadre du programme de maîtrise de l'Université de Maastricht, et il est co-auteur d'un recueil de textes transsystémique : van Gerven, Lever et Larouche, *infra* note 3. Cet article est basé sur cet enseignement et ce travail de recherche. L'usage du masculin dans les exemples implique le féminin, et vice versa.

© Revue de droit de McGill 2001

McGill Law Journal 2001

Mode de référence : (2001) 46 R.D. McGill 1011

To be cited as : (2001) 46 McGill L.J. 1011

Introduction

- I. **Le débat sur la convergence des systèmes juridiques en Europe : état des lieux**
- II. **Conséquences pour la formation juridique**
 - A. *Nouveaux programmes*
 - B. *Questions théoriques*
 1. Choix de formule
 2. La place du droit comparé et du droit européen
 3. Une plus grande abstraction
 4. Les exigences professionnelles
 5. La nécessité d'un ancrage dans un système de référence
- III. **Le programme transsystémique de l'Université McGill**

Conclusion

Introduction

Le mot «mondialisation» est aujourd'hui sur toutes les lèvres, et il n'est pas nécessaire de faire un long exposé pour que tous sachent de quoi il ressort. En Europe, qui sert de toile de fond à cet article, la mondialisation a été précédée par l'intégration économique de l'Europe de l'Ouest, au sein de ce qui est devenu l'Union européenne. Cette dernière est maintenant en train de s'élargir aux pays d'Europe centrale, et en parallèle elle va beaucoup plus loin que la simple intégration économique, avec ses composantes sociale, culturelle, sanitaire, et autres ajouts au *Traité instituant la communauté européenne*¹, et maintenant monétaire, policière, de politique extérieure et même militaire.

Les juristes ont toujours su créer et faire évoluer le droit qui préside à cette intégration, mais par contre ils et elles ont accumulé du retard en ce qui concerne la réflexion sur les conséquences de cette intégration sur le droit, qui en est encore à ses débuts.

Cet article ne tente pas de combler ce retard, ce qui en dépasserait largement la portée, mais il vise à donner un aperçu des débats qui ont cours en Europe (I), ainsi que de la manière dont la formation juridique est influencée par l'intégration et par ces débats (II). Avant de conclure, nous discutons brièvement des leçons à tirer de l'expérience européenne pour le nouveau programme transsystémique lancé récemment par la Faculté de droit de l'Université McGill (III).

I. Le débat sur la convergence des systèmes juridiques en Europe : état des lieux

En Europe, comme ailleurs, la mondialisation de l'économie entraîne un accroissement des échanges transfrontaliers commerciaux, mais aussi sociaux et culturels, qui ne peut rester sans conséquence sur le droit.

Toutefois, les réflexions européennes sur les conséquences juridiques de l'intégration sont plutôt alimentées par des phénomènes proprement européens, en particulier par l'intégration européenne des cinquante dernières années, qui s'est traduite par la création d'un corpus de droit européen. Celui-ci comprend le droit communautaire — soit le droit se rattachant à ce qui est entre-temps devenu l'Union européenne — et le droit de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*². Le premier influence de manière croissante les droits des États

¹ 10 novembre 1997, [1997] J.O. C. 340/3 [version refondue], en ligne : Recueil des traités <http://europa.eu.int/eur-lex/fr/treaties/dat/treaties_fr.pdf> [ci-après le *Traité CE*].

² 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. 5 [ci-après la *Convention européenne des droits de l'homme* ou la *Convention*].

membres, que ce soit ouvertement à travers l'application du *Traité CE* et les processus d'harmonisation³ ou plus discrètement à travers la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes⁴. Le second peut aussi avoir un impact sur le droit des États parties à la Convention, lorsque la Cour européenne des droits de l'homme décide que ce droit est ou n'est pas compatible avec celle-ci⁵. Le droit communautaire sera surtout utilisé comme exemple pour les fins de cet article.

En outre, d'un point de vue historique, même si la vision aujourd'hui prédominante de l'ordonnement juridique en Europe est celle d'une série d'ordres juridiques nationaux indépendants les uns des autres, il semble clair que, jusqu'au début des temps modernes, un *ius commune* d'inspiration romaine prévalait en Europe (y inclus dans les pays de common law), du moins au sein des élites juridiques formées aux universités. L'évolution des droits nationaux en Europe en fonction de l'intégration pourrait donc s'inscrire dans une dynamique circulaire plutôt que linéaire, et d'ailleurs certains n'hésitent pas à parler d'un nouveau *ius commune* européen.

Depuis une dizaine d'années, la réflexion sur les conséquences juridiques de l'intégration européenne a pris une tournure plus polémique, depuis que certains ont avancé que l'intégration allait nécessairement entraîner une «convergence» des systèmes juridiques européens. Depuis lors, les opinions divergent, mais elle peuvent être regroupées en quelques grands camps.

Quelques voix isolées nient qu'une quelconque convergence soit possible, au motif que les systèmes de droit civil et de common law sont incommensurables⁶. Ainsi un juriste formé dans une juridiction de droit civil ne pourrait jamais faire sienne la totalité de la culture juridique du common law, laquelle déborde largement le contenu des sources officielles ; il serait logique que le même argument s'applique *vice versa*, quoique le common law soit toujours avancé en guise d'exemple. Ce point de vue est

³ Voir par ex. CE, *Directive 85/374 du Conseil, du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux*, [1985] J.O. L. 210/29 [ci-après la *Directive 85/374*], dont le cas est étudié dans W. van Gerven, J. Lever et P. Larouche, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000 à la p. 643 et s.

⁴ Voir par ex. l'influence des arrêts *Franovich c. Italie*, C-6/90 et C-9/90, [1991] Rec. C.E. I-5357, [1993] 2 C.M.L.R. 66, et surtout *Brasserie du Pêcheur SA c. Allemagne*, C-46/93 et C-48/93, [1996] Rec. C.E. I-1029, [1996] 1 C.M.L.R. 889, sur les droits nationaux de la responsabilité civile, décrite dans van Gerven, Lever et Larouche, *ibid.* à la p. 911 et s. Voir aussi W. van Gerven, «ECJ case-law as a means of unification of private law ?» (1997) 5 Rev. Eur. D. Priv. 293.

⁵ Cette influence s'étend même à la responsabilité civile, comme le montrent certains arrêts récents, dont *Osman c. Royaume-Uni* (1998-VIII), 95 Cour Eur. D.H. 3124 ; voir van Gerven, Lever et Larouche, *ibid.* à la p. 931 et s.

⁶ Voir, parmi d'autres articles de cet auteur, P. Legrand, «European Legal Systems are not Converging» (1996) 45 I.C.L.Q. 52.

largement et fermement rejeté par le reste des commentateurs. Entre autres, il repose sur une vision réductrice — voire simpliste — de la diversité des systèmes juridiques, qui se voit ramenée à une opposition entre deux modèles abstraits censés représenter l'essence du common law et du droit civil⁷. Par ailleurs, il ignore complètement l'impact du droit européen. Enfin et plus fondamentalement, il exagère l'importance du droit au sein de nos sociétés : si les pays européens se rapprochent les uns des autres au plan non seulement économique, mais aussi social, culturel et politique, le droit doit suivre et suivra, et cela peu importe le degré de spécificité des «cultures juridiques» européennes.

À l'opposé, plusieurs appellent de leurs vœux la préparation et l'adoption d'un code civil européen, qui pourrait faire pour l'unité de l'Europe (ou du moins de l'Union européenne) ce que les grands codes ont fait pour leurs États respectifs au XIX^e siècle⁸. Ce projet n'est pas sans soulever des difficultés majeures. La première, d'ordre pratique, est qu'il est impossible d'adopter un tel code dans le cadre actuel de l'Union européenne⁹. L'Union ne dispose pas de base juridique suffisante pour fonder une telle entreprise ; l'article 95 du *Traité CE*, en particulier, qui est souvent mis de l'avant, ne permet l'harmonisation des législations nationales que dans la mesure où celle-ci a «pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur». Quoique cette condition ait jusqu'ici été interprétée très largement, la Cour de justice des Communautés européennes a récemment remis les pendules à l'heure, rappelant que l'article 95 ne pouvait être vu comme une compétence réglementaire générale¹⁰. Certes, cette condition sera remplie pour nombre de domaines — droit commercial, droit de la consommation, responsabilité de produits — dont la plupart ont déjà fait l'objet de directives. Mais il est difficile de voir comment elle le serait pour plusieurs domaines d'importance, dont le droit de la famille et des personnes ainsi que le droit des biens. Ainsi, en l'état actuel du droit communautaire, l'adoption d'un code civil européen ne pourrait survenir qu'en dehors du cadre de l'Union européenne, ce qui la rend pour le moins hypothétique.

⁷ En réalité, il devient de plus en plus ardu de regrouper sous une même enseigne des droits aussi différents que les droits anglais et américain (du côté du common law) ou français et allemand (du côté du droit civil). Qui plus est, souvent la ligne de faille passe à côté de la frontière entre le common law et le droit civil : en responsabilité civile, par exemple, il n'est pas rare de voir les droits anglais et allemand adopter une attitude similaire, alors que le droit français se distingue. Voir, à ce sujet, van Gerven, Lever et Larouche, *supra* note 3, par exemple les sections traitant du préjudice économique (à la p. 169 et s.) ou du lien de causalité (à la p. 395 et s.).

⁸ Voir par ex. C. Witz, «Plaidoyer pour un code européen des obligations» D.2000.Chron.79.

⁹ Voir M. Zuleeg, «Rechtsangleichung innerhalb und außerhalb der Europäischen Gemeinschaft» (1998) 6 ZEuP 506.

¹⁰ Voir *R.F.A. c. Parlement et Conseil*, C-376/98, [2000] 3 C.M.L.R. 1175, en part. les para. 82 à 84, en ligne : Cour de justice et tribunal de première instance <<http://curia.eu.int/fr/index.htm>>.

Les autres difficultés sont d'ordre plus théorique. Tout d'abord, ici aussi le rôle des facteurs méta-juridiques dans l'évolution du droit est sous-estimé : tout comme les «cultures juridiques» n'empêcheront pas le droit de suivre l'économie et la société, une codification ne saurait être réussie en l'absence d'un accord sur les choix politiques qui la sous-tendent¹¹. Or, force est de constater que cet accord fait encore défaut sur plusieurs questions, ne serait-ce que sur les orientations fondamentales de la responsabilité civile¹². Enfin, la codification semble aujourd'hui un processus révolu : en effet, l'adoption d'un code «unificateur», qui remplace et modifie le droit existant, représente un coup de force législatif. Si une telle manifestation de puissance pouvait avoir lieu au XIX^e siècle, elle paraît largement au-delà des possibilités du pouvoir législatif du XXI^e siècle, qui est loin d'avoir la même emprise sur la société. Les plus récentes codifications (Pays-Bas, Québec) sont en fait des réformes de codes déjà existants, dans de petites juridictions, à la suite de décennies d'efforts de réflexion impliquant une large partie de la doctrine. Elles ne se comparent en rien à l'adoption d'un nouveau code civil européen.

Par conséquent, les travaux sur la convergence des systèmes juridiques cherchent le plus souvent à revigorer le droit comparé, en lui donnant une dimension dynamique et stratégique qui lui manquait auparavant, sans pour autant prétendre à éciafauder une codification européenne. Il s'agit plutôt de jeter les bases d'une communication et à terme d'une interaction accrue entre les divers systèmes juridiques¹³. Cela permettra d'un côté de fournir une fondation plus solide aux projets d'harmonisation, communautaires ou autres¹⁴ ; ainsi ils pourront s'inspirer des fruits d'une réflexion comparatiste continue et approfondie, au lieu de travailler au cas par cas à l'aide d'études ponctuelles¹⁵. De même, les instruments harmonisés seront reçus, compris et transpo-

¹¹ En ce sens, le principal obstacle à la codification du droit privé ne proviendrait pas des «cultures juridiques» mais plutôt des divergences dans les choix politiques (au sens de *policy*) qui le sous-tendent (divergences qui ne sont pas insurmontables mais qui demeurent réelles). Trop souvent, le droit privé est traité comme s'il découlait de choix politiques constants et indiscutables ; voir à ce sujet H. Collins, «The Voice of the Community in Private Law Discourse» (1997) 3 Eur. L.J. 407.

¹² Voir van Gerven, Lever et Larouche, *supra* note 3 à la p. 44 et s., sur les orientations générales des droits allemand, anglais et français.

¹³ Voir entre autres W. van Gerven, «Community and national legislators, regulators, judges, academics and practitioners : living together apart?» dans B.S. Markesinis, dir., *Law Making, Law Finding and Law Shaping : The Diverse Influences*, Oxford, Oxford University Press, 1997, 13 ; J.M. Smits, *The Good Samaritan in European Private Law. On the Perils of Principles without a Programme and a Programme for the Future*, Deventer (Pays-Bas), Kluwer, 2000.

¹⁴ Voir P.C. Müller-Graff, «Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft : Ebenen und gemeinschaftsprivatrechtliche Grundfragen» dans J.F. Baur *et al.*, dir., *Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht. Festschrift für Bodo Börner zum 70. Geburtstag*, Cologne, Heymanns, 1992, 303.

¹⁵ Souvent jusqu'ici, le travail juridique de fond nécessaire à la préparation d'un instrument d'harmonisation n'est mené qu'après qu'un problème spécifique ait été identifié par les acteurs éco-

sés à la lumière de cette réflexion, au lieu d'être vus comme des corps étrangers, comme c'est malheureusement encore trop souvent le cas¹⁶. D'un autre côté, en l'absence d'harmonisation, il convient d'étudier et de préparer les conséquences juridiques de l'intégration européenne, afin que les juristes aient une conception moins monolithique de leurs ordres juridiques respectifs. Ainsi peut-on en arriver à voir chaque système juridique comme le résultat d'une série de choix politiques, économiques et sociaux qui peuvent varier d'un système à l'autre. Les autres systèmes juridiques constituent alors des références essentielles, car ils offrent une autre piste, ou à tout le moins permettent de justifier ou de critiquer les choix faits au sein du système de départ.

Nous croyons qu'à terme, c'est cette approche, que l'on pourrait qualifier d'inductive ou de spontanée, qui risque d'être la plus fructueuse, car elle correspond le mieux à la situation actuelle des systèmes juridiques européens (où la convergence reste un objectif bien plus qu'une réalité) et à leur évolution probable dans les temps à venir (celle-ci ayant désormais lieu beaucoup plus «de bas en haut» ou «*bottom up*» que par fiat législatif). La plupart des travaux en cours s'attardent à faire ressortir les similitudes et les différences entre les systèmes juridiques européens et à tracer des pistes pour une éventuelle convergence¹⁷. Il suffit ici de mentionner le projet Common Core, dirigé par les professeurs U. Mattei et M. Bussani¹⁸, le groupe de travail sur la préparation d'un code civil européen, mené par le professeur C. von Bar (lequel, quoiqu'il arrive au projet d'un code civil européen, aura produit de nombreux travaux comparatistes de première importance), le projet *Ius Commune* de recueils de textes (*casebooks*) mené par le professeur W. van Gerven¹⁹ ou les travaux du professeur

nomiques, sociaux et politiques. Il est donc mené dans un cadre très précis, et il est dès le départ soumis à diverses pressions venant de ces acteurs.

¹⁶ La *Directive 85/374*, *supra* note 3, peut être citée en exemple : alors qu'elle représentait l'aboutissement de plusieurs années d'efforts au niveau communautaire, les États membres l'ont souvent transposée en ayant comme principal souci de l'insérer dans leur droit national avec le moins de friction possible, ce qui a produit une certaine désharmonisation. Par la suite, comme le montrent les quelques arrêts disponibles, les tribunaux nationaux ont eu tendance à interpréter la législation nationale transposant la directive à la lumière du droit national, renforçant cet effet de désharmonisation : voir van Gerven, Lever et Larouche, *supra* note 3 à la p. 649 et s.

¹⁷ Pour une présentation plus détaillée de ces projets, voir les articles de O. Lando, «Optional or Mandatory Europeanisation of Contract Law» (2000) 8 Rev. Eur. D. Priv. 59 ; M. Bussani, «“Integrative” Comparative Law Enterprises and the Inner Stratification of Legal Systems» (2000) 8 Rev. Eur. D. Priv. 85 ; P. Larouche, «*Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe : Presentation, Progress, Rationale*» (2000) 8 Rev. Eur. D. Priv. 101.

¹⁸ Voir, en ligne : The Common Core of European Private Law <<http://www.jus.unitn.it/dsg/common-core/home.html>> (date d'accès : 18 mai 2001).

¹⁹ Voir, en ligne : *Ius Commune. Casebooks for the Common Law of Europe* <<http://www.rechten.unimaas.nl/casebook>> (date d'accès : 18 mai 2001).

J. Smits sur les systèmes mixtes en tant que modèles pour l'évolution des droits en Europe²⁰.

II. Conséquences pour la formation juridique

Il est inévitable que l'évolution décrite plus haut ait des conséquences pour la formation juridique²¹. D'un point de vue statique, la convergence des systèmes juridiques européens — peu importe la manière dont elle a lieu — requiert une nouvelle génération de juristes qui soient prêts à y faire face et à l'exploiter. D'un point de vue plus dynamique, la formation juridique peut elle-même participer à la convergence, lorsqu'elle cherche à sortir des sentiers battus et à étudier et comparer systématiquement les divers ordres juridiques. Une telle formation — que nous appellerons trans-systémique pour reprendre la terminologie du nouveau programme de l'Université McGill — rend les juristes plus réceptifs aux divers systèmes juridiques et par là même plus enclins à faire communiquer ces systèmes les uns avec les autres dans le cadre de leurs activités professionnelles, ce qui favorise la convergence.

C'est ainsi que de nombreux nouveaux programmes sont apparus ces dernières années en Europe (A), ce qui soulève plusieurs questions intéressantes au niveau théorique (B).

A. Nouveaux programmes

Les paragraphes suivants offrent un aperçu et une typologie de ces nouveaux programmes, sans toutefois prétendre les énumérer de façon exhaustive.

Dans un premier temps, le couple classique entre un premier cycle dans le pays d'origine et un deuxième cycle à l'étranger (prenant la forme d'une maîtrise au sens anglo-américain du terme) a été revu et réaménagé, afin de mieux intégrer les deux composantes et ce, plus tôt dans le cheminement de l'étudiant. De nombreuses universités ont tiré profit des échanges menés dans le cadre du programme Erasmus, qui vise à encourager la mobilité des étudiants et des enseignants à l'intérieur de l'Union européenne, ainsi que le développement de programmes conjoints²². Elles ont établi

²⁰ J.M. Smits, *Europees privaatrecht in wording. Naar een Ius Commune Europaeum als gemengd rechtsstelsel*, Groningen, Intersentia, 1999.

²¹ Voir à ce sujet les contributions recueillies il y a dix ans par B. de Witte et C. Forder, dir., *Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, Deventer (Pays-Bas), Kluwer, 1992.

²² Créé par CE, *Décision 87/327 du Conseil, du 15 juin 1987, portant adoption du programme d'action communautaire en matière de mobilité des étudiants* (Erasmus), [1987] J.O. L. 166/20, dont la validité fut prolongée par CE, *Décision 89/663 du Conseil, du 14 décembre 1989, modifiant la décision 87/327/CEE portant adoption du programme d'action communautaire en matière de mobilité des étudiants* (Erasmus), [1989] J.O. L. 395/23. Le programme Erasmus fut par la suite intégré dans

des programmes mixtes avec leur partenaires étrangers, qui prennent généralement la forme suivante : l'étudiante de l'université A s'inscrit à un programme spécifique (ce qui entraîne souvent une prolongation de la durée de ses études), qui comprend un séjour (en principe d'une année académique entière) dans un autre État membre, à l'université B. Au terme de son programme d'études, elle obtiendra un diplôme de l'université A qui fait état de son séjour à l'étranger ; quelquefois, elle peut aussi obtenir un diplôme de l'université B, qui découle de son séjour à cette université²³.

De tels programmes restent cependant asymétriques ; ils reposent sur une formation complète dans un système juridique donné, à laquelle est jointe une formation moins approfondie dans un autre système. Il est bien sûr possible de mettre les deux systèmes sur un même pied, comme le fait par exemple l'Université de la Sarre avec son programme conjoint en droits français et allemand²⁴. Il reste toutefois que de tels programmes ne concernent que deux systèmes (par exemple Angleterre et France, ou Italie et Allemagne), ce qui limite leur portée.

Il y a peu de programmes symétriques et multisystémiques, qui placent vraiment plusieurs systèmes sur un pied d'égalité et tentent ainsi d'en arriver à un enseignement qui tienne pleinement compte de la convergence entre les ordres juridiques. Il faut signaler un programme conjoint de maîtrise (au sens anglo-américain) appelé Pallas, mis sur pied par huit universités européennes²⁵. Le programme, d'une durée d'un an, est donné dans une université par des professeurs provenant de chacune des universités partenaires. Les diverses matières y sont enseignées d'un point de vue comparatiste.

le programme Socrates, établi par CE, *Décision 819/95 du Parlement européen et du Conseil, du 14 mars 1995, établissant le programme d'action communautaire Socrates*, [1995] J.O. L. 87/10. Cette dernière venait à échéance en 2000, et elle fut remplacée par CE, *Décision 253/2000 du Parlement européen et du Conseil, du 24 janvier 2000, établissant la deuxième phase du programme d'action communautaire en matière d'éducation «Socrates»*, [2000] J.O. L. 28/1, qui donne un cadre juridique et financier au programme Erasmus jusqu'en 2006.

²³ Ce type de programme conjoint est répandu dans la plupart des pays européens. En guise d'exemple, voir les programmes de l'University College, London, en ligne : Degree Programmes <http://www.ucl.ac.uk/laws/admissions/ugrad/ugrad_4.html> (date d'accès : 18 mai 2001). Les programmes conjoints franco-allemands ont été regroupés au sein de l'université franco-allemande ; voir la liste, en ligne : Coursus franco-allemand avec double diplôme (droit) <<http://www.dfh-ufa.org/franz/droit.htm>> (date d'accès : 18 mai 2001).

²⁴ Voir, en ligne : Centre juridique franco-allemand <<http://www.jura.uni-sb.de/CJFA>> (date d'accès : 18 mai 2001).

²⁵ Voir, en ligne : LL.M. in European Business Law (Pallas Consortium) <<http://www.pallas.llm.nl/index.htm>> (date d'accès : 18 mai 2001). Les universités de Barcelone, Bologne, Essex, Constance, LUISS Rome, Lyon 3, Münster et Nijmegen sont associées dans ce projet.

L'Université de Maastricht est allée plus loin avec un nouveau programme de premier cycle, le European Law School (ELS)²⁶. Après avoir fait une première année de tronc commun avec les étudiants du programme régulier en droit néerlandais, les étudiants de l'ELS suivent trois ans de cours transsystémiques dans les principales matières du droit privé et public, ainsi que plusieurs cours de droit communautaire.

B. Questions théoriques

1. Choix de formule

L'aperçu donné ci-haut montre que plusieurs formules d'enseignement sont envisageables pour traduire la convergence dans la formation juridique. Des choix s'offrent tant quant à la gestion du programme (une seule université, deux partenaires, un consortium regroupant un plus grand nombre d'universités) qu'à sa localisation (un seul endroit ou plusieurs).

Si on les examine en fonction du but recherché, soit préparer les étudiants à évoluer dans un contexte de convergence des systèmes juridiques, chaque formule d'enseignement offre des avantages et des désavantages. La formation juridique gagne certainement en cohérence si elle est donnée par une seule institution, mais il est difficile de regrouper au sein d'une seule institution et à un seul endroit une «masse critique» d'enseignants aptes à évoluer dans un contexte transsystémique. Par ailleurs, le contact avec des enseignants d'origines diverses s'inscrit dans l'orientation fondamentale d'une formation transsystémique.

Pour l'instant, l'étudiant désireux de recevoir une telle formation a donc un choix de formules. Toutefois, la mise en application de la *Déclaration de Bologne* pourrait affecter la situation²⁷. Par cette déclaration, vingt-neuf pays européens se sont engagés à réformer la structure de leurs programmes universitaires afin de constituer un «espace européen de l'enseignement supérieur». Il est prévu que la formation universitaire sera restructurée selon un modèle «licence/mastaire»²⁸ et ce, selon la déclaration, afin d'accroître la mobilité des étudiants et la compétitivité de l'enseignement supé-

²⁶ Voir, en ligne : Faculty of Law, European Law School <<http://www.rechten.unimaas.nl/studies/els/Default.htm>> (date d'accès : 18 mai 2001) ; J.H.M. van Erp, A.W. Heringa et H.J. de Kluijver, «Het juridisch onderwijs in ontwikkeling : doelstelling, opzet en rendement van de European Law School» (2000) 49 *Ars Aequi* 850.

²⁷ La *Déclaration de Bologne* et d'autres documents pertinents sont disponibles, en ligne : Association of European Universities <<http://www.unige.ch/cre/>> (date d'accès : 18 mai 2001).

²⁸ En anglais «*bachelor/master*». Étant donné que la maîtrise française (contrairement à la maîtrise canadienne) ne correspond pas au *master* tel qu'envisagé à la *Déclaration de Bologne*, *ibid.*, le terme «mastaire» a été inventé pour la version française de la déclaration.

rieur européen à l'échelle mondiale. À la lumière des discussions qui ont suivi la déclaration, il semble que la licence durera généralement trois ans seulement (une licence de quatre ans restant exceptionnelle). Compte tenu des contraintes imposées à la formation juridique (en particulier celles qui proviennent des organisations professionnelles²⁹), il sera difficile de boucler un programme de base de trois ans qui laisse place à un séjour Erasmus à l'étranger. La *Déclaration de Bologne* favorise donc les programmes se déroulant à une seule université ou les programmes conjoints intégrés où les partenaires ne décernent qu'un diplôme conjoint³⁰. Les autres programmes décrits plus haut devront s'articuler autour de la structure «licence/master», ce qui implique que le volet étranger ou comparatif du programme ne viendra que lors de la quatrième année d'études, soit après que l'étudiant ait complété un premier cycle (licence) dans son pays d'origine. Il sera alors plus difficile de donner à l'étudiant une formation véritablement innovatrice, qui sorte du modèle traditionnel où l'enseignement est étroitement relié à un ordre juridique en particulier.

2. La place du droit comparé et du droit européen

La convergence des systèmes juridiques force aussi à repenser la place du droit comparé et du droit européen dans la formation juridique.

²⁹ Voir la partie II.B.4, ci-dessous.

³⁰ À la connaissance de l'auteur, il n'existe aucune formation juridique de ce dernier type en ce moment.

Le droit comparé se situe jusqu'ici plutôt en marge de la formation juridique. Le plus souvent, il s'agit d'un cours optionnel. Qui plus est, ce cours demeure très général, couvrant la théorie du droit comparé, ainsi que les grands «systèmes» ou «familles». S'il reste du temps pour discuter de sujets plus précis, une matière telle que le droit des contrats ou le droit administratif recevra alors une ou deux séances, soit très peu. La formation traditionnelle pourrait être schématisée comme suit :

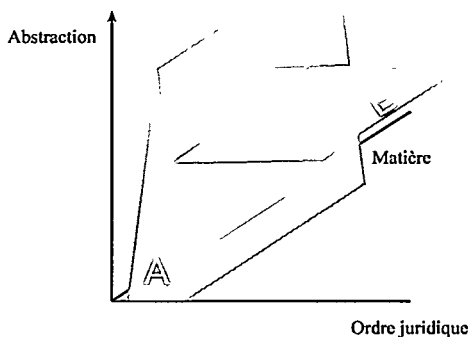


Figure 1

La partie principale de la formation (A) consiste en l'étude d'un nombre substantiel de matières d'un seul ordre juridique, et ce à partir du plus concret (droit positif) jusqu'à l'abstrait. À cela vient se greffer une formation en droit comparé (B) qui demeure relativement abstraite, tout en couvrant nombre d'ordres juridiques.

La place du droit comparé dans une formation transsystemique est toute autre. De matière, il devient méthode. Il n'est plus possible de traiter du droit comparé séparément, en survolant toutes les matières. Au contraire, le droit comparé est intégré à chaque matière, qui est enseignée de manière transversale, à travers plusieurs ordres juridiques. Par rapport à l'illustration précédente, la formation transsystemique pourrait être présentée comme suit :

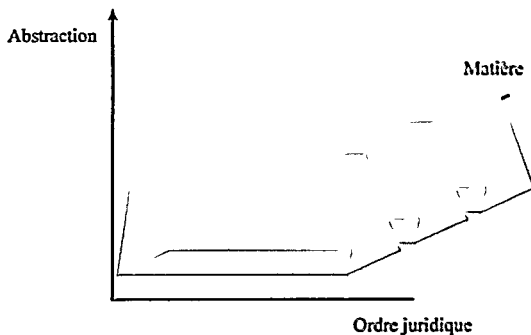


Figure 2

Ici, la formation se compose d'une série de cours orientés non selon l'ordre juridique, mais selon la matière. Par exemple, un cours de responsabilité civile abordera cette matière pour une série d'ordres juridiques, la comparaison faisant partie intégrante de chaque étape du cours. Le droit comparé peut ainsi aller plus en profondeur que ce qui est possible dans la formation traditionnelle.

Outre certaines autres conséquences abordées plus bas, une telle formation implique premièrement une certaine méthode comparatiste. Ainsi, la méthode classique, qui consiste à examiner de haut en bas les grands «systèmes» ou «familles» juridiques³¹, devient impraticable, puisque ces «systèmes» ou «familles» sont vus non plus dans le cadre d'un cours général, mais plutôt à partir du bas, soit par matière spécifique (et à travers plusieurs cours). Une méthode plus fonctionnelle doit donc être adoptée³², qui aborde la comparaison à partir d'un problème particulier (ou d'un ensemble de problèmes particuliers) ; pour continuer avec la responsabilité civile, le problème des pertes économiques, de la causalité en matière médicale, des accidents

³¹ Voir l'ouvrage classique pour cette méthode, R. David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 8^e éd. par C. Jauffret-Spinozi, Paris, Dalloz, 1982.

³² Voir l'ouvrage classique pour cette méthode, K. Zweigert et H. Kötz, *Introduction to Comparative Law*, 3^e éd. trad. par T. Weir, Oxford, Clarendon Press, 1998.

de la route, etc. peut servir de point de départ pour une étude comparative de la manière dont les divers ordres juridiques abordent, classifient et traitent le problème³³.

Par ailleurs, il devient plus difficile de délimiter les cours. Dans une formation traditionnelle, tous les cours se réfèrent au même ordre juridique, et peuvent ainsi être délimités en utilisant les catégories de cet ordre juridique. Dans une formation trans-systémique, il devient vite apparent que ces catégories ne sont pas les mêmes d'un ordre juridique à l'autre. Il suffit de mentionner, toujours en droit civil, les domaines respectifs du droit des contrats et de la responsabilité civile délictuelle, qui se retrouvent généralement dans deux cours distincts³⁴. Ainsi, à moins de regrouper ces matières dans un seul «super-cours», il y aura de nombreux chevauchements entre des cours transsystémiques de droit des contrats et de responsabilité civile. Cela ne doit pas nécessairement être vu comme un désavantage : des séances conjointes sur la responsabilité de produits, par exemple, où les solutions contractuelles et délictuelles sont abordées en même temps, peuvent être très enrichissantes pour tous les participants, enseignants et étudiants.

Alors qu'il est peut-être évident que la place du droit comparé doit être repensée lors du passage à la formation transsystémique, il peut paraître plus surprenant que

³³ En passant, qu'il nous soit permis de répondre à la critique de P. Legrand, (1999) 58 Cambridge L.J. 439, à l'égard de l'ouvrage de W. van Gerven *et al.*, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law. Scope of Protection*, Oxford, Hart Publishing, 1998 (il s'agit d'une première version d'une partie de van Gerven, Lever et Larouche, *supra* note 3). P. Legrand écrit que cet ouvrage se concentre sur les règles à l'exclusion de la «culture juridique», et reprend ses thèses sur l'incommensurabilité, décrites et commentées plus haut. Le traitement des pertes économiques en droit de la responsabilité civile (voir *ibid.* à la p. 169 et s.), mentionné dans le texte, constitue un parfait exemple d'un thème qui ne peut être traité de manière satisfaisante sans remonter à ce qui nous semble faire partie de cette «culture juridique» indéfinissable. Au-delà des contrastes au niveau des «règles» entre les droits français, d'un côté, et anglais et allemand, de l'autre, la question des pertes économiques touche directement aux orientations fondamentales de la responsabilité civile, dont l'équilibre entre victime et auteur du dommage, les mécanismes d'exclusion a priori (où les droits anglais et allemand diffèrent), etc. Par la suite, l'on est naturellement porté vers la question «culturelle», c'est-à-dire s'il est possible que, pour des motifs méta- ou para-juridiques, le droit français ne soit pas si loin des droits anglais ou allemand malgré ces différences apparentes.

³⁴ Premièrement, le droit français connaît le principe du non-cumul, alors que les droits anglais et allemand sont beaucoup moins stricts quant au choix du régime applicable (voir van Gerven, Lever et Larouche, *ibid.* à la p. 32 et s.). Deuxièmement, les domaines du droit des contrats et de la responsabilité civile sont d'une ampleur comparable en droit français et anglais. En droit français, ceci découle de la création de régimes de «responsabilité contractuelle» (suite à une interprétation extensive — et contestable — du non-cumul) qui sont rattachés à la responsabilité civile et, en droit anglais, c'est là une conséquence d'un principe strict de relativité des contrats (*privity of contract*). Par contre, en droit allemand, le droit de la responsabilité civile est marqué par la liste limitative de § 823 BGB qui, combinée à l'absence de non-cumul et à une relativité des contrats plus généreuse pour les tiers, laisse en pratique le droit de la responsabilité civile atrophie par rapport au droit des contrats.

l'enseignement du droit communautaire doit être revu à la lumière des mêmes arguments. Jusqu'à aujourd'hui, en effet, l'enseignement du droit communautaire a généralement été organisé comme suit. La plupart du temps, les aspects institutionnels ou constitutionnels sont distingués des aspects matériels. Les premiers font l'objet d'un enseignement séparé, le plus souvent dans le cadre du cours officiellement intitulé «droit communautaire». Les seconds sont soit associés aux premiers³⁵, ou fondus dans les divers cours touchant aux matières concernées par le droit communautaire matériel³⁶. Le droit communautaire est donc enseigné soit dans l'abstrait, sans référence à un droit national, ou alors en se rapportant au seul droit de l'ordre juridique de référence de la formation juridique. Il est intéressant de noter que dans les programmes «asymétriques» mentionnés plus haut, le droit communautaire relève en principe de l'université du pays d'origine, et que le séjour à l'étranger n'offre généralement pas l'occasion d'étudier comment le droit du pays étranger perçoit ou reçoit le droit communautaire.

Pourtant, l'enseignement du droit communautaire offre des possibilités intéressantes et souvent méconnues, qui s'inscrivent parfaitement dans le cadre d'une formation transsystémique. En effet, le droit communautaire est le plus souvent basé sur un amalgame des droits nationaux, et en retour il est reçu et incorporé par ces droits nationaux. Ce processus est facilement observable en ce qui concerne les directives adoptées en vertu du *Traité CE* — en particulier celles qui visent l'harmonisation des droits nationaux sur la base de l'article 95, la principale base juridique employée pour adopter des directives. Comme il a été mentionné plus haut, ces dernières sont élaborées à partir d'études comparatives (souvent faites au cas par cas), et par la suite elles doivent être transposées en droit national. La situation est similaire, quoique moins formalisée, pour le reste du droit communautaire, qui se nourrit des droits nationaux et les enrichit à son tour, ne serait-ce qu'au niveau de la doctrine³⁷. W. van Gerven parle ici d'une «perméation mutuelle»³⁸.

Il est encore rare que cette dimension comparative du droit communautaire soit exploitée dans la formation juridique, mais une formation transsystémique gagnerait à mettre l'accent, lors de l'enseignement du droit communautaire, sur la manière dont ce droit est (on n'est pas) distillé à partir des droits nationaux, et dont il est ensuite re-

³⁵ C'est souvent le cas des dispositions touchant au marché unique, soit la libre circulation des marchandises, personnes, services et capitaux.

³⁶ Par exemple, le droit de la concurrence, des sociétés, des assurances, etc.

³⁷ Voir entre autres, pour les jugements de la CJCE en matière de responsabilité civile, van Gerven, Lever et Larouche, *supra* note 3 à la p. 946 et s. ou, pour le droit administratif, J. Schwarze, «Die Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts» dans J. Schwarze, dir., *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, Baden-Baden, Nomos, 1996, 789.

³⁸ Voir W. van Gerven, «Mutual Permeation of Public and Private Law at the National and Supranational Level» (1998) 5 *Maastricht J. Eur. & Comp. L.* 7.

çu dans ces mêmes droits nationaux, et ce à la lumière de plusieurs droits nationaux et non d'un seul.

3. Une plus grande abstraction

Comme l'illustration précédente l'indique, la formation transsystemique se caractérise par un niveau d'abstraction plus élevé, qui fait que cette formation peut ne pas réussir à couvrir entièrement les niveaux les plus concrets, soit le droit positif dans tous ses détails.

Cela se justifie tout d'abord par des motifs très pratiques. La formation transsystemique couvre les matières traditionnelles, mais dans plusieurs ordres juridiques, ce qui représente une plus grande quantité de matière (même si cela est difficilement quantifiable). Sauf à vouloir prolonger la durée de la formation juridique, il est donc nécessaire de renoncer aux détails.

Derrière ces motifs pratiques se cachent aussi des considérations plus théoriques. En effet, la formation doit être adaptée aux besoins des étudiants. Premièrement, et ici sans égard à la dimension transsystemique, le droit positif se transforme plus rapidement qu'auparavant, ce qui diminue la valeur d'une formation trop axée sur le droit positif du moment, d'où la nécessité de passer à un niveau de généralisation plus élevé.

En outre, les juristes qui pratiqueront dans un contexte d'intégration des systèmes juridiques doivent être capables d'évoluer sans trop de difficultés d'un système à un autre au cours de leur carrière. Au jour le jour, ils doivent à tout le moins pouvoir recevoir des informations concernant d'autres ordres juridiques sans difficulté (par exemple, durant une transaction transfrontalière), et idéalement ils devraient aussi pouvoir exploiter leur connaissance de ces autres ordres juridiques pour les fins de leurs activités dans l'ordre juridique au sein duquel ils se trouvent (par exemple, pour remettre en question certaines idées reçues).

Par conséquent, une formation transsystemique doit viser deux objectifs :

- 1° Amener l'étudiant à penser comme un juriste, c'est-à-dire à fonctionner à l'intérieur des contraintes imposées par le droit en tant que discipline, tout en gardant un esprit critique à l'égard du droit. Cela exige un certain savoir et certaines capacités, entre autres l'identification et l'usage des sources de droit, le raisonnement juridique (et sa décomposition critique) à l'aide de principes d'interprétation et d'argumentation et aussi de considérations économiques, sociologiques, politiques, historiques, etc. La formation traditionnelle dispense ce savoir et ces capacités, mais souvent par référence à un ordre juridique particulier, alors qu'il s'agit là de savoir et capacités générales (qui sont peut-être employés de manière différente d'un ordre juridique à l'autre).
- 2° Fournir à l'étudiant des connaissances de base des principales matières juridiques, telles qu'elles sont traitées dans les ordres juridiques sous étude. Ces connaissances représentent le minimum requis afin de pouvoir se situer dans

poser. Par la suite, si la question ne relève pas d'un domaine où l'étudiant aurait choisi de se spécialiser, il peut soit utiliser le savoir et les capacités générales mentionnées plus haut pour acquérir les connaissances nécessaires pour traiter de la question, soit, l'ayant identifiée, la renvoyer à un collègue qui est spécialisé dans le domaine en question. Sur l'ensemble des matières, il semble peu efficace de pousser la formation juridique plus loin, étant donné le contexte dans lequel les étudiants évolueront.

Il s'ensuit que, pour des motifs tant pratiques que théoriques, la formation trans-systémique doit rester à un niveau d'abstraction plus élevé que la formation traditionnelle, s'attardant aux grands principes, aux lignes de forces qui sous-tendent chaque matière, aux principaux choix de politique juridique plutôt qu'aux détails du droit positif. Cela n'est pas sans plaire aux professeurs, car cela marque un retour vers l'enseignement d'une certaine «science juridique» plutôt que du droit positif, ce qui s'inscrit mieux dans la mission universitaire et rehausse la position de l'université par rapport à l'État-producteur de droit positif.

4. Les exigences professionnelles

Malheureusement, l'idéal de la formation transsystémique doit se mesurer à la dure réalité de la réglementation professionnelle. Jusqu'ici, cette dernière s'est avérée un des principaux obstacles — sinon le principal — à la mise sur pied en Europe de programmes transsystémiques de premier cycle qui correspondraient à la description donnée ci-dessus.

En effet, les exigences à l'entrée dans les diverses professions juridiques (avocats, juges, etc.) restent le point de référence pour la plupart des étudiants. Un programme qui ne satisferait pas à ces exigences n'attirerait que les étudiants qui sont déjà convaincus au début de leurs études de ne vouloir aucunement accéder à ces professions, un groupe encore très restreint.

Ces exigences demeurent près de la formation traditionnelle : elles se ramènent généralement à un nombre minimal de cours dans des matières données, lesquelles sont définies par rapport au droit national en question³⁹. À moins que les organisations professionnelles en viennent à modifier leurs exigences pour accepter une formation

³⁹ Le droit communautaire n'est ici que de peu de secours, puisque la libre prestation de services et la liberté d'établissement, encadrées par les directives relatives aux avocats (CE, *Directive 77/249 du Conseil, du 22 mars 1977, tendant à favoriser l'exercice effectif de la libre prestation de services par les avocats*, [1977] J.O. L. 78/17 ; CE, *Directive 98/5 du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 1998, visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise*, [1998] J.O. L. 77/36, respectivement), ne bénéficient qu'à ceux qui ont déjà obtenu une qualification professionnelle dans un des États membres.

moins axée sur le droit de leur juridiction, ce qui paraît improbable à court terme, les programmes transsystémiques devront donc continuer à composer avec la nécessité de garantir une formation traditionnelle minimale afin de satisfaire aux exigences professionnelles. Il reste à espérer que le marché du travail évoluera, de sorte que la demande pour des juristes formés de manière transsystémique devienne suffisante pour permettre à un véritable programme transsystémique d'être donné durablement.

5. La nécessité d'un ancrage dans un système de référence

Cela mène tout naturellement vers une des questions les plus intéressantes pour ceux qui enseignent dans un programme transsystémique ou s'appêtent à le faire : n'était-ce des exigences professionnelles, serait-il nécessaire d'ancrer une formation transsystémique dans un système de référence ? En d'autres termes, peut-on faire des études transsystémiques sans connaître au préalable un des systèmes sous étude ?

En principe, cela devrait être possible, mais en pratique, il semble indispensable d'avoir un système de référence. Sinon, la formation transsystémique risque de produire des «idiots transversaux» (pour employer un terme créé dans un autre contexte), c'est-à-dire des juristes qui connaissent une série de matières à travers les systèmes, sans avoir de vue d'ensemble d'un seul ordre juridique. Ainsi, de tels juristes pourraient éprouver des difficultés considérables à aborder, dans le contexte d'un seul ordre juridique, des questions dont l'ampleur dépasserait une de ces matières (dont la délimitation est relativement arbitraire, comme il a été mentionné plus haut).

La solution la plus simple pour éviter cela reste de débiter la formation juridique par l'étude d'un ordre juridique particulier, qui sert alors de point de référence pour la formation transsystémique qui vient par la suite. C'est la méthode suivie jusqu'ici en Europe⁴⁰.

Toutefois, cette solution a ses limites. Premièrement, elle ne garantit pas que l'étudiante aura une vision cohérente des autres ordres juridiques qui seront étudiés durant la phase transsystémique. Deuxièmement, il a été mentionné plus haut que la mobilité des étudiants constitue un des attraits de la formation transsystémique ; si un groupe est composé d'étudiants ayant des ordres juridiques divers comme système de référence, il devient très ardu de mener à bien l'enseignement transsystémique.

Au lieu d'utiliser un ordre juridique existant comme système de référence, l'enseignant peut développer son propre système de référence. Ceci implique bien sûr que l'enseignement n'est plus entièrement «objectif» ou «relativiste», puisque le point de vue de l'enseignant sert à donner une structure au cours. Ainsi, pour reprendre

⁴⁰ À l'Université de Maastricht, par exemple, les étudiants du European Law School débiterent par un an de tronc commun en droit néerlandais.

l'exemple de la responsabilité civile, il sera nécessaire de mettre de l'avant une définition quelconque de notions telles que «responsabilité civile», «droit des contrats», etc., et à l'intérieur même du cours, telles que «causalité», «fondement de la responsabilité», «intérêt protégé», etc. À terme, et en supposant qu'il soit plus facile d'en arriver à un rapprochement entre les conceptions des enseignants qu'entre les ordres juridiques, ce genre d'exercice pourrait déboucher sur un «méta-système», qui, sans exister concrètement, sert de point de référence pour l'étude des divers ordres juridiques lors d'une formation transsystémique⁴¹. De toute façon, la création d'un méta-système semble inévitable si la dimension linguistique est prise en considération ; compte tenu du grand nombre de langues en Europe, la formation transsystémique doit se rabattre sur quelques langues de travail, sinon elle est impossible, faute de participants possédant les connaissances linguistiques nécessaires. Or, le travail de traduction que cela implique mène souvent vers un «méta-langage», lui-même prélude à un «méta-système». Comme la signification du terme à traduire ne correspond fréquemment pas tout à fait à celle du terme qui est déjà utilisé dans un sens similaire dans l'ordre juridique employant la langue de destination, un nouveau terme, sans connotation au sein de cet ordre juridique, sera alors utilisé. À la longue et compte tenu que ce terme pourra aussi être utilisé pour traduire des termes provenant d'ordres juridiques tiers, ce nouveau terme peut finir par acquérir une signification propre bien marquée.

Une autre solution, qui n'exclut pas les précédentes, serait d'introduire à nouveau dans la formation transsystémique un élément «longitudinal», mais à un niveau d'abstraction plus élevé, qui pourrait être représenté schématiquement comme suit :

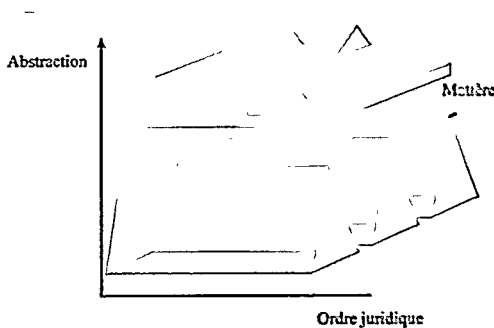


Figure 3

⁴¹ Un projet de code civil européen (et les travaux s'y rattachant) pourrait jouer ce rôle.

Ce cours «longitudinal», tout en couvrant plusieurs ordres juridiques, mettrait l'emphase sur les traits généraux de ces ordres juridiques, sans entrer dans les détails⁴². Ces traits généraux comprennent l'évolution historique, l'ordre constitutionnel, les diverses sources et l'équilibre entre elles, la relation avec le droit européen, etc. Ce cours reprendrait certains éléments du cours traditionnel de droit comparé, mais en se concentrant exclusivement sur les aspects plus théoriques, à l'exclusion de matières spécifiques. Ainsi, lors des cours transsystémiques par matière, l'étudiante aurait déjà une certaine idée des divers ordres juridiques et pourrait, à sa guise, relier le contenu du cours transsystémique à celui du cours général «longitudinal» afin de se construire progressivement une vision cohérente de chaque ordre juridique.

III. Le programme transsystémique de l'Université McGill

Jusqu'ici, nous avons traité de l'intégration des systèmes juridiques et de la formation transsystémique dans un contexte européen. Il est intéressant de voir si les remarques précédentes peuvent s'appliquer au nouveau programme transsystémique de la Faculté de droit de l'Université McGill, introduit en 1999. D'emblée, nous devons souligner que nous ne connaissons ce programme que de l'extérieur, n'y ayant jamais participé en tant qu'enseignant.

Le programme de l'Université McGill se distingue par ses ambitions transsystémiques «pures», puisque les étudiants sont dès le départ plongés dans un enseignement où les systèmes de droit mixte à dominance civiliste (comme celui du Québec) et de common law (comme ceux des autres provinces canadiennes) sont placés côte à côte. Il n'y a pas de système de référence⁴³.

Le risque de confusion auquel il a été fait allusion plus haut est moindre, pour une série de raisons. Premièrement, le programme de McGill est basé d'abord et avant tout sur les droits canadiens. En gros, les droits des autres provinces que le Québec partagent des racines communes et évoluent en parallèle, ce qui veut dire que ce programme couvre deux systèmes (ou familles de systèmes), ainsi que deux langues. Qui plus est, une partie du droit provient de l'État central et est ainsi uniforme. Le programme de McGill peut être mené en anglais et en français, sans avoir besoin de choisir une langue de référence. En plus, le petit nombre de systèmes permet d'aller plus en détail dans chaque système, ce qui réduit le risque de confusion «longitudinale» et

⁴² Voir là-dessus H. Kötz, «Abschied von der Rechtskreislehre?» (1998) 6 ZEuP 493, qui, tout en restant fidèle à la méthode fonctionnaliste qu'il a lui-même développée, prône un enseignement du droit comparé qui s'attarde au style, aux procédures, aux techniques, aux mentalités et aux valeurs.

⁴³ Contrairement à l'ancien programme, où les étudiants débutaient en étudiant soit le droit du Québec, soit le common law des autres provinces, pour ensuite refaire le même trajet dans l'autre système.

accroît les chances que le programme satisfasse aux exigences des organisations professionnelles. En guise de comparaison, un enseignement transsystémique, même limité à l'Union européenne seulement (sans les autres pays européens), doit tenir compte d'au moins quinze ordres juridiques⁴⁴, qui peuvent dans certains cas être ramenés à un plus petit nombre de familles⁴⁵, mais où au moins onze langues sont utilisées.

Le nouveau programme transsystémique de l'Université McGill débute donc sous des auspices favorables. Reste à voir s'il saura avoir un impact au-delà du Canada, ce qui ferait de McGill un pionnier à l'échelle mondiale. Sur ce point, il y a quelques raisons de douter.

Premièrement, le programme de l'Université McGill n'est transsystémique que pour le droit privé, qui relève largement de la compétence des provinces canadiennes. Le droit public relève en partie de la compétence de l'État central, et pour le reste il est de toute façon d'inspiration anglaise. En Europe, par contre, même si le débat sur la convergence des ordres juridiques est mené en grande partie par des privatistes (qui ont jusqu'ici moins subi l'influence du droit européen), il n'est pas a priori limité au droit privé. Les publicistes s'intéressent aussi au phénomène. Un programme transsystémique de niveau mondial doit donc aussi toucher le droit public.

Deuxièmement, le programme de l'Université McGill semble rester prisonnier de la dichotomie classique entre le droit civil et le common law, qui a tant marqué le droit comparé. Cette dichotomie reste pertinente, bien sûr, mais elle est aussi réductrice. Le common law a su garder une certaine harmonie, en l'absence de codifications nationales, mais il reste quand même que des ordres juridiques tels que le droit anglais, d'un côté, et les droits des États-Unis, de l'autre, pour ne nommer que les principaux, se sont progressivement éloignés les uns des autres. Quant au droit civil, il faut sérieusement se demander si les divers ordres juridiques qui se retrouvent sous ce chapiteau ont conservé suffisamment de points communs lors des deux derniers siècles pour justifier d'être si sommairement placés ensemble. Les droits français et allemand, pour ne prendre que les deux principaux ici aussi, diffèrent considérablement. De plus, le droit québécois, qui est souvent utilisé comme modèle du «droit civil», gagnerait plutôt à être considéré comme un système mixte. Ainsi, la *summa divisio* qui sous-tend le programme de l'Université McGill pourrait être dépassée. Il serait

⁴⁴ Sans compter les variations à l'intérieur des fédérations ou des autres pays, où presque partout certaines régions jouissent de pouvoirs législatifs particuliers.

⁴⁵ Le regroupement le plus fréquent, suivi également dans van Gerven, Lever et Larouche, *supra* note 3, ramène les droits de l'Europe à trois grandes familles : romaniste (avec le droit français comme modèle), germaniste (droit allemand) et de common law. Toutefois, il s'agit là d'une simplification : il serait préférable d'y ajouter les droits des pays nordiques ainsi que les plus récentes codifications (Italie, Pays-Bas, Suisse), qui tendent à graviter entre les familles romaniste et germaniste.

peut-être préférable d'utiliser une méthode fonctionnelle qui ne repose pas sur des idées préconçues quant à la classification des divers systèmes. Une telle méthode montre que les liens de ressemblances varient d'une question à l'autre, et que des catégories générales telles que «common law» et «droit civil» ne suffisent pas pour rendre compte de la variabilité de ces liens. Au bout du compte, il faut en venir au point où les divers ordres juridiques ne sont plus vus comme l'expression respective d'une pensée originale, systématique et univoque, mais plutôt comme un ensemble plus ou moins cohérent qui résulte d'une série de choix économiques, politiques, sociaux, etc., qui auraient pu être différents, comme l'étude des autres ordres juridiques le démontre.

Troisièmement, l'adhésion à la dichotomie classique peut aussi entraîner un certain statisme. Pour des raisons politiques évidentes, il est clair que les divers systèmes juridiques canadiens ne sont pas appelés à converger dans un avenir prévisible. Néanmoins, il faut reconnaître que le renouveau du droit comparé à l'échelle européenne et mondiale est intimement lié à la perspective d'une convergence des divers systèmes, en parallèle avec l'intégration économique (et aussi sociale, politique et culturelle, dans le cas de l'Europe). Ainsi, un programme transsystémique de niveau mondial doit s'inscrire dans une perspective dynamique, où les systèmes juridiques sont appelés à changer en fonction l'un de l'autre. Dans le cadre européen, l'étude du droit européen (y inclus ses bases historiques, politiques, économiques, etc.) confère ce dynamisme à la formation transsystémique, en montrant comment et pourquoi les divers systèmes évoluent dans un certain sens. Hors de l'Europe, cette tâche pourrait s'avérer plus ardue. Toutefois, le droit de l'OMC et le droit de l'ALÉNA (et de la future ZLÉA, le cas échéant) ont déjà tendance à imprimer aussi un certain dynamisme à plusieurs matières (droit commercial, droit des sociétés, etc.), et cet effet ira sans doute en s'accroissant.

Conclusion

Les juristes étant généralement conservateurs (envers leur propre discipline, sans nécessairement l'être au niveau politique), personne ne sera surpris de constater que le droit a pris du retard par rapport à d'autres disciplines en ce qui concerne la réflexion sur les conséquences de l'intégration (économique et autre), et la réforme de la formation juridique à la lumière de cette réflexion.

Néanmoins, les travaux ont maintenant atteint leur vitesse de croisière en Europe, avec une discussion assez enflammée sur la convergence des systèmes juridiques. Il semble que, comme c'est souvent le cas, la conclusion modérée sera retenue, soit un travail de fond sur la base d'une méthode comparative revivifiée, afin de créer les bases d'une convergence qui serait plutôt progressive et volontariste que forcée.

De même, de nombreux programmes à vocation ou saveur transsystémique font leur apparition en Europe, quoique ici encore l'évolution est lente et la création d'un véritable programme transsystémique ne soit pas pour demain. En effet, de nombreuses difficultés se présentent, dont le choix de la formule (une ou plusieurs universités, une ou plusieurs localisations), la place du droit comparé et du droit européen, le ni-

veau d'abstraction adéquat, les exigences professionnelles et enfin la nécessité d'avoir ou de conserver un système de référence.

À plusieurs égards, le nouveau programme de la Faculté de droit de l'Université McGill devance l'évolution européenne, mais certains éléments (absence de droit public, insistance sur une dichotomie usée entre le droit civil et le common law, manque de dynamisme) pourraient l'empêcher de devenir un véritable modèle mondial. À cet égard, la création d'un Institut d'études européennes constitue un pas dans la bonne direction, et nous souhaitons qu'il soit une grande réussite.
