De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques

Olivier Jouanjan

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/ress/398>
DOI : 10.4000/ress.398
ISSN : 1663-4446

Éditeur

Librairie Droz

Édition imprimée

Date de publication : 10 décembre 2003
Pagination : 129-144
ISBN : 2-600-00913-2
ISSN : 0048-8046

Référence électronique

Olivier Jouanjan, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales* [En ligne], XLI-128 | 2003, mis en ligne le 11 novembre 2009, consulté le 30 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/ress/398> ; DOI : 10.4000/ress.398

Olivier JOUANJAN

DE LA VOCATION DE NOTRE TEMPS POUR LA SCIENCE DU DROIT : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques

SOMMAIRE: 1. L'Ecole historique du droit et la fondation idéaliste de la science du droit. – 2. Systématisation et modèle mathématique: l'empire du conceptualisme juridique. – 3. Le tourment de l'interprétation et la situation actuelle des disciplines juridiques.

J'ai choisi un titre bien présomptueux. Mais il est dû à un souci. Un souci nourri par les nombreuses expériences qu'un professeur de droit, après une dizaine d'années d'activité, est ordinairement amené à faire. Expériences d'enseignant, expériences de celui qui participe au débat juridique doctrinal, expérience aussi de celui qui a assumé des charges administratives au sein de son Université et qui se préoccupe de l'administration et des politiques de l'*Alma Mater*. Et ces expériences, chacune à sa guise, sont bien propres à nourrir un souci profond quant aux conditions mêmes de la possibilité d'une « science » du droit aujourd'hui.

Le titre est présomptueux car il fait évidemment écho à l'un des ouvrages les plus célèbres et les plus considérables de l'histoire européenne du droit, le livre publié par Friedrich Carl von Savigny en 1814 sous le titre: « De la vocation de notre époque pour la législation et la science du droit »¹. Je n'ai pas l'ambition de rivaliser avec Savigny, l'un des plus grands juristes de l'histoire du droit européen, mais seulement de lui faire écho. Car je crois effectivement que la situation actuelle des disciplines juridiques justifie la plus grande préoccupation et l'ambition, donc, de poser au moins les termes du problème. J'espère sinon *prouver* mon propos du moins apporter des justifications, des arguments suffisants pour qu'on puisse considérer qu'il pourrait bien n'être pas complètement déplacé. Mais ces arguments ne viseront qu'une partie du problème plus large des conditions d'une « science » du droit.

Pour poser ces questions, je m'empare du thème de la preuve qui nous réunit. La preuve, je ne l'ai pas entendue au sens où l'entendent ordinairement les juristes: la question des modes de preuve de l'existence des faits ou des actes susceptibles de fonder une prétention juridique. J'ai considéré qu'il s'agissait de la question de l'administration de la preuve scientifique dans les disciplines juridiques, non pas, pour le dire autrement, de la preuve *en droit*, mais de la preuve *dans la science du droit*. Et tout mon propos est de dire que la question de la

¹ F. C. von Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814.

preuve ainsi entendue ne peut être déconnectée de la question de la scientificité d'une discipline, ce pourquoi elle est directement liée au souci qu'on peut avoir pour l'état actuel de ce qui s'appelle encore, par auto-considération sans doute, « science juridique ».

Pour ce faire il m'a semblé qu'un détour historique préliminaire s'imposait, un détour par l'époque de Savigny et de ses successeurs immédiats, c'est-à-dire par l'époque où, de la manière la plus consciente et la plus puissante, des juristes ont entendu constituer leur discipline en tant que « science véritable ». Car le XIX^e siècle est fondateur à cet égard. Je me bornerai à prendre deux étapes significatives. Dans un premier temps j'examinerai le modèle de scientificité qu'élabore, durant la première moitié du siècle environ, l'Ecole historique du droit et son principal représentant, à savoir Savigny (1). J'étudierai ensuite comment certains aspects de la pensée de Savigny sont radicalisés dans le sens d'un formalisme logique et d'un réalisme conceptuel par la science allemande du droit au cours de la seconde partie du siècle (2). J'essaierai, à partir de cette interprétation d'une histoire sans doute partielle mais, à mon sens, signifiante, de problématiser la situation actuelle de la science du droit, problématisation qui me paraît devoir être prise dans ce que j'appellerai le *tourment de l'interprétation* (3). Mais encore une fois, il ne s'agit là que d'une problématisation partielle d'un champ plus large de préoccupations qui, au-delà des questions proprement épistémologiques, devraient tout autant interroger les conditions de possibilité sociales, politiques, économiques et idéologiques d'élaboration d'une science du droit aujourd'hui. Mais, sans doute, ces tourments et préoccupations aux facettes multiples sont-ils liés entre eux, profondément.

1. L'ÉCOLE HISTORIQUE DU DROIT ET LA FONDATION IDÉALISTE DE LA SCIENCE DU DROIT

C'est au début du XIX^e siècle, en Allemagne, que l'expression « science du droit », « science juridique » (*Rechtswissenschaft*) en vint à signifier couramment l'office propre des juristes. Sans doute trouve-t-on chez Kant la formule *jurisscientia*, mais c'est avec l'Ecole historique du droit, spécialement dans l'œuvre de Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) et de son principal disciple, Georg Friedrich Puchta (1798-1846), que la *Jurisprudenz* a accoutumé de se dire *Rechtswissenschaft*. Ce mot signifiait une rupture – du moins une rupture désirée –, c'est-à-dire une prétention nouvelle : la *prudence* héritée des Romains (*jurisprudencia*) devait s'accomplir en une science véritable. Chez Savigny, pour la résumer en quelques mots évidemment insuffisants, cette prétention consistait non pas à répéter le savoir juridique des grands jurisconsultes de la Rome impériale, mais à en retrouver l'élévation propre, dans un contexte intellectuel et philosophique nouveau, celui de l'idéalisme allemand. Dans ce contexte spécifique, l'exigence méthodologique imposée par Savigny à la fondation d'une véritable science du droit – d'une science enfin conforme à la « vocation » de l'époque – consistait à considérer l'objet « droit » à la fois comme histoire et comme système. « A la fois » doit être pris ici en un sens fort : il s'agissait de penser l'unité du droit comme histoire et comme système, l'unité *organique* des considérations historiques et des considérations systématiques. Unité « organique » : « organisme »

fonctionnait effectivement comme un schème permettant de penser un système en évolution, de penser donc l'unité de l'ordre et du temps². À partir de là, il convenait de penser la rupture avec les grandes constructions systématiques du droit rationnel moderne des XVII^e et XVIII^e siècles – pour les juristes allemands du XIX^e, cela signifiait la rupture avec Pufendorf et Wolff et leurs épigones – dont les systèmes, à l'image du *Droit de la guerre et de la paix* de Grotius, n'étaient articulés que tout extérieurement, *more geometrico*.

« On a coutume de prouver de deux manières qu'une chose est de droit naturel, écrit Grotius³: *a priori* et *a posteriori*. De ces deux façons d'argumenter, celle-là est plus abstraite, celle-ci plus populaire. On prouve *a priori*, en démontrant la convenance ou la disconvenance nécessaire d'une chose avec la nature raisonnable et sociale; *a posteriori*, en concluant, sinon avec une certitude infaillible, du moins avec beaucoup de probabilité, qu'une chose est de droit naturel, parce qu'elle est crue comme telle chez toutes les nations, ou parmi celles qui sont le plus civilisées. Car un effet universel exige une cause universelle, et la cause d'une semblable opinion ne peut guère être autre chose que le sens même qu'on appelle sens commun. »

Les manifestations concrètes, historiques (le droit commun des pays – civilisés –) ne donne que la preuve – faible – d'une cause abstraite, en elle-même anhistorique. La rupture voulue par l'Ecole *historique* se trouve précisément là: dans la consubstantialité du rationnel et de l'historique. L'historicisme de l'Ecole historique est mal compris quand on le rabat, purement et simplement, sur la catégorie plus récente du relativisme. La raison est dans l'histoire et l'histoire dans la raison⁴. La preuve historique n'est pas d'un autre registre que la preuve systématique. « Le droit, écrit Puchta⁵, a deux faces, l'une systématique, l'autre historique, la vraie science du droit consistant en leur égale appréhension. » Cette approche à la fois double et unitaire, on la voit naître dès les premiers enseignements de Savigny, à Marbourg, en 1802-1803: « *Premier principe*. La *Jurisprudenz* est une science historique (...) *Deuxième principe*. Elle est une science philosophique (...) *Troisième principe*. Liaison de l'élément exégétique et de l'élément systématique: dans cette liaison, la méthode juridique s'accomplit... Nouvelle vision pour la science: traitement historique au sens propre, c'est-à-dire observation de la

² Sur la profusion des cohérences et connexions qui peuvent être établies, à tort ou à raison, à partir du schème de l'organisme: J. Schlangier, *Les métaphores de l'organisme*, 2^e éd., Paris, 1995.

³ *Droit de la guerre et de la paix*, L. I, chap. I, XII, 1, trad. Pradier-Fodéré, éd. Alland et Goyard-Fabre, Paris, 1999, pp. 41 sq.

⁴ Il faudrait s'arrêter longuement sur ce point. Certainement, l'Ecole historique pense l'individualité et la distinction des cultures. Mais il faudrait, pour ainsi dire, relativiser son relativisme et c'est, à mon sens, trop de dire qu'« on évacue le concept d'« Histoire universelle », comme le fait J.-M. Ferry (*La question de l'histoire*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2002, p. 12). Car l'organicisme généralisé de l'historicisme romantisme va jusqu'à penser l'« organisme universel », et donc une certaine unité de l'humanité qui n'est pas de l'ordre du relativisme radical. Voir mes remarques dans: O. Jouanjan, « Carl Friedrich Gerber et la constitution d'une science du droit public allemand », in: O. Beaud, P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, nouvelle série, n° 1, 1997, pp. 26 sq.

⁵ Puchta, *Cursus der Institutionen* (1841), 10^e éd., Leipzig, 1893, p. 56.

législation comme se développant durant une période donnée (...) Le système doit être pensé comme progressant.»⁶

Lorsque les juristes de l'Ecole historique écrivent que le siège véritable du droit, le fonds d'où il naît, son *Entstehungsgrund*, réside dans la conscience ou dans l'esprit du peuple⁷, il faut prendre les mots «conscience» ou «esprit» dans un sens philosophique fort⁸. L'esprit populaire porte, dans son développement «organique», quelque chose de rationnel et donc d'universel. Ce «quelque chose» s'exprime à travers des formes, une «grammaire» (Savigny) et l'office du juriste est de comprendre ces formes comme «révélation» (*Offenbarung*) d'une signification universelle. En termes hégéliens, faire le départ entre ce qui est purement empirique (il y a des données purement empiriques du droit, Savigny cite par exemple, la détermination exacte de la durée d'une prescription) et l'*effectif* (par exemple, la prescription en tant que telle, indépendamment de sa durée exacte, est porteuse d'une idée de droit).

Si le droit, dans ses formes historiques extérieures, exprime une *pensée* qui est un *contenu de conscience*, l'office de la science du droit est de comprendre, à partir de l'extériorité des manifestations de cette conscience, la *forme intérieure* de cette pensée qu'est le droit. L'extériorité du droit est corrélée à une intériorité pensante, elle est un ensemble de *signes* dont la signification est cette pensée intérieure. Une histoire *véritable* du droit est une histoire de la conscience juridique d'un peuple conçue comme développement logique d'une pensée. L'historiographie doit être une «historiologie»⁹, d'où cette association nécessaire et irréductible de l'historique et du systématique.

La clef de la démarche du juriste est donc à chercher dans une herméneutique. Interpréter c'est «reconstruire la pensée immanente à la loi» dit Savigny. C'est, à partir des formes extérieures de cette pensée, l'écrit de la loi, reproduire *en nous*, des contenus de conscience. Puis le réexprimer, en une forme extérieure nouvelle, par l'exposition systématique des pensées qui font le droit. Le système d'exposition du droit correspond, s'il est réussi, au système intérieur, organique de ce droit.

L'Ecole historique ne fut donc pas l'abandon de la prétention systématique et rationnelle au profit du primat de l'historique, du contingent et du relatif. Elle fut une conception dans laquelle le procédé inductif interprétatif devait coïncider avec la méthode déductive systématique. Coïncidence de l'*art* de l'interprète et de

⁶ Il s'agit de notes des cours donnés par le jeune Savigny sur la méthodologie juridique : F. C. von Savigny, *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842*, éd. et présenté par A. Mazzacane, Francfort/Main, 1993, pp. 87 *sq.*

⁷ Par ex. : Savigny, *Vom Berufsunsrer Zeit...*, précit., p. 11 ; Puchta, *Cursus der Institutionen*, précit., pp. 14 *sq.*

⁸ On rappellera que Savigny était personnellement lié au mouvement romantique du début du siècle, qu'il épousa l'une des sœurs de Clemens Brentano, que, dans sa jeunesse, il lisait avec passion Kant, Fichte, Friedrich Schlegel, Hölderlin et Schelling – et Goethe bien sûr. Sur cet apprentissage philosophique de Savigny : D. Nörr, *Savignys philosophische Lehrjahre*, Francfort/Main, 1994. Puchta, quant à lui, fut l'élève de Hegel au *Gymnasium* de Nuremberg. Sur Puchta : J. Bohnert, *Ueber die Rechtslehre Georg Friedrich Puchtas*, Karlsruhe, 1975.

⁹ J'ai introduit cette distinction à propos d'un autre auteur allemand du XIX^e siècle, mais d'obédience hégélienne, dans : O. Jouanjan, «Lorenz von Stein et les contradictions du mouvement constitutionnel révolutionnaire (1789-1794)», *Annales historiques de la Révolution française*, n° 328, 2002, pp. 171 *sq.*

la *science* du juriste. Cette coïncidence, pensée dans le cadre d'une philosophie de la conscience et de l'esprit, n'était plus, comme chez Grotius, extérieure, purement présomptive, mais *interne* et *nécessaire*. Cette coïncidence était la preuve même de la validité des interprétations, coïncidence qui fait toute la réussite de l'entreprise herméneutique et dont l'interprète doit avoir l'*intuition*¹⁰. La forme du droit en tant qu'unité systématique n'était pas séparable de la matière historique du droit, car celle-ci n'était au fond que le contenu d'une conscience en elle-même unitaire et rationnelle. Le programme de cette science du droit ne pouvait donc opposer ni même séparer la démonstration *déductive* et le procédé herméneutique *intuitif*.

Ma première hypothèse serait que, dans l'histoire des disciplines juridiques, l'Ecole historique a pu signifier une restauration et une rénovation de l'herméneutique juridique (à l'époque où Schleiermacher, collègue de Savigny et Puchta à Berlin, développe une herméneutique générale)¹¹ parce que – et non pas malgré le fait que – cette herméneutique s'est, à tort ou à raison, adossée à une entreprise rigoureuse de systématisation. Ma deuxième hypothèse serait la suivante : cette pensée, dans un mouvement qu'elle veut unitaire, au nom de son organicisme, d'une part rénove l'herméneutique juridique en même temps que, d'autre part, elle renforce encore le systématisme juridique, dans la mesure où elle pense le système précisément non pas comme une forme *extérieure* de la pensée appliquée à la matière juridique, mais comme correspondant intimement à une forme immanente à cette matière même. D'un certain point de vue, cette Ecole historique peut être dite proprement fondatrice de la science moderne du droit, sous réserve d'une importante modification, qui à mon sens, engage son développement, à savoir le dégonflement progressif puis l'éviction hors du discours juridique de la catégorie de l'organisme¹². Si l'organisme n'est plus à même d'assumer, dans le discours de la science du droit, sa fonction propre de *liaison*, liaison de l'histoire et du système, liaison de la forme intérieure et de la forme extérieure, liaison de l'her-

¹⁰ C'est, chez Savigny, par l'*intuition* (*Anschauung*) en effet qu'est saisie cette coïncidence qui assure ainsi d'une pénétration de l'interprète au cœur même des rapports organiques qui constituent le système du droit et relie ainsi, *de l'intérieur*, le sujet connaissant et l'objet connu. Ce recours à l'intuition ne peut être compris que sur la base de la discussion philosophique de l'époque et notamment du débat post-kantien sur l'« intuition intellectuelle ». On sait qu'elle est la base de la *Doctrina de la science* de Fichte (voir la présentation d'I. Thomas-Fogiel à : Fichte, *Nouvelle présentation de la doctrine de la science 1797-1798*, Paris, 1999, pp. 15 sq.). Savigny a lu Fichte de manière approfondie dans sa jeunesse (voir : D. Nörr, *Savignys philosophische Lehrjahre. Ein Versuch*, Francfort/Main, 1994). Et sur le rôle de l'intuition chez Savigny : D. Nörr, « Savignysanschauung und Kants Urteilskraft », N. Horn (dir.), *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, t. 1, Munich, 1982, pp. 615 sq. Fonder la démarche du juriste, en dernière analyse, sur l'intuition, c'est donc, dans le contexte de l'époque, la porter au niveau des exigences posées par la *Wissenschaftslehre*, par la doctrine de la *science*, et non pas ravalier la méthode du droit au rang d'une pratique irréflectie.

¹¹ Sur le rapprochement entre Savigny et Schleiermacher, voir surtout : J. Rückert, « Savignys Hermeneutik – Kernstück einer Jurisprudenz ohne Pathologie », in J. Schröder (dir.), *Theorie der Interpretation vom Humanismus bis zur Romantik – Rechtswissenschaft, Philosophie, Theologie*, Stuttgart, 2001, pp. 310 sq.

¹² Et des philosophèmes qui lui sont attachés, notamment celui de l'*intuition*. La *déduction* la remplace pour régner seule, une fois l'organicisme réduit.

méneutique et de la systématique, les pôles jusque là unis se désunissent, créent une tension nouvelle et entrent même en conflit.

2. SYSTÉMATISATION ET MODÈLE MATHÉMATIQUE : L'EMPIRE DU CONCEPTUALISME JURIDIQUE

Cet historicisme juridique, en tant qu'historicisme, fit long feu. Lorsque l'on considère la filiation directe de l'Ecole historique, c'est-à-dire la grande science du droit romain en Allemagne dans la seconde moitié du XIX^e siècle, la Pandectistique¹³, on s'aperçoit que l'héritage de Savigny et Puchta est sans doute revendiqué, mais la dimension historique est, de fait, évacuée. Deux déclarations du plus grand des Pandectistes allemands de la seconde moitié du XIX^e siècle, Bernhard Windscheid (1817-1892) en témoignent. Lors de la célébration du centenaire de la naissance de Savigny, il pose clairement la question : « Sommes-nous encore des juristes de l'Ecole historique ? ». Il y répond bizarrement : « Je pense que nous voulons rester des juristes historistes »¹⁴. Mais plus au sens *idéaliste* où Savigny concevait l'histoire : car pour Windscheid comme pour nombre de ses contemporains, l'histoire du droit n'est plus en vérité qu'une *Hilfswissenschaft*, une « science auxiliaire »¹⁵, ce qui, à l'évidence, ne correspond pas au programme de l'Ecole historique, qui entendait placer l'histoire du droit au cœur même de la science du droit. L'histoire de Savigny est une dimension constitutive de l'être conçu essentiellement comme conscience et le droit, conçu comme contenu de conscience, ne peut se comprendre qu'à partir de cette dimension historico-ontologique. L'histoire, selon les Pandectistes tardifs, n'est plus qu'un milieu extérieur au sein duquel se déploie un droit qui obéit à sa propre logique sans être essentiellement constitué par le déploiement historique de l'Esprit.

On peut écouter le propos d'un contemporain de Windscheid, Carl-Friedrich Gerber (1823-1891). L'explication historique d'une institution juridique n'est pas, pour lui, « strictement scientifique ». Le principe proprement scientifique de traitement du droit est et n'est que celui de la construction systématique. Il y a dévalement du « principe de l'exposition *historique*, un principe qui ne saisit pas sa matière en tant qu'un système de déterminations des volontés de droit privé, mais comme des états de choses historiquement produits ». L'historiographie n'est que « pure constatation de situations historiquement développées », elle « décrit » mais ne saisit pas le principe constitutif du système juridique. L'histoire du droit n'a plus d'autre fonction que de livrer un matériau sans en donner le principe consti-

¹³ Le droit romain était en vigueur dans les territoires allemands comme *ius commune* jusqu'à l'entrée en vigueur du Code civil en 1900. Sur la Pandectistique (science des « Pandectes » – ou encore : « Digeste » –, c'est-à-dire de la principale « codification » du droit romain par l'Empereur Justinien), je me permets de renvoyer à ma contribution : « Ecole historique du droit, pandectisme et codification en Allemagne (XIX^e siècle) », in D. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, 2003, pp. 571 sq.

¹⁴ B. Windscheid, « Die geschichtliche Schule in der Rechtswissenschaft » (1878), in : du même, *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Leipzig, 1904, pp.66 sq. (pp. 70 et 72 pour les citations).

¹⁵ B. Windscheid, « Die Aufgabe der Rechtswissenschaft » (1884), *ibid.*, pp. 100 sq. (p. 108 pour la citation).

tutif. Le matériau ainsi découvert « doit alors être détaché de ce qui le relie à la matière purement historique et développé de manière telle que ses propriétés se présentent comme des possibilités universelles de la volonté humaine », ce qui correspond au concept du droit compris comme système de possibilités de la volonté¹⁶. Durant ses premières années d'activité, Jhering, le grand historien de l'*Esprit du droit romain* et l'ami proche de Gerber, n'est pas encore éloigné de ce programme, et il le formule d'un impératif clair : « Le temps doit être refoulé par le système »¹⁷.

Il y a sans doute des causes multiples à cette modification du projet de l'Ecole historique. J'en retiendrai trois, qui me paraissent peser particulièrement sur cette évolution. D'une part, les juristes de la nouvelle génération ne vivent pas dans le même climat intellectuel. Ils ont vingt ans vers 1840, c'est-à-dire au moment de la crise des systèmes idéalistes qui faisaient encore tout l'environnement de Savigny et Puchta. L'heure est à « la conception scientifique du monde » et au modèle des sciences dures, mathématiques et sciences de la nature¹⁸. Ensuite, on peut admettre la thèse justement célèbre et puissamment argumentée de Walter Wilhelm selon laquelle, en vérité, – et peut-être parce que ce programme savignien ne pouvait être rempli – ni Savigny, ni Puchta n'ont réussi à produire une science du droit où le principe organique de l'unité de l'historique et du systématique eût décisivement fait la preuve de sa fécondité¹⁹. Enfin et surtout, on trouverait plusieurs impulsions dans les textes mêmes de Savigny et de Puchta qui autorisaient la génération suivante des juristes à penser que, malgré l'affirmation tonitruante de ce principe organique qui doit permettre de penser en même temps histoire et système, ce qui donne véritablement à la science du droit sa scientificité, c'est la construction systématique et non l'investigation historique : « Dans chaque triangle, écrit Savigny²⁰, il y a certaines déterminations de la combinaison desquelles suivent toutes les autres (...) De la même manière, chaque partie de notre droit possède de tels éléments par lesquels les autres sont donnés : nous pouvons les appeler les principes directeurs. Découvrir ces principes et, partant d'eux, connaître la cohésion intime et le mode de parenté entre tous les concepts et toutes les règles du droit, c'est l'une des tâches les plus difficiles de notre science, et c'est même proprement cela qui donne à notre travail son caractère scientifique. » Ces liens de « parenté » entre les concepts du droit, Puchta les traduira dans l'idée d'une « généalogie des concepts ». Ce mot de *généalogie* dit encore l'unité du développement historique et du développement logique du système qui forme une « pyramide de concepts ». Mais l'on voit comment, malgré tout, c'est le travail logico-déductif qui fait le « caractère scientifique » véritable de la discipline juridique.

¹⁶ Pour de plus amples développements et pour les références des citations : O. Jouanjan, « Carl Friedrich Gerber et la constitution d'une science du droit public », *art. cit.*, pp. 27 sq.

¹⁷ R. v. Jhering, *Geist des römischen Rechts* I, 3^e éd. révisée, Leipzig, 1873, p. 75.

¹⁸ Sur cette crise philosophique du XIX^e siècle allemand, voir en français : L. Freuler, *La crise de la philosophie au XIX^e siècle*, Paris, 1997.

¹⁹ W. Wilhelm, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert*, Francfort/Main, 1958.

²⁰ Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit...*, précit., p. 22.

Les Pandectistes tardifs ont pris au sérieux l'injonction de Savigny de porter le niveau de la science juridique allemande à celui qu'avaient atteint en leur temps les juristes romains dont on peut dire, écrit Savigny, « sans exagération, qu'ils calculaient avec leurs concepts ». Cette métaphore du calcul avec les concepts²¹ devient chez Windscheid comme chez Gerber une sorte d'injonction et, à mon sens, ce n'est nullement un hasard.

Au fond, l'histoire du droit n'apparaît pas pouvoir dépasser le statut qu'a assigné Kant à l'histoire, celui d'une *cognitio ex datis* : « La connaissance historique est *cognitio ex datis*, tandis que la connaissance rationnelle est *cognitio ex principiis*. »²² « Or, toute connaissance de la raison, ajoute Kant, est ou bien connaissance par concepts ou bien connaissance par construction de concepts ; la première s'appelle philosophique, la seconde mathématique. »²³ Et : « L'unité systématique est ce qui transforme une connaissance commune en science », système signifiant « l'unité des diverses connaissances sous une idée »²⁴.

Il me semble que, impulsée d'une certaine manière par l'Ecole historique, la Pandectistique tardive se fait une image de la science juridique qui s'éclaire à la lumière de ces considérations kantienne. La connaissance du droit est transformée en *science* du droit par l'unité systématique que lui donne une idée première. Cette idée première est le concept premier du droit, d'où tous les autres concepts se déduisent. Cette idée première doit être un concept pur. A cette condition la systématisme assure l'autonomie de la science juridique : si son principe premier n'est pas lui-même contaminé, les concepts déduits de ce premier principe seront tout aussi purs. Alors la déduction, en tant qu'opération logique formelle, assure le maintien de la pureté de la science du droit. La science juridique, qui ne se distingue pas de ce qu'on appelle alors la « dogmatique juridique », est à la fois découverte de ce premier principe pur, déduction des principes seconds et combinatoire de concepts juridiques propre à rendre compte de rapports juridiques ou d'institutions juridiques complexes. Les propositions de la science juridique de même que la décision judiciaire, si elles sont correctement « scientifiques », sont « le résultat d'un calcul dans lequel les facteurs seraient les concepts juridiques »²⁵.

Cette science juridique qui a si profondément marqué la discipline, est donc tout à la fois une science « pure » du droit, c'est-à-dire autonome par rapport à tout autre science ou savoir (philosophie, morale, politique, histoire, etc.), une science *systématique* du droit et une science *conceptuelle* du droit. On a appelé ce mode de pensée juridique « *Begriffsjurisprudenz* » – expression que l'on rend généralement en français par « jurisprudence des concepts », mais mieux vaudrait dire conceptualisme juridique. C'est très exact, à la condition de bien préciser que ce

²¹ Pour une explication de ce qui chez Savigny semble devoir être compris comme une simple métaphore : J. Rückert, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach, 1984, p. 374 sq.

²² Kant, *Critique de la raison pure*, « Architectonique de la raison pure », trad. A. Renaut, Paris, 1997, p. 676.

²³ *Ibid.*, p. 677.

²⁴ *Ibid.*, p. 675.

²⁵ B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. 1, 9^{ème} éd., Francfort/Main, 1906, p. 111.

conceptualisme est, au sens philosophique commun, un *réalisme* : les concepts du droit disent la vérité intime d'un droit qui en lui-même possède une structure conceptuelle et systématique. Le juriste dogmaticien ne constitue pas son objet mais découvre une structure conceptuelle objective, une « réalité » juridique en elle-même conceptuelle. A cela, la science « historique » du droit de Savigny et Puchta a sans aucun doute contribué dans la mesure où elle a ancré l'idée, précisément, que le *système* n'est pas forme extérieure, mais *forme immanente* à la matière du droit.

Gerber, déjà évoqué, a joué un rôle clef dans cette histoire dans la mesure où il a transporté aux domaines qui restaient en friche scientifique, le droit privé germanique²⁶ et le droit public, la méthode pandectiste. Soumettant le droit privé germanique à un « véritable traitement scientifique », il affirme clairement lui apporter ainsi « la garantie de la vérité conceptuelle »²⁷.

Si cette école peut-être appelée positiviste, il ne faut pas la confondre, certainement, avec ce que nous connaissons aujourd'hui comme positivisme de la loi ou de plus en plus comme positivisme judiciaire²⁸. Pour ce dernier, la vérité ultime du droit serait dans la loi ou la décision de justice, ou les deux à la fois. Le positivisme de la loi, Gerber le ravale au rang de « positivisme de statisticien ». Cet autre « positivisme », conceptualiste, est sans aucun doute plus sophistiqué et mérite le nom de positivisme juridique si l'on attache à ce mot la définition que lui a donnée Ernst-Wolfgang Böckenförde : est positiviste, la conception pour laquelle le juridique ne peut être connu qu'à partir du juridique²⁹. Le principe de ce positivisme ne réside donc pas dans un légalisme étroit mais essentiellement dans ce principe d'autonomie ou de *pureté* du droit, plus précisément, de la *science* du droit.

Le système du droit tout entier est donc accroché à un concept premier par où tient toute la pyramide des concepts. Ce concept, pour être juridiquement pur, ne doit contenir en lui aucune détermination politique, ou morale. C'est Puchta qui l'a mis pleinement en évidence, ce qui établit une fois encore un lien substantiel avec l'Ecole historique. Ce concept est celui de la volonté, mais en tant que pure puissance, potentialité, c'est le *vouloir*, la volonté avant qu'elle se détermine pour le bien ou le mal, sans considération de l'intérêt ou du besoin qui priverait le concept premier et donc tout le système de sa pureté (impureté originelle). Le droit est alors défini comme un « système de possibilités de volonté » et les droits subjectifs se définissent conceptuellement par la notion de « puissance de volonté »³⁰. On peut qualifier aussi ce positivisme de « formaliste » en considéra-

²⁶ C'est-à-dire le droit privé en vigueur dans les pays allemands en tant qu'il n'est pas de source romaine.

²⁷ C. F. Gerber, *System des Deutschen Privatrechts. Erste Abteilung*, Iena, 1872, p. XII.

²⁸ Par « positivisme judiciaire », on vise cette attitude répandue aujourd'hui et qui consiste à limiter l'orbite de la science juridique au commentaire et à la systématisation (relative...) des solutions apportées par les tribunaux.

²⁹ E.-W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt*, 2^e éd., Berlin, 1981, p. 211.

³⁰ Cette construction du droit comme système de possibilités de la volonté est faite dans les premières pages de l'« Encyclopédie » qui ouvre le *Cursus der Institutionen* (*op. cit.*, pp. 3 sq.). Pour la définition célèbre du droit subjectif comme « une puissance de volonté accordée par l'ordre juridique » : B. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. 1, précit., p. 156.

tion de ce que le concept premier du droit ne doit contenir rien de matériel³¹ et que le mode d'investigation de ce droit est purement logique.

Le grand juriste strasbourgeois Paul Laband (1838-1918) a résumé en quelques lignes le modèle de scientificité propre à ce positivisme : « Le rôle scientifique de la dogmatique juridique, dans un droit positif déterminé, consiste à analyser les formes juridiques, à ramener les notions particulières à des principes plus généraux et à déduire de ces principes les conséquences qu'ils impliquent. Tout cela, abstraction faite de l'exploration des règles de droit positif, de la connaissance approfondie et de l'entendement complet de la matière que l'on traite, est un travail d'esprit purement logique. Pour remplir cette tâche, il n'y a pas d'autres moyens que la logique. Rien ne peut ici la remplacer ; toutes les considérations historiques, politiques et philosophiques, si précieuses qu'elles puissent être en elles-mêmes, sont sans importance pour la dogmatique d'un droit concret et ne servent trop souvent qu'à voiler le manque de travail systématique. »³² On remarquera bien que dans l'eau du bain politique et philosophique qu'il faut jeter, il y a aussi le « bébé » historique. Il ajoute : « Il n'y a de particulier dans la constitution allemande, comme dans toute législation concrète, que l'application effective et l'enchaînement des principes généraux du droit. La création d'un principe juridique absolument nouveau et sans pareil, qui ne puisse pas être subordonné à un principe de droit plus élevé et plus général, est aussi impossible que la découverte d'une nouvelle catégorie logique ou la naissance spontanée d'une nouvelle force dans la nature. »³³

L'étrange, sans doute, est que ce positivisme, par l'affirmation puissante du *more geometrico*, ne peut au fond que renouer avec les grandes constructions systématique du droit rationnel moderne. Karl Bergbohm (1849-1927), un positiviste « légaliste » de l'époque, dont la vocation de chasseur de tête était de déboucher partout où ils pouvaient se cacher les jusnaturalistes, a dénoncé dans cette doctrine, non sans raisons de son point de vue, un droit naturel qui ne veut pas avouer son nom, un « droit naturel anonyme »³⁴. Mais il rompt avec la « science » savignicienne du droit en un point décisif : libérant le discours juridique du motif encombrant de l'organisme, ce positivisme se libère lui-même de la thématique si prégnante dans la pensée de Savigny, du rapport de l'extérieur et de l'intérieur, de la forme interne et de la forme extérieure, ce pourquoi la question de l'interprétation n'y peut plus avoir l'ampleur et la profondeur qu'elle avait acquise chez Savigny, et l'abîme de l'intuition que porte avec elle cette question de l'interprétation, est recouvert (sinon vraiment refermé) par la célébration de la *déduction* et du *calcul*.

³¹ Mais n'y a-t-il pas là aussi un héritage kantien, si l'on considère la *formalisation* du concept de droit à laquelle procède Kant dans les premiers paragraphes de sa *Doctrine du droit*?

³² P. Laband, « Préface à la deuxième édition allemande », *Le droit public de l'Empire allemand*, t. 1, trad. fr. Gandilhon, Paris, 1900, p. 9.

³³ P. Laband, « Extrait de la préface à la première édition allemande », *ibid.*, p. 3.

³⁴ K. Bergbohm, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Leipzig, 1892, p. 523.

3. LE TOURMENT DE L'INTERPRÉTATION ET LA SITUATION ACTUELLE DES DISCIPLINES JURIDIQUES

Il convient maintenant de donner sens à cette brève histoire partielle de la science du droit dans le dix-neuvième siècle allemand. Il faut toutefois noter que, si elle est germanique, cette histoire a déterminé, au-delà des frontières allemandes, des positions – mais aussi des réactions de critique voire de rejet – fondamentales à tout le moins dans la doctrines juridiques de l'Europe continentale, et même au-delà. Mais il faut chercher à donner sens à cette histoire dans le cadre de la question qui nous réunit : la preuve.

« Preuve » se dit, à première vue, de deux types d'opérations distinctes qu'on ne saurait confondre. Dans le premier cas, il s'agit de prouver l'*existence* d'un fait ou d'un acte. C'est normalement en ce sens que les juristes parlent de la preuve, mais ce n'est pas le sens ici retenu³⁵. Ce n'est pas que la question n'ait aucun intérêt. Les juristes savent que la preuve peut n'être pas contraignante en fait même si elle est obligatoire en droit, ils savent qu'elle est souvent soumise la libre appréciation du juge et à sa conviction, ils savent que le droit formalise certaines preuves et simplifie leur administration par le jeu de la présomption, ils savent que la preuve des fait n'est pas à l'abri du jeu, tellement essentiel au droit, des fictions. Bref, la preuve du fait se construit aussi par la croyance, l'imagination et la norme.

Dans le second cas il s'agit de prouver la *validité* d'une théorie ou d'un jugement (au sens large et non spécifiquement juridique). Si l'on appelle scientifique une théorie ou un jugement *valide* (auquel on attache la valeur de vérité), dans le même temps qu'est apportée la preuve de la validité du jugement, est apportée la preuve de sa scientificité. Mais réciproquement, la scientificité se construit par un discours sur les conditions de validité des jugements sur tel type d'objet, c'est-à-dire que les critères admis de la scientificité déterminent les conditions d'admission des preuves. Si cela est vrai, la preuve scientifique n'est pas un absolu mais ses modes d'administration sont liés à un contexte (normatif) qu'établit un discours de la scientificité « dominant ». Il apparaît d'ailleurs peu « probable » que ce discours de la scientificité (une théorie de la connaissance, méta-discours) puisse prouver sa propre validité à l'aide des moyens de preuve qu'elle impose pour reconnaître la validité des théories et jugements du discours qui, d'après ses critères, doit être tenu pour scientifique (discours-objet). Ce méta-discours ne peut s'instituer comme son propre discours-objet. Encore le pourrait-il, n'aurait-on qu'un discours auto-poïétique, et la preuve de sa validité ne sera jamais absolue.

On dit que ce qui est prouvé est « fondé ». Mais si je n'ai jamais la preuve absolue que ma méthode probatoire est elle-même fondée, ce qui est « fondé » n'est jamais absolument fondé. C'est du moins probable, sinon peut-être prouvable. Mais je ne veux pas statuer sur les sciences en général, juste sur la discipline juridique et sur le sens de cette histoire d'une discipline juridique qui, au XIX^e siècle, a entendu se constituer et véritable « science du droit ».

³⁵ Pour un exposé récent : X. Lagarde, « La preuve en droit », in : *Le Temps des savoirs*, n° 5 : « La preuve », pp. 101 *sq.*

Un principe domine les systèmes juridiques modernes, ceux des Etats dits « de droit », le principe de sécurité juridique qui ne signifie pas plus, en dernier ressort, que ceci : le droit doit être appliqué conformément au droit, mais qui est conçu comme l'un des principes véritablement constitutif d'un « Etat de droit ». Cette apparente tautologie – le droit doit être appliqué conformément au droit – masque toutefois la difficulté. La décision juridique doit être *fondée* en droit. Mais ce que raconte cette histoire de la constitution de la discipline juridique en science, c'est précisément que la fondation du droit par le droit suppose un montage théorique, un méta-discours stipulant les conditions mêmes d'administration des preuves de la validité des énoncés juridiques et que ce méta-discours n'est pas lui-même « fondé en droit », qu'il est plutôt lié à un ensemble de représentations et de modèles de la scientificité. Cette histoire nous livre en outre deux modèles de base de scientificité où puisent les efforts de constitution d'une science moderne du droit : le modèle mathématique et le modèle des sciences de l'esprit ou de la culture. Elle nous dit enfin, par l'échec de l'Ecole historique et le refoulement du modèle des sciences de l'esprit par le conceptualisme juridique, une difficulté principale pour toute tentative d'articuler, dans la science du droit du moins, les deux modes d'argumentation juridique qui découleraient de chacun des modèles : il y a loin de la complexité savignicienne de la question de l'interprétation que recèle en vérité, derrière son apparente simplicité, la formule selon laquelle l'« affaire » de l'interprétation est « la reconstruction de la pensée inhérente à la loi »³⁶, à la définition du jugement juridique réussi selon Windscheid, « le résultat d'un calcul dont les facteurs seraient les concepts juridiques ». On l'a vu, la dogmatique juridique, dit Laband, est un travail d'esprit purement logique *abstraction faite de la connaissance et de l'entendement de la matière juridique*. Mais pour ce travail, celui de l'interprétation, la science conceptuelle du droit n'innove ni ne réfléchit guère. C'est une question qui est théoriquement largement mise de côté parce qu'elle ne peut être prise en charge par le paradigme conceptualiste pour lequel les concepts juridiques ne sont pas à rechercher par interprétation dans les règles du droit positif, mais sont des données conceptuelles préalables dont se servent les règles juridiques – d'ailleurs Jhering dira nettement que la conceptualisation et la construction ne sont pas des activités du législateur mais de la science³⁷.

³⁶ La formule se trouve notamment dans les célèbres pages du *Système du droit romain actuel* où Savigny développe la question de l'interprétation (*System des heutigen römischen Rechts*, t. 1, Berlin, 1840, p. 213). Ces pages ont très vite été mal comprises. On a cru qu'elles fournissaient les « quatre canons » de l'interprétation des lois (interprétations grammaticale, logique, historique et systématique). Mais Savigny parle de quatre « éléments » de l'interprétation et non d'« espèces » distinctes : « Ce ne sont donc pas quatre espèces de l'interprétation, parmi lesquelles on pourrait choisir chacun selon son goût ou sa fantaisie, mais quatre activités différentes qui doivent agir de concert si l'interprétation doit être réussie » (*ibid.*, p. 215). A cela s'ajoute que des moyens auxiliaires doivent être mis en œuvre pour le cas des lois « défectueuses » (obscuras). Enfin, pour avoir une idée de l'ampleur et de la profondeur de la question de l'interprétation de Savigny, on ne peut mieux faire que de rappeler trois propositions centrales formulées par Savigny et rappelées par J. Rückert (« Savignys Hermeneutik... », art. cit., p. 288) : « Principe essentiel de toute interprétation – elle doit être aussi *individuelle* et aussi *riche en contenu* que possible. Les deux tiennent exactement ensemble » ; « L'interprétation, c'est le *système* dans son progrès, fondé dans l'intuition (*Anschauung*) des sources » ; « L'interprétation est recherche et, en vérité, début et base de la recherche ».

³⁷ Voir : O. Jouanjan, « Science juridique et codification en Allemagne (1850-1900) », *Droits*, n° 27, 1998, p. 83.

Je formulerais volontiers la thèse suivante, mais à titre d'hypothèse : le formalisme juridique ne peut résoudre la question de l'interprétation parce que cette dernière est une opération *matérielle*, à même la matière du droit. Mais, en retour, l'impératif de *sécurité* juridique et l'idéal d'une fondation certaine des décisions juridiques qu'il porte en lui donne un poids spécifique au procédé *logique* dans la justification des énoncés en droit, tant de ceux des autorités qui disposent d'un pouvoir de décision que de ceux de la science du droit. La déduction paraît seule à même de prendre en charge la fondation en droit des énoncés juridiques. Il ne suffit pas de balayer cette exigence logique pour être quitte, car on reste désarmé face à l'exigence de sécurité qu'impose le droit, exigence à laquelle correspond une attente sociale forte, celle des individus, administrés et justiciables qui entendent bien être traités « conformément au droit ». Mais l'interprétation et ses méthodes font exploser le cadre formel de la logique. Car elle se présente comme « libre activité spirituelle », « art » – ce sont des expressions récurrentes chez Savigny –, c'est-à-dire activité *créatrice*. C'est à l'intuition qu'elle s'en remet en dernier ressort. Or, la création non plus que l'intuition n'ont à rendre compte de leurs fondations. Le fruit de la création n'a pas à être *prouvé* et ne saurait l'être. Sa source n'est autre que la souveraineté de l'artiste, de l'interprète. L'art de l'interprétation recèle donc un *pouvoir*, une puissance que l'idée de l'Etat *de droit*, dans lequel les décisions doivent être *fondées en droit*, refoule.

C'est pourquoi la question de l'interprétation *tourmente* la science moderne du droit³⁸. Ce tourment s'exprime dans ce balancement que, depuis le XIX^e siècle, la science du droit opère, ne sachant trouver ni sa place ni son modèle, allant chercher une illusoire sécurité du côté des sciences dures³⁹ ou bien explorant les possibilités d'une plus vaste ampleur du côté – herméneutique – des « sciences de l'esprit », tentant d'assumer sa qualité de discipline du sens et de la signification.

Mais, parce que pèse aussi sur elle cette contrainte spécifique de « sécurité », directement liée à un souci pratique, à l'activité décisionnelle des juristes investis d'autorité et aux attentes des citoyens, la « science » du droit est mal disposée à payer ce *prix de l'interprétation*, le prix de l'absence de preuves ultimes, le prix de l'incertitude et de l'*hypothétique*, le prix de l'*inquiétude* et de la *faillibilité* qu'exige d'elle l'abîme herméneutique comme procès infini⁴⁰ qui jamais ne touche le *fond*, l'*ultima ratio*, le fondement inconcassable du jugement⁴¹. Il lui est

³⁸ Ce n'est pas un tourment sans importance, mineur quant à ses conséquences. On s'en rendrait suffisamment compte si l'on percevait pleinement à quel point la question de l'interprétation est centrale dans ce que j'appellerai, faute de mieux, les montages totalitaires du droit. Dans l'ambiance de la querelle française actuelle (enfin !) autour de Carl Schmitt, Stéphane Rials, met à juste titre cette question de l'interprétation en perspective : S. Rials, « Hobbes en chemise burne. Sur un livre de Carl Schmitt et le problème Schmitt », *Droits*, n° 38, 2003, pp. 183 sq.

³⁹ Mais à mon sens, au moins autant – sinon plus – du côté des sciences mathématiques – constructives – que des sciences « de la nature ». Contra : Grzegorzczuk, Michaut, Troper, *Le positivisme juridique*, Paris/Bruxelles, 1992, p. 28. Pour une critique du scientisme dans les disciplines juridiques et l'illusion quant à l'*objectivité* du modèle des sciences de la nature : F. Müller, *Strukturierende Rechtslehre*, 2^e éd., Berlin, 1994, pp. 13 sq.

⁴⁰ « L'interprétation est un art, écrit Schleiermacher. Aucune ne peut être achevée pour elle-même » (F. D. E. Schleiermacher, *Herméneutique*, trad. C. Berner, Paris, 1987, p. 33).

⁴¹ D'où l'expression d'abîme par laquelle je traduis ce que Heidegger nomme, en allemand, l'*Abgrund*, le « sans-fond » dans *Le principe de raison*, trad. A. Préau, Paris, 1962.

particulièrement difficile de payer ce prix que Max Weber demande à la sociologie d'acquitter, si elle entend être une « science » de « l'activité sociale, dont la compréhension par interprétation est importante pour l'explication d'un ensemble » : par là, la sociologie doit être « en mesure d'apporter *quelque chose de plus* qui reste éternellement inaccessible à toute 'science de la nature' », mais cette plus-value scientifique « est cependant payé chèrement, car (elle) est obtenu(e) au prix du caractère essentiellement hypothétique et fragmentaire des résultats auxquels on parvient par interprétation »⁴². Mais dans la science juridique, l'interprétation introduit un *principe d'incertitude* qui se heurte violemment au principe de sécurité du droit.

C'est, à mon sens, cette *violence* qui fournit l'explication décisive de la crise permanente dans laquelle se trouve la science du droit durant tout le XX^e siècle (mais comment *prouver cette explication*?) et qui n'est, de ce point de vue, que le rejeton des problèmes que recèle l'histoire rapidement esquissée des modèles de scientificité élaborés au XIX^e siècle. Les débats méthodologiques majeurs y sont pris dans cette tourmente de l'interprétation. Je ne peux que les évoquer par mots-clefs sans développer : querelle des méthodes d'interprétation (méthode subjective *versus* méthode objective); réintroduction de notions matérielles (l'intérêt, les valeurs, les besoins) dans la définition du droit contre le « formalisme de la volonté »; refondation « néo-kantienne » de la science du droit qui ramène celle-ci dans le giron des « sciences de l'Esprit » (W. Dilthey) ou « de la Culture » (H. Rickert), les concepts juridiques devant être construits comme « types empiriques » (G. Jellinek); radicalisation et épurement d'un formalisme logique rompant les liens avec le conceptualisme réaliste de la Pandectistique (Kelsen); sociologismes juridiques (L. Duguit, soziologische Rechtswissenschaft, Sociological Jurisprudence) et « réalisme » empiriste (A. Ross, M. Troper); nouvelle herméneutique juridique et topiques (T. Viehweg, J. Esser), école rhétorique du droit (C. Perelman); théorie du discours juridique (R. Alexy); théorie structurante du droit (F. Müller); substitution du schème du « réseau » à celui de la « pyramide juridique » (F. Ost, M. Van de Kerchove) et célébration de l'avènement d'un droit « post-moderne », etc.

Il y a aujourd'hui profusion de modèles théoriques. Mais l'impossibilité pour l'un ou l'autre d'entre eux d'acquérir une position dominante laisse la voie libre à la pratique irréfléchie, c'est-à-dire non théorisée, d'un positivisme qu'on peut appeler « amorphe » en ce sens qu'il n'est pas pris en charge ni mis en forme par un méta-discours épistémologique. Son leitmotiv serait cette phrase qui court largement parmi les conversations des juristes : « Ma pratique me suffit »⁴³. L'entraînement, et l'expérience doivent suffire à assurer une certaine habileté et donc une certaine *sûreté* dans le travail juridique. La *preuve* de la validité des énoncés juridiques est laissée à la libre appréciation de ceux qui en jugent.

Si l'on donne le nom de science à un discours savant articulé à un méta-discours réflexif et constitutif, on peut dire, je crois, que la « science » du droit

⁴² Toutes les citations sont dans : M. Weber, *Economie et société*, t. 1, coll. « Agora », Paris, 1995, p. 43.

⁴³ Mais cet énoncé, si fréquent dans les couloirs des facultés de droit, a lui-même un statut théorique et n'est pas un énoncé pratique. Donc la pratique ne suffit pas...

devient une denrée rare car, d'une part, les méta-discours épistémologique ont peu de succès du point de vue de leur capacité à faire produire des discours juridiques méthodologiquement assumés en raison de la dispersion et de la crise permanente des modèles de scientificité pour le droit et, d'autre part, un nombre considérable de discours juridiques sont produits sans considération de méthode ni de préoccupation épistémologique. Ils fonctionnent, pour reprendre une expression kantienne, de manière rhapsodique. Cette manière n'est pas peu encouragée par les conditions sociales et politiques actuelles de production des savoirs juridiques, des conditions qu'il conviendrait d'interroger plus assidûment. Je me borne ici à énumérer quelques aspects de ce mode de production du savoir en général, et du savoir juridique en particulier : culture du résultat à court terme, assimilation irréflechie de la professionnalisation à la technicisation des compétences⁴⁴, primat de la compétence technocratique sur la compétence scientifique dans le montage des programmes et contrats de recherche⁴⁵, dégradation des statuts et des conditions de travail, fonctionnarisation de l'«enseignant-chercheur», concentration de l'édition juridique, réformisme immodéré et absence de discours cohérent et responsable sur le sens de l'Université, domination de la «communication»⁴⁶ et de la «vitesse» etc.

La conséquence la plus néfaste de la situation est la perte, au moins relative, d'un monde commun des juristes, d'une communauté scientifique, d'un paradigme ou d'une «science normale» (Kuhn). Un signe patent, à tout le moins dans la doctrine juridique française actuelle, serait à mon sens la grande difficulté à nourrir la controverse juridique. L'argument d'autorité remplace le débat méthodique qui file ainsi en dialogue de sourds. Dans ce monde désarticulé, *déstructuré* de la doctrine juridique, les conditions d'administration des preuves de la validité d'un énoncé juridique deviennent de plus en plus difficile, si, justement, comme j'aurais tendance à le soutenir, et *jusqu'à preuve du contraire*, il faut renoncer à la possibilité des preuves absolues. On ne peut plus guère s'en remettre aux modes de preuve admissibles dans une communauté ordonnée par un modèle de scientificité ou, à tout le moins, par quelques modèles concurrents entre lesquels la *communication* – encore elle ! – pourrait être encore possible. En l'absence même de souci commun pour la réflexion sur les conditions de scientificité du discours

⁴⁴ Ayant dirigé une école doctorale en France, j'ai fini par comprendre que le sens de l'institution n'était pas d'aider à améliorer la qualité des thèses, mais de produire davantage de thèses et de chercher les moyens de «caser» sur le marché du travail tous ces docteurs superflus dont ledit marché n'a pas besoin. Le processus de mise en place du modèle de Bologne (dit en France : L-M-D) est lui aussi suffisamment édifiant quant à la misère du discours de la professionnalisation.

⁴⁵ C'est un point capital mais trop peu étudié. Qui proposera à la Commission européenne, par exemple, un programme d'étude de ses conditions de constitution, d'examen et d'évaluation des dossiers de demandes de financement de la recherche ? Il en résulte par exemple que de nombreux programmes de recherche sont montés de manière purement thématique sans méthode de recherche. Il en résulte aussi la promotion des recherches qui font écho aux «*trends*» actuels, une sorte de renforcement des effets de mode. Il pourrait en découler aussi une concentration de la recherche qui signifierait son appauvrissement.

⁴⁶ «La communication est tout», dit une publicité pour une entreprise (allemande) de télécommunications. Il faudrait s'interroger pour savoir quelle activité autre que la communication peut, dans le monde post-totalitaire, énoncer publiquement une telle prétention à la totalité...

juridique, il ne nous reste qu'à examiner la cohérence, les tensions et contradictions *internes* des discours.

Si la question de la preuve scientifique, dans les termes dans lesquels on s'est efforcé de la poser ici, a aussi et profondément un lien avec celle de la «sécurité juridique», il est raisonnablement justifié de considérer la situation actuelle comme n'étant guère satisfaisante.

Université Robert Schumann de Strasbourg