

## § 2. Le rôle de la doctrine dans l'émergence du droit international des droits de l'homme. Regards sociologiques sur un facteur de création du droit

Julie RINGELHEIM<sup>1</sup>

*Chercheur qualifié au Fonds national de la recherche scientifique*

*Chargée de cours à l'Université catholique de Louvain*

«Like any social phenomenon, international law is a complex set of practices and ideas, as well as interpretations of those practices and ideas, and the way we engage in them or interpret them cannot be dissociated from the larger professional, academic or political projects we have. [...] International law is also a terrain of fear and ambition, fantasy and desire, conflict and utopia, and a host of other aspects of the phenomenological lives of its practitioners».

Martti KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Cette contribution a été rédigée au cours d'un séjour en tant que chercheur visiteur à l'Institut d'études avancées de Paris et au Centre d'études européennes de Sciences Po Paris. Je remercie chaleureusement ces deux institutions pour leur accueil.

<sup>2</sup> KOSKENNIEMI (M.), *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 7.

## Introduction : doctrine juridique et regard sociologique

L'approche positiviste du droit n'accorde classiquement à la doctrine qu'une place marginale dans sa théorie des sources. N'émanant pas d'une autorité habilitée à produire des normes juridiques valides, elle ne peut être considérée comme une source formelle du droit<sup>3</sup>. Tout au plus peut-elle être envisagée, ainsi que le rappelle Isabelle Hachez, comme une source « informelle »<sup>4</sup> ou « documentaire »<sup>5</sup> : les écrits des experts du droit peuvent, en cas de doute, aider l'interprète autorisé à identifier une règle de droit ou à en préciser la portée. Mais la doctrine, qu'on peut définir comme le discours savant produit par les juristes sur le droit<sup>6</sup>, n'est pas, par elle-même, créatrice de règles générales et obligatoires. Cette observation vaut tant pour le droit interne que pour le droit international. Certes, l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice (C.I.J.), qui énumère les règles que la Cour doit appliquer pour trancher les différends portés à sa connaissance et qui sert de référence en matière de sources du droit international, évoque « la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations »<sup>7</sup>. Il précise toutefois que cet élément ne peut être utilisé que comme « un moyen auxiliaire de détermination des règles de droit »<sup>8</sup>. Il faut comprendre par là que « ce que les clercs ou les savants disent du droit » peut servir à faciliter « l'élucidation de la règle lorsque son existence ou son contenu demeurent incertains »<sup>9</sup>. Mais « jamais leurs “dires” ne suffisent par eux-mêmes à prescrire le droit »<sup>10</sup>.

Les juristes reconnaissent néanmoins volontiers que, dans les faits, la doctrine exerce une influence significative sur le contenu du droit, à travers l'inspiration

<sup>3</sup> HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de “sources du droit”, “force normative” et “soft law” », in *R.I.E.J.*, 2010, n° 65, p. 1-64, n° 4 et n° 6.

<sup>4</sup> *Ibid.*, n° 4. Voy. aussi JESTAZ (Ph.) et JAMIN (Ch.), *La doctrine*, Dalloz, Paris, 2004, p. 5, et DUMONT (H.) et BAILLEUX (A.), « Esquisse d'une théorie des ouvertures interdisciplinaires accessibles aux juristes », *Droit et Société*, 2010, n° 75, p. 275-292, p. 284. C. Thibierge propose de qualifier la doctrine de « source non formelle », une catégorie qu'elle distingue tant des sources formelles que des sources matérielles : THIBIERGE (C.), « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Dalloz, Paris, 2006, p. 519-546, p. 540. Ph. Jestaz et Ch. Jamin parlent, quant à eux, de « source indirecte » à propos de la doctrine (JESTAZ (Ph.) et JAMIN (Ch.), *op. cit.*, p. 5).

<sup>5</sup> HACHEZ (I.), *op. cit.*, n° 6.

<sup>6</sup> Comp. avec Fr. Ost et M. van de Kerchove, qui décrivent la doctrine comme « la connaissance que les juristes ont du droit en tant que “spécialistes” de cette discipline » (OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 2002, p. 452).

<sup>7</sup> Article 38 du Statut de la C.I.J., d).

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> VERHOEVEN (J.), *Droit international public*, Larcier, Bruxelles, 2000, p. 314.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 315.

qu'y puisent juges ou législateur<sup>11</sup>. Mais les processus par lesquels s'exerce cette influence restent malaisés à saisir tant qu'on s'en tient à un cadre de pensée positiviste. Car l'objet même que le positivisme assigne à la pensée juridique semble exclure une réflexion sur les dynamiques sociales qui entourent la production du droit. Ainsi, Hans Kelsen écrit dans sa *Théorie pure du droit* que la science du droit doit avoir pour seul objet... le droit, c'est-à-dire les normes juridiques. Le comportement humain n'intéresse la pensée juridique « que et dans la mesure seulement où il est prévu par des normes juridiques, où il figure en qualité soit de condition soit de conséquence, ou, en d'autres termes, qu'en tant que et dans la mesure où il apparaît comme contenu de normes juridiques ». Bref, la « science du droit vise à comprendre son objet “juridiquement”, c'est-à-dire du point de vue du droit »<sup>12</sup>. Cette fonction permet de tracer la frontière entre « la science du droit, en tant que science normative » et « toutes les autres sciences qui visent à la connaissance de relations causales entre processus réels ou de fait »<sup>13</sup>.

Cette conception du savoir juridique caractérise précisément, aujourd'hui encore, la doctrine, la distinguant d'autres formes d'appréhension scientifique du droit<sup>14</sup>, qui cherchent à expliquer les phénomènes juridiques en mobilisant les ressources des sciences humaines dans une optique trans-, pluri- ou multidisciplinaire<sup>15</sup>. La doctrine juridique reste, quant à elle, attachée à un point de vue interne sur le droit : elle étudie les règles et principes de droit à partir de la vision qu'en ont les institutions juridiques, en adhérant aux conventions, aux représentations, à la rationalité propres au droit<sup>16</sup>. Sans doute, les auteurs de doctrine ne se limitent-ils pas à la fonction de descrip-

<sup>11</sup> Voy., notamment, JESTAZ (Ph.) et JAMIN (Ch.), *op. cit.*, p. 6; DECOCQ (G.), « Réflexions sur l'influence doctrinale », *Libres propos sur les sources du droit. Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, *op. cit.*, p. 111-118; ORIANNE (P.), « La doctrine dans sa réalité : faits et opinions », *Ann. Dr. Louvain*, 1997, n° 1, p. 5-19, et VIEUJEAN (E.), « Place de la doctrine dans le droit belge actuel », *Ann. Dr. Louvain*, 1997, n° 1, p. 21-29, spéc. p. 24-27.

<sup>12</sup> KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. Ch. Eisenmann, Bruylant, L.G.D.J., Bruxelles, Paris, 1999, p. 77. Il est à noter qu'aujourd'hui, ce que Kelsen appelle « science du droit » sera qualifié de doctrine juridique, tandis que la notion de « science du droit » tend à être utilisée pour désigner l'étude du droit d'un point de vue externe (voy. *infra*) : voy. DUMONT (H.) et BAILLEUX (A.), *op. cit.*, p. 84, et CHEVALLIER (J.), « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société*, 2002, n° 50, p. 103-119.

<sup>13</sup> KELSEN (H.), *op. cit.*, p. 83.

<sup>14</sup> Voy. DUMONT (H.) et BAILLEUX (A.), *op. cit.*, p. 82.

<sup>15</sup> Sur ces notions, voy. OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *op. cit.*, p. 449-488. Voy. aussi, des mêmes auteurs, « La doctrine entre “faire savoir” et “savoir-faire” », *Ann. Dr. Louvain*, 1997, n° 1, p. 31-56, reproduit dans ce volume.

<sup>16</sup> La distinction entre points de vue interne et externe sur le droit a été proposée à l'origine par H. L. A. Hart (HART (H. L. A.)), *Le concept de droit*, trad. de M. van de Kerchove, Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 1976, p. 116). Pour une discussion de ces notions, voy. OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? ...*, *op. cit.*, p. 458-466, et CHEVALLIER (J.), *op. cit.*, p. 111-112.

tion et de mise en forme rationnelle à laquelle Kelsen voulait les cantonner<sup>17</sup> : il leur arrive d'évaluer, voire de critiquer, les normes ou interprétations produites par les organes de création et d'application du droit. Mais ils le font généralement en s'appuyant sur les critères ou les valeurs véhiculés par le système juridique lui-même, soulignant par exemple les incohérences d'un dispositif ou sa contradiction avec d'autres règles de droit. Selon les codes de la profession, si des considérations extrajuridiques peuvent parfois être invoquées pour suggérer des modifications législatives, elles doivent l'être sous le couvert de la distinction entre commentaire de *lege lata* (selon la loi en vigueur) et de *lege ferenda* (selon la loi à proposer)<sup>18</sup>. Autrement dit, la conception du droit que reflète la doctrine – ou « dogmatique juridique » comme on l'appelle dans les pays germaniques et slaves<sup>19</sup> – est celle du positivisme juridique : le droit y est vu comme un système de normes rationnel, autonome par rapport aux sphères de la morale et de la politique, affranchi des contingences sociales. Cette vision est d'ailleurs à l'origine de la distinction entre sources formelles et matérielles. Catherine Thibierge souligne que la notion de « sources formelles » permet d'« exclure du droit positif les sources auxquelles elles s'opposent, c'est-à-dire les sources substantielles, réelles, brutes, matérielles, dites aussi forces créatrices ». La théorie moderne des sources nomme « les sources substantielles pour mieux les exclure. Ce faisant elle crée une césure avec le terreau des forces sociales et créatives du droit »<sup>20</sup>. S'inscrivant dans cette optique, la doctrine se présente elle-même comme un discours neutre et objectif, dont les auteurs seraient mus uniquement par des considérations scientifiques, dégagés des déterminants sociaux ou politiques. Cette perception du travail doctrinal ne favorise pas une réflexion de la doctrine sur elle-même ni sur le rôle qu'elle peut jouer dans le droit<sup>21</sup>.

Aussi, le regard des sciences sociales peut-il se révéler particulièrement riche pour un tel objet d'étude : il permet, en effet, de prendre de la distance par rapport aux conventions du droit et d'envisager le discours juridique dans son contexte sociohistorique. Une telle approche n'exclut pas la

<sup>17</sup> Pour Hans Kelsen, le juriste qui prétend faire œuvre scientifique devrait s'abstenir de prendre parti parmi différentes interprétations possibles d'une norme, car, ce faisant, il irait au-delà de la science juridique pour verser dans la politique juridique. Voy. KELSEN (H.), *op. cit.*, p. 342.

<sup>18</sup> DÉOM (D.), « En guise de conclusions : vers une éthique de la doctrine », *Ann. Dr. Louvain*, 1997, n° 1, p. 57-72, p. 65. Voy. aussi DUMONT (H.) et BAILLEUX (A.), *op. cit.*, p. 283.

<sup>19</sup> OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? ...*, *op. cit.*, p. 452.

<sup>20</sup> THIBIERGE (C.), *op. cit.*, p. 539. Voy. aussi HACHEZ (I.), *op. cit.*, n° 5. Sur le contexte intellectuel de l'émergence des notions de sources formelles et matérielles du droit, voy. JESTAZ (Ph.) et JAMIN (Ch.), *op. cit.*, p. 130-139.

<sup>21</sup> CAILLOSSE (J.), « Pierre Bourdieu, *juris lector* : anti-juridisme et science du droit », *Droit et Société*, 2004, n° 56-57, p. 17-39, p. 26.

prise en compte, dans l'analyse, du point de vue interne des juristes, si l'on adopte le « point de vue externe modéré » préconisé par François Ost et Michel van de Kerchove<sup>22</sup>. De fait, un certain nombre d'auteurs se sont intéressés à la doctrine juridique dans une perspective sociologique ou historique. Certains se sont appliqués à dégager les liens entre le discours des juristes savants et l'arrière-plan idéologique, politique ou socio-économique de leur temps. L'ouvrage du philosophe du droit international, Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations*<sup>23</sup>, offre un exemple remarquable des potentialités de ce type d'approche. À travers l'étude des trajectoires personnelles, intellectuelles et professionnelles des grands internationalistes de la fin du XIX<sup>e</sup> siècle et du début du XX<sup>e</sup> siècle, l'auteur cherche à restituer l'esprit, les idéaux, la vision de la société et du monde qui animaient les fondateurs du droit international moderne, inspirant et limitant tout à la fois leur pensée. Ceux-ci partageaient, selon lui, une « sensibilité » particulière, indissociable des courants libéraux et cosmopolites de l'époque, caractérisée par une foi dans la modernité, le pouvoir de la raison, le progrès, mais aussi, jusqu'à la Première Guerre mondiale, par un soutien au colonialisme européen. Étudiant leurs écrits doctrinaux, il montre comment ce qui peut apparaître *a priori* comme des controverses intellectuelles arides est, en réalité, étroitement lié aux questions sociales et politiques brûlantes de l'époque<sup>24</sup>. Dans une optique en partie comparable, l'ouvrage d'André-Jean Arnaud, *Les juristes face à la société du XIX<sup>e</sup> siècle à nos jours*<sup>25</sup>, paru en 1975, explore les interactions entre la pensée juridique française et les transformations socio-économiques de 1804 à 1970. Arnaud englobe, dans la notion de « pensée juridique », les points de vue des juristes sur les problèmes de leur temps tels qu'ils sont reflétés à la fois dans la doctrine, la législation et la jurisprudence<sup>26</sup>. Les écrits doctrinaux occupent toutefois une place majeure dans son étude. Il met notamment en lumière comment le développement industriel et économique du XIX<sup>e</sup> siècle a entraîné une « diversification des savoirs à l'intérieur même du domaine juridique »<sup>27</sup>, avec la remise en cause de la domination initiale du droit civil et l'affirmation progressive, en tant que branches juridiques et disciplines scientifiques, du droit administratif, du droit commercial ou encore du droit social<sup>28</sup>.

<sup>22</sup> *De la pyramide au réseau...*, *op. cit.*, p. 465. Voy. aussi DUMONT (H.) et BAILLEUX (A.), *op. cit.*, p. 284.

<sup>23</sup> KOSKENNIEMI (M.), *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, *op. cit.*

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>25</sup> ARNAUD (A.-J.), *Les juristes face à la société du XIX<sup>e</sup> siècle à nos jours*, PUF, Paris, 1975.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>27</sup> *Ibid.*, p. 22.

<sup>28</sup> *Ibid.*, spéc. p. 126-155.

Mais, si ces recherches mettent en évidence la manière dont la société agit sur la doctrine, elles nous renseignent peu en revanche sur la façon dont celle-ci contribue à la formation et au fonctionnement du droit. Sur ce plan, les réflexions initiées par Pierre Bourdieu dans le principal article qu'il a consacré au droit<sup>29</sup>, dans lequel il invite les sociologues à prendre la « science du droit » pour objet et à analyser l'ordre juridique à travers le prisme du concept de « champ », conservent toute leur actualité. Plusieurs auteurs s'en sont d'ailleurs inspirés pour porter un regard neuf sur la doctrine juridique. En particulier, Mikael Rask Madsen et Stéphanie Hennette-Vauchez se sont intéressés au développement d'une doctrine bien spécifique, celle relative au droit international des droits de l'homme. Leurs travaux illustrent de manière frappante les interrelations qui peuvent exister entre savants et praticiens du droit, monde universitaire et institutions judiciaires ou politiques, autrement dit, entre théorie et pratique du droit. Ils montrent également l'importance du rôle que peut jouer la construction d'un discours juridique savant dans l'émergence d'une nouvelle branche du droit.

Dans cette contribution, nous nous proposons de souligner, à partir des travaux de ces deux auteurs, l'intérêt que peut présenter l'éclairage sociologique pour une réflexion sur les sources du droit. Vue sous cet angle, la doctrine, si elle n'est pas, pour les juristes, une source du droit au sens formel, apparaît néanmoins, du point de vue sociologique, comme un facteur qui contribue à créer et façonner le droit. Nous commencerons par présenter les perspectives ouvertes par Pierre Bourdieu et la manière dont elles ont pu être appliquées à l'analyse de la doctrine juridique en général (I). Nous nous concentrerons ensuite sur le cas particulier de l'essor de la doctrine relative au droit international des droits de l'homme (II).

## I. La doctrine comme « champ »

Dans son article « La force du droit » paru en 1986, Pierre Bourdieu affirme d'entrée de jeu la nécessité de faire de la « science juridique » un objet central de la sociologie du droit<sup>30</sup>. Appliquant l'appareil théorique qu'il a développé dans d'autres contextes, il invite à envisager le droit comme un « champ »,

---

<sup>29</sup> BOURDIEU (P.), « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, septembre 1986, p. 3-19.

<sup>30</sup> L'article « La force du droit » s'ouvre sur ces mots : « Une science rigoureuse du droit se distingue de ce que l'on appelle d'ordinaire la "science juridique" en ce qu'elle prend cette dernière pour objet » (*op. cit.*, p. 3).

c'est-à-dire comme un univers social spécifique, structuré par des rapports de pouvoir et de complémentarité, au sein duquel les acteurs sont engagés dans des luttes pour l'acquisition de certains «biens», symboliques ou matériels, tout en partageant des compétences, des intérêts et des enjeux communs. «Le champ juridique, écrit Bourdieu, est le lieu d'une concurrence pour le monopole du droit de dire le droit»<sup>31</sup>. Mais seuls participent à cet affrontement les détenteurs de la capacité socialement reconnue d'interpréter les textes juridiques : l'accès à cet espace suppose la maîtrise de codes, d'une langue, d'un corpus de textes, d'un mode de pensée et d'action. Le champ juridique repose donc sur une «coupure sociale» entre profanes et professionnels, seuls habilités à parler du droit avec autorité<sup>32</sup>. La notion de champ implique aussi des divisions internes et des hiérarchies, entre domaines du droit, entre professions juridiques ou encore entre théoriciens et praticiens. Pour Bourdieu, les positionnements dans les conflits doctrinaux doivent être analysés au regard de la position des acteurs dans cette configuration interne. Mais le droit est en même temps en interaction avec les forces sociales extérieures : la place des différents spécialistes dans la hiérarchie interne au champ juridique doit également être rapportée à la position qu'occupent, dans l'espace social et politique, les groupes dont les intérêts sont liés aux spécialités juridiques en question<sup>33</sup>. Ces luttes se traduisent notamment, dans le monde académique, par des conflits sur «la définition des programmes, l'ouverture de rubriques dans les revues spécialisées ou la création de chaires, et, par là, le pouvoir sur le corps et sur sa reproduction»<sup>34</sup>.

Parallèlement, c'est aussi la spécificité du discours des juristes sur le droit qui devrait, selon Bourdieu, retenir l'attention des sociologues. Au-delà de leurs conflits et divisions, le corps des juristes est uni par un mode de pensée et d'expression particulier, qui repose sur l'affirmation du droit comme système clos et autonome, délivré de la « pesanteur sociale »<sup>35</sup>. Pour Bourdieu, la rhétorique de l'autonomie, de la neutralité et de l'universalité, qui caractérise la langue juridique, est révélatrice du fonctionnement du champ juridique lui-même : sa fonction est de faire apparaître le système des normes juridiques comme indépendant des rapports de force qu'il sanc-

<sup>31</sup> BOURDIEU (P.), « La force du droit... », *op. cit.*, p. 4.

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 18.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 18. Voy. aussi l'ouvrage de BOURDIEU (P.) sur le « champ universitaire », centré sur les facultés de lettres : *Homo academicus*, Les Éditions de Minuit, 1984.

<sup>35</sup> BOURDIEU (P.), « La force du droit... », *op. cit.*, p. 3.

tionne et consacre<sup>36</sup>. Le travail juridique constitue ainsi l'un des mécanismes par lesquels s'exerce la « domination symbolique ou, si l'on préfère, l'imposition de la légitimité d'un ordre social »<sup>37</sup> : « par la systématisation et la rationalisation qu'il fait subir aux décisions juridiques et aux règles invoquées pour les fonder ou les justifier, il confère le sceau de l'universalité, facteur par excellence de l'efficacité symbolique, à un point de vue sur le monde social dont on a vu qu'il ne s'oppose en rien de décisif au point de vue des dominants »<sup>38</sup>. L'autorité juridique n'est finalement rien d'autre que la « forme par excellence de la violence symbolique légitime »<sup>39</sup>.

Si le fait de réduire le droit à l'expression dissimulée d'un rapport de force paraît réducteur, car c'est négliger l'hétérogénéité du juridique et la possibilité d'y trouver des ressources pour contester l'ordre social<sup>40</sup>, les pistes de réflexion lancées par Bourdieu ont fourni une source d'inspiration à plusieurs auteurs pour penser la doctrine autrement. Dans cette optique, étudier la doctrine sociologiquement suppose d'en analyser la configuration interne, les acteurs, les rapports avec d'autres champs et de chercher à comprendre les ressorts du pouvoir doctrinal<sup>41</sup>. Prolongeant la réflexion entamée par Bourdieu, Yves Dezalay affirme que « la doctrine est au cœur des rapports de pouvoir : c'est là que se définissent – et se redéfinissent sans cesse – la politique du droit, son autonomie et sa légitimité sociale »<sup>42</sup>. Examiner les dispositifs de pouvoir qui traversent la doctrine doit être, selon lui, un objectif prioritaire de la sociologie du droit<sup>43</sup>. La production doctrinale doit être vue comme un enjeu social et professionnel<sup>44</sup>. Cela passe notamment par l'étude des lieux institutionnels où se jouent les controverses savantes et où se construisent l'autorité et les hiérarchies doctrinales : les universités, les

<sup>36</sup> *Ibid.*, p. 4.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>38</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>39</sup> *Ibid.*, p. 3.

<sup>40</sup> En ce sens, voy. les observations de J. CAILLOSSE, *op. cit.*, p. 36-38; ROUSSEL (V.), « Le droit et ses formes. Éléments de discussion de la sociologie du droit de Pierre Bourdieu », *Droit et Société*, 2004/1, n° 56-57, p. 41-55, spéc. p. 52-53, et GARCIA VILLEGAS (M.), « On Pierre Bourdieu's legal thought », *Droit et Société*, 2004/1, n° 56-57, p. 67 et p. 70. Voy. aussi ISRAËL (L.), *L'arme du droit*, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, Paris, 2009.

<sup>41</sup> CHEVALLIER (J.), *op. cit.*, p. 116.

<sup>42</sup> DEZALAY (Y.), « La production doctrinale comme objet et terrain de luttes politiques et professionnelles », in *La doctrine juridique*, PUF, Paris, 1993, p. 230-239, p. 231. A. Bernard et Y. Poirmeur, dans leur contribution à ce même ouvrage collectif, s'appuient eux aussi sur les thèses bourdieusiennes pour analyser la doctrine (BERNARD (A.) et POIRMEUR (Y.), « Doctrine civiliste et production normative », in *La doctrine juridique*, *op. cit.*, p. 127-180). Sur l'intérêt des thèses de Pierre Bourdieu pour analyser la doctrine, voy. aussi CAILLOSSE (J.), *op. cit.*, p. 116, et CHEVALLIER (J.), *op. cit.*, p. 26.

<sup>43</sup> DEZALAY (Y.), *op. cit.*, p. 231.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 239.



colloques, les revues...<sup>45</sup>. Mais cela suppose aussi de s'intéresser aux « relations complexes d'alliances et d'échanges qui se nouent à l'occasion des luttes doctrinales entre les différents groupes de producteurs qui sont en concurrence et leur clientèle de praticiens ou d'intérêts sociaux »<sup>46</sup>. L'évolution du droit international des affaires illustre selon lui de manière nette les enjeux de pouvoir qui entourent la doctrine. Ainsi, les grands cabinets d'avocats de type anglo-américain investissent massivement le terrain du droit savant, multipliant des enseignements à temps partiel, finançant des chaires et des travaux de recherche, organisant des formations et publications internes, soutenant des colloques et des revues, voire des maisons d'édition. Pour Dezalay, ces initiatives révèlent une stratégie globale visant à promouvoir un droit conforme aux intérêts des opérateurs dominants du monde économique dont ils assurent la défense<sup>47</sup>.

L'influence de Bourdieu se perçoit également dans l'ouvrage de Philippe Jestaz et Christophe Jamin, qui semble être le premier à tenter une forme de sociologie de la doctrine française dans son ensemble<sup>48</sup>. Ces deux auteurs soulignent que le terme même de « doctrine » est historiquement situé : c'est aux environs de 1850, à une époque marquée par l'essor des premières revues juridiques, que l'expression « doctrine » se substitue à celle de « doctrine des auteurs » dans le langage des juristes<sup>49</sup>. Le terme désigne désormais l'ensemble des opinions exprimées par les docteurs du droit, mais aussi, par extension, la collectivité des auteurs eux-mêmes. Pour Jestaz et Jamin, cette évolution est révélatrice du fait que la doctrine correspond à un corps, une communauté, unifiée par des usages, des rites, des habitudes de pensée et d'écriture<sup>50</sup>. C'est en s'opposant aux sciences sociales qui émergent à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle que la doctrine française aurait construit son identité à partir de cette époque<sup>51</sup>. Pour préserver l'autonomie du savoir juridique, les juristes savants ont théorisé une conception dogmaticienne et techniciste de la science juridique, à laquelle ils assignent la mission d'ordonner et de rationaliser l'espace juridique en dégagant, à partir des lois et de la jurisprudence, des grands principes et des théories générales. Outre qu'elle

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 233.

<sup>46</sup> *Ibid.*, p. 232.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 239.

<sup>48</sup> JESTAZ (Ph.) et JAMIN (Ch.), *op. cit.* Ce livre développe des idées que Philippe Jestaz avait présentées initialement lors d'un colloque organisé à Pau en 2002 sur « Bourdieu, le droit et les juristes ». La communication présentée par Ph. Jestaz à cette occasion a été publiée sous le titre « Genèse et structure du champ doctrinal » (D., 2005, p. 19-22).

<sup>49</sup> JESTAZ (Ph.) et JAMIN (Ch.), *op. cit.*, p. 70 et p. 129-130.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 7. Dans le même sens, voy. BERNARD (A.) et POIRMEUR (Y.), *op. cit.*, p. 129.

<sup>51</sup> JESTAZ (Ph.) et JAMIN (Ch.), *op. cit.*, p. 8 et p. 139-156.

établit une frontière entre le droit et les sciences sociales, cette conception a également pour effet de marginaliser les praticiens et de conférer une position dominante aux professeurs d'université, qui ont le temps de se consacrer à des projets théoriques de grande envergure<sup>52</sup>. Cette caractéristique, selon les deux auteurs, a perduré jusqu'à aujourd'hui : la doctrine française resterait dans une large mesure un « droit des professeurs », même si, dans une matière comme le droit administratif, l'autorité doctrinale des facultés de droit est concurrencée par celle des membres du Conseil d'État<sup>53</sup>.

L'empreinte de Bourdieu est également perceptible dans leur analyse des fonctions de la doctrine. Pour Jestaz et Jamin, au-delà de sa fonction de commentaire et d'opinion, la doctrine joue un rôle essentiel dans le droit : elle contribue à la légitimation de l'ordre juridique en lui apportant la caution du droit savant<sup>54</sup>. Des auteurs peuvent bien sûr se montrer critiques à l'égard d'un dispositif législatif ou d'une jurisprudence. Mais les modalités mêmes du discours juridique savant, les termes dans lesquels il s'exprime, ont pour effet de dépolitiser, d'objectiver et, par là, de légitimer les règles de droit<sup>55</sup>. La doctrine exerce aussi un pouvoir sur le droit : l'autorité scientifique attachée aux productions doctrinales lui permet d'influer sur la définition et l'interprétation de la norme juridique<sup>56</sup>.

Le livre de Jestaz et Jamin se concentre sur le contexte national français et accorde une place prépondérante dans son analyse à la doctrine civiliste, historiquement dominante en France<sup>57</sup>. Comme les auteurs le soulignent eux-mêmes, leur analyse reflète les spécificités du « champ doctrinal français ». Ailleurs, et notamment aux États-Unis, la littérature juridique peut se révéler plus ouverte à la participation des praticiens et plus sensible aux apports des sciences sociales<sup>58</sup>. Mais le constat central posé dans cet ouvrage reste valable pour d'autres pays : il existe une littérature juridique spécialisée, technique, avec ses auteurs de référence, ses classiques, ses modes de raisonnement. Malgré leur diversité, les producteurs de cette littérature constituent une communauté qui

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 157-165.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 193-205.

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 245.

<sup>55</sup> *Ibid.*, p. 246. Voy. aussi BERNARD (A.) et POIRMEUR (Y.), *op. cit.*, p. 180.

<sup>56</sup> JESTAZ (Ph.) et JAMIN (Ch.), *op. cit.*, p. 256-262, et BERNARD (A.) et POIRMEUR (Y.), *op. cit.*, p. 130.

<sup>57</sup> MORVAN (P.), « La notion de doctrine », *D.*, 2005, p. 2421.

<sup>58</sup> Voy. les observations de Ph. Jestaz et de Ch. Jamin sur la littérature juridique américaine et sa comparaison avec la doctrine française (JESTAZ (Ph.) et JAMIN (Ch.), *op. cit.*, p. 265-303). À noter qu'en Belgique, D. Déom estimait, en 1997, que la participation des praticiens à la doctrine semblait en augmentation (DÉOM (D.), *op. cit.*, p. 59). Voy. aussi les analyses de Fr. Ost et de M. van de Kerchove, qui soulignent une diversification des acteurs de la doctrine, laquelle serait de moins en moins l'apanage des professeurs (OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), « La doctrine entre "faire savoir" et "savoir faire" », *op. cit.*, p. 45-56).

a ses traditions, son langage, ses critères de jugement. Cette littérature poursuit certes l'objectif de diffuser des connaissances et d'analyser les matières juridiques. Mais son autorité scientifique lui permet d'exercer un pouvoir et, à travers la nature particulière du discours qu'elle produit, de contribuer à la légitimation de l'ordre juridique. À ce double titre, on peut voir dans la production doctrinale un «élément constitutif de l'ordre juridique»<sup>59</sup>, une donnée qui participe au «processus de fabrication sociale du droit»<sup>60</sup>.

## II. L'essor de la doctrine du droit international des droits de l'homme ou la construction sociale d'une branche du droit

L'idée que le discours juridique savant participe au travail de fabrication du droit sous-tend également les travaux de Mikael Rask Madsen et de Stéphanie Henneute-Vauchez sur le droit international des droits de l'homme. On le sait : la protection internationale des droits de l'homme est un droit d'apparition relativement récente. On ne parlait tout simplement pas de droit international des droits de l'homme avant 1945<sup>61</sup>. Les normes et institutions structurant ce nouveau domaine juridique ont été progressivement échafaudées au sein de l'Organisation des Nations unies (ONU) et des organisations régionales créées dans les années d'après-guerre<sup>62</sup>. Les grandes étapes de cette évolution sont connues : la promotion du respect des droits de l'homme est mentionnée dans la Charte des Nations unies parmi les objectifs de l'organisation<sup>63</sup>; la Déclaration universelle des droits de l'homme est adoptée par l'Assemblée générale en 1948<sup>64</sup>; deux ans plus tard, la Convention européenne des droits de l'homme (C.E.D.H.) est

<sup>59</sup> CHEVALLIER (J.), *op. cit.*, p. 116.

<sup>60</sup> CAILLOSSE (J.), *op. cit.*, p. 26.

<sup>61</sup> Parmi les premiers ouvrages traitant des droits de l'homme sous l'angle du droit international figure le livre publié en 1945 par le professeur de droit international : LAUTERPACHT (H.), *An International Bill for the Rights of Man*, Columbia University Press, New York, 1945. Cet ouvrage a eu une grande influence sur l'élaboration des deux Pactes des Nations unies. Sur la place de cet ouvrage dans le parcours intellectuel de Hersch Lauterpacht, voy. KOSKENNIEMI (M.), *op. cit.*, p. 388-399.

<sup>62</sup> Sur le développement du droit international des droits de l'homme, voy. notamment DE SCHUTTER (O.), *International Human Rights Law. Cases, Materials, Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, et STEINER (H.), ALSTON (Ph.) et GOODMAN (R.), *International Human Rights in Context. Law, Politics and Morals*, 3<sup>e</sup> éd., Oxford University Press, Oxford, 2007. Sur la protection des droits de l'homme au sein des organisations régionales, voy. notamment SHELTON (D.), *Regional Protection of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

<sup>63</sup> Article 1<sup>er</sup>, § 3, de la Charte des Nations unies.

<sup>64</sup> Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale des Nations unies du 10 décembre 1948.

ouverte à la signature au sein du Conseil de l'Europe, débouchant sur l'institution de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'homme. Il fallut toutefois attendre près de vingt ans pour passer, aux Nations unies, d'une déclaration non contraignante à des traités consacrant des obligations juridiques: ce n'est qu'en 1966 que les deux conventions centrales de l'ONU en matière de droits fondamentaux – le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels – sont adoptées<sup>65</sup>. Parallèlement, le modèle européen fera graduellement école sur d'autres continents: la Convention américaine des droits de l'homme, qui prévoit la création de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, est ouverte à la signature au sein de l'Organisation des États américains (O.E.A.) en 1969<sup>66</sup>. Sur le continent africain, l'Organisation de l'Unité africaine propose, en 1981, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples à la signature de ses États membres<sup>67</sup>. En 1998, un Protocole à cette Charte est adopté, qui institue une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples<sup>68</sup>.

L'originalité des travaux de Madsen et Hennette-Vauchez est de souligner que l'essor du droit international des droits de l'homme et la réussite du régime européen de protection ne tiennent pas seulement aux conventions adoptées et aux institutions créées par les États. Ils montrent que les savoirs et les experts ont joué un rôle majeur dans la construction et l'affirmation de ce droit nouveau<sup>69</sup>. Dans cette optique, ils concentrent leur attention non sur les normes et les mécanismes institutionnels, mais sur les individus qui ont participé à l'édification de ce domaine juridique. L'ambition de Mikael Rask

<sup>65</sup> La première convention relative aux droits fondamentaux adoptée au sein des Nations unies est la Convention internationale pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, ouverte à la signature en 1965.

<sup>66</sup> La Convention américaine entrera en vigueur en 1978 et la Cour sera instituée l'année suivante. La Convention américaine confère également de nouvelles compétences à la Commission interaméricaine des droits de l'homme, créée dès 1959 par l'O.E.A.

<sup>67</sup> La Charte entrera en vigueur en 1986. Elle prévoit la création de la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples pour en surveiller le respect.

<sup>68</sup> Les premiers juges de la Cour africaine ont été désignés en 2006.

<sup>69</sup> Voy. aussi CÉCILE (R.) et VAUCHEZ (A.), « L'Académie européenne. Savoirs, experts et savants dans le gouvernement de l'Europe », *Politix*, 2010/1, n° 89, p. 9-34, p. 10. D'autres auteurs se sont intéressés dans une optique comparable à la construction du droit de l'Union européenne. Voy. BAILLEUX (J.), « Comment l'Europe vint au droit. Le premier congrès international d'études de la CECA (Milan-Stresa, 1957) », *Revue française de science politique*, 2010/2, vol. 60, p. 295-318 et COHEN (A.) et VAUCHEZ (A.), « Sociologie politique de l'Europe du droit », *Revue française de science politique*, 2010/2, vol. 60, p. 223-226. A. Vauchez se propose d'étudier, plus largement, comment s'est construit et structuré ce qu'il appelle le « champ juridique européen » et comment le rôle pris par le droit dans la construction européenne influe sur le type de gouvernement produit par les institutions européennes: VAUCHEZ (A.), « The force of a weak field: law and lawyers in the government of the European Union (for a renewed research agenda) », *International Political Sociology*, 2008, n° 2, p. 128-144.

Madsen, dans son ouvrage *La genèse de l'Europe des droits de l'homme*<sup>70</sup>, est d'étudier, du point de vue sociologique, la construction du droit des droits de l'homme en Europe à partir de 1945 et spécialement du système de la Convention européenne des droits de l'homme. Il centre sa réflexion sur le rôle des juristes dans l'émergence de ce domaine du droit, qu'il envisage comme un champ au sens bourdieusien<sup>71</sup>. Les experts du droit, qu'ils soient diplomates, conseillers, avocats, membres d'organisations non gouvernementales ou professeurs d'université, combinant souvent plusieurs de ces qualités, ont été, selon lui, les moteurs de la juridicisation des droits de l'homme, autrement dit, de leur transformation d'un concept moral ou politique en une catégorie juridique, fondée sur un réseau de textes et d'institutions. Ils sont, pour Madsen, les véritables bâtisseurs du droit des droits de l'homme<sup>72</sup>.

Pour comprendre la configuration historique qui a permis ces innovations juridiques et l'orientation qu'elles ont prise, il analyse les trajectoires personnelles, professionnelles et politiques des acteurs qui se sont mobilisés, à plusieurs niveaux, pour promouvoir les droits de l'homme, et ce, dans trois contextes géographiques: la France, la Grande-Bretagne et les pays scandinaves. Utilisant la logique des champs<sup>73</sup>, il conçoit le droit des droits de l'homme comme un espace social qui se construit sous l'impulsion croisée de dynamiques nationales, internationales et transnationales, au sein duquel les acteurs, ceux qu'il appelle les « entrepreneurs de droits de l'homme »<sup>74</sup>, occupent différentes positions, développent des stratégies, entretiennent des rapports de conflit ou d'interdépendance, et ce, dans une atmosphère marquée par les débuts de la guerre froide, puis par la décolonisation. Tous ces phénomènes contribuent à façonner cet espace, ainsi que les normes et les institutions qui s'y construisent<sup>75</sup>. Dans cette perspective, Madsen accorde une importance toute particulière à la construction des concepts, des savoirs et des savoir-faire, ainsi qu'à leur circulation entre les niveaux nationaux, européen et international et entre différents groupes sociaux actifs dans le domaine. Il considère en effet comme partie intégrante du processus de construction des droits de l'homme les efforts

<sup>70</sup> MADSEN (M. R.), *La genèse de l'Europe des droits de l'homme. Enjeux juridiques et stratégies d'État – France, Grande-Bretagne et pays scandinaves, 1945-1970*, Presses universitaires de Strasbourg, Strasbourg, 2010.

<sup>71</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 13-15.

déployés par certains acteurs pour faire accéder cette nouvelle matière au rang de discipline juridique scientifique<sup>76</sup>.

Cette question de la place du travail scientifique dans l'édification du droit européen des droits de l'homme est précisément au cœur de la recherche menée par Stéphanie Hennette-Vauchez<sup>77</sup>. Alors que l'approche juridique classique met l'accent sur le contenu de la production académique, elle déplace l'attention vers l'identité intellectuelle et professionnelle des auteurs qui ont fondé cette doctrine, dont elle examine les liens avec les institutions de la C.E.D.H. et la position dans le paysage universitaire. Son objectif est de comprendre le rôle joué par les savants du droit dans la construction du système de la Convention et sa reconnaissance comme mécanisme majeur de la scène juridique européenne et internationale. Parallèlement, un autre aspect de sa recherche est de déterminer dans quelle mesure le domaine de spécialisation (droit international, droit public, droit privé...) et l'origine nationale des experts qui se sont intéressés à la Convention ont influencé leur perception et leur analyse de cet instrument<sup>78</sup>.

Un constat très net se dégage de son analyse: les premiers et, jusque dans les années 1970, quasiment les seuls, à écrire et à publier sur la C.E.D.H. étaient des personnes travaillant au sein des institutions liées à cet instrument. Pendant longtemps, la production scientifique sur le droit européen des droits de l'homme a ainsi été l'apanage d'un petit groupe de juristes impliqués activement dans le système de la Convention à des titres divers: juges à la Cour (tels René Cassin, Walter J. Ganshof van der Meersch, Louis-Edmond Pettiti ou Alfred Verdross), membres de la Commission européenne des droits de l'homme (comme Max Sorensen et Jean-Claude Soyser), mais aussi greffiers (Marc-André Eissen ou Paul Mahoney), employés du secrétariat de la Commission (Michele de Salvia) ou membres de la Direction des droits de

<sup>76</sup> *Ibid.*, p. 26.

<sup>77</sup> Voy. HENNETTE-VAUCHEZ (S.), « Divided in diversity: national legal scholarship(s) and the European convention of human rights », *E.U.I. Working Papers*, R.S.C.A.S. 2008/39; « L'Europe au service du droit des droits de l'homme. Réalité politique, entreprise savante et autonomisation d'une branche du droit », *Politix*, 2010/1, n° 89, p. 57-78. Stéphanie Hennette-Vauchez, contrairement à M. R. Madsen, ne se réfère pas expressément à Bourdieu, mais elle utilise à plusieurs reprises la notion de champ, parlant de « champ des droits de l'homme » ou de « champ académique ».

<sup>78</sup> Voy., outre les deux articles cités à la note précédente, HENNETTE-VAUCHEZ (S.), « Les doctrines nationales relatives à la Convention européenne des droits de l'homme ou la C.E.D.H. vue dans le kaléidoscope européen », in *L'Annuaire de droit européen*, 2008, vol. VI, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 1019-1032. Voy. également les autres contributions au dossier coordonné par cet auteur dans ce volume de *L'Annuaire européen* et consacré aux doctrines nationales relatives à la Convention européenne. L'hypothèse générale de la recherche est que « le profil des universitaires qui s'intéressent à la C.E.D.H., de même que la chronologie selon laquelle ils le font, influent sur la substance du discours qu'ils tiennent » (« Les doctrines nationales... », *op. cit.*, p. 1020).

l'homme du Conseil de l'Europe (Karel Vasak, Polys Modinos, Paul-Henri Imbert)<sup>79</sup>. Il apparaît que, pour ce « monde de la Convention », comme l'appelle Hennette-Vauchez<sup>80</sup>, faire reconnaître les droits de l'homme comme une discipline scientifique par la communauté des juristes représentait un objectif de première importance. En témoigne la déclaration de René Cassin, figure emblématique de l'histoire des droits de l'homme, qui participa à la rédaction de la Déclaration universelle des droits de l'homme en tant que délégué de la France et fut le premier juge français à la Cour européenne des droits de l'homme<sup>81</sup>, dans le *Journal des droits de l'homme* en 1970 : « nous voulons apporter la preuve que les droits de l'homme sont une science »<sup>82</sup>. Dans le même esprit, Karel Vasak, membre de la Direction des droits de l'homme, écrit en 1973 : « Le phénomène contemporain des droits de l'homme exige de toute urgence l'élaboration d'une véritable science des droits de l'homme dont l'objectivité et la rigueur seront les garants de l'indépendance des droits de l'homme par rapport à toute école de pensée ou toute interprétation de la réalité »<sup>83</sup>.

Cet investissement dans la production académique se traduit par de multiples initiatives<sup>84</sup>. Dès les années 1950, les pionniers du régime européen des droits de l'homme, dont plusieurs sont professeurs d'université et ont donc des liens privilégiés avec les cercles universitaires, s'engagent dans un intense « activisme publicationnel »<sup>85</sup> : ils publient de nombreux articles analysant la Convention et son système de contrôle dans diverses revues juridiques européennes, généralement des revues de droit international. C'est, par exemple, sous la plume de Karel Vasak que paraît, en 1962, dans le *Journal du droit international*, la première chronique de jurisprudence des organes de la Convention<sup>86</sup>. Paraissent également des ouvrages collectifs, tels les *Mélanges* ou *Liber Amicorum* qui sont souvent offerts aux juges, membres de la Commission ou greffiers à l'issue de leur mandat, reproduisant une tradition universitaire<sup>87</sup>. À partir de 1960, des colloques interna-

<sup>79</sup> HENNETTE-VAUCHEZ (S.), « Divided in diversity... », *op. cit.*, spéc. p. 7-8.

<sup>80</sup> HENNETTE-VAUCHEZ (S.), « L'Europe au service du droit des droits de l'homme... », *op. cit.*, p. 62.

<sup>81</sup> Sur le parcours de René Cassin, voy. MADSEN (M. R.), *op. cit.*, p. 98-107 et p. 117-121.

<sup>82</sup> CASSIN (R.), *Rev. dr. h.*, 1970, vol. III, n° 4, p. 555, cité par HENNETTE-VAUCHEZ (S.), « Divided in Diversity... », *op. cit.*, p. 22.

<sup>83</sup> VASAK (K.), *Rev. dr. h.*, 1973, vol. 6, n° 1, p. 7, cité par HENNETTE-VAUCHEZ (S.), « L'Europe au service du droit des droits de l'homme... », *op. cit.*, p. 72.

<sup>84</sup> HENNETTE-VAUCHEZ (S.), « L'Europe au service du droit des droits de l'homme... », *op. cit.*, p. 67-70.

<sup>85</sup> *Ibid.*, p. 66.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>87</sup> Ph. Jestaz et Ch. Jamin écrivent à propos de la tradition des *Mélanges* que ce rite « est peut-être celui qui traduit le mieux ce sentiment d'appartenance collective et la communion intellectuelle affichée entre participants, souscripteurs et bientôt lecteurs » (JESTAZ (Ph.) et JAMIN (Ch.), *op. cit.*, p. 260).

tionaux consacrés à la Convention sont organisés tous les cinq ans à Strasbourg, au Conseil de l'Europe. En 1968, grâce aux fonds reçus en tant que prix Nobel de la Paix, René Cassin fonde avec Karel Vasak et Walter J. Ganshof van der Meersch, l'Institut international des droits de l'homme, dont le siège est établi à Strasbourg. L'un des objectifs assignés à cette nouvelle institution est de contribuer au développement de l'enseignement des droits de l'homme dans les universités et les facultés de droit, notamment en mettant en place colloques et formations à l'intention des professeurs de droit<sup>88</sup>. La même année, René Cassin, Karel Vasak et Polys Modinos<sup>89</sup> fondent la *Revue des droits de l'homme*, qui se veut le premier périodique consacré aux droits de l'homme et se propose « d'explorer systématiquement ce vaste domaine par l'étude de tous ses aspects juridiques, dans un esprit purement scientifique »<sup>90</sup>. Ce périodique accueille des articles en français et en anglais, mais aussi en allemand, en espagnol et en italien<sup>91</sup>, révélant par là le souci de s'adresser à un public transnational réparti dans l'ensemble de l'Europe.

On perçoit ainsi chez ces premiers praticiens-théoriciens des droits de l'homme un net souci de faire connaître la Convention, d'éveiller l'intérêt des milieux universitaires nationaux pour ce nouvel objet juridique, mais aussi de créer un nouveau savoir, de faire exister une discipline juridique, reposant sur un corpus de textes, d'ouvrages, d'articles de référence et de concepts propres<sup>92</sup>. L'intensité des efforts déployés par les premiers acteurs du Conseil de l'Europe pour produire une doctrine sur la Convention et la jurisprudence de ses organes de contrôle, peut s'expliquer tout d'abord par le désintérêt, voire le scepticisme, manifesté initialement par les facultés de droit à l'égard de ce phénomène<sup>93</sup>. Il faut dire que les débuts du système international de protection des droits de l'homme ont été lents : le mécanisme originaire de contrôle européen était doublement affaibli par le fait que les États n'étaient obligés de reconnaître ni le droit de recours individuel ni la juridiction de la Cour européenne. Celle-ci ne rendit son premier arrêt qu'en 1960, soit dix ans après l'entrée en vigueur de la Convention<sup>94</sup>. À cette

<sup>88</sup> HENNETTE-VAUCHEZ (S.), « L'Europe au service du droit des droits de l'homme... », *op. cit.*, p. 72. Voy. aussi MADSEN (M. R.), *op. cit.*, p. 122-123.

<sup>89</sup> Diplomate grec, Polys Modinos occupa différents postes au Conseil de l'Europe : il fut successivement directeur général à la direction des droits de l'homme du Conseil de l'Europe (1954-1959), greffier à la Cour (1959-1961), puis secrétaire général adjoint du Conseil de l'Europe (1961-1968).

<sup>90</sup> « Une revue des droits de l'homme », *R.I.D.C.*, 1968, vol. 20, n° 3, p. 543-544, p. 543.

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> HENNETTE-VAUCHEZ (S.), « L'Europe au service du droit des droits de l'homme... », *op. cit.*, p. 67.

<sup>93</sup> HENNETTE-VAUCHEZ (S.), « Divided in Diversity ... », *op. cit.* Voy. aussi MADSEN (M. R.), *op. cit.*, p. 120-123 (à propos de la France) et p. 196-197 (concernant la Grande-Bretagne).

<sup>94</sup> Arrêt *Lawless c. Irlande*, 14 novembre 1960, Série A, 1.



époque, il n'existait toujours aucune convention en matière de droits de l'homme au sein des Nations unies<sup>95</sup>. Et dix-neuf ans plus tard, en 1979, la Cour européenne n'avait rendu que trente-six arrêts. La jurisprudence liée à la Convention émanait encore essentiellement de la Commission. La matière à analyser et à commenter était donc limitée.

À cela s'ajoute le fait que le droit international des droits de l'homme ne s'insérait pas aisément dans les catégories traditionnelles du champ juridique académique, touchant à la fois au droit international et au droit interne, au droit public et au droit privé. Dans certains pays, il recoupait des notions connues dans la tradition juridique nationale, comme les *Libertés publiques* en France ou les *civil rights* en Grande-Bretagne, mais sans s'y confondre. Si, aujourd'hui, de très nombreux spécialistes des différentes branches du droit interne s'intéressent désormais au système de la C.E.D.H. et à la jurisprudence de la Cour, Hennette-Vauchez observe qu'à l'origine, les premiers auteurs à l'étudier étaient des internationalistes<sup>96</sup>. Mais ses rapports avec le droit international public étaient complexes. La protection des droits de l'homme était ancrée dans le droit international dans la mesure où elle trouvait sa source dans des conventions interétatiques. Mais elle représentait en même temps une rupture par rapport à certaines caractéristiques classiques de ce domaine juridique : alors que le droit international concerne traditionnellement les relations *entre États* et est dominé par les principes de souveraineté et de réciprocité, ces nouvelles normes visaient à régir les rapports *entre les autorités étatiques et leur population*. Elles portaient directement sur les affaires intérieures des États, en conférant aux individus des droits opposables à ceux-ci<sup>97</sup>. Cette ambivalence à l'égard de la tradition internationaliste s'est renforcée par la suite : tout en s'inscrivant dans l'univers épistémique du droit international, les théoriciens du droit des droits de l'homme ont cherché à s'affranchir de certaines de ses règles et à défendre la spécificité des droits fondamentaux, en affirmant, par exemple, la notion du « caractère objectif » des conventions relatives aux droits et libertés<sup>98</sup>, qui sera consacrée par la Cour européenne des droits

<sup>95</sup> Voy. *supra*.

<sup>96</sup> HENNETTE-VAUCHEZ (S.), « Divided in Diversity... », *op. cit.*, p. 13, et « Les doctrines nationales... », *op. cit.*, p. 119.

<sup>97</sup> Voy. STEINER (H.), ALSTON (Ph.) et GOODMAN (R.), *op. cit.*, p. 58-59.

<sup>98</sup> Voy., par exemple, FLAUSS (J.-Fr.), « La protection des droits de l'homme et les sources du droit international », in *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, Colloque de Strasbourg de la Société française de droit international, Pedone, Paris, 1998, p. 9-79, spéc. p. 24-28, et DE SCHUTTER (O.), *op. cit.*, p. 48-122. Voy. aussi COHEN-JONATHAN (G.), « La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international – Conclusions générales », *La protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*, *op. cit.*, p. 307-341.

de l'homme<sup>99</sup>. Cette attitude a suscité des tensions avec les internationalistes classiques. On en décèle encore les traces dans l'irritation exprimée, par exemple, par l'internationaliste français Alain Pellet, dans un texte paru en 2001, à l'encontre de ce qu'il appelle avec ironie le « droits-de-l'hommeisme » : « ... l'on peut définir le droits-de-l'hommeisme comme cette "posture" qui consiste à vouloir à toute force conférer une autonomie (qu'elle n'a pas à mon avis) à une "discipline" (qui n'existe pas en tant que telle à mon avis) : la protection des droits de l'homme »<sup>100</sup>. Et de reprocher aux spécialistes des droits de l'homme de laisser « parfois leur générosité prendre le pas sur la technique juridique »<sup>101</sup>, voire de confondre vérités scientifiques et projets politiques<sup>102</sup>.

Reste à se demander pour quels motifs faire reconnaître le droit international des droits de l'homme comme une *discipline scientifique* revêtait une telle importance aux yeux des premiers acteurs du système européen. Stéphanie Hennette-Vauchez avance que cette volonté de constituer les droits de l'homme en une branche du droit, présentant les qualités d'objectivité et de rationalité de la science juridique, s'explique par la « poursuite d'un objectif de *légitimation technique* du droit de la C.E.D.H. qui passe par la relégation de la part proprement politique de son identité »<sup>103</sup>. La formalisation savante était une condition de la juridicisation des droits de l'homme et de leur autonomisation de la politique<sup>104</sup>. Ce point de vue est également défendu par Madsen<sup>105</sup>.

Cette explication soulève toutefois une nouvelle interrogation : par quels processus l'édification d'une doctrine et d'une discipline académique peut-elle contribuer à faire exister un droit nouveau ? Ce qui revient à poser la question de la nature des liens qu'entretient le *droit savant*, en tant que discipline académique, avec le *droit positif*, au sens du droit produit et appliqué par les institutions habilitées par l'État à le faire. Car le seul fait qu'une théorie soit soutenue par la doctrine ne suffit pas à la faire exister comme « droit » du point de vue des institutions juridiques. Dans le domaine de la protection internationale des droits de l'homme, il nous semble que l'investissement

<sup>99</sup> Cour eur. D.H., arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, Série A, n° 25, § 239. Voy. aussi Comm. eur. D.H., *Autriche c. Italie*, 11 janvier 1961, req. n° 788/60, *Annuaire*, vol. 4, p. 139.

<sup>100</sup> PELLET (A.), « Droits-de-l'hommeisme et droit international », *Droits fondamentaux*, n° 1, juillet-décembre 2001, p. 167-179, p. 168.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 169.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 179.

<sup>103</sup> « L'Europe au service du droit des droits de l'homme... », *op. cit.*, p. 63.

<sup>104</sup> MADSEN (M. R.), *op. cit.*, p. 121.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 306.

dans le développement d'une « science juridique » a pu jouer un rôle double dans l'avènement des droits de l'homme comme droit. En premier lieu – c'est l'aspect le plus évident –, l'activité doctrinale a permis de construire des ressources théoriques et interprétatives que la Cour et la Commission européennes ont pu intégrer dans leurs travaux, et ce, d'autant plus aisément que les auteurs de ces premières études sur la Convention étaient souvent eux-mêmes membres de ces institutions ou le sont devenus par la suite. Les colloques et les lieux d'expression académiques ont ainsi fourni aux acteurs du système européen des droits de l'homme l'occasion de tester de nouvelles interprétations, de lancer de nouveaux concepts, bref, ont pu constituer un « laboratoire d'idées ». En second lieu, on peut supposer que la promotion d'une littérature juridique scientifique sur les droits de l'homme avait également pour fonction de favoriser la réception et l'appropriation de ces nouveaux concepts par les juristes et les institutions juridiques *sur le plan interne*. Il s'agissait là d'un objectif crucial : l'effectivité réelle de ce droit nouveau, fondé sur des conventions internationales, dépendait en fin de compte de la force juridique qui lui serait reconnue par les institutions nationales, en particulier par les juges. Or, précisément parce qu'elles trouvaient leur source dans des instruments relevant du droit international, le statut de ces normes nouvelles dans l'ordre interne était plus sujet à controverse que celui des règles juridiques nationales<sup>106</sup>. De ce point de vue, on peut penser que le développement d'une science juridique des droits de l'homme était en partie motivé par la volonté de les faire reconnaître par les communautés de juristes savants, sur le plan interne, comme constituant véritablement du *droit*, et ce, afin de permettre, en définitive, leur intégration par les institutions juridiques susceptibles de les appliquer et de leur donner un effet concret. Il est significatif à cet égard que les premiers auteurs se soient attachés à publier dans diverses langues et dans les revues de plusieurs pays, manifestant par là leur souci de toucher le public juridique des différents États européens. À ce double titre, les efforts investis par les premiers acteurs du système européen des droits de l'homme dans la production doctrinale représentaient, d'une certaine manière, le prolongement naturel de leur pratique professionnelle en tant que membres de ces institutions, et inversement.

<sup>106</sup> Il n'y a d'ailleurs toujours pas d'uniformité sur ce point, le statut reconnu aux normes de droit international des droits de l'homme variant d'un État à l'autre. Sur le statut de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit interne des États membres, voy. KELLER (H.) et SWEET (A. S.) éd., *A Europe of Rights – The Impact of the ECHR on National Legal Systems*, Oxford University Press, Oxford, 2008. Voy. aussi KRISCH (N.), « The open architecture of European human rights law », *The Modern Law Review*, 2008, vol. 71, n° 2, p. 183-216.

## Conclusion

La place qu'on accorde à la doctrine dans une réflexion sur les sources du droit dépend du sens que l'on donne à cette notion, mais aussi du regard que l'on porte sur le droit lui-même. Dans une perspective positiviste, qui correspond au point de vue interne au droit, le concept de source sert essentiellement à identifier les processus *reconnus par l'ordre juridique* comme susceptibles de créer des normes juridiques. C'est donc le concept de *sources formelles* qui importe. Cette approche présente à l'évidence une dimension idéologique<sup>107</sup> : elle reflète une vision du droit dans laquelle la production des normes juridiques est placée sous le contrôle de l'État. Dès lors, seuls les processus contrôlés ou avalisés par les organes de l'État peuvent être considérés comme sources du droit. Les autres données qui peuvent, de près ou de loin, influencer sur le développement des normes juridiques se voient rejetées dans la catégorie fourre-tout de *sources matérielles*. On y range, pêle-mêle, les fondements éthiques, psychologiques, sociologiques, économiques ou encore politiques du droit<sup>108</sup>, qui ont en commun d'être considérés comme non pertinents pour les juristes. La doctrine reste cependant malaisée à appréhender à travers ces catégories : elle a pour particularité d'être un discours produit par les professionnels du droit eux-mêmes et d'avoir pour ambition de clarifier, à l'intention notamment des organes chargés d'appliquer le droit, l'interprétation correcte des concepts juridiques. Les experts du droit ont conscience que, dans les faits, ce discours juridique savant exerce souvent une influence directe sur les autorités officiellement productrices de droit que sont le juge et le législateur. Il en résulte un certain tiraillement entre le constat de cette influence de fait et l'incohérence qu'il y aurait à ranger la doctrine parmi les sources formelles, puisque les auteurs de doctrine n'ont pas, formellement, le pouvoir de créer du droit. D'où la volonté de certains auteurs de lui conférer un statut à part dans la théorie des sources, en ajoutant aux notions de sources formelles et matérielles celle de *source informelle* ou *non formelle*, qui reste toutefois relativement floue.

Si, en revanche, l'on s'interroge sur les origines des normes juridiques du point de vue sociologique, c'est l'ensemble des phénomènes sociaux qui contribuent à produire et à façonner le droit qui retiendront l'attention. Sous cet angle, la doctrine peut assurément être envisagée comme un facteur de

---

<sup>107</sup> HACHEZ (I.), *op. cit.*, n° 12. Voy. aussi BEAUTHIER (R.) et DE BROUX (P.-O.), « Le regard des historiens sur les sources du droit : sources du droit, sources du pouvoir ? », in *Les sources du droit revisitées*, vol. 4, *La théorie des sources du droit*, HACHEZ (I.), CARTUYVELS (Y.), DUMONT (H.), GÉRARD (Ph.), OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.) dir., Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 2012.

<sup>108</sup> HACHEZ (I.), *op. cit.*, n° 5.

création du droit. La démarche des sciences sociales ouvre de nouvelles perspectives d'analyse du rôle de la doctrine dans le droit : l'approche de Pierre Bourdieu, en particulier, invite à réfléchir au pouvoir de la doctrine dans le champ juridique et aux mécanismes par lesquels il s'exerce. Au-delà de l'influence qu'elle peut avoir sur le juge ou le législateur, la doctrine participe à la constitution du droit dans un autre sens : par la nature du discours qu'elle produit, par les présupposés sur lesquels elle repose, elle entretient l'idée que le droit est un système de normes neutre, rationnel et autonome par rapport aux déterminants sociaux et politiques. Elle remplit ainsi une fonction de légitimation de l'ordre juridique. Les travaux de Mikael Rask Madsen et de Stéphanie Hennette-Vauchez sur la genèse du droit international des droits de l'homme attestent de la place centrale qu'occupe la doctrine dans le champ juridique : il est révélateur en effet que les premiers acteurs du droit européen et international des droits de l'homme aient attaché une telle importance à la construction d'une *science juridique* des droits de l'homme. Cette attitude témoigne du fait qu'à leurs yeux, l'édification d'un discours juridique savant faisait partie intégrante du processus d'affirmation de ce nouveau domaine du droit. Il ne s'agissait pas seulement de développer des concepts théoriques utiles au travail d'instances telles que la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme : il semble bien que la fonction de la constitution d'une doctrine spécialisée était aussi de faire accepter, par les communautés juridiques nationales, la *juridicité* des normes internationales relatives aux droits de l'homme.