

Ouvrages du même auteur

- * *La copropriété des immeubles bâtis dans la jurisprudence*, Paris, Litec, 1979.
- * *Droit civil, Les biens*, Paris, Litec, 1^{re} éd., 1979, 6^e éd., 2002.
- * *Le remembrement rural* (en collab. avec M. le Recteur D. Linotte), Paris, Litec, 1980.
- * *Le droit civil*, Paris, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1^{re} éd., 1984, 6^e éd., 2001 (édition en anglais, A. Levasseur et B. Mihoubi, Louisiana State University Law Center, 1987, 2^e éd., 2002).
- * *Épistémologie juridique*, Paris, PUF, 1985.
- * *Droit civil, Les personnes, Les incapacités*, Paris, PUF, 1985.
- * *Théorie contre arbitraire, Éléments pour une théorie des théories juridiques*, Paris, PUF, 1987 (éditions italienne et espagnole).
- * *La copropriété des immeubles bâtis*, Paris, Sirey, 1989.
- * *Savoir des juges et savoir des juristes, Mes premiers regards sur la culture juridique québécoise* (Wainwright Lectures Series), Mc Gill University, Montréal, 1990.
- * *Science des légistes, savoir des juristes*, Aix-en-Provence, PUAM, 3^e éd., 1993.
- * *Épistémologie du droit*, Paris, PUF, Coll. Que sais-je ?, 1994.
- * *Le traitement des délinquants*, Paris, Vrin, 1995.
- * *La copropriété immobilière*, Paris, Dalloz, 1995.
- * *Philosophie du droit*, Paris, PUF, 1999.
- * *Questions de copropriétaires (et réponses des juges)*, Aix-en-Provence, Edilax, 1^{re} éd., 2000, 2^e éd., 2001.
- * *Guide des associations syndicales en lotissements*, Aix-en-Provence, Annales des Loyers, 1999.
- * *Les erreurs à éviter en copropriété immobilière*, Lyon, Juris-service, 2001.
- * *Précis élémentaire de contentieux contractuel*, Aix-en-Provence, PUAM, Librairie de l'Université, 2001.

Avertissement : le présent ouvrage ne peut être considéré comme une réédition de l'essai paru sous le même titre en 1985 dans la collection « Droit fondamental » aux Presses Universitaires de France qui n'ont pas souhaité le rééditer.

Épistémologie juridique

2002

Christian Atias

DALLOZ



Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée.

Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20 rue des Grands-Augustins, 75006 Paris).

DALLOZ

31-35 rue Froidevaux, 75685 Paris cedex 14

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2^o et 3^o a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 315-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

© ÉDITIONS DALLOZ - 2002

SOMMAIRE

INTRODUCTION	1
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE LE SAVOIR JURIDIQUE EN QUESTIONS	11
PARTIE 1 L'OBJET DE L'ÉPISTÉMOLOGIE JURIDIQUE DESCRIPTIVE	23
TITRE 1 EMPRUNTS À L'ÉPISTÉMOLOGIE GÉNÉRALE ?	25
CHAPITRE 1 QUELQUES REPÈRES EN ÉPISTÉMOLOGIE GÉNÉRALE	27
CHAPITRE 2 UNE VOIE POUR L'ÉPISTÉMOLOGIE JURIDIQUE	55
TITRE 2 QUESTIONS D'ÉPISTÉMOLOGIE JURIDIQUE	61
CHAPITRE 1 SAVOIR ET SAVOIRS JURIDIQUES	63
CHAPITRE 2 PERTINENCE ET VALEUR DU DISCOURS SUR LE DROIT	95
PARTIE 2 LES APPORTS D'UNE ÉPISTÉMOLOGIE JURIDIQUE DESCRIPTIVE	137
TITRE 1 LES SAVANTS JURISTES	143
CHAPITRE 1 LES QUALITÉS	145
CHAPITRE 2 LES COLLECTIVITÉS	163
TITRE 2 LE SAVOIR DES JURISTES	171
CHAPITRE 1 LES FORMES DE SAVOIR	173
CHAPITRE 2 LES LOIS DU SAVOIR	181
CHAPITRE 3 LES ARMES DU SAVOIR	193
Index alphabétique	227
Table des matières	229

INTRODUCTION

- 1 **Un projet épistémologique pour le savoir juridique** ◇ Ce qui se donne et est reçu comme l'œuvre de savants capables d'isoler une connaissance vraie a, par là même, un destin, une histoire. Elle se compose de postulats indiscutés et de frontières âprement défendues, de projets et de prétentions, de crises, de renoncements, de modes et de convictions, de tendances dominantes ou discrètes, de trouvailles et de découvertes, de consécration et de mises à l'index. Ces phénomènes méritent l'enquête et celle-ci peut être dite épistémologique.

Une épistémologie du savoir juridique pourrait être porteuse d'enseignements non dénués d'intérêt; son développement paraît se heurter à divers obstacles.

- 2 **De l'épistémologie et du juridique** ◇ L'épistémologie est aujourd'hui reconnue : elle a ses théories et ses maîtres, voire ses écoles, son histoire aussi. La physique, la chimie, la biologie,... ont donné lieu à de telles réflexions. Il est douteux qu'elles puissent être étendues au juridique.

L'épistémologie juridique n'est pas encore installée dans les habitudes, dans les programmes; elle demeure largement un projet à justifier, à fonder. Son objet doit être précisé. Il n'est pas de traiter le droit, en lui-même et dans son ensemble, comme une science, ou même comme un savoir, justiciable d'une réflexion spécifique; l'examen ici proposé est limité au savoir dont le droit est l'objet. Toute discussion sur la nature et la définition du droit étant laissée de côté, il reste que des discours, des écrits, des enseignements, des propositions théoriques portent sur le droit; ce savoir est-il passible d'une épistémologie ?

L'épistémologie est une discipline particulière dont le développement n'est qu'apparemment récent. Si le terme est employé en France depuis le début du XX^e siècle seulement¹, la réflexion qu'il vise était déjà présente chez les premiers grands philosophes. Leurs préoccupations n'étaient pourtant pas celles des épistémologues contemporains; c'est pourquoi, les auteurs s'opposent. Beaucoup pensent que l'épistémologie est la philosophie des sciences modernes, celles qui ont connu les progrès spectaculaires des dernières décennies et qui ont préparé les bouleversements techniques des moyens de transport et de communication, d'interventions chirurgicales,... L'issue du débat commande directement la réponse à la question : peut-il y avoir une épistémologie juridique ? Si l'épistémologie est fille des réussites relativement récentes des sciences physiques, chimiques et biologiques, les juristes doivent probablement y renoncer

1. S. Auroux et Y. Weil, *Dictionnaire des auteurs et des thèmes de la philosophie*, Paris, Hachette, 1991, V^o Épistémologie, p. 121 et s.

pour eux-mêmes; si, au contraire, l'examen épistémologique peut avoir un domaine plus large, le savoir des juristes peut en bénéficier.

3 Définitions de l'épistémologie ◇ L'épistémologie porte sur la connaissance; elle l'envisage davantage comme un résultat, des connaissances, des propositions théoriques,..., que comme le travail de l'esprit à l'œuvre¹. Elle ne propose ni une méthode, ni même une synthèse; elle n'ambitionne pas d'annoncer les directions futures du progrès des sciences. L'une de ses définitions met l'accent sur son objet propre; il y a, dans le savoir scientifique, sinon des faiblesses, au moins des affirmations dont les savants ne paraissent guère douter et qui ne sont pourtant pas à l'abri de la discussion. L'épistémologue pose des questions qui jalonnent en quelque sorte le chemin parcouru dans la constitution et le développement d'un savoir; il demande, à celui qui affirme savoir, qui affirme avoir établi ou démontré, ce qui l'autorise à s'exprimer ainsi; de quelle façon les données acquises de la science sont-elles acquises? L'épistémologie est « l'étude critique des principes, des hypothèses et des résultats des diverses sciences, destinée à déterminer leur origine logique (non psychologique), leur valeur et leur portée objective »². Cette définition comporte sans doute le mot « science »; mais il n'est pas davantage précisé. Le savoir juridique conserve encore toutes ses chances; il peut bien relever d'une « étude critique des principes, des hypothèses et des résultats » dont il se prévaut.

D'autres définitions sont assurément moins accueillantes. « L'épistémologie est cette partie de la philosophie qui s'occupe de connaissance scientifique. Elle tente d'en élucider la nature et d'en comprendre la dynamique... »³. Elle est aussi et plus précisément présentée comme une « branche de la philosophie des sciences qui étudie de manière critique la méthode scientifique, les formes logiques et modes d'inférence utilisés en science, de même que les concepts fondamentaux, théories et résultats des diverses sciences, et ce afin de déterminer leur origine logique, leur valeur et leur portée objective »⁴. Comme théorie même, l'épistémologie serait ainsi datée : « depuis Kant au moins, tous les philosophes tiennent pour acquis que la science est un fait. L'épistémologie s'intéresse à la science non pas comme institution sociale mais comme mode de connaissance »⁵.

Ces indications paraissent condamner tout projet épistémologique dans le domaine juridique. Du moins, ne serait-il possible de s'y engager qu'après avoir démontré qu'il y a place pour une science juridique au sens

1. Le terme de gnoséologie désigne précisément cet autre aspect de la connaissance.

2. A. Lalande, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, avant-propos de R. Poirier, Paris, PUF, 1926, 11^e éd., 1972, V^e Épistémologie, pp. 293-294. – M. Meyer, *Découverte et justification en science. Kantisme, néo-positivisme et problématologie*, Paris, Klincksieck, 1979, p. 102.

3. R. Nadeau, *Vocabulaire technique et analytique de l'épistémologie*, Paris, PUF, 1999, p. XI.

4. R. Nadeau, *op. cit.*, V^e Épistémologie, p. 209.

5. R. Nadeau, *op. cit.*, p. XI.

restreint ! Cette aporie préalable demanderait une ample et difficile réflexion qui serait elle-même épistémologique : elle tendrait à récuser la spécificité du savoir juridique par rapport aux sciences physiques, chimiques et biologiques notamment.

Et l'obstacle se confirme s'il faut admettre que « l'épistémologie tient pour acquis que la science, en particulier depuis la révolution galiléenne, est, comme démarche intellectuelle, une réussite spectaculaire, qu'il s'agisse d'expliquer le phénomène quotidien des marées, qu'il s'agisse encore d'identifier les composants ultimes de la matière, ou qu'il s'agisse enfin d'expliquer des phénomènes aussi divers que le mouvement orbital des planètes, la vitesse d'éloignement des galaxies, l'évolution des espèces, le mécanisme de l'hérédité, la structure biochimique du gène, le comportement micro-économique des consommateurs, les formes élémentaires de parenté, le fonctionnement syntaxique des langues, etc. »¹

La connaissance du droit n'a certes pas connu cette « réussite spectaculaire » qui ouvrirait la voie à l'étude particulière de la validité des propositions scientifiques.

Dans une définition qui peut paraître élargie, l'épistémologie est l'étude critique des événements qui émaillent l'histoire du corps de connaissances qu'une collectivité savante alimente, corrige et travaille, et dont l'objet est relativement déterminé. C'est en ce sens que le terme « épistémologie » est entendu ici; c'est en ce sens qu'il est permis de parler d'une épistémologie juridique.

4 Ambiguïté de la position épistémologique ◇ L'ambiguïté du statut de l'épistémologie est d'ordre général. Ce n'est pas un handicap propre à la réflexion sur la connaissance du droit. « Envisagée comme relevant de la psychologie, la discipline se préoccupe de processus intellectuels ou "cognitifs", de notre équipement et de nos dons intellectuels, de la "cognition" et de ses mécanismes; envisagée comme branche de la logique générale, elle s'intéresse aux procédures intellectuelles ou rationnelles, aux méthodes d'argumentation et à la justification rationnelle des prétentions à la connaissance »².

5 Épistémologie et philosophie ◇ Une autre ambiguïté plus spéciale de l'épistémologie procède de sa proximité avec la philosophie. Leurs différences et leurs relations varient d'une théorie à l'autre, d'un auteur à l'autre. L'épistémologie se présente assez généralement comme plus volontiers prescriptive que la philosophie : elle veut indiquer ce que devrait être la connaissance pour être digne de ce nom, pour progresser

1. R. Nadeau, *Ibidem*.

2. St. Toulmin, *Les usages de l'argumentation*, Cambridge Univ. Press, 1958, Paris, PUF, 1993, traduction de Brabanter, p. 262, 266, 315.

en s'épurant¹. Le positivisme juridique est ainsi présenté comme « théorie épistémologique ». Il suppose, au nom d'un « dualisme de fonction », la distinction du droit et de la science du droit, ce qui n'exclut pas de donner à cette dernière, comme objet extérieur, « le discours des juristes »². Reconnaissant ce que l'on a coutume d'appeler « droit », comme constituant cet objet, il est admis qu'il faut viser à « rendre compte du rapport, établi à l'aide (d'un) raisonnement spécifique, entre la décision du juge et un énoncé auquel celui-ci se réfère, selon lequel telle décision doit être adoptée »³.

Le positivisme juridique se définirait alors par une exigence; le juriste devrait, dans un même mouvement, s'interdire de chercher à influencer le droit, voire à le modifier⁴, et récuser toute référence éthique ou métaphysique⁵. La science du droit se présente alors comme « la construction d'un système de propositions, comme un langage rigoureux et cohérent » et, plus précisément, comme un méta-langage⁶. À défaut, il n'y aurait pas de science du droit et, sans doute, pas d'épistémologie. Pourtant, l'énoncé « selon lequel telle décision doit être adoptée » renvoie bien à un état du droit supposé connaissable et même connu. Quel que soit le contenu donné à cet objet de connaissance, et même s'il n'est pas à l'abri de déformations présentées comme des analyses, des descriptions, des observations, les efforts accomplis pour l'établir peuvent donner lieu à une réflexion d'ordre épistémologique; celle-ci ne naît pas nécessairement après avoir donné des instructions à son objet.

6 Premières illustrations ◇ Les juristes se posent des questions qui évoquent plus ou moins directement celles que les travaux des épistémologues peuvent prendre pour objet. Des remarques qu'ils émettent « en passant » ne paraissent pas négligeables; trahissant des doutes, des convictions, elles pourraient s'avérer fort significatives. C'est à les approfondir que s'emploierait l'épistémologie juridique.

Le Professeur Michel Villey fut l'un des maîtres les plus prestigieux de la philosophie du droit. Théoricien du droit naturel, il ne saurait être soupçonné d'avoir en quelque façon confondu le droit avec une science; il a lutté énergiquement contre toute assimilation de cet ordre⁷. Présentant les travaux de Fechner, il écrivait en évoquant « les limites au pouvoir créateur de l'homme » : « il y a des innovations qui ne réussissent point, d'autres au contraire, une fois surgies, semblent installées pour

1. Pour un exemple, M. Troper, Le positivisme juridique, in *Philosophie et épistémologie juridiques*, Revue de synthèse, 1985, III^e s., t. CVI, n° 118-119, p. 187.

2. M. Troper, *op. cit.*, p. 192, 194.

3. M. Troper, *op. cit.*, p. 200.

4. M. Troper, *op. cit.*, p. 193, 195.

5. M. Troper, *op. cit.*, p. 195 à 198.

6. M. Troper, *op. cit.*, p. 200-201, 203-204.

7. M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1957, 2^e éd. 1962, p. 69 et s., 124, 138, 145, 147, reprint Bibliothèque Dalloz.

toujours »¹. Le Professeur Paul Amselek qui s'efforçait lui aussi, sur de toutes autres bases, de combattre l'amalgame du juridique et du scientifique, remarquait qu'une loi scientifique également peut continuer d'être utilisée, « alors même qu'on a construit par ailleurs une nouvelle loi plus efficiente qui est en désaccord logique avec elle »². Ces constatations sont au moins apparentées; les phénomènes à expliquer pourraient être de même ordre, de même origine, ou au moins présenter quelque corrélation et correspondance.

Le Professeur Philippe Le Tourneau étudie l'adage « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* »³. Il révèle les incertitudes de son origine, de son domaine, de sa portée. C'est ainsi qu'il aboutit à un constat : « l'adage a été invoqué, est invoqué, sera sûrement encore invoqué hors de propos; sans doute ce fait tient-il en partie à son air respectable et à sa forme latine qui séduisent... N'ayant pas de limite précise, on l'invoque à mauvais escient, ce qui accroît l'incertitude, et ainsi de suite. C'est un cercle vicieux dont la tendance naturelle est de s'étendre... »⁴. Ces propositions portent directement et précisément sur le savoir juridique; y sont décelés des phénomènes de séduction, d'expansion. Par là, l'influence conservée par des théories pourtant privées de leurs bases et fondements est expliquée. En d'autres termes, l'auteur annonçait ce qui s'est effectivement produit : pour forte et convaincante qu'elle soit, l'analyse des faiblesses de l'adage n'a pas provoqué son abandon⁵. Il avait d'autres moyens de s'imposer que ses apparentes justifications et pouvait se maintenir sans elles. C'est dire que le savoir juridique semble soumis à des forces propres; elles se prêtent à une étude particulière.

Lorsqu'il remarque : « on pensera peut-être que ces inquiétudes doctrinales sont trop fondamentales pour être sérieusement considérées »⁶, le Professeur Philippe Rémy évoque un autre aspect du savoir juridique; il a ses bornes, ses frontières qu'aucune décision constitutionnelle, législative ou judiciaire ne lui a jamais fixées. Pourtant, le juriste français ne se laisse pas engager dans des discussions fondamentales; il lui suffit de les dénoncer comme philosophiques pour les disqualifier. Ainsi s'opère la sélection des arguments pertinents et opérants. Le même auteur observe encore que « la glose doctrinale ne fait qu'engraisser la "normativité" ambiante, cristalliser les "droits spéciaux", légitimer et encourager la production continue d'un droit prétorien, ce qui ne prépare évidemment pas à une opération de réduction du droit, ni à sa systématisation »⁷.

1. M. Villey, *op. cit.*, p. 104.

2. P. Amselek, « La part de la science dans les activités des juristes », *D.* 1997, chron., I-2°, p. 341.

3. Ph. Le Tourneau, *La règle Nemo auditur...*, préface P. Raynaud, Paris, LGDJ, 1970, Bibl. dr. pr. t. CVIII.

4. Ph. Le Tourneau, *op. cit.*, n° 31, p. 44.

5. Comp. M. Meyer, *Découverte et justification en science. Kantisme, néo-positivisme et problématique*, Paris, Klincksieck, 1979, p. 203. V. aussi *infra* n° 312.

6. Ph. Rémy, « La subrogation du prêteur de deniers dans l'action résolutoire du vendeur d'immeuble », *JCP* 1978, Éd. Not., I, p. 81, n° 12.

7. Ph. Rémy, « La recodification civile », *Droits*, 1997, p. 17.

L'influence exercée par le savoir juridique sur l'objet qu'il prétend décrire est ainsi attestée.

Sous de telles observations, transparaît une idée qui pourrait être féconde. Indépendamment du droit, des dispositions légales et des positions jurisprudentielles, des études théoriques et des activités pratiques, le savoir juridique a son mouvement, ses mouvements propres. Tel pourrait être l'objet d'une épistémologie juridique. Elle n'examinerait pas le contenu des propositions théoriques pour soumettre leurs origines, leurs fondements, leurs conséquences, à une appréciation critique. Elle chercherait à expliquer comment elles ont été élaborées, pourquoi elles ont été reçues ou rejetées, mises en avant, puis oubliées.

7 D'une épistémologie hors du scientifique ◇ La résistance à l'idée d'une épistémologie juridique ne s'avouera sans doute pas vaincue. Pour exclure définitivement et sans remords le juridique du champ de l'épistémologie, elle se dispense de quelques vérifications préalables.

En premier lieu, la « réussite spectaculaire » d'un savoir n'est pas nécessairement une condition de la naissance d'une épistémologie. L'épistémologie n'est pas inéluctablement post-kantienne et des théories de la connaissance ont été développées bien avant que les sciences physiques, chimiques ou biologiques aient connu les progrès qui paraissent aujourd'hui les caractériser. En deuxième lieu, si même la science est, pour la connaissance commune, une « norme de référence »¹, et si le droit relève de cette connaissance non scientifique, il peut y avoir lieu de situer la connaissance dont il est l'objet par rapport à cette norme. Elle pourrait occuper une position intermédiaire et, pour cette raison, avoir quelque chose à apprendre de la scientificité; il n'y a pas de raison pour supposer que la science même déterminée étroitement puisse, en quelque sorte, regarder les autres formes de connaissance et se mesurer à elles, mais que celles-ci ne puissent venir à la même frontière et apprécier leurs différences. Le découpage des secteurs de la connaissance n'est pas immuable; l'époque contemporaine en a hérité. La détermination du juridique par rapport à l'économique, au sociologique, voire aux autres sciences ne mérite-t-elle pas réflexion? En troisième lieu, la connaissance juridique a sans doute, elle aussi, des « normes méthodologiques » qu'elle « se donne pour justifier les théories explicatives qu'elle avance », et elle exerce probablement des « contraintes... sur notre façon de penser et de voir le monde »². Ce pourrait être une préoccupation légitime de soumettre ces normes à une analyse approfondie; elle pourrait prétendre à la qualification d'épistémologie.

1. R. Nadeau, *op. cit.*, p. XII.

2. R. Nadeau, *Ibidem*.

8 La spécificité du projet épistémologique dans le domaine juridique ◇ S'il est légitime de se livrer à une réflexion épistémologique dans le domaine juridique, c'est à la condition sans doute d'admettre une hypothèse première : le droit est l'objet d'une connaissance particulière. Elle semble recevable même là où l'épistémologie juridique est confondue avec la philosophie ou la théorie du droit; il est possible « d'enquêter sur l'objet même dont s'occupent les juristes-chercheurs de façon à faire apparaître l'identité propre, la structure typique de cet objet par-delà les conceptions plus ou moins approximatives qu'on peut en avoir dans l'expérience courante », comme sur la nature des activités transcendantes auxquelles se livrent ces juristes-chercheurs¹.

Indépendamment du droit lui-même, et quelque soit la définition qui en est adoptée, il y a un savoir qui se forme sur lui; il y a des propositions théoriques qui sont élaborées sur son contenu. Il y a des juristes supposés et des non-juristes, comme il y a des physiciens, des chimistes et des biologistes reconnus pour détenir certaines connaissances. Quelque soit la nature de ce savoir, et même s'il devait être principalement un savoir-faire, il serait possible de se demander ce qu'il faut savoir pour connaître le droit, quelles informations il est nécessaire de collecter pour pouvoir parler sagement de telle ou telle question de droit.

En d'autres termes, il suffit, pour qu'une épistémologie juridique soit possible, de reconnaître que, même si le droit pouvait être donné, établi, après avoir été défini, il y aurait encore lieu de le décrire, de l'enseigner, d'en faire la théorie. Si « mêmes les commentaires purement analytiques et didactiques de la dogmatique juridique n'ont rien à voir, ni de loin, ni de près, avec les lois scientifiques », parce que le juriste dogmaticien se borne à « ranger les outils juridiques en vigueur et (à en faire) une présentation ordonnée, systématique, cohérente »², il contribue, ce faisant, à l'élaboration d'un savoir; une épistémologie peut en examiner les particularités, les variations, les présupposés. Ce qui est ici privé de pertinence, c'est la gnoséologie qui étudie la faculté de connaître; ce n'est pas la réflexion sur la connaissance, sur ses voies et moyens, sur les limites qu'elle suppose, sur ses tendances, sur les choix qu'elle implique.

La question n'est nullement de veiller à ne pas confondre l'ordre de la vérité et de la vérification, avec celui de la justesse et de la justification³, en se souvenant que « les choses humaines ne peuvent pas être considérées en elles-mêmes et pour elles-mêmes, comme si elles s'autoproduisaient naturellement, mais toujours en tant que faits de l'homme dont il s'agit de rendre compte »⁴. Ces préoccupations essentielles pour le philosophe du droit ne sauraient mettre obstacle au développement d'une

1. P. Amselek, « Éléments d'une définition de la recherche juridique », *Archives de philosophie du droit*, 1979, t. 24, p. 298-299.

2. P. Amselek, « La part de la science dans les activités des juristes », *D.* 1997, chron., I, p. 341.

3. P. Amselek, *op. cit.*, I, p. 340.

4. P. Amselek, *op. cit.*, II, p. 341.

épistémologie juridique; son objet n'est pas le droit, comme « chose humaine », mais le savoir qui se forme, se transmet, se modifie à son propos.

En définitive, l'épistémologie juridique serait exclue seulement s'il fallait admettre qu'entre le droit, quelles que puissent en être la nature et la définition, et les descriptions, commentaires, analyses, synthèses qui lui sont consacrées, nulle différence, nulle séparation n'est concevable. Plus simplement encore, il y a place pour l'épistémologie dès lors que le savoir juridique ne peut être réduit à la connaissance des dispositions légales et réglementaires en vigueur et, sans doute, des règles consacrées par les juges. Si ce savoir n'est pas la simple reproduction ou reprise directe de ce droit, alors, la distance de l'un à l'autre, leurs différences et relations se prêtent à l'étude et à la réflexion; parce qu'elles empruntent, par comparaison ou par opposition au moins, à l'examen critique de la méthode scientifique, des formes logiques et des modes d'inférence utilisés en science, des concepts fondamentaux, théories et résultats des diverses sciences, la désignation d'épistémologie ne semble pas totalement usurpée.

9 La préoccupation épistémologique en droit ◇ Le savoir juridique a ses distinctions, ses mouvements d'ensemble et ses variations plus limitées, ses continuités, ses ruptures, ses avancées brutales, ses condamnations, ses abandons et échecs, ses sélections externes – choix d'ignorer ce qui ne serait pas juridique – et internes – distinctions entre les branches et disciplines –, ses modes, ses engouements, ses rejets, ses références, ses symboles aussi.

Leurs causes et explications peuvent être supposées purement anecdotiques, strictement individuelles et liées au hasard. Il se peut aussi que des régularités apparaissent, que des tendances fortes se dégagent. Il se peut que le déclin menace et que d'autres savoirs prennent le relais. Une sorte d'observatoire du savoir juridique est à imaginer pour éviter de postuler son excellence et de le supposer nécessairement satisfaisant. Il pourrait se donner un programme de grande ampleur. Il porterait sur¹ :

1° La notion de savoir juridique (pertinence, objet, objets, limites, relations avec le droit, distinctions, unités de pertinence, critères, activités...).

2° L'action du savoir juridique sur le droit (influences, procédés...).

3° Les mouvements du savoir juridique (progrès, ruptures,...).

4° Les sources du savoir juridique (alimentation, exclusions,...).

Une épistémologie juridique descriptive, différentielle, rétrospective et critique pourrait contribuer à la sauvegarde des caractéristiques majeures

1. Comp. P. Amssek, « Éléments d'une définition de la recherche juridique », *Archives de philosophie du droit*, 1979, t. 24, p. 298-299.

d'un savoir et d'un enseignement menacés. Chacun de ces qualificatifs mérite, à titre liminaire, un mot d'explication.

Le savoir juridique requiert une épistémologie descriptive¹. Elle travaille principalement sur l'état du savoir juridique, tel qu'il est supposé, établi, pratiqué, invoqué, travaillé, et sur son histoire, sur les grandes ères entre lesquelles il se divise; elle dégage ainsi le phénomène épistémologique de la connaissance du droit, ses critères, ses sélections, ses exclusives. Cette épistémologie sera rétrospective; c'est en remontant le temps à partir de nos propositions actuelles les plus assurées, en cherchant à les dater et à repérer leurs origines que nous comprendrons ce que nous sommes. Parce qu'elle fait apparaître un prétendu état comme une étape, une transition entre deux mouvements qui l'éclairent, la remontée dans le temps favorise le repérage des traces et des signes précurseurs, comme l'analyse de la formation des propositions théoriques. Cette épistémologie doit encore être différentielle. Un seul exemple le montre; les discussions qui portent sur la jurisprudence, voire sur la jurisprudence en droit privé peuvent-elles avoir un sens? Il faudrait supposer que la jurisprudence se compose et est reconnue nécessairement en droit de la consommation ou de la construction, comme en droit des contrats. Un minimum de vérification préalable s'imposerait avant d'affirmer l'unité du concept. Enfin cette épistémologie doit se présenter comme critique. Le savoir juridique pourrait bien être actuellement en crise; la réflexion sur ses faiblesses s'impose et, avec elle, l'étude des bases des connaissances mises en œuvre. Les références qui paraissent fonder les affirmations et réflexions juridiques ne sont pas imposées: comment sont-elles choisies? Comment ce savoir délimite-t-il son domaine? Cette épistémologie s'efforcera de dégager des lois, tendances ou régularités, du savoir juridique.

Quelques questions assez simples peuvent être posées; elles ne paraissent pas dénuées de tout intérêt. Pourquoi certaines propositions théoriques acquièrent-elles une audience considérable? Leur conformité à certaines données pourrait ne pas suffire à l'expliquer. Quelle influence exercent-elles sur les pouvoirs législatif et juridictionnel? Parviennent-elles, par là, à s'auto-justifier? Pourquoi certaines discussions apparemment déterminantes sont-elles bientôt abandonnées? Comment est-il possible que des erreurs dénoncées continuent d'être prises pour la « vérité »? Quels sont les procédés de « vérification » des théories juridiques qui emportent la conviction? Y a-t-il une « logique de la découverte » juridique?

10 D'une tentative de réflexion épistémologique sur le droit ◇ Des études et réflexions ont été menées sur la doctrine juridique, à l'initiative notamment du Professeur Christian Mouly et de ses amis, dans les

1. S. Auroux et Y. Weil, *Dictionnaire des auteurs et des thèmes de la philosophie*, Paris, Hachette, 1991, V^e Épistémologie, p. 127-8.

années 80, à la Faculté de droit d'Aix-en-Provence. Elles avaient pour objet l'examen d'un phénomène : le savoir juridique. Il est l'objet d'activités particulières et a ses distinctions, ses mouvements d'ensemble et ses variations plus limitées, ses continuités, ses ruptures, ses avancées brutales, ses condamnations, ses abandons et échecs, ses sélections, ses modes, ses engouements, ses rejets, ses déperditions, ses références. L'hypothèse était qu'il y avait là un possible objet d'étude; elle était aussi que cette étude s'imposait pour la défense du droit et de son savoir.

Lorsque la grande voix de Christian Mouly a dû cesser de s'élever haut et clair dans le combat pour le droit, certains ont cru pouvoir marquer un point. Les victoires de l'intolérance, heureusement, n'ont qu'un temps !

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

LE SAVOIR JURIDIQUE EN QUESTIONS

- 11 *Un savoir escamoté* ◇ Le savoir juridique fait question. Avant même de songer à en faire un objet d'étude, il faudrait parvenir à lui donner une existence, une consistance. Depuis qu'il y a des juristes, depuis que le droit est recherché, observé, analysé, discuté, le savoir ainsi constitué parvient à demeurer en retrait, entre parenthèses, comme effacé. Tout se passe comme s'il ne pouvait rien y avoir entre le droit, tel qu'il est posé par les autorités habilitées, et le droit connu, décrit, enseigné.

Plusieurs raisons expliquent l'ignorance dans laquelle est tenue la connaissance du droit, c'est-à-dire à la fois ceux qui y travaillent, les résultats de leur activité, l'influence qu'ils exercent. L'ambiguïté règne ici en maîtresse toute puissante. Les uns feignent de croire que le seul emploi de l'expression « science du droit » implique une confusion avec les sciences de la nature; imposant leur définition de la science, ils récusent par là toute réflexion sur un savoir qui, faute d'être scientifique, serait sans portée, sans intérêt. D'autres craignent que l'étude de la connaissance du droit dissimule un combat à caractère corporatiste pour le développement du savoir des juristes; au nom de la pureté d'un droit dit positif et du respect qu'il mérite, ils s'insurgent contre l'idée d'une possible distance entre le droit posé et le droit connu. Si elle apparaissait, une telle erreur serait aussitôt spontanément et nécessairement éliminée. Certains positivistes redoutent que, derrière la reconnaissance d'un savoir juridique – qui, dans leur hypothèse, ne saurait se cantonner au droit positif –, ne s'insinue le retour d'un droit naturel honni. S'il leur est difficile de condamner toute épistémologie, ils ne la tolèrent que sagement absorbée dans la philosophie du droit; elle n'aurait vocation à étudier que les modes de connaissance mis en œuvre par le législateur ou, au moins, par les sources du droit reconnues. D'autres encore condamnent l'idée même d'un savoir portant sur le droit positif, soit parce qu'il s'offrirait lui-même à une connaissance directe, immédiate, soit parce qu'étant le produit de décisions humaines, il ne pourrait être ni observé, ni analysé comme un objet extérieur. Le juriste ne pourrait se prévaloir d'aucun savoir, mais seulement d'un savoir-faire.

La discussion sur la qualité de la connaissance du droit et, notamment, de son enseignement, de la formation des juristes est ainsi escamotée.

- 12 *La mise au jour* ◇ L'épistémologie juridique transforme simplement ces postulats plus ou moins théoriques en questions. Combattant le

choix de l'ignorance, elle s'interroge sur l'origine, sur les conséquences, sur la réalité et l'influence du savoir juridique, sur ses exigences et mouvements propres, sur sa spécificité. Refusant de conclure avant d'avoir clarifié les hypothèses, elle s'efforce de préciser les réponses possibles à des questions qui ne paraissent pas pouvoir être simplement neutralisées, censurées.

SECTION 1. À LA RECHERCHE DU SAVOIR DES JURISTES

- 13 **Savoir ou savoir-faire** ◇ L'avocat, le notaire, le professeur de droit, le rédacteur de compagnie d'assurance, le collaborateur du service juridique d'une entreprise, le greffier, l'huissier, le chroniqueur judiciaire, l'éditeur juridique ne peuvent accomplir leur tâche s'ils n'ont pas les connaissances requises. Ce savoir est-il autonome ? Le doute est permis. Praticiens et théoriciens ont chaque jour des occasions de vérifier qu'il ne prend corps et sens que dans sa mise en œuvre. L'enseignement du droit ne saurait valoir sans un apprentissage complémentaire. Les connaissances juridiques sont inutilisables par qui ignore les méthodes de raisonnement, d'interprétation, d'analyse et d'argumentation dont tout juriste use souvent inconsciemment. Quelle que soit la façon dont il a pu s'en doter, quelles qu'en soient les caractéristiques et la spécificité, quels qu'en soient les mérites et les faiblesses, ce savoir-faire absorbe le savoir qui se réduit à une simple composante : il demeure sous la dépendance contraignante d'une pratique, d'un « tour de main », ou d'esprit. Un tel savoir-faire n'est sans doute pas justiciable d'une épistémologie de même ordre que celle dont les sciences sont l'objet : il ne pourrait s'agir d'une simple théorie de la connaissance.
- 14 **Une technique innocente** ◇ Les juristes ne paraissent guère regretter de passer du statut de savant à celui de techniciens. Faute de pouvoir se prévaloir d'une science dont les acquis et les résultats seraient reconnus comme ceux de la physique, de la chimie, de l'astronomie et de la biologie, ils se satisfont de la consécration de leur savoir-faire. Il peut avoir sa rigueur et son efficacité. Ce repli sur une technique présente l'avantage appréciable de mettre les juristes à l'abri de l'engagement que la science implique. Le savoir serait composé des données que fournit le législateur. La technique vient après la science; elle ne saurait être tenue pour responsable de ses recherches, de ses découvertes, voire de ses erreurs. Dès lors que les juristes ne peuvent se réfugier dans la position innocente d'observateurs, ils ont intérêt à limiter leur intervention à la mise en œuvre de techniques qui prolongent les décisions institutionnelles, sans leur laisser trop d'initiative, sans risque de dénaturation.

- 15 **Méthodologie** ◇ La mise en œuvre du droit fait appel à un savoir-faire particulier, à des techniques ou méthodes caractéristiques; le doute n'est pas permis. Ils ont pourtant été longtemps négligés. À l'époque récente, la théorie juridique s'est étendue à cet aspect de l'activité des juristes¹. La clarification opérée ne permet certes pas de tenir leur savoir pour quantité négligeable. S'il alimente un savoir-faire qui le prolonge, il n'en est pas moins conditionné par l'état des connaissances qui portent sur le droit. Ces connaissances sont enseignées, exposées, établies, discutées, complétées, corrigées. Comme telles, elles donnent prise à l'étude épistémologique.
- 16 **Savoir ou savoirs** ◇ Selon une première voie, le savoir dont le droit est l'objet peut être étudié à partir d'une définition fixée *a priori*; elle dépend alors d'une conception du droit. Une philosophie du droit doit en être le guide. Le savoir juridique, c'est aussi un ensemble de connaissances que les juristes sont supposés avoir acquises, qu'ils invoquent et utilisent, sur lesquelles ils s'opposent. La lecture et l'analyse de leurs écrits, de leurs raisonnements, l'étude de leur travail fait apparaître un savoir de référence. Si sa définition est incertaine et problématique, il fournit un objet d'étude épistémologique dont le point de départ est empirique. C'est une autre voie à emprunter. Il n'y a pas nécessairement de divergence fondamentale entre les deux et elles ne sont pas exclusives l'une de l'autre; il est seulement douteux que la première rende la seconde inutile.
- Ainsi conçu, ce savoir ne peut être présupposé unitaire. Il faut, en première analyse au moins, en suivre les divisions, telles qu'elles s'observent dans l'activité des juristes. Elles sont assurément variables; leurs fondements sont fragiles et leur portée se mesure difficilement.
- Elles sont d'ailleurs multiples et d'origines différentes. Les fonctions exercées par les juristes pourraient correspondre à des savoirs distincts. Les autorités législatrices et juridictionnelles ou administratives, les agents d'exécution, les auxiliaires de justice, les conseils d'entreprises ne se dotent probablement pas des mêmes connaissances; leurs savoirs ne se forment pas de la même façon. Ils ne peuvent être supposés relever d'une unique épistémologie; leur éventuelle unité ne pourrait être qu'une hypothèse à vérifier. Même à fonctions égales, les juristes ne peuvent postuler l'unité de leur savoir. Des formations différentes, des expériences différentes, des préoccupations et questions différentes peuvent engendrer des savoirs différenciés. Même s'ils ont quelque chose en commun et en sont convaincus, le spécialiste de droit civil ne se prévaut guère des mêmes connaissances que le spécialiste de droit administratif ou de droit pénal. L'épistémologie juridique doit avoir la prudence de se donner pour objet, non un hypothétique savoir juridique unique, mais ces multiples savoirs

1. J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2001.

juridiques qui sont enseignés, invoqués, corrigés quotidiennement. Leurs liens, leurs cohérences et leurs oppositions seront à éprouver.

SECTION 2. SUR LE CHEMIN DE L'ÉPISTÉMOLOGIE JURIDIQUE ?

- 17 *Apparition d'une expression nouvelle* ◇ L'épistémologie juridique en langue française s'est insinuée dans la théorie d'assez étrange façon. L'expression est utilisée épisodiquement; ses apparitions successives paraissent dépourvues d'unité. Les études placées sous l'égide de l'épistémologie ont eu des objets fort différents; chacun de leurs auteurs semble avoir travaillé sur le thème que lui suggéraient ses centres d'intérêts. Sur-tout, ils ont défini leurs objectifs et leurs méthodes de façons variables, sans se soucier d'ailleurs de distinguer nettement l'épistémologie de la philosophie. À l'époque récente, le mouvement s'est amplifié; débordant la théorie générale, il a atteint les études spéciales de droit positif.
- 18 *Un essai d'épistémologie juridique en 1913* ◇ Au début du XX^e siècle déjà, le doyen François Gény présentait, dans son œuvre la plus prestigieuse, une contribution originale intitulée « essai d'épistémologie juridique »¹. Le projet paraissait général; il était en réalité largement orienté et gouverné par les objectifs auxquels répondait la théorie d'ensemble de Gény. La distinction du « donné » qu'une science constate et du « construit » qu'une technique compose lui permettait de rendre son unité et ses assises au savoir juridique; malgré la césure radicale de l'être et du devoir-être, malgré l'invasion scientiste, malgré le vieillissement du Code civil et la carence du législateur, le droit retrouvait – c'était l'espoir – une forme de rationalité, d'objectivité. Législateur, juge, interprète, doctrine, tous ont sous les yeux la même réalité historique, économique, sociale, mais aussi rationnelle, idéale et morale; tel est l'objet commun de ce savoir des juristes qui transcende le pouvoir institutionnel des sources du droit ! L'essai du doyen Gény tendait à habiller le juge, l'interprète plus généralement, à se substituer au législateur. Son épistémologie était mise au service de cet objectif. Elle s'attaquait pourtant à certains mouvements caractéristiques de la formation du savoir juridique, l'abstraction en particulier.
- 19 *Études spéciales* ◇ Il faudra attendre près d'un demi-siècle pour que l'épistémologie juridique figure à nouveau dans les publications françaises. Quelques études spéciales paraîtront; elles seront consacrées aux

1. Fr. Gény, « Du rôle des éléments intellectuels en toute élaboration de droit positif (Essai d'épistémologie juridique) », in *Science et technique en droit privé positif, Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Sirey, 1913, vol. I, pp. 101-164, n^{os} 35 à 56.

concepts juridiques¹ et à la comparaison du droit et des sciences². Le besoin d'une épistémologie spécifique ne se fait toujours pas sentir. De plus, les analyses ne reposent pas sur une nette dissociation du savoir qui porte sur le droit positif et du savoir qui contribue à la recherche des solutions à promouvoir notamment en législation, parce qu'elles sont justes. Le travail réel des juristes dans l'exercice de leurs fonctions respectives n'est guère l'objet de cette épistémologie.

- 20 *L'avènement d'une discipline* ◇ Le tournant est pris au dernier tiers du XX^e siècle. De nouveaux objectifs font venir au devant de la scène une certaine épistémologie juridique et lui donnent quelque essor. Paraissant désespérer d'une réflexion philosophique enlisée dans l'opposition des théories du droit positif et du droit naturel, plusieurs auteurs recherchent les voies d'une critique plus radicale. L'œuvre de Gaston Bachelard pourrait avoir servi de détonateur. Sa *contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*³ met en avant deux thèmes qui sont de nature à retenir l'attention des théoriciens du droit. Bachelard insiste sur ces « obstacles épistémologiques » qui peuvent égarer et entraver la recherche; le progrès scientifique est l'histoire des luttes qui ont permis de les surmonter et l'esprit scientifique se reconnaît à son aptitude à éviter ces pièges, celui des évidences, celui de la simplicité, celui des images trop séduisantes... Le deuxième thème bachelardien qui intéresse les théoriciens du droit, c'est celui de la « rupture épistémologique ». La science ne peut naître d'une simple épuration du sens commun; elle n'apparaît qu'en s'en extirpant, en lui tournant résolument le dos. Une telle rupture a paru salutaire dans le domaine juridique. C'était moins l'apparition d'une science qui en était attendue, que la consécration d'un droit nouveau. Une puissante introduction au droit ouvrait la brèche⁴. Résolument engagée, elle faisait place davantage à la théorie constitutionnelle qu'à l'examen du travail des juristes.
- 21 *Développements ultérieurs* ◇ Quelques années plus tard, l'épistémologie juridique connaissait un véritable développement en Suisse⁵ et en Belgique⁶. Les thèmes bachelardiens n'étaient pas oubliés; ils étaient considérablement amplifiés par leur rencontre avec une théorie anglo-

1. J. Parain-Vial, « Note sur l'épistémologie des concepts juridiques », *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1959, t. IV, p. 131.

2. K. Stoianovitch, « Y a-t-il une science du droit ? Contribution à l'épistémologie générale », *Archives de philosophie du droit*, Paris, Sirey, 1959, t. IV, p. 67.

3. Sous-titre de *La formation de l'esprit scientifique*, Paris, Vrin, 1938, 11^e éd., 1980.

4. M. Miaille, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspéro, 1976.

5. J.-F. Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Droz, 1979.

6. J. Lenoble et Fr. Ost, *Droit, mythe et raison. Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Facultés Univ. St.-Louis, t. 16, 1980. – Fr. Ost et M. van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Facultés Univ. St.-Louis, 1987. – V. la *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*.

saxonne prestigieuse, celle de Hart¹. Sa distinction des analyses interne et externe du droit a paru ouvrir une voie prometteuse à une épistémologie qui se serait libérée de toute connivence avec les choix idéologiques supposés caractéristiques du droit positif. Les instruments ainsi forgés ont permis et porté l'étude de plusieurs notions-clés, celle de la raison de la loi en particulier; l'activité législative en a été la cible comme celle des interprètes.

La France a apporté, dans ce domaine, une contribution d'importance². Elle a surtout intéressé le droit public et la philosophie de l'État.

22 Publications récentes ◇ Durant la dernière décennie, l'épistémologie juridique a pénétré l'étude du droit positif. Les ouvrages d'introduction au droit, qui se sont assez généralement éloignés de leur objectif primitif d'initiation, pour se substituer aux anciennes théories générales, lui font place aux côtés de la sociologie, de la philosophie, de la linguistique,....; les positions sont d'ordinaire assez réservées. L'opportunité de recherches approfondies en épistémologie juridique n'est guère soutenue³.

Des travaux plus spéciaux ont également puisé à la source de la discipline longtemps ignorée. Sans prétendre à l'exhaustivité, il faut citer quelques publications révélatrices. Une thèse de doctorat consacrée au « mythe de la positivité de la théorie générale du contrat »⁴ a emprunté résolument la voie de l'épistémologie : « la mise en ordre de l'univers des juristes »⁵ passe moins par la « constitution d'une science du droit objective » que par la reconnaissance des conditions auxquelles est subordonnée « l'activité quotidienne des juristes ».

Les revues juridiques ont accueilli quelques études qui invoquent également des questions épistémologiques en matière probatoire⁶ ou encore à l'occasion de controverses fondamentales⁷. Leurs auteurs ne donnent pas

1. H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, Oxford, Clarendon, 1961, Bruxelles, traduction van de Kerchove, Facultés Univ. St.-Louis, 1976.

2. M. Troper, « Le positivisme juridique », *Revue de synthèse*, 1985, p. 187 et s. - Y. Poirmeur et a. (CURAPP-CHDRIP), *La doctrine juridique*, Paris, PUF, 1993. - G. Timsit, *Les figures du jugement*, Paris, PUF, 1993. - G. Timsit, *Archipel de la norme*, Paris, PUF, 1997. - P. Amselek, « Éléments d'une définition de la recherche juridique », *Archives de philosophie du droit*, 1979, t. 24, p. 297.

3. J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, Paris, PUF, 1955, 26^e éd., 2000, n° 27 *in fine*. - Fr. Terré, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 5^e éd., 2000, n° 386. - J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, Paris, LGDJ, 4^e éd., 1994, n° 116, p. 86 à 88.

4. E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?* Paris, LGDJ, 1997, préface J.-L. Aubert, *Bibl. dr. pr.*, t. 264. - V. aussi une belle réflexion malheureusement non publiée : M. Boudot-Ricoeur, *Le dogme de la solution unique. Contribution à l'étude de la doctrine en droit privé*, thèse, Aix-en-Provence, 1999.

5. E. Savaux, *op. cit.*, p. 328 et s.

6. D. Ammar, *D.* 2000, J., 596, not. 598.

7. Ph. Jestaz, « Une question d'épistémologie (à propos de l'affaire *Perruche*) », *RTD civ.* 2001, 547; avant d'invoquer une épistémologie positiviste, l'auteur prend parti sur une question de justice en posant en sorte de principe qu'il ne saurait y avoir scandale à condamner un médecin à indemnisation. - D. de Béchillon, « Le gouvernement des juges : une question à dissoudre », *D.* 2002, 973.

toujours le même sens au mot « épistémologie »; ils ne l'emploient pas pour les mêmes raisons et leurs objectifs différents. Il a servi notamment à dédouaner le positivisme, en évitant de devoir le présenter comme une philosophie parmi d'autres; c'était l'occasion d'éviter la poursuite de discussions qu'il vaut mieux dire marginales ou inutiles qu'embarrassantes.

23 Un bilan modeste ◇ S'il fallait dresser un bilan, il ne pourrait qu'être modeste. L'épistémologie juridique a peut-être conquis droit de cité. Son apport demeure restreint. Les études spéciales systématiques qui étaient nécessaires sont restées rares. Leurs conclusions inquiètent et ne reçoivent pas toujours l'audience qu'elles méritent. S'il faut se réjouir, c'est de voir que l'épistémologie juridique ne tend pas à devenir une discipline installée; elle poursuit son combat.

SECTION 3. LES OBSTACLES À L'ÉPISTÉMOLOGIE JURIDIQUE

24 Les obstacles apparents ◇ Le terme d'épistémologie avait été appliqué dans le domaine juridique dès le début du siècle. Il l'est encore. Il serait même volontiers mis en avant à titre d'argument oratoire dans une discussion menée à un autre niveau.

L'épistémologie n'est pas toujours distinguée de la philosophie du droit. C'est une première explication des difficultés rencontrées par la tentative aixoise des années 80. Les juristes universitaires n'ont guère manifesté d'intérêt pour les propositions émises sous cette bannière. D'autres explications de leur position peuvent sans doute être avancées.

Certains théoriciens ont supposé et craint, sous la préoccupation épistémologique, une prétention scientifique. Le combat engagé pour éviter toute confusion entre le savoir, la pensée juridiques, d'une part, et les sciences physiques, chimiques ou biologiques notamment, d'autre part, est difficile : allait-il falloir le reprendre ? Pour le croire, il aurait fallu imaginer que l'épistémologie avait pour seul domaine les sciences ainsi caractérisées.

D'autres critiques se sont élevées : elles étaient fondées sur le souci d'éviter que l'épistémologie ne vienne servir de caution morale et politique aux juristes. Qui ne peut prétendre à la neutralité, ne doit pas se dissimuler derrière la théorie d'un « savoir » : un engagement ne se prête pas à l'épistémologie. Il n'y aurait pourtant rien à perdre à une étude de ses justifications et du savoir dont il se prévaut.

La doctrine et l'enseignement universitaires ont sans doute été inquiétés par l'annonce de leur mise en question, de leur placement sous étude. Les mêmes qui ne paraissent pas embarrassés par leur assujettissement à

l'administration et à ses contrôles souvent contre-nature, ont jugé insupportable un effort d'auto-critique.

Les juristes avaient peut-être aussi un sentiment suffisamment vif des incertitudes et ambiguïtés sur lesquelles reposent leurs affirmations pour ne pas pouvoir envisager sereinement leur révélation. Mieux, ils estiment parfois que ce jeu fait partie du droit et ne doit pas être restreint ou révélé. Souhaitent-ils vraiment, à une époque où ils parlent si volontiers de recherche juridique, distinguer le droit, du savoir juridique et du « bloc doctrinal à usage d'enseignement »¹ qui se forme dans son ombre ? Pour qui ne doute pas que les ouvrages de droit et son enseignement soient l'exact reflet du droit lui-même, la préoccupation épistémologique a inévitablement quelque chose de déplacé, d'iconoclaste.

25 Contre la science du droit ◇ La crainte d'un amalgame, de la « confusion entre le rationnel et le scientifique » et du « vrai bazar métaphysique » qui en résulte², a œuvré contre le développement d'une épistémologie juridique; une étude d'une qualité particulière offre l'occasion de mesurer l'importance de l'obstacle. L'effort de clarification et de distinction rigoureuse ne peut qu'être salué; il a son origine dans une hypothèse qui ne s'oppose peut-être pas véritablement à toute épistémologie juridique.

Il n'est sans doute pas étranger à une autre préoccupation que Hans Kelsen a mise à la mode. Beaucoup sont prêts à proclamer la nécessité de distinguer droit et science du droit ou savoir juridique. La démocratie, la constitution et leurs principes excluent qu'un simple commentateur se prenne pour le législateur. Nul ne supposerait plus aujourd'hui que la connaissance et l'expérience juridiques, alliées à la prudence, suffisent pour dégager un droit qui n'aurait pas besoin d'être posé, formulé par une autorité instituée : Aristote et François Gény n'ont plus guère d'adeptes parmi les juristes.

Encore faut-il savoir de quelle distinction il est question ! En théorie, la volonté de lutter contre toute confusion entre droit et savoir juridique est proclamée ou affichée : ce pourrait être une conviction assise et philosophiquement justifiée. En pratique, la même préoccupation peut transparaître : elle peut être signe d'orthodoxie, figure de style ou fleur de rhétorique.

La distinction peut aussi être affirmée sur un mode plus substantiel. Elle consiste à définir un « ordre normatif » qui serait seul juridique : tout discours qui s'en échapperait serait, à la fois, non juridique et émis

1. M. Heidegger, *Être et temps*, Tübingen, Max Niemeyer V., 1976, Francfort, 1977, V. Klostermann, Paris, Gallimard, 1986, traduction Fr. Vezin, p. 48.

2. P. Amsselek, « La part de la science dans les activités des juristes », *D.* 1997, chron., p. 337. - P. Amsselek, « Éléments d'une définition de la recherche juridique », *Archives de philosophie du droit*, 1979, t. 24, p. 297.

« au nom » d'une autre instance que la « science du droit » et de ses ressources limitées¹.

Le terrain sur lequel se développe le combat mené par le Professeur Amsselek contre la dérive scientiste, semble se délimiter de deux façons, du côté de la science et du côté du droit.

1° La science consiste en une activité spécifique productrice d'un savoir par construction « des lois ou règles théoriques établissant un rapport entre l'apparition au monde d'un type de phénomène et certains autres phénomènes occurrenceiels et donnant ainsi la mesure de la possibilité de survenance de ce phénomène en fonction de ces occurrences ». L'affirmation emporte deux corollaires. L'activité scientifique « n'est pas une simple activité linguistique ». La relation de leurs propositions à la réalité n'est pas niée, mais elle est caractérisée hors de toute préoccupation de fidélité, de coïncidence, de représentation. « Les lois scientifiques ne sont pas d'hypothétiques descriptions générales - "universelles" - de toute la série d'apparitions au monde des mêmes types de phénomènes; elles ne sont pas davantage susceptibles d'être dites fausses, d'être infirmées, que d'être dites vraies, d'être confirmées. Les lois scientifiques sont des outils fabriqués par l'homme... ». C'est donc sur leurs résultats, sur leur efficacité qu'elles se jugent.

2° « Le droit est constitué de règles pratiques, de règles de conduite ». C'est pourquoi, l'activité du juriste ne peut être exclusivement, ni même principalement scientifique. Elle se partage entre deux technologies. « La technologie jurisprudentielle vise à rationaliser les modes de fabrication, de conception, de mise au point et d'édiction des règles juridiques ». Elle ne peut être dite scientifique qu'au prix d'une « visée alchimique de transmutation de la rationalité pratique en rationalité théorique », même si « les sciences et leurs applications peuvent aider les décideurs juridiques à mieux ajuster les règles juridiques qu'ils édictent aux objectifs qu'ils entendent atteindre... »; elles ne valent que par leurs apports d'informations, mais relèvent d'un autre type d'activités. La technologie dogmatique a « pour objet les normes juridiques elles-mêmes édictées par les autorités publiques » et celles-ci seulement. Ce n'est pas une science : elle ne décrit pas. Elle se compose de commentaires, énoncés qui ne sont pas susceptibles d'être dits vrais ou faux; ce n'est plus leur objet, mais leur nature qui exclut une telle qualification. « Mêmes les commentaires purement analytiques et didactiques de la dogmatique juridique n'ont rien à voir, ni de loin, ni de près, avec les lois scientifiques ».

Ces deux savoirs ont des objets différents. Le savant élabore des lois mettant en système les apparitions au monde des phénomènes. Le juriste dogmaticien « range les outils juridiques en vigueur et en (fait) une présentation ordonnée, systématique, cohérente ».

1. D. de Béchillon, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? », *RTD civ.* 2002, 48.

26 Une science anthropologique du droit ◇ La science ne peut prendre place dans l'activité du juriste qu'aux côtés de ces « technologies ». Pour lui faire place, il faut sortir du juridique. « Il ne peut y avoir de science du droit à proprement parler; il ne peut y avoir, dans le domaine de l'expérience juridique, qu'une science de l'homme lui-même, une science de l'homme sectorisée... : une science anthropologique du droit ». Son objet, « c'est l'homme élaborant, utilisant, appliquant des règles de droit, et non directement ces règles elles-mêmes ».

« Les choses humaines ou culturelles, à la différence des choses naturelles, ne sont pas des choses qui surviennent d'elles-mêmes, "naturellement", qui se produisent... Les faits empiriques dans le champ de l'expérience juridique, ce sont les différents agissements humains historiques à travers lesquels cette expérience se développe ». Toutefois, c'est objet n'est pas exclusif; il est complété par d'autres données. « Le matériau sur lequel (la dogmatique juridique) appuie ses démarches théoriques, ce n'est pas simplement la réglementation juridique, mais la réglementation juridique en contexte » : les besoins sociaux qui, dans une certaine mesure, « surviennent d'eux-mêmes », sont des faits pris en considération par les juristes. « La dogmatique juridique est constamment amenée à explorer le contexte humain historique dans lequel les règles en vigueur ont été conçues, sont reçues et sont mises en œuvre »¹. Les informations qu'elle recueille, celles qu'elle néglige, et la façon dont elle les met en œuvre, méritent examen : il est seul d'ordre épistémologique.

27 Des outils de natures différentes ◇ L'opposition entre droit et science porte sur la nature des « outils » mis en œuvre. « Fabriqués par l'homme » dans les deux cas, ils établissent, dans le domaine scientifique, « un rapport entre l'apparition au monde d'un type de phénomène et certains autres phénomènes occurrenceiels »; dans le domaine juridique, ces outils sont les règles elles-mêmes.

Rien n'interdit de rechercher si des tendances, des réactions, des mouvements propres à l'activité des savants qui mettent en système les apparitions au monde des phénomènes ne peuvent éclairer ceux qui s'observent chez les juristes qui utilisent les « outils juridiques », les rangent ou les ordonnent.

La seule existence commune d'une collectivité professionnelle reconnaissable ne suffirait-elle à justifier le rapprochement ? Il inciterait, à lui seul, à l'étude et elle ne serait pas étrangère aux préoccupations épistémologiques.

28 Dans l'hypothèse ◇ Nul ne peut douter de l'intérêt d'une classification rigoureuse des activités qui tendent à l'établissement des outils per-

1. P. Amsselek, « La part de la science... », *op. cit.*, *passim*.

mettant de prévoir ou de provoquer les choses qui surviennent d'elles-mêmes et de celles dont l'objet se compose de choses humaines ou culturelles de la nature de règles de conduite. Il serait important de comprendre que la fonction du juriste ne pourrait être d'élaborer des lois mettant en système les apparitions au monde des phénomènes.

Il importe encore bien davantage de préciser les conditions et la portée de ce cloisonnement. En premier lieu, il suppose – première hypothèse – que les règles juridiques soient toutes nécessairement conçues, fabriquées, mises au point et édictées. Les besoins sociaux, les réactions sociales et les situations dans lesquelles ils se développent doivent demeurer sagement aux abords, à l'état de contexte. De la rencontre entre ces faits et les règles officiellement posées, ne peuvent naître aucune régularité à caractère juridique. Plus qu'une hypothèse, c'est un choix, choix du sens laissé aux mots, choix d'une philosophie du droit.

D'autres positions demeurent disponibles; elles ont quelques titres à faire valoir. Elles satisfont sans doute assez peu les philosophes de l'État et de ses pouvoirs. Il n'est pourtant pas inéluctable que les philosophies du droit s'y soumettent. Le juridique fait, en la forme, une place importante à l'État, à son organisation, à ses moyens; le fond n'en est pas nécessairement exclusivement ou principalement étatique. En d'autres termes, même si le positivisme juridique réduit le champ de l'épistémologie juridique, il ne peut vouer au « bazar métaphysique » ou à une « visée alchimique » toute tentative de réflexion sur la façon dont le droit est réputé connu. En second lieu, l'exclusion de toute activité proprement dite de connaissance dans le domaine juridique part d'une autre hypothèse. Elle porte sur la nature des différentes données à considérer. Il y aurait les règles de droit – nécessairement « édictées par les autorités publiques » – et les commentaires dont elles sont l'objet. Ceux-ci ne peuvent être descriptifs. L'hypothèse est que, si un parallèle était possible entre savoir juridique et science, ces commentaires seraient à mettre en regard des lois scientifiques; aucune parenté, aucune commune mesure ne pourrait être décelée. Ce nouveau choix ne s'impose pas. Dans le savoir juridique, la loi scientifique peut trouver d'autres correspondants.

Si le commentaire analytique ou didactique ne parvient pas à décrire, il est des régularités qui sont formulées comme des outils fabriqués pour établir un rapport entre l'apparition au monde d'un type de phénomènes et certains autres phénomènes. La « règle » selon laquelle les juridictions tendent à restreindre les pouvoirs qui leur sont largement confiés et à étendre ceux qui leur sont chichement octroyés est-elle radicalement étrangère, dans sa formulation, dans ses hypothèses, dans sa mise en œuvre, à ces outils que sont les lois scientifiques. La tendance à raisonner *a contrario* pour adopter, hors de son domaine propre, une position systématiquement inverse de celle consacrée par une loi spéciale, alors qu'elle n'a nullement envisagé les circonstances en cause, fournirait une autre illustration de ces outils dont use la dogmatique juridique. Il faudrait citer encore la tendance de toute fiction à se substituer purement et simple-

ment à la réalité pour acquérir une portée notablement accrue, ou encore celle qui conduit à éliminer certaines données tenues pour étrangères à l'unité de connaissance dans laquelle le raisonnement se développe, une telle unité paraissant se délimiter spontanément,...

29 *Régularités dans le mode d'établissement des connaissances juridiques* ◇ L'épistémologie juridique présenterait déjà un certain intérêt si elle parvenait à éviter la réduction du champ de la dogmatique juridique au seul commentaire de législation et de jurisprudence; la prise de conscience de régularités indélébiles pourrait constituer un progrès. Prenons pour acquis que « la science ne décrit pas », que « les lois scientifiques ne sont pas des descriptions », que « ce sont des outils fabriqués par l'esprit du savant, des outils élaborés à partir d'observations ou de descriptions, mais qui ne décrivent pas eux-mêmes le monde, qui ne constituent pas des tableaux de ce qui se donne à voir, mais des espèces de "clefs" ou "grilles de lecture" qui, mentalement surimposées au monde, permettent de se repérer dans ses productions »¹. Admettons encore qu'il n'y a rien de commun « entre le travail de "mise en ordre" du savant, qui consiste à élaborer des lois mettant en système les apparitions au monde des phénomènes, et le travail de "mise en ordre" du juriste-dogmaticien, qui consiste à ranger les outils juridiques en vigueur et à en faire une présentation ordonnée, systématique, cohérente »².

L'un et l'autre s'efforcent de se doter d'un savoir des « apparitions au monde des phénomènes » ou des « facteurs en fonction desquels se détermine la volonté de l'homme » et se produisent les accomplissements qu'elle initie³. L'un et l'autre semblent capables de déceler des erreurs, de les corriger, de distinguer le « savoir » du « croire ». L'un et l'autre adhèrent à des propositions et en rejettent d'autres. Ces phénomènes peuvent être étudiés; parce que les juristes ont la conviction de travailler sur des connaissances établies, il n'est pas impossible de parler ici d'épistémologie juridique.

1. P. Amsselek, *op. cit.*, p. 340-I-2°.
2. P. Amsselek, *op. cit.*, p. 341-I-2°.
3. P. Amsselek, *op. cit.*, p. 341-II.

PREMIÈRE PARTIE

L'OBJET DE L'ÉPISTÉMOLOGIE JURIDIQUE DESCRIPTIVE

30 *À l'abri d'une définition ?* ◇ L'erreur est répandue; son origine serait sans doute assez facile à retrouver. Elle consiste à se convaincre que la connaissance commence par une définition; la délimitation de son objet relèverait d'une sorte de postulat innocent. Le rêve de savoir de quoi on parle avant de l'avoir analysé, observé, recherché, conduit à ces impasses au fond desquelles ne siègent que quelques évidences emportées avec lui par l'audacieux explorateur... Il faut renoncer à définir l'épistémologie juridique et son objet. Il suffit, dans un premier temps, de se convaincre qu'une enquête est possible sur l'objet de l'activité des juristes et sur celles-ci, sans même supposer *a priori* possible la détermination de son « identité propre » ou de son « mode original authentique » d'advenue à la conscience¹.

Dans la France du début du XXI^e siècle, il y a « quelque chose » qui est habituellement évoqué sous le terme « droit » et il y a des « professionnels » qui semblent le connaître et être considérés comme tels. Comment travaillent-ils ? Comment s'informent-ils ? Comment parviennent-ils à

1. P. Amsselek, « Éléments d'une définition de la recherche juridique », *Archives de philosophie du droit*, 1979, t. 24, p. 299.

se convaincre d'avoir trouvé la solution de droit ? Comment corrigent-ils ce qu'ils tiennent pour des erreurs ?... Un savoir semble bien se constituer.

Ces questions sont, en elles-mêmes, de l'ordre de celles que pose l'épistémologie générale. Avant de se demander si ses enseignements peuvent présenter quelque pertinence dans l'étude du savoir juridique, en déterminant plus précisément le domaine de l'épistémologie juridique, il est permis de s'enquérir des emprunts qui pourraient lui être profitables. S'il faut l'édifier sur une table rase, le risque ne peut en être pris sans épreuve préalable.

TITRE 1

EMPRUNTS À L'ÉPISTÉMOLOGIE GÉNÉRALE ?

- 31 *D'une critique vivifiante* ◇ L'épistémologie dans son ensemble est riche de propositions théoriques multiples et variées. Il faudrait beaucoup de prétention pour se vanter de les avoir toutes assimilées. Un technocrate se contenterait sans doute d'un tableau sommaire pour élaborer un ambitieux programme de recherche et d'enseignement. L'objectif est ici beaucoup plus humble. Il est de s'abandonner au charme intellectuel de quelques réflexions brillantes, audacieuses, décapantes. Le juriste ne peut les reprendre à son compte, comme s'il avait déjà vérifié que le savoir juridique est identique ou, au moins, analogue à ceux dont se composent les sciences physiques, chimiques, biologiques ou astronomiques; c'est à leur propos que la réflexion épistémologique s'est principalement développée. Il faut, à titre d'hypothèses soumises à révision, tenter d'imaginer les voies qui seraient éventuellement propres à l'épistémologie juridique.

CHAPITRE 1

QUELQUES REPÈRES EN ÉPISTÉMOLOGIE GÉNÉRALE

- 32 *Les classements des épistémologies* ◇ L'épistémologie ne se prête guère au survol, au résumé superficiel, au tableau. Il importe pourtant de poser, dans l'histoire de ses principales théories, quelques repères.

Plusieurs principes de classement des théories épistémologiques peuvent être utilisés pour tenter d'en clarifier la présentation. Ils mettent l'accent sur les oppositions majeures. C'est ainsi que se font face les épistémologies de la rupture et les épistémologies de la continuité. Les premières voient le savoir progresser par répudiations successives, en tournant le dos à son passé; chaque théorie s'élève sur les cendres de celle qui l'a précédée et ne puise sa force que dans le combat mené contre elle. Les épistémologies de la continuité s'attachent aux corrections progressives d'un savoir qui s'améliore en s'épurant, en éliminant ses erreurs, en nuancant ses positions, en affinant ses analyses; sans rien renier du passé, il profite de ses enseignements pour aller au delà.

S'affrontent également les épistémologies de la clôture et les épistémologies de l'ouverture. Les premières referment le savoir sur un objet jalousement défendu et strictement défini. Ce sont les épistémologies de l'orthodoxie, des mises à l'index volontiers parées des plumes de la tolérance. Des épistémologies ouvertes se souviennent que les savants ont changé de positions sociales et de préoccupations au cours des siècles; elles n'ont pas oublié non plus que les sciences sont mortelles et que leurs frontières ne sont pas immuables. Elles savent encore que l'irruption d'un savant issu d'une collectivité différente, doté d'une formation inhabituelle, n'est pas une menace, mais une chance de renouvellement.

- 33 *Une césure cruciale* ◇ Une séparation majeure paraît inévitable : avant les épistémologies qui ont eu sous les yeux les avancées spectaculaires de quelques sciences, il y eut des épistémologies qui ne se nommaient pas encore ainsi, et qui avaient précédé ce que Heidegger aurait pu appeler la conception scientifique du monde. Parmi ces dernières, plusieurs ont mis l'accent sur un facteur déterminant de la formation et de la sélection des propositions théoriques : l'existence d'une collectivité savante, dotée de caractéristiques variables selon les époques et les disciplines, a suscité des réflexions qui pourraient intéresser l'étude du savoir juridique.

34 **L'apport d'Heidegger** ◇ Il faudrait pouvoir dater et mesurer la mutation. La lecture de Martin Heidegger peut y aider.

Pour la philosophie et pour la théorie du droit, le retour à l'être¹ est une directive d'importance; il est, en lui-même, l'occasion d'une réconciliation, d'une refondation de la vérité : la réalité n'est plus appauvrie, dépouillée de ce qui se met en retrait, de ce qui importe. Le juriste ne devrait pas être indifférent à l'affirmation fondamentale : « à chaque fois que l'être et la vérité sont en question, c'est du bien que l'on s'enquiert »². Surtout, Heidegger ne se contente pas de prôner le retour à l'être pour en faire un espoir, un rêve, un programme : il nous explique pourquoi nous ne l'entendons plus, nous montre le chemin parcouru et nous invite à le reprendre en sens inverse. *Être et temps* mesure ce que nous sommes devenus et ce que nous aurions pu être.

35 **Naissance de la science** ◇ L'épistémologie est présente à plus d'un titre dans l'œuvre de Martin Heidegger. C'est une certitude pour l'épistémologie générale : parmi les phénomènes caractéristiques de la configuration de notre ère, la science vient au premier rang³. Cette science est « essentiellement différente aussi bien de la *doctrina* et de la *scientia* du Moyen Âge que de l'επιστημη grec »⁴.

L'épistémologie juridique ne peut être indifférente à la façon dont cette mutation s'est produite. Même si l'événement n'était survenu qu'à côté d'elle et de son objet, il mériterait réflexion parce que le droit n'aurait pu en sortir indemne. « À chaque fois que l'être et la vérité sont en question, c'est du bien que l'on s'enquiert »⁵ et le droit ne peut s'en désintéresser.

36 **La « science expérimentale »** ◇ Surtout, l'épistémologie juridique a des enseignements à tirer de l'histoire qui s'est écrite autour de l'avènement des sciences modernes. Elles se sont écartées de celles qui ne paraissent pas si éloignées de la « science du droit »; le chemin parcouru est souvent perdu de vue. La science n'est pas devenue ce qu'elle est en se dotant de cet instrument que serait la vérification expérimentale. Elle n'est pas née seulement d'une réduction de son objet, la chimie se séparant de l'alchimie et la physique de la métaphysique, pour se cantonner à la mesure de relations quantitatives. Ses origines sont complexes; l'école franciscaine dont le nominalisme a tant influencé le savoir juridique

1. H. Batiffol, *Problèmes de base de philosophie du droit*, Paris, LGDJ, 1979, p. 186.

2. M. Heidegger, *De l'essence de la vérité. Approche de « l'allégorie de la caverne » et du Théétète de Platon*, traduction A. Boutot, Klostermann, 1988, Paris, Gallimard, 2001, p. 132.

3. M. Heidegger, « L'époque des conceptions du monde », in *Chemins qui ne mènent nulle part*, Frankfurt, Klostermann, 1949, 1980, Paris, Gallimard, traduction W. Brokmeier, 1962, 1986, Coll. Tel, p. 99 et s.

4. M. Heidegger, *Chemins...*, précité, p. 101.

5. M. Heidegger, *L'essence de la vérité*, précité, p. 132.

européen, y a sa part¹. « La technique ne se réduit nullement à une "application", après coup, d'une science purement contemplative et théorique qui ne serait déterminée que par l'idée de la vérité, par l'observation, la logique pure et la mathématique pure. Bien plutôt faut-il considérer que la volonté de dominer et de régir l'univers, telle qu'elle existe toujours plus ou moins fortement, dirigée vers tel ou tel domaine de l'existence (les dieux, les âmes, la société, la nature organique et inorganique, etc.), contribue déjà à déterminer aussi bien les méthodes de pensée et d'intuition que les buts de la pensée scientifique »². Les choix opérés peuvent être aussi inspirés par un certain esprit scientifique, un certain attrait pour la vérité que livre une réalité interrogée sans trêve; le désir de la domestiquer l'accompagne souvent.

« L'événement décisif a été l'instauration d'un projet délimitant de manière anticipative ce qui devait être compris désormais sous la notion de nature et de processus naturels en général »³. Cette découverte d'une autre nature pour une autre science évoque la découverte d'un autre droit pour un savoir juridique qui se dote d'un projet, en éliminant une autre nature. Il ne suffit même pas de reconnaître que la « vérité scientifique » aurait pu demeurer plus proche d'une « vérité juridique » si elle n'avait pas été désormais « posée comme identique à l'efficacité de ses effets »⁴. Ce qui importe, c'est de constater que l'abandon, dans le savoir juridique, de toute référence à la nature, n'est pas un phénomène autonome; les juristes n'ont opéré ce choix qu'à la lumière d'une nouvelle conception de la nature; ils ne se l'étaient pas forgés dans le secret de leur cabinet, à l'abri du monde et de ses influences. Ce qui importe encore, c'est de retenir que le savoir juridique n'est pas voué au déclin ou au dénigrement, simplement parce qu'il ne devient pas expérimental.

37 **La constitution de la pensée scientifique** ◇ L'épistémologie juridique peut apprendre de la théorie et de l'histoire d'autres savoirs, de leurs erreurs, de leurs déperditions et de leurs changements. La pensée heideggerienne est de celles qui font entendre la difficulté du savoir et de la pensée. Récusant l'évidence et le superficiel, sa philosophie donne sa place à l'exigence⁵, celle de la recherche du passage, du chemin, celle de la

1. M. Scheler, *Problèmes de sociologie de la connaissance*, Leipzig, Der Neue-Geist, 1926, Paris, PUF, 1993, traduction S. Mesure, p. 186; V. aussi p. 107, 192. - M. Heidegger, *Qu'est-ce qu'une chose ?*, Tübingen, Max Niemeyer V., 1962, Paris, Gallimard, 1971, traduction J. Reboul et J. Taminiaux, p. 79.

2. M. Scheler, *op. cit.*, p. 146, 152-153; sur les « instruments » comme « théorie incarnée », v. *op. cit.*, p. 192.

3. M. Heidegger, *Être et temps*, Tübingen, Max Niemeyer V., 1976, Frankfurt, V. Klostermann, 1977, Paris, Gallimard, 1986, traduction Fr. Vezin, d'après les travaux de R. Boehm et A. de Waelhens, J. Lauxerois et Cl. Roëls, p. 34. - M. Heidegger, *L'essence de la vérité*, p. 81. Comp. note 15, p. 98 et s., 170, 187 et s., 194.

4. M. Heidegger, *L'affaire de la pensée (pour aborder la question de sa détermination)*, TEE Mauvein, 1990, traduction A. Schild, p. 16.

5. M. Heidegger, *De l'essence de la vérité*, précité, p. 54. - *Qu'appelle-t-on penser ?*, Tübingen, Max Niemeyer V., 1954, Paris, PUF, traduction A. Becker et G. Granel, p. 119.

nécessité du saut ou du bond par lequel la pensée se libère. Travaillant le langage pour le faire parler, Heidegger en déjoue les pièges et en exprime les contenus oubliés ou dissimulés; « recevoir un signe, c'est difficile et c'est rare, d'autant plus rare que nous avons plus de connaissance, et d'autant plus difficile que nous nous bornons davantage à ne vouloir que des connaissances »¹.

Un savoir juridique élaboré sur la base d'un langage supposé clair, rigoureux et maîtrisé, peut-il encore apercevoir des signes qu'il lui échappent ? Les juristes ne peuvent guère croire que leur savoir n'a jamais connu et ne connaîtra jamais, en lui-même, des transformations fondamentales. Ils ont la preuve du contraire lorsqu'ils lisent leurs grands prédécesseurs; ils n'établissaient pas le droit, n'en reconnaissaient pas l'état du moment selon les mêmes procédés qu'eux. Ils n'avaient ni les mêmes références, ni les mêmes arguments, ni les mêmes convictions.

Trois exemples peuvent être donnés de ce que la réflexion heideggerienne apporte à la théorie du savoir juridique. Le premier tient à l'importance de la connaissance historique. « La relation de l'homme d'aujourd'hui à la tradition historique se transforme à vue d'œil en un simple besoin d'information »². Un savoir juridique qui se priverait d'une étude critique de ses origines, d'une entente du passé dont il est issu, ne serait assurément plus digne de se présenter ni comme savoir, ni comme juridique. Le deuxième exemple a trait à la méthode propre aux juristes. Il est manifeste que, si certains de ses préceptes sont assez clairement exprimés, beaucoup d'autres demeurent implicites. S'il y a des raisons de tenir telle décision pour négligeable, tel argument pour pertinent, tel autre pour décisif, elles sont rarement exposées sous tous leurs aspects. Leur étude a bien tardé et le silence ainsi conservé sur des caractéristiques majeures du savoir juridique a de quoi troubler ou inquiéter; derrière la conviction commune de l'existence d'une méthode juridique rigoureuse, pourtant soustraite à toute étude critique, se dissimule peut-être une autre méthode. L'épistémologie juridique cherche à l'explicitier. C'est une nécessité : « la méthode n'est pas une pièce d'équipement de la science parmi d'autres, c'est sa teneur fondamentale, à partir de laquelle se détermine avant toutes choses ce qui peut devenir objet et comment cela le devient »³. Une troisième illustration de l'apport d'Heidegger est plus fondamentale. Il enseigne à ne pas laisser sombrer le savoir dans le désert et la somnolence des réponses, du « compte rendu ». Ce qui importe, c'est de « penser dans ce qui rend digne de question »⁴. Cela implique la découverte du sens profond du mouvement historique qui a conduit à l'époque actuelle, à son idéologie : il nous incombe de questionner « pour savoir quel est l'appel inexprimé qui renvoie au commencement de la

1. M. Heidegger, *Qu'appelle-t-on penser ?*, p. 144.

2. M. Heidegger, *L'affaire de la pensée*, précité, p. 16.

3. M. Heidegger, *Qu'est-ce qu'une chose ?*, Tübingen, Max Niemeyer V., 1962, Paris, Gallimard, 1971, traduction J. Reboul et J. Taminioux, p. 112.

4. M. Heidegger, *Qu'appelle-t-on penser ?*, p. 68, 176, 196-197.

pensée occidentale »¹. Tout savoir comporte de l'impensé et en use; il peut nourrir des préjugés et mettre obstacle à l'approfondissement critique. Il peut aussi être « le don le plus haut que puisse faire une pensée »². De l'un à l'autre, il y a la distance qui sépare les fausses réponses privées de toute question, des vraies questions critiques.

38 Le danger de la confusion ◇ Il y a assurément une limite à ne pas franchir pour éviter le passage insidieux d'une proposition épistémologique à une autre; la transposition n'est pas de droit. L'exemple des tentatives de report de l'analyse de Karl Popper en droit la révèle. La thèse selon laquelle, nulle vérification n'étant pertinente, une théorie scientifique se reconnaît seulement à la possibilité de réfutation qu'elle comporte, vise des constatations de fait, mouvements des planètes, réactions chimiques,...; se fondant sur la nature du calcul des probabilités et sur les caractéristiques propres au raisonnement par induction, Karl Popper récuse la vérification par l'expérience : d'un fait, même maintes fois observé dans des conditions rigoureusement déterminées, aucune loi ne peut être tirée.

L'affirmation a-t-elle un sens dans le domaine juridique ? Elle en aurait un si le savoir juridique portait sur des données comparables à celles que cherche à analyser le chimiste ou le physicien. Si le juriste prétendait vérifier que, dans la réalité sociale, les conventions sont obligatoires, il serait concevable d'opposer à ses observations portant sur un certain nombre de contrats exécutés que rien ne l'autorise à en induire une loi. À l'évidence, l'objet du savoir juridique est autre. La confusion tombe sur les lois dont il est question. La loi qui imposerait l'exécution des conventions relèverait du droit, de sa théorie, de sa pratique et sans doute de sa philosophie; comme telle, elle n'intéresse pas l'épistémologie juridique au sens ici retenu.

39 Précautions à prendre ◇ En revanche, l'épistémologue du droit qui prétendrait isoler une loi du savoir juridique pourrait s'enquérir des précautions que lui recommande l'analyse poppérienne. Par exemple, pour démontrer que la reconnaissance de l'existence d'un principe prétorien (ou d'une « jurisprudence constante ») dépend moins du nombre des décisions et de la qualité de leur motivation ou de l'analogie des espèces, que de la simplicité de leur formulation isolant notamment un « attendu de principe », nulle vérification ne paraît satisfaisante. La proposition ne vaut que jusqu'à sa réfutation : elle peut procéder notamment de distinctions dans le temps ou selon les domaines étudiés, voire selon les catégories de juristes qui ont recours aux « précédents » invoqués.

1. M. Heidegger, *Qu'appelle-t-on penser ?*, p. 172.

2. M. Heidegger, *Qu'appelle-t-on penser ?*, p. 118.

SECTION 1. LES ÉPISTÉMOLOGIES AVANT LA CONCEPTION SCIENTIFIQUE DU MONDE

40 *Permanence de l'épistémologie* ◇ Pour beaucoup, l'épistémologie au sens propre du terme est une conquête de l'ère moderne. Contemporaine de cette conception du monde qui naît avec le progrès des sciences physiques, chimiques, astronomiques et biologiques, elle serait apparue à la fin du XIX^e siècle. À leurs yeux, il y aurait anachronisme, outrage peut-être, à parler d'une épistémologie antique ou médiévale.

Il est vrai que la théorie de la connaissance serait plus claire si elle disposait de mots propres pour désigner les propositions antérieures aux Lumières et à l'essor des sciences, d'une part, et celles qui leur ont succédé. L'épistémologie couvre pourtant les unes et les autres. Il y eut une réflexion sur le savoir scientifique avant l'adhésion-conversion à la conception du monde que marque l'invasion scientifique.

41 *Aristote* ◇ L'œuvre majeure est celle d'Aristote. Il nous lègue un mot pour désigner ce savoir et en reconnaître la spécificité : le juriste digne de ce nom est un prudent, sa vertu propre étant la prudence. Moyennant de considérables variations de sens, le mot s'est installé dans la pratique du langage juridique. Il nous a donné celui de jurisprudence. Même s'il n'évoque plus du tout une vertu, même s'il ne renvoie plus guère à une série cohérente de positions progressivement dégagées au gré d'expériences concrètes, le mot rappelle au moins en une image un lien de nature : le juridique et la prudence sont associés.

42 *Deux différences de points de vue* ◇ Deux distinctions majeures, qui paraissent inévitables à peine d'erreurs impardonnables, ne se retrouvent pas dans la théorie aristotélicienne de la prudence. En premier lieu – c'est l'une des propositions fondamentales de cette philosophie –, la séparation de l'être et du devoir-être ne saurait être retenue. Toute la réflexion sur l'être tend, au contraire, à faire sa place au devoir-être, à déterminer ce qu'il apporte à l'intelligence de l'être. Faut-il rappeler que la distinction, purement intellectuelle, et non inscrite dans les choses, de la substance et des accidents, sert notamment à demeurer fidèle à l'insertion du devoir-être dans l'être et à en permettre le déchiffrement ? En second lieu, Aristote ne se soucie pas de dissocier la détermination d'un droit positif et d'un droit qui ne le serait pas. Raisonner *de lege lata* ou *de lege ferenda*, c'est tout un ; ou plutôt, ce pourrait être la même chose puisque l'objectif du juriste est de découvrir le juste dans les choses, dans les rapports réels. Au besoin, son travail pourrait se développer contre la loi, même s'il faut souhaiter que cette situation pathologique demeure excep-

tionnelle. Le savoir du juriste ne saurait ni se limiter à la connaissance des dispositions légales et de leurs mises en œuvre, ni surtout se caractériser par un tel objet : il est plus vaste et s'approche beaucoup plus intimement de la réalité, des choses, de la nature et de l'être.

43 *L'anachronisme menaçant* ◇ L'histoire de la prudence paraît avoir mal commencé. Revue à l'aune de l'idéologie contemporaine, elle semble reposer sur une ambiguïté. Elle est, dans certains écrits antiques, associée étroitement à la science, voire confondue avec elle¹ ; elle est aussi opposée à elle, comme à l'art de la législation², parce qu'elle est une vertu.

Le paradoxe pourrait s'estomper si nous étions capables de remédier à la tentation de l'anachronisme. Le prudent, « le φρονιμος d'Aristote réunit des traits que nous avons désappris d'associer : le savoir et l'incommunicabilité, le bon sens et la singularité, le bon naturel et l'expérience acquise, le sens théorique et l'habileté pratique, l'habileté et la droiture, l'efficacité et la rigueur, la lucidité précautionneuse et l'héroïsme, l'inspiration et le travail »³.

44 *La prudence aristotélicienne* ◇ La prudence est « un autre genre de connaissance »⁴. Il est indispensable parce que nous vivons dans un monde où tout n'est pas et ne peut être soumis aux lois de la nécessité. La théorie de la prudence se présente fondamentalement comme une réponse à une question volontiers escamotée, oubliée. Un savoir du particulier, du contingent, du singulier est-il possible⁵ ? La négative est la réponse consacrée : il n'y a de science que du général et du nécessaire. Dans le monde du hasard, Aristote n'entend pas nous abandonner à l'arbitraire. Nos choix peuvent être guidés ; il y faut une « disposition pratique » à faire le lien entre fins et moyens⁶.

Ce qui caractérise essentiellement la prudence, c'est sa correspondance à son objet : ce savoir est approprié aux traits distinctifs déterminants de ce qu'il y a à connaître. Le propre du réalisme aristotélicien est là. Il exige de « considérer ce qui est bien pour chaque genre d'être »⁷, dans le monde réel et dans les circonstances concrètes où il se trouve, en retenant que « la sagesse de l'immuable ne nous est d'aucun secours, dans un monde où tout naît et périt »⁸.

La conviction première qui fonde ce réalisme porte sur la possibilité d'un savoir de l'incertain, de l'humain. « La science n'est d'aucun

1. P. Aubenque, *La prudence chez Aristote*, Paris, PUF, 1963, 2^e éd. 1976, p. 7, 18.

2. P. Aubenque, *op. cit.*, p. 17. – Comp. p. 59.

3. P. Aubenque, *op. cit.*, p. 63, 160.

4. P. Aubenque, *op. cit.*, p. 145.

5. P. Aubenque, *op. cit.*, p. 27, 30, 35, 65, 86, 109.

6. P. Aubenque, *op. cit.*, p. 30, 34, 126 et s., 137-138.

7. P. Aubenque, *op. cit.*, p. 24.

8. P. Aubenque, *op. cit.*, p. 90, 114-115.

secours là où la réalité sur laquelle il convient d'agir n'est pas assez déterminée pour être connue scientifiquement »¹. La prudence est cet autre savoir qui peut s'y substituer parce que celui qui l'emploie a su reconnaître ses propres limites, celles de sa raison. Elle n'a pas la rigueur, la certitude, l'efficacité de la science. « La délibération représente la voie humaine, c'est-à-dire moyenne, celle d'un homme qui n'est ni tout à fait savant ni tout à fait ignorant, dans un monde qui n'est ni tout à fait rationnel ni tout à fait absurde, et qu'il convient pourtant d'ordonner en usant des médiations boiteuses qu'il nous offre »².

La supériorité de la prudence sur la science vient de ce qu'elle s'adapte à un objet beaucoup moins docile et simple, mais aussi beaucoup plus important pour l'être humain que celui de la science.

45 **Le savoir d'une élite** ◇ Ce qu'Aristote enseigne et ce que ses successeurs ont cru pouvoir oublier, c'est la rançon de cette supériorité fragile et difficile. Là où la science se targue de son indifférence à l'égard des agents ou observateurs qui doivent être interchangeable, la prudence est une vertu propre à une élite. Elle ne se définit pas, mais se reconnaît aux choix de ceux que tout un chacun loue comme prudents³. C'est pourquoi, ce savoir ne se transmet, ni ne s'enseigne⁴.

Le terrain propice des qualités personnelles du prudent est enrichi de ses expériences⁵ successives. Ce juriste-là n'use pas d'une loi de type scientifique qui n'est que « le substitut d'un savoir momentanément incommunicable »⁶. Il reste que la loi peut contribuer à la recherche du juste, dès lors qu'elle n'est pas purement et simplement « appliquée au cas particulier »; la prudence du juriste lui permet de mesurer la distance caractéristique qui toujours sépare l'un de l'autre⁷. Pour lui, « *ex facto, jur oritur* » : le droit sourd du fait et la règle n'est, sur le chemin qu'il prend et qu'il faut suivre à grand peine, qu'une médiation imparfaite, boiteuse⁸.

SECTION 2. LES ÉPISTÉMOLOGIES DE LA CONCEPTION SCIENTIFIQUE DU MONDE

46 **La révolution kantienne et son prolongement kelsénien** ◇ L'œuvre de Kant marque un repère inévitable. La rupture qu'il a voulu

1. P. Aubenque, *op. cit.*, p. 114, 124.

2. P. Aubenque, *op. cit.*, p. 116. – V. aussi p. 18, 69, 142.

3. P. Aubenque, *op. cit.*, p. 35, 37, 50, 51, 57, 152.

4. P. Aubenque, *op. cit.*, p. 60.

5. P. Aubenque, *op. cit.*, p. 58-59.

6. P. Aubenque, *op. cit.*, p. 43, 44-46, 50-51.

7. P. Aubenque, *op. cit.*, p. 85, 142, 143.

8. P. Aubenque, *op. cit.*, p. 18, 116, 142.

provoquer dans la philosophie est d'ordre épistémologique : l'objectif est de surmonter la crise ouverte dans la connaissance scientifique par la remise en cause, depuis Hume au moins, de la loi de causalité et de l'induction que la fonde. Kant replace le sujet au centre de l'activité de connaissance dont l'objet ne vient qu'ensuite : loin d'être simplement observé, contemplé, il est produit d'une certaine façon. La critique kantienne a pour objet de l'élucider, en posant les « prolégomènes à toute métaphysique future qui voudra se présenter comme une science »; cette théorie préalable à toute connaissance soumet la raison à la critique, au jugement pour éclairer notre mode de connaissance des objets.

Une distinction cruciale passe entre ce qui est connu *a priori*, indépendamment de toute expérience et ce qui l'est *a posteriori* empiriquement. Pour sauver la science physique et la loi de causalité, Kant établit l'existence de jugements *a priori*, non pas seulement analytiques qui tirent des concepts leur contenu, mais synthétiques qui apportent une connaissance nouvelle. « Les choses ne peuvent jamais être connues comme telles, c'est-à-dire en soi, mais seulement comme elles sont une fois que nous les avons enserrées dans nos catégories, c'est-à-dire comme phénomènes... Poser la question de la possibilité de la connaissance équivaut à poser celle de la possibilité des jugements synthétiques *a priori* »¹.

La possibilité de telles propositions résulte de l'existence de concepts *a priori* qui procèdent de l'entendement : les lois scientifiques trouvent là leur origine. Les « données » de l'expérience ne deviennent telles que par les catégories de l'entendement, l'espace et le temps en particulier; tel est le phénomène qui n'est pas reçu de la réalité, mais constitué pour le sujet. Ce qui demeure de la chose en soi, c'est le noumène qui échappe à la connaissance; les limites de celle-ci sont ainsi posées.

Aux yeux de beaucoup, la théorie moderne de la science est née de ces propositions. Les critiques, les philosophies ultérieures n'ont pu empêcher le kantisme de marquer un jalon définitif, un repère, un tournant radical dans l'intelligence du scientifique. « Les oppositions de la forme et de la matière, de l'expérience et de la perception, de l'*a priori* et de l'*a posteriori* » ont largement les limites de la philosophie parce qu'elles attaquent le cœur même d'une division-relation fondamentale : « elles visent toutes à une nouvelle détermination de la relation de l'universel et du particulier »². Après Kant, la connaissance ne peut plus être conçue comme avant lui; c'est le sens profond de sa « révolution copernicienne ». Bien des philosophes ultérieurs partiront de là. La nature a changé de nature : ce qui paraissait nous avoir été donné est irrémédiablement refus à notre connaissance qui convoque et construit son objet. Toute réconciliation ne se ferait que sur une trahison.

1. M. Meyer, *Découverte et justification en science. Kantisme, néo-positivisme et problématique*, Paris, Klincksieck, 1979, p. 78 et 72.

2. E. Cassirer, *Le problème de la connaissance dans la philosophie et la science des temps modernes*, 1920, Paris, Éd. du Cerf, 1999, traduction Collège de philosophie, p. 19.

Lorsque les sciences deviennent maîtresses de l'univers intellectuel, le sens commun lui-même en est affecté. Le monde est autre. Il est ce qui se laisse analyser, mesurer, appréhender par la science. Le droit, pas plus que le savoir juridique, ne pouvait sortir indemne d'un tel bouleversement.

La *Théorie pure du droit* de Hans Kelsen¹ – dont la modernité pourrait être fortement contestée – est volontiers considérée comme marquant une étape majeure en épistémologie juridique. Il est vrai que l'un des objectifs avoués de cette tentative de rationalisation de la « science du droit » est de récuser toute confusion entre ce savoir et le droit. Le thème revient régulièrement sous la plume de Kelsen. En supposant que les choix à opérer peuvent être réservés aux autorités instituées qui les inscriraient définitivement dans les règles, en les neutralisant pour en permettre « l'application » « objective », il imagine un savoir neutre et innocent. La *Théorie pure* évoque assurément la connaissance, le sens du mot, les voies qu'elle emprunte.

Ce n'est sans doute pas assez pour la faire passer de la philosophie du droit dans l'épistémologie juridique. Il lui manque, en effet, de s'être préoccupée du monde sublunaire dans lequel les juristes vivent et agissent, et qu'ils ont à connaître.

La *Théorie pure du droit* ne se présente nullement comme une description : Kelsen ne s'est pas donné pour tâche de constater ce que sont le droit et son savoir. Il ne se contente pas davantage de construire des concepts pour donner un sens nouveau et rationnel à ces mots.

La *Théorie pure* est une déontologie, une double morale. Son premier précepte est que la théorie du droit doit être une science. Son second précepte porte sur ce que doit être le savoir juridique pour qu'advienne la science qu'il doit être. L'hommage que le normativisme rend à la toute puissance de l'État et de ses procédures évolue dans le registre du devoir-être. Son ambition excède ainsi largement les limites d'une épistémologie juridique descriptive. Si l'effectivité globale, et soustraite à toute vérification, du corps de règles commande d'instituer rationnellement une norme hypothétique fondamentale qui donne à l'ensemble une assise formelle, c'est seulement pour qu'une science puisse naître. Hors la science (en ce sens restreint), point de salut !

§ 1. À la naissance d'une épistémologie renouvelée

47 *L'indicible de Wittgenstein* ◇ « Ce dont on ne peut parler, il faut le taire »². La dernière proposition – la « 7 » – du *Tractatus logico-philosophi-*

1. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1934, Paris, Dalloz, 1962, traduction Ch. Eisenmann.

2. L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, Vienne, 1918, traduction P. Klossowski, préface B. Russell, Paris, Gallimard, 1961, 1986, n^{os} 2.171, 4.115, 4.121, 4.1212, 5.61, 5.62, 6.421, 6.522. – Dans une bibliographie foisonnante, V. not. G.E.M. Anscombe, *An introduction to Wittgenstein's Tractatus*, Londres, Hutchinson Univ. Lib., 1959. – D. Bloor, *Wittgenstein : a social theory of knowledge*, New York, Columbia Univ. Pr., 1983. – J. Bouveresse, *Le mythe de l'inté-*

cus de Ludwig Wittgenstein est de celles qui se retiennent, qui se citent volontiers et qui se brandissent comme l'emblème (ou l'étiquette) d'une philosophie. Il faut assurément résister à la tentation. Wittgenstein aurait aimé que ses lecteurs eussent la prudence de la taire pour tenter de l'entendre.

Ce qu'elle assène, c'est une distinction : il y a « ce dont on ne peut parler » et « ce dont on peut parler ». C'est aussi une injonction, celle de se taire¹. Il y a du dicible et du montrable : ce qui se montre ne peut être dit. « L'inexprimable (ou le mystique) est tout ce qui est important dans la vie »².

48 *Force et faiblesse du langage* ◇ Pour en arriver là, Wittgenstein a dû émettre six séries de propositions préparatoires, initiatiques. Le langage en est l'âme. Il ne parle qu'à couvert. L'un des efforts à accomplir est de percer à jour nos déclarations, nos affirmations, nos descriptions, nos dires, entre croyance et savoir ; les expressions les plus simples sont à méditer, pour les contraindre à parler à nouveau, à avouer ce qu'elles ne disent pas. Pour les élucider, il s'impose de donner leur place à la logique, au monde, à la parole, à la pensée, aux émotions, à l'incertitude, ... Les six premières divisions – mais s'agit-il bien de cela ? – de l'ouvrage s'ouvrent sur une position qui pourrait valoir intitulé, la première (n^{os} 1 à 1.21) sur « le monde est tout ce qui arrive », la deuxième (n^{os} 2 à 2.225) sur « ce qui arrive, le fait, est l'existence d'états de choses », la troisième (n^{os} 3 à 3.5) sur « le tableau logique des faits constitue la pensée », la quatrième (n^{os} 4 à 4.53) sur « la pensée est la proposition ayant un sens », la cinquième (n^{os} 5 à 5.641) sur « la proposition est une fonction de vérité des propositions élémentaires », et la sixième (n^{os} 6 à 6.54) sur « la forme générale de la fonction de vérité » symbolisée. La septième série (n^o 7) s'ouvre et se referme enfin sur : « Ce dont on ne peut parler, il faut le taire ».

49 *Signe, signifiant, signifié, sens* ◇ C'est la signification même qui est à élucider et qui résiste. Signe, signifiant, signifié, les trois termes sem-

riorité. *Expérience, signification et langage privé chez Wittgenstein*, Paris, Ed. de Minuit, 1976. – J. Bouveresse, *Wittgenstein : la rime et la raison. Science, éthique et esthétique*, Paris, Ed. de Minuit, 1973. – J. Bouveresse, *Le pays des possibles (Wittgenstein, les mathématiques et le monde réel)*, Paris, Ed. de Minuit, 1988. – St. Cavell, « The availability of Wittgenstein's Later philosophy », *LXXI Philosophical Rev.*, 67 (1962). – Ch. Coope, « Wittgenstein's theory of knowledge », in Royal Institute of Philosophy Lectures, *Understanding Wittgenstein*, Londres, Macmillan, 1974, 246. – S.M. Engel, *Wittgenstein's doctrine of the tyranny of language. An historical and critical examination of his Blue Book*, introduction St. Toulmin, The Hague, Martinus Nijhoff, 1971. – H. Leroy Finch, *Wittgenstein - The early philosophy. An exposition of the « Tractatus »*, New York, Humanities Pr., 1971. – Et, pour une application dans le domaine juridique, St. Brainerd, « The groundless assault : a Wittgensteinian look at language, structuralism and critical legal theory », *34 The American Univ. Law Rev.*, 1231 (1985).

1. L. Wittgenstein, *op. cit.*, n^o 6.53.

2. K.T. Fann, *Wittgenstein's conception of philosophy*, Univ. of California Pr., Berkeley, 1969, p. 27.

blent distincts : leurs liens sont si intimes que leur dissociation serait une dissolution. « Si signifié et signifiant sont identiques, le signe ne peut signifier... tout sens est pourtant tributaire de sa réitération par les signes »¹.

50 *Conditions de vérité* ◇ « La délimitation rigoureuse de ce qui peut être dit et de ce qui peut seulement être montré » est la tâche primordiale du philosophe. Il doit s'y employer pour restaurer le sens du discours, définir la philosophie, ses objectifs, ses possibilités. « Ce que la philosophie parvient à dire réellement n'est pas de la philosophie au sens traditionnel, et ce qu'elle aspire à dire sans y parvenir est quelque chose qui ne peut effectivement pas être dit »².

La difficulté est d'entendre le dire et ce qui le caractérise. Ce pourrait être son objet, ce qui peut être dit. Ce pourrait être sa composition, des propositions déterminées par leur signification, leur aptitude à exprimer. Ce pourrait être son efficacité que définirait peut-être une relation particulière à la réalité; dire, ce serait dire vrai. Le dire se définirait par la vérité dont il serait porteur par définition. « Toute proposition qui voudrait signifier quelque chose de plus que ce qui peut être signifié en termes de possibilités de vérité de propositions élémentaires, n'aurait pas de signification déterminée »³. Ce lien entre sens et vérité est au centre de la philosophie de Wittgenstein; la vérité dont il est question est celle dont les conditions peuvent être totalement déterminées.

La portée de cette exigence est considérable. Le langage, tel que nous le pensons, l'analysons, l'utilisons est détruit. Une proposition qui désigne un objet, qui affirme l'existence d'une chose comme objet, n'aurait, n'a pas de sens.

La médiation s'opère par le mysticisme. C'est ce qui demande réflexion.

51 *La réhabilitation de l'indéterminé* ◇ La question est connue et oppose les interprètes : y a-t-il une ou deux philosophies de Wittgenstein ? Le temps écoulé entre ses deux œuvres majeures, le *Tractatus logico-philosophicus* et les *Investigations philosophiques*⁴, l'apparente interruption de la production de l'auteur l'a fait penser. La différence des styles des deux ouvrages n'a pu que confirmer la rupture supposée. Certaines variations sont manifestes : confrontée à la rigueur apparente du *Tractatus*,

1. D. Nicolet, *Lire Wittgenstein. Études pour une reconstruction fictive*, Paris, Aubier, 1989, p. 19 et 21.

2. J. Bouveresse, *Wittgenstein : la rime et la raison. Science, éthique et esthétique*, Paris, Éd. de Minuit, 1973, p. 33. - K.T. Fann, *op. cit.*, *passim*.

3. J. Bouveresse, *op. cit.*, p. 39.

4. L. Wittgenstein, *Investigations philosophiques*, Cambridge, 1945, traduction P. Klossowski, préface B. Russell, Paris, Gallimard, 1961, 1986. - P. Winch, « Introduction : the unity of Wittgenstein's philosophy », in *Studies in the philosophy of Wittgenstein*, Londres, Routledge and Kegan Paul, 1969, 1.

« la seconde philosophie de Wittgenstein n'est en un certain sens rien d'autre qu'une réhabilitation passionnée du provisoire contre le définitif, du divers contre l'un, de l'indétermination contre l'exactitude, des transitions graduelles contre les oppositions tranchées, de nos mathématiques contre les mathématiques en tant qu'artefact philosophique, et, d'une manière générale, des réalités "civiles" multiples et complexes contre les idéaux transcendants »¹.

Ce que dissimule la discussion sur l'unité ou la dualité de la pensée de Wittgenstein, c'est sans doute la portée de sa réflexion. Certains de ses lecteurs ont trouvé, dans le *Tractatus*, une piste qu'ils ont empruntée pour s'engager dans des réflexions différentes de celles qui les avaient inspirées; ces dernières ne peuvent être interprétées à la lumière des travaux du Cercle de Vienne par exemple.

52 *Entendre ce que montre le langage* ◇ Pour tenter de percevoir les préoccupations de Wittgenstein, il faut s'approcher de leur objet; il demande à être précisé. Le langage est au centre du *Tractatus* et des *Investigations* : nul n'en doute. La question est de savoir ce qu'il est possible d'attendre du langage et de sa critique; elle est posée de telle sorte que la pensée, la connaissance, la réalité, le monde sont directement en cause. Il s'agit bien d'épistémologie. S'il faut déceler la place de ce qui peut être exprimé et celle de ce qui ne le peut pas, mais se prête à être montré, manifesté, c'est pour découvrir le rôle véritable du mysticisme dans la connaissance. « Le point important dans le mysticisme du *Tractatus* n'est pas le fait que l'on puisse attribuer *a priori* à la réalité telle ou telle propriété, qu'elle soit ceci ou cela, mais que l'on puisse lui attribuer *a priori* une limite, qu'elle ne soit pas tout »².

L'essence du monde est l'objet de l'analyse, même si elle est indissociable de l'analyse possible du langage³, et non de ses limites. En ce sens, « le mystique »... évoque simplement une région non vide extérieure au langage⁴. La logique, l'éthique et l'esthétique, qui sont indicibles, l'occupent, parce qu'elles sont directement liées à l'expérience cruciale, « celle de l'existence de quelque chose »⁵, qui ne peut être confondue avec l'affirmation de ce qu'elle est, la description de ce qu'elle est. Le langage n'est pas un piège; il le devient pourtant lorsque nous lui demandons davantage que ce qu'il peut donner. C'est alors qu'il faut le faire taire.

Taire l'indicible, ce n'est pas se taire, faire silence. C'est renoncer à en parler comme de ce qui se peut exprimer. Taire l'indicible qui est, pour tout être humain, l'important, l'essentiel, le crucial, c'est choisir de le

1. J. Bouveresse, *op. cit.*, p. 31. - D. Nicolet, *op. cit.*, p. 10 et s. : pour une récusation de la thèse des deux philosophies.

2. J. Bouveresse, *op. cit.*, p. 51.

3. J. Bouveresse, *op. cit.*, pp. 56-57.

4. J. Bouveresse, *op. cit.*, pp. 58-59.

5. J. Bouveresse, *op. cit.*, p. 66.

montrer, c'est-à-dire de le respecter, de ne pas l'annihiler dans un langage impuissant. C'est se rendre attentif à des signes, à des images que le discours, en croyant dire, dissimulerait.

53 *Et le savoir juridique ?* ◇ Pour le savoir juridique, la double leçon est-elle acceptable, recevable, exploitable ? Le langage doit être contourné pour retrouver une signification, et il ne peut l'être par lui-même; il ne peut être objet. « Ce qui se reflète dans le langage, le langage ne peut le représenter »¹. Alors que « la pensée est la proposition ayant un sens »², « le langage travestit la pensée »³; et il n'y a aucune raison de supposer que ce soit toujours, dans tous les domaines, et pour chacun, « législateur » (rédacteur de projet, député, sénateur), juge, avocat, auteur, de la même façon. La perturbation infligée aux données élémentaires du savoir juridique courant paraît insoutenable; voici condamnés le verbe législatif et sa puissance, la place faite à la règle posée, la théorie commune des sources du droit !

Et pourtant, le savoir juridique est peut-être plus proche du *Tractatus* que les juristes ne l'imaginent. Dans certaines circonstances favorables, il use de procédés qui contournent un langage dont la nature et la puissance propres sont ainsi reconnues. La fiction dit que la réalité est autre, mais qu'elle ne peut être exprimée; elle fait signe et commande de n'y voir qu'un signe susceptible d'être présenté et représenté. La tâche que Wittgenstein assigne à la philosophie pourrait en être l'indice : « elle signifiera l'indicible, en représentant clairement le dicible »⁴. L'épistémologie juridique progresserait notablement et son apport serait considérable, si elle parvenait à préciser ce dont le savoir juridique parle, ce qu'il dit, et surtout ce qu'il ne peut dire. Une représentation claire du dicible, reçu comme tel, c'est-à-dire comme une part de ce qui comporte aussi de l'indicible, marquerait ses propres limites. Elle signifierait ce qui, dans le droit, ne parvient pas à l'expression, à la formulation.

§ 2. L'épistémologie sociologique : Max Scheler

54 *Sociologie, phénoménologie, épistémologie* ◇ Max Scheler nous laisse une pensée totale, comme telle, difficile à classer. Phénoménologie, philosophie, épistémologie, sociologie y sont étroitement imbriquées. Contre Comte et Marx, Scheler s'efforce de repérer sans exclusive les rôles respectifs des facteurs réels, matériels, économiques,... et idéels, valeurs, convictions,... qui conditionnent nos actions. L'existence de la société « à l'intérieur de chaque individu » est l'objet d'une large enquête

1. L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, n° 4.121.
2. L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, n° 4.
3. L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, n° 4.002.
4. L. Wittgenstein, *Tractatus logico-philosophicus*, n° 4.115.

qu'aucune frontière disciplinaire n'arrête. Les savoirs y tiennent une place de choix : « les analyses épistémologiques qui ne s'accompagnent pas d'une étude du développement historique et social des types principaux de connaissance et de savoir humains sont condamnées au vide et à la stérilité »¹.

Pour évoquer les influences respectives du sens et des valeurs, d'une part, de l'événement, de l'économique, du matériel, d'autre part, Max Scheler use volontiers de l'image de l'écluse. « La "fatalité modifiable" de l'histoire réelle ne détermine nullement le contenu signifiant positif des produits de l'esprit,... : elle ouvre et ferme, d'une manière et selon un ordre déterminés, les écluses du fleuve de l'esprit »².

55 *Mode de constitution du savoir* ◇ Élaborant la théorie des « formes sociales de coopération spirituelle »³, Max Scheler met l'accent sur deux phénomènes de grande importance qui éclairent la formation des savoirs. En premier lieu, le rôle des « organisations d'enseignement et de recherche » qui ont leur dynamique et leurs contraintes propres est déterminant; il ne saurait être expliqué seulement par le savoir à dispenser et par son objet. « Toutes ces formes sociales d'organisation spirituelle déploient, chacune à sa manière, des dogmes, des principes, des théories, en les formulant d'une manière qui s'élève au-dessus de la langue naturelle et s'inscrit dans la sphère de la "langue cultivée", autrement dit : en recourant à des systèmes de signes "techniques", selon des conventions de mesure et une "axiomatique" qu'elles reconnaissent en commun »⁴. Ce mode de constitution d'un savoir n'est évidemment pas une garantie de rigueur, alors surtout qu'il peine à se distinguer du message enseigné. En second lieu, l'objet de ces différents savoirs n'est nullement immuable. Les déplacements qui se sont produits entre les différents champs de connaissance et qui ont abouti, pour un temps, à la définition de chaque science, se poursuivent; ils sont dus, moins à la victoire ou à l'impérialisme de certaines d'entre elles, qu'au mouvement propre de celles qui ont été amputées⁵.

§ 3. L'épistémologie de la falsifiabilité et de la liberté : Karl Popper

• *Œuvres principales* : *Conjectures et réfutations, La croissance du savoir scientifique*, 1963, traduction I. et M. B. de Launay, Paris, Payot, 1985. – *La logique de la découverte scientifique*, 1934, traduction N. Thyssen-Rutten et Ph. Devaux,

1. M. Scheler, Préface à *Problèmes de sociologie de la connaissance*, Leipzig, Der Neue-Geist, 1926, Paris, PUF, 1993, traduction S. Mesure, p. 27.
2. M. Scheler, *Problèmes...*, précité, p. 69, 71, 187 et s.
3. M. Scheler, *Problèmes...*, précité, p. 56 et s.
4. M. Scheler, *Problèmes...*, précité, p. 57.
5. M. Scheler, *Problèmes...*, précité, p. 121-122, 127, 245-246.

Paris, Payot, 1973. – *La quête inachevée*, traduction Bouveresse, Paris, Plon, 1981, et Presses Pocket « Agora », 1989. – *La Société ouverte et ses ennemis*, traduction abrégée de J. Bernard et Ph. Monod, Paris, Seuil, 1979. – *La connaissance objective*, 1972, Paris, Aubier, 1991, traduction J.-J. Rosat.

56 **La falsifiabilité, théorie et mode** ◇ Bien d'autres que Sir Karl Raimund Popper – qui fut professeur à l'Université de Londres – trouvèrent, dans la théorie des sciences ou dans leur histoire, des raisons de douter de l'importance reconnue à la vérification expérimentale : le symbole paradigmatique n'avait-il pas sombré dans le mythe ? Il y eut des expériences bien avant que la science ne se prétendît expérimentale et ne connût les progrès spectaculaires des derniers temps. Nombre d'expériences furent imaginaires, artificielles ou faussées.

L'œuvre majeure de Karl Popper, *La logique de la découverte scientifique*, a été publiée à Vienne en 1934, en anglais en 1959, en français en 1973. Elle n'avait guère retenu l'attention des théoriciens français avant la Seconde Guerre mondiale : Bachelard, par exemple, y avait vu surtout l'apport de la probabilité à l'épistémologie¹. C'est le dernier quart du siècle qui allait connaître un véritable engouement pour la thèse de la falsifiabilité ou de la réfutabilité comme critère du scientifique². Trois raisons peuvent expliquer ce succès. La première tient aux circonstances politiques. Dans les années 1970, il devenait possible de dénoncer les méfaits du totalitarisme marxiste dans le domaine scientifique. Karl Popper montrait que la liberté politique était l'une des conditions du développement de la recherche scientifique. Une seconde raison tenait à l'importance grandissante des sciences sociales. Karl Popper leur offrait l'occasion de se réhabiliter : le dédain de certains positivistes trop confiants dans les vérités physiques ou chimiques n'était plus de saison. Enfin, le style même de la *Logique de la découverte scientifique* et des ouvrages plus récents du même auteur a pu répondre à un certain goût de l'époque : Sir Karl se met volontiers en scène et parle à la première personne.

57 **Science et métaphysique** ◇ L'épistémologie poppérienne a son origine dans une double réaction contre cette forme de positivisme scientifique qui s'était développé dès le début du XX^e siècle en prétendant s'inspirer de certaines propositions de Ludwig Wittgenstein. En premier lieu, c'est au nom d'un certain idéal, d'une certaine exigence, d'un certain esprit scientifiques que Popper combat « cette forme courante de métaphysique qui résulte de l'élévation d'une théorie scientifique suran-

1. « Logique et épistémologie », *Recherches philosophiques*, vol. V, 1935-36, p. 446 : « C'est surtout par l'introduction des concepts du calcul des probabilités que l'exposé de M. Popper prend toute son ampleur ».

2. Comp. P. Duhem, *La théorie physique. Son objet – Sa structure*, Paris, Vrin, 1906, 2^e éd., 1989, Introduction P. Brouzeng, p. 285-289 : « L'*experimentum crucis* est impossible en Physique ». – V. aussi, p. 322.

née au rang de vérité incontestable »¹. Il s'agit moins de définir la science que de laisser libre cours à une aspiration, celle à laquelle les savants se reconnaissent. En second lieu, Popper se préoccupe de préciser le critère de démarcation entre la science et la métaphysique². L'objectif est de clarification : il faut « fournir un concept de science empirique qui rende son usage dans la langue, passablement incertain pour l'instant, aussi défini que possible »³. Un tel résultat ne peut être atteint qu'à condition de ne pas rechercher « la défaite de la métaphysique »⁴, qui serait celle aussi de la science.

58 **Le problème de l'induction** ◇ De Popper, la mode intellectuelle a fait retenir surtout l'abandon du critère scientifique de la vérification expérimentale, remplacé par celui de la falsifiabilité. C'est la solution proposée pour résoudre le vieux problème de l'induction : « ce qui caractérise la méthode empirique..., c'est sa manière d'exposer à la falsification le système à éprouver, de toutes les façons concevables », puisque « les théories ne sont jamais vérifiables empiriquement »⁵.

59 **Une nouvelle épistémologie** ◇ Pour rendre justice à l'apport propre de Karl Popper, il aurait fallu mesurer l'originalité de sa définition de l'épistémologie. S'il s'efforce de l'épurer, en la libérant des préoccupations psychologiques qui porteraient sur « la question de savoir comment une idée nouvelle peut naître dans l'esprit d'un homme »⁶, il l'enrichit et l'ouvre sur d'autres questions ; nées de l'observation historique, elles sont assez concrètes. « Un énoncé peut-il être justifié ? S'il en est ainsi, comment ? Peut-on le soumettre à des tests ? Est-il logiquement sous la dépendance de certains autres énoncés ? Ou encore, est-il en contradiction avec eux ? »⁷. L'accent est mis sur les changements et développements de la science⁸, sur son aptitude caractéristique à progresser. La théorie de la méthode scientifique doit éclairer « la manière particulière dont s'effectue, dans les cas cruciaux, le choix entre des systèmes de théories rivaux » : elle a pour objet les modes de traitement des énoncés et systèmes scientifiques⁹.

60 **L'accueil des théories** ◇ Une préoccupation demeure constamment présente : il s'agit de repérer et d'analyser les méthodes employées pour

1. K. R. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, 1934, Hutchinson and Co, London, 1959, 1968, Paris, Payot, 1978, traduction N. Thyssen-Rutten et Ph. Devaux, préface J. Monod, p. 47.

2. K. Popper, *op. cit.*, p. 30 et s.

3. K. Popper, *op. cit.*, p. 35.

4. K. Popper, *op. cit.*, p. 32, 34.

5. K. Popper, *op. cit.*, p. 39 et 37.

6. K. Popper, *op. cit.*, p. 26 et s., 43.

7. K. Popper, *op. cit.*, p. 27.

8. K. Popper, *op. cit.*, p. 47, 69.

9. K. Popper, *op. cit.*, p. 46 et 47.

qu'une idée nouvelle, voire une observation, soit « prise au sérieux »¹. Ainsi posée, la question n'est pas nécessairement étrangère à la réflexion sur la théorie juridique. Elle le serait d'autant moins que la contribution de la métaphysique, de certaines idées métaphysiques au progrès de la connaissance² serait reconnue. Dès lors que « il est toujours possible de trouver certains moyens d'échapper à la falsification », les juristes peuvent se sentir en pays de connaissance, même s'ils ne peuvent compter sur une méthode empirique pour exclure l'emploi de ces moyens³. Ils peuvent assurément s'enquérir de « la manière particulière dont s'effectue, dans les cas cruciaux, le choix entre des systèmes de théories rivaux »⁴, même si elle s'applique à des données – l'état du droit positif – incomparables à celles que travaillent le physicien, le chimiste ou le biologiste.

61 Une science vive ◇ Ce qui importe pour favoriser le mouvement des sciences, leur dynamique critique, ce sont les conditions de circulation des idées et des propositions dans une collectivité ouverte. La recherche ne doit pas cesser de mettre en concurrence les théories propres à se succéder, à se supplanter les unes, les autres. En général, elle s'y emploie sans trêve. Seules des circonstances extérieures peuvent interrompre sa progression; les atteintes portées, dans un État totalitaire, à la liberté des savants, peuvent avoir un tel effet. Par elle-même, la science continue de marcher vers la vérité. Là est le réalisme de Popper : il attend toujours, de la réalité, des réponses qu'elle ne saurait refuser de nous donner.

62 Critiques de Popper ◇ Il était difficile de prendre pour cible la conviction fondamentale de Karl Popper, sa confiance, moins dans la science, que dans l'esprit scientifique qui maintient ouvert le champ théorique. Le combat s'est engagé ailleurs.

L'une des principales critiques⁵ adressées à la *Logique de la découverte scientifique* et au critère de la falsifiabilité s'en trouve affaiblie. Elle raisonne sur l'inexistence d'une situation, là où une tendance peut être envisagée.

« La théorie de Popper suppose que toute théorie scientifique se trouve en concurrence avec un ensemble ouvert d'autres théories. (Elle est ainsi) dopée par la présence de propositions implicites qui permettent d'en tirer des conclusions hyperboliques »⁶. L'hypothèse supposerait elle-même

1. K. Popper, *op. cit.*, p. 27, 42.

2. K. Popper, *op. cit.*, p. 35.

3. K. Popper, *op. cit.*, p. 38 et 39.

4. K. Popper, *op. cit.*, pp. 46-47.

5. V. aussi M. Meyer, *Découverte et justification en science. Kantisme, néo-positivisme et problématique*, Paris, Klincksieck, 1979, pp. 201-214.

6. R. Boudon, *L'art de se persuader des idées douteuses, fragiles ou fausses*, Paris, Fayard, 1990, p. 160 et 161.

que le critère de la falsifiabilité fût fondé sur une possibilité effective de choix; un risque de concurrence théorique ultérieure lui suffit.

De même, il n'est pas sûr que l'adoption d'une définition apparemment différente des lois scientifiques parvienne à priver l'épistémologie poppérienne de sa pertinence. Même si les lois scientifiques étaient étrangères à toute préoccupation de vérité, la falsifiabilité pourrait demeurer le critère de la scientificité dans le monde dont parle Popper, en prenant soin de le caractériser. Dans ce monde-là, il n'est pas tout à fait possible d'écrire : « les lois scientifiques sont des outils fabriqués par l'homme, par l'esprit humain, des outils qui ne décrivent pas le monde, qui ne reflètent pas, mais plus exactement le mettent en système et tirent de là leur utilité même. En tant qu'outil construit par l'homme, une loi scientifique est aussi peu susceptible d'être dite vraie ou fausse qu'une règle de conduite ou qu'un outil matériel quelconque, un cendrier, un parapluie, une table ou une chaise »¹. Popper attribue-t-il véritablement une fonction descriptive aux lois et théories scientifiques ? Ce qu'il s'agit de représenter, ce n'est pas la réalité; c'est « un monde possible, non contradictoire, ... notre monde de l'expérience »². Les outils scientifiques le définissent, voire le construisent, en le décrivant. « Les théories sont des filets destinés à capturer ce que nous appelons "le monde"; à le rendre rationnel, l'expliquer et le maîtriser »³.

§ 4. L'inversion du réalisme poppérien : Thomas Kuhn

63 Paradigmes, révolution ◇ Il y a des mots qui font mouche, qui marquent une époque et prennent l'allure de slogans; ils gagnent en renommée, en audience, ce qu'ils perdent en précision et en rigueur. Thomas Kuhn eut l'art de les trouver et d'en user. C'est au point qu'il est difficile de dire s'il restera davantage l'épistémologue des révolutions scientifiques, celui des paradigmes ou celui de la science normale.

La question qui donne le ton porte sur le mouvement d'ensemble des sciences. Kuhn n'accepte pas l'image du chercheur imaginatif prêt à toutes les découvertes, le combattant permanent pour la vérité; la science est davantage un instrument de conservation qu'une machine à innover⁴. Bien des épisodes, des péripéties, des anecdotes paraissent le démontrer : peuvent-ils servir de base à une définition du mouvement scientifique ?

64 Paradigmes et crise ◇ La structure des révolutions scientifiques présente d'abord un tableau de l'histoire des sciences. L'apparente division

1. P. Amslek, « La part de la science dans les activités des juristes », *D.* 1997, chron., p. 338.

2. K. Popper, *op. cit.*, p. 36.

3. K. Popper, *op. cit.*, p. 57.

4. Th. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Chicago, 1962, Univ. of Chicago Pr., Paris, Flammarion, 1983, traduction L. Meyer, pp. 98-99.

en deux périodes est trompeuse; il s'agit plutôt de périodes successives de même nature, entrecoupées de rares ruptures. La science se développe au cours de longues périodes de stabilité : c'est la science normale ou ordinaire. Elle est caractérisée par un effort constant d'approfondissement canalisé par des notions fondamentales tenues à l'abri de la critique. Ces paradigmes sont efficaces : ils permettent de faire l'économie de recherches difficiles, longues et coûteuses, hasardeuses. Ils délimitent le champ des investigations qui ont toutes les chances d'aboutir : elles portent sur la résolution d'énigmes qui ont quelque chose de convenu. Ce sont à peine des questions, puisque les réponses qu'elles appellent sont inscrites par avance dans le cadre défini par des principes indiscutés. L'image s'impose d'un puzzle dont quelques pièces demeurent à placer; le thème en est déjà connu, comme ses dimensions. Ni l'anomalie qui fait énigme, ni le remède qui y mettra fin ne menacent les idées qui fondent une ère dans l'histoire d'une science; aucune perturbation, aucun bouleversement ne sont à craindre. Il serait vain d'en attendre une correction ou une amélioration des paradigmes consacrés; l'histoire de leur exploitation ne risque pas de s'achever en de telles occasions.

Il faut autre chose pour que le cadre rassurant se brise. Une crise peut mettre fin à une période de science normale. Une révolution se produit; la science extraordinaire fait droit au risque en repoussant les limites des recherches poursuivies. C'est un luxe rare que les scientifiques s'offrent en des moments privilégiés; une ère nouvelle peut s'ouvrir dans un monde réinventé. Des controverses s'engagent; elles paraissent pouvoir tout emporter. La crise ne peut pas durer; elle prépare l'adoption de nouveaux paradigmes et, par conséquent, une nouvelle science normale.

65 Science et conversion ◇ *La structure des révolutions scientifiques* est aussi porteuse d'une théorie épistémologique qui récuse tout réalisme. La science est étrangère, indifférente à la réalité; la vérité n'est pas son but. Les savants travaillent pour se faire une place dans une communauté qui exerce une influence conservatrice.

Le thème décisif de l'épistémologie khunienne tient au mode de passage d'un paradigme à l'autre. Il ne doit rien aux échecs rencontrés par les théories scientifiques, aux anomalies, aux défaillances des explications en usage, à des expériences nouvelles, à des découvertes spectaculaires.

C'est par conversion, par un changement de foi, que la communauté scientifique se livre toute entière à une conviction qui ordonne l'ensemble des connaissances. La réalité n'y est pour rien; ce n'est pas elle qui guide le choix de tel ou tel principe fondamental.

66 Une pathologie permanente et de nature ◇ Entre Kuhn et Popper, l'opposition est radicale. Le pessimisme du premier répond à l'optimisme du second. Ce que l'un présente comme une pathologie qui serait

de nature et inévitable, l'autre le voit comme une situation exceptionnelle dont l'origine ne peut être qu'extérieure à la science. Plus fondamentalement, les deux théories ne parlent pas de la même chose. Parce que toute recherche se développe sur du supposé connu et à partir de cette base, l'analyse peut se centrer sur le connu ou sur la découverte; Kuhn s'intéresse à l'un et Popper à l'autre.

Pour attrayante qu'elle soit, l'œuvre de Kuhn pêche par un grave manque de rigueur souvent dénoncé. Pour fonder la thèse de la conversion d'un paradigme à l'autre, il aurait fallu pouvoir définir ce terme; l'auteur lui donne de multiples sens, sans parvenir à choisir¹.

§ 5. L'épistémologie de l'anarchie scientifique : Paul Feyerabend

67 Libération de la science ◇ « L'anarchie contribue au progrès, quel que soit le sens qu'on lui donne. Même une science fondée sur la loi et l'ordre ne réussira que si des mouvements anarchistes ont occasionnellement le droit de se manifester »².

68 Prescrire la liberté critique ◇ Entre Feyerabend et Kuhn, il y a une différence fondamentale : elle est d'objet et d'intention. *La structure des révolutions scientifiques* se présente comme la description d'une science qui ne pourrait être autrement; l'existence d'une communauté de savants qui se préoccupent de l'aboutissement de leurs recherches, parce que leur carrière et leur statut social leur importent davantage que la vérité, la rend inévitablement conservatrice. *Contre la méthode* est une œuvre prescriptive : l'objectif est de susciter une révision de la méthodologie scientifique pour sauver les chances du progrès scientifique. À tout prendre, Feyerabend qui paraît peut-être plus critique est moins pessimiste que Kuhn.

69 Conquérir la liberté ◇ S'il faut prôner l'anarchie, c'est que la connaissance, l'idée, la pensée ne se développent pas dans un monde qui leur serait propre. L'histoire démontre que leurs mouvements ont des ressorts communs avec l'action; elles ne peuvent se priver d'aucun des mobiles qui sont susceptibles de lutter contre l'immobilisme. La liberté n'est pas donnée, même aux scientifiques; elle se conquiert.

1. St. Toulmin, *Human understanding*, vol. 1, Princeton, Princeton Univ. Pr., 1972, p. 106 et s. - M. Meyer, *Découverte et justification en science. Kantisme, néo-positivisme et problématologie*, Paris, Klincksieck, 1979, pp. 321-322.

2. P. Feyerabend, *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, New Left Books, Londres, 1975, Paris, Seuil, 1979, traduction B. Jurdant et A. Schlumberger, p. 25.

70 **Combat contre la science** ◇ L'anarchisme n'est pourtant pas l'antidote contre la science ordinaire de Kuhn, qui assurerait la victoire de Popper. Ce n'est pas contre la réalité que se bat le chercheur; c'est contre la science. « Un philosophe qui veut étudier l'adéquation de la science comme image du monde, ou qui veut construire une méthodologie scientifique réaliste, doit se montrer très prudent vis-à-vis de la science moderne »¹. Ce qu'elle a gagné en cohérence et en généralité lui a coûté une forte opacité; les progrès techniques ne garantissent nullement la vérité de ses propositions élaborées en dissimulant les difficultés.

71 **Des faits construits** ◇ Les faits scientifiques n'existent pas comme tels. Même leur « pouvoir de réfutation » dépend de théories². Le scientifique progresse, non en comparant des idées avec des expériences, mais avec d'autres idées³; il doit donc procéder contre-inductivement pour « introduire et élaborer des hypothèses qui ne concordent pas avec des théories bien établies et (ou) avec des faits bien établis »⁴.

La science moderne n'est pas née d'une rupture radicale avec celles qui l'ont précédée et ont préparé son avènement. Comme elles, elle a ses rigidités, ses pesanteurs, ses approximations qui assurent le sauvetage des préjugés⁵. Comme elles, elle laisse place aux mythes et ne peut s'en passer⁶.

§ 6. L'épistémologie de la connaissance limitée d'un ordre complexe : Fr. A. Hayek

72 **Réalisme épistémologique** ◇ Connu sous l'étiquette peut-être trop simple de libéral, Friedrich-August Hayek est considéré le plus souvent comme un théoricien de l'économie. Son apport à la philosophie du droit ne devrait pourtant pas être négligé; il est indissociable d'une réflexion épistémologique d'importance. Elle est marquée d'un réalisme peu commun; elle doit cette qualité à son enracinement profond dans la tradition aristotélicienne.

73 **L'ordre social spontané** ◇ En ce sens, un premier signe est parfaitement clair; il a trait à l'une des notions-clés de la philosophie hayékienne, celle d'ordre social spontané. Le droit n'est nullement une collection ordonnée de règles explicites. Il est un ensemble complexe de règles dont certaines seulement « ont été formulées et... peuvent être communiquées

1. P. Feyerabend, *op. cit.*, p. 65, 255, 338.
2. P. Feyerabend, *op. cit.*, p. 37, 39, 67, 69, 81, 93, 292.
3. P. Feyerabend, *op. cit.*, p. 27.
4. P. Feyerabend, *op. cit.*, p. 26 à 31.
5. P. Feyerabend, *op. cit.*, p. 29, 44, 65.
6. P. Feyerabend, *op. cit.*, p. 44-45, 196, 333 et s.

par le langage »¹ et qui sont interdépendantes; cet « ordre spontané est engendré par le fait que chaque élément opère l'équilibrage de tous les facteurs qui agissent sur lui, et qu'il ajuste entre elles toutes ses opérations »². À l'évidence, cet ordre réagit aux décisions législatives notamment, mais il ne peut être déterminé par elles.

Quelle est la nature propre du concept d'ordre social ? Comme Aristote prenait la précaution de rappeler que la distinction de la substance et des accidents n'est pas dans la réalité, mais constitue le détour, la grille de lecture que notre esprit emprunte pour mieux la déchiffrer, Hayek rappelle la fonction propre de l'instrument qu'il a forgé. Les sciences de la nature usent de la notion de loi pour traduire les liens nécessaires entre des phénomènes simples; les sciences sociales ont besoin de son équivalent fonctionnel. « L'ordre est un concept indispensable pour étudier tous les phénomènes complexes »³. Il doit servir à « la construction de modèles hypothétiques, pour des mondes qui seraient possibles si certaines conditions modifiables se trouvaient changées »⁴. Comme tel, il n'est nullement donné, offert à l'observation comme un objet d'analyse : « les ordres spontanés... ne seront pas susceptibles d'être perçus intuitivement, ni reconnaissables autrement que sur la base d'une théorie qui rende compte de leurs caractères »⁵.

74 **Les limites de la raison** ◇ Si Hayek déjoue les pièges dont le chemin de la connaissance est parsemé, c'est qu'il sait se donner le même genre d'objectif que les philosophes réalistes les plus classiques. Son épistémologie part moins du savoir, de ses « acquis », de ses succès, que de ses limites. « Pour rendre la raison aussi efficace que possible, il faut avoir conscience des limites du pouvoir de la raison, et de l'aide que nous recevons de processus qui échappent à notre attention »⁶.

75 **La nécessité d'une théorie fondatrice** ◇ Dès lors que le droit n'est pas le produit de décisions humaines, dès lors qu'il n'est pas construit, dès lors qu'il ne se présente nullement comme un discours complet et exclusif, prêt-à-l'emploi, le savoir juridique ne peut se composer seulement comme une analyse de textes, une sorte de science littéraire. La connaissance du droit est exposée aux difficultés que suscite inéluctablement la recherche d'un objet à déterminer, à saisir, à présenter, à élaborer;

1. F.-A. Hayek, *Droit, législation et liberté. Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, t. 1, Règles et ordre, 1973, Paris, PUF, 1980, Coll. « Libre-échange », traduction R. Audouin, p. 92, 140-141.
2. F.-A. Hayek, *op. cit.*, p. 60, 115, 120.
3. F.-A. Hayek, *op. cit.*, p. 41. – Comp. p. 137.
4. F.-A. Hayek, *op. cit.*, p. 19.
5. *Op. cit.*, p. 45. – V. aussi p. 76, 125.
6. F.-A. Hayek, *op. cit.*, p. 33. – V. aussi p. 13, 35.

le savoir ne peut se confondre avec le droit qu'il ne peut reconnaître sans théorie explicative et fondatrice.

§ 7. L'épistémologie de la référence : Saul Kripke

• **Œuvres principales :** *La logique des noms propres*, 1972, Éd. de Minuit, Paris, 1982, traduction P. Jacob et Fr. Recanati. – *Règles et langage privé. Introduction au paradoxe de Wittgenstein*, Paris, Seuil, 1996, Traduction Th. Marchaisse. – *Wittgenstein on rules and private languages : an elementary exposition*, Cambridge (Mass.), Harvard Univ. Pr., 1982.

76 **Des mondes possibles** ◇ Saul Kripke a été célébré comme le philosophe des mondes possibles¹; il a souligné lui-même l'ambiguïté et les pièges que recèle cette formulation. Son propos pourrait paraître étranger à l'épistémologie. Il se préoccupe principalement d'explicitier la mécanique des noms propres et de certains termes généraux. La science et même les mathématiques ne semblent devoir être évoquées que bien épisodiquement².

Pourtant l'apport de Kripke ne se limite nullement à la « logique des noms propres », voire à la nomination et à la nécessité. Il s'attache à distinguer, d'une part, les vérités nécessaires ou contingentes et, d'autre part, les vérités *a priori* – indépendantes de toute expérience – et *a posteriori*³. Les enseignements qu'il en retire sont tout à fait généraux. C'est pour révéler les différences entre les deux perspectives que Kripke raisonne sur « les états possibles du monde entier », ou « situations contre-factuelles », ou encore sur ces mondes possibles (qui) sont des « façons dont le monde aurait pu être » totales, ... des états ou des histoires du monde entier⁴. Ils n'ont rien d'exotique : ce ne sont pas des pays étrangers ou étrangers, et éloignés à découvrir. Ils sont stipulés pour les besoins de l'analyse de nos modes de pensée.

77 **La communauté linguistique** ◇ Le procédé intellectuel est fécond. Il permet de progresser sur trois fronts complémentaires. En premier lieu, Kripke fait apparaître le rôle déterminant de la communauté linguistique à laquelle chacun appartient. Le fonctionnement des noms propres en est clarifié; plus généralement, cette appartenance réalise une considérable économie dans la recherche d'informations⁵. « En général, ce à quoi nous faisons référence dépend non seulement de ce que nous pensons

1. S. Kripke, *La logique des noms propres*, 1972, Éd. de Minuit, Paris, 1982, traduction P. Jacob et Fr. Recanati. – W. Goldfarb, « Kripke on Wittgenstein on rules », LXXXII *Journal of philosophy*, 471 (1985).

2. S. Kripke, *op. cit.*, p. 86, 127.

3. S. Kripke, *op. cit.*, p. 23 et s., 27, 86, 98, 113-116, 161.

4. S. Kripke, *op. cit.*, p. 170, 32, 35-36, 167.

5. S. Kripke, *op. cit.*, p. 79, 81, 107, 128.

nous-mêmes, mais des autres gens de la communauté, de l'histoire du chemin suivi par le nom pour nous atteindre, et ainsi de suite. C'est en suivant cette histoire qu'on parvient à la référence ». Que les juristes oublient « l'histoire du chemin suivi par le nom pour (les) atteindre », marque une déperdition profonde, parfois grave, de leur savoir. Les droits de l'homme en offrent une illustration peu contestable; bien d'autres seraient à citer.

En deuxième lieu, Kripke élucide le procédé de la nomination : ce qu'il montre n'est pas totalement étranger aux qualifications que le savoir juridique met en œuvre. « Le référent d'un nom est déterminé non par une description unique, mais par un faisceau ou une famille de descriptions »¹. Entre elles, un jeu s'instaure; il évoque, à la fois, celui des miroirs et celui que l'usure ménage entre les rouages. Cette particularité ne tient pas à la nature des noms propres, mais à la façon dont ils s'installent dans l'usage par un « baptême initial »; les termes juridiques procèdent de phénomènes assez semblables qui fixent leur référence par ostension ou par description². Leur emploi suppose l'acceptation de cette référence; c'est pourquoi, certaines propositions théoriques qui s'y refusent trop radicalement paraissent relever d'un autre état possible du monde et s'exclure ainsi de la « chaîne de communications », comme de la « communauté linguistique ».

En troisième lieu, Saul Kripke met au jour trois conséquences du mode de nomination qu'il a analysé. La première porte sur la constitution de nos catégories. Elles ont pour point de départ un objet auquel les autres composantes de la même classe seront comparées. Des propriétés caractéristiques sont repérées et utilisées parce qu'elles semblent, à la fois, présentes dans l'échantillon initial et propres à la catégorie; « il n'est pas indispensable que ces propriétés appartiennent *a priori* à l'espèce... »³. La deuxième conséquence est présentée comme relevant des phénomènes naturels que nous appréhendons avec nos sens; la restriction est sans doute excessive. « La manière dont la référence est fixée prend dans notre esprit une importance capitale... Cette intime solidarité entre le terme et la manière de fixer la référence peut engendrer l'illusion de la nécessité ». La force des images qui portent le langage n'est pas limitée à celles que les yeux voient.

78 **Une proportion de satisfaction** ◇ Le savoir juridique en subit l'influence : les exemples abondent depuis la personnalité morale jusqu'à la saisine héréditaire ou à la volonté qui forme le contrat. La troisième conséquence marque la distance qui, sous couvert de l'attraction exercée par le mode de fixation de la référence, peut séparer « l'échantillon de départ » des autres éléments de la même classe. Ils ne sont pas détermi-

1. S. Kripke, *op. cit.*, p. 20, 18, 19, 48, 51 et s., 73.

2. S. Kripke, *op. cit.*, p. 84, 86, 95, 124.

3. S. Kripke, *op. cit.*, p. 41, 125-126.

nés par leur absolue correspondance aux propriétés reconnues comme caractéristiques; l'analogie a des complaisances inattendues. L'usage se contente d'une « bonne proportion » de satisfaction des exigences générales posées¹ : « l'objet qui en satisfait assez, ou qui en satisfait la plupart, est le référent du nom ». Le faisceau de descriptions ne peut être davantage précisé et c'est ce qui laisse place à des « fluctuations de sens », exclusives de toute rigueur ou perfection sémantiques.

§ 8. Une épistémologie en alerte

79 *Une épistémologie au risque de la pensée* ◇ Sauf à se renier, l'épistémologie ne peut se laisser enfermer dans une chapelle. Sauf à se renier, elle ne peut dégénérer en une théorie morte que des épigones infidèles maintiennent en état de survie artificielle pour ne pas courir le risque de la pensée. Ni Aristote, ni Kant, ni Heidegger, ni Popper, ni aucun maître ne mérite un tel traitement. C'est trahir leurs efforts que répéter leurs ardentes questions pour en faire des acquis desséchés.

La science antique, celle du Moyen Âge, comme celle des Lumières, celles aussi du XX^e siècle ont alimenté la réflexion épistémologique. Les mouvements scientifiques à venir appelleront une épistémologie renouvelée. Ses traces actuelles sont à discerner.

80 *La science et le doute* ◇ Une épistémologie post-moderne pourrait être en train de naître. Elle découvre l'impureté du savoir scientifique qui « n'est pas tout le savoir; il a toujours été en surnombre, en compétition, en conflit avec une autre sorte de savoir » caractérisé comme narratif ou dénotatif². L'esprit scientifique ne peut plus être seulement animé du souci d'une vérité enfermée dans ce programme que constitue l'objet donné à chaque science. Une nouvelle humilité pourrait être la loi d'un savoir dont une « composante majeure » est désormais « le doute des savants quand il s'agit d'évaluer le statut présent et futur » de leur savoir³. Des mots à la fois trop simples et trop forts tentent de les dire; la mode est à l'incertitude, à la complexité.

81 *Le savoir juridique et le doute* ◇ De tels doutes pourraient ne pas être tout à fait étrangers à ceux du juriste. Son savoir lui paraît, à certains égards, s'épurer sans cesse, voire s'améliorer. N'a-t-il pas conquis une certaine autonomie par rapport à la religion, à la philosophie, à la morale ? Ceux qui célèbrent ces victoires remportées sous l'étendard des

1. S. Kripke, *op. cit.*, p. 20 et la citation de Ludwig Wittgenstein, 125.

2. J.-Fr. Lyotard, *La condition postmoderne, Rapport sur le savoir*, 1979, Paris, Éd. de Minuit, p. 18, 38, 45.

3. J.-Fr. Lyotard, *op. cit.*, p. 19.

droits individuels, des droits de l'homme et de leurs avatars pourraient nourrir quelques inquiétudes devant les résultats obtenus, devant leurs limites et leur fragilité. Ce ne serait pas non plus un mince sujet de réflexion pour les juristes que cette découverte troublante, cinglante : « le savoir scientifique ne peut savoir et faire savoir qu'il est le vrai savoir sans recourir à l'autre savoir, le récit, qui est pour lui le non-savoir »¹. L'épistémologie pourrait bien être tentée de reconduire les savoirs contemporains, de la réduction et de la sectorisation positivistes, à ce qui fut la science antique et médiévale, avant de devenir le rêve des Lumières, à l'encyclopédie. Le savoir juridique aurait sans doute sa place dans cette somme nouvelle.

1. J.-Fr. Lyotard, *op. cit.*, p. 51. – V. aussi p. 106.

CHAPITRE 2

UNE VOIE POUR
L'ÉPISTÉMOLOGIE JURIDIQUE

82 *Savoir et science* ◇ La séparation des savoirs qui ont pour objet la matière, la nature, d'une part, et de ceux qui touchent à l'humain, d'autre part, a clos l'ère des « sommes », des philosophes généralistes qui ne se percevaient pas même comme des encyclopédistes. Elle est volontiers expliquée par « les succès constamment renouvelés de l'application (des) modèles abstraits à la prédiction des phénomènes »¹ dits naturels; ces résultats établissent un rapport particulier au réel. Il conjugue un aspect résultant de l'expérience sensible et un aspect virtuel composé de « parties plus ou moins incomplètes et toujours révisables de notre représentation totale du réel »². L'étude de l'humain a acquis le statut de science; seule sa spécificité est discutée. Aux côtés de l'actuel, « le virtuel s'y dédouble » : en plus des virtualités correspondant à des représentations abstraites qui paraissent permettre une certaine prédiction des phénomènes, les sciences de l'homme doivent travailler sur « un virtuel vécu par les acteurs..., mais vécu justement comme actualisation possible et éventuelle »³, sur des significations. Celles-ci ne sont plus rebelles à l'aspiration scientifique. C'est un obstacle considérable que le savoir juridique peut désormais franchir.

La difficulté est assurément de déceler les voies que doit emprunter une épistémologie juridique pour profiter des enseignements de l'épistémologie générale, en tirer éventuellement le meilleur parti, et ne pas méconnaître la spécificité du savoir juridique. Elle est théorie d'une connaissance particulière. Ce savoir alimenté, travaillé par une collectivité relativement déterminée, se prête à une réflexion épistémologique. Le droit ne peut assurément être étudié comme les astres, comme la matière, comme le corps humain... Les propositions épistémologiques qui s'efforcent d'analyser et d'expliquer la façon dont les sens et l'esprit collaborent à la collecte et au traitement d'informations sur des objets extérieurs, sont hors de propos; elles le sont au moins si ces objets sont définis comme perceptibles par les sens.

83 *Des objectifs mêlés* ◇ Les voies de l'épistémologie juridique ne peuvent être déterminées sans s'interroger sur ses objectifs. Il est bien difficile

1. G.G. Granger, *Sciences et réalité*, Paris, O. Jacob, 2001, p. 145.
2. G.G. Granger, *op. cit.*, p. 146, 155, 162, 171, 191 et s., 198.
3. G.G. Granger, *op. cit.*, p. 191-192, 210.

de maintenir une séparation radicale entre l'analyse d'un savoir, de son histoire, de sa formation, de son alimentation, de son amélioration, et l'appréciation de sa qualité. De la théorie critique à l'action pragmatique, le passage est facile; il l'est d'autant plus que l'objet en cause se prête lui-même à des améliorations qui se dissocient mal de celles de son savoir.

Beaucoup y verraient une dénaturation. Le risque qu'elle représente est-il de nature à exclure toute perspective épistémologique ? Il comporte des inconvénients. La théorie du savoir juridique est menacée de contestations dénonçant son manque d'objectivité, d'impartialité, voire son engagement idéologique. La condamnation ne serait pas sans appel. En premier lieu, il n'est pas sans exemple qu'une opposition idéologique alimentant une discussion raisonnée apporte davantage, éclaire davantage qu'une prétendue neutralité. Elle a le mérite de contraindre à poser quelques questions volontiers ignorées ailleurs. En second lieu, une épistémologie peut être engagée sans cesser d'être une tentative d'analyse et d'explication des phénomènes d'acquisition, de développement, de contrôle et de transmission du savoir. La réflexion sur les bases idéologiques de ses propres propositions ne saurait être tenue pour indigne au nom d'un postulat d'objectivité : à le supposer retenu, il ne pourrait valoir que comme exigence dont les conditions et l'effectivité de la mise en œuvre seraient à vérifier sans cesse.

84 Au risque de la récupération ◇ Ce qui est sûr, c'est que la théorie épistémologique est plus qu'une autre vulnérable. Faisant venir au jour des aspects du savoir et du raisonnement juridiques ordinairement estompés, elle peut inciter à la dérision, voire à la récupération. Le risque est à prendre. Une théorie épistémologique ne saurait être condamnée, censurée, au prétexte qu'elle serait susceptible d'être invoquée à l'appui ou à l'encontre d'une position juridique déterminée.

85 Une précaution indispensable ◇ Les particularités de la connaissance scientifique, en tant qu'elles fondent ou inspirent l'épistémologie générale, en disqualifient les propositions dans le domaine juridique. Le fait est autre. Nulle expérience susceptible d'être répétée par des agents interchangeables ne peut ni établir, ni en vérifier, voire en réfuter l'interprétation. Les sens qui peuvent faciliter, préparer ou égarer l'intuition et la recherche scientifiques sont ici hors de cause.

La précaution est à prendre de se garder de toute transposition hasardeuse. Il ne suffit assurément pas de le reconnaître; il ne suffit pas de s'y engager. Il importe d'avoir et de garder conscience du risque d'erreur qu'impliquent des ressemblances illusoires, des rapprochements artificiels et injustifiés.

Pour tenter de s'en prémunir, l'épistémologie juridique peut prendre la précaution de travailler au plus près du savoir juridique lui-même. C'est

ce qui justifie qu'elle se définisse comme descriptive, rétrospective et différentielle.

86 Une épistémologie descriptive ◇ L'épistémologie descriptive s'efforce d'observer le savoir juridique tel qu'il est. Elle analyse des contenus, des pratiques, les convictions et conceptions qui les inspirent, avant de s'enquérir de leurs changements, de leurs origines. Les discussions théoriques et philosophiques sur la nature, la place et le fondement de la « jurisprudence », par exemple, pourraient être utilement complétées et éclairées par des études de son utilisation effective, de ce que les juristes y recherchent, des arguments qu'ils y trouvent, de la quantité des références qu'ils y font, de la présentation qu'ils en donnent. Qu'elle doive ou non figurer au rang des sources du droit, elle n'en constitue pas moins une inévitable et inépuisable source d'information sur le droit : la question serait de savoir quel genre d'informations elle peut fournir, quel genre d'informations y est puisé,...

L'activité des juristes s'appuie sur un savoir qu'ils paraissent pouvoir cerner, alimenter, vérifier, compléter. L'épistémologie qui le prend pour objet ne se contente pas de cette conviction. C'est dire qu'en étudiant les connaissances invoquées, la façon de les collecter et de les établir, de les renouveler aussi, qu'en essayant d'explicitier le mécanisme intellectuel au terme duquel le juriste se déclare satisfait de son savoir sur un point déterminé, la théorie se fait nécessairement critique. Elle révèle la fragilité des choix, les faibles justifications des rejets et mises à l'index, les incertitudes, les incohérences, les préjugés, les idéologies sur lesquels reposent les « données acquises de la science » et la prétention à l'objectivité de leur constatation. Les modes de consécration des théories et de leurs auteurs influencent leur production. La formation des juristes, leur culture, leur aptitude à accueillir l'innovation sont des facteurs déterminants dans la formation de leur savoir. La détermination des principes de recrutement et de promotion, celle des programmes et méthodes d'enseignement et d'apprentissage professionnel agissent sur les préférences données à telles catégories de connaissances, à telles façons de les mettre en œuvre et de les traiter; les réformateurs ont-ils conscience de leurs responsabilités ?

87 Une épistémologie rétrospective ◇ L'état actuel du savoir ne se laisse analyser que comme une étape, sinon un résultat. Chaque « donnée acquise » vient après d'autres. Elle en est l'enrichissement, le prolongement, la rectification, le substitut. Un savoir sans passé ne serait qu'un catalogue clos, mort, fermé à l'analyse. L'entrée dans ce passé n'est jamais simple. Celui qui s'y engage aborde les changements à constater, non dans leur sens chronologique, mais à partir de son présent qui est leur futur. L'anachronisme menace à chaque pas. Pour l'éviter, l'épisté-

mologie gagne à se faire résolument rétrospective. En écartant progressivement les voiles dont chaque génération recouvre les notions et principes, en creusant dans les couches sédimentaires, elle retourne aux origines plus ou moins obscures de ce qu'elle refuse d'accepter comme évidence.

Rebrousser chemin est la méthode qui permet de rendre conscients les choix qui ont conduit à retenir un itinéraire et, par conséquent, à renoncer à beaucoup d'autres.

Les révélations qui en résultent ne sont pas nécessairement confortables pour les juristes installés, préoccupés de leur position et de leur tâche. Des réactions de défense sont à prévoir. Elles ne sont pas sans intérêt épistémologique. L'état du savoir se mesure aussi à l'accueil qu'il réserve à l'innovation, à la perturbation, à la contestation. L'intolérance peut se manifester là où elle ne se serait jamais exprimée et ses origines peuvent être aussi bien idéologiques que méthodologiques, voire sociologiques, innées qu'acquises. Le mérite serait grand, pour l'épistémologie juridique, de parvenir à faire entendre que l'ouverture d'esprit ne se décrète, ni ne se proclame, qu'elle n'est la propriété exclusive d'aucune chapelle : elle s'apprend, s'exerce, se mérite et se défend.

88 Une épistémologie différentielle ◇ Descriptive et rétrospective, l'épistémologie juridique se doit aussi d'être résolument différentielle. Rien n'autorise à raisonner sur le savoir juridique comme sur un bloc, un monolithe. La douteuse hypothèse de l'unité du droit ne saurait enfermer la théorie de son savoir dans le piège des généralités abstraites. Le savoir juridique n'existe pas; il ne peut être objet d'analyse que sous bénéfice d'inventaire et, surtout, après de multiples études, collectes, recensements, classements, comparaisons de parties et de secteurs.

Rien n'autorise à supposer que ce qui est vrai en droit civil l'est en droit commercial, que ce qui vaut pour le droit des contrats vaut également en droit des biens. Parler de l'influence exercée par la théorie de l'autonomie de la volonté sur le savoir juridique en droit civil, c'est prendre un risque; elle n'a pas agi sur les raisonnements en matière contractuelle, comme dans la présentation du régime de la propriété ou dans le domaine familial. Existe-t-il même un corps de connaissances recouvrant l'ensemble usuellement désigné comme « droit des contrats » ? L'autonomie de la volonté n'a pas nécessairement occupé aussi largement le savoir qui a pour objet les éléments supposés communs à tous les contrats, celui qui porte sur la vente, sur le louage d'ouvrage ou sur le dépôt hôtelier¹.

1. Ici reparait la question de la positivité de la théorie générale du contrat : V. E. Savaux, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, Paris, LGDJ, 1997, préface J.-L. Aubert, *Bibl. Dr. privé*, t. 264.

L'analyse différentielle ne s'impose pas seulement pour respecter les particularités de chaque domaine, par un souci de rigueur qui relève d'une sorte de réalisme. La pertinence et l'approfondissement de la réflexion épistémologique sont aussi en cause parce que la confrontation des différences favorise leur analyse, celle des mouvements qui ont pu les préparer, les accuser, les prolonger.

TITRE 2

QUESTIONS D'ÉPISTÉMOLOGIE JURIDIQUE

- 89 *Sans point de départ* ◇ Pour ne pas se laisser enfermer dans une définition *a priori*, lourde de postulats soustraits à la réflexion critique, l'épistémologie juridique doit se soumettre à l'exigence du questionnement¹.

Renoncer à partir de réponses qui n'en sont pas, faute de questions préalables, serait déjà, dans le savoir juridique, une rupture radicale. Ouvrir une crise salutaire pourrait être un objectif proprement épistémologique. Le choix des questions n'est sans doute pas innocent; il ne saurait être tenu pour définitif et exhaustif. Une liste provisoire pourrait être dressée en raisonnant sur les composantes du savoir juridique, c'est-à-dire sur l'objet à étudier. Elle devrait tenir compte également des indices disponibles de l'actuelle fragilité de ce savoir, de ses défaillances, de ses rigidités.

- 90 *Des questions à poser et à reposer* ◇ Les questions d'épistémologie juridique doivent porter sur le savoir juridique qu'il s'agit de cerner, de décrire, de caractériser. Comme il n'est pas figé, ce sont ses divisions, ses mouvements et manifestations qui s'imposent à l'analyse. Ses modes d'alimentation et de rejet suscitent également maintes questions.

Elles ne peuvent être posées dans l'abstrait, sur fond d'une trompeuse innocence, d'une fausse objectivité. Elles le sont dans l'espoir, directif en

1. M. Meyer, *Questionnement et historicité*, Paris, PUF, 2000.

lui-même, de répondre aux préoccupations que l'actualité peut engendrer. Les apories du savoir juridique contemporain ne peuvent être postulées; certaines d'entre elles sont à évoquer comme des hypothèses de travail. Il est permis de se demander si les juristes sont parvenus à franchir l'obstacle que représentait l'augmentation considérable de la quantité de données et d'informations. Le passage d'un *corpus* susceptible d'être globalement recensé à une masse proliférante n'est pas un événement d'importance secondaire. Le nombre devenu considérable de dispositions légales et réglementaires, celui des décisions rendues, celui des décisions et commentaires conservés en mémoires d'ordinateurs, est un fait nouveau. Il est douteux que le savoir juridique ait pu ne pas en être affecté. Des changements idéologiques majeurs se sont également produits; il serait bien étonnant que les concepts et catégories mis en œuvre dans l'enseignement et la description, l'analyse, la construction théorique du droit en soient demeurés indemnes. L'épistémologie juridique ne peut ignorer les questions ainsi posées¹.

1. Comp. J.-P. Rioux et J.-F. Sirinelli, *Histoire culturelle de la France*, vol. 4, *Le temps des masses. Le vingtième siècle*, Paris, Seuil, 1998, not. p. 280 et s., 336 et s., p. 367, évoquant « une forme française de résistance culturelle originale à la loi du grand nombre ».

CHAPITRE 1

SAVOIR ET SAVOIRS JURIDIQUES

- 91 *Un contenu historique* ◇ Le savoir, les savoirs juridiques paraissent composés d'un ensemble de connaissances sur le droit tel qu'il est supposé existé à l'état positif. Il ne suffit pas d'en évoquer les composantes. Comme tout savoir, il est l'aboutissement provisoire d'une histoire; la conception qui transparait dans les écrits juridiques est riche d'enseignements. L'état du savoir, de ces données acquises qui le composent à un moment particulier n'est pas moins caractéristique. Ses modes d'expression le sont autant. Ces questions ne sont guère posées; elles ne sont probablement pas dénuées de tout intérêt.

SECTION 1. LES SAVOIRS JURIDIQUES

- 92 *Quelle unité* ◇ Les savoirs qui gravitent autour du droit sont, à la fois, un et multiples. Ils ne diffèrent pas seulement par leur objet, mais aussi par leur portée, par la façon dont ils sont utilisés et par le but poursuivi. Pourtant, les juristes se réfèrent aussi à un fonds commun relativement déterminé.

§ 1. Des savoirs et du droit

- 93 *Savoir et « création » normative* ◇ Un savoir est mis en œuvre par ceux qui sont en mesure de changer l'état du droit. Les auteurs de réformes législatives ou de revirements jurisprudentiels ont besoin d'informations nombreuses et complexes pour prendre leur décision; le savoir prépare l'exercice du pouvoir et s'en distingue souvent assez mal. Le promoteur d'un projet ou d'une proposition de loi, le magistrat rédacteur d'un arrêt de principe choisissent de recueillir certaines données et d'en négliger d'autres. Ils choisissent aussi de tenir compte, ou non, des informations obtenues. Instrument ou alibi, le savoir s'absorbe dans le pouvoir. L'examen épistémologique en est compliqué, biaisé.
- 94 *Savoirs et pouvoirs* ◇ Les connaissances rassemblées par le réformateur législatif ou juridictionnel sont parfois rendues publiques. Des enquêtes statistiques, économiques, démographiques, sociologiques sont entreprises officiellement. Elles ne s'étendent pas à toutes les informations mises en œuvre; complémentaires, elles ont une importance variable et éclairent plus ou moins d'autres données dont la liste exhaustive ne

peut guère être dressée. Des expériences historiques ou plus récentes, voire personnelles, peuvent y figurer. L'état antérieur du droit y a également sa place. C'est d'ailleurs ce qui autorise l'interprète des dispositions nouvelles à raisonner sur les différences et parentés entre les solutions successives. Il est difficile d'imaginer que le rédacteur de l'avant-projet de réforme de la législation relative aux sociétés, aux chèques ou à la « faillite » par exemple puisse envisager d'avancer quelque proposition que ce soit avant d'avoir rassemblé des connaissances aussi complètes et précises que possible sur les règles antérieures, leurs interprétations, sur leur mise en œuvre et sur leurs effets. Pourtant, l'hypothèse n'est pas à exclure. Il se pourrait qu'un collaborateur plus ou moins servile ou soucieux de sa carrière pût accepter, pour plaire à un ministre ou à un supérieur, de rédiger à la hâte des textes mal préparés. Le pouvoir maîtrise le savoir et les usages qui peuvent en être faits. Les objectifs déterminés par l'autorité politique peuvent tout emporter. L'apport épistémologique s'en trouve notablement restreint.

- 95 *Une autre épistémologie juridique* ◇ Plus précisément, une épistémologie particulière serait à élaborer. Son enquête porterait sur les informations dont les réformateurs estiment devoir se munir avant de concevoir des solutions nouvelles ou de modifier les modalités de mise en œuvre de solutions connues. S'agit-il seulement de répondre dans l'urgence aux demandes de certains groupes sociaux, de groupes de pression ou de groupes politiques ? Si le réformateur ne se préoccupe pas seulement de paraître poursuivre l'objectif qui répond aux aspirations des uns ou des autres, il lui faut s'enquérir de la situation économique, sociale, démographique, des moyens disponibles ou à créer, des conditions d'efficacité de l'action entreprise,...

Le législateur et le prêteur usent d'un savoir qui n'est ni neutre, ni innocent. Le sens des innovations décidées ou rejetées varie considérablement selon que leurs auteurs se préoccupent ou non des enseignements de l'expérience historique, selon qu'ils s'interrogent ou non sur la portée sociale des symboles,...

Quel savoir est nécessaire pour prendre parti sur les conditions de validité du contrat et sur la protection du consommateur, sur le régime du divorce, sur la situation des enfants naturels, sur les peines applicables aux violeurs, sur les défaillances d'entreprises ou encore sur les chèques sans provision, ... ? Ces questions ne relèvent pas seulement de la méthodologie législative¹ : la théorie des « méthodes et procédés d'investigations » relève d'une épistémologie particulière.

Il reste que le droit n'est manifestement pas, en lui-même, la préoccupation première du législateur. L'épistémologie dont s'agit ne peut donc être spécifiquement juridique.

1. J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, Coll. Thémis, 2001, p. 269 et s., not. p. 281.

- 96 *Le savoir des juges* ◇ L'épistémologie de la création prétorienne se heurte à une autre sorte de difficulté. Il est souvent difficile d'y faire la part du pouvoir et celle du savoir. Le rédacteur de l'arrêt de revirement a pu vouloir innover; connaissant l'état antérieur du droit et les positions consacrées, il a estimé devoir en changer. Il a pu considérer également que la solution nouvelle s'inscrivait dans la ligne des précédentes. Ce développement inédit ne serait nouveau qu'en apparence, dans son expression; il était déjà contenu dans l'état antérieur du droit. Le rédacteur de l'arrêt de revirement peut encore avoir une analyse personnelle des solutions précédemment consacrées : à ses yeux, il n'y a nulle innovation, mais confirmation sous une forme tout au plus clarifiée. Enfin, l'hypothèse d'erreur ou d'ignorance ne peut être éliminée sans examen. Le juge peut se tromper de qualification, de définition, de régime applicable.

Entre ces quatre possibilités principales, le partage est fort difficile. Il en résulte que le rôle propre du savoir par rapport à celui du pouvoir demeure incertain. La Cour de cassation choisit parfois de présenter ses innovations les plus spectaculaires comme de banales applications de la loi, en censurant des arrêts qui s'étaient conformés à sa position antérieure, exactement comme si, en l'absence de revirement, ils l'avaient méconnue. La mise en œuvre d'un savoir portant sur l'état du droit n'explique pas tout : elle explique mal.

- 97 *Un savoir « externe » ?* ◇ C'est une toute autre attitude qu'adopte, envers le savoir, le juriste qui cherche à déterminer l'état du droit. Que sa tâche soit de juger, d'apprécier la conformité d'une décision au droit, de défendre l'intérêt d'un justiciable, de tenter de prévoir l'issue d'un litige éventuel ou engagé, de dégager un fondement, de décrire des règles, de proposer une synthèse, ... ce juriste recherche des informations sur un objet qu'il suppose exister indépendamment de lui. Il choisit ses sources, ses méthodes et sélectionne des données; il ne prétend pas avoir la maîtrise de l'objet dont il affirme l'existence.

Les questions qu'il se pose ou devrait se poser et les difficultés qu'il affronte peuvent alors relever de l'épistémologie.

§ 2. Des savoirs du juriste

- 98 *Savoir juridique et fait* ◇ Le terme même « juriste » désigne couramment celui qui a reçu une certaine formation et dispose d'un certain savoir. Il le signale en faisant suivre son nom de titres universitaires plus ou moins impressionnants. Les connaissances dont l'ensemble paraît faire le juriste composent plusieurs groupes; leurs frontières ne se distinguent pas toujours clairement.

Dans chaque spécialité, les juristes sont ceux qui savent répondre à certaines questions, en mettant en œuvre des informations sur le droit

actuellement en vigueur. C'est ce que le citoyen plus ou moins profane attend d'eux; c'est ainsi qu'ils entendent se faire connaître et reconnaître et qu'ils se jugent entre eux. Devant une situation présente ou à venir, ils savent mettre une règle, un principe, dégager une solution, annoncer une stratégie possible, un résultat envisageable ou probable. Pas plus que les livres de mathématiques, voire de mécanique, ne suffisent pour piloter un avion ou réparer une automobile, la connaissance des dispositions légales et réglementaires et des positions juridictionnelles ne permet pas seule de rédiger un contrat, de plaider une cause, de mener une enquête pénale régulière et efficace, de préciser les modalités de gestion licite d'une entreprise, de présenter et d'expliquer le déroulement d'un procès. Ce n'est pas seulement un apprentissage professionnel qui fait défaut, ni même une méthode. Le mode d'emploi dont il s'agit est si peu définissable qu'il ne figure dans aucun manuel, dans aucun programme d'enseignement. Pourtant, à écouter l'un juxtaposer des citations des codes, des lois, des règlements, des arrêts, et l'autre raisonner, analyser, inférer, distinguer, nuancer, nul ne s'y trompe : le second seul détient le savoir qui fait le juriste.

Il y a fort longtemps déjà, il était clair que : « *ex facto jus oritur* » (le droit sourd du fait). Le droit a besoin de situations concrètes pour prendre sens. Le savoir juridique inclut nécessairement les modes de transposition des informations abstraites, tirées des règles et décisions, à l'espèce, au cas. Il a besoin du fait pour les nourrir, les faire vivre. C'est pourquoi notamment il est si dommageable que tant de réformes soient conçues par des agents parfaitement ignorants des situations réelles qui vont y être soumises. C'est aussi pourquoi il est si dommageable que la philosophie du droit se laisse absorber dans la philosophie de l'État.

Le savoir juridique se compose d'expériences de fait. Le notaire, l'avocat, l'avoué, l'huissier, le policier, le juriste d'entreprise en ont parfaitement conscience, comme beaucoup d'enseignants et bien des particuliers.

99 Des savants sans savoir ? ◇ L'existence et la spécificité du savoir juridique paraissent reconnues. Chaque fois qu'un particulier, pour ses besoins personnels, familiaux ou professionnels, qu'un chef d'entreprise, qu'une administration font appel à un juriste, c'est dans l'espoir de bénéficier de ses connaissances. Ils s'efforcent généralement de s'informer au préalable sur sa réputation, sur sa compétence, c'est-à-dire en particulier sur l'étendue et la précision de son savoir. S'il est de bons notaires, de bons avocats... et de moins bons, c'est notamment parce que les premiers ont les connaissances qui sont supposées manquer aux seconds. Si tel juriste sollicite lui-même l'avis ou le conseil d'un autre juriste, c'est sans doute qu'il l'imagine plus compétent, mieux informé.

C'est une caractéristique non négligeable du savoir des juristes que la part faite au fonds commun, aux généralités, et celle réservée à des don-

nées plus particulières. Nul doute que la spécialisation croissante ne soit un choix ou un phénomène lourds de conséquences. Ils sont pourtant traités comme une sorte de fatalité qui n'affecterait d'ailleurs pas l'essentiel. Les réformateurs de l'enseignement se contentent d'en tirer prétexte pour consommer le déclin de la formation fondamentale et prolonger la durée des études. Un excellent notaire des années 1930 ou 1950 avaient suivi deux années d'enseignement universitaire pour obtenir la capacité; le changement opéré en multipliant par trois son séjour en faculté pour lui conférer le titre de docteur ne peut relever du détail. La spécialisation dépend aussi de la division des professions et des relations instaurées entre les professionnels. Courir le risque de laisser le rédacteur de contrats dans l'ignorance du contentieux qu'ils engendrent ou subissent n'est pas une politique indifférente.

100 Illusions et désillusions ◇ Ces quelques indications sommaires conduisent à poser une question importante et à souligner un paradoxe. Le savoir juridique est recherché pour assurer la validité et l'efficacité d'un contrat, pour obtenir l'issue favorable d'un contentieux, pour tenter de le prévenir, pour diminuer le coût d'une opération,... Ce qu'apportent le juriste et son savoir, ce qu'attendent les particuliers, en ayant recours à ce sachant, c'est une certaine sécurité. Pourtant, celle-ci est largement illusoire. Le professionnel consulté ne peut guère être affirmatif et péremptoire; il ne peut guère indiquer qu'une probabilité. Pour reconstruire qu'il soit, le savoir juridique a bien rarement la rigueur et la précision que le profane lui prête.

Une deuxième particularité est notable. Les juristes ont eu souvent une position sociale enviable : Condorcet regrettait que le même sort ne fût pas réservé aux mathématiciens. Les noms de certains maîtres du droit sont connus de tous. Ce n'est pourtant pas leur qualité de juristes qui fait leur célébrité; ils viennent au devant de la scène pour leur action politique, pour leur collaboration à l'œuvre législative par exemple. Le milieu juridique ignore, sinon l'excellence, au moins ses signes les plus apparents, ses consécration publiques. Ni médailles, ni prix Nobel, ni hommages officiels, ne viennent saluer la valeur des juristes; même ceux des avocats qui sont plus présents dans la Presse qu'au Palais ne fondent pas leur audience sur leur savoir. Le droit fait-il l'économie du génie ?

101 L'accès au savoir juridique ◇ Les connaissances que partagent les notaires, les avocats, les avoués, les collaborateurs des services juridiques des entreprises et des administrations, les journalistes spécialisés, les huissiers, les policiers, présentent une autre particularité. Elles ne peuvent pas demeurer simplement affaires de spécialistes; elles ne peuvent être réservées à une catégorie déterminée de professionnels.

Sans doute est-il souhaitable que l'automobiliste ait en tête quelques rudiments de mécanique, que le malade n'ignore pas tout de la physiologie et le marin d'autrefois avait une certaine science des étoiles et de leurs positions. Le justiciable, le citoyen ne sont pas exactement en semblable situation. Leurs rapports avec le savoir juridique ne peuvent être réduits à une simple vulgarisation.

En premier lieu, la loi, le droit sont présumés connus. Un certain savoir doit être disponible à tout un chacun pour que nul ne soit censé ignorer son contenu. En second lieu, la réception du droit, la façon dont il est accueilli, mis spontanément en œuvre, dépendent des connaissances qui circulent sur les obligations imposées, sur les possibilités offertes, sur les avantages accordés.

S'il y a un savoir propre aux juristes, il ne peut être cloisonné dans leur milieu spécialisé¹. Sans doute les informations dont doivent disposer les particuliers peuvent-elles en différer par leur contenu, par leur précision. Il reste que des passages demeurent, filtres, caisses de résonance ou prismes. L'épistémologie juridique aurait à étudier les circuits qu'empruntent ces connaissances. L'alimentation du savoir commun par le savoir juridique n'est assurément pas directe; le premier puise à d'autres sources.

102 Un savoir engagé et militant ◇ Au juriste, est souvent demandé un combat. L'objectivité est-elle, doit-elle être un trait déterminant de son savoir ?

Les connaissances mises en œuvre ne se suffisent pas à elles-mêmes. Elles réclament des méthodes, des guides, un savoir-faire. Une telle médiation n'est guère propice à l'objectivité, voire à l'impartialité. Les juristes ne sont d'ailleurs pas décrits seulement comme ceux qui connaissent la loi, mais comme ceux qui ont l'art de s'en servir, d'en tirer parti. Comme l'éloquence se pervertit en propagande manipulatrice, le discours juridique peut sombrer dans l'exploitation artificieuse de la loi; le juriste paraît capable de lui faire dire ce qui lui convient². L'existence d'excès ne saurait ni étonner, ni discréditer le monde juridique dans son ensemble, ni fonder l'analyse globale du savoir. Toute science leur paye son tribut. La médecine ne se réduit pas à l'acharnement thérapeutique.

Ce qui est vrai, c'est que le savoir juridique peut, sans se trahir, être mis au service d'une cause. Le notaire ne doit pas seulement connaître les conditions de validité du contrat auquel il donne la forme authentique; il lui est demandé de choisir la qualification et les clauses les plus favorables, les plus propices à la réalisation des objectifs poursuivis, les moins

1. J. Chevallier, « Les interprètes du droit », in CURAPP-CHDRIP, *La doctrine*, Paris, PUF, 1993, p. 261 et s. : « La disqualification des profanes ».

2. A. Bernard et Y. Poirmeur, « Doctrine civiliste et production normative », in *La doctrine*, précité, p. 152 et s.

coûteuses fiscalement. L'avocat ne doit pas seulement énumérer les peines encourues ou les mesures judiciaires susceptibles d'être prises dans la situation décrite et établie; il lui est demandé d'obtenir le prononcé de la décision la plus satisfaisante ou la moins défavorable.

Ce serait une erreur d'y voir de l'artifice, voire de la dénaturation. Si « le droit sourd du fait », son savoir ne prend tout son sens que dans la considération des divers points de vue qui éclairent les faits sous des jours complémentaires. L'objectivité se conquiert ici dans la multiplication des points de vue que la règle, son enseignement et le savoir abstrait ignorent nécessairement. Le juriste qui s'engage combat, avec les armes que lui donnent ses connaissances, ce qui pourrait être une réduction, une amputation, une déperdition ouvrant la voie à une injustice.

103 Un savoir indistinct et dépendant ◇ Notamment parce qu'il n'a pas subi la réduction positiviste sur un objet défini, le savoir juridique n'a pas de délimitation précise; ses frontières ne sont pas seulement variables, mais aussi incertaines et problématiques. Elles sont sujettes à hésitations et discussions. Sur quatre fronts, les querelles et les difficultés menacent.

104 Savoir juridique et droit ◇ En premier lieu, le savoir juridique se laisse mal isoler du droit. Les tentatives théoriques de définition d'une science juridique pure n'ont guère influencé le travail et le raisonnement des juristes. Elles ont passionné les philosophes de l'État; de même qu'ils ne sont pas parvenus à faire du droit la chose de l'État, ils n'ont pu clarifier les incessants passages ouverts entre le savoir juridique et son objet. Le statut épistémologique des erreurs demeure, par contrecoup, confus. Les juristes ne s'en préoccupent guère et paraissent ne s'inquiéter ni de les prévenir, ni de les corriger. Force leur est pourtant d'admettre qu'il s'en commet. Ils applaudissent même volontiers à l'élimination de celles des autres, comme ils apprécient les controverses patinées par le temps¹.

105 Savoir juridique et sens commun ◇ En deuxième lieu, le savoir juridique n'a jamais connu de rupture avec le sens commun. Ni les guerres, ni les révolutions politiques, ni les changements idéologiques, ni les réformes les plus audacieuses ne sont parvenus à rompre la continuité historique; ce n'est pas assez dire. Aucune élaboration théorique, aucune construction rationnelle ne paraissent avoir brisé les liens unissant les connaissances des juristes et les données que chacun puise dans son éducation générale et, notamment, dans ses aspects civiques.

1. Les références ne sont pas difficiles à retrouver.

Les notions juridiques ont des racines plus ou moins fortes et profondes dans le bon sens, dans l'expérience commune, dans une culture non spécialisée, ni savante. Cette continuité-là contribue à l'opposition des savoirs scientifique et juridique, même si elle laisse place à l'étonnement du profane; comme il s'émerveille devant certaines réactions chimiques spectaculaires, certaines solutions de droit peuvent le troubler, voire le choquer. Si « ce sont à proprement parler les sciences... qui décident ce qui, dans l'arbre en fleur, devrait passer pour réalité et ce qui ne le devrait pas »¹, le savoir juridique n'est pas doté de la même puissance. Ses définitions du bâtiment, du navire ou de l'homme peuvent influencer la perception commune; elles ne prétendent guère s'y substituer. Si le savoir juridique semble avoir vocation à dire ce qu'est la propriété, le contrat, le mariage ou le divorce, il se dissimule toujours derrière le droit qu'il cherche à refléter; ces notions sont d'ailleurs empruntées pour partie aux mœurs, à la morale, à la pratique sociale. Encore faut-il reconnaître que, dans leurs raisonnements, les juristes semblent s'arroger souvent « le droit de déterminer le lieu de l'homme et de se poser comme critère d'une telle détermination »². S'ils condescendent à admettre que des relations contractuelles peuvent se nouer avant qu'une règle juridique ne les reconnaissent-elles, ils les tiennent pour négligeables, rudimentaires, pré-juridiques.

106 Savoir juridique et enseignement du droit ◇ En troisième lieu, le savoir juridique se distingue mal du « bloc doctrinal à usage d'enseignement » du droit³. C'est une caractéristique d'importance. Elle apparaît moins depuis que les établissements universitaires ont appris à user et à abuser du terme « recherche » pour se faire une place dans les catégories budgétaires des institutions dispensatrices de crédit. Pourtant, force est de constater que les exposés les plus plats et les moins imaginatifs du droit positif figurent dans les bilans de recherche aux côtés immédiats des théories les plus novatrices. Leur apparente « objectivité » peut valoir, à leurs auteurs qui ne font d'ombrage à personne, beaucoup d'éloges. De tels choix ne sont pas sans conséquences. Il reste vrai que l'étude du cas le plus difficile, le plus inhabituel peut passer par la relecture des ouvrages d'enseignement élémentaire; le consultant dans une espèce particulièrement complexe, l'auteur d'un article théorique approfondi, n'hésite pas à citer un manuel et nul ne leur en fait grief. De telles pratiques ne sont pourtant pas invariables. Le *Traité théorique et pratique de droit civil* publié durant la première moitié du XX^e siècle sous les signatures de Planiol et de Ripert n'était manifestement pas un ouvrage

1. M. Heidegger, *Qu'appelle-t-on penser ?*, Tübingen, Max Niemeyer V., 1954, Paris, PUF, 1959, 1992, p. 45.

2. M. Heidegger, *Ibidem*.

3. M. Heidegger, *Être et temps*, Max Niemeyer V., Tübingen, 1976, V. Klostermann, Frankfurt, 1977, Paris, Gallimard, 1986, traduction Fr. Vezin, p. 48.

d'enseignement; les contraintes de l'édition, mais d'autres raisons aussi sans doute, ne lui ont pas donné beaucoup de successeurs de même nature.

107 Données acquises ◇ En dernier lieu, le savoir des juristes présente une autre caractéristique que d'aucuns décrieraient volontiers comme pré-scientifique. Elle n'est guère reconnue et mérite pourtant attention et réflexion. Les juristes travaillent et raisonnent sans pouvoir vraiment s'appuyer sur des « données acquises » de leur savoir. Toute science paraît pouvoir, à un moment de son développement, faire le départ entre ce qui a été établi, ce qui est connu et su, et ce qui demeure à démontrer, à expliquer, à analyser. Même Karl Popper qui exclut la possibilité d'une vérification définitive admet que, dans l'attente d'une éventuelle réfutation, les théories scientifiques consacrées sont tenues pour vraies; les résultats obtenus dans leur mise en œuvre sont là pour les tenir provisoirement au moins à l'abri de toute remise en cause. Des propositions trop « révolutionnaires », au sens khunien du terme, auraient de bien considérables obstacles à franchir.

Le savoir juridique paraît lui aussi composé d'un double fonds de « données acquises ». Il y aurait, d'une part, celles qui procèdent de la simple lecture des dispositions légales : un contrat peut être annulé pour erreur; l'inexécution des obligations qu'il comporte en justifie la résolution; le pacte sur succession future est annulable; la propriété peut s'acquérir par prescription trentenaire. Il y aurait, d'autre part, les solutions dégagées par les juridictions supérieures, notamment lorsque leur position paraît relever d'un principe constamment rappelé; le discours contemporain dira alors que la controverse antérieure est close. Ces présentations du savoir juridique satisfont les détenteurs des pouvoirs en cause, les auteurs de réformes et les magistrats.

Elles supposent des choix implicites que l'épistémologie doit élucider. D'une part, la question de droit n'est jamais et ne peut être de savoir si tel contrat négocié dans telles conditions entre telles parties sur tel objet avec tel objectif peut être annulé ou résolu. Il n'existe aucune règle propre à fournir une réponse ou il en est plusieurs entre lesquelles il faut choisir. D'autre part, la pluralité permanente des points de vue à considérer dans l'analyse et la perception de chaque espèce interdit de tenir une controverse pour close. Si elle avait un sens et posait des questions pertinentes, elle ne peut que demeurer vive. Il se peut que des controverses soient abandonnées; il n'est pas raisonnable de les supposer achevées. Il l'est encore moins de déduire leur clôture d'une décision dont la portée est toujours incertaine et fragile. Si la Cour de cassation avait le pouvoir que quelques-uns lui prêtent, les juges du fond seraient plus attentifs à ses positions; peut-être alors ne serait-il plus possible de citer, en quelques années, des séries de cassations prononcées pour vaincre ce que l'ortho-

doxie appelle pudiquement, et de façon significative, la « résistance des juges du fond »¹.

SECTION 2. L'HISTOIRE DU SAVOIR

108 Des histoires du savoir ◇ L'histoire d'un savoir s'écrit à plusieurs voix. Elle ne peut guère être réduite à l'unité d'une simple chronologie exhaustive. L'histoire d'un savoir, c'est celle des étapes que paraissent scander des mutations remarquées, des événements tenus pour déterminants. C'est celle aussi des changements d'inspiration ou de méthode. Il importe de ne pas sous-estimer l'importance que revêt, dans la présentation et dans l'explication, l'échelle adoptée, le degré de grossissement des repères retenus; tel mouvement qui semble caractéristique du siècle, s'estompe, s'étiole et se disperse lorsque l'historien s'attache à l'étude d'une décennie. L'histoire d'un savoir se compose aussi d'œuvres individuelles qui renouvellent et bouleversent. Des écoles peuvent se former autour d'un maître ou d'une idée. Certaines disciplines paraissent, à certaines époques, briller des mille feux qu'allument des découvreurs, des novateurs, des géants de la pensée; à d'autres périodes, elles sembleront digérer ces avancées, prendre le temps de l'accoutumance et de l'exploitation; elles peuvent aussi connaître la stagnation, voire le déclin.

109 Un passé glorieux ◇ Parce que la science est l'objet du travail, des efforts et des espoirs d'une collectivité, son passé l'intéresse directement. Par rapport à lui, se mesure le chemin parcouru. Les grandes figures et les grands événements contribuent à la composition de l'image sociale du savant actuel; au nom de l'héritage qu'il a reçu et qu'il s'attache à faire fructifier, il peut revendiquer une certaine position. Des vocations en naissent. Des programmes de recherches peuvent y puiser leurs justifications apparentes ou provisoires. Ce passé n'est pas un fait brut, une donnée simple. Il présente trois caractéristiques qui font la part de l'ambiguïté, voire de l'artifice.

110 Du commencement à aujourd'hui ◇ La première tient à sa définition dans le temps. Il faut le situer entre deux dates, celle qui marque la naissance de la science et celle qui ouvre le présent, l'actualité. La date de l'avènement d'une science est généralement incertaine et discutée. Avant chaque science, il y avait sans doute autre chose, une autre histoire, un autre discours, d'autres objets, d'autres objectifs et d'autres méthodes. Le moment où ils ont été abandonnés, le passage à la science, ne peut être repéré sans prendre parti sur sa définition, sur sa nature. Il fut, par exem-

1. Exemples : construction empiétant sur le fonds d'autrui, et, plus encore, détermination de l'acte du préposé relevant de la responsabilité du commettant,...

ple, admis pendant longtemps que la physique, la chimie, l'astronomie, la biologie contemporaines étaient nées avec le recours systématique à la méthode expérimentale; le critère est devenu douteux lorsque les historiens ont rappelé le rôle permanent de l'expérience dans les savoirs désormais considérés comme dénués de tout caractère scientifique. Les premiers maîtres de la science moderne ont fait volontiers appel à des expériences imaginaires; ils ne les réalisèrent jamais, tant leur conviction d'avoir élaboré la vraie théorie était forte. De même, la récusation des autorités au nom de l'esprit critique et de libre examen ne saurait marquer une rupture datée; l'antiquité eut ses iconoclastes et il n'est pas exclu que des avancées scientifiques modernes aient été favorisées par un certain retour aux autorités du passé.

111 Le présent du savoir ◇ La date où le passé de la science s'achève pour laisser place à l'actualité revêt une certaine importance. Elle peut être conçue comme une rupture. Avant, c'est le domaine des historiens ou du savant au repos. Étudier le passé de la science serait inutile pour le physicien, le chimiste, le biologiste; leur tâche est autre. Leur temps étant compté, ils ne doivent pas le perdre en apprenant ce qui n'a pas de sens, les erreurs rectifiées, les auteurs des grandes théories devenues banales ou, au moins, incontestables. En s'en encombrant l'esprit, ils s'imposeraient un handicap sur le chemin d'un progrès qui peut seul les préoccuper. La relation d'un savoir avec son passé influence la détermination de l'objet qu'il se donne, les méthodes qu'il met en œuvre, les découvertes qu'il espère ou s'autorise. Dans la formation dispensée aux futurs savants, la place donnée à l'histoire ne saurait être indifférente. Einstein n'ignorait ni Galilée, ni Newton. C'est une évidence souvent perdue de vue.

112 Un passé anachronique ◇ Le passé d'une science, tel qu'il est présenté et décrit, est le résultat d'une reconstruction. Loin de prendre acte d'événements successifs précisément déterminés, il est fait d'oublis et d'exagérations symboliques. Les rayons et les ombres qui paraissent lui donner vie et qui, souvent, en font le charme, ne furent pas contemporains de ce qu'ils montrent et dissimulent. Ils tiennent largement à l'idée que le savant d'aujourd'hui se fait de lui-même, de sa tâche et, finalement, de sa science.

C'est pourquoi, l'épistémologie a beaucoup à apprendre de la confrontation du passé dont la science se dote avec une certaine complaisance à la réalité historique rétablie.

113 Un passé symbolique ◇ Une troisième caractéristique du passé de la science en accuse la valeur symbolique. Il s'écrit en s'appuyant sur des

données qui se complètent, mais qui sont de natures bien différentes. De grandes dates s'y retrouvent : ce sont celles d'événements marquants, de grandes découvertes, d'expériences décisives pour conforter une théorie, en récuser d'autres. L'oxygène ouvre une ère nouvelle et le phlogistique est oublié. La génération spontanée tombe dans le domaine de l'erreur condamnée par le progrès de la science, voire anti-scientifique, et le microbe s'impose. Ces temps forts sont souvent liés à un nom, Lavoisier, Pasteur, ou même Archimède, Pythagore et quelques « prix Nobel ». L'histoire de la science s'accommode aussi de quelques images anecdotiques. Von Röntgen en a laissé une à propos de rayons X; elle paraît plus sérieuse que celle de la pomme de Newton. Le destin personnel de Galilée colore à tout jamais sans doute l'histoire de l'astronomie.

- 114 *Histoire du savoir juridique et histoire du droit* ◇ L'histoire du savoir juridique a été bien rarement dissociée de l'histoire du droit; « il y a une science descriptive du droit et une histoire du droit; personne ne les oppose l'une à l'autre »¹. Ces étapes, ces variations, ces grands hommes semblent ne pas lui appartenir en propre. Ici aussi, le savoir demeure sous la dépendance de son objet. Ses ères successives, ses divisions majeures paraissent refléter purement et simplement celles du droit. Le savoir changerait avec la codification, avec les grandes réformes, avec les revirements prétoriens. Il ne serait pourtant pas difficile de citer des exemples de changements du savoir juridique enregistrés à « droit constant », soit qu'ils se présentent comme des analyses nouvelles de dispositions légales ou de positions prétorienne supposées invariables, soit qu'ils précèdent et peut-être préparent ou provoquent l'adoption de solutions modifiées. L'invasion du droit privé par la notion de droit subjectif, l'importance prise par la personnalité morale, la consécration de la responsabilité contractuelle ont été des changements du savoir bien avant de recevoir éventuellement quelques confirmations de la loi et des juges.

Le développement d'études spécifiques en histoire du savoir juridique pourrait être salubre². Trois directions, en particulier, pourraient s'avérer fécondes.

- 115 *Des frontières historiques* ◇ En premier lieu, il importe d'analyser le processus par lequel, à chaque époque et dans chaque discipline, les juristes définissent les frontières de l'histoire de leur savoir. Le point de départ varie. Le droit romain était si proche, si présent qu'il éliminait radicalement ses prédécesseurs, le droit grec en particulier. En moins d'un demi-siècle, il semble s'être éloigné d'un millénaire; le voici relégué

1. F. de Saussure, *Cours de linguistique générale*, publié par Ch. Bailly et A. Séchehaye, avec la collaboration de A. Riedlinger, édit. Critique de T. de Mauro, postface L.-J. Calvet, Paris, Payot, 1916, 1995, p. 114.

2. Pour une synthèse, J.-M. Carbasse, *Introduction historique au droit*, Paris, PUF, 2^e éd., 1999.

dans la proto-histoire. Le point d'arrivée, le passage du passé au présent est également sujet à de profondes mutations. En droit des biens, quelques domaines particuliers mis à part, les premiers commentaires du Code civil sont demeurés d'actualité jusque dans les années 1970; n'ont-ils pas versé depuis dans un passé révolu ? Le droit des contrats a sans doute connu d'autres sanctions. L'interprétation des dispositions de 1804 semble, aux yeux de beaucoup, ne plus rien devoir à la doctrine du XIX^e siècle et de la première moitié du XX^e. Il n'est guère éclairant de parler ici d'une accélération de l'histoire. Ce qu'il faut analyser et expliquer, c'est le « concert indélébile » qui fait renoncer à des expériences, à des enseignements que le droit ne paraît pas récuser. La déperdition d'informations, ainsi acceptée, ne saurait être sans conséquence.

- 116 *Une histoire réécrite* ◇ En deuxième lieu, un phénomène de grande ampleur ne devrait pas être négligé. Comme les physiciens ont réécrit l'histoire des expériences de la Tour de Pise, comme l'idéologie scientifique a réécrit l'histoire de la vérification expérimentale, comme les querelles de paternité prolifèrent autour des grandes théories et des découvertes les plus prestigieuses, les juristes se dotent volontiers d'un passé de pacotille. Ils ont réécrit l'histoire du droit romain, des commentateurs du Code civil, de la naissance du droit administratif, de la séparation des pouvoirs, du Lit de justice, des arrêts de règlement, de l'autonomie de la volonté, et de combien d'adages... Ces efforts ne peuvent être dénués de signification. Ils caractérisent le mode de constitution d'un savoir qui veut s'enraciner dans l'histoire, mais qui n'entend pas se laisser diriger par la réalité chronologique. Ce n'est peut-être pas une coïncidence si la théorie des sources du droit s'impose à l'époque où l'histoire se défie de ses sources et fixe les exigences de leur critique; dans le savoir juridique, le même mot de « sources » exclut toute critique, tout retour rigoureux aux sources. La référence aux travaux préparatoires de la législation recule devant la prétendue autorité d'un législateur dont le verbe se suffit à lui-même.

- 117 *Statues et emblèmes* ◇ En troisième lieu, l'histoire du savoir juridique a ses grandes dates et ses grands hommes. Il importerait d'examiner précisément la façon dont ils sont sélectionnés et présentés. Demolombe, Aubry et Rau, Planiol, Ripert, Hauriou, Capitant, Duguit sont sortis du lot; d'autres y sont restés, avant de tomber dans l'oubli. En se donnant des modèles, des références, des statues, des noms, des emblèmes, un savoir se définit lui-même. Il pourrait être intéressant de demander aux juristes pourquoi ils ont retenu les uns et éliminé les autres. Le talent, la culture, le style, la vigueur du raisonnement, l'ampleur de l'œuvre, l'originalité, l'audace, l'audience acquise et l'influence exercée peuvent expliquer certains succès. Ces indications vagues et qui n'ont manifestement pas le même sens pour tous demanderaient à être précisées. Ce serait

l'occasion de déceler à quoi rêvent les juristes, à quelles consécration ils aspirent et quel héritage ils acceptent.

• **Pour quelques exemples de présentations récentes, voir :**

- Ph. Malaurie, *Anthologie de la pensée juridique*, Paris, Cujas, 1996, 2^e éd. 2001;
- Ph. Rémy, « Éloge de l'Exégèse », *RRJ*, 1982-2, n° VII-13, p. 254;
- P.-Y. Gautier, « Jean Domat : l'un de ces messieurs de Port-Royal », *RTD civ.* 1992, 529;
- P.-Y. Gautier, « Le discours de la méthode du Chancelier Daguesseau », *RTD civ.* 1994, 67;
- J. Musset, « Un célèbre jurisconsulte caennais du XIX^e siècle : Demolombe », *RTD civ.* 1995, 85;
- P.-Y. Gautier, « Portrait d'un portraitiste : à propos d'une galerie de grands jurisconsultes », *RTD civ.* 1996, 333;
- J.-M. Leloup, « René Savatier, un juriste dans son siècle », *RTD civ.* 1997, 79;
- Ph. Rémy, « Planiol : un civiliste à la Belle Époque », *RTD civ.* 2002, 31.

SECTION 3. L'ÉTAT DU SAVOIR

118 Le savoir dans tous ses états ◇ Le savoir passe par plusieurs états dont la succession compose son histoire. Il se présente humblement « en l'état actuel de nos connaissances ». Tout savoir a, par nature, vocation à progresser. Le terme l'impliquait; ce n'est pas un détail que de devoir aujourd'hui parler de recherche, pour faire place à ce mouvement supposé ascendant. « La science moderne se fonde et en même temps se spécialise dans les projets de secteurs d'objectivité déterminés. Ces projets se déploient dans le procédé correspondant assuré par la rigueur. Le procédé, à son tour, s'organise en mouvement d'exploitation dans les centres de recherche. Ce sont les instituts qui sont nécessaires parce que la science comme recherche a, en elle-même, ce caractère de mouvement d'exploitation organisée... Le savant disparaît. Il est relayé par le chercheur, engagé dans des programmes de recherches. À l'expérience de la recherche scientifique, correspond, dans les sciences historiques et philologiques, la critique des sources »¹. Le savoir juridique paraît s'être engagé dans ce mouvement; peut-être s'est-il contenté de le singer pour prendre place dans les administrations chargées de déterminer les budgets de recherche et de les répartir. À l'évidence, l'engagement n'a été précédé d'aucune réflexion sur ses conséquences éventuelles, sur sa signification. La question de la détermination de ce qui correspond, dans le savoir juridique, à « l'expérience de la recherche scientifique » n'a même pas été posée. Ce ne saurait être une critique des sources qui sont, tout au contraire, prises comme telles, comme s'imposant par nature et par défi-

1. M. Heidegger, « L'époque des conceptions du monde », in *Chemins qui ne mènent nulle part*, Frankfurt, Klostermann, 1949, 1980, Paris, Gallimard, traduction W. Brokmeier, 1962, 1986, p. 108, 110, 111.

inition; les « sources du droit » ne sauraient être confondues avec des sources d'information, avec des sources documentaires, avec des sources historiques.

Parler de recherche juridique, c'est paradoxalement une nouvelle occasion d'escamoter la question de l'état du savoir juridique, d'une éventuelle pathologie et de ses remèdes, d'éventuelles responsabilités dans son appauvrissement ou dans son déclin.

§ 1. Idée de l'état d'un savoir

- 119 Le progrès supposé du savoir** ◇ Le savoir connaît, selon les domaines, selon les époques, des états différents. *A posteriori*, se dégagent des périodes préhistoriques, préparatoires, classiques, modernes,... Les césures et les qualifications se discutent, mais elles se situent dans un mouvement volontiers décrit comme linéaire. La loi du savoir est de s'améliorer par extension et par correction : savoir plus, savoir mieux.
- 120 Un état ou un mouvement ?** ◇ L'état du savoir ne saurait être définitif. Il ne le deviendrait qu'à titre posthume. Lorsqu'un domaine de connaissance caractérisé par son objet ou par sa méthode est abandonné, l'état qu'il avait atteint peut être dit définitif; jusqu'à ce moment, ses maîtres consacrent leurs efforts à l'enrichir, à l'approfondir, à le corriger. L'alchimie, la rhétorique ont peut-être atteint un état qui peut être qualifié d'achèvement; aucun alchimiste, aucun rhéteur n'a pu le connaître.
- 121 Comparaisons des états du savoir** ◇ L'état actuel d'un savoir ne se mesure pas lui-même; il se compare. Les sciences du Moyen Âge se sont appréciées par rapport à celles d'une antiquité volontiers ramenée à l'unité. Les sciences de la Renaissance, puis celles des Lumières et celles qui leur ont succédé ont fait de même pour se doter d'un statut. Avec respect, en reconnaissant ce qu'elles devaient à leurs pères, ou avec condescendance, en s'imaginant nouvelles, inédites, ces sciences se sont données une place dans une histoire et cette place était toujours enviable. La science avait gagné un état meilleur et s'en glorifiait.
- 122 État du savoir et composition du savoir** ◇ Le passage d'un état à un autre du savoir, le progrès réalisé en franchissant ces étapes, est présenté et ressenti comme une évidence. Il se prête mal à l'analyse. En a-t-il besoin ? La question est à préciser, les réponses à nuancer.

Le plus habituellement, un savant ne décide pas de développer ses recherches après avoir examiné l'état général du savoir dans sa discipline et parce qu'il n'en a pas été satisfait sur tel ou tel point. Il a d'autres moti-

vations et d'autres préoccupations. L'état du savoir n'est pourtant pas une donnée négligeable.

En premier lieu, il exerce une influence indirecte sur la composition du savoir. De l'état que l'opinion commune et celle des autorités politiques et administratives prêtent à un savoir – à tort ou à raison, au vu d'informations rigoureusement collectées ou en se contentant d'indications vulgarisées –, dépendent le statut social du savant dans le domaine considéré, les moyens mis à sa disposition, l'attention qui lui est prêtée... Une incitation à poursuivre dans telle ou telle direction et à renoncer à d'autres recherches peut en résulter.

En second lieu, l'état d'un savoir peut agir plus directement sur la détermination des cibles, des investigations à mener, des questions à se poser, des objets de recherches. Là où l'état du savoir est supposé satisfaisant, il semble y avoir lieu de s'abstenir; les recherches sont réputées inutiles et les efforts sont reportés sur d'autres secteurs, comme les moyens d'ailleurs. La tendance n'est pourtant pas univoque. Il arrive que le progrès paraisse alimenter le progrès. Une découverte peut séduire et tenter ceux notamment qui aspirent à une certaine forme de réussite.

123 *Le savoir à la mode* ◇ Le choix des thèmes de recherche paraît souvent obéir à des phénomènes de mode. Pendant une période plus ou moins longue, il n'est question que des gènes ou du Moyen Âge ou des quarks. La concentration des travaux scientifiques sur un même objet a sans doute d'autres explications que le hasard. En dépit de sa permanence et de sa généralité, le phénomène n'a guère été étudié. Tous les savoirs semblent le connaître et leur histoire l'accentue au point d'assimiler une discipline ou une étape de son développement à une question particulière; la pierre philosophale, l'atlantide, l'atome ou le mouvement des planètes ont occupé cette position privilégiée. La tendance au resserrement de la curiosité des savants se manifeste de plusieurs façons; non seulement, d'autres domaines sont laissés à l'abandon, mais la mode favorise la confrontation des propositions, la discussion et peut-être le progrès. Pourtant, le champ restreint des recherches les plus actives est généralement peu propice à l'approfondissement critique; il définit plus probablement le genre de questions qui pourront être posées et résolues sans risque de bouleversement des données acquises.

124 *Les modes du savoir juridique* ◇ Le savoir juridique n'échappe pas au phénomène. La concentration passagère tombe sur des propositions théoriques ou sur des difficultés techniques ou pratiques. Le droit subjectif, la personnalité morale, la distinction des obligations de moyens ou de résultat, l'abus de droit, l'apparence de mandat ou de propriété, ou le mandat d'intérêt commun ont connu ces phases de grande densité en vase clos.

125 *Un mouvement propre du savoir* ◇ L'explication de ce qui pourrait ressembler à une sorte de suivisme, en évoquant un manque d'imagination, voire d'audace, varie selon les cas. Ce qui est sûr, c'est qu'il s'agit rarement d'une simple réponse à un besoin. Ces efforts concentrés ne font ordinairement pas suite à l'apparition d'une difficulté nouvelle. Une préoccupation commune dont l'origine est d'ordre idéologique inspire un type de questions qui en confirment l'importance et la pertinence, qui l'affinent et la précisent. Le découpage historique accuse parfois les traits du phénomène. Après une période où les articles et ouvrages se multipliaient pour examiner les différents aspects, les fondements et les conséquences d'une notion, d'un principe, une autre suit où les critiques, les remises en cause semblent se répondre. Il n'y a pas toujours de changement extérieur, de variation des circonstances, des dispositions légales ou des positions jurisprudentielles pour expliquer l'engouement que suscite une tendance après l'autre.

§ 2. Appréciation de l'état d'un savoir

126 *Hiérarchie des états du savoir* ◇ C'est souvent par rapport à un événement que s'apprécie le changement caractéristique de l'état du savoir : il peut être de plusieurs sortes. Parfois, c'est une découverte; ce peut être une théorie nouvelle; c'est aussi souvent une reconstruction théorique. Avant et après, la pénicilline, médicament-clé, l'ADN qui n'est plus un acide, mais devient le symbole de l'humain, avant et après l'atome ou la théorie darwinienne de la complexité croissante des organismes monocellulaires devenant des mammifères, avant et après la Renaissance, l'état du savoir n'est pas comparable. Parce qu'ils sont de natures différentes, ces événements affectent diversement l'état du savoir. L'un paraît révéler un aspect ignoré de la réalité; l'autre semble changer sa vision et le regard, ce qui est vu et la façon de le regarder; un autre recompose, reconstruit le corps antérieur des connaissances.

Le découpage des périodes antérieure et postérieure fait apparaître une hiérarchie : l'état du savoir a changé pour s'améliorer notablement, progresser, changer de mesure.

127 *Une hiérarchie nécessaire ?* ◇ Sous cette histoire qui se raconte, y a-t-il une réalité définissable et repérable que désignerait l'expression « état du savoir » ? À défaut, l'idée même de progrès du savoir pourrait bien apparaître fragile. Elle est pourtant fort présente, au point de paraître indissociable de l'idée de science ou de savoir. S'il n'accumule pas les connaissances, en en ajoutant sans cesse de nouvelles, au moins semble-t-il les corriger, les compléter, les nuancer, les épurier.

128 **Le sommet de la hiérarchie** ◇ Les sciences aujourd'hui consacrées et reconnues pour leur réussite dans l'ordre de la connaissance et de ses applications ont atteint un état qui ne pourrait être décrit comme simplement satisfaisant. Des découvertes spectaculaires, saluées par les savants, par les historiens, par les philosophes, mais aussi par la presse, voire par le public, semblent les avoir définitivement placées au-delà d'une frontière que d'autres savoirs rêvent encore de franchir.

129 **L'exception juridique** ◇ Le savoir juridique est-il dans un état satisfaisant ? A-t-il connu des périodes de meilleure qualité et des périodes de moindre richesse ? Ces questions ne sont pas posées. Il semble admis qu'à aucun moment, ce savoir n'a failli ; il a toujours recouvert et porté tout son objet qui s'absorbe en lui et se confond avec lui. Il y eut des périodes où certaines catégories de décisions étaient davantage publiées, les arrêts de cours d'appel par exemple. Le recours aux procédés informatiques a augmenté le nombre des décisions disponibles. Nul ne semble y avoir l'occasion ou la manifestation d'une amélioration du savoir. Et pourtant, beaucoup admettent que le savoir juridique inclut, à l'évidence, la connaissance de la jurisprudence.

Le savoir juridique serait-il d'une qualité constante ? Il faudrait supposer que rien ne peut l'altérer, l'appauvrir ou l'enrichir. L'histoire infirme l'hypothèse. Le savoir juridique a subi les méfaits de l'erreur et de son inaptitude à la corriger. Les exemples abondent. S'y ajoutent toutes les incertitudes persistantes sur les qualifications, les définitions, le domaine des règles ou leur portée.

130 **Retour au sort commun** ◇ Chaque fois qu'une théorie est retenue, consacrée, au détriment d'autres qui sont dites erronées, un progrès du savoir est supposé réalisé. Peu importe que l'hypothèse puisse être erronée, qu'elle puisse être reconnue telle immédiatement ou non : ce qui est clair, c'est qu'elle traduit la double conviction d'une distinction entre le droit et le savoir juridique, avec une possibilité de décalage, et celle d'une possible amélioration de ce savoir, par affinement, rectification ou enrichissement. La preuve en est que, dans d'autres circonstances, l'auteur d'une proposition la présente, non comme une amélioration du savoir juridique, mais comme une modification du droit ; c'est l'équivalent d'une réforme législative qu'il appelle de ses vœux lorsqu'il estime que le droit en vigueur, tel qu'il est supposé établi, ne permet pas d'accueillir la solution préconisée. Entre changement du droit et changement du savoir juridique, la nuance est souvent ténue ; la frontière semble pourtant exister, correspondre à quelque chose dans l'esprit des juristes. Ils savent jusqu'où ils peuvent aller dans l'inférence, dans l'interprétation ; au-delà, ils avouent leur impuissance et reconnaissent que la question n'est plus

de l'ordre du savoir (de la connaissance du droit), mais de celui du pouvoir (de la formation du droit).

131 **La nullité du contrat (un exemple)** ◇ La théorie de l'annulation judiciaire du contrat peut illustrer ce propos. Un auteur qui admet l'existence d'une « opposition fondamentale » entre nullités absolues et nullités relatives, entend demeurer dans l'ordre du savoir, en indiquant que « pour en faire apparaître le sens et la portée, il est nécessaire de modifier très sensiblement la présentation qu'en donnait la doctrine classique »¹. Son entreprise est de clarification ; sans rien changer aux dispositions légales et aux positions judiciaires, il recherche des notions qui ne soient pas « purement verbales » et des distinctions qui ne soient pas « arbitraires »². Soucieux de rigueur et de cohérence, il s'enquiert du « sens et (de la) portée véritables de la distinction entre nullité absolue et nullité relative »³. Pour les découvrir, il récuse l'analyse de cette mesure judiciaire comme « un état particulier de l'acte qui en est affecté »⁴ : il avance une autre théorie qui correspond tellement à la réalité que ne pas la « suivre » condamnerait à l'illogisme⁵. L'invention de cette autre théorie a donc bien correspondu à une amélioration : l'état du savoir juridique après Japiot à qui elle est attribuée est préférable à ce qu'il était avant. Des notions plus pertinentes et signifiantes, des distinctions éclairantes et cohérentes ont pris la place des erreurs antérieures. Il n'est pas abusif d'écrire que le savoir juridique est désormais plus proche du droit, du moins dans l'opinion du défenseur de la théorie nouvelle.

132 **Autres exemples** ◇ L'exemple n'est nullement isolé. Un autre auteur passe en revue les théories de la cause dans le contrat, les différentes analyses proposées par ses prédécesseurs, avant de citer maints extraits de décisions judiciaires⁶. C'est qu'il se donne pour tâche de proposer des définitions, des critères, des distinctions aussi proches que possible de ce qu'il tient pour le droit positif. Il s'efforce de rapprocher l'état du savoir juridique du droit en vigueur : l'amélioration recherchée se situe bien dans l'ordre de la connaissance.

Alex Weill, en distinguant l'effet du contrat et son opposabilité, le Professeur Philippe le Tourneau, en substituant l'adage « *In pari causa turpitudinis...* », Christian Mouly, en distinguant les obligations de couverture et de règlement de la caution, ont raisonné de même. Il n'importe

1. J.-L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, vol. 1, *L'acte juridique*, Paris, A. Colin, 9^e éd., 2000, n° 324, p. 230.

2. J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, n° 327, p. 232.

3. J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, p. 232 : intitulé du § 2.

4. J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, n° 325, p. 230 et 327, p. 232.

5. J.-L. Aubert et E. Savaux, *op. cit.*, n° 334, p. 237.

6. J. Ghestin, *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 1993, not. p. et s.

qu'aucun procédé infaillible de vérification ou de réfutation n'apparaisse disponible. Il n'importe que ces propositions, primitivement audacieuses et originales, aient pu influencer les positions judiciaires au point d'être, non pas confirmées, mais rattrapées par le droit. Au moment où elles ont été émises, formulées, défendues, discutées, c'est leur correspondance au droit positif qui inspirait les positions de leurs promoteurs, défenseurs et détracteurs.

133 *La préoccupation de la qualité du savoir juridique* ◇ S'il en est ainsi, c'est donc qu'à un certain moment, dans un certain domaine, le nombre des notions, qualifications, critères, distinctions, artificielles, verbales et vides de sens, ou incohérentes, peut être plus ou moins élevé. L'état du savoir juridique peut, par conséquent, être plus ou moins satisfaisant. Il peut requérir plus ou moins d'efforts, de réflexions nouvelles, de remises en cause des précédentes.

Il ne serait pas illégitime de se préoccuper de favoriser le développement des travaux théoriques là où le besoin s'en fait davantage sentir. Il y aurait lieu de rechercher les raisons de leur tarissement partiel ou généralisé. Il serait prudent de se demander si telle formation donnée aux juristes, si telle idéologie ou philosophie œuvrent ou non dans le bon sens. De telles considérations sont manifestement étrangères à ceux qui se chargent de déterminer des programmes et des modalités d'enseignement : ont-ils au moins conscience de leur rôle et de leur responsabilité ?

SECTION 4. L'EXPRESSION DU SAVOIR

§ 1. Les supports

134 *L'état du savoir dans les publications juridiques* ◇ Pour apprécier l'état du savoir juridique, il ne serait pas impossible d'examiner les indices qu'offrent les caractéristiques des publications. Chaque année, des milliers de pages fournissent des informations de toutes sortes dans le *Journal officiel*, dans le *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation*, dans le *Recueil des arrêts du Conseil d'état*, dans les revues privées hebdomadaires, mensuelles, trimestrielles, annuelles, dans les traités, manuels, guides, répertoires, thèses, monographies. Le nombre de ces publications, celui des caractères imprimés serait un signe à commenter. À supposer par exemple qu'ils aient notablement augmenté au cours des dernières décennies, il pourrait être pertinent d'en rechercher les causes. La complexité accrue du droit, l'augmentation de la production législative et du nombre de décisions rendues ne peuvent être négligées ; il reste que le savoir lui-même, sa composition et ce qui est attendu de lui peuvent également avoir changé.

Le contenu des publications est aussi à étudier. La place faite à la législation, aux décisions juridictionnelles, aux textes réglementaires, à leurs commentaires, aux synthèses critiques est significative. Elle révèle notamment le genre d'informations dont le juriste est supposé avoir besoin, et que les auteurs d'une revue juridique estiment devoir fournir à leurs lecteurs.

135 *Des publications révélatrices* ◇ Il y a de multiples genres de publications juridiques. Certaines occupent une position à part en raison des fonctions qu'elles tendent à remplir, par les motifs de leur publication. Les traités n'ont pas une conception invariable. Toullier, Marcadé, Demolombe, Aubry et Rau ont donné, à leurs œuvres, un style. Huc, Beudant, Planiol et Ripert en ont choisi un autre et leurs successeurs ne les ont pas imités servilement. L'usage qui a été, est et sera fait de ces traités change. Il y aurait lieu d'essayer de savoir avec une certaine précision qui sont leurs lecteurs. Les avocats ont-ils les mêmes références que les magistrats ? Qu'attendent-ils de la doctrine universitaire ? Les thèses de doctorat des années 1900-1930 ne répondaient sans doute pas exactement aux mêmes canons que celles des années 1970-2000. Leurs auteurs avaient peut-être d'autres ambitions et obéissaient à des sollicitations et contraintes différentes. Si le chef-d'œuvre qui était un essai se transforme en une œuvre achevée, c'est sans doute que les qualités attendues de son auteur ne sont plus les mêmes.

136 *Les caractéristiques des publications* ◇ Parmi les revues, de multiples bouleversements sont intervenus¹. Certaines ont disparu ; l'échec commercial pourrait être celui d'un style et intéresserait alors l'analyse du savoir. D'autres ont changé plus ou moins profondément. De nouvelles rubriques apparaissent et se développent au détriment de plus anciennes. La place occupée par les différentes catégories de juristes varie. Avocats, magistrats, universitaires peuvent traiter de sujets différents, avec des intentions différentes, sur un ton différent. Les thèmes et occasions de leurs publications ne sont pas nécessairement en l'an 2000 ce qu'ils étaient en 1950. Leur rôle et leur statut social se traduisent dans des prises de position plus ou moins spectaculaires, plus ou moins solennelles.

Il n'est pas non plus indifférent que les revues spécialisées se multiplient. Ce pourrait être le signe d'une séparation plus marquée des différentes disciplines, d'un isolement des fonctions et professions ; le savoir juridique pourrait y perdre son unité, sa cohérence et l'ampleur requise pour alimenter les transpositions, les analogies ; une déperdition d'informations pourrait en résulter.

1. M. Grimaldi, « Quelles revues pour le XXI^e siècle ? Les attentes du notariat », *Rép. Defrénois*, 2002, art. 37.555, p. 707.

137 *Traitement de l'information* ◇ À l'évidence, le mode de traitement de l'information livre également l'idée que les éditeurs se font de la façon de travailler des juristes. Ils peuvent, sous réserve des contraintes de fabrication, de commercialisation et de rentabilité, mettre à leur disposition l'information brute, le texte intégral de la loi et des décisions juridictionnelles, ou une sorte de présentation résumée. Les lecteurs des revues juridiques peuvent y rechercher des exemples, des questions, des raisonnements, des réponses.

138 *Les codes* ◇ Les changements intervenus dans la présentation des codes mériteraient à eux seuls l'analyse. Entre le code nu des années 1850, celui que complétaient quelques références aux arrêts les plus importants des années 1950 et les véritables traités-répertoires des années 2000, que s'est-il passé ? Les juristes français ont peut-être moins de temps à consacrer à la recherche de l'information. Surtout, ils ne ressentent sans doute plus le besoin de l'analyse des motifs et du commentaire théorique.

Le savoir juridique a changé. Le phénomène n'est ni inexplicable, ni indifférent, ni même irréversible. L'épistémologie juridique pourrait l'éclairer utilement. Elle aurait à examiner le langage et la langue dans lesquels s'exprime le savoir juridique.

§ 2. La langue

139 *Langage et pensée* ◇ La menace devrait être connue depuis Wittgenstein; à concevoir le sens et le signe comme distincts, toute théorie philosophique « mécomprend le rapport du langage et de la pensée »¹. Parce que la langue dans laquelle le savoir juridique est exprimé et véhiculé n'est pas formalisée, parce qu'elle dépend d'une culture, d'une formation, d'une histoire, une question préalable se pose. Les termes utilisés pour désigner les notions et principe, voire pour les définir, ont-ils un sens fixé, un sens vrai à respecter pour en user correctement ? Faut-il tenir compte, au contraire, de divergences, de nuances fréquentes, probables, voire inévitables entre l'auteur et ses auditeurs ou, pire, ses lecteurs successifs ? Le juriste de 2002 qui lit, à l'article 578 du Code civil ou à l'article 1110, le mot « substance », ne paraît guère pouvoir entendre les mêmes idées, percevoir les mêmes images qu'un lecteur de 1804; leurs formations générales, littéraires, philosophiques diffèrent trop évidemment. Le langage n'est pas un simple moyen et son pouvoir est considérable². S'il était un instru-

1. D. Nicolet, *Lire Wittgenstein. Études pour une reconstruction fictive*, Paris, Aubier, 1989, p. 21.

2. M. Heidegger, *Qu'appelle-t-on penser ?*, Tübingen, Max Niemeyer V., 1954, Paris, PUF, traduction A. Becker et G. Granel, p. 155. - M. Heidegger, *Approche de Hölderlin*, Frankfurt, 1951, V. Klostermann, Paris, Gallimard, 1962, 1973, traduction H. Corbin, M. Deguy, Fr. Fédier et J. Launay, p. 47-48. - M. Heidegger, *Introduction à la métaphysique*, (1935), Tübingen, Max Niemeyer V., 1952, Paris, PUF, 1958, Gallimard, 1967, traduction G. Kahn, p. 26, 62, 176-177 : « Les mots et la langue ne sont pas de petits sachets dans lesquels les choses seraient simplement enveloppées pour le trafic des paroles et des écrits. »

ment, il tiendrait du violon qui a sa chaleur et sa couleur, dont le son dépend des matériaux qui le composent, de la température et de l'hydro-métrie, mais aussi du talent du facteur, comme de celui du violoniste et, en toute hypothèse, n'est jamais perçu et entendu comme il est émis.

Même à une époque commune, deux lecteurs ne sont pas nécessairement préparés à donner un seul sens déterminé à chaque mot employé. Pour l'un, le mot personne renvoie principalement à l'être humain et à sa spécificité; l'autre pense surtout à l'identité individuelle; un autre encore songe à une volonté qu'il conçoit comme autonome; une autre peut-être croit en la neutralité d'un terme qu'il emploie comme synonyme de sujet de droit.

140 *Une langue indéterminée ?* ◇ L'hypothèse d'une relative indétermination de la langue juridique, d'une malléabilité de ses termes, d'une divergence potentielle entre ce que le juriste croit dire, ce qu'il pourrait dire et ce que tel autre juriste entend ou croit comprendre, a quelque chose d'hérétique, d'inacceptable. Le positivisme, la théorie des sources du droit, le pouvoir du législateur supposent une langue maîtrisée, des mots définis. Si l'instrument prend son autonomie et gouverne l'utilisateur, il change de nature; il condamne toute prétention à la reconnaissance d'un pouvoir exclusif d'habiliter une autorité déterminée à poser des règles dont le sens serait déterminé par leur auteur.

Pourtant, il suffit d'avoir assisté à une discussion entre deux juristes de spécialités, d'expériences ou de formations différentes, pour être convaincu de l'intérêt de l'hypothèse. Sans même aller jusqu'à raisonner sur l'opposition fréquente entre publicistes et privatistes, il faut songer au débat entre un spécialiste des baux d'habitation et un praticien du bail commercial, entre un avocat qui a plaidé pendant des années sur la loi du 1^{er} septembre 1948 et un autre qui a bataillé seulement sur le droit civil commun ou sur les législations des années 80, entre un civiliste versé dans le droit commun et un maître du droit de la faillite, entre un magistrat et un avocat, voire entre un universitaire et un praticien,...

Il n'importe qu'ils ne parlent pas de la même chose. Ils se situent dans des mondes différents; leurs déductions sont autres et les mots employés changent de sens, notamment parce qu'ils prennent place dans des ensembles reconçus. Qu'ils relèvent d'un emploi populaire, commun, littéraire, technologique, administratif ou juridique, « les mots sont des moyens de communication très imparfaits; bien souvent, ils dissimulent au lieu de manifester... »¹. Et les conséquences de cette imperfection s'aggravent : « ce qui, par-dessus tout, fait défaut à notre temps, c'est la communauté des valeurs qui seule pourrait fonder le langage d'une culture unitaire dans chaque pays comme entre les nations »².

1. G. Gusdorf, *La parole*, PUF, 1952, 1998, p. 76.

2. G. Gusdorf, *op. cit.*, p. 123.

141 **Langue et langage** ◇ La linguistique générale pourrait venir à l'appui de l'hypothèse. Ferdinand de Saussure définit la langue comme « un système de signes exprimant des idées... un système de pures valeurs que rien ne détermine en dehors de l'état momentané de ses termes »¹ et la fonde sur le consensus social, sur « une sorte de contrat passé entre les membres de la communauté »², ce qui la rend « indépendante de l'individu »³.

Il suppose « un dictionnaire dont les exemplaires, identiques, seraient répartis entre les individus, ... somme d'empreintes déposées dans chaque cerveau »⁴; c'est pourquoi, il insiste sur l'importance de la distinction entre la langue qui est sociale et le langage irréductiblement individuel. L'absence de pouvoir de chacun des utilisateurs sur les signes⁵ est ici hors de cause. Ce qui importe, c'est de savoir s'il existe, pour chaque mot, un seul sens tenu pour vrai et si, dans l'emploi au moins dominant, ce sens est fidèlement respecté. Deux juristes français contemporains dissertant d'un contrat parlent-ils de la même chose si le premier a à l'esprit la doctrine fondée sur l'autonomie de la volonté, tandis que l'autre connaît ses détracteurs, ceux qui en combattent les excès ou ceux qui la tiennent pour étrangère au droit positif ou encore ceux qui s'efforcent d'analyser une réalité, une opération, une affaire convenue et exécutée dans des circonstances, avec des besoins et intérêts fort concrets ?

142 **Variabilité du sens des mots** ◇ Lorsqu'il étudie les rapports entre les mots dans le discours et dans la mémoire, Ferdinand de Saussure ménage une place importante pour ces coordinations qui « font partie de ce trésor intérieur qui constitue la langue chez chaque individu »⁶.

Les changements de sens que connaissent les mots⁷ ne sont pas seulement des phénomènes sociaux. Ils existent dans le discours d'un seul et dans le dialogue, discussion amicale ou débat professionnel. Ils sont inévitables : « bien loin que l'objet précède le point de vue, on dirait que c'est le point de vue qui crée l'objet et d'ailleurs rien ne nous dit d'avance que l'une de ces manières de considérer le fait en question soit antérieure ou supérieure aux autres »⁸. Comme le linguiste peut découvrir, sous le mot prononcé, des « choses parfaitement différentes », le juriste met sous des termes apparemment connus et déterminés des réalités, des idées différentes. Heidegger offre l'exemple révélateur des mots « nature » et

1. F. de Saussure, *Cours de linguistique générale*, publié par Ch. Bailly et A. Séchéhaye, avec la collaboration de A. Riedlinger, édit. Critique de T. de Mauro, postface L.-J. Calvet, Paris, Payot, 1916, 1995, p. 33 et 116.

2. T. de Mauro, introduction à F. de Saussure, *op. cit.*, p. XIII. - F. de Saussure, *op. cit.*, p. 31.

3. F. de Saussure, *op. cit.*, p. 37.

4. F. de Saussure, *op. cit.*, p. 38.

5. F. de Saussure, *op. cit.*, p. 101, 104.

6. F. de Saussure, *op. cit.*, p. 171.

7. F. de Saussure, *op. cit.*, p. 24, 108, 179, 194, 198 et s., 231.

8. F. de Saussure, *op. cit.*, p. 23.

« naturel »¹ : qui peut croire un instant que chacune de leurs utilisations renvoie à une même signification ?

L'une des raisons de ces variations de sens procède de l'usage routinier auquel la langue est soumise dans le langage de chacun. Emile Benveniste le soulignait, à propos des locutions performatives courantes : « tombées au rang de simples formules, elles doivent être ramenées à leur sens premier pour retrouver leur fonction performative »². Des termes, comme contrat, propriété, nullité, ... n'ont-ils pas besoin d'être « ramenés à leur sens premier » ? Ce qui est sûr, c'est que, dans maints débats juridiques, ce sens transparait chez l'un tandis qu'il est oublié chez l'autre qui en laisse de plus récents le guider.

143 **Histoire et complexité** ◇ Le phénomène a ses causes dans le temps et dans la complexité. Chaque mot, même s'il est présenté comme technique et défini, comme une qualification, a une histoire.

Il ne peut en sortir indemne. Ce qui en émerge n'est pas un seul sens pur, précisément arrêté, clairement dégagé des déterminations et hésitations antérieures. Quelque chose des expériences, idéologies et influences passées demeure. Le phénomène trouve là une première cause. Ce sont rarement des faits précis; une histoire se réécrit et se compose comme une « belle histoire » qui se raconte et nourrit le souvenir. Il n'y a aucune raison d'imaginer que cette réécriture donne nécessairement et à toute époque un même résultat dans tous les esprits. Force est de tenir compte de la formation, de la mémoire, des centres d'intérêt, de la culture et de la vie de chacun. Ni les influences, ni les associations³ ne sauraient être identiques et constantes.

La deuxième cause de la pluralité de sens, divergences ou nuances, tient à la double complexité de la langue⁴. En premier lieu, elle met en œuvre une grande quantité de mots dont le sens dépend de celui d'autres mots plus ou moins proches, parents, associés, opposés. En second lieu, ces mots sont porteurs de valeurs sujettes à des variations, à des influences multiples.

144 **La linguistique et les discours juridiques différenciés** ◇ La linguistique juridique des discours législatif, jurisprudentiel et coutumier distingue, de l'utilisation de la langue naturelle, leurs apports spécifi-

1. M. Heidegger, *Qu'est-ce qu'une chose ?*, Tübingen, Max Niemeyer V., 1962, Paris, Gallimard, 1971, traduction J. Reboul et J. Taminiaux, p. 49. - M. Heidegger, *Être et temps*, Tübingen, Max Niemeyer V., 1976, V. Klostermann, Frankfurt, 1977, Paris, Gallimard, 1986, traduction Fr. Vezin, d'après les travaux de R. Boehm et A. de Waelhens, J. Lauxerois et Cl. Roëls, p. 106-107, 153.

2. E. Benveniste, *Problèmes de linguistique générale*, t. 1, Paris, Gallimard, 1966, p. 271.

3. F. de Saussure, *op. cit.*, p. 171.

4. F. de Saussure, *op. cit.*, p. 116.

ques¹. Elle propose un classement des mots selon qu'ils sont étrangers ou non au seul vocabulaire courant. Les premiers doivent leur sort à leur absence de pouvoir d'évocation ou à leur « sens technique de précision » qui « empêche toute dérivation » parce que « le signifiant reste rivé à l'unique représentation intellectuelle d'une chose juridique spécifique »². La double appartenance de certains mots au vocabulaire juridique et au langage commun comporte bien des nuances. Certains ont un sens juridique principal et un sens secondaire dans la langue non spécialisée³.

145 **Une hypothèse forte** ◇ L'hypothèse primordiale est sans doute que la plupart des mots employés par les juristes ont, en général, un sens déterminé, clair, maîtrisé. Tout juriste s'y tiendrait et se reconnaîtrait à cette correction linguistique de son discours qui fait de lui un initié⁴. Il n'y aurait donc lieu à aucune distinction entre le droit et son langage, d'une part, le savoir juridique et le sien, d'autre part. Serait proprement juridique le savoir qui s'exprime dans la langue du droit.

146 **Limites de l'hypothèse** ◇ Pourtant, la nécessité de faire place à des sources non formelles⁵ réintroduit une possibilité de décalage. La doctrine travaille sur le savoir juridique. Elle use d'explications du droit qui ne sont pas de simples spéculations : elle émet des sentences, opinions consacrées qui font « partie intégrante du droit » et sont « une partie importante de la science du droit »⁶. La voie est aussi ouverte à l'invention doctrinale qui « prend le ton axiomatique pour expliquer ce qui est »⁷.

L'hypothèse d'une parfaite coïncidence des langages du droit et du langage du savoir juridique semble difficilement tenable face au double phénomène des polysémies interne et externe. La seconde qui découle de la double appartenance des mots aux langages juridique et commun est « une donnée linguistique de base »⁸. Elle est inéluctable. Elle tient notamment aux nombres comparés des signifiés et des signifiants : « la réserve des termes juridiques est définie, quand la création intellectuelle est indéfinie »⁹. Bien des termes ont plusieurs sens juridiques. Cette première polysémie qui est interne est fréquente : elle est « une marque essentielle du vocabulaire juridique »¹⁰. Elle s'accompagne d'ambiguïtés, d'indéterminations caractéristiques des notions-cadres ou standards¹¹.

1. G. Cornu, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 2^e éd., 2000, n^{os} 46 et 47, pp. 214-215. - G. Cornu, *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998, p. 315 et s.

2. G. Cornu, *Linguistique juridique*, n^o 16, p. 73.

3. G. Cornu, *op. cit.*, n^{os} 17 et s., p. 74 et s.

4. G. Cornu, *op. cit.*, n^o 48, p. 217 et n^o 54, p. 233.

5. G. Cornu, *op. cit.*, n^o 48, p. 217 et 218.

6. G. Cornu, *op. cit.*, n^o 108, p. 374.

7. G. Cornu, *op. cit.*, n^o 107, p. 369.

8. G. Cornu, *op. cit.*, n^o 19, p. 91.

9. G. Cornu, *op. cit.*, n^o 19, p. 93 et n^o 22, p. 108.

10. G. Cornu, *op. cit.*, n^o 20, p. 99.

11. G. Cornu, *op. cit.*, n^o 20, p. 95, 96.

147 **Définitions légales** ◇ L'exemple des définitions légales est particulièrement révélateur. Ce fut un conseil de méthode donné au législateur de ne pas prendre le risque de la définition; la fragilité de son pouvoir y apparaissait trop clairement. La directive est aujourd'hui oubliée. Pourtant, le risque demeure et se réalise. Il ne faut pas seulement « réserver la mise à l'épreuve, doctrinale ou prétorienne, de celui des sens que la loi a retenu; il s'agit aussi de réserver l'usage rémanent des sens que la loi n'a pas retenus »¹. Leur présence, leur puissance dépendent de la qualité du choix effectué par le législateur. S'il n'utilise pas un mot tout à fait nouveau, il ne peut guère espérer en imposer une définition qui heurterait trop ouvertement l'analyse de l'institution, telle qu'elle est consacrée dans le savoir juridique; celui-ci conserverait sa propre définition qui influencerait profondément l'interprétation des dispositions déterminant le régime de la notion.

C'est l'évidence pour les termes consacrés. Si le législateur définissait comme une propriété, comme un contrat ou comme une stipulation pour autrui ce qui n'en présente nullement les caractères, les juristes sauraient se libérer d'un tel embarras; ils ne se contenteraient pas d'en réduire la portée, mais le traiteraient comme une approximation, voire une simple image, ou encore une exception.

148 **Une langue non maîtrisée** ◇ Le savoir juridique a son langage qu'aucun pouvoir ne peut maîtriser. Ce langage porte les idées et propositions, non pas dans un sens indéterminé ou opposé à celui auquel songeait leur auteur, mais dans une direction quelque peu différente. Des sens enfouis ressurgissent après quelques années et l'emportent sur ceux qui avaient été recherchés, retenus et mis en avant. François Gény l'avait éprouvé à ses dépens. Le mot « science » qu'il avait défini d'une manière originale, pour donner une chance à un jus-naturalisme qui survivrait à la révolution copernicienne de Kant, en y introduisant un donné rationnel et un donné idéal, a été plus fort que lui; il a porté une sorte de scientisme juridique prétendant soumettre le savoir juridique aux régularités constatées dans l'observation des faits.

Le phénomène de sédimentation² agit en ce sens; mais son incidence est plus large et plus profonde : elle excède les limites du seul vocabulaire.

149 **Une langue aux multiples sources** ◇ Le savoir juridique ne s'exprime pas dans un vocabulaire unifié. Une part vient des dispositions légales et réglementaires et une autre part du langage commun. Des emprunts sont inévitables au langage technique ou scientifique. Pour une dernière part, le vocabulaire est propre au savoir juridique. Il peut être ancien ou récent,

1. G. Cornu, *op. cit.*, n^o 22, p. 110.

2. V. *infra* Partie 2, titre 2, chapitre 2.

rattaché à une proposition théorique ou d'origine inconnue. Il peut être d'usage très général ou limité à un domaine du droit. Il peut n'avoir qu'une vertu évocatrice ou fonder une qualification.

- 150 *Une langue aux multiples langages* ◇ La signification des termes mis en œuvre varie d'un utilisateur à l'autre, d'un lecteur ou d'un auditeur à l'autre. Tel juriste leur donne un sens chargé d'histoire, notamment de l'expérience juridique, de la tradition qui peut remonter à Rome. L'un s'est informé d'une science ou d'une technique particulières, biologie, génétique, informatique, ... L'autre se cantonne dans l'approximation que paraît autoriser la distance inévitablement maintenue entre le sens originnaire du mot et sa signification juridique¹.

Ces différences accroissent l'incertitude et favorisent la controverse. Elles ne sont pas illégitimes en elles-mêmes. Il n'est pas sûr que le sens scientifique ou technique, rigoureusement défini, puisse et doive être transposé tel quel dans le domaine juridique.

- 151 *Les termes dits techniques* ◇ Les termes proprement juridiques ne sont pas à l'abri de ces variations qui sont plus que des nuances.

Le Code civil emploie le mot *dol* aux articles 783, 1116, 1255, 1353, 1967, mais aussi 1150. La plupart de ces dispositions vise la formation d'un acte et la décision qui y a présidé; les opérations affectées par le *dol* sont de natures extrêmement diverses. Leur analyse et leur présentation ne gagneraient peut-être rien à une unification des définitions des *dols* dont elles sont l'occasion; les ressemblances et emprunts n'excluent pas la diversité. L'article 1150 relève de la période d'exécution du contrat et, plus précisément, de la méconnaissance de l'engagement contracté. La césure habituellement marquée entre formation et exécution du contrat suffit sans doute à justifier ici des divergences importantes; au moins, n'y aurait-il aucune contradiction à admettre comme dolosive une attitude qui n'aurait pu justifier l'annulation du même contrat en application de l'article 1116.

- 152 *Sens et contexte* ◇ La reconnaissance du sens du mot ne se limite pas à cette recherche du terrain sur lequel il a dû prendre racine. Le *dol* de l'article 1116 est défini en tenant compte de sa position dans l'ensemble des vices du consentement. L'expression n'est pas consacrée par le Code et l'unité des qualifications qu'elle rassemble pour les besoins de l'exposé est douteuse. L'erreur s'apprécie seulement dans son incidence sur la volonté de qui la commise, tandis que *dol* et violence sont aussi des délits

1. D. de Béchillon, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? », *RTD civ.* 2002, 48, note 1 : sur l'expression « dignité de la personne humaine ».

caractérisés par l'attitude de leur auteur. Dans cet ensemble, la parenté des deux délits est ainsi aisée à souligner. Elle conduirait, dans la définition du *dol*, à rechercher principalement les traits déterminants d'une pression anormalement exercée sur l'autre partie; il y aurait *dol* à profiter, par exemple, d'une situation réduisant notablement sa liberté de ne pas contracter ou de refuser telle ou telle charge insupportable. L'ordre des dispositions légales qui séparent nettement le *dol* de l'erreur, en insérant la violence entre eux, serait en ce sens. Pourtant, le rapprochement des deux délits des articles 1111 à 1115 (violence) et 1116 (*dol*) n'a connu qu'un temps. Dans le savoir juridique contemporain, le *dol* est présenté comme une forme d'erreur dont la particularité est d'avoir été provoquée par l'autre partie. La conséquence précise de la liaison ainsi instaurée est connue : il est enseigné que, sans erreur, il ne saurait y avoir *dol*.

Nul ne doute, semble-t-il, que cette condition imposée au demandeur en annulation ne soit de droit positif. Elle appartient bien plutôt au savoir qui s'est développé à son propos. Elle n'est sans doute pas étrangère à l'influence exercée par la théorie de l'autonomie de la volonté. Elle va au-delà des exigences légales et sa consécration, peut-être provisoire, dans certains arrêts de la Cour de cassation, rendus dans des espèces déterminées, ne saurait valoir détermination du seul droit applicable.

- 153 *Le champ d'argumentation* ◇ Ce que l'exemple montre, c'est l'importance du champ¹ à l'intérieur duquel l'exposant place son discours. « Les critères ou types de justifications nécessaires à défendre une... conclusion varient d'un champ à l'autre »² et « tous les canons de la critique et de l'évaluation des arguments sont en pratique dépendants du champ »³. Toulmin définit le champ d'argumentation en fonction du type logique auquel appartiennent les fondements ou les conclusions⁴. Le vocabulaire juridique inclut ces critères ou types de justifications et ces canons de la critique ou de l'évaluation des arguments. Qui parle du consommateur choisit, par là, ses armes, ses arguments; il renonce à l'exégèse de dispositions qui ne s'y prêtent guère, à l'analyse littérale, comme au raisonnement par analogie.

Plus encore, ce vocabulaire contribue directement à la définition du champ lui-même. La référence aux obligations de moyens ou de résultat se range sous la bannière de la dite « responsabilité contractuelle »; pour revenir à l'appréciation des dommages et intérêts dus en cas d'inexécution du contrat, il lui faudrait un coûteux effort.

1. M.-L. Mathieu-Izorche, *Le raisonnement juridique. Initiation à la logique et à l'argumentation*, Paris, PUF, 2002, not. p. 127 et s.

2. St. Toulmin, *Les usages de l'argumentation*, Cambridge Univ. Pr., 1958, Paris, PUF, 1993, traduction de Brabanter, p. 43. - Comp. p. 74, 310.

3. St. Toulmin, *op. cit.*, p. 45.

4. St. Toulmin, *op. cit.*, p. 17.

154 *Le langage commun* ◇ Le recours au langage commun n'est pas moins ambigu. Bien des termes dans lesquels s'exprime le savoir juridique en viennent ou y pénètrent.

Leur emploi pour exposer l'état du droit positif n'emporte aucune épuration nécessaire, aucune précision accrue. C'est dire qu'en cherchant à décrire une conséquence de telle ou telle disposition légale, le juriste emporte, sous ces mots apparemment innocents, une terre qui peut être fort riche et féconde, mais qui ne produira pas seulement ce qu'il en attendait.

Le passage d'un mot commun dans le langage juridique ne garantit nullement qu'il s'est soumis à la « volonté du législateur ». Nul n'en a acquis la maîtrise. Même son sens juridique reconnu et déterminé ne domine pas nécessairement ses significations implicites enfouies dans l'usage commun.

155 *Des instruments dociles ?* ◇ Les termes fondamentaux du langage juridique le plus rôdé et le plus éprouvé n'échappent nullement à cette ambiguïté. La propriété, le contrat, l'obligation en sont affectées.

Le savoir qui se développe autour du régime juridique de la propriété, par exemple, ne peut échapper aux chemins que tracent devant lui les indications de tendances contenues dans les idées communes d'appropriation, de propriétés des choses, de propriété familiale, et encore dans les influences exercées par des théories économiques, philosophiques ou politiques simplifiées et affadies.

Le positivisme légaliste inclinerait à penser que les mots de la loi disent seulement ce que le législateur a voulu leur faire dire et qu'ils ne sont dotés d'aucun pouvoir propre. Ces instruments se laisseraient docilement maniés, assurant ainsi le départ indiscutable entre le bon usage et l'erreur. L'interprétation demeurerait cantonnée dans l'espace nettement délimité par les termes imprécis ou contradictoires et par les conflits de normes.

156 *Mutations de sens* ◇ L'irruption de termes techniques ou scientifiques, qu'elle se produise dans un corps de règles anciennes ou à l'occasion de l'adoption de dispositions nouvelles, s'accompagne de déperditions de sens, de déformations, d'enrichissements. Il ne s'agit pas d'une transposition à signification constante. Lorsqu'il traite de gènes ou de greffes, d'empreinte génétique, de logiciels, de bases de données électroniques, le juriste ne se soumet pas simplement aux données acquises de la science et de la technique. Par conséquent, lorsqu'il reprend ces termes ou expressions, pour analyser les dispositions légales qui les emploient, il les informe et les nourrit en fonction des théories dans lesquelles il les insère, en fonction de ce qu'il sait et ignore.

157 *Pathologie ?* ◇ La multiplicité des sens qu'un mot peut prendre dans son usage, notamment dans une discussion, ne relève pas purement et simplement d'un manque de rigueur, d'une ignorance, de la pathologie du savoir. Le phénomène est sans doute embarrassant pour le positiviste, s'il prétend que le droit est le produit des décisions prises par l'autorité habilitée à poser des règles; si elle ne maîtrise pas la langue, il faut s'attendre à ce que les règles mises en œuvre diffèrent de celles qui avaient été conçues. Le droit se formerait ainsi spontanément pour une part au moins. Le phénomène peut encore être inquiétant s'il confine à la confusion, au « dialogue de sourds ».

158 *Thérapeutique* ◇ En elle-même, la multiplicité des sens est bénéfique. Ce qu'elle assure, c'est la diversité des points de vue. Elle libère la discussion et la réflexion critique. Elle tient prêtes les possibilités d'exprimer des opinions, positions, idées différentes. Qui ne veut pas croire que tout est clair par avance et que la réalité docile est prêt à se couler dans les catégories légales se félicite de voir que les controverses ne sont jamais closes, que des théories apparemment oubliées peuvent renaître. Le débat judiciaire a pour fonction majeure et irremplaçable de confronter les différents aspects que des points de vue divers révèlent et peuvent seuls révéler. Ce que des juges mal préparés à écouter des présentations divergentes d'une même histoire prennent pour des arguties destinées à les égarer, n'est que la série ouverte des exposés nécessairement et heureusement décalés d'une réalité qui n'a jamais été tout à fait la même pour toutes les parties. L'art cinématographique s'en est saisi en racontant, par exemple, la séparation de deux époux, telle que chacun d'eux l'a vécue; de ces points de vue, aucun n'est en lui-même plus vrai que l'autre et aucun ne recouvre toute la réalité.

Le dialogue des juristes évoque la conversation entre époux que décrit Claude Mauriac. C'est parce qu'ils ne savent pas ce qu'ils comprennent qu'ils peuvent s'entendre comme s'ils se comprenaient à demi-mot¹.

1. Cl. Mauriac, *La conversation*, Paris, Grasset, 1964, p. 96.

CHAPITRE 2

PERTINENCE ET VALEUR
DU DISCOURS SUR LE DROIT

- 159 *Données acquises du savoir juridique* ◇ Le savoir juridique semble bien avoir ses données acquises. Il y a ce qui ne se discute pas ou ne se discute plus : ce sont des points de départ ou de repère qui ne réclament aucune vérification. Leur rôle dans la constitution du raisonnement est considérable. Ces informations délimitent le champ à l'intérieur duquel se déploient la réflexion critique et l'interprétation; au delà, le discours perd sa pertinence et sa légitimité ou, au moins, change de nature. Le débat semblera non juridique; il pourra relever de l'économie, de la sociologie, de la morale, de la philosophie,..., mais le juriste pourra s'en désintéresser. S'il veut s'y engager, ce sera pour défendre une opinion éventuellement étayée, mais inéluctablement personnelle, étrangère à l'état du droit; proposer « *de lege ferenda* » une amélioration, ce n'est plus se référer à un savoir, avec l'intention de décrire le droit en vigueur.

L'existence de ces données acquises délimite, dans le raisonnement ordinaire « *de lege lata* », la part de la contrainte qui résulte de la réalité du droit : les méconnaître, c'est pour le praticien notamment sombrer dans l'insoutenable, voire dans l'erreur pure et simple.

- 160 *Le mécanisme de l'acquisition des données* ◇ La distinction des propositions fondées en droit « *de lege lata* » et des thèses émises « *de lege ferenda* » paraît nette : une frontière infranchissable séparerait les deux registres et si quelque chose existe qui peut être désigné comme droit positif, il faut qu'il en soit ainsi. Il n'y aurait pire confusion que de passer inconsciemment ou insidieusement d'un registre, celui du rêve ou de l'espoir, à l'autre, celui de la réalité. Quels que puissent être les intérêts et avantages de la solution préconisée, de la réforme proposée, elle ne saurait être consacrée sans méconnaître l'état du droit.

Une telle affirmation n'a de sens que si l'état du droit peut être déterminé comme tel.

Le juriste l'admet-il ? Il semble bien, en effet, exclure certaines propositions qui lui paraîtraient prendre trop de libertés avec le droit positif. La ligne de démarcation entre cet objet de son savoir et l'espace de choix que lui laissent les données acquises est pourtant incertaine. Les raisons qui rendent telle opinion insoutenable en l'état du droit ne sont pas toujours parfaitement claires.

Elles dépendent largement du niveau de généralité auquel se développe le discours et de l'objet qu'il se donne. S'il porte sur les règles consacrées, la marge de manœuvre est souvent restreinte. Il n'apparaît pas possible de prétendre que telle règle n'est pas de droit positif : une disposition légale ou une tradition que rappellent de multiples décisions et commentaires l'y installent. Même dans ce cas, la discussion s'ouvre sur la portée de la règle, sur sa signification, sur son domaine plus encore. Ce dernier est toujours incertain, puisqu'il ne pourrait être déterminé qu'au vu de toutes les espèces susceptibles de donner lieu à la mise en œuvre de la règle.

Dès que le débat s'instaure au plus près des circonstances concrètes, il n'y a plus de droit établi; la discussion est toujours possible. L'établissement du droit positif laisse davantage encore place à l'incertitude.

- 161 **L'objet du savoir** ◇ « Ce que nous appelons connaissance dépend aussi de ce que nous appelons « parvenir à connaître », ou apprendre; de notre capacité, par exemple, à identifier, classer ou discriminer différents objets les uns par rapport aux autres »¹. Il y a maintes façons de consulter un code ou un recueil de jurisprudence. Du survol à l'analyse rigoureuse, de la plongée gourmande dans les subtilités et nuances du langage, des sources historiques, des fondements, à la collecte des recettes, la distance est considérable. Est-ce seulement affaire de tempérament, de culture... ?

Le juriste qui a le souci de l'efficacité sait que pour justifier sa position, il a intérêt à user de telle donnée plutôt que de telle autre. Il s'appuie sur ce qu'il croit admis sous la désignation « état du droit »; il donne à son savoir un objet déterminé et qu'il estime lui être largement imposé.

- 162 **Un savoir sans réponses ?** ◇ Les commentateurs du Code civil de 1804, bien avant d'être appelés les exégètes, avaient appris à interroger les textes, à en déceler les failles, à s'engouffrer dans leurs ouvertures, à emprunter leurs pistes, à les enrichir, à les nuancer, à poser des questions. Quelques décennies plus tard, Jean-Charles-Florent Demolombe², baptisé par dérision « le prince de l'exégèse », encourra le reproche d'avoir abusé des points d'interrogation et d'écrire comme l'avocat plaide; simultanément, d'autres lui reprocheront d'enseigner comme un « pur » professeur, ignorant de la réalité, voire du contentieux. C'est un signe révélateur de la richesse de ses observations et de la multiplicité des points de vue qu'il veille à confronter. Le savoir qu'il expose pourrait bien s'appuyer sur une autre délimitation du juridique, sur d'autres divisions

1. St. Cavell, *Les voix de la raison. Wittgenstein, le scepticisme, la moralité et la tragédie*, 1979, Oxford Univ. Pr., Paris, Seuil, 1996, traduction S. Laugier et N. Balso, p. 47.

2. Professeur et doyen de la Faculté de droit de Caen, il fut aussi avocat à la Cour impériale de cette même ville et bâtonnier (1804-1887). – V. J. Musset, « Un célèbre juriconsulte caennais du XIX^e siècle : Demolombe », *RTD civ.* 1995, 85.

et unités. Il pourrait bien impliquer d'autres fondements, sources et repères.

S'il en était ainsi, ces considérations ordinairement tenues pour indifférentes pourraient prendre une importance insoupçonnée. En faire l'objet de questions explicites donnerait l'occasion de repérer les mouvements du savoir juridique et de s'interroger sur son éventuelle maturité.

SECTION 1. LA DÉLIMITATION DU JURIDIQUE

- 163 **Juridique et non-juridique** ◇ Si l'objet du savoir juridique n'est pas défini par le droit lui-même¹, il faut se soucier plus précisément de la façon dont se délimite cet objet. Sa détermination supposée à peu près claire et précise sert à l'argumentation, à ce qui semble une démonstration. Une observation peut être reconnue fondée en elle-même, voire éclairante et utile, et être pourtant écartée irrémédiablement sans être combattue ou contestée. Elle est simplement disqualifiée comme non juridique². Par là, les juristes restreignent le genre d'informations dont ils entendent user. Telle indication sera réservée à l'ordre économique, psychologique ou politique, sociologique ou moral; comme telle, elle sera tenue pour dénuée de pertinence en droit.

De tels choix sont décisifs³. La formation du contrat est toute entière rapportée à la considération du consentement et distingue les motifs des mobiles, ceux qui ont déterminé à contracter et ceux qui sont demeurés incidents, secondaires : où passe la limite entre de telles analyses juridiques et les études psychologiques ? Les exemples pourraient être multipliés. Et la difficulté affecte la constitution du savoir juridique; la preuve en est qu'à législation constante, elle a été affrontée de façons variables.

- 164 **Frontières internes** ◇ Cette délimitation externe ne détermine pas, à elle seule, le champ du travail, des raisonnements, des arguments et des préoccupations du juriste. À l'intérieur du savoir juridique, des frontières plus ou moins franchissables sont posées. Si le droit est l'art de la distinction, c'est d'abord parce qu'il distingue en son sein, le droit privé du droit public, le droit civil du droit commercial et le droit administratif du droit fiscal... C'est aussi parce qu'il se dote d'une actualité qui naît du refoulement historique. Les unités du juridique sont des repères épistémologiques à clarifier. À travers ces grilles de lecture, loupes, prismes ou obturateurs, les prétendus fondements explicites du savoir juridique se parent d'une relativité insoupçonnée. Ils ne peuvent, en particulier, expliquer à eux seuls ces mouvements du savoir juridique qui le font prétendre

1. V. *infra* n° 244.

2. D. de Béchillon, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? », *RTD civ.* 2002, 47.

3. Chr. Jamin, « L'oubli et la science », *RTD civ.* 1994, 815.

à la maturité, à l'achèvement. La philosophie du droit étudie utilement la place prise par le subjectivisme, par le volontarisme, par les théories kantienne, hégélienne...; ces maîtres prennent souvent le risque de l'amalgame entre les positions législatives, juridictionnelles, doctrinales, voire pratiques. C'est à l'éviter que peut s'employer l'épistémologie juridique.

Elle le doit d'autant plus que le savoir des juristes semble avoir conservé toute son ampleur, comme s'il avait échappé à la réduction positiviste qui fut le lot des sciences apparemment garanties par de spectaculaires progrès techniques. A n'avoir rien connu de comparable, le corps des connaissances juridiques n'en a pas pour autant évité des réductions, des restrictions, des censures : aurait-il cru faire l'économie de la morale et de la métaphysique d'une façon plus rigoureuse, justifiée, « objective », que la physique, la chimie, la biologie ?

§ 1. Fait et droit

165 **Des rapports complexes** ◇ Le fait est-il dans le droit ou s'impose-t-il à lui de l'extérieur ? Le savoir juridique se compose sur l'ambiguïté qui naît de l'éviction de cette question supposée inutile ou résolue. À force de se convaincre que les objets sur lesquels se composent les connaissances des juristes sont totalement spécifiques, radicalement étrangers aux objets scientifiques, la philosophie du droit se dispense et dispense les interprètes, les praticiens, les commentateurs de s'inquiéter de la façon dont ils se donnent un champ d'étude et de pertinence, un objet à examiner, un fait.

Le savoir juridique semble placer le fait sous le droit qui le détermine et l'autorise à venir à la conscience juridique. Il le saisirait au sortir de la règle de droit qui, en retour, le régirait. La boucle ainsi refermée pourrait peut-être se défaire et révéler ce qu'elle tend à dissimuler si la complexité du fait scientifique lui-même était mieux perçue.

1. Observations élémentaires sur le fait scientifique

166 **Objets, phénomènes, réalité** ◇ Il n'y a guère de référence plus accommodante que le fait. Le fait, c'est simplement ce dont il est question, ce qui donne au savant son travail, ce qu'il observe, analyse, explique, théorise. Le fait est qu'il y a tel symptôme et le médecin les détermine précisément pour établir son diagnostic, après avoir éliminé d'autres hypothèses. Le fait est que telle substance change de propriétés en s'échauffant. Le fait est que tel ossement ne peut avoir appartenu à un animal actuellement connu. Le fait est que les pyramides sont disposées d'une certaine manière. Le fait est que tel chef d'état était au pouvoir lorsque tel événement s'est produit. Le fait est que les prix ont sensiblement augmenté après que telle décision politique eût été prise...

Ces faits sont les objets de sciences diverses. Ce sont les phénomènes qu'elles ont pour tâche d'étudier.

167 **Équivoques du phénomène** ◇ Le phénomène, c'est par définition ce qui se montre; mais le terme n'est pas univoque. Il désigne, à la fois, ce qui tombe sous l'intuition empirique, et « un *a priori* implicite qui s'est positivement montré et que la pensée a pour tâche de porter à la manifestation expresse »¹.

Ce « premier moment de la connaissance... livre un phénomène sans l'aide d'intermédiaire », mais « présuppose secrètement l'entendement »². Sa relation avec l'objet fait difficulté. « Ce qui distingue le phénomène de l'objet, c'est que la forme du phénomène est immédiate – représentation sans concept, elle tombe sous l'imagination –, tandis que celle de l'objet est l'effet du concept et passe par sa médiation »³.

Là où il ne saurait y avoir intuition empirique, le terme de phénomène ne peut être employé que par image. Il peut, sans prendre parti sur ce qui pourrait être ainsi manifesté, évoquer ce qui arrive, se produit.

168 **Rétrospective** ◇ Tout serait simple si la science venait après le fait pour lui appliquer ses méthodes d'investigation, d'analyse, de vérification. Une fois la science constituée comme telle, reconnue, consacrée, lorsqu'elle peut se raconter sa propre histoire, scander les étapes de son progrès, briller de ses réussites, se doter d'une tradition émaillée de découvertes spectaculaires, de noms prestigieux, d'anecdotes gratifiantes, le fait paraît s'être imposé à elle. Dans sa pureté, son innocence, sa disponibilité, il a fondé l'objectivité scientifique.

169 **Le fait après la science** ◇ Pourtant, le fait devenu objet de science prend une nature particulière. Le fait scientifique paraît définir chaque science. Elle est née d'une réduction de son champ d'étude à certains faits, à certains aspects de ce qui est advenu. C'est le « point de vue » adopté qui fait la science, qui détermine son objet et son objectif⁴; en le définissant, le savant choisit ce qu'il peut voir, découvrir, expliquer et ce qu'il peut renoncer à regarder, à entendre. Chaque science définit un fait scientifique qu'elle se donne. Le processus n'est ni volontaire, ni même conscient.

1. M. Loreau, *La genèse du phénomène. Le phénomène, le logos, l'origine*, Paris, Éd. de Minuit, 1989, p. 267.

2. M. Loreau, *op. cit.*, p. 233. – V. aussi p. 238. – M. Meyer, *Découverte et justification en science. Kantisme, néo-positivisme et problématologie*, Paris, Klincksieck, 1979, p. 71 et s.

3. M. Loreau, *op. cit.*, p. 234-235.

4. J. Parain-Vial, *La nature du fait dans les sciences humaines*, Paris, PUF, 1966, *passim* et not. p. 150, 184.

Parce qu'il a reçu une certaine formation, parce qu'il appartient à une certaine collectivité, voire à une organisation, parce qu'il est sensible à certains spectacles, le savant s'arrête sur tel « fait », sur tel événement qui se produit. Là où le profane admire les couleurs d'un papillon, l'élégance d'une constellation, l'attraction d'un métal, la concrétion minérale ou s'inquiète de ce qui lui paraît anormal, menaçant, le savant perçoit l'occasion d'une recherche; issu d'une autre discipline, il en verrait une autre. Parvenues à un certain degré de développement, les sciences en place paraissent prêtes à les accueillir toutes. Quelques décennies plus tôt, et encore par la suite en de rares circonstances, le « fait » appréhendé d'une certaine façon paraît échapper aux limites de tous les savoirs : une science nouvelle peut naître.

170 Hiérarchies des faits ◇ Le fait scientifique est si peu donné à la science, comme lui venant de l'extérieur, qu'il paraît comporter un pouvoir de qualification : il ne vient à l'étude savante qu'au travers d'une grille hiérarchique. Tous les faits ne se valent pas. Il y a des faits négligeables, indifférents. D'emblée ou après quelques investigations et essais, ils sont tenus pour insignifiants; ils n'ont rien à apprendre au savant. Il peut les abandonner, sans dommage, sans déperdition d'information, compte tenu de l'objectif qu'il s'est donné, dans les oubliettes de sa science. Les ressemblances soulignées depuis l'Antiquité entre la disposition des planètes et certains animaux n'ont aucun intérêt pour l'astronome. Il serait indigne de sa science, de sa rigueur et de son sérieux scientifiques, de s'arrêter un instant au charme désuet de ses images; il les laisse aux poètes, aux amoureux, aux enfants. Ces faits sont disqualifiés : ils ne sont pas scientifiques.

Il y a, au contraire, des faits tellement significatifs qu'il n'est permis ni de les ignorer, ni de les négliger, ni de renoncer à leur trouver une place de choix dans la théorie scientifique. Un médecin paraîtrait déchoir s'il prétendait prescrire un remède dont les effets secondaires seraient pires que le mal à combattre. Un chimiste pourrait-il expliquer une réaction en escamotant le rôle du catalyseur ?

Entre les faits étrangers à la science et ceux qui sont au cœur de ses analyses, de ses découvertes, de son histoire, il en est d'autres encore. Ils sont porteurs d'informations; ils sont à considérer. Des statistiques peuvent être recensés. Les indications qu'ils fournissent paraissent pourtant, à un moment donné du développement scientifique, de moindre importance. Les préoccupations majeures des savants sont ailleurs. De ces phénomènes, il n'y a à attendre aucune découverte spectaculaire; il n'y a à craindre nulle révision déchirante. Des nuances, des améliorations viendront peut-être de leur intégration dans la théorie dominante; elle n'en sera pas fondamentalement affectée. Kuhn a sans doute simplifié et exagéré ses constatations, en soutenant que l'activité scientifique se laissait enfermer dans le champ que délimitent ces petites énigmes pour ne pas

affronter des perturbations plus troublantes. Il ne serait pas moins excessif de prétendre que tous les laboratoires, tous les instituts et centres de recherche consacrent leur temps à démontrer que leurs prédécesseurs se sont toujours et partout trompés du tout au tout et qu'ils ont eux-mêmes commis des erreurs. Les circonstances, le tempérament des uns et des autres, les formations reçues, les objectifs poursuivis spontanément, sur commande ou pour se plier aux exigences d'un programme, ont leur part dans le choix effectué entre l'exploitation des données acquises et leur remise en cause. Il n'y a ni périodes tranchées de science ordinaire suivies de crises révolutionnaires, ni vocation critique permanente de la science, arrêtée par quelque maladie passagère; il y a des savants, des hommes au travail.

171 Un mécanisme spontané ◇ Le mécanisme par lequel se constitue cette grille hiérarchique est complexe. Il ne peut être décrit de façon unitaire et constante. Aux différentes étapes de son histoire, une science n'utilise pas de la même classification. Ses succès antérieurs guident ses recherches, ses espoirs, ses méthodes. Ils n'expliquent pas tout.

L'exemple de l'évolutionnisme darwinien est édifiant. Il est devenu ici une théorie établie et là un véritable dogme résistant à toute contestation, à toute critique, en éliminant des faits tenus pour négligeables; il ne pouvait présenter aucun indice d'une possible mutation d'espèce à espèce. Il eut la chance de venir à point, au moment où l'idéologie laïciste pouvait assurer le triomphe de toute remise en cause supposée des enseignements religieux. Les défenseurs d'un certain mythe scientifique récuseront cet exemple. L'erreur darwinienne serait étrangère à une science digne de ce nom, comme la biologie contemporaine ne peut être jugée à l'aune de la théorie de la génération spontanée ou la chimie à celle de la quête de la pierre philosophale.

172 Point de vue ◇ Ces objections ne portent guère. Elles sont élevées au nom d'un certain état de la science. C'est *a posteriori* qu'il devient possible de dire – provisoirement peut-être – que tel fait peut être tenu pour dénué d'intérêt, de pertinence. Par là-même, un certain point de vue est adopté; d'autres regards, d'autres questions, d'autres analyses ou expériences sont en quelque sorte censurés. Cet état de la science qui permet la rétrospective est tenu pour une référence acceptable parce que la science est reconnue, parce que son état est tenu pour satisfaisant, parce qu'elle est réputée avoir franchi l'étape cruciale : elle est devenue science. Cette mutation initiatique est le résultat d'une reconstruction dont les assises sont incertaines et fragiles.

Ce qui demeure, c'est qu'à chaque instant, les savants ont concentré leurs efforts, ont centré leurs intérêts sur certains faits et en ont négligé d'autres ou leur ont accordé une moindre importance.

2. De la spécificité du fait dans le domaine juridique

173 **Un fait né du droit** ◇ Le terme « fait » est de large emploi en droit, aussi bien dans les dispositions légales, dans les décisions juridictionnelles, que dans le savoir juridique. Ces multiples usages n'ont pas nécessairement d'unité. Un recensement sommaire le confirme : le fait ne s'impose pas au droit et à son savoir comme une donnée, un obstacle sur lequel ils buteraient.

174 **Principes procéduraux** ◇ Le Code de procédure civile distingue les faits du droit, pour déterminer les rôles du juge et des parties dans le procès. Les parties « ont la charge d'alléguer les faits propres à fonder » leurs prétentions et de prouver les faits nécessaires à leur succès; « le juge ne peut fonder sa décision sur des faits qui ne sont pas dans le débat »¹. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits litigieux, afin de trancher le litige « conformément aux règles de droit qui lui sont applicables »². Le juge peut « prendre une connaissance personnelle des faits litigieux »³, de même qu'il peut recevoir, des tiers, « les déclarations de nature à l'éclairer sur les faits litigieux »⁴; ceux-ci peuvent établir des attestations contenant la relation de faits⁵ ou témoigner sur ces faits⁶. Un technicien peut être commis pour éclairer le juge sur une question de fait qui requiert ses lumières⁷, mais « il ne doit jamais porter d'appréciations d'ordre juridique »⁸.

Ces dispositions ne donnent pas seulement un large pouvoir au juge, au point que les parties peinent à retrouver, dans le procès, leur affaire, leur chose. Elles reposent sur l'hypothèse d'une distinction parfaitement claire, explicite, évidente entre les faits, la question qu'ils posent, d'une part, et le droit, les appréciations qu'il suppose et les réponses qu'il apporte, d'autre part. La dissociation paraît radicale. La décision en droit vient après l'établissement des faits qui se coulent docilement dans les catégories et définitions juridiques. Pourtant, ces faits ne sont pas indemnes du point de vue juridique, de l'emprise du droit. Ils sont déterminés par le droit applicable, comme susceptibles de fonder leurs prétentions, d'en assurer le succès. Le droit régissant le litige vient avant les faits qui lui donnent naissance. La distinction du fait et du droit est ainsi juridique de part en part.

175 **Le contrôle de droit** ◇ « Le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque

1. Art. 6 et 8 c. pr. civ.

2. Art. 12 c. pr. civ.

3. Art. 179 c. pr. civ.

4. Art. 199 c. pr. civ.

5. Art. 202 c. pr. civ.

6. Art. 213 c. pr. civ. - V. art. 222 sur l'enquête.

7. Art. 232 c. pr. civ.

8. Art. 238 c. pr. civ.

aux règles de droit »¹ et « la Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires »². La distinction du fait ou du fond et du droit est ici encore fondamentale; elle gouverne les fonctions des juridictions et leur place dans la hiérarchie judiciaire et définit le degré de juridiction.

Elle ne suffit pourtant pas à la détermination de l'étendue du contrôle dont la Cour de cassation est chargée. Exagérément simplificatrice, elle est relayée par une liste de cas d'ouverture à cassation, qui sont aussi des cas de prononcé de cette mesure de censure et d'annulation. Le champ ainsi délimité dans son ensemble occupe le terrain laissé libre par l'appréciation souveraine des juges du fond; là où elle s'exerce, le contrôle de droit est exclu. Le fait informe peut être pesé, estimé, jugé indépendamment du droit, indépendamment de son inspiration, de sa cohérence et des conséquences qu'il attache aux circonstances. Plus récemment, d'autres distinctions à prétention technique sont venues biaiser encore davantage la détermination des pouvoirs du juge du droit; la création d'un prétendu « contrôle restreint », associée à l'affaiblissement de la motivation de ses arrêts, laisse la Cour de cassation maîtresse d'un pouvoir qui n'est plus guère juridique à proprement parler.

La possibilité de poser l'une à côté de l'autre ces deux masses indépendantes que seraient le fait et le droit est une hypothèse fondamentale du droit judiciaire. Elle se retrouve largement dans la procédure administrative.

C'est sur de telles bases que doit s'élever et se développer le savoir juridique.

176 **Le fait civil** ◇ Il ne peut davantage être indifférent aux usages que le Code civil multiplie du terme « fait ». Dans plusieurs cas, il semble reproduire la distinction procédurale du fait et du droit; c'est que les questions posées relèvent du contentieux. Les exigences probatoires sont déterminées en séparant les actes et les faits. Dès qu'il y a doute, incertitude, les conséquences à tirer « d'un fait connu à un fait inconnu » peuvent et doivent être « abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat »³. La règle se retire et nulle jurisprudence ne peut naître. Le fait règne et, avec lui, le juge, son expérience, sa formation, son intuition.

177 **Événements, circonstances et autres** ◇ Le Code civil connaît aussi d'autres faits. Il les présente et les caractérise de façons variables. Ce sont des événements tels que l'incendie⁴ ou la pluie⁵, l'action des rivières ou de la mer⁶ ou des choses fort diverses, animaux, arbres, eau, la concep-

1. Art. 604 c. pr. civ.

2. Art. L. 111-2, al. 2, c. org. jud.

3. Art. 1349 et 1353 c. civ.

4. Art. 1384, 1733 c. civ.

5. Art. 641, 681 c. civ.

6. Art. 556, 643, 644.

tion, la naissance, le décès, la maladie... Certains sont caractérisés par leurs conséquences (perte, ruine,...)¹. Envisagés plus généralement, ce sont les cas de force majeure; les conditions requises sont l'occasion d'une appréciation empirique qui apparaît également sous les qualifications de défaut ou de vice, voire de faute, de tort ou de délit, d'erreur, de manœuvre, de préjudice,...

Le terme de fait est employé dans le Code pour viser des circonstances ou des actions, des initiatives². Il n'exclut pas une appréciation excédant les limites de la seule causalité, mais marque un degré inférieur à celui de faute; la voie de fait³ prend position d'intermédiaire en mettant l'accent sur l'illégalité plus que sur l'immoralité.

178 Situations de fait ◇ L'appréhension du fait est réputée différente lorsque la loi attache des conséquences de droit à des situations dites de fait, la possession d'état⁴ ou la possession⁵. Le cas de la possession est particulièrement problématique. « Qu'on la considère comme acte juridique, comme fait juridique *stricto sensu* ou comme fait pur, elle est de toute façon un fait juridique *lato sensu*, et, à ce titre, elle se définit par des caractères rationnels prévus par le droit objectif (composantes, qualités). Or, si aucun d'eux ne doit avoir de correspondance dans l'expérience immédiate, si chacun procède d'une conceptualisation partant de principes *a priori*, la possession pourra apparaître comme une entité artificielle et contingente, œuvre de culture marquée par son historicité. Dans l'hypothèse contraire, elle aura acquis la vérité et la permanence d'un reflet de constantes naturelles. Mais il y a tout lieu de penser que la possession a été bâtie sur le modèle de la propriété et n'est pas directement redevable de son contenu à une réalité quelconque. Pour autant qu'elle soit un fait, elle n'en est donc pas moins aussi abstraite que la propriété. Là est le point d'aboutissement du système subjectiviste. La notion de possession est une création, un complément géométrique, un accessoire d'une institution préexistante, et elle est vouée à subir les mêmes fluctuations qu'elle »⁶.

179 Le statut du fait dans le savoir juridique ◇ Le savoir juridique enregistre ces différences et ces nuances.

La distinction du fait et du droit commande le statut des informations collectées. Dispositions légales et positions prétoriennes ne sont manifestement pas lues de même façon par qui raisonne sur des espèces concrètes

1. Art. 607, 1686, 1732, 1735.

2. Art. 103, 233 à 245, 242, 1370, 1382 à 1384 c. civ. - V. art. 88 : circonstances.

3. Art. 1725 et 1727 c. civ.

4. Art. 311-1 c. civ.

5. Art. 2228 c. civ.

6. J.-M. Trigeaud, *La possession des biens immobiliers*, Paris, Economica, 1981, préface Fr. Terré, n° 398, p. 377.

tes et par qui se préoccupe de principes. Selon la formation reçue, selon l'expérience acquise, l'un s'attache à telle ou telle circonstance que l'autre néglige. Il n'est pas rare qu'un arrêt pourtant présenté comme de principe soit privé de sa portée, ou écarté du débat, au motif qu'il a été rendu sur des faits particuliers; le principe général qui avait été visé est rapporté à telle péripiétie que ses conditions d'application ne visent nullement.

180 Faits, espèces, catégories ◇ Le fait, c'est ce qui se refuse à la généralisation. Là où le droit est conçu comme général, le fait impose et justifie la distinction. Le savoir juridique tend à s'en désintéresser. De ces expériences multiples, riches d'enseignement, il ne retient le plus souvent que les cas-types, les catégories abstraites. C'est le véhicule arrêté qui peut être impliqué dans un accident de la circulation. C'est le préposé qui a causé un préjudice en sortant de l'exercice de ses fonctions. C'est le chemin qui dessert plusieurs propriétés. C'est l'usufruitier qui transforme une exploitation agricole en fonds industriel. La détermination de ces hypothèses de référence exerce une influence considérable. Elle canalise le raisonnement, en estompant les différences parfois importantes entre des espèces qui seront pourtant analysées, traitées, jugées de même façon.

181 Une sélection discrète ◇ La définition de ces cas peut fonctionner, dans la mise en œuvre du savoir juridique, comme une sorte d'intermédiaire, de filtre contraignant. Son action est dissimulée sous la simplification abusive qu'évoque la prétendue « application » de la règle. À la déperdition d'informations, s'ajoute ainsi l'appauvrissement du raisonnement dont l'une des étapes est escamotée, soustraite à l'appréciation critique.

Le phénomène est aggravé par deux particularités de l'analyse juridique. La première résulte de la constitution de l'appréciation souveraine des juges du fond en une véritable catégorie à part. Elle est conçue comme rebelle à toute étude, à toute comparaison, à toute critique. Elle est étrangère au savoir juridique et aux efforts de rationalisation, de réflexion, qu'il implique. La seconde particularité tient à la mise en œuvre de notions dites de fait. La possession, l'apparence ne sont pas seulement des dérogations, des correctifs. Elles ne perturbent pas seulement les effets des titres, des droits, des règles ordinaires. Elles limitent aussi les enseignements qui composent le savoir juridique. Elles le perturbent également comme s'il devait renoncer à en pénétrer la mise en œuvre, à la clarifier, à l'explicitier.

Le fait ne résiste pas seulement au droit. Son foisonnement, sa diversité maintiennent son savoir à distance. Comme des théories astronomiques ont été condamnées parce que leur complexité paraissait incompatible avec la beauté majestueuse du mouvement des astres

qu'elles prévoyaient pourtant parfaitement¹, la référence trop précise aux circonstances de fait est évacuée du savoir juridique au nom de l'élégance solennelle que doit présenter la règle.

- 182 **L'influence du fait** ◇ Le savoir juridique ne peut être décrit comme s'il se constituait à partir de « données acquises », de ces faits bruts que constitueraient les produits des sources du droit. Les distinctions, les sélections, les médiations sont multiples, complexes, enchevêtrées.

Les césures opérées entre le fait volontiers négligé et le droit qui est mis en mémoire ont pour effet de déterminer les questions pertinentes et les hypothèses recevables. Elles éliminent d'autres questions, d'autres hypothèses. Elles transforment des réponses problématiques en évidences, en certitudes.

§ 2. Droit et autre

- 183 **Sciences annexes** ◇ Le droit est nécessairement proche de maintes disciplines dont les données paraissent pouvoir lui être utiles. La détermination des règles applicables aux entreprises ne peut guère ignorer l'économie. Le régime de la formation des contrats, comme la définition des infractions pénales, se réfère à la psychologie. La sociologie peut éclairer les réactions que provoque la mise en œuvre de certaines solutions. La démographie a souvent été invoquée à l'appui de certaines réformes. L'histoire est rarement absente des discussions approfondies. La médecine, les différentes technologies peuvent indiquer les conséquences à attendre de telle ou telle situation, les remèdes à employer...

Le savoir juridique est souvent présent comme complété par de multiples « sciences annexes » dont la liste n'est pas exhaustive. Il n'est pas rare que la description du droit positif s'accompagne d'exposés tirés d'analyses et de théories psychologiques, sociologiques, économiques,...

- 184 **Naturalisation** ◇ Il ne faut pas s'y tromper. Ces emprunts s'opèrent par un mécanisme assez différent d'une simple transposition. Le juriste ne se contente pas de s'informer, de raisonner sur les « données acquises » de telle ou telle science. En premier lieu, il sélectionne les informations qui paraissent utiles. Il pose à la psychologie, à l'économie, à la médecine des questions que le psychologue, l'économiste, le médecin ne formuleraient pas ou pas de même façon. En second lieu, les données collectées sont d'une nature hybride. Aux yeux du juriste, elles ne sont pas juridiques puisqu'elles viennent d'autres disciplines. Aux yeux des spécialistes de celles-ci, elles sont déformées, voire dénaturées, « coupées de leurs bases », exagérément simplifiées.

1. P. Duhem, *Σωζεν τα φυσικα*. Essai sur la notion de Théorie Physique de Platon à Galilée, Paris, Hermann, 1908, Vrin, 1982.

Rien n'interdirait de les compléter, de les enrichir, de les rétablir; mais elles risqueraient alors de ne plus pouvoir prendre place dans le raisonnement juridique. Elles seraient en quelque sorte disqualifiées par une technicité qui semblerait excessive, hors de propos. Les nuances que le psychologue, l'économiste, le médecin ne peuvent manquer d'introduire dans l'analyse semblent sans rapport avec l'état du droit. Elles répondent à des questions que le juriste ne pose pas, qu'il estime ne pas devoir et ne pas pouvoir poser.

- 185 **Conflits de frontières** ◇ Les conflits de frontières qui menaçaient durant la deuxième moitié du XX^e siècle, et que les juristes craignaient, avec la sociologie et avec l'économie, ne se sont pas réalisés. Deux obstacles ont tenu le juridique à l'abri.

En premier lieu, peu de sociologues et d'économistes ont compris que le droit ne se prête pas aux abstractions et aux généralités. Convaincus des vertus de l'analyse externe ils se sont contentés d'études sociologiques ou économiques autour des règles de droit, des dispositions légales notamment. Aux États-Unis où les économistes étaient dotés d'une formation juridique, leur apport a été considérable; en France où la moindre précision technique leur paraissait subtilité et artifice inutiles, leurs analyses n'ont guère pu pénétrer les raisonnements juridiques. En second lieu, l'amalgame entre le droit et son savoir a protégé ce dernier contre des intrusions qui ne pouvaient se prévaloir d'aucune habilitation institutionnelle, d'aucune autorité positive, c'est-à-dire finalement d'aucune légitimité juridique. Il n'importerait, par exemple, que les données acquises de la science économique permettent d'exclure tout méfait de la perpétuité ou toute incidence inflationniste de l'indexation; la loi raisonnant sur des hypothèses inverses, ces informations seraient dénuées de portée.

En rétablissant la distinction du droit et du savoir dont il est l'objet, il serait facile de démontrer que le second ne se nourrit pas seulement des données retenues en législation. L'absence de formation économique et sociologique des juristes est manifestement lourde de conséquences.

SECTION 2. LES UNITÉS DU JURIDIQUE

- 186 **Domaine de pertinence** ◇ L'observation de la façon dont un juriste prend position, répond à une question, décrit l'état du droit, s'efforce de prévoir l'issue d'un litige fait découvrir la délimitation implicite préalable d'un domaine de pertinence. Le profane curieux pourrait être tenté de demander pourquoi le spécialiste interrogé est allé consulter tel code ou telle loi plutôt que d'autres, pourquoi telle référence plutôt que telle autre,...

Le juriste serait tenté d'alléguer l'évidence. Il est tellement à l'aise dans ses rubriques coutumières qu'il n'hésite pas un instant avant de choisir l'ouvrage à ouvrir; ce qu'il ignore, il sait où le chercher. De la même façon, il sait quels arguments peuvent être opposés à la thèse qu'il doit combattre; il n'invoquerait pas le régime du domaine public pour défendre la propriété privée ou la responsabilité délictuelle pour fixer les rapports entre les parties au contrat, de même qu'il ne prétendrait pas à la mise en œuvre d'une disposition légale abrogée par une autre. Par là se vérifie que tout système de connaissances est système d'ignorance.

- 187 **Incidence des divisions du savoir** ◇ L'évidence dont se parent ces choix qui peuvent être déterminants semble facile à justifier ! C'est la loi elle-même qui fixe son domaine d'application dans l'espace, dans le temps et par l'objet. Les dispositions régissant les baux commerciaux ne peuvent affecter la situation du preneur à bail rural.

L'explication est manifestement insuffisante. Dans l'ensemble des connaissances juridiques disponibles, des découpages multiples sont en place. Ils exercent une influence considérable et insoupçonnée. Ils sont notamment à l'origine du sentiment que peut avoir le juriste de disposer d'une certaine marge de liberté dans l'argumentation ou, au contraire, d'être contraint de renoncer au combat, de prendre l'une des positions concevables. L'idée de « cause perdue » mériterait une étude épistémologique approfondie. Elle dépend bien souvent du point de vue adopté, du champ de vision retenu.

- 188 **Unités de connaissance** ◇ Les frontières ainsi installées sont multiples et s'entrecroisent. Elles découpent, dans la masse informe des connaissances, des secteurs, des zones de pertinence. Le civiliste qui veut établir le sort réservé à une cession d'actions, lorsque le cessionnaire peut convaincre qu'il a commis une erreur sur leur valeur, se situe dans une unité de connaissance. Elle est délimitée dans le temps quant aux décisions judiciaires à invoquer, mais aussi conceptuellement : les articles 1110 et 1118 du Code civil peuvent fonder son raisonnement, bien que la question paraisse relever du droit commercial, ou du droit des sociétés. D'autres litiges seront, au contraire, considérés comme spécifiques; l'argument tiré du Code civil et de son interprétation sera écarté par principe, par postulat.

La formation de ces unités procède de la rencontre de plusieurs facteurs. Leur action est discrète, mais puissante.

§ 1. La formation des unités de connaissances

- 189 **Une grille de lecture** ◇ À l'évidence, les sous-ensembles de connaissances qui constituent la grille de lecture du savoir juridique ne résultent

pas de décisions; leur formation ne peut être délibérée. Des décisions peuvent assurément les influencer; elles ne peuvent les délimiter. D'autres facteurs interviennent, les réduisent ou les étendent, les enrichissent, les complètent.

Certaines décisions législatives, voire juridictionnelles, affectent directement la délimitation de ces unités. L'adoption d'un code nouveau dessine un champ de connaissance. Elle contribue à détacher, d'une discipline à large domaine, une branche particulière. La promulgation d'un Code de la consommation, de la propriété intellectuelle définit une spécialité. La circulation d'informations entre la discipline d'origine et sa « filiale » étant diminuée, entravée, le cloisonnement s'accuse; l'unité marque de plus en plus nettement ses frontières.

- 190 **Lois spéciales** ◇ Une loi spéciale peut avoir une incidence de même ordre. Son domaine peut être à l'origine de la formation d'une unité conceptuelle. Le phénomène tend à se produire lorsque les dispositions nouvelles ne sont pas accueillies dans le savoir juridique comme de simples dérogations. Elles n'instituent pas seulement un régime propre, mais paraissent correspondre à une « réalité » distincte, moyen ou possibilité techniques, comportement, situation, ... La perception de cette « réalité » comme insusceptible d'être traitée d'une façon identique à d'autres relevant, jusque-là, de la même catégorie, en résulte. Les exemples du concubinage, des accidents de la circulation, des entreprises unipersonnelles sont là pour révéler les étapes de la formation d'une unité de connaissance, comme ceux de l'erreur sur la valeur ou du fonds de commerce. Dans ces hypothèses, le savoir juridique ne s'est pas contenté de suivre et de refléter le droit. Il ne l'a pas seulement accompagné. Il est allé au delà.

Les lois spéciales qui ont institué des garanties particulières sur ce qui est désigné comme fonds de commerce et une protection originale du locataire commerçant, auraient pu être analysées isolément; elles n'étaient porteuses que de techniques plus ou moins originales. Leur domaine propre pouvait demeurer simplement ce qu'il était dans les textes, un ensemble d'hypothèses soumises à certaines règles. Il est devenu une catégorie, une notion, une qualification. La synthèse a donné naissance à une « réalité » que la loi ou l'économie ne pouvaient engendrer à elles seules. Les groupes de société ont, dans une certaine mesure, connu un sort inverse. L'erreur sur la valeur aurait pu ne pas prendre l'autonomie qui a paru exclure le raisonnement commun à toute erreur. Dans ces hypothèses, a joué l'effet amplificateur de la construction d'une notion qui, selon les cas, peut être globale et de recouvrement ou, plus élémentaire, et de cloisonnement. Elle a rarement son fondement dans la loi ou dans une décision juridictionnelle. Celles-ci peuvent en être le prétexte ou l'occasion, mais l'opinion des juristes sur la situation à appréhender commande directement son interprétation. Si les commercialistes français n'avaient pas perçu le fonds de commerce comme « quelque chose »

plutôt que rien d'autre que ce qu'ils connaissent par ailleurs, le savoir juridique en eût été changé.

La décision de doter le contrat d'assurance, la propriété littéraire, la copropriété des immeubles bâtis ou les sociétés commerciales d'une loi particulière extérieure au Code civil ou au Code de commerce, a paru justifier l'exclusion des qualifications et solutions du droit commun (servitudes, actions possessoires,...).

191 Sources multiples des unités ◇ D'autres facteurs peuvent contribuer à la formation d'unités de connaissance; ils sont étrangers à tout pouvoir institutionnel, à la puissance législative ou juridictionnelle. Aucune habilitation, aucune force de contrainte ne peut expliquer leur action.

La détermination des programmes d'enseignement, des disciplines enseignées, des diplômes et de leurs conditions d'obtention, ainsi que des spécialités professionnelles, délimite des unités ou ensembles de connaissances.

Une théorie qui est consacrée, reçue comme dominante, peut avoir le même effet. Ce fut le cas pour la responsabilité contractuelle par exemple. Les analyses se sont développées en se détachant du régime du contrat et de son inexécution; les juristes ont raisonné par comparaison et rapprochement avec la responsabilité délictuelle.

Pour peu qu'il connaisse un succès particulier, un ouvrage peut être à l'origine d'une division nouvelle du savoir juridique. Des distinctions antérieures, celle du droit privé et du droit public, celle de l'inexécution du contrat et de la responsabilité délictuelle, celle des sociétés civiles et commerciales, peuvent en être atténuées. La construction immobilière est en voie de se composer en unité. Le droit public économique suit le même mouvement.

192 Mouvements implicites ◇ Les notions, les théories, les synthèses qui contribuent à la formation d'unités de connaissance, se présentent rarement comme telles. Elles n'ont pas été principalement et ouvertement imaginées, proposées, défendues pour délimiter de nouveaux ensembles de données. Leur caractère implicite est pourtant d'un autre ordre; il est plus fondamental et caractéristique.

Parce qu'elles emportent, par nature, un effet de regroupement, certaines propositions théoriques préparent manifestement la délimitation d'une unité. Toute tentative de révélation, de définition et de défense de la spécificité d'une situation ou d'une activité peut et devrait se traduire par cette modification du savoir. Si l'existence d'un droit médical venait à être reconnue¹, le régime juridique de la réparation des dommages causés

1. V. G. Mémeteau, « La guerre de Sécession n'aura pas lieu ou : la question des frontières et de l'autonomie du droit médical », *RRJ*, 1995, 721. - G. Mémeteau, « La présentation du droit médical dans la *RTD civ.* Petite compilation », *RTD civ.* 2002, p. 253.

par la méconnaissance des données acquises de la science ne pourrait plus être décrit comme un cas de responsabilité contractuelle ordinaire. D'autres théories paraissent ne pas comporter, par elles-mêmes, de telles retombées; leur champ est trop spécial et limité. Moins prévisible et apparente, la recomposition du savoir n'est pas exclue. En dégageant une qualification plus ou moins ignorée jusque-là, un auteur limite ses ambitions à son domaine propre; il ne menace aucun des regroupements antérieurs. D'autres délimitations peuvent pourtant s'ensuivre. La proposition peut d'ailleurs rencontrer de fortes résistances, précisément pour cette raison. Dans une tradition qui oppose radicalement droits privé et public, toute qualification qui franchit la frontière est plus difficilement accueillie. Ces résistances révèlent particulièrement les modes de formation des ensembles de connaissances. Elles montrent que les unités de connaissance ont des racines et des appuis multiples, complexes et de natures différentes; elles s'organisent en une sorte de lacis, de réseau inextricable. Les enseignements dispensés entravent les études qui tendraient à la recomposition d'unités nouvelles. Le nombre des juristes aptes à franchir la limite est restreint. Les candidats à une carrière universitaire en particulier peuvent craindre de subir un handicap si les travaux qu'ils pourraient présenter devaient être soumis à un jury composé d'enseignants connaissant seulement une partie des questions traitées; jugés très principalement par des privatistes, ils auront plus de mal à convaincre de la qualité d'un dossier partiellement composé d'études de droit public, surtout si le nombre des candidats interdit aux examinateurs une recherche approfondie sur chacun.

193 Unités culturelles ◇ L'unité de connaissance naît de la rencontre de plusieurs facteurs. La formation juridique joue un rôle considérable. La culture générale y participe également. Qui a appris à éviter tout amalgame entre l'humain et la matière est préparé à raisonner à l'intérieur de deux unités séparées. L'existence de dispositions légales particulières permettra de remplir les cases préparées à l'avance dans son univers intellectuel. Elles seront analysées, comprises et interprétées de façon à n'en pas sortir.

La culture des juristes ne leur est pas nécessairement commune. Par-delà leurs convictions personnelles, ils estiment devoir s'en tenir à certains fondements, à certaines « valeurs »; l'état du droit positif l'imposerait. D'un juriste à l'autre, l'adhésion peut être moins profonde, moins radicale; il reste que, mis à part quelques dissidents catalogués comme tels, une tendance commune se dessine. C'est elle qui définit et caractérise la « réalité » prise en compte pour délimiter et isoler les unités de connaissance. Avec les lois et arrêts, avec les théories, le sentiment de la correspondance d'une de ces unités à la « réalité » est un facteur déterminant de sa découverte, de sa définition, de sa pérennité. La renaissance de théories anciennes que des circonstances différentes avaient fait tomber

dans l'oubli, peut s'expliquer par leur soudaine actualité. Une unité recomposée leur fait place.

L'unité ne se forme pas dans le désert, mais aux côtés de celles qui l'ont précédée, voire contre elles. L'espace laissé par les ensembles consacrés peut favoriser l'éclosion d'une composition nouvelle. À l'inverse, une unité qui aurait pour elle de forts arguments rationnels pourrait ne pas être reconnue ou demeurer à l'état léthargique parce qu'elle ne pourrait prendre son essor que sur les ruines recomposées d'une unité précédemment installée.

Un exemple simple peut en être donné. La constitution d'un droit médical avait notamment pour enjeu la détermination des obligations mises à la charge des médecins dans le traitement des patients; la reconnaissance d'une telle unité aurait favorisé le développement d'un régime juridique et d'une appréciation spécifiques. Le corps médical aurait dû s'en satisfaire. La définition d'un ensemble de connaissances particulier s'est heurtée à l'existence de l'unité constituée, par contagion de la responsabilité délictuelle, autour de l'inexécution du contrat, par la médiation de la distinction des obligations dites de moyens et de résultat.

194 Formation progressive ◇ À l'évidence, la genèse des unités de connaissance n'est pas instantanée; elle prend du temps. Ces ensembles découpés dans le savoir juridique y acquièrent leur place et leur force progressivement. Chaque génération de juristes nouveaux qui ont suivi des enseignements et subi des épreuves d'examens et concours confirmant les regroupements et divisions, apporte sa pierre. Chaque ouvrage fondé sur l'unité ainsi délimitée peut avoir pour effet d'en marquer davantage les frontières. Des dispositions légales et des décisions juridictionnelles peuvent paraître aller dans le même sens.

Chaque raisonnement, description du droit positif ou commentaire, qui met en œuvre la délimitation consacrée, l'entérine, la justifie et, en quelque sorte, en vérifie la correspondance à l'état du droit.

195 Sélection des unités ◇ La révision des unités consacrées, leur abandon, leur remplacement sont relativement rares. Le phénomène ne se laisse pas aisément expliquer. Un événement spectaculaire, un bouleversement social ou économique, voire politique, peut jouer le rôle de détonateur ou de catalyseur. Une réforme législative, un revirement prétorien peuvent contribuer au rajeunissement apparent du savoir. Une proposition théorique peut y avoir sa part. Un changement culturel ou idéologique affectant la perception de la « réalité », des particularités de ses composantes, des parentés et rapprochements possibles, des distinctions et oppositions nécessaires, a généralement un effet décisif.

Tous ces facteurs convergents pourraient parfaitement demeurer inopérants ici et agir là. Ici, l'insistance d'un auteur à citer « sa » théorie, sa position sociale, universitaire ou autre, le nombre de ses élèves, l'élimination plus ou moins ouverte de toute contestation, fera le lit d'une unité difficile à justifier; son style, son aptitude à paraître tolérant lorsqu'il le faut, intraitable lorsqu'il sied, à suivre les aspirations communes de l'époque, feront le reste. Là, le silence tombera sur une classification heureuse, sur une notion féconde. La lutte entre les unités concurrentes ne peut être arbitrée par leurs seules qualités intrinsèques.

§ 2. L'action des unités de connaissances

196 Avantages des unités ◇ Les unités qui rassemblent des connaissances et les séparent d'autres données agissent profondément sur le savoir. Sans doute peuvent-elles être combattues ! Elles le sont chaque fois qu'un esprit porté à l'originalité par tempérament, par formation ou par l'occasion d'une rencontre avec telle ou telle situation ou solution particulières, en franchit les limites. Ces unités ne sont pas pourvues de frontières parfaitement étanches; la transgression a pourtant un coût et l'effort nécessaire ne sera pas toujours accompli.

Des avantages ou bienfaits en résulteront. Les unités de connaissance permettent d'importantes économies de temps, d'explication ou d'explicitation, comme de vérification. Leurs inconvénients ne sont pas moins avérés. Ils ne relèvent certes pas de la pathologie. Ils commandent seulement une prudence particulière. Ces unités sont des demeures confortables dont il faut savoir sortir pour s'enquérir des circonstances extérieures qui peuvent les menacer. La qualité d'un savoir se mesure à la relativité de ces divisions, de ces cloisonnements qui peuvent être porteurs de sclérose, d'erreurs, de conservatisme justifié.

197 Coordonnées ◇ Les unités de connaissance fonctionnent comme des jalons, comme des coordonnées qui facilitent le repérage et, par conséquent, la collecte d'informations. Elles assurent la pré-sélection des données. Elles en mesurent la pertinence et la portée.

Ces grilles de lecture réalisent une organisation hiérarchique des connaissances. Entre les décisives et les indifférentes, s'étagent les importantes, les secondaires, les nécessaires et les utiles. Tel arrêt d'une cour d'appel pèsera plus lourd qu'une disposition légale parce qu'il sera motivé par des circonstances particulières, tenues pour caractéristiques de ce qui justifie le regroupement dans l'unité considérée. Ce sont ces ensembles relativement cloisonnés qui déterminent les analogies permises et celles dont l'exclusion s'impose, les analogies fortes et les faibles. Ce sont eux encore qui feront considérer une disposition légale comme susceptible d'un raisonnement *a contrario*, tandis qu'une autre sera l'objet d'une

interprétation strictement positive. D'un contrat dit spécial à l'autre, toute analogie est disqualifiée; seul le mandat peut être d'intérêt commun¹...

198 Un instrument de communication ◇ Dans l'activité quotidienne, ce codage de l'information facilite le dialogue. Il en fixe les limites, en établit les postulats et sous-entendus. Entre deux spécialistes du droit privé des biens, la notion de servitude n'a pas besoin de définition; ils peuvent discuter d'une question, d'une réforme législative, d'une position prétorienne nouvelle, en partant de cet acquis, au moins sous bénéfice d'inventaire.

199 La concentration des efforts ◇ L'argumentation peut s'en trouver resserrée sur son centre, sur le point névralgique et de plus grande concentration où elle est d'une certaine façon plus vulnérable. Éliminés les préliminaires, les questions trop générales et trop abstraites, les apories communes – qu'est-ce que l'usufruit ? –, la difficulté spécifique, celle qui est propre à l'espèce ou au thème, se dégage : les énergies et informations disponibles, les efforts et le temps peuvent se consacrer à déterminer la définition de l'abus de jouissance de l'usufruitier, de sa nature, de ses effets.

200 Des écrans ◇ Les pièges ne sont pas très éloignés. Ce qui fait pont par dessus un fossé rendu aisément franchissable empêche de voir que le torrent ravine les bords abrupts qui séparent les deux rives artificiellement réunies ou d'admirer la faune et la flore offertes au promeneur moins pressé.

Restreinte à l'analyse de la déchéance de l'usufruit, l'argumentation peut se développer en marge de l'essentiel. N'est-ce pas la notion d'usufruit qu'il fallait réexaminer, voire celle de droit réel ou de démembrement de la propriété. L'unité de connaissance retenue peut dévier la réflexion et empêcher de poser la bonne question. Des années, des décennies pourront passer avant que l'occasion se présente de dépasser les limites trop longtemps acceptées. Une espèce peut l'offrir; elle ne sera saisie que si l'audace nécessaire vient aux juristes, si leur formation les y a préparés. L'analyse nouvelle ne parviendra à surmonter la crise longtemps escamotée qu'au moment où la collectivité se trouvera dans un état culturel propice; alors seulement les lecteurs, commentateurs, successeurs et épigones seront en mesure de ressentir la crise, de percevoir le besoin d'innover et de prendre utilement position sur la solution avancée.

1. Comp. Cass. com. 8 janv. 2002, *Bull. civ. IV*, n° 1.

201 La menace de détournement ◇ La délimitation relativement rigide d'unités de connaissance apparemment efficaces pourrait contribuer au développement de discussions inappropriées et finalement stériles. Elles sont abandonnées après quelques années sans qu'aucune des thèses en présence ne soient parvenues à s'imposer. La controverse qui avait semblé cruciale apparaît bientôt stérile. Dans les ensembles où elles avaient été situées, les discussions relatives à la personnalité morale ou au droit subjectif étaient comme faussées; elles ne pouvaient ni faire question, ni engendrer une crise. Elles n'auraient pu être menées que moyennant des remises en cause plus amples et fondamentales. Elles sont restées en surface; elles n'ont jamais pu clarifier les difficultés dont elles auraient dû commander l'examen, l'abus de droit, le principe de spécialité,... Tout se passe comme si, dans les unités retenues, les juristes avaient besoin de ces mots sans avoir à mettre en œuvre les notions qu'ils paraissent désigner; il leur suffirait de pouvoir évoquer ces nœuds de règles auxquels renvoient le droit subjectif, la personne morale, le service public et peut-être la propriété,...

202 La menace d'artifice ◇ La perversion peut être plus immédiate. Le choix d'une unité de connaissance peut n'être qu'apparemment clarificateur et simplificateur. La communauté de langage et de monde qu'il semble instituer est parfois illusoire, artificielle. Même entre juristes de formations et d'expériences très comparables, de spécialités identiques, le dialogue peut demeurer tout à fait superficiel : traitant du même cas, ils n'y voient pas les mêmes faits. La délimitation d'une unité de connaissance peut reposer sur un malentendu. Les frontières qu'elle pose pour l'un ne sont pas celles qui arrêtent le raisonnement de l'autre. Toute question qui surgit à la rencontre du droit des biens et de celui des obligations peut sombrer dans le fossé inculte qui s'est formé depuis que les juristes ont négligé de se préoccuper des rapports entre propriété et contrat. Les deux mondes paraissent posés l'un à côté de l'autre, comme s'ils étaient radicalement étrangers, comme si aucun passeport ne permettait de travailler à la fois dans l'un et dans l'autre.

203 Les limites de la critique ◇ L'unité de connaissance, c'est aussi le champ ouvert à la réflexion critique et, par contrecoup, la détermination de ses limites. En fixant un ensemble de données qui sont seules vouées à se rencontrer, à s'étayer, à se heurter, l'unité contribue à poser ce qui va de soi, ce qui peut servir de base, ce qui est reçu de l'extérieur et ne peut donc être utilement remis en cause. Elle donne le point de départ de la réflexion qui ne peut prospérer sur une table rase. La discussion sur l'exigence d'une erreur provoquée par les manœuvres dolosives comme condition de l'annulation pour dol ne peut partir de la définition du droit, voire de l'acte juridique ou du contrat qu'en de bien rares hypothèses. Dans tous les autres cas, l'unité de connaissance vaudra dispense.

Nul ne reprochera au commentateur de l'article 1116 du Code civil ou d'un arrêt rendu sur son fondement d'escamoter l'étape qui l'aurait conduit à définir le droit ou le contrat; sa présentation du droit positif n'en perdra aucune pertinence, aucun « réalisme ».

L'unité de connaissance à l'intérieur de laquelle se développe très généralement le raisonnement en soustrait les bases et maints aspects à la critique. Le choix ainsi couramment opéré par habitude, avec l'onction de la collectivité savante, n'est même pas perçu comme un risque; ce parti n'est pas pris provisoirement, sous réserve d'avoir à y revenir. Pourtant, il n'est nullement fondé sur des données acquises. Ce n'est pas parce que les notions de droit et de contrat sont définitivement établies que l'étude du dol dans la formation des conventions n'a pas à les examiner. Il suffit qu'un cloisonnement communément admis les laisse en dehors : ce n'est pas le sujet. Cette délimitation convenue peut être tout à fait inappropriée. Il n'est nullement exclu qu'aucune question véritablement pertinente sur le dol ne puisse être formulée à l'intérieur du champ clos ainsi borné. Il se peut que tout ce qui donne à penser sur le dol procède de la conception du contrat ou du droit. L'unité de connaissance adoptée entravera, pour beaucoup, l'extension de la critique à ce qui est en question et qu'elle dénature en données plus encore qu'en réponses.

§ 3. Exemples d'unités de connaissances

204 *Des études à entreprendre* ◇ Parce que le concert indélébile qui découpe, dans le champ des connaissances juridiques, des ensembles clos, œuvre en permanence et de multiples façons, il est exclu de dresser le catalogue exhaustif de ces unités. Elles ne pourraient d'ailleurs être citées en général et dans l'abstrait. Elles varient selon les domaines, selon les époques, selon les collectivités de juristes.

L'étude différentielle et rétrospective s'impose. Elle ferait apparaître des cloisonnements plus ou moins étroits, plus ou moins rigides. Elle contribuerait à préciser le rôle du fait, de l'espèce, et celui de la règle dans l'établissement du savoir juridique; les unités de connaissance mises en œuvre par les notaires, les avocats et avoués sont-elles davantage sujettes à révision que celles dont use l'enseignement du droit ? Là où elles diffèrent notablement, le dialogue peut être gêné, voire rompu entre l'École et le Palais. C'est dire combien il est dommageable que l'étude de ces unités soit négligée.

205 *Unités de temps* ◇ La première catégorie d'unités que l'épistémologie juridique doit examiner est d'ordre temporel. À chaque fois qu'il y a lieu d'exposer l'état du savoir juridique sur un point quelconque, une mesure de temps est adoptée. L'histoire peut être invoquée à titre liminaire ou fondamental; mais l'actualité a sa mesure. Il semble évidemment que

telle ou telle donnée n'en fait pas partie. Elle est réputée antérieure et, précisément, historique.

La limite entre le passé et le présent n'est guère discutée. Elle est pourtant incertaine; elle dépend de multiples choix imbriqués. Une réforme législative, un revirement supposé dans les positions juridictionnelles peuvent marquer une rupture; ils suffisent rarement. Elle n'est généralement consommée qu'après un événement politique ou social qui prend valeur de repère. Il en est ainsi parce qu'il s'accompagne de changements idéologiques et culturels. Ce n'est manifestement pas une réforme législative, ni même une série de réformes successives, qui expliquent les bouleversements intervenus dans l'analyse, par exemple, du droit des relations sexuelles; la mutation a affecté les idées que les juristes en ont et qu'ils croient que la population en a.

La mesure du temps et la définition du présent déterminent directement les données tenues pour pertinentes. Elles indiquent ce qu'il faut savoir et ce qu'il est permis d'ignorer, ce qui peut fonder une affirmation sur l'état du droit et ce qui a une portée préparatoire, explicative ou anecdotique. Le vieillissement et l'obsolescence des informations sont des phénomènes lourds de conséquences; ils méritent l'examen critique approfondi. Il n'est nullement indifférent que, pour déterminer le droit positif, telle référence juridictionnelle, doctrinale, économique, sociologique, voire législative, soit tenue ici pour dépassée et là pour parfaitement actuelle. Le temps ne s'écoule pas aussi vite, semble-t-il, en droit civil des contrats qu'en droit du travail ou en droit pénal des affaires; le phénomène ne devrait pas être subi comme une fatalité.

206 *Unités conceptuelles* ◇ Une deuxième catégorie d'unités de connaissance est donnée par la matière même, le domaine conceptuel à l'intérieur duquel l'étude est engagée, la question posée. Le droit des contrats se distingue du droit des biens et du droit des personnes, comme le droit civil du droit commercial, celui de la vente de celui du louage d'ouvrage, ... Des cohérences, des oppositions apparaissent. L'unité retenue permet de relever une contradiction insoutenable là où, dans des unités distinctes, se dessinerait seulement un contraste qui confirmerait le cloisonnement consacré.

Ces ensembles conceptuels sont extrêmement nombreux; leur diversité provoque maints recoupements et enchevêtrements. Pour décrire le droit de l'erreur de diagnostic, il faut, par exemple, se situer dans le domaine de la responsabilité, plus précisément dans celui de la responsabilité contractuelle et, plus étroitement encore, dans celui de l'obligation de moyens. À emprunter un tel chemin, l'observateur ne laisse guère de chance à la spécificité du droit médical, de l'activité médicale, de l'art médical et de l'humain.

Les unités et sous-unités ainsi conjuguées sont enseignées, pratiquées, jugées, étudiées. Elles tendent à enfermer le raisonnement dans un cloisonnement qui élimine bien des questions, qui en édulcore d'autres, qui suppose les questions résolues. Les réponses et critiques auxquelles le raisonnement paraît aboutir étaient peut-être contenues dans ces hypothèses et postulats. Au moins, la vérification s'impose-t-elle ! L'épistémologie juridique se refuse à en faire l'économie.

SECTION 3. LES FONDEMENTS

- 207 *L'état du droit, comme objet du savoir juridique* ◇ Si le droit est l'objet d'un savoir, la première tâche de celui-ci paraît devoir être de déterminer cet objet. Le savoir juridique porte sur l'état du droit à un moment donné. C'est cela que les juristes s'efforcent de connaître. C'est à ce savoir qu'ils se reconnaissent. La qualité de l'information qu'ils peuvent donner sur l'état du droit est sans doute la mesure, à la fois, de leur « science » et de l'état de plus ou moins grande détermination du droit dont il s'agit. Cette mesure ne peut être constante : elle varie probablement d'une époque à l'autre, d'un domaine à l'autre, voire d'une question à l'autre.
- 208 *Un état indéterminé ?* ◇ C'est une surprise pour beaucoup : il est fort difficile de préciser ce qu'est l'état du droit. S'il s'agit de décrire un certain nombre de règles, en oubliant leurs points de rencontres et toutes les circonstances dans lesquelles leur mise en œuvre est incertaine, la détermination du droit en vigueur est possible. Dès qu'il s'agit de répondre à des questions précises, les hésitations se multiplient. Par exemple, les juristes français usent d'une définition de l'usufruit, qui est assez généralement admise, encore que discutée, d'une définition de l'hypothèque, d'une définition de l'abus de jouissance et encore de la déchéance qu'elle entraîne. Peu de juristes connaissent les diverses théories en présence sur chaque point; mais nul ne s'en inquiète : ils peuvent, semble-t-il, en faire l'économie sans risque, ni dommage. Ce sont là discussions d'école, un peu ésotériques, et plaisirs intellectuels, quelque peu pervers. Que survienne la question de savoir ce qui advient de l'hypothèque consentie sur son droit par l'usufruitier, lorsqu'il s'éteint par déchéance, et il faudra bien s'engager dans le débat. L'exemple n'a rien d'anecdotique. Dans tous les domaines, sur toutes les notions, sur tous les principes, se retrouve l'apparence théorique paisible d'un droit fixé et connu, aux côtés de mille questions disputées dans chaque espèce troublante, voire insoluble aux yeux de certains.
- 209 *Les décisions de justice* ◇ Pour tenter de les résoudre avec quelque sécurité, appel sera fait aux décisions de justice déjà rendues. Entreront-

elles directement, sans médiation dans le droit positif, dans « l'état du droit » ? Tout dépendra de la façon dont elles seront reçues. Il y a place pour l'interprétation et elle est large. Elle travaille sur le sens d'un arrêt, sur sa portée. S'il demeure inconnu parce qu'il n'a pas été publié, ou parce qu'il l'a été sous une rubrique inattendue, il peut être privé de tout poids dans tel ou tel domaine. Il suffit parfois qu'un arrêt de la Cour de cassation émane d'une chambre différente de celle qui est normalement appelée à statuer sur le point en litige, pour que son audience s'en trouve diminuée. Plus encore, les arguments ne manquent pas pour restreindre celle-ci. La *Common Law* elle-même ne suit pas tous les précédents sans discernement; ses juristes se préoccupent fort de leur qualité avant de s'y soumettre.

- 210 *Le droit à la merci du savoir* ◇ L'état du droit, ce n'est pas seulement l'ensemble des dispositions légales et réglementaires. Ce n'est pas la somme de cette première masse et de toutes les décisions rendues, voire connues. L'état du droit, c'est peut-être cette masse de connaissances rendues plus ou moins disponibles par leur enregistrement dans le savoir juridique. L'objet n'est pas maître de la science.
- 211 *Dol et erreur (exemple)* ◇ Des exemples permettent d'évoquer un peu plus précisément leurs relations complexes. Ainsi, l'une des parties à un contrat peut-elle, en droit civil français actuel, en obtenir l'annulation judiciaire pour dol, si elle n'est pas en mesure de démontrer que les manœuvres de l'autre partie l'ont induite en erreur ? Il se peut, par exemple, qu'elles aient eu pour effet de placer le débiteur dans une position telle qu'il ne pouvait refuser de s'engager.
- La question posée ne pourrait être claire que pour le profane maniant quelques termes de droit; elle peut être entendue de maintes façons et chacune qui a quelques raisons d'être retenue peut justifier une réponse différente. S'agit-il de demander s'il existe une disposition légale applicable qui subordonne l'annulation à la preuve d'une erreur ? S'agit-il de demander si la tendance judiciaire dominante est de subordonner l'annulation à la preuve d'une erreur ? La réponse sera négative dans le premier cas et positive dans le second. Pourtant, même ainsi précisée, la question ne livre pas tous ses secrets. La référence à une tendance plus marquée que les autres vaut, à elle seule, reconnaissance de nuances, de divergences. Surtout, la réponse variera notablement selon que la question portera sur des circonstances concrètes, sur une espèce, ou au contraire sur la définition abstraite de la qualification. Dans le premier cas, il ne sera pas impossible de relever des indices d'une erreur qui pourra être supposée sans être établie, voire de tenir la situation prouvée pour analogue à celle qui résulte de la démonstration de l'erreur commise. Ce qui est sûr, c'est que, dans l'appréciation des circonstances dou-

teuses, des « cas difficiles » ou simplement incertains, le juriste manifeste souvent une sorte de penchant : l'un s'en tient à l'exigence elle-même et paraît sévère, rigoureux, formaliste parfois, tandis que l'autre semble enclin à plus d'accommodements. Le premier exclura l'annulation pour dol, faute d'erreur prouvée; le second l'admettra en mettant l'accent sur les manœuvres déloyales subies par l'un et sur le déséquilibre des obligations contractées ou sur le préjudice subi par l'autre.

Un autre exemple, tiré d'un ouvrage de référence, peut également illustrer le propos. À sa lecture, l'étudiant apprend : « les rédacteurs du Code civil ont envisagé le droit du créancier à des dommages-intérêts en cas d'inexécution du contrat comme un effet de l'obligation contractée (...). Mais, à partir de la fin du XIX^e siècle, l'habitude s'est prise (...) de raisonner non plus en termes d'exécution par équivalent mais de responsabilité contractuelle. Cette évolution a conduit à une certaine déformation du régime du contrat. Aussi bien un courant doctrinal important préconise-t-il l'abandon du "faux concept" de responsabilité contractuelle. S'en tenant au droit positif, on suivra ici la présentation habituelle qui porte à calquer les problèmes que suscite la responsabilité contractuelle sur ceux qui se posent à propos de la responsabilité civile délictuelle »¹. Dans un tel texte, l'analyse découvre plusieurs informations. En premier lieu, deux conceptions s'affrontent, celle du législateur et celle d'une « habitude » qui la dénature et est combattue par une doctrine considérable. En deuxième lieu, il est légitime – non seulement possible (ce n'est pas erreur ou insuffisance qu'ignorer le « courant doctrinal important », puisqu'il est doctrinal), mais aussi souhaitable (par souci de réalisme, de qualité de l'information) – de « s'en tenir au droit positif ». En troisième lieu, ce « droit positif » se distingue du « courant doctrinal » et l'emporte sur lui et sur la loi au nom d'une « habitude prise ». Il faut supposer qu'elle ne l'a pas été par la doctrine, mais par une source ou autorité qui lui est supérieure ou, plutôt, qui est d'une autre nature : c'est probablement l'autorité judiciaire et, spécialement, la Cour de cassation.

Après une telle définition de l'objet du savoir juridique, les discussions sur la jurisprudence source ou non de droit peuvent venir, se poursuivre et s'animer. La cause semble entendue².

- 212 *Diversité fonctionnelle des juristes* ◇ Il se peut que l'opposition entre les juristes tiende à leurs fonctions; agissant « en service commandé », ils n'ont pas eu le choix de la conclusion. L'exemple qui peut être celui des avocats est moins probant qu'il n'y paraît. Leur aptitude à défendre une cause imposée dépend assez largement des raisons qui emportent leurs convictions, lorsqu'ils sont libres de leurs positions.

1. Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 2002, n° 559, p. 539.

2. Comp. J. Ghestin, « Les données positives du droit », *RTD civ.* 2002, 11.

- 213 *Des instruments de conviction* ◇ Lorsque le juriste doit se forger une opinion sur l'état du droit, dire si l'absence d'erreur prouvée est exclusive de l'annulation pour dol, en application de l'article 1116 du Code civil, il semble disposer d'une certaine marge de manœuvre ou subir les conséquences d'une relative incertitude. Il surmontera généralement l'obstacle : comment s'expliquera, et se justifiera, sa conclusion ?

Il serait embarrassant, regrettable et décevant de n'y voir qu'une affaire de tempérament. Sans doute y a-t-il des juristes plus soucieux de sécurité et d'autres qui sont davantage préoccupés de rétablir un équilibre. Sans doute leur expérience, leur histoire personnelle peut-elle expliquer le penchant de l'un ou de l'autre. Il reste que le savoir de chacun joue un rôle considérable.

En premier lieu, il peut expliquer la tendance que traduit la position du juriste. C'est souvent au nom de l'état du droit qu'il retient telle ou telle conclusion. En second lieu, le savoir juridique prépare à préférer l'une ou l'autre tendance. Il se compose d'informations sur des positions antérieures, sur les conséquences de leur adoption, sur des expériences. Ces données sont plus ou moins précises. Il n'importe. Elles alimentent la réflexion. Le juriste qui a appris que tout dol, par définition, suppose une erreur, raisonne sur cette base. Il arrête sa position, élabore son raisonnement en supposant ce point acquis; il arrive même qu'il ne soit plus en mesure de laisser place au doute et qu'il en vienne à imaginer l'existence d'une exigence légale explicite. S'il est chargé d'obtenir l'annulation d'un contrat sans pouvoir prouver l'erreur provoquée par les manœuvres du défendeur, il sera évidemment embarrassé; il le serait moins s'il avait appris que la question demeure ouverte pour la discussion. Interrogé avant l'introduction de l'instance sur l'opportunité d'une telle initiative procédurale, il répondra en fonction de ce qu'il sait.

- 214 *Prouver le mouvement en marchant* ◇ Si tous les avocats et avoués croient, pour l'avoir appris sans doute, qu'il n'y a pas de dol sans erreur, les occasions de faire juger l'inverse se raréfieront et il deviendra de plus en plus difficile de convaincre que le dol peut exister sans erreur prouvée. Le savoir peut ainsi parvenir à prouver le mouvement en marchant, à faire exister l'état du droit qu'il avait supposé par erreur ou par simplification. Son influence peut être considérable. Elle le sera d'autant plus que les juristes auront été rendus moins attentifs au risque de décalage qui demeure entre le droit et son savoir. Tous ceux qui affirment qu'après un arrêt de la Cour de cassation, les controverses antérieures sur le point tranché sont closes rendent moins hommage à la juridiction qu'aux interprètes de ses arrêts. Ils leur attribuent le pouvoir de dire que telle cassation vaut prise de position dans telle controverse et suppose la consécration de telle ou telle thèse. La liberté de l'interprète est d'autant plus grande que la Cour de cassation, rêvant par là d'éviter les extrapolations ou appréciations, s'efforce de ne pas motiver ses décisions de façon explicite.

§ 1. Dispositions légales

215 **La souveraineté du législateur** ◇ S'il est un domaine que tout juriste français exclurait sans rémission de toute étude épistémologique entendue dans le sens ici adopté, c'est bien celui du droit qu'il dégage de la loi. Le législateur s'étant exprimé dans l'exercice de son pouvoir propre, l'état du droit est connu, fixé; il l'est généralement de manière relativement claire et les incertitudes ou obscurités s'élimineront d'elles-mêmes. Les travaux préparatoires, la mise en œuvre juridictionnelle et les commentaires doctrinaux y pourvoient.

Le juriste n'est manifestement pas un simple lecteur. Il ne peut répondre à une question, qu'elle soit relative à une espèce ou à un principe, une notion, en se contentant de citer une disposition légale. Chacun en convient. Pourtant, trop de raisons fondamentales militent pour exclure la présence d'un savoir constitué placé en position d'intermédiaire entre le verbe légal et le droit positif, le vrai droit. Les principes démocratiques, l'origine du pouvoir et sa légitimité, sa définition constitutionnelle, tout paraît imposer la reconnaissance de la puissance législative immédiate de dire le droit. Le juriste est seulement celui qui le connaît et le comprend. Ses erreurs, ses ignorances, ses omissions sont trop rares et provisoires pour se prêter à l'étude épistémologique. Ses découvertes ne sont jamais que retrouvailles, rétablissements.

216 **Loi, savoir, raisons,...** ◇ Cette description convenue tolère le doute. Il procède, d'abord, de la généralité de la loi, de l'abstraction de ses dispositions. La distance qui les sépare du fait, de l'espèce, de la difficulté concrète, des circonstances du litige, des relations réelles, est telle qu'il faut renoncer à prétendre les appliquer à ces réalités. Le terme même – « application » de la loi – est chargé d'une idéologie rudimentaire et trompeuse. Nul juriste ne devrait le prendre au pied de la lettre. Il sait trop qu'il lui faut choisir une disposition, lui donner un sens, avant de reconnaître, dans le fait indocile, ses conditions « d'application » et d'en déterminer les effets possibles. La *juris-dictio* est traditionnellement réservée au juge : il est admis, par là, que le droit ne se peut dire dans la généralité, mais seulement dans l'espèce.

Le doute vient, ensuite, de l'instrument malcommode et impossible à maîtriser dont use le pouvoir législatif. Le texte qu'il écrit prend sens à la lecture; chaque lecteur le charge de significations nuancées, déviées, déformées à la lumière de sa culture, de sa formation, de ses expériences... Chaque décision publiée qui y fait référence peut en révéler un aspect nouveau et influencer sa mise en œuvre ultérieure. Sous la permanence des mots, les dispositions les plus anciennes ont connu et connaissent bien des variations.

Le savoir juridique ne parvient pas à s'effacer derrière la puissance législative. Ses tendances, ses postulats, ses méthodes, les idéologies qui

l'influencent agissent sur la façon dont il enregistre, présente et décrit le contenu des codes, lois et règlements. La règle de droit n'apprend rien à qui lui demande trop, à qui lui demande un message clair, complet et définitif.

Ce que les mots montrent, c'est une direction qui s'offre dans des raisons, des justifications, des motivations. Le droit vaut par les raisons qu'il donne et se donne ou suggère, d'attribuer à l'un et de refuser à l'autre, de condamner l'un et d'exonérer l'autre. Des règles d'origines diverses, et qui sont rarement parfaitement harmonieuses, aident à rechercher des justifications. Ces règles ne peuvent dire le droit : la *juris-dictio* suppose une histoire concrète et saisie au passé. Les mots qui expriment des règles peuvent tout au plus montrer le sens du droit; les conditions auxquelles leur contenu est vrai demeurent indéterminées.

Le droit ne peut être ramené, en toute époque et en toutes circonstances, à une simple affaire de mots. Leur sens varie avec leurs lecteurs et tous ceux qui en usent n'ont pas le même souci de correction, de précision et de rigueur. Ils renvoient à autre chose, à une réalité qu'il n'est pas permis d'ignorer, et qui toujours nous répond. Le langage du droit puise là sa force et sa valeur, avec ses pièges.

Wittgenstein est ici d'un grand secours. Il nous apprend qu'entre ce qui peut se dire, en des propositions dont les conditions de validité sont déterminées, et ce qui ne peut que se montrer, une hiérarchie s'instaure. Elle est inverse de ce que le scientisme ferait attendre; ce n'est pas le dicible qui est supérieur au montrable, même s'il est l'objet d'un discours qui a seul un sens. Tout ce qui importe à l'homme et pour lui dans le monde, est indicible et peut seulement être montré. Ce sont l'éthique et l'esthétique. L'auteur du *Tractatus logico-philosophicus* ne se contente pas de cette condamnation d'un discours illusoire. Derrière le négatif, se profile le positif. « Ce dont on ne peut parler, il faut le taire » sans doute; mais on peut parler de tout, à condition de connaître la valeur des mots employés et de demeurer attentif aux limites de leur aptitude à dire.

Les mots ont deux voix; ils parlent deux langages. Lorsqu'ils ne savent signifier, ils peuvent encore montrer. Ici, ils disent positivement parce qu'ils composent des propositions dont les conditions de validité peuvent être déterminées. Là, ces mêmes mots disent négativement qu'ils ne peuvent composer des propositions dont les conditions de vérité pourraient être déterminées. En d'autres termes, ces mots montrent ce qu'ils ne peuvent dire; mais ces signes ne sont pas visibles et sensés pour tous. Aucun code ne peut en livrer le secret.

Les mots du droit ne peuvent montrer le droit qu'à ceux qui savent leur impuissance à le dire. Pour signifier ce qu'il ne parvient pas à déterminer rigoureusement, le discours doit marquer les limites de son aptitude à décrire, à déclarer, à construire. Lorsque le silence se fait, parce que nul n'attend plus aucun discours définitif, lorsque se taisent les mots qui prétendaient dire, alors peuvent s'entendre les signes laissés derrière eux par

les mots qui montrent. La réalité du litige contractuel ne s'apprécie pas, en se contentant de répéter que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Les mots dans lesquels les règles s'écrivent peuvent tout au plus montrer la direction du droit.

§ 2. Positions des juges

- 217 **Un phénomène spontané** ◇ Imaginons qu'un législateur doté d'un pouvoir nouveau et efficace prenne la décision d'interdire toute référence aux jugements et arrêts dans tous les écrits juridiques et qu'il soit en mesure d'en imposer le respect. Par une disposition légale d'ordre public, l'idée même de jurisprudence serait – supposons-le pour les besoins du raisonnement – anéantie. L'article 5 du Code civil serait complété pour lutter contre des tendances pernicieuses : il ne serait plus possible de découvrir des principes prétoriens dans des arrêts rendus au vu d'une espèce particulière et toute critique inspirée par les conséquences que la solution pourrait avoir en d'autres circonstances serait privée de pertinence.
- 218 **Un droit sans « jurisprudence » ?** ◇ Quel changement une telle réforme entraînerait-elle dans le savoir juridique, si elle venait à être appliquée ? L'enseignement et les modalités de contrôle des connaissances dont il est assorti, les publications, des thèses de doctorat aux revues, en seraient bouleversés. Pourtant, en premier lieu, l'abolition de la « jurisprudence » serait bien inutilement coûteuse. À tout prendre, citer un arrêt qui paraît fondé ou exposer son fondement, c'est tout un. L'économie de développement n'est pas nécessairement une économie de raisonnement; ce n'est qu'une dispense de formulation et la qualité présumée de nos décisions juridictionnelles, de celles en particulier qui restent en mémoire, en donne licence. En second lieu, l'absence de toute référence jurisprudentielle rendrait plus délicate la « vérification » de la correspondance de l'exposé à l'état du droit positif. Un travail « allégé de tout l'appareil des citations jurisprudentielles »¹ passe assez souvent aujourd'hui pour peu sérieux; il est des rédacteurs en chef pour y voir un obstacle à la publication. Comment faire le départ entre l'opinion personnelle et les « données acquises » de la science, sans pouvoir montrer que telle affirmation est, non seulement fondée en droit, mais également accueillie par les autorités investies du pouvoir de le mettre en œuvre ? La qualité du raisonnement n'y suffit sans doute pas. L'auteur a beau analyser des dispositions légales, en expliciter le sens, en dégager des conséquences qu'il présentera comme « logiques » et conformes à leur passant par les traités, le contenu des conclusions déposées devant les différentes juridictions en serait sans doute profondément affecté, comme les plaidoiries.

1. J. Carbonnier, préface de la première édition de l'ouvrage *Droit civil*, Paris, PUF, 1955, p. I.

Sans insister sur l'allègement de ces différentes formes d'expression juridique et sur l'amélioration de leur style, les argumentations seraient modifiées. Il faudrait invoquer d'autres autorités et, surtout, beaucoup plus de raisons pour tenter d'emporter la conviction. Il ne serait plus possible de se référer à une « jurisprudence constante », à celle qui exclut la fixation forfaitaire d'une indemnisation en responsabilité civile, à celle qui accorde réparation du dommage moral ou de la perte d'une chance, à celle qui élimine l'erreur sur la valeur de l'objet de l'obligation comme cause d'annulation du contrat, à celle qui impose la démolition du bâtiment construit en méconnaissance du droit réel d'autrui, ... Le juriste compétent et consciencieux devrait rechercher les justifications de ces positions; il devrait aussi parvenir à les présenter de telle façon qu'elles conservent toute leur force.

Aurait-il des lecteurs et des auditeurs suffisamment attentifs, patients et intéressés ? Beaucoup penseront que la référence à la raison d'être suffit; d'autres invoqueront d'autres lois ou d'autres interprétations possibles ou d'autres raisons et soutiendront que l'état du droit est de leur côté. La « jurisprudence » sert manifestement à les départager, chaque fois au moins qu'elle présente un peu de cette continuité, de cette cohérence qui devrait la caractériser. Ce que la Cour de cassation affirme, c'est bien la conformité ou « la non-conformité du jugement (frappé de pourvoi) aux règles de droit »¹. Cette conformité peut donc sans doute être « constatée », « vérifiée »; mais chacun sait qu'elle est bien davantage postulée pour des motifs complexes.

- 219 **Le miroir jurisprudentiel** ◇ Les modes d'emploi de l'outil jurisprudentiel pourraient être un révélateur assez clair, cru, voire cruel, de l'état de la collectivité des juristes. C'est peut-être pourquoi les réflexions consacrées à la jurisprudence sont généralement fort abstraites et artificielles : la crainte serait-elle de trop dévoiler, de trop se dévoiler ?

L'hypothèse émise est double. D'un côté, elle est relative à l'image que les juristes ont, pensent avoir ou espèrent avoir, dans l'esprit de leurs contemporains. De l'autre, elle décrit les rapports internes à leur collectivité, les relations qu'entretiennent les magistrats, les avocats, les avoués, les notaires, les huissiers, les juristes d'entreprises.

Les modes d'emploi de l'outil jurisprudentiel pourraient d'abord servir d'indicateur de la position que les professionnels du droit estiment avoir dans la société; plus ils y sont installés, à l'aise, plus ils s'y sentent forts et reconnus, moins ils ressentent le besoin d'une sorte de caution institutionnelle. Leur savoir impose le respect par lui-même. Lorsqu'à l'inverse, les juristes perdent leur assurance parce que les institutions sont en crise ou en déclin, parce que la complexité du droit complique leur tâche,

1. Art. 604 c. pr. civ.

parce qu'ils se sentent menacés de condamnations à réparer les conséquences de leurs erreurs et ignorances, alors ils se réfèrent de plus en plus systématiquement, de plus en plus frileusement aux décisions rendues.

220 Loi et jurisprudence, doctrine, juges et autres ◇ Ces modes d'emploi de l'outil jurisprudentiel feraient aussi apparaître les relations qui s'instaurent entre les diverses composantes de la collectivité des juristes. Lorsque la doctrine est reconnue et sait s'imposer, la « jurisprudence » n'est pour elle qu'un réservoir de questions. Lorsque les avocats parviennent à faire admettre leur fonction d'auxiliaires de justice, ils peuvent raisonner et argumenter; la jurisprudence n'est pour eux qu'un garde-fou, une précaution, un renfort complémentaire. Lorsque les juges sont des juristes, ils se préoccupent de la cohérence de leurs positions et du droit; ils n'ont pas leur jurisprudence, mais savent mesurer leurs propres audaces. La « jurisprudence » n'est ni une excuse, ni une arme décisive. Elle offre l'une des occasions de rechercher en conscience, par un effort intellectuel rigoureux et exigeant, la solution de droit.

221 L'étude à mener ◇ Vérifier l'hypothèse est difficile. Les références aux décisions de justice ont toujours quelque chose d'ambigu; le phénomène, les choix qu'il révèle, la contrainte ou les inquiétudes dont il atteste, ne se laisse pas aisément interpréter.

La référence peut venir à l'appui d'un raisonnement approfondi fondé sur l'analyse des dispositions légales, sur les mouvements historiques qui les ont préparées, accompagnées, suivies, sur les variations sociales et sur leurs répercussions juridiques, sur les influences idéologiques, sur la cohérence des règles, constitutive de la « nature juridique » de telle ou telle institution. La position des juges n'est alors pas même une vérification; contraire aux résultats de l'analyse, elle pourrait être combattue. Une jurisprudence ne peut infirmer une proposition théorique; elle sera qualifiée d'erronée ou expliquée par les particularités de l'espèce. L'argument tiré de quelques jugements ou arrêts est seulement d'autorité et d'exemplarité. Le raisonnement élaboré au soutien de la position avancée a sa force en lui-même. Historiquement et comme en fait, sa qualité s'est affirmée – mais elle aurait pu ne pas y parvenir –, lorsqu'il a emporté la conviction d'un juge; la qualité de la motivation de sa décision n'est que le reflet de la pertinence et de la valeur des raisons invoquées. Mal rédigé, son arrêt ne serait probablement pas cité; au moins le serait-il discrètement, avec d'autres.

La situation est inverse lorsque la référence « jurisprudentielle » vient à la place du raisonnement.

Ce n'est plus une question, des raisons que le juriste cherche; c'est une réponse, et une réponse parée d'une autorité particulière. Tel est le droit puisqu'un juge l'a dit ! Cette attitude intellectuelle est fréquente dans le

monde judiciaire. En doctrine, elle se rencontre : qui affirme qu'une controverse est close parce que la Cour de cassation a statué avoue par là-même sa soumission. La citation jurisprudentielle devient économie de moyens, dispense de raisonnement. Le dispositif l'emporte sur les motifs, le pouvoir sur le savoir, l'administrateur sur le juge.

222 Du phénomène jurisprudentiel aux outils jurisprudentiels ◇ Rien n'autorise à supposer qu'il existe un phénomène jurisprudentiel unique, unifié, toujours identique à lui-même. Il n'y a pas un seul instrument, mais des outils jurisprudentiels. Les variables qui les distinguent sont multiples.

L'utilisation des décisions de justice peut différer selon la formation et la fonction des juristes, selon leur tempérament, mais aussi en fonction des époques et des domaines, de l'état de la législation. L'objectif poursuivi par celui qui cite une décision est encore une variable décisive. Comment ne pas reconnaître ce que peut avoir d'artificiel et de rudimentaire le recours au même terme pour désigner ces références dont le sens et la portée sont incomparables ?

223 Des espèces ◇ L'étude des décisions de justice peut servir à repérer les difficultés et questions que le contentieux révèle. Pour en faire un tel usage, il n'est pas besoin de prendre parti sur la jurisprudence, voire d'en faire une source du droit. L'exposé des faits et des péripéties procédurales est ici le filon à exploiter. La réflexion y gagne un certain réalisme; elle puise l'information à bonne source, notamment si l'analyse ne se limite pas aux arrêts de la Cour de cassation.

224 Une information statistique ◇ L'étude des décisions de justice peut aussi relever d'un choix thématique parfaitement conscient. Examiner comme un ensemble de faits, de données, les positions juridictionnelles, ne manque assurément pas d'intérêt. L'objectif n'est pas de déterminer le droit ou le bon droit, mais ce que les juges tiennent pour tel. La formulation précise qu'évoque la citation pourrait être la suivante : c'est un fait historique que telle juridiction, ainsi composée, statuant dans une espèce qu'elle a caractérisée de telle façon, a rendu telle décision fondée sur tel motif. Ce genre de travail n'intéresse pas seulement la pratique qui cherche à prévoir les résultats de l'activité du rédacteur d'acte, du conseiller, du plaidant, ...¹. La production juridictionnelle peut être étudiée pour elle-même. Elle peut faire l'objet d'une enquête philosophique qui porte sur les concepts mis en œuvre, sur leurs origines, sur les

1. Comp. R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, Rousseau, 1911, p. 4.

influences auxquelles les magistrats sont sensibles. Une étude épistémologique est possible; elle aura pour tâche d'explicitier les mécanismes par lesquels les juges parviennent à se convaincre que tel est l'état du droit, que telle solution est caduque, ceux par lesquels ils se satisfont d'une explication ou d'une justification, ceux encore par lesquels ils se donnent de la liberté ou se tiennent, au contraire, pour liés par telle disposition, par tel principe, par telle notion.

Il est bien rare que l'emploi du fonds « jurisprudentiel » se limite à cette analytique et à ses suites.

225 Droit jurisprudentiel, droit plus positif ◇ Le plus souvent, la citation de décisions est présentée comme l'un des moyens de déterminer l'état du droit. Parce que la Cour de cassation notamment a rendu un ou plusieurs arrêts indiquant ou impliquant telle règle, celle-ci est tenue pour une donnée acquise de la connaissance du droit à l'époque considérée. Encore cet emploi habituel des productions juridictionnelles est-il susceptible de multiples nuances !

L'affirmation de telle ou telle règle peut être seulement accompagnée d'une ou de plusieurs références. L'auteur paraît alors vouloir fonder sa présentation de l'état du droit : il comporte bien cette règle, puisque la Cour de cassation la formule et la vise. C'est d'une constatation dont il s'agit, mais elle est conçue comme portant sur le droit.

La référence à des décisions rendues peut aussi être d'ordre statistique ou plutôt relever des probabilités; il peut y avoir plus qu'une nuance entre cet usage des décisions connues et leur simple présentation servile comme reflet de l'état du droit. L'espoir est de gagner en sécurité, en prévisibilité. Si des juges ont déjà statué ainsi dans des cas supposés analogues, c'est que d'autres juges pourront adopter la même position; c'est aussi qu'ils ne tiendront pas la solution pour absurde, ineptie de praticien embarrassé ou rêve de théoricien.

226 Décisions et arguments ◇ L'attitude intellectuelle est différente, ou peut l'être, lorsque la référence à une décision s'accompagne d'une périphrase qui introduit la possibilité d'une dissociation, d'un décalage entre ce qui est jugé et ce qui serait de droit. Les positions juridictionnelles sont seulement présentées comme indiquant l'une des directions possibles : les juges estiment, considèrent, admettent, énoncent,... En prenant une telle précaution, le commentateur modifie sa position : ce n'est plus exactement l'état du droit qu'il constate. C'est un argument qu'il se donne et sa liberté en est notablement accrue. Le plus souvent, le passage de la constatation à l'argument ne répond nullement à un choix théorique relatif à la portée de la « jurisprudence ».

227 Usages et significations mêlés ◇ Dans un même écrit, voire dans un même développement, plusieurs emplois du fonds des décisions juridictionnelles se rencontrent. Pour soutenir sa position, sa thèse, sa démonstration, le juriste cite des arrêts qui l'étayent, la confortent : ce sont des arguments tendant à justifier de la conformité de l'opinion soutenue avec le droit positif. Dans le cours de l'étude, l'auteur doit énoncer quelques affirmations qu'il tient pour extérieures à la discussion : son projet n'est pas de tout reconstruire sur une « table rase ». Sur le ton du rappel, il cite alors la « jurisprudence » comme le reflet nécessairement fidèle du droit positif.

Ce reflet n'est pas déterminé, fixé en fonction de critères reconnus. Pour s'en convaincre, l'indice de l'ancienneté des décisions retenues est suffisant. Selon le propos, selon la matière, selon l'opinion que l'auteur peut avoir sur la fermeté des positions juridictionnelles, selon les époques, elle varie notablement. Certains arrêts qui paraissaient fondamentaux, « de principe », semblent désuets, négligeables. Une enquête systématique s'imposerait. Un seul exemple en marquera l'intérêt.

En 1952, Paul Esmein appuie son affirmation de l'impossibilité d'annuler un contrat au motif que l'une des parties aurait mal apprécié la valeur de son objet, sur la référence à huit arrêts. Il ne cite pas l'arrêt du 17 mai 1832 qui est généralement considéré comme ayant inauguré la lignée. Il ignore également un arrêt du 15 février 1898 que d'autres présenteront comme consacrant la solution inverse, alors qu'il vise un arrêt du 25 juillet 1898. Il invoque un arrêt de 1886 – vieux de 66 ans – comme plus ancien de la série, aux côtés de trois arrêts du XIX^e siècle¹. En 1988, le Professeur Jacques Ghestin qui présente la même solution comme « unanimement admise », rappelle un seul arrêt du XIX^e siècle, daté de 1891; c'est pour évoquer les limites de la solution de principe qu'il cite un grand nombre de décisions dont la plus ancienne est de 1955 : elle a 33 ans. 21 arrêts, dont 4 de cours d'appel, et deux jugements sont cités².

228 Liberté de choix ◇ Tout se passe comme si l'utilisateur du fonds jurisprudentiel avait le choix de l'usage qu'il en fait. Sa liberté est encore accrue par l'absence de contrôle systématique de la continuité et de la cohérence des positions prises par les juges sur la question traitée. De surcroît, il ne semble pas que le critère de l'emploi donné aux décisions tienne à la qualité de leur motivation ou à une autre de leurs caractéristiques propres. C'est bien plutôt l'objectif poursuivi, le propos dans lequel s'insèrent la référence ou la citation, qui semble déterminant.

1. M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, Paris, LGDJ, 2^e éd., t. VI, *Obligations*, par P. Esmein, 1952, n° 186, pp. 224-225 : la présentation est reprise de la première édition de 1930 (V. n° 186, pp. 248-249).

2. J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat : formation*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1988, n° 387 et s., p. 421 et s.

SECTION 4. MOUVEMENTS ET MATURITÉ

229 *De multiples mouvements* ◇ Le savoir juridique n'est pas inerte. Il change et les mouvements qui l'animent sont multiples. Ils se différencient par leur objet, par leur ampleur, par leur origine. Surtout, dans la perception ordinaire des membres d'une collectivité savante, une distinction apparaît. Il y aurait un mouvement d'ensemble qui porterait chaque science de sa préhistoire à son histoire; c'est celui qui permettrait, sinon de dater, au moins de repérer dans la durée, la naissance de la science. Ce mouvement qui mène un savoir, une discipline, à sa maturité, se distingue de ceux qui marquent seulement une nouvelle étape sur le chemin d'un progrès permanent.

230 *Mouvements internes* ◇ La valeur de l'opposition est incertaine. Une fois qu'une science s'est constituée comme telle, s'est reconnue et s'est fait reconnaître, des changements profonds et radicaux peuvent l'affecter. Il n'est pas toujours sûr que la science d'avant et la science d'après soient les mêmes; leurs objets, leurs méthodes, leurs principes peuvent être transformés. C'est peut-être par convention, ou par une habitude tenant à la spécialité de l'auteur de la découverte cruciale, que la discipline nouvelle sera désignée sous le nom de l'ancienne.

231 *Mouvements du savoir juridique* ◇ Ces questions peuvent-elles être posées à propos du savoir juridique? Dans l'opinion commune, la négative relève de l'évidence. S'il est difficile de dater la naissance du droit, il n'y a pas lieu d'essayer de trouver une sorte de point de départ du savoir juridique. Quant à supposer qu'il aurait pu subir des mouvements propres de nature à changer ses objets, ses méthodes ou ses principes, ce ne pourrait être qu'hérésie. La philosophie du droit l'évite en joignant changements législatifs, prétoriens et doctrinaux.

Le savoir juridique a pourtant connu des avancées, des tournants, des retours en arrière. Dans l'établissement du droit positif, les décisions juridictionnelles, celles des juges du fond en particulier, n'ont pas toujours tenu la même place. La présentation du droit civil s'est longtemps passée de la notion de droit subjectif. L'autonomie de la volonté a connu un sort variable, comme le service public... Ces mouvements n'ont pas été provoqués par une décision législative ou juridictionnelle; ce ne sont pas, par eux-mêmes, des changements du droit. Ils ont affecté son analyse, sa description, sa présentation, son enseignement, sa critique, sa théorie et sa pratique avant d'influencer le droit, les règles et solutions consacrées. C'est ce qui pourrait justifier la réflexion épistémologique.

232 *Naissance du savoir juridique?* ◇ Elle porterait sur l'existence ou l'inexistence d'un mouvement de grande amplitude qui aurait pu donner naissance au savoir juridique. Auparavant, diraient certains, il n'y avait qu'une connaissance traditionnelle des us et coutumes, directives morales, recommandations d'ordre économique. L'hypothèse serait que le savoir juridique est nécessairement contemporain des formes modernes du droit. Même s'il fallait la retenir à titre de convention, la difficulté serait de caractériser le point de rupture, le moment d'apparition d'un droit nouveau, celui où serait né un savoir particulier.

Il serait tentant de la tourner. Le signe de la formation d'un savoir juridique caractérisé comme tel pourrait être trouvé dans l'apparition d'une collectivité, d'une communauté, d'un corps de savants. Là où il y a des avocats, des avoués, des notaires et des professeurs de droit, il doit y avoir un savoir qui leur est propre. Le détour est affecté de deux faiblesses. La première est de supposer qu'avant l'apparition de juristes spécialisés, il n'y avait pas de juriste. Dans une civilisation où la catégorie serait issue de celles des prêtres par exemple, le savoir juridique aurait pu préexister à la séparation; les prêtres auraient invoqué leur connaissance du droit avant qu'elle ne se soit détachée de leur science théologique. La deuxième faiblesse est plus grave. Il ne suffit certainement pas qu'il y ait des professeurs de droit, des notaires, des avocats et avoués et qu'ils se réfèrent aux mêmes données, pour que celles-ci aient leur place dans un savoir caractérisé comme juridique. Certaines relèvent assurément de la catégorie à l'époque actuelle. Il serait pourtant bien hasardeux de systématiser.

La définition administrative des caractéristiques que doivent présenter les lieux de travail est-elle juridique dans le même sens que celle du contrat de travail? Elle l'est dans la mesure où sa méconnaissance peut entraîner des sanctions relevant de l'arsenal juridique; mais il n'est pas sûr qu'en elle-même, elle puisse prendre rang dans le savoir juridique au même titre que des données plus habituellement reconnues. La détermination des dimensions du poisson, qui autorisent la pêche, celle des caractéristiques des produits alimentaires qui peuvent être proposés à la consommation ne sont pas nécessairement juridiques. Les autorités qui fixent ces règles ne fonctionnent pas nécessairement comme un législateur ou un juge, avec des préoccupations et sur la base d'informations comparables. Avant de prétendre arrêter une position, il faudrait s'être doté d'une définition du savoir juridique; il n'est pas sûr que le critère de sa reconnaissance puisse être puisé dans le pouvoir institutionnel attribué à l'auteur des règles qu'il prend pour objet.

233 *Mouvements successifs* ◇ Même s'il fallait renoncer à analyser le vaste mouvement historique dans lequel la naissance d'un savoir juridique spécifique a été une étape majeure, il resterait possible d'étudier d'autres mouvements dont les traces ont pu être reconnues. Leur extrême diversité est manifeste. Sans prétendre à la classification, il y a lieu d'en

dégager les principales catégories qui s'ordonnent autour de leur ampleur, de leur objet ou de leur origine.

234 Mouvements divers ◇ Les mouvements qui affectent le savoir juridique peuvent atteindre des pans entiers de la matière connaissable ou, au contraire, un domaine spécial. Les mouvements partiels sont fort nombreux. Une notion, la cause de l'obligation, la nullité du contrat, la lésion, tel privilège,... peut être l'objet d'une révision, comme un principe. L'analyse des dispositions légales et de leurs origines historiques, des positions prétoriennes conduira, par exemple, à décrire le droit positif en exposant, contrairement à ce qui avait été écrit, qu'il n'exclut pas la réfaction judiciaire du contrat privé ou que la propriété privée n'est pas imprescriptible ou encore que le juge peut ordonner la démolition d'un ouvrage public,....

Dans certaines hypothèses, le mouvement sera plus ample, plus profond. Ce qui sera modifié, c'est la définition ou la fonction d'une notion générale, d'un principe sur lesquels repose un ensemble de données du savoir. De tels changements sont rares. Le droit subjectif, la personnalité morale, la propriété, le contrat, le service public, la police administrative sont des notions trop larges et fondamentales pour que leurs transformations soient, à la fois, aisées, rapides et manifestes. Le travail est souterrain et ses effets sont généralement discernés avec retard. L'impulsion est d'ordre idéologique et culturel le plus souvent. Sans la vague rationaliste et subjectiviste, le savoir juridique n'aurait assurément pas été animé des mouvements qui ont caractérisé les deux derniers siècles. Le droit subjectif n'aurait pas pris l'importance qui est la sienne. Le contrat serait demeuré peut-être une opération concrète, une affaire mettant en cause des besoins, des intérêts, des positions, des moyens, des objectifs. Ces changements d'importance se sont réalisés de façon progressive, diffuse. Leur influence a varié, probablement en augmentant sensiblement. Des secteurs entiers de la description du droit positif en ont été affectés.

235 Autres variétés ◇ Les mouvements du savoir juridique peuvent avoir des objets variés. Ils s'associent parfois et se confirment par leur conjugaison, voire s'amplifient. Certains changements peuvent porter sur une notion plus ou moins générale et fondamentale, sur un fondement global ou une inspiration d'ensemble ou sur une méthode. Faire passer le droit subjectif de l'idée de pouvoir à celle d'intérêt, ce n'est pas enregistrer une modification du droit positif; il s'agit de le voir et de le comprendre autrement. De même, inviter les juristes à ne plus trouver le droit dans le commentaire de la loi, pour se livrer à une interprétation déformante, voire à une libre recherche scientifique, c'est agir sur le savoir, non sur le droit.

Il ne suffit pas que la proposition soit émise, que l'analyse ou la théorie perturbatrice soient avancées. Elles peuvent ne recevoir aucun écho,

n'exercer aucune influence. Encore l'appréciation sur ce point doit-elle être prudente et réservée ! D'une part, une idée non reçue et qui paraît ignorée peut travailler le savoir, agir sur lui par action ou par réaction. D'autre part, elle peut prendre avec retard une place inattendue; redécouverte après quelques décennies, elle peut acquérir une audience considérable, voire une position dominante.

L'ampleur et le sens du changement sont encore plus difficiles à mesurer. L'opinion exprimée rencontre un terrain qui peut être propice, d'autres idées, des obstacles; la fusion qui s'opère donne un résultat éventuellement bien différent des objectifs et vœux de l'auteur de la proposition. Analyser le droit subjectif comme un intérêt protégé, et non plus comme un pouvoir octroyé, c'est toujours reconnaître le rôle de la loi principalement; cette tendance commune peut atténuer les effets du passage d'un volontarisme nuancé à un subjectivisme qui ne l'est pas moins. La mutation prendra d'autant plus d'importance que la notion en cause, avec elle, grâce à elle ou malgré elle, connaîtra un succès et des applications plus ou moins étendus.

Un changement de fondement ou d'inspiration est *a priori* plus lourd de conséquences. Selon que le procès civil est conçu comme « la chose des parties » ou comme l'opération placée sous la maîtrise du juge, selon que le contrat est fondé sur la volonté des parties, sur leurs positions respectives ou sur la délégation de la loi, selon que la propriété immobilière est analysée comme une situation privée ou comme la concession d'une portion du territoire national, c'est tout le corps des règles établies qui se réoriente et se transforme. Dans cette sorte d'hypothèses, il n'est pas rare que le mouvement soit multiforme. Une tendance s'affirme; elle n'efface pas les autres qui demeurent présentes, plus ou moins actives ou en sommeil, souterraines ou exprimées.

Enfin, les mouvements du savoir juridique portent aussi sur les méthodes employées pour déterminer l'état du droit. L'importance relative accordée à chaque donnée (législation et positions juridictionnelles, arrêts de la Cour de cassation, des cours d'appel et jugements des tribunaux, règlements, circulaires, avis,...) est une variable d'importance. Le tournant du XIX^e au XX^e siècles a notamment été marqué par une querelle de méthodes assez spectaculaire; elle avait pour prétexte le « vieillissement » du Code civil et tendait, aux dires de la nouvelle génération des maîtres des Facultés de droit, à libérer l'interprétation qui se serait exagérément enfermée dans la lettre de la loi. Il n'est pas sûr que le combat mené alors ait produit le résultat souhaité.

236 Origines diverses ◇ Les mouvements qui animent le savoir juridique se distinguent par leurs origines; elles sont plus ou moins spécifiques, plus ou moins liées à l'activité de connaissance du droit proprement dite. L'origine du changement est externe, lorsque le savoir juridique subit le contrecoup d'une réforme législative par exemple; c'est son objet qui

change. Pour autant, le mouvement peut s'étendre au savoir même. La modification de l'état du droit ne sera pas seulement enregistrée pour mettre à jour l'état des connaissances. En appréciant la portée de la réforme et ses retombées sur d'autres points que le législateur n'avait pas envisagés, les juristes recomposeront, à partir de cette donnée nouvelle, un savoir différent. L'origine du changement est interne, lorsque, à droit constant, sans réforme, ni revirement, les connaissances portant sur l'état de ce droit se renouvellent, se nuancent, sont révisées ou rectifiées. Une théorie inédite peut se présenter comme iconoclaste, pourfendre les erreurs passées ou se fonder sur une idéologie récente, une nouvelle « conception du monde ». Le changement peut commencer discrètement, modestement; il peut aussi être issu d'une véritable découverte, bouleversement des données historiques, distinction inaperçue, analogie insoupçonnée... Nombre de thèses de doctorat sont demeurées célèbres pour avoir rétabli le sens d'un adage, d'un principe ou l'analyse d'une qualification.

237 Maturité du savoir ◇ À un moment donné de son histoire, après bien des mouvements de plus ou moins grande ampleur et plus ou moins spectaculaires, un savoir peut atteindre une forme de maturité. Comme la civilisation fut un espoir, une aspiration, une tendance ascendante, avant de devenir état, position acquise, la connaissance cesse d'être un combat, une quête; le savoir est tenu pour établi. Les résultats qu'il obtient pour prévoir ou provoquer certains phénomènes paraissent satisfaisants. Il s'est doté d'une certaine cohérence qui en permet la présentation et l'enseignement; c'est un véritable savoir qui est constitué, une science en un certain sens.

Le savoir juridique pourrait être décrit de maintes façons; sa maturité est problématique. La « science du droit » a été ainsi désignée fort tôt, bien avant d'autres. L'expression a changé de sens lorsque le « *de lege ferenda* » s'est dissocié du « *de lege lata* ». D'aucuns diraient qu'une science du droit ne peut exister qu'une fois isolé son objet propre défini comme le droit positif. L'emploi de l'expression a régressé au moment où d'autres sciences sont parvenues à se réserver cette dénomination dont le prestige a changé de fondement. La maturité du savoir juridique serait-elle admise aujourd'hui par tous ceux qui, avec Kelsen ou au-delà de sa théorie pure, déplorent la confusion encore actuelle du droit et de la science du droit ?

238 Crises du savoir ◇ La maturité peut être précédée ou suivie de périodes de crise. Le savoir affronte des troubles, des turbulences, des incertitudes graves et profondes. Les données les mieux acquises et consacrées vacillent et l'avenir paraît imprévisible; l'issue de la lutte entre théories rivales dépend de multiples facteurs. La « révolution » est aussi brutale

que passagère. L'espoir est qu'en émerge un savoir épuré, rajeuni, un autre savoir.

Il est habituel de considérer que le savoir juridique est demeuré à l'abri de ces tempêtes vivifiantes. Il bénéficierait du calme et de l'absolue continuité que procurent la clarté et la détermination des données à considérer. L'invasion progressive de tous les domaines de la connaissance du droit positif par le subjectivisme et par le volontarisme, la place prise par les droits individuels, les droits de l'homme ou encore par l'État et sa puissance organisatrice pourraient pourtant être étudiées comme des occasions ou des manifestations de crises profondes. Il n'est pas sûr que le savoir juridique ait pu demeurer le même avant et après ces changements de perspective, d'inspiration, de fondement. D'autres crises pourraient encore être évoquées et soumises à examen. Le bouleversement des modes de conservation et de traitement des informations, l'éclatement en multiples branches distinctes des anciennes disciplines de base, droit civil ou droit administratif, la confusion croissante entre législation, réglementation et régulation, fille sans doute de l'amalgame des théories de l'État et du droit, pourraient avoir fomenté de véritables révolutions dans le savoir juridique.

239 Multiplicité des points de vue ◇ Ce qui est sûr, c'est qu'ils ont alimenté, ou revivifié, des controverses. Ils en ont même affecté le statut dans la constitution du savoir.

Ce savoir supposait, par nature, la discussion critique permanente, c'est-à-dire la confrontation de ces multiples points de vue dont la diversité est indispensable à la découverte d'une solution de droit : « *audi et alteram partem* ». Le droit a été une réponse; un temps, il ne se dégageait qu'au terme d'une succession de questions : « *quid facti* », « *quid juris* ? ». Les légistes, les maîtres de la théorie de l'État, source exclusive d'un droit redéfini, ont fait sombrer la controverse dans l'anomalie, dans la pathologie toute provisoire : regrettable, elle devrait être close au plus vite. La fonction nouvelle de la Cour de cassation notamment serait d'y mettre fin; la *juris-dictio* ne serait plus limitée à l'espèce, mais s'étendrait à la règle. Un tel changement est révolutionnaire au sens où Kuhn a employé le terme. C'est bien le savoir juridique qui serait fondamentalement modifié si la thèse venait à l'emporter. La formation des juges qui supposent qu'un seul point de vue est juste, vrai et juridique, a pris acte de ce bouleversement : il n'a pourtant pas véritablement atteint la constitution du savoir juridique. L'hypothèse mérite au moins l'examen critique d'une épistémologie descriptive. Elle aurait à se demander si la controverse décline vraiment dans le savoir juridique, si le risque existe et quelles en sont les causes. Elle aurait à caractériser et à classer les différentes controverses; le savoir juridique se constitue-t-il sur l'idée qu'il y en aurait de bonnes, de mauvaises, d'inconvenantes, qu'il y en aurait de vives et de closes ? Ces questions importent.

DEUXIÈME PARTIE

LES APPORTS D'UNE ÉPISTÉMOLOGIE JURIDIQUE DESCRIPTIVE

240 *Clarification et libération* ◇ L'épistémologie juridique descriptive analyse les multiples phénomènes qui concourent à la formation du savoir juridique. Son objectif premier pourrait être de présenter les principales caractéristiques du milieu pour en analyser les positions, les réactions en présence de changements sociaux, de difficultés, de crises, mais aussi de réformes plus ou moins amples et profondes. Elles se mettraient ainsi en mesure de poursuivre un autre but. L'examen des différents termes du raisonnement, les contraintes que les juristes subissent, acceptent ou se donnent pourrait rendre plus clair le cheminement qui les conduit à rejeter telle solution, à consacrer telle autre. Ce serait sans doute la voie d'une libération. Il est à craindre que, parmi ces contraintes, toutes ne résultent pas des dispositions légales et réglementaires, du « droit positif »; en révéler la nature et l'origine aurait pour effet d'en restreindre la force et la portée.

L'étude d'épistémologie juridique à entreprendre est celle des juristes et de leur savoir, d'un ensemble assez hétéroclite de personnes qui, dans la société, se reconnaissent à leurs fonctions, à leurs titres, à leur compétence, et d'un ensemble également assez disparate de connaissances.

L'hypothèse générale est que les juristes et leur savoir existent comme tels. En d'autres termes, dans une société où ne se serait développé aucun corps de connaissances particulier et où ne serait pas apparu une catégorie de « savants » spécialisés en matière juridique, bien des choses seraient différentes; le droit lui-même ne serait pas identique et ne changerait pas semblablement. Imaginons un instant ce qui se serait produit s'il n'avait été admis que droit, économie, sociologie et morale ont des domaines, des objets distincts.

La position sociale des juristes dépend de multiples facteurs. Certains sont culturels et d'autres institutionnels. Les décisions prises par les autorités législatives et réglementaires sur leur formation, leur recrutement, leur discipline, leurs rémunérations, exercent une influence considérable. Leur statut réel dépend aussi des conceptions qui dominent la détermination du « droit positif », des méthodes et principes d'interprétation, ... Les deux études de la catégorie des juristes et de leur savoir sont étroitement complémentaires et imbriquées, l'une renvoyant sans cesse à l'autre.

La question de l'objet du savoir doit être posée à titre liminaire. Envisagée de multiples façons, sous divers angles, elle paraît vouée à se perdre dans des conventions ou des affirmations : peut-elle demeurer une question ?

SECTION LIMINAIRE. LA QUESTION DE L'OBJET DU SAVOIR

241 *Objet ou champ ?* ◇ Sans prétendre s'enfermer d'emblée dans une définition du droit, l'épistémologie juridique descriptive devrait pouvoir cerner ce savoir juridique qui constitue son centre d'intérêt propre, son champ d'étude. Quotidiennement, le droit est décrit, analysé, mis en œuvre; sa définition demeure problématique. Il se pourrait que l'épistémologie n'eût pas à hériter de cette aporie philosophique.

242 *Droit positif et droit naturel* ◇ Le Professeur Michel Villey résumait lumineusement les deux tendances en présence¹. « Chez Aristote, le mot droit signifiait le juste, les rapports justes entre les choses, que la nature aurait fixés et qu'une science pourrait découvrir » : c'est ce qu'il est convenu d'appeler la théorie du droit naturel classique. Pour Hobbes par exemple, et tout au contraire, « en fait de rapports mutuels, d'organisation sociale, même de détermination des différents droits subjectifs dans le stade social ou politique, la nature n'a rien institué. Le souverain

1. M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1962, p. 58, reprint Bibliothèque Dalloz.

législateur mandaté par les citoyens au moyen du contrat social devient le seul auteur du droit ».

D'une tendance à l'autre, un véritable bouleversement se produit. Pour qui se préoccupe du droit naturel, le droit se reconnaît à son contenu; qui dit juridique dit juste. Le positivisme reconnaît le droit à sa source; il est issu des décisions d'autorités instituées, formellement investies d'un pouvoir spécifique et exclusif, celui d'établir des règles de droit; « disparue la science du juste, toute l'attention du juriste doit viser le texte légal »¹. Par conséquent, dans l'analyse positiviste, le phénomène de la formation du droit marque un changement de nature, de réalité. La distinction entre droit et science du droit repose sur la définition d'un « ordre normatif » seul juridique : tout discours qui s'en échappe est, à la fois, non juridique et émis « au nom » d'une autre instance que la « science du droit » et de ses ressources limitées². Avant la prise de position institutionnelle, il n'y avait rien; après, il y a du droit. C'est pourquoi, pouvoir et savoir juridiques peuvent être clairement distingués : le second ne commence que lorsque le premier a achevé son œuvre. Le savoir juridique porte sur les règles instituées, et sur rien d'autre. Le Juge Holmes qui réduisait le droit à la prévision des décisions judiciaires, pensait s'en tenir à la définition de la *Common Law* qui se composerait seulement des précédents; s'il avait été juriste dans un pays de tradition romano-germanique, sa définition eut été différente dans le contenu, mais aurait pu relever d'une même inspiration. Au début du XX^e siècle, il était volontiers enseigné, pour accroître l'importance des décisions juridictionnelles dans la détermination de l'état du droit, que « c'est dans cette zone des faits qui pourront se produire, parce qu'il y a des probabilités fortes pour cela, que se trouve le droit »³. S'il y a un droit naturel, la décision institutionnelle en facilite la réalisation et lui prête l'appui de la contrainte, mais elle ne rend pas juridique ce qui l'était déjà. Le savoir juridique inclut alors tout le juste, qu'il ait déjà donné lieu à une consécration positive ou non. Le juriste qui recherche en conscience la solution à appliquer en l'espèce n'est pas moins bien placé que le législateur ou le juge pour la trouver. Le pouvoir – *imperium* – dont ceux-ci sont investis ne leur confère aucun privilège pour découvrir et constater ce qui, de tout temps dans les circonstances de l'espèce – avant-même toute décision ou prise de position –, aurait été de droit. Le savoir juridique inclut dès lors les dispositions légales, les décisions juridictionnelles, mais aussi toutes les informations de nature à guider la recherche du juste.

243 *La cohabitation des tendances* ◇ Ces deux tendances sont en lutte chez les théoriciens. Elles ne se sont pas véritablement succédé; elles

1. M. Villey, *Ibidem*.

2. D. de Béchillon, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales ? », *RTD civ.* 2002, 48.

3. Comp. R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé. Essai critique pour servir d'introduction à l'étude des obligations*, Paris, 1911, p. 4.

cohabitent et même se conjuguent. Les œuvres de Thomas d'Aquin, le père de la théorie du droit naturel la plus aboutie, ne sont pas exemptes de positivisme. Fondamentalement, le droit naturel inclut une large part du droit positif qui se contente de le formuler, de le clarifier, de le « réaliser ». Cette coexistence plus ou moins harmonieuse se retrouve très probablement dans le raisonnement quotidien des juristes.

Leur sentiment du juste guide inévitablement le choix qu'ils opèrent de telle ou telle interprétation¹, comme la place qu'ils accordent à telle ou telle décision tenue pour déterminante ou, au contraire, pour négligeable.

244 L'activité intellectuelle des juristes ◇ L'épistémologie juridique descriptive peut se développer sans avoir à trancher entre les théories positivistes et celles du droit naturel. La détermination du savoir juridique ne doit pas nécessairement coïncider radicalement avec la définition du droit. Il se pourrait que, dans son activité, le juriste eût besoin de connaître, non seulement le droit à proprement parler – et supposé indiscutablement défini et caractérisé, reconnu –, mais aussi d'autres informations. Pour pratiquer la médecine, il semble aujourd'hui nécessaire de connaître les « données acquises » de cet art ou de cette science et de maîtriser les bases de fonctionnement de divers matériels d'investigation, celles de l'organisation de l'assurance-maladie,...

Le savoir juridique, celui qui est effectivement mis en œuvre par les juristes peut être plus étendu que le droit lui-même. Un positiviste peut exclure, de la définition du droit, toute considération de justice, et reconnaître qu'aucun raisonnement juridique n'est indemne d'une telle préoccupation. À se vouloir descriptive, l'épistémologie peut échapper au piège liminaire de l'adoption de l'une ou l'autre conception philosophique; il lui suffit de résister à la tentation de commencer par une définition. Il n'est pas nécessaire de prendre parti sur ce qui, philosophiquement, peut être reconnu comme droit, ou sur ce qui a été institué comme tel par quelque organe d'État, pour constater que les juristes usent d'un savoir qui va au delà.

À l'évidence, le travail quotidien des juristes ne relève pas d'une « théorie pure du droit ». Il repose sur la mise en œuvre d'informations de natures fort diverses; certaines connaissances économiques, sociologiques, historiques, culturelles, un certain sentiment du juste y ont leur part. Le « bazar métaphysique »² reproché au doyen François Gény, et à son catalogue de données historique, rationnel, idéal, pourrait bien n'être pas éloigné de la réalité. Il n'importe qu'elle résiste aux catégories théoriques.

1. Faut-il rappeler que, selon Kelsen, il n'existe aucune règle, aucun critère de choix entre les interprétations dont la règle instituée est susceptible ?

2. P. Amselk, « La part de la science dans les activités des juristes », *D.* 1997, chron., p. 339 citant J.-C. Coebergh, *Moderne Rechtsvormingtheorieën*, 1932, p. 86.

245 Existence et définition du savoir ◇ Un savoir ne naît pas après avoir réussi à définir son objet. Il se forme, se développe, obtient des résultats, se corrige, se recompose, se révisé, avant que des historiens, des théoriciens, des épistémologues s'efforcent de cerner une notion tenue pour caractéristique. Le savoir est, puis il tente de se penser, de penser son objet.

Pourtant, la conception théorique de son objet affecte profondément un corps de connaissances. Les sciences ont acquis leur statut actuel en réduisant leur champ d'investigation et en le construisant de façon qu'il se prête à l'expérimentation et à « l'exploitation organisée » caractéristique de la recherche contemporaine. « La connaissance *a priori* véritable ne conçoit ou ne possède pas l'objet comme quelque chose qui lui est étranger, mais en un sens précisément défini elle "est" l'objet même »¹. L'unité de la connaissance et de son objet est l'un des apports majeurs de la philosophie kantienne. C'est une illusion qui fait croire que « la connaissance et son objet se tiendraient en quelque sorte face à face comme des natures séparées, qui éternellement se cherchent et se fuient »². L'objet vient après la connaissance.

Après la « révolution copernicienne », il apparaît que « c'est exclusivement sous certaines conditions de connaissance, et grâce à elles – grâce aux formes de l'espace et du temps, de la grandeur et du nombre, de la permanence et de la succession causale –, qu'il est possible de définir ce que nous nommons objet »³ : les relations logiques ne peuvent être confondues avec les rapports concrets entre les choses.

246 La question de la définition du savoir juridique ◇ Le savoir juridique semble à l'abri de telle difficulté. Son objet est réputé lui être imposé de l'extérieur. Il ne peut donc être suspecté de le construire pour se construire et se doter du statut auquel les juristes aspireraient.

Le doute pourrait venir du postulat préalable à l'édification d'une théorie positiviste. Hans Kelsen a justifié son normativisme par la nécessité de donner au savoir juridique un objet qui permette d'en faire une science. Par conséquent, sa formulation d'un positivisme est fondée sur l'affirmation de la possibilité et de la nécessité de définir le droit de façon qu'il puisse être la matière d'une science. L'aspiration à une connaissance de ce type a commandé la définition de l'objet.

En d'autres termes, ce n'est pas le droit qui a servi de point de départ ou de ligne de mire. C'est pour avoir postulé qu'il y aurait une science

1. E. Cassirer, *Le problème de la connaissance dans la philosophie et la science des temps modernes*, t. III, *Les systèmes post Kantiens*, 1920, Paris, Ed. du Cerf, 1999, traduction Collège de philosophie, p. 244 : sur l'apport de Kant.

2. E. Cassirer, *op. cit.*, p. 244. – M. Meyer, *Découverte et justification en science. Kantisme, néo-positivisme et problématique*, Paris, Klincksieck, 1979, p. 71 et s. : « Le paradoxe de l'objet chez Kant comme paradoxe du questionnement ».

3. E. Cassirer, *op. cit.*, p. 13 : le mot objet traduit l'allemand *gegenstand* pour souligner que cet objet-là se tient devant le sujet. – *Adde, op. cit.*, p. 29.

juridique en un sens moderne et restreint que Kelsen aboutit à une certaine définition de son objet. Le paradoxe est de la fonder sur les exigences constitutionnelles et démocratiques, alors que son origine est dogmatique et théorique et relève de la conception de la science.

247 *Savoir juridique et droit : une question* ◇ L'important est probablement ailleurs. Il est assez banal que la théorie du savoir et celle de son objet s'entremêlent, s'entrecroisent et se servent mutuellement d'alibi; la première impose sa loi en se prétendant contrainte par la seconde.

Ce qui importe, c'est que la détermination ou, plutôt, la reconnaissance du droit comme objet d'un savoir devienne la question qu'elle doit être. Il est pour le moins troublant de rapprocher deux constatations. En premier lieu, depuis des siècles, les juristes de la tradition romano-germanique s'informent des positions prises par les juges, classent et hiérarchisent leurs décisions, en analysent et en commentent la motivation; ils n'envisagent manifestement pas de se priver des informations ainsi collectées, de les tenir pour négligeables ou non pertinentes. En second lieu, depuis deux siècles environ, la discussion paraît se poursuivre sur le thème de la jurisprudence, de sa valeur, de sa portée, de sa place parmi les sources du droit et dans l'enseignement. Les juristes veulent-ils se convaincre qu'ils auraient la liberté de fixer le statut des décisions de justice ou sont-ils encombrés par la théorie des sources du droit ?

248 *Contenu et hiérarchies du savoir* ◇ L'objet du savoir juridique inclut manifestement les décisions de justice aux côtés des dispositions légales et de bien d'autres actes institutionnels. La question serait de déterminer les justifications des hiérarchies qui s'instaurent et de mesurer les cohérences qui sont assez complaisamment affirmées.

Ce qui importe en définitive, c'est que l'objet du savoir juridique demeure une question et ne sombre ni dans le postulat, ni dans la convention. C'est en chaque espèce, dans la mise en œuvre de chaque règle, qu'elle se pose.

TITRE 1

LES SAVANTS JURISTES

249 *Des catégories reconnaissables* ◇ Le juriste, les juristes, ces expressions semblent avoir un sens; celui qui les emploie estime qu'il désigne par là des catégories reconnaissables. Qu'il s'agisse d'évoquer la carrière de l'un, l'avenir de l'autre, une façon de s'exprimer ou de raisonner, le juriste peut être identifié par des qualités qui lui sont propres et par son appartenance à une collectivité. Ce qui est sûr, c'est que, dans le développement et les variations du savoir juridique, l'action personnelle de quelques-uns ne peut être négligée. « Seul le petit nombre de juristes capables d'une culture personnelle transporte progressivement dans le droit les nouvelles idées de l'élite »¹.

1. M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1962, p. 59, reprint Bibliothèque Dalloz.

CHAPITRE 1

LES QUALITÉS

250 *Une désignation indéterminée* ◇ La désignation de juriste n'est guère précise; il ne s'agit pas d'un titre dont les uns se prévaudraient et dont les autres envieraient les attributs. Le terme est générique. L'épistémologie juridique, si elle se veut descriptive, ne saurait se donner pour point de départ une telle définition qui intéresserait seulement les administrateurs et autres amateurs de statistiques. Elle n'en a pas besoin; elle a à constater que certains professionnels, certains « savants » sont ordinairement désignés comme juristes et se reconnaissent comme tels. Ce qui lui importe, ce n'est pas d'en dresser le catalogue, de les isoler; sa tâche est bien plutôt d'en dessiner l'image, celle qu'ils donnent d'eux-mêmes et celle qu'ils croient ou souhaitent en donner.

251 *Connaissances et fonctions* ◇ La qualité de juriste est reconnue à ceux qui, dotés d'une certaine formation en droit, sont réputés le connaître. Un titre universitaire peut en être l'indice; d'autres titres peuvent s'y substituer. Le plus souvent, c'est la fonction exercée qui révèle la qualité : sont des juristes, dans l'acception commune, les avoués, avocats, notaires, huissiers, les cadres des services juridiques des entreprises, notamment bancaires, d'assurances,..., comme des ministères et administrations, les enseignants du droit. D'autres catégories viendraient sans doute moins souvent à l'esprit : les policiers, les gendarmes, les journalistes judiciaires ont un rôle direct à jouer dans la mise en œuvre et dans la présentation du droit.

252 *Un fonds commun* ◇ Le critère de reconnaissance de la qualité de juriste est incertain. Des connaissances sont assurément requises. Suffisent-elles ? En est-il de nécessaires ?

La diversité des disciplines juridiques et le mouvement de dispersion, d'écartèlement qu'elles paraissent subir, pourraient susciter une première difficulté. Il fut un temps où tout juriste se devait d'avoir de suffisantes connaissances en droit civil. Ce n'est probablement plus le cas; l'administrativiste, le pénaliste peuvent ignorer la théorie du contrat ou de la propriété en droit privé.

La qualité de juriste se reconnaît moins à des connaissances caractérisées par leur objet qu'à des bases communes. Leur nature est douteuse. Des principes fondamentaux, des notions élémentaires les composent. Une certaine façon de raisonner y a également et sans doute principale-

ment sa place. Les programmes d'enseignement s'efforcent de tenir compte de l'importance de ces bases sur lesquelles toute l'activité ultérieure du juriste s'appuiera; un cours général d'introduction au droit les présente. Ce qui est notable, c'est qu'il ne parvienne guère à la synthèse annoncée; il est bien rare que les notions de droit administratif et de droit pénal y rejoignent sans embarras celles de droit civil. Les obstacles semblent infranchissables alors même que tant de termes, tant de techniques se retrouvent dans tous les domaines (propriété, contrat...); même les procédures civiles, pénales et administratives peinent à se doter d'une synthèse processuelle.

Au résultat, la qualité de juriste semble ramenée à celle d'un technicien spécialisé pourvu d'un savoir et d'un savoir-faire particulier.

253 Le sens du droit ◇ Les qualités requises du juriste, celles qui font le grand juriste, ne semblent pourtant pas conçues, dans l'opinion commune, comme celles d'un technicien. L'ampleur des connaissances, l'habileté à les manier sont à considérer. Elles ne sauraient suffire. Le savoir indispensable forme corps; il a ses cohérences souterraines, ses lignes de force, ses exclusives, ses rayons et ses ombres. À les négliger, le prétendu juriste se priverait de tout espoir d'intelligence du droit. Elle suppose un *habitus*, une sorte d'intuition, d'entente de certaines réalités, de traditions diverses, de leurs exigences constantes et du besoin permanent d'en enrichir le contenu. Pour tenter de cerner les qualités caractéristiques du juriste, plusieurs questions sont à poser.

254 Disciplinés ? ◇ Les juristes sont-ils disciplinés ? Une telle qualité pourrait sembler évidemment requise chez des hommes de lois. La référence constante, quasi-systématique à la règle, incite à supposer une préoccupation de respecter les dispositions légales et de les faire respecter. Le jurisme est volontiers présenté comme cet excès de rigueur dans lequel sombrent les lecteurs serviles des textes juridiques, oublieux de la réalité, de sa complexité, de ses nuances.

Qui voudrait caractériser les juristes par leur sens de la discipline se plairait sans doute à remarquer qu'ils ne sont généralement pas très nombreux parmi les révoltés, les rebelles ou les révolutionnaires. Ce serait une erreur. Aux côtés de Voltaire, de Zola, il y eut Montesquieu, Mirabeau, Sieyès. Surtout, des juristes ont forgé les armes de la lutte pour la justice. Chaque proposition théorique nouvelle est formulée au nom d'une amélioration à apporter à l'explication des solutions, à leur justification, mais aussi à la détermination de celles-ci. Il n'est pas sûr que l'adoption d'une philosophie anti-juridique soit nécessaire, aux hommes de droit, pour devenir « une force révolutionnaire »¹.

1. Fr.-A. Hayek, *Droit, législation et liberté, Une nouvelle formulation des principes libéraux de justice et d'économie politique*, t. 1, Règles et ordre, 1973, Paris, PUF, 1980, traduction R. Audouin, p. 79.

Le juriste est souvent décrit comme celui qui sait éviter l'application de la loi, en profitant des conflits de dispositions, en interprétant ses termes, en créant des distinctions... S'il ne méconnaît pas ouvertement la loi, c'est qu'il a l'art de s'en libérer, d'y introduire des failles et de s'y glisser. « L'interprétation est la forme intellectuelle de la désobéissance »¹. Le juriste serait-il le maître d'un genre particulier d'indiscipline ?

255 Une autre soumission à la règle ◇ Le paradoxe demanderait à être clarifié. Il devrait être certain que rien ne prépare le juriste à se comporter comme un relais du pouvoir; s'il choisit de collaborer à l'œuvre du législatif ou de l'exécutif, c'est à un autre titre. Son savoir est un instrument qui, comme tout autre, peut être mis au service d'objectifs divers.

En lui-même, il ne peut guère être apprécié en termes de discipline ou d'indiscipline. Le juriste ne défend jamais si bien la règle que lorsqu'il la dépasse et lui donne un sens inattendu en la sélectionnant, avant de l'approprier à l'espèce. C'est pour avoir su déceler sa raison d'être qu'il ne l'applique pas comme une recette, mais la recrée en retrouvant son inspiration et en l'enrichissant.

Le moralisme, le scientisme et la technocratie se retrouvent pour opposer le droit à l'indiscipline, en présentant la seconde comme la pathologie du premier, comme le signe de son échec. Pourtant, dans le savoir juridique, l'indiscipline a une place immédiate et constante. Elle est une hypothèse normale, une information de première importance, une condition d'existence de la règle. Même le normativisme kelsenien ne fait place à l'effectivité globale du droit que pour ménager celle d'une ineffectivité partielle; là où la méconnaissance de l'obligation, de l'interdiction est exclue, la causalité prend le relais de la juridicité. Le savoir juridique intègre l'indiscipline. « Si c'est la raison d'être du droit que d'accroître le domaine du certain, il ne peut éliminer que quelques-unes des sources d'incertitude et deviendrait lui-même nuisible s'il tentait d'éliminer toute incertitude... La concordance des anticipations qui rend possible aux diverses parties de réaliser ce qu'elles recherchent est en fait réalisée par un processus d'apprentissage par essais et erreurs qui implique nécessairement que certaines anticipations soient déçues »².

Dans les cas où les conséquences habituellement attachées à la règle sont tenues pour inadmissibles ou injustes, le savoir juridique peut avoir une fonction de résistance plus ou moins ouverte. Certains juristes y sont sans doute plus à l'aise que d'autres. Les connaissances mises en œuvre, même lorsqu'elles paraissent établies, communes à tous les savants, installées dans les données acquises, sont mises en œuvre par les uns pour maintenir un ordre, par les autres pour le changer, dans l'espoir de l'améliorer.

1. J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, Paris, PUF, 1955, 26^e éd., 1999, n° 158, p. 304.

2. Fr.-A. Hayek, *op. cit.*, t. 2, *Le mirage de la justice sociale*, 1976, Paris, PUF, 1982, p. 149-150.

256 *Conservateurs ?* ◇ Les juristes sont-ils conservateurs ? Ils en donnent l'impression parce qu'ils prennent position par référence à des règles passées, anciennes, voire très anciennes. Leur savoir se compose de traditions diverses et liées entre elles. La complexité de l'ordre social qui en résulte rend irremplaçable le fonds d'informations plus ou moins disponibles sur les suites de la mise en œuvre de telle ou telle solution. Les régularités relatives qui ont été décelées accroissent l'autorité des décisions prises; elles peuvent se prévaloir d'une certaine expérience. Son influence se mesure mal; les données dont elle est porteuse ne sont guère précises. Les raisons qui ont fait retenir tel événement et oublier tel autre et qui, en conséquence, ont conduit à préférer telle règle ne sont jamais complètement explicites; comme la mise en œuvre ultérieure dans une espèce particulière, l'établissement des justifications relève d'une sorte de transposition. Les répercussions d'un changement sont fort peu prévisibles; la tendance à l'éviter n'est pas sans fondement. Par lui-même, il sème d'ailleurs le trouble et rompt, dans une certaine mesure, l'égalité entre ceux qui sont soumis à la règle antérieure et ceux qui relèvent du droit nouveau. L'instabilité du droit menace son autorité. Le juriste semble avoir quelque raison de se considérer comme le gardien du temple : être conservateur serait, pour lui, une qualité indispensable.

Là contre, des exemples viendraient à l'esprit. Le monde du droit a ses iconoclastes. Il n'est pourtant sûr qu'ils aient toujours agi en juristes; c'est peut-être en sortant de cette fonction qu'ils ont choisi de ne plus conserver les positions consacrées. Ils n'ont pas, à précisément parler, mis en œuvre leur savoir propre, même lorsqu'ils en ont tiré profit dans un combat autre.

257 *Stabilité du savoir* ◇ Le conservatisme volontiers tenu pour caractéristique du monde du droit est plus profondément enraciné que ne le montre l'analyse des mouvements législatif ou prétorien. L'alimentation du savoir juridique est lente; les informations ne s'y inscrivent pas directement comme des données. Il y faut des médiations, des passages, des transcriptions.

Ainsi, la perception des conflits conjugaux offre-t-elle de multiples facettes ! Chacun comprend qu'ils sont sources de difficultés, de préjudices, de malheurs, de déséquilibres. La discussion fut longtemps ouverte entre les tenants du divorce-sanction et les partisans du simple constat d'échec. Sur les dommages causés, des informations étaient et sont disponibles; elles ne sont pas exploitées comme telles. Elles prennent rang dans un ensemble orienté; des convictions d'origines diverses conduisent à placer le divorce sous l'étiquette du mal, nécessaire ou non, ou au contraire sous la bannière d'une liberté à conquérir. Intégrées dans une position globale, les informations ne se présentent pas comme des données pures et simples. Une demande sociale plus ou moins consistante, pressante et vérifiée, conduit à négliger les dommages constatés; les

statistiques demeurent discrètes¹. Parce que le divorce doit être libre, la qualification de préjudice qui implique l'origine fautive ou, au moins, anormale, illicite, disparaît. De même, le prétendu libéralisme des articles 544 et 1134 du Code civil est-il, à la fois, combattu par certains qui rencontrent une opposition conservatrice et présenté comme une interprétation novatrice possible par d'autres que d'autres conservateurs combattent. Il ne faut pas oublier que « tout progrès a dû être accompli en transgressant, ou en inhibant certaines des règles innées et en les remplaçant par de nouvelles qui rendirent possible la coordination des activités de groupes plus larges. La plupart de ces étapes dans l'évolution de la culture ont été franchies grâce à quelques individus rompant avec certaines règles traditionnelles et pratiquant de nouvelles formes de comportement »²; parmi ceux-là, il y eut assurément des juristes.

258 *Conservation des informations* ◇ Le conservatisme juridique est, en réalité, fort ambigu. Face à d'assez étranges demandes sociales émanant souvent de chapelles assez sectaires, de groupes restreints, de corporations peu représentatives, tout rappel des raisons qui avaient justifié des prohibitions, des restrictions, est volontiers stigmatisé comme rétrograde.

Une vraie question pourrait être de savoir ce qu'il s'agit de conserver. Nombre de juristes qui n'imagineraient pas d'étudier tel ou tel point sans invoquer les décisions juridictionnelles citées comme des composantes déterminantes de leur savoir, sont prêts à réduire le droit à quelques dispositions légales lorsqu'ils prennent position. Que maints jugements et arrêts suscitent d'incontestables difficultés d'ordre moral par exemple ne saurait les troubler dès lors que la loi les a libérés de tout scrupule de cet ordre : sans doute bien légers, ils ont été définitivement renvoyés dans les ténèbres extérieures et exclus du savoir juridique. Ce qu'il enregistre, ce ne sont pourtant pas les règles explicites que consacre la loi; ce sont celles qui naissent et changent quotidiennement à la rencontre de multiples circonstances de fait et exigences de tous ordres. « Il ne peut y avoir une science du droit qui soit purement une science des normes, et ne tienne pas compte de l'ordre de faits auquel elle tend »³. Des informations impossibles à énumérer, à formuler intégralement, y résident; elles échappent à toute maîtrise et résistent à tout arbitraire. Nul ne peut en faire l'économie. Le juriste en est le conservateur; ce rôle est d'importance primordiale en raison de « l'immuable ignorance, en tout cerveau humain ou en toute organisation susceptible de diriger un agir humain, de l'incommensurable multitude des faits particuliers qui déterminent nécessairement l'ordre d'ensemble des activités »⁴.

1. *Population et sociétés*, mai 2002, n° 379 : sur un aspect particulier (la réussite scolaire des enfants après séparation ou divorce de leurs parents).

2. Fr.-A. Hayek, *op. cit.*, t. 3, *L'ordre politique d'un peuple libre*, 1979, Paris, PUF, 1983, p. 192.

3. Fr.-A. Hayek, *op. cit.*, t. 1, *Règles et ordre*, 1973, Paris, PUF, 1980, p. 127.

4. Fr.-A. Hayek, *op. cit.*, t. 3, *L'ordre politique d'un peuple libre*, 1979, Paris, PUF, 1983, p. 155.

259 Réalistes ? ◇ Le réalisme est-il une qualité de juriste ? Les théoriciens semblent en douter puisqu'ils utilisent le terme pour désigner une école particulière, celle des auteurs américains et scandinaves qui entendent suivre la ligne tracée par le Juge Holmes¹ : il définissait l'objet du savoir juridique comme les décisions juridictionnelles effectivement rendues qu'il se donnait pour objectif de prévoir. Dans le langage courant, le réalisme consisterait à tenir compte de la « réalité »; mais l'ambiguïté n'en est pas diminuée pour autant. Chacun plaide pour la part de réalité qu'il veut voir et dénonce les rêves et illusions de ses contradicteurs. Depuis Kant en particulier, le devoir-être est exclu de la « réalité » des phénomènes; un combat d'arrière-garde le présente comme un ensemble de « valeurs » suspendues au-dessus de ce réel épuré qui serait d'abord saisi à l'état « objectif ». Même l'opposition banale entre réalisme et idéalisme prétendus, avatar abâtardi d'un positivisme peu conscient de son sens, est perçue comme purement classificatoire; elle extrait pourtant, de la « réalité », cette part essentielle à laquelle elle ne laisse aucune chance.

Le savoir juridique, tel qu'il se compose, se transmet et est mis en œuvre, incorpore manifestement une part de devoir-être. Sans doute plusieurs propositions philosophiques majeures, celles notamment qui paraissent aujourd'hui dominantes, présentent-elles sa présence comme une hérésie; elles ne peuvent transformer la façon de travailler et de réfléchir des juristes. Le projet théorique du positivisme ne s'est jamais réalisé. Le savoir résiste parce qu'il existe et fonctionne avant d'être défini et délimité. Il se compose inévitablement d'informations de natures et d'origines diverses; nul ne peut décider par avance, en général et dans l'abstrait, au nom d'une conception idéologique ou fondamentale, que telle donnée sera radicalement ignorée. Le législateur n'a pas le pouvoir de découper, dans la réalité, une tranche séparée des autres et qui deviendrait seule visible pour le juriste. S'il autorise l'avortement ou l'euthanasie, il détermine sans doute un certain régime juridique; il ne peut empêcher que, dans sa mise en œuvre à la rencontre de circonstances concrètes toujours complexes, ses conséquences humaines ne soient prises en compte.

Elles ne peuvent être réduites à l'unité, à l'élémentaire, à la règle. Elles composent un ordre qu'aucune définition, aucune classification ne peut saisir. Le savoir juridique ne peut se confiner dans l'analyse. Il a toujours recours à la conférence de points de vue dont chacun éclaire un aspect, un reflet, une trace d'une réalité globale.

260 Artifices et révélations ◇ C'est pourquoi, le réalisme juridique n'est pas exempt de détours qui paraissent artificiels lorsque leur signification profonde échappe. Comme le droit lui-même, mais par ses voies propres et en surenchérisant, le savoir juridique construit un monde, des choses,

1. V. M. Villey, *Philosophie du droit*, t. 1, *Définitions et fins du droit*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 1986, nos 116 et s. p. 175 et s., reprint Bibliothèque Dalloz.

des êtres. Il a des manières de poète : il invente une autre réalité, sinon toujours plus belle, au moins différente, pleine d'images, d'évocations, d'approximations, d'harmonies et de contrastes. Entre les hommes, il fait surgir des liens. Il les tient pour indéfectibles. Il voit des personnes là où le profane les ignore. Il découvre une personnalité derrière ou au-delà des êtres pour protéger certains de leurs intérêts...

Ces créations ne sont pourtant que des révélations. L'analogie, la fiction, avant de paraître rapprocher, reconnaissent la complexité, l'épaisseur, la stratification d'une réalité qui ne s'offre pas toute entière à la connaissance immédiate, à l'analyse élémentaire. Avant de réécrire une chronologie, la fiction de rétroactivité dit qu'il faut se défier de l'apparent écroulement du temps; ce qui vient après peut transformer complètement ce qui semblait passé, définitivement fixé, mis à l'abri des aléas de l'avenir. Les détours du savoir juridique vont au-delà de l'apparence pour manifester une autre réalité. Ils livrent d'autres points de vue sur des phénomènes ainsi mieux pris au piège.

De là à penser que l'imagination, la créativité, la capacité inventive et la curiosité intellectuelle seraient des qualités de juriste, il n'y a qu'un pas. Pour avancer en ce sens, il y aurait bien des arguments, bien des exemples à citer. Et pourtant l'organisation des enseignements de droit paraît bien fondée sur l'ignorance, voire sur l'élimination, de toute propension marquée à l'innovation ou à l'audace. Il est plus facile d'obtenir une promotion ou un poste en répétant ce qu'avaient écrits ses prédécesseurs qu'en prenant le risque de dénoncer leurs erreurs. Quelques réussites et consécrations spectaculaires n'autorisent pas à croire que la tendance se serait inversée¹.

261 Acteurs sociaux ? ◇ Les juristes doivent-ils avoir des qualités d'entrepreneurs, d'acteurs ? Leur travail paraît commencer après l'action, pour en apprécier la portée, les conséquences. Même s'ils ne limitent pas leur rôle à la constatation des faits et à la reconnaissance du droit, ils ne prétendent pas transformer la société, la modeler. Le législateur affiche cette ambition, notamment lorsqu'il s'engage dans la régulation². Il est d'ailleurs révélateur que son action se développe de façon ambiguë. L'intervention législative s'insinue entre un véritable activisme et une impuissance proclamée. Au nom du premier, la loi se charge de faire et

1. C'est l'évidence, quel que puisse être le désintéressement en honneur à l'Université : si certains Universitaires à l'œuvre particulièrement modeste et pauvre devaient quelque jour connaître des progressions de carrières plus rapides que des auteurs productifs, une telle politique ne serait pas sans conséquence. Il n'y a pas lieu de craindre qu'elle puisse être adoptée : ces promotions sont accordées sur propositions de conseils et commissions composés d'Universitaires choisis pour le prestige attaché à leur œuvre. Il a d'ailleurs fallu une disposition réglementaire pour que les activités administratives fussent considérées à l'égal des travaux doctrinaux dans l'attribution des promotions.

2. J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, op. cit., n° 16, p. 45 et s. - G. Timsit, *Archipel de la norme*, Paris, PUF, 1997, p. 161 et s. - M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *D.* 2001, 610. - L. Boy, « Réflexions sur "le droit de la régulation" », *D.* 2001, 3031.

d'imposer l'égalité des sexes, des époux, des parents; derrière la seconde, elle renonce à lutter pour la stabilité des liens conjugaux.

Le savoir juridique semble protégé contre l'inconfort de ces dilemmes. Il prend acte de l'état du droit qu'il enregistre et dont il dégage les conséquences. Les juristes qui collaborent au travail législatif, en donnant des avis et en rédigeant des avant-projets, savent que leur fonction n'est plus alors seulement de mettre en œuvre des connaissances; leur utilité est de préparer des choix qui pourront les modifier plus ou moins complètement, et surtout de formuler les conséquences de ceux-ci.

La position des juristes n'est pas très différente lorsque leurs analyses et propositions font le lit de changements législatifs ou prétoriens. Ils peuvent élaborer des concepts qui seront repris dans les dispositions légales et dans les décisions juridictionnelles; ils peuvent formuler des principes, révéler des tendances, dégager des cohérences. Les changements sont ainsi présentés comme en attente de la consécration qui sera réputée les faire entrer dans le droit positif.

262 L'action du savoir juridique ◇ Le savoir juridique agit aussi sur son objet, non plus par influence, mais par voie directe. Son élaboration, celle de notions plus ou moins larges et fondamentales, de classifications, de distinctions, de principes, donnent sens aux dispositions légales et aux décisions juridictionnelles. Elles fixent leur portée, leur domaine, leurs conséquences. Les illustrations de ce travail permanent du savoir juridique sur son objet fourmillent. Nul ne peut douter de l'importance de ce dialogue, de cette interaction. Que la tendance dominante dans le savoir favorise l'adoption de solutions libérales par exemple, et celles-ci seront présentées comme appartenant au droit positif sur la base de dispositions qui auraient pu en fonder d'autres. Le temps passant et l'enseignement dispensé accomplissant son œuvre, avec la documentation disponible, les solutions ainsi introduites dans le droit apparaîtront comme les seules possibles, les seules consacrées, les seules positives.

L'histoire du savoir juridique est riche de ces épisodes multiples, bonds en avant d'une idéologie ou d'une théorie, retours en arrière, disparitions et renaissances, mises à l'index, luttes intestines et associations inattendues, découvertes spectaculaires, oublis et réécritures de l'histoire même. Ces péripéties montrent bien que savoir juridique et droit ne marchent du même pas qu'en certaines périodes; l'un et l'autre peuvent aussi prendre la tête et la direction pour s'entraîner dans un mouvement plus ou moins ample.

Les principes de fixité des servitudes, d'interprétation stricte des exceptions, l'adage « *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* », les théories de l'autonomie de la volonté et de la responsabilité contractuelle, les notions de droit subjectif, de personne morale ont connu ces progrès en demi-teinte; savoir et droit y ont leur part. La conjugaison spontanée de

leurs actions est si intime, là même où elles paraissent se contrecarrer, que l'analyse renonce souvent à les dissocier.

263 Modestes ? ◇ La modestie est-elle une qualité à laquelle le juriste doit aspirer ? Il aurait bien des motifs de modération dans l'appréciation de ses œuvres, de ses moyens et des résultats obtenus. Sa mission limitée à l'enregistrement et à la description d'un droit immédiatement disponible ne mérite ni les honneurs dus aux scientifiques, ni ceux réservés aux législateurs, aux réformateurs. Les maîtres ne seraient connus que par les succès de leurs élèves, à condition qu'ils ne soient pas d'ordre juridique; le précepteur d'Alexandre est célèbre, mais pas celui de Portalis. La faiblesse et la fragilité des progrès réalisés dans la connaissance du droit, comme dans l'élaboration théorique de ses acquis inciteraient également à l'humilité. Les propositions les plus influentes n'ont pas toujours été les plus heureuses; loin s'en faut. Le savoir juridique a souvent bien tardé à se corriger, comme à contribuer à l'amélioration du droit. Dans les rangs des combattants contre l'esclavage, contre la mainmise de l'État sur la société civile ou contre les modes intellectuelles les plus pernicieuses, les juristes n'ont pas toujours su occuper la place qui leur incombait.

Pourtant, la modestie est peut-être aussi peu répandue parmi eux que chez les scientifiques ou chez les politiques. Ils apprennent à se convaincre de l'importance de leurs titres et de leurs fonctions. L'excellence de leur savoir et de son efficacité paraît, à beaucoup, relever de l'évidence. Même si elle n'est pas systématique, la pratique de l'auto-référence, ou citation de soi-même, est admise et reconnue. Et le savoir n'en sort pas indemne. La théorie risque de parvenir à s'édifier sur elle-même, à s'étayer elle-même et à se consacrer elle-même; elle deviendrait sa propre mesure. Tout en se prévalant de la richesse de sa tradition, le savoir juridique ne se préoccupe guère de ses racines ou origines; c'est sans doute ce qui explique le nombre de redites et de reprises présentées comme des innovations spectaculaires. Les fondateurs sont plus nombreux que les propositions originales. Un positivisme peu exigeant avec lui-même se donne licence de choisir, dans la réalité, ce qu'il entend retenir, voir et savoir; il trouve son excuse dans la prétention du législateur à recouvrir le monde de l'uniforme juridique hors duquel rien ne peut accéder à l'existence. Des juristes sont prêts à présenter la multiplication des catégories légales comme marquant un accroissement des libertés privées. Les concubins gagneraient nécessairement à être dotés d'une reconnaissance légale; sans elle, ils étaient voués au fait, au désert, à l'inexistence.

La même immodestie perce sous la spécialisation. Garante d'une compétence certaine, elle justifie l'oubli de l'homme et de la société, de leurs besoins, de leurs attentes, de leur situation. La défense du consommateur, du locataire, du service public,... se développe dans l'ignorance délibérée des relations qu'ils entretiennent avec d'autres et dans lesquelles ils s'insèrent.

L'humilité devant le réel recule encore lorsque certains dommages sont tenus pour négligeables au nom de l'impuissance du droit à influencer les comportements. La nécessité de changer l'homme et la société fonde simultanément d'autres positions. Ces contradictions sont accueillies avec complaisance et la théorie procurerait même volontiers une cohérence de rattrapage à des solutions pourtant bien fragiles.

264 Prudents ? ◇ La prudence est-elle encore une qualité de juriste ? Elle condamnerait assurément toute forme de frilosité et de pusillanimité : le juriste prudent est un juriste engagé. Il est de tous les combats qui importent. Ce qui le caractérise, c'est une aptitude particulière à percevoir, sous la singularité du fait apprécié dans toute la richesse de ses multiples facettes, le chemin d'une transposition des règles ainsi appropriées à l'espèce. Pour le juriste prudent, le droit n'est pas un ensemble de règles. Si celles-ci indiquent une direction, elles demeurent des guides bien imparfaits, bien mal commodes. Elles ne sauraient contenir le droit; elles n'ont, dans la quête incessante du juriste, qu'une prééminence toute relative. Ne pouvant se dispenser de reprendre, en chaque occasion, l'itinéraire qui mène du fait au droit et du droit au fait, il use de la règle comme d'une source d'information toujours mise en concurrence avec d'autres; une circonstance de fait, spécialement grave ou frappante, peut montrer sous un jour nouveau le sens de la règle et paraître la neutraliser.

265 Primauté de la règle de droit ◇ Le contenu juridique de la règle est offert à tous ceux qui savent qu'elle ne peut dire le droit. Ils sont peut-être de moins en moins nombreux. L'action des théoriciens de l'État, les intérêts qu'ils défendent, la confusion permanente des règles de droit et des directives politiques dans des dispositions légales de même apparence incitent à oublier ce que sont les premières. De la dispense provisoire de raisonnement à l'économie de raisonnement, puis au refus du raisonnement, la distance n'est pas considérable. Lorsqu'elle se réduit, la prudence cesse d'être une qualité de juriste.

Le reconnaître, ce n'est pas sombrer dans le double moralisme prescriptif de ce que le savoir juridique doit être pour être la science qu'il doit être. C'est bien d'une description dont il s'agit. Le juriste, dans son activité quotidienne, raisonne sur la règle, à partir de la règle, à la lumière des indications fournies par la règle; mais il ne l'applique pas. L'alternative n'est pas entre celui qui s'en tient à la règle, en s'interdisant notamment toute interprétation pour la réserver à l'autorité instituée, et celui qui parcourt le chemin mal repéré qui va du fait à la règle. Elle passe entre celui qui croit appliquer la règle et celui qui a conscience d'en retirer seulement quelques informations.

266 La faveur pour la règle ◇ Le principal obstacle à l'indispensable sauvegarde d'une culture de la prudence, c'est assurément une excessive

confiance faite à la règle. Elle a sa source dans l'idéologie étatique qui confond droit et pouvoir institutionnel. De là, le rêve d'une rigueur qui conduise de la règle à la solution par simple application. Après cela, le scientisme peut venir; il ne sera le plus souvent que l'alibi de la maîtrise que l'État espère prendre sur le droit.

Il est significatif que le normativisme kelsénien lui-même n'ait pu parvenir à éliminer totalement la prudence de l'activité de mise en œuvre du droit. Sans doute n'apparaît-elle plus, dans la *Théorie pure du droit*, comme la qualité cardinale et distinctive du juriste; il n'est pourtant pas impossible de lui reconnaître une certaine fonction. De la norme hypothétique fondamentale à la décision rendue en l'espèce, la chaîne ou série normative s'interrompt, au moins lorsqu'il y a lieu à interprétation; même si la place laissée à celle-ci est exagérément restreinte, la faille n'est pas négligeable. Le pont qui permet de surmonter l'obstacle est précisément déterminé. Si c'est de droit dont il est question, une interprétation authentique est requise. Seule l'habilitation institutionnelle à créer du droit peut fonder ce dépassement des règles existantes. À défaut, l'interprétation demeurerait simple proposition et devrait être cantonnée dans la science du droit. Aucune règle, selon Kelsen, ne peut fournir un principe de choix entre deux interprétations possibles d'une norme consacrée¹. La liberté qui en résulte nécessairement disqualifie le savoir et ses moyens; pour ajouter au droit ce qui paraît lui manquer, un pouvoir est à exercer dans les conditions de forme ordinaire. Il ne saurait compter sur un autre guide que cette qualité propre à discerner et à entendre une réalité humaine complexe, d'autre guide que la prudence.

L'impuissance de la règle et le recours qu'elle impose à cet *habitus* spécifique ne relèvent pas de la péripétie épisodique que constituerait la nécessité d'interpréter une règle obscure, imprécise ou ambiguë. La distance inévitable qui sépare la règle générale de l'espèce singulière commande, dans chaque cas, une transposition; son chemin est fort proche de celui que suit l'interprétation.

Le réalisme de Kelsen ne se limite pas à la reconnaissance de l'échec normativiste devant toute défaillance ou lacune de la règle. Il va jusqu'à affirmer hautement et liminairement que ni le droit, ni le savoir juridique ne sont ce qu'il décrit. Sa théorie se présente comme une aspiration, une prescription à caractère moral. Il n'a jamais prétendu que, dans leur travail et dans leurs raisonnements, les juristes se soumettaient aux exigences de la théorie pure. Kelsen montre très clairement ce que le savoir juridique doit être pour devenir la science qu'il doit être. Tant que ces directives n'auront pas été suivies, la prudence aura encore de beaux jours devant elle.

267 Ouverture ◇ Une qualité sans doute peu reconnue aux juristes, peu évoquée en théorie, est l'ouverture sur plusieurs points de vue. Le positi-

1. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, 1934, Paris, Dalloz, 1962, traduction Ch. Eisenmann, p. 452.

visme est peu favorable à l'idée de cette diversité des analyses; si le droit est définitivement et clairement posée par la décision d'une autorité investie d'un pouvoir exclusif, s'il s'agit seulement d'appliquer la règle ainsi instituée, la réalité prend nécessairement, dans le *corpus* juridique, la place qui lui avait été assignée d'avance. Elle ne peut être comprise que selon les prévisions légales. Elle ne peut poser qu'une seule question pertinente et qui ne peut recevoir qu'une seule réponse, celle de la véritable solution de droit.

Le statut donné à l'objectivité dans le savoir juridique confirme l'attrait exercé par le mythe, dogme ou postulat de la « solution unique »¹. Le « vrai » savoir est supposé impartial, désintéressé; il présente le droit tel qu'il est. Il s'établit en mettant fin aux incertitudes et hésitations, sans avoir à prendre parti. Il dégage, des dispositions légales, un sens qui existait de tout temps et n'attendait que cette révélation. Si l'avocat présente une argumentation unilatérale, favorable à l'intérêt qu'il défend, c'est au prix d'une déformation, voire d'une dénaturation; ce n'est plus le savoir qu'il met en œuvre.

Cette présentation largement dominante fait bon marché de l'irréductible complexité d'une réalité qui ne se laisse pas réduire aux catégories juridiques. Elle les dépasse et les précède; elle ne pourrait s'y couler sans subir une déperdition qu'aucune délimitation préalable du juridique ne justifie.

Dès lors, la conférence des multiples points de vue susceptibles de révéler la réalité humaine sous les différents jours qu'elle prend inévitablement est la méthode juridique par excellence. Le dialogue, la controverse, la contradiction en sont l'âme. Pour le juriste, il s'agit du seul chemin de la connaissance; s'il y voit une anomalie provisoire, il prend le risque d'introduire, dans son savoir, des certitudes, des évidences que le droit ignore. Il s'expose à se priver d'une liberté, d'une marge de manœuvre dont la défense de certaines causes qui ne sont pas nécessairement condamnées en droit pourrait avoir besoin.

268 Cultiver les qualités de juristes ◇ Ces qualités, certaines d'entre elles au moins, devraient être cultivées et correspondre aux conditions requises pour accéder aux fonctions juridiques. Parmi elles, les grades et diplômes jouent un rôle crucial. L'apprentissage, là où il est organisé et imposé, ne vient qu'ensuite et secondairement.

Les facultés de droit occupent le premier rang dans l'enseignement du droit et dans la délivrance des diplômes qui ouvrent l'exercice des diverses activités relevant du droit. Le constat est pourtant à nuancer. Les facultés de droit dispensent des enseignements au plus grand nombre. Parmi ces

1. M. Boudot-Ricoeur, *Le dogme de la solution unique. Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, thèse, Aix-en-Provence, 1999.

étudiants, beaucoup, qu'ils obtiennent ou non un diplôme, n'auront nullement des fonctions de juristes. Les « grandes écoles », des instituts, dont l'objet est plus politique et économique que juridique, forment une large partie des magistrats et avocats ou conseils d'entreprises. Par là, les enseignants de droit public sont parvenus à sauvegarder le nombre de leurs postes; les statistiques paraissent montrer que ces disciplines ne produisent pas plus de chômeurs que les autres. Ce qu'elles ne révèlent pas, ce sont les incidences multiples de l'invasion des rouages de la société et de l'économie par des juristes ainsi préparés. Ce n'est pas un manque de connaissance qui est en cause; la menace vient de l'ignorance des particularités du raisonnement propre au droit privé.

La réforme souterraine de la tradition juridique est en marche; indolore, insoupçonnée, apparemment indélébile, elle transforme le savoir juridique et ne va pas tarder à donner raison aux maîtres de la philosophie de l'État, qui rêvaient de lui asservir le droit. La rencontre fortuite de leurs théories, de la révision des programmes d'enseignement et de la modification des procédures de recrutement aura des conséquences qui seront bientôt présentées comme le résultat d'un mouvement (ou d'un progrès) nécessaire, spontané, irrésistible; nul n'en portera donc la responsabilité.

269 Le savoir des juges ◇ À deux titres au moins, les magistrats, ceux d'entre eux qui ont pour fonction de juger, occupent une place très particulière parmi les juristes. En premier lieu, ils sont investis d'une double mission; pour rendre un jugement ou un arrêt, ils disent le droit (*jurisdictio*) et ordonnent (*imperium*). Les parts respectives du savoir mis en œuvre et du pouvoir exercé sont souvent difficiles à discerner. Voici un jugement ou un arrêt dont le dispositif est fondé sur un motif inattendu, radicalement contraire à ce qui s'enseigne et est présenté comme « de droit positif » ! Faut-il parler d'inadvertance, d'ignorance, d'erreur ou d'audace ? Nombre de magistrats estiment qu'il leur appartient de fixer leur propre jurisprudence. En second lieu, le pouvoir de juger donne, à ceux qui l'exercent, une position épistémologique très particulière. Même si une solution est unanimement et incontestablement reconnue comme la seule conforme au droit, cette connaissance certaine n'importe guère au justiciable, à l'avocat, à l'avoué qui ont à convaincre un juge dont l'opinion est contraire; devant lui, et sous réserve d'un éventuel recours, tout se passe comme si le droit était autre.

L'observation ne relève pas de l'anecdote. Elle démontre que le savoir des juges influence très directement celui des autres juristes. Leur propre savoir se compose des multiples données glanées dans les positions judiciaires connues; il est dommage que ces sources d'informations soient volontiers confondues avec une « source du droit », d'ailleurs contestée comme telle, et qui serait la jurisprudence.

270 **Les magistrats** ◇ La majeure partie des magistrats de l'ordre judiciaire est issue de l'École nationale de la magistrature. Ils ont dû se préparer à réussir les épreuves d'un concours d'entrée sélectif. Les facultés de droit y contribuent partiellement; les Instituts d'Études Politiques ont trouvé là un débouché inattendu.

Les magistrats du siège, augmentés de ceux du Parquet, composent un corps de 7 000 personnes exerçant leurs fonctions dans 1 500 cours et tribunaux. Ils sont assistés par 8 500 greffiers en chef et greffiers, le personnel des greffes atteignant un effectif de 28 000. La formation qui est dispensée aux uns et aux autres, les usages et pratiques qui s'instaurent et peuvent prendre une portée considérable, les relations qu'ils entretiennent avec les avocats, avoués, greffiers, administrateurs judiciaires, avec les enseignants aussi, sont de puissants facteurs dans la détermination des solutions de droit, des raisonnements admissibles, comme dans l'apparition et le développement des mouvements du droit. Il devrait être clair que, là où les juges se veulent serviteurs de la loi, de sa lettre, de ses instructions, le droit n'est pas le même que s'ils avaient le sentiment de devoir rechercher une solution juste, en recherchant dans les dispositions légales une inspiration.

Des juges issus d'instituts organisés pour des hauts fonctionnaires d'État et d'une école construite sur le modèle de celle qui les prépare à exercer des fonctions diplomatiques ou ministérielles n'ont-ils pas tendance à préférer l'*imperium* à la *juris-dictio*? Sont-ils davantage prêts à voir, dans le procès civil notamment, l'affaire des parties ou une activité administrative, une opération à organiser et à gérer?

271 **Avocats et avoués** ◇ Les avocats, et avec eux les avoués qui représentent les parties devant les cours d'appel, constituent sans doute dans l'esprit du public la catégorie la plus connue des juristes. Leur fonction la plus traditionnelle est liée au contentieux; ils préparent les actes de procédure et plaident devant les juridictions, avant d'accomplir les démarches nécessaires à l'exécution de leurs décisions. S'y ajoute la fonction de conseil. Depuis la fusion de professions autrefois distinctes, les avocats rédigent également des contrats; ils peuvent aussi assister les particuliers dans leurs relations avec les administrations notamment fiscales.

La plupart des avocats reçoivent leur première formation juridique dans les facultés de droit. Elle est ensuite complétée par les enseignements reçus dans un centre de formation professionnelle. Les épreuves requises pour accéder à un tel centre sont inspirées de celles qui précèdent l'entrée à l'École de la magistrature. Ici aussi le raisonnement juridique perd de son importance. Les Instituts de science politique préparent mieux à la rédaction d'une « note de synthèse » que les facultés de droit.

Pour caractériser les études suivies par les avocats, il faudrait tenir compte de leur durée, des programmes, des modes d'appréciation, de

sélection,... Les choix effectués sur ces différents points, la faveur faite à l'éducation générale ou à la spécialisation sont lourds de conséquences; ils influencent la pratique du barreau, la façon de raisonner, de prendre position et l'idée que chaque avocat se fait de ce qu'il est et doit être.

Les notaires, huissiers, greffiers reçoivent des formations analogues dans leur principe.

Un même mouvement semble avoir affecté les formations professionnelles dans leur ensemble. L'allongement de la durée des études n'en est que le trait le plus apparent. L'attrait exercé sur les autorités compétentes par le titre de docteur est peut-être sans commune mesure avec la nécessaire adaptation des formations qu'il sanctionne, à l'exercice des professions ainsi préparées. Ce n'est pas seulement une dénaturation des enseignements dits de troisième cycle qui est à craindre. Notaires et avocats en particulier ont sans doute besoin d'un apprentissage dont les études doctorales sont fort éloignées. Les qualités requises pour l'exercice de ces professions ne sont guère cultivées dans les cours et séminaires qui suivent la maîtrise en droit et dont la fonction est autre.

En retardant l'âge d'accès à l'activité et aux responsabilités professionnelles, les autorités font un choix dont elles ne mesurent sans doute pas les conséquences. La pyramide des âges influence considérablement les pratiques et le savoir mis en œuvre, ses variations et corrections.

Le régime des études juridiques contribue assurément à la définition du juriste.

272 **Juristes universitaires** ◇ Les facultés de droit réunissent en leur sein des juristes qu'elles ont formés. Les enseignements y sont assurés par des personnels sélectionnés selon des procédures diverses; des concours, l'ancienneté, les choix opérés par les enseignants en place jouent des rôles variés. Les critères d'appréciation et de promotion mis en œuvre sont des facteurs déterminants pour l'orientation des activités des universitaires, le choix des sujets de leurs publications et de la façon de les traiter. D'autres éléments seraient à considérer. Les conditions de travail des enseignants des facultés ont été bouleversées dans les dernières décennies; en augmentant notamment leurs fonctions administratives, c'est leur temps de lecture et de réflexion qui a été réduit. De tels changements affectent la définition même du juriste universitaire.

Il faut se souvenir que le mode de recrutement des professeurs de droit par un concours national est relativement récent. C'est durant la deuxième moitié du XIX^e siècle qu'il a été adopté; il n'est sans doute pas étranger à la révision déchirante qui s'est opérée à la fin du XIX^e siècle. Les maîtres volontiers condamnés alors avaient été des avocats en renom choisis par chaque faculté. Les critères de sélection ont évidemment changé. Les juristes et leur savoir ne peuvent demeurer les mêmes selon que les procédés de recrutement privilégient l'éloquence, le style, la

connaissance des dispositions légales ou des positions prétorienne ou la logique par exemple.

Le passage du recrutement local de praticiens expérimentés à la sélection nationale de candidats préparés pour répondre aux exigences d'épreuves précisément organisées par voie réglementaire devait être et a été un changement considérable. Il a modifié les relations entre l'École et le Palais, mais aussi le genre d'informations détenues par les juristes universitaires et tenues pour pertinentes dans l'enseignement. Ses effets ont été accentués par la défaveur dans laquelle est assez généralement tenue la double qualité de praticien et d'universitaire.

L'une des particularités du juriste universitaire est de devoir se tenir prêt à exercer trois fonctions bien différentes et qui font appel à des qualités différentes. L'enseignant juriste universitaire, professeur ou maître de conférences, doit être, à la fois, un initiateur et un formateur – c'est l'enseignement – un théoricien « objectif » et critique – c'est la part de la recherche – et un administrateur – d'un niveau plus ou moins élevé : de la gestion des examens à la direction d'instituts, centres, ... -. Selon les tempéraments et les goûts, les hasards et circonstances de carrière, mais aussi selon les modes d'attribution des promotions et l'organisation administrative des universités, la répartition du temps consacré à chacune de ses tâches varie. Les décisions gouvernementales peuvent influencer notablement l'équilibre qui s'instaure, à différentes périodes, dans la vie professionnelle de chaque enseignant.

Dans les temps présents, l'initiation, en premier lieu, le « bloc doctrinal à usage d'enseignement »¹, en deuxième lieu, et la réflexion critique approfondie, en dernier lieu, sont probablement assez mal différenciés. Dans les trois cas, il serait question de droit positif et de rien d'autre. La « recherche » elle-même se présente sous des visages fort variables. Il est assurément souhaitable que soient convoquées, pour la mener, aussi bien l'histoire que la philosophie du droit, la linguistique, l'économie ou la sociologie. En revanche, l'amalgame opéré par les services ministériels notamment entre toutes les publications, du tableau de jurisprudence à la synthèse critique la plus audacieuse, est probablement assez pernicieux. Il contribue à la confusion du droit et de son savoir, l'étaye, l'entérine et la renforce. Ce pourrait être un progrès que de réserver le terme « recherche » à des travaux allant au-delà du recensement et de la description; il serait sans doute préférable encore d'employer un autre mot qui renoncera à imiter la science comme « exploitation organisée »².

273 Formations concurrentes ◇ Une autre modification importante de l'enseignement juridique résulte de la disparition de l'exclusivité longtemps reconnue aux facultés de droit. D'une part, des cours de droit ont

1. M. Heidegger, *Être et temps*, précité, p. 48.

2. M. Heidegger, « L'époque des conceptions du monde », précité, p. 109-110.

pris place dans les programmes des lycées. Ils préparent les futurs étudiants et les citoyens à concevoir le droit comme un ensemble de principes établis, de règles prêtes à l'emploi, de notions clairement et précisément définies. D'autre part, les « grandes écoles » donnent elles aussi des enseignements juridiques. Il est à craindre que les hauts fonctionnaires et cadres qui s'y préparent à des activités peu juridiques en elles-mêmes, apprennent plus de règles que de modes de raisonnement. Par là aussi, la théorie de l'État augmente son audience et son influence; elle risque de recouvrir progressivement l'art juridique, le savoir juridique et d'estomper ainsi leur spécificité.

274 Des juristes insatisfaits ◇ Un indicateur non négligeable pourrait être trouvé dans le degré de satisfaction des différentes catégories de juristes, c'est-à-dire de l'opinion qu'ils ont de leur activité, de ses résultats, de leur position sociale. À l'orée du XXI^e siècle, un certain malaise est perceptible¹.

Les juristes ont conservé leurs fonctions traditionnelles et continuent de bénéficier d'une certaine exclusivité. Elles ne leur apportent plus, ni dans la magistrature, ni dans le barreau, ni dans les facultés, la reconnaissance sociale et les gratifications qu'ils ont connues. Il ne serait pas raisonnable d'imaginer que leur sentiment sur ce point est nécessairement étranger à la façon dont ils raisonnent et agissent. Les juristes sûrs d'eux-mêmes et de leurs positions dans la société, comme tels, indépendants et forts de leurs convictions pourraient céder la place; rien ne garantit le maintien de ces qualités et tendances. Des serviteurs de l'ordre, disciplinés, dociles, habiles organisateurs et exécutants pourraient occuper le milieu juridique. Un tel changement qui n'est pas tout à fait spontané mériterait d'être apprécié et ses conséquences mesurées.

Le bilan des enseignements juridiques divers serait à dresser. Il est possible que, parfois, ici ou là, les affirmations, les certitudes, les évidences soient privilégiées. La part faite au raisonnement, à la réflexion critique, à l'ouverture sur des points de vue multiples, est certainement sauvegardée en principe et dans l'ensemble. S'il est vrai que la première qualité du juriste est l'aptitude à poser des questions, le plus grand nombre possible de questions, éventuellement embarrassantes, à les formuler d'une façon particulière, sans se laisser arrêter par des postulats implicites, irrfléchis et contraignants, il importe de veiller à ce que l'enseignement juridique en favorise l'éclosion.

1. V. Avant-projet de loi organique relatif au statut des magistrats, Ministère de la Justice, 2002. – Rapport d'information sur la politique de recrutement et la gestion des universitaires et des chercheurs, par Y. Fréville, Doc. Sénat, 2001-2002, n° 54.

CHAPITRE 2

LES COLLECTIVITÉS

275 **La collectivité des juristes** ◇ C'est l'une des principales caractéristiques de la tradition juridique occidentale que l'appel « à un corps spécial de gens qui pratiquent les activités juridiques sur une base professionnelle plus ou moins exclusive,... spécialement formés dans une branche distincte de l'enseignement supérieur qui a sa littérature propre et des facultés ou hautes écoles spécialisées »¹.

276 **Nature de la collectivité** ◇ Faut-il parler d'un milieu, de collectivités ou de communautés², voire de « classe »³ ou « d'entité »⁴ ? Le groupe paraît fort d'une unité avérée. Elle se forge, générations après générations, sur les bancs des facultés de droit. La formation, le langage⁵, les références, les méthodes, les raisonnements semblent communs. Le sont-ils vraiment ?

Notaires, huissiers, magistrats, avocats, avoués, greffiers, professeurs, juristes d'entreprises usent-ils du même savoir ? Il faudrait peut-être parler, non d'une collectivité, mais de collectivités de juristes.

277 **Le savoir doctrinal** ◇ La doctrine qui n'est pas exclusivement universitaire a davantage retenu l'attention que les autres composantes du monde des juristes. Elle a été décrite comme un « groupe informel mais homogène d'auteurs et d'œuvres,..., corps qui tient à la fois de la corporation, de la société savante et du club de gentlemen,... pouvoir indépendant, mais proche du pouvoir,... incarnation savante, durable et systématique de la déesse Opinion »⁶. Cette présentation se signale par la préoccupation de mettre l'accent sur l'importance et le poids du phénomène collectif; la difficulté serait de distinguer son action sur les œuvres, sur les hommes et sur le savoir. Il y a des juristes libres, « des êtres singu-

1. H.J. Berman, *Droit et révolution, La formation de la tradition juridique occidentale*, Harvard Univ. Pr., 1983, Aix-en-Provence, Librairie de l'Univ., 2002, traduction R. Audouin, p. 24.

2. St. Cavell, *Les voix de la raison. Wittgenstein, le scepticisme, la moralité et la tragédie*, 1979, Oxford Univ. Pr., Paris, Seuil, 1996, traduction S. Laugier et N. Balso, p. 52, 54, 59, 67. - M. Meyer, *Découverte et justification en science. Kantisme, néo-positivisme et problématique*, Paris, Klincksieck, 1979, p. 298 et s.

3. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Paris, Flammarion, 1996, p. 66 et s. - J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 1978, 1994, p. 391 et s.

4. Ph. Jestaz et Chr. Jamin, « L'entité doctrinale française », *D.* 1997, chron., p. 167. - Et une « réponse » : L. Aynès, P.-Y. Gautier et Fr. Terré, « Antithèse de « l'entité » (à propos d'une opinion sur la doctrine) », *D.* 1997, chron., p. 229.

5. G. Cornu, *Linguistique juridique*, Paris, Montchrestien, 2^e éd., 2000, n° 54, p. 233 et s.

6. Ph. Jestaz et Chr. Jamin, *op. cit.*, p. 175.

liers pensant sur le droit, pour le droit »¹; ils ont le plus souvent « le sentiment d'appartenance à une communauté scientifique »² et celui de partager un savoir qui a son contenu et ses mouvements propres. L'unité d'une collectivité ou d'un corps n'est d'ailleurs probablement pas perçue de même façon par ses membres et par ceux qui, de l'extérieur, les observent ou les rencontrent.

278 Divisions de la collectivité ◇ Le savoir juridique paraît commun à tous les juristes; il les définit. Derrière l'apparente uniformité, d'importantes différences demeurent. À leur crédit, il faut mettre les rapports qui peuvent s'instaurer entre des professionnels dont les expériences ne sont certes pas identiques. Leur rencontre peut être l'occasion de mouvements salutaires, d'enrichissements, de corrections. Le notaire apprend de l'avocat que telle clause suscite le contentieux ou n'est pas interprétée comme il s'y attendait; l'avocat découvre que telle demande ne permet pas de sortir d'embarras... Au débit des disparités qui caractérisent le monde du droit, il faut compter les oppositions entre professionnels, leur fréquente inaptitude à s'entendre. Combien de magistrats assimilent les raisonnements des avocats à de simples arguties ? Les divisions souvent trop marquées peuvent gêner ou restreindre la circulation d'informations, l'échange des idées. La création d'écoles spécialisées assurant la préparation à l'exercice de certaines professions et engendrant un esprit de corps peut aggraver le phénomène.

Ce fut une caractéristique exemplaire de la *Common law* que d'être servie par une petite communauté de juristes où régnait une estime réciproque, qui se connaissaient, se rencontraient régulièrement dans les *Inns of Court*. La constitution de leur savoir en était influencée; elle ne pouvait que se ressentir profondément de la diminution de cette unité.

279 Caractéristiques variables ◇ Les collectivités de juristes présentent des caractéristiques variables de l'une à l'autre et selon les époques. Les fonctions exercées par leurs membres – conseil, contentieux, rédaction, enseignement, ... – ne suffisent pas à les distinguer. D'autres facteurs agissent plus directement sur leurs savoirs, sur sa composition et sur ses variations.

280 Quantité ◇ La première donnée à considérer est assurément le nombre. Le milieu est nécessairement affecté par sa dimension. 37 000 avocats n'exercent pas exactement le même métier que leurs prédécesseurs qu'une salle un peu vaste aurait pu accueillir. 4 000 ou 5 000 enseignants

1. L. Aynès, P.-Y. Gautier et Fr. Terré, *op. cit.*, p. 230.

2. *Ibidem*.

fonctionnaires ou non – par exemple, environ 550 professeurs et 750 maîtres de conférences de droit privé – n'ont pas le statut des quelques dizaines de maîtres qui animaient les facultés de droit du XIX^e siècle.

Le nombre agit sur bien des caractères de la collectivité. L'unité de formation, de langage, de méthode, de préoccupation a une signification bien différente selon qu'elle se constate dans un petit groupe ou dans un vaste ensemble. La transmission des connaissances varie également, de même que la fonction d'apprentissage et l'organisation de l'accès à la profession. Dans une collectivité restreinte, une surveillance, un contrôle spontanés peuvent s'instaurer ou non; en toute hypothèse, ils sont d'une autre nature que dans un milieu plus nombreux.

281 Communication entre les catégories ◇ Les relations entre les catégories de juristes dépendent aussi des occasions qui leur sont données d'échanger des informations et de comparer leurs expériences. Des réunions, colloques ou congrès peuvent être organisés soit entre des professionnels, soit au contraire entre des juristes de fonctions différentes. Des revues peuvent, de la même façon, être conçues comme des emblèmes spécifiques, des organes relativement cloisonnés, ou comme des sources d'informations communes.

Les méthodes et connaissances propres à chaque catégorie peuvent tendre à se différencier. Une certaine forme de spécialisation du savoir peut trouver là son origine et l'une des voies par lesquelles elle se pérennise et semble se justifier.

282 Un milieu ◇ Le savoir juridique est nécessairement tributaire du milieu à l'intérieur duquel il se forme, s'alimente, se transmet et se conserve. La constitution de ce milieu, son ouverture à des « hommes nouveaux », à des informations nouvelles, ses divisions, son unité sous-jacente, mais variable, sont des données déterminantes.

Bien des indices seraient à considérer pour apprécier les caractéristiques de ce milieu. Il y aurait lieu d'examiner les moyens mis en œuvre pour se définir en se protégeant des imposteurs et des charlatans. Il faudrait tenter de mesurer le phénomène de spécialisation, son ampleur et ses effets. Le recours plus ou moins répandu à la consultation préparée par un spécialiste reconnu est une pratique significative : elle peut notamment révéler l'état des rapports entre avocats ou notaires, d'une part, universitaires, d'autre part. L'institution d'organismes d'information et de consultation, propres à certaines professions¹ peut également être lourde de signification et de conséquences.

1. V. les Centres de recherches, d'informations et de documentation notariales (CRIDON) auxquels le notariat fait couramment appel.

- 283 **Une culture** ◇ Ce milieu (ou ses diverses branches) a sa culture. Le savoir juridique y trouve un terrain d'accueil qui oriente les choix opérés, les méthodes mises en œuvre, les instruments de démonstration et de conviction.

Les composantes de cette culture sont multiples. Nul ne peut douter de l'incidence que peut avoir, sur l'alimentation et sur les mouvements du savoir juridique, la formation initiale des juristes en histoire, en littérature, en logique en philosophie, en latin, ... Le poids donné aux mots, l'intérêt porté à la grammaire et à la syntaxe varient considérablement en fonction de la préparation reçue dans les années d'études qui ont précédé l'initiation au droit.

- 284 **L'image des juristes** ◇ Le milieu juridique (ou ses branches) se fait une certaine idée de lui-même, de ses fonctions, de sa position sociale. Il se compose une image, celle qu'il veut donner de lui-même. Des hiérarchies internes en résultent. Avocats, notaires, universitaires ont leurs grands hommes, leurs phares. La façon dont ils les reconnaissent est significative. Les responsabilités corporatives ou administratives qu'ils exercent, leur reconnaissance par le public, leurs œuvres, leurs actions et leurs combats peuvent les désigner.

Ce sont des repères et des modèles que la collectivité se donne. Ils peuvent être sources de fierté et leurs succès figurent en bonne place dans l'histoire d'une profession ou d'une fonction juridique. Des noms célèbres sont comme des signes de ralliement, des symboles dans l'Université, comme au Barreau. Être juriste, en France, c'est aussi devoir quelque chose à Domat, à Pothier, à Portalis, à Demolombe, à Ripert, à Hauriou, à Duguit, ...

- 285 **Génération après générations** ◇ Les générations de juristes ne se succèdent pas toujours de la même façon. L'ampleur et la rapidité des changements législatifs intervenus, les modes de recrutement, la pyramide des âges influencent directement les modalités de transitions, de successions, de prise de pouvoir.

Ces successions empruntent des voies diverses et se manifestent sous des formes qui ne le sont pas moins. Les désignations de sociétés civiles professionnelles de notaires, d'avocats, d'avoués ou d'huissiers en portent trace lorsque le même patronyme s'y répète, comme les listes de bâtonniers. Tout déclin de la qualité des formations dispensées se traduit par une augmentation du rôle des transmissions héréditaires; c'est pourquoi, ceux qui combattent la sélection au nom de l'égalité finissent toujours par travailler pour l'aristocratie en place. Dans l'université, les chaires révélaient les lignées. L'attribution de certains postes peut y reposer bien légitimement sur des affinités électives de maître à disciple; elle confine rarement au népotisme. Ce sont les signatures des ouvrages qui montrent

les successions. S'il arrive qu'un ouvrage publié sous plusieurs noms soit une véritable œuvre collective – Aubry et Rau, Colin et Capitant, ... –, d'autres sont les emblèmes d'une école, d'une future école. Dans la préface du *Traité pratique de droit civil français*, Marcel Planiol et Georges Ripert écrivaient, en 1925, après avoir salué l'abandon des méthodes exégétiques et la liberté conquise par les nouveaux interprètes, qu'ils avaient entendu faire l'inventaire de toutes les richesses doctrinales : « Un seul homme ne saurait aujourd'hui avoir la prétention de mener à bien une œuvre d'une telle ampleur. L'association est utile quand on peut respecter, par l'unité de direction, l'unité de pensée et de doctrine; au surplus, cette unité est assurée en cet ouvrage par sa base même, qui est le *Traité élémentaire* de M. Planiol. Chaque collaborateur de ce *Traité pratique* s'est inspiré d'une méthode commune et a parfois volontairement renoncé à ses conceptions personnelles »¹. Leur descendance est impressionnante; par Colin et Capitant, elle rejoint Alex Weill. La tradition de ces directions doctrinales plus ou moins fermes et de ces successions de générations d'auteurs est ancienne. Baudry-Lacantinerie, Beudant sous le nom de son père, comme les élèves de Bufnoir, et bien d'autres à leur suite, font profiter leurs lecteurs des avantages de la collaboration. Si Demolombe n'a pas de successeur, Merlin reprend le Guyot et Pont le Marcadé.

- 286 **Des formes de consécration** ◇ Dans le choix d'un centre d'intérêt, d'un sujet à traiter, d'un style à adopter, dans la sélection des arguments développés pour emporter la conviction et obtenir, ainsi, une forme de consécration, les modes de succession dans les positions de premier rang jouent un rôle non négligeable. Les honneurs décernés peuvent exercer une certaine influence. Les titres de doyen, de bâtonnier sont prisés. L'espoir de recevoir ces consécrations ou d'autres peut être, pour certains, un ressort supplémentaire.

- 287 **Des symboles nominaux** ◇ Comme son prédécesseur, le XX^e siècle a connu quelques grands maîtres. Leurs noms sortaient du lot dans une discipline ou dans plusieurs. Leurs qualités avaient évidemment fait leur renommée. Universitaires, avocats, magistrats, ils s'imposaient comme des modèles, des autorités, des références. Une puissance de raisonnement, un style ou « une patte », des convictions, les causes défendues, l'envergure de l'œuvre, une aptitude à séduire, une énergie particulière les avaient placés sur le devant de la scène. Les fonctions exercées, les responsabilités confiées et les actions menées dans l'œuvre législative avaient confirmé l'appréciation de leurs pairs, de leurs étudiants, des juristes en général. L'image de la collectivité juridique s'en trouvait grandie, réhaussée.

1. M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, Paris, LGDJ, 1925, préface, p. VII.

288 *Changement de dimension et de mesure* ◇ Cette conséquence du succès de quelques-uns ne doit pourtant pas dissimuler le phénomène inverse. Demolombe, Aubry et Rau, Gény, Capitant et leurs successeurs ne purent être célébrés que dans une collectivité qui se faisait une certaine idée d'elle-même et, plus encore, de sa fonction, c'est-à-dire du droit qui lui donnait l'occasion de l'exercer.

Du début du XIX^e siècle jusqu'en 1970, nul ne doute de l'importance sociale du droit. Le statut des juristes les place assez haut dans la hiérarchie sociale. Le respect dû aux magistrats, à ceux des cours notamment, relève de l'évidence. Les avocats n'exercent pas seulement une profession qui appelle la connaissance et la confiance, la dignité et un certain pouvoir; ils sont souvent présents dans la vie publique et notamment politique. Les professeurs de droit sont des personnages : le poids de leurs écrits, l'importance de leurs auditoires, le souvenir de leurs étudiants en font des maîtres parfois admirés et vénérés. L'université est le lieu de la pensée, de l'excellence.

En est-il de même aujourd'hui ? Le nombre, le grand nombre a tout changé. Une justice submergée sous les instances et les dossiers, une université qui accueille des masses d'étudiants et recrute des armées d'enseignants, dans des centres multipliés, un barreau protubérant, c'est un autre monde qui se met en place; l'administration y gouverne et envahit tout et les critères de recrutement, de sélection et d'attribution de moyens dépendent davantage de ses pratiques propres que d'appréciations de qualité. Le changement de dimension ne permet pas toujours de se préserver de la médiocrité; l'ensemble n'a plus la même tenue. Des fonctions nouvelles apparaissent et créent leurs organes; les entreprises, les administrations ont leurs collaborateurs permanents, juristes salariés peu différents des autres techniciens¹. Les distinctions s'estompent : entre le rédacteur d'une compagnie d'assurance, le fonctionnaire d'une direction administrative, le cadre moyen d'une banque et l'avocat auquel ils donnent leurs instructions, la hiérarchie s'amenuise. À l'époque où un conseiller à la Cour de cassation ne saurait prétendre à disposer d'un bureau pour étudier des dossiers souvent volumineux dont le transport à domicile est problématique, à l'époque où un professeur d'université accomplit banalement des tâches d'appariteur et de surveillant, à l'époque encore où l'avocat lui aussi passe de plus en plus de temps à remplir des formulaires, les maîtres disparaissent sans être remplacés. Les grands noms du droit civil et du droit administratif s'éloignent; sauf dans ces petits villages que sont les facultés de droit, nul ne peut croire que certains de leurs successeurs auront une stature, une influence, une voix comparables.

289 *La nouvelle génération de 1900* ◇ François Gény et, avec lui, les maîtres du droit français qui entrèrent dans la carrière au début du XX^e siècle surent se faire une place de choix. Convaincus de ne pouvoir

1. J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 66 et s.

être des disciples, ils voulurent être des fondateurs. Invoquant ici le vieillissement du Code civil, là la prétendue naissance du droit administratif, ils purent se faire les hérauts des temps nouveaux. La méthode d'interprétation qui avait été en honneur au XIX^e siècle, en donnant à la loi une place et une importance primordiales, les fondements mêmes de la civilisation juridique, le contrat, la responsabilité pour faute, furent critiqués : ils étaient surannés, bons pour une société révolue.

Les jeunes maîtres du droit civil, recrutés d'une manière spécifique et unifiée pour enseigner et écrire, allaient pouvoir exceller dans des genres nouveaux. Ils n'auraient pas à supporter la comparaison avec leurs glorieux prédécesseurs. Ils feraient autre chose. La « libre recherche scientifique » que prônait Gény libérerait surtout la nouvelle génération des juristes français du souci d'avoir à rivaliser avec Demolombe, avec Toulhier, avec Aubry et avec Rau... Elle déterminait le ton convenable des écrits juridiques, les raisons à invoquer, les questions à traiter pour se faire un nom. Demolombe pouvait écrire par exemple : « nous devons d'autant plus maintenir ces traditions qu'elles sont, en effet, l'expression des vrais principes »¹. Quelques décennies plus tard, un civiliste usera d'autres termes et se croira sans doute plus scientifique.

290 *Le nouveau droit* ◇ La génération suivante ne profitera pas moins des circonstances pour se forger une personnalité. L'heure est aux réformes, refontes et remises en ordre législatives. De plus, les sciences sociales, sociologie, économie, se font plus présentes. La voie est tracée. Les maîtres prendront place et position par rapport aux productions du législateur. Ils pourront les préparer, y œuvrer directement, les commenter, les combattre ou les soutenir. Les anciennes querelles de méthodes feront pourtant long feu. Les interprètes n'ont pas reçu la formation qui avait permis aux commentateurs du Code civil de le porter, d'en amplifier les dispositions, de pratiquer l'innutrition. Il leur faut se contenter d'expliquer, de justifier,...

291 *Le retrait des juristes* ◇ Il n'est pas sûr que la doctrine contemporaine soit en mesure de passer le témoin, de faire école et de marquer son temps. Elle n'en a peut-être pas l'ambition. La mobilité des lois pourrait l'en dissuader. Surtout, elle ne peut plus guère espérer tenir un rang. D'autres, administratifs, politiques, personnalités de la communication, ont pris le relais. Magistrats, avocats, universitaires, les juristes semblent voués à demeurer en retrait.

292 *Un savoir différent* ◇ Leur savoir est le reflet de cette position nouvelle; il en subit le contrecoup. Le juriste ne se prévaut plus guère de

1. J.-Ch.-Fl. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXX, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. VII, Paris, Durand-Hachette et a., 1878, n° 729, p. 613.

cette expérience séculaire qui l'autorisait à parler de la nature des choses. Il s'accepte volontiers comme technicien spécialisé, pour pouvoir afficher une compétence¹. Les analyses à mener, les sujets à traiter, les propositions à émettre, les arguments à avancer s'en ressentent inéluctablement.

Les relations entre les différents groupes de juristes, praticiens et théoriciens, avocats et universitaires par exemple, ou entre praticiens, notaires et avocats, ou encore entre théoriciens, privatistes et publicistes ou privatistes et historiens, sont une donnée déterminante dans la formation du savoir juridique. Elles influencent la circulation des informations et, en conséquence, les conditions dans lesquelles elles peuvent être réfutées. Plus ces relations sont faciles, plus le savoir a l'occasion de s'épurer, de se corriger.

C'est dire l'importance que peuvent avoir les décisions prises en matière d'organisation des études et de sélection des candidats à l'exercice des diverses fonctions juridiques. L'une des conséquences de la création des grandes écoles et de leurs équivalents peut être d'accentuer les divisions entre les catégories; l'esprit de promotion et de corps qui lui fait suite peut entraver la collaboration et l'échange d'informations. De même, les modes de recrutement des professeurs et les aménagements des étapes de leurs carrières peuvent avoir une influence considérable. L'enseignement et, par conséquent, la formation initiale dépendent assez directement des qualités attendues des enseignants; selon qu'ils sont choisis parmi les praticiens ou qu'à l'inverse, la double qualité d'universitaire et de praticien est généralement réprouvée, l'enseignement en est profondément affecté. Lorsque l'université s'institutionnalise, elle définit ses modèles au point que mêmes les avocats, notaires, huissiers appelés à la rescousse pour compléter la formation des étudiants, se sentent contraints d'enseigner comme de vrais professeurs et de puiser les bases dans leurs cours, non dans leur expérience professionnelle, mais dans les ouvrages universitaires.

1. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit...*, p. 71.

TITRE 2

LE SAVOIR DES JURISTES

293 Cas simples et difficiles ◇ Il y a bien des raisons d'aspirer à l'établissement, dans le savoir juridique, de distinctions fondatrices. La théorie anglo-saxonne met en avant l'opposition des cas simples et des cas difficiles. Si sa signification était établie, elle serait bien commode. Elle permettrait, par exemple, d'admettre qu'ordinairement l'espèce correspond au présupposé de la règle qu'il suffit d'appliquer; seuls quelques cas exceptionnellement complexes comporteraient une distance significative par rapport à la règle générale et donneraient un rôle créateur à l'interprète, au juge. Aucun critère ne permet de classer *a priori* les cas dans l'une ou l'autre rubrique. Il serait extrêmement dommageable de supposer que, dans la majorité des hypothèses, tout raisonnement est inutile, voire inopportun et déplacé, aucune incertitude, aucune liberté n'étant concevables.

294 Savoir et pouvoir ◇ Le savoir juridique est décrit sur la base d'autres distinctions dont la signification n'est pas moins profonde. L'espoir est de dissocier clairement la mise en œuvre de connaissances déterminées et la création de solutions qui n'appartiennent pas au droit positif. Une sorte d'épuration du savoir en résulterait. Pour admettre la distinction, il faudrait être sûr que l'état du droit peut être un objet à observer ou à décrire sans avoir aucun choix à opérer ni entre plusieurs règles, ni entre plusieurs interprétations, ni entre plusieurs niveaux de généralité. Le débat est souvent biaisé. L'expérience quotidienne de l'activité des juristes montre d'incessants passages, de permanentes influences entre le « *de lege lata* » et le « *de lege ferenda* », entre la description et l'appréciation ou la proposition. Les formes multiples du savoir juridique ne

peuvent être caractérisées qu'*a posteriori*, comme par extraction et par reconstruction.

Ce savoir n'en a pas moins ses régularités, ses tendances ou lois. Les armes, outils, instruments dont il use se prêtent également à une enquête qui serait descriptive et différentielle.

CHAPITRE 1

LES FORMES DE SAVOIR

295 *Technologie et anthropologie* ◇ Pour tenter de préciser la part du savoir, il est proposé de discerner, dans les activités théoriques des juristes, la technologie et l'anthropologie¹. La première tend à la rationalisation soit de la fabrication des outils juridiques, soit de ces outils mêmes, c'est-à-dire des normes édictées. Cette deuxième branche est celle de la dogmatique; les commentaires qui la composent, qu'ils se présentent comme exégétiques ou comme critiques, semblent ne pas pouvoir être caractérisés comme descriptifs d'une réalité. Ils portent, non sur une vérité, mais sur des justifications. Pourtant, les exposés de cette dogmatique peuvent bien s'apprécier par référence à un certain état du droit. La plus ou moins grande liberté prise par le commentateur peut être mesurée; il suffit, pour se donner le moyen de classer ces présentations théoriques par référence à l'état supposé établi du droit positif, de reconnaître que leur objet n'est pas de dégager des lois. C'est l'anthropologie qui retrouve, établit et retrace les phénomènes juridiques, avant d'y découvrir des régularités dans les séries de leurs apparitions². Cette activité d'observation existe; sa qualité n'est pas totalement indéterminée et peut être améliorée par élimination de certaines omissions, imprécisions ou erreurs.

Cette attitude anthropologique peut être définie rigoureusement. Dans la pratique quotidienne des juristes, elle ne se sépare pas de la technologie. La mise en œuvre de leur savoir mêle inéluctablement la rationalisation des normes instituées et la description des « manifestations humaines historiques en relation avec le droit »³.

296 *Formes d'expression* ◇ La part du savoir dans l'activité des juristes peut être, sinon définie et rigoureusement déterminée, au moins évoquée et étudiée, par référence à l'objectif poursuivi, au mode de raisonnement et d'argumentation. Dans son expression, le savoir se présente sous des formes différentes.

D'autres distinctions qui renoncent à toute intention descriptive ont été avancées. Elles tendent ouvertement à une sorte de censure; le but n'est nullement de montrer le savoir juridique dans ses œuvres, mais de dire ce qu'il devrait être en lui imposant des bornes.

1. P. Amssek, « La part de la science dans les activités des juristes », *D.* 1997, chron., p. 338.

2. P. Amssek, « Éléments d'une définition de la recherche juridique », *Arch. De philosophie du droit*, 1979, t. 24, p. 301.

3. P. Amssek, *op. cit.*, p. 305.

Emmanuel Kant crut à cette possibilité de construire rationnellement un droit naturel qui vaudrait à partir de lui et pour les siècles des siècles. Ayant achevé l'œuvre fondatrice, il refermait la porte derrière lui; il intimait, aux juristes, l'ordre de s'en tenir aux injonctions du législateur et des autres autorités instituées, sans jamais prétendre regarder du côté du droit naturel, voire s'en inspirer. Ayant postulé la possibilité et la nécessité de parvenir à l'élaboration d'une science du droit, qui serait pure, Hans Kelsen était contraint de renoncer à la clore sur un échafaudage de normes. Le choix entre deux interprétations ne pourrait relever du savoir; il serait inévitablement arbitraire. Les juristes seraient à nouveau mis sur la touche au profit des pouvoirs institués. D'autres propositions aboutissent au même résultat, en posant *a priori* des bornes au juridique: le savoir juridique est disqualifié, étant supposé inapte à juger du bien-fondé de certaines décisions par ses ressources propres¹.

SECTION 1. LE TOUR DESCRIPTIF

- 297 *L'état du droit décrit* ◇ Le droit, ses règles, ses notions ne peuvent être décrits. L'information est d'importance majeure. Elle se fonde sur la nature de l'objet en cause, mais aussi sur celle du savoir.

Une description de l'état du droit serait nécessairement partielle; elle suppose surtout un choix décisif. Indépendamment de toute réflexion théorique sur les différentes conceptions du droit, le juriste doit déterminer ce qu'il entend observer, présenter, commenter. Il peut répéter le contenu des dispositions légales ou s'attacher à en dégager les conséquences; il peut analyser les décisions de justice, après avoir sélectionné celles qu'il tient pour pertinentes et d'actualité. Surtout, le choix porte sur le niveau de généralité et de précision. Pour décrire le droit civil du contrat en l'an 2002, il ne suffit certainement pas d'exposer quelques articles du Code civil; faut-il tenir compte d'un jugement rendu en 1950 par un tribunal qui a annulé la cession d'un office ministériel pour erreur commise par l'acheteur sur la valeur de l'objet du contrat? Des principes d'interprétation font-ils partie de l'état du savoir? Les questions sont multiples et ne peuvent recevoir de réponses certaines. Entre deux présentations de la même partie du droit civil, des différences considérables apparaissent. L'une traite de questions que l'autre ignore; le sujet même semble différent.

Il importe peut-être assez peu, pour notre propos, que les lois scientifiques soient ou non descriptives. L'observateur qui relate ce qu'il a observé lorsqu'un objet en métal a été placé à proximité d'un aimant n'en est pas encore à dégager une loi; ce qui fait l'intérêt de sa relation, c'est la détermination rigoureuse des conditions dans lesquelles le phénomène s'est

1. D. de Béchillon, « Porter atteinte aux catégories anthropologiques fondamentales? », *RTD civ.* 2002, 48.

produit. Le juriste qui indique qu'en droit français actuel, le voleur encourt telle peine ou le contrat peut être résolu judiciairement en cas d'inexécution, ne dégage pas une loi d'une observation, il décrit ce qui pourrait arriver dans certaines circonstances. Il ne prétend dégager aucune loi; il en relate l'existence. Son travail de juriste commence lorsqu'il s'efforce de préciser ces circonstances. Il ne peut les décrire. Il lui faut, pour chacune, construire une norme. La difficulté est de dire s'il la tire de données juridiques acquises. Là s'insinue la marge entre la « description » correcte et l'erreur ou la proposition relevant d'une opinion personnelle. Les juristes raisonnent comme si cette distinction avait un sens: c'est ce raisonnement qui mérite l'analyse, même et surtout s'il est infondé ou fragile.

- 298 *L'état du droit construit* ◇ Deux juristes traitant du même point de droit peuvent exposer des règles et solutions qui ne sont pas identiques. L'un et l'autre adopteront pourtant un même tour descriptif. Ce qu'ils présentent, ce n'est pas un objet pur qui pourrait être caractérisé comme l'état du droit en vigueur. Ils reprennent toujours une partie du savoir établi. Parce que l'étude ne peut partir d'une table rase et être exhaustive, son auteur emprunte des données acquises, la notion de contrat, le fondement de sa force obligatoire, la distinction de la formation et de l'exécution, la théorie des vices du consentement,...

La description supposée construit nécessairement son objet, en choisissant les éléments qui doivent l'informer sur ses composantes et en déterminant ceux qui constitueront des données et ceux qui laissent une liberté d'appréciation et de discussion. Avant même que ne s'engage le commentaire, toute neutralité est exclue. L'objet ne s'offre pas à l'observation ou à la description.

Pourtant, le tour descriptif et l'intention dont il est l'expression demeurent. La mise en œuvre du droit implique la possibilité de le tenir pour établi et l'activité des juristes inclut cette part de constat, de référence à un objet supposé fixé.

- 299 *Un corps de savoir* ◇ C'est une grande source de perplexité – et probablement d'erreur – pour le profane, le philosophe ou encore le théoricien de l'État que l'indétermination du contenu du savoir juridique. Rien n'empêche d'élaborer une notion de droit qui le limite aux sources instituées, la constitution, la loi, le décret. Rien n'empêche d'y ajouter ou non les décisions de justice, ni d'affirmer que les juristes ne devraient pas tenir compte d'autres informations exogènes, hétérodoxes.

Par là, la question épistémologique ne reçoit pas réponse: où les juristes puisent-ils les données qu'ils mettent en œuvre et comment déterminent-ils celles qui sont déterminantes ou complémentaires, utiles ou négligeables, dénuées de pertinence ou d'actualité?

La définition des sources du droit ne répond nullement à la question. Si le savoir des juristes se compose de dispositions légales et de décisions de justice, ces sources ne sont ni exclusives, ni directes. Le sens donné à la loi, la portée à lui reconnaître dépendent d'autres facteurs. C'est l'évidence pour les dispositions anciennes et fondamentales; le juriste qui raisonne sur les articles 544 ou 1134 du Code civil y trouve ce qu'il a appris à y prendre au cours de ses études et de ses expériences ultérieures. Même la désuétude des lois est un phénomène de savoir avant que d'être institutionnel. Celles qui sont oubliées peuvent perdre leur force sans être abrogées, sans que nul ne s'interroge sur leur survie; bien peu songeront à les invoquer et, s'ils s'y risquent, ce sera sans succès. Qui se souvient, par exemple, de l'article 1320 du Code civil, de l'article 1370 ou encore de l'article 1346 ? L'évidence n'est pas moindre pour les grands arrêts, les décisions de principe qui sont citées en oubliant bien souvent ce qui les avait précédées et avec quoi elles rompaient, comme les faits de l'espèce, voire leur sens initial. Mêmes les données plus récentes ne sont pas intégrées telles quelles dans le raisonnement. Les premières lois sur la consommation ont reçu des significations différentes au fur et à mesure du développement du dispositif de protection du consommateur; une réglementation limitée et dérogoire ne peut être lue comme le sera un corps de règles envahissant, un nouveau droit commun.

Ces données du savoir baignent dans un ensemble qui leur donne sens. S'y trouvent des principes d'interprétation, un vocabulaire, des distinctions. Tout juriste français du XXI^e siècle sait et sent que tel rapprochement, telle analogie peuvent être invoqués sans démonstration, ni justification, que tels autres paraîtront trop étranges pour emporter la conviction; ils passeront pour des erreurs, des audaces insolites, avant peut-être de pénétrer dans le savoir commun.

Le cas des décisions juridictionnelles est le plus flagrant. Une assez étrange alchimie préside à leur classement. Les sélections éditoriales, l'intérêt des commentateurs, la généralité de leur formulation, des phénomènes de mode, les possibilités offertes à la pratique, les circonstances des espèces, le trouble semé dans les habitudes peuvent contribuer à leur donner de l'importance; elle peut être accrue par l'enseignement qui retient les cas d'école et les beaux sujets d'examens, comme les motivations faciles à exposer, à expliquer.

Certaines données historiques, économiques, généralement fort simplifiées, peuvent inspirer les raisonnements juridiques.

300 Des sources complexes ◇ Cette complexité des sources d'alimentation du savoir des juristes est une de ses caractéristiques majeures. Elles expliquent que les tentatives de description du droit, aussi précises et rigoureuses soient-elles, puissent différer notablement; leurs divergences ne relèvent ni de l'ignorance, ni de la déformation, ni de l'erreur. Comme tout savoir, celui des juristes repose sur des sélections difficiles à justifier,

mais que la pratique commune pérennise, après les avoir consacrées. Leurs variations sont souvent discrètes; elles sont peu analysées.

Cette complexité exclut aussi toute prétention à la maîtrise d'un savoir qui se forme, se cloisonne ou s'ouvre au gré des mouvements que la collectivité des juristes enregistre. Ces phénomènes spontanés sont assez peu sensibles aux grandes théories. L'exemple des commentateurs du Code civil est célèbre : ils proclamaient leur fidélité à la lettre de la loi avant de prendre, avec elle, des libertés que leurs successeurs, se croyant libérés, n'oseraient plus envisager.

Les critères de sélection des données ne sont nullement codifiés, explicités. Ils varient selon les disciplines et selon les époques; leurs changements s'opèrent insensiblement, sans à-coup. Ces repérages, ces sélections s'apprennent à l'usage : ils font l'objet, moins d'un enseignement, que d'un apprentissage.

SECTION 2. LE TOUR CONSTRUCTIF

301 Des propositions ◇ Les juristes émettent de multiples propositions. Les unes portent sur la modification du droit, réforme ou revirement. D'autres s'attachent à l'état du savoir. Le droit est présenté comme mal connu, déformé par des analyses incorrectes. Une erreur est dénoncée. Bien souvent, le rétablissement de la conformité du savoir au droit qui est son objet est éclairé, inspiré, appuyé par une opinion sur la qualité de la solution préconisée; il n'en reste pas moins qu'elle est présentée consacrée par le droit positif.

Ce qui est soutenu, c'est qu'un contrat peut être annulé pour dol même à défaut de preuve d'une erreur provoquée par les manœuvres déloyales ou en raison de l'état de nécessité affronté par l'un des contractants; c'est que le propriétaire d'un bien ne peut s'opposer à la diffusion de son image; c'est que le professionnel du financement ne peut se prévaloir de l'engagement d'une caution, qu'il a obtenu pour garantir le remboursement d'un prêt dont les charges excédaient notablement les capacités contributives de l'emprunteur, que le tiers complice d'une simulation ne peut se prévaloir de l'acte ostensible, que le bornage est possible en copropriété immobilière, que l'indemnisation de tel dommage doit être soumise au régime de l'inexécution du contrat ou à celui de la responsabilité délictuelle,...

Des exemples célèbres peuvent être évoqués. La nature juridique du droit du preneur à bail, la liste des droits réels, l'effet relatif des contrats, le principe d'interprétation stricte des exceptions, l'exception d'indignité, la prescription, la notion de contrat, le régime de l'indemnisation des conséquences de l'inexécution du contrat par la distinction des obligations de moyens et de résultat, ... ont donné lieu à des propositions théo-

riques prestigieuses. La notion de droit subjectif, celle de personne morale ont également suscité l'intérêt et excité les imaginations.

302 Une typologie à édifier ◇ Ces théories peuvent paraître extrêmement diverses, voire incomparables. Les unes portent sur des notions, d'autres sur des principes, d'autres encore sur un ensemble de règles constitutives d'un régime. Les unes révèlent une cohérence insoupçonnée en coordonnant des solutions supposées établies; les autres remettent en cause des règles ou leurs conséquences, en montrant qu'elles sont considérées par erreur comme de droit positif. Certaines puisent dans l'histoire une tradition oubliée ou déformée dont elles révèlent la valeur permanente; d'autres militent pour la rupture avec une inspiration désuète.

Une typologie serait à dresser. Elle ferait sans doute apparaître les parentés et différences entre ces diverses propositions qui seraient classées en fonction de leur objet, de l'objectif poursuivi, de la méthode employée.

303 Des améliorations du savoir ◇ Ce que ces propositions théoriques ont en commun, c'est de se présenter comme des améliorations du savoir juridique : il se rapprocherait du droit qu'il cherche à enregistrer. La modification du savoir peut procéder d'une simple correction. L'analyse rigoureuse des dispositions légales notamment fait découvrir une erreur. L'innovation peut aussi résulter d'un changement plus extérieur, qui prend lui-même des formes diverses. La variation peut affecter le corps de règles dans lequel la disposition s'insère. Il arrive également qu'elle tienne à une « conception du monde » nouvelle ou encore à une transformation des circonstances dans lesquelles la règle est mise en œuvre. Dans toutes ces hypothèses, le savoir juridique peut trouver des occasions de se réformer; il les trouve effectivement.

Dans toutes les analyses qui président à l'élaboration de ces théories, les dispositions légales et les décisions juridictionnelles tiennent une certaine place. Elles sont sélectionnées, comme l'interprétation qui en est retenue. L'histoire, la philosophie, l'économie peuvent également fournir des données.

Une hypothèse est ordinairement élaborée, que ces informations rendent plausible, puis corrobore et finalement font prévaloir. L'origine de cette hypothèse est variable. Elle présente un trait constant; c'est l'insatisfaction de l'auteur devant le savoir admis qui l'incite à une clarification, à une rectification, à une reconstruction. Ce besoin de changement pourrait être étudié en lui-même. Le résultat concret auquel conduit l'état antérieur du savoir a pu paraître inadmissible. Le plus souvent, cette réaction naît d'un « fait » nouveau; il peut tenir aux circonstances inédites d'une espèce, à une possibilité technique inconnue jusque-là. Il n'est pas

rare qu'une révision idéologique, une conception du monde modifiée fasse refuser la description du droit positif admise précédemment.

C'est assez dire que le droit objet du savoir ne provoque pas toujours les variations de celui-ci. Le régime des accidents d'origine mécanique, des accidents de la circulation en particulier, a été transformé par les juges, puis par le législateur, bien après que la gravité de leurs conséquences et de profonds changements idéologiques eussent conduit à leur reconnaître une spécificité imposant le renforcement de la protection des victimes. Dans le savoir juridique, la responsabilité pour faute prouvée avait changé de statut; de droit commun conforme aux exigences morales et à la sauvegarde de la liberté individuelle, elle était devenue un régime quelque peu désuet dont le recul s'imposait. Quelques décennies plus tard, la Cour de cassation pourrait écrire que la loi édicte une présomption de responsabilité du fait des choses; le savoir juridique accueillerait cette contre-vérité comme une évidence.

304 Le succès des théories ◇ Certaines propositions théoriques connaissent un succès spectaculaire. Nul n'oserait plus présenter le droit positif sous une autre forme. La distinction de l'effet relatif et de l'opposabilité absolue des conventions, le domaine de la qualification de servitude par destination du père de famille ont donné lieu à de multiples propositions théoriques; l'une d'entre elles a connu ce sort enviable. D'autres idées demeurent lettres mortes.

Certaines propositions sont reconnues sans être consacrées de façon générale. Leur valeur n'est pas sérieusement contestée; elles sont évoquées par bien des juristes qui vantent l'amélioration apportée à la présentation du droit positif. Pourtant, elles ne parviennent pas à supplanter des théories plus habituelles. Ce fut le cas pour le droit de critique élaboré pour affiner la distinction des nullités relative et absolue, comme pour la remise en cause du principe d'interprétation stricte des exceptions. À l'inverse, des théories dont les faiblesses sont connues et reconnues peuvent se maintenir; la distinction des obligations de moyens et de résultat en est l'exemple le plus flagrant.

Comment expliquer ces phénomènes qui semblent révéler l'autonomie du savoir par rapport à son objet ? Il faudrait pouvoir caractériser cette harmonie que paraissent présenter certaines théories avec une certaine ambiance idéologique. Ce qui est sûr, c'est qu'elles ne sont pas seulement jugées par référence à l'état supposé du droit. Celles qui réussissent répondent à des attentes intellectuelles particulières définies en termes d'abstraction, de cohérence, de résultats sociaux.

C'est au point que certaines propositions sont reçues directement comme des descriptions. Ainsi, tandis que la responsabilité contractuelle substituée au régime de l'indemnisation des dommages causés par l'inexécution du contrat est, pendant plusieurs décennies, considérée

comme une théorie, la théorie des vices du consentement est accueillie sans transition comme si elle était inscrite dans la loi. Le mot de « vice » n'y figure pas. L'énumération de l'article 1109 du Code civil met davantage l'accent sur l'attitude de l'auteur des manœuvres dolosives ou des menaces que sur les maladies ou défauts de la volonté; le verbe « vicier » apparaît pour décrire, non une cause, mais une conséquence, et à propos de la lésion qui n'est généralement pas analysée comme une atteinte au consentement. Pourtant, la théorie des vices du consentement répondait trop bien aux penchants volontaristes et psychologues des juristes français pour ne pas s'imposer. Elle est si peu une théorie qu'elle n'a pas d'auteur.

- 305 *Nature de la théorie* ◇ C'est la physique qui a donné l'occasion des réflexions les plus approfondies sur la nature des théories scientifiques. Une théorie est-elle une explication ? Si telle est sa nature, elle « dépend d'un système métaphysique ». Elle peut être considérée comme une classification, « système de propositions mathématiques, déduites d'un petit nombre de principes, qui ont pour but de représenter aussi simplement, aussi complètement et aussi exactement que possible, un ensemble de lois expérimentales ». Elle s'élabore à la suite du repérage de « propriétés simples », reliées entre elles par des principes ou hypothèses qui « ne prétendent en aucune façon énoncer des relations véritables entre les propriétés réelles des corps », combinés suivant les règles de l'analyse mathématique. Les conséquences tirées des hypothèses donnent lieu à des « jugements portant sur les propriétés physiques des corps » et qui sont comparés aux lois expérimentales. « Une théorie vraie, ce n'est pas une théorie qui donne, des apparences physiques, une explication conforme à la réalité; c'est une théorie qui représente d'une manière satisfaisante un ensemble de lois expérimentales »; la théorie devance l'expérience. Elle offre « une économie de la pensée » qui complète celle résultant de la loi expérimentale. « Sans cesse, l'expérimentateur met à jour des faits jusque-là insoupçonnés et formule des lois nouvelles; et, sans cesse, afin que l'esprit humain puisse emmagasiner ces richesses, le théoricien imagine des représentations plus condensées, de systèmes plus économiques ». Comme classification, « la théorie ne rend pas seulement l'ensemble des lois physiques qu'elle représente plus aisé à manier, plus commode, plus utile; elle le rend aussi plus beau »¹.

1. P. Duhem, *La théorie physique, son objet-sa structure*, Paris, Vrin, 2^e éd., 1914, 1989, pp. 24-31.

CHAPITRE 2

LES LOIS DU SAVOIR

- 306 *La détermination du contenu du savoir* ◇ Des « lois » qui marquent seulement des tendances, des régularités approximatives, peuvent être formulées comme des hypothèses qui exprimeraient des régularités, des tendances plus ou moins fortes et marquées. Elles révèlent au moins que le contenu du droit n'est pas le seul facteur à considérer pour analyser le mode de détermination du contenu du savoir juridique.

Dans un certain état du savoir juridique, de multiples propositions théoriques sont en compétition. Les unes viennent, à une époque donnée, sur le devant de la scène : elles sont plus souvent citées que les autres et paraissent emporter la conviction. Elles sont présentées comme décrivant l'état réel du droit positif. Leur influence peut être considérable. Elles tendent à s'auto-justifier : les positions prétoriennes, voire législatives vont dans le sens qu'elles indiquent et paraissent ainsi les « vérifier », les confirmer. Les données qui paraissent les contredire sont volontiers ignorées, escamotées ou estompées. Ces propositions théoriques deviennent le prisme au travers duquel les dispositions légales et les décisions judiciaires sont lues.

Leur douteuse correspondance avec l'objet prétendument décrit, analysé ou expliqué, n'est pas la cause unique, voire principale, de leur succès. Les sélections et hiérarchies qui s'instaurent paraissent obéir à des régularités : ces lois du savoir juridique n'ont guère été formulées et sont ainsi demeurées à l'abri de toute réflexion critique. Elles peuvent être présentées comme des hypothèses éclairantes susceptibles de rendre raison des mouvements du savoir juridique.

- 307 *L'ampleur de la concurrence* ◇ Un point déterminant tient au nombre de propositions en compétition¹. Il est rarement très élevé. C'est ce qui paraît donner, à celle qui l'emporte, une victoire plus complète. C'est aussi ce qui conduit à accuser les oppositions. Les thèses sont parfois assez proches ou relèvent au moins d'une idéologie commune; leur compétition a alors pour effet de mettre celle-ci à l'abri de la discussion critique qu'elle mériterait.

Le nombre absolu des propositions émises sur un même point de droit ne saurait traduire, à lui seul, l'état du savoir, son ouverture et l'intensité de la réflexion critique dont il est l'objet ou l'occasion. Les trois théories

1. R. Boudon, *L'art de se persuader des idées douteuses, fragiles ou fausses*, Paris, Fayard, 1990, p. 160 et 161.

de la personnalité morale (réalité, fiction, technique) ne marquaient certes pas un appauvrissement doctrinal par rapport aux sept systèmes d'interprétation des articles 692 à 694 du Code civil sur la servitude par destination du père de famille. L'apparition d'une nouvelle construction théorique peut correspondre à un simple affinement, nuance ou correction de celle qui l'avait précédée. Elle peut, tout au contraire, s'apparenter à un changement de monde.

§ 1. La simplicité

- 308 **Une simplicité variable** ◇ La première tendance ou loi épistémologique qui gouverne le savoir juridique est d'ordre principalement esthétique¹. C'est apparemment une loi de simplicité; mais le terme ne peut être entendu comme s'il évoquait une caractéristique invariable appréciée de façon constante. Peut-être serait-il plus satisfaisant de parler ici de l'éléance des propositions, de leur expression².

Une proposition théorique qui n'est pas exprimée en termes simples n'emporte pas la conviction; du moins, rencontre-t-elle des difficultés tellement accrues que l'échec est probable.

La reconnaissance de cette simplicité change selon les périodes et selon les domaines. Elle semble obéir à des phénomènes de mode. Telle formulation tenue pour explicite ici et maintenant paraîtra là et demain trop abstraite, voire obscure ou inintelligible. Cette appréciation relève d'un sentiment bien vague d'harmonie avec le droit à décrire ou à expliquer. Il ne faut pas s'y tromper. Ce qui emporte la conviction, ce n'est pas une conformité, voire une adéquation à l'état du droit; c'est une convenance esthétique.

La théorie des vices du consentement, celle de la cause n'ont pas paru trop complexes ou abstraites dans un domaine où régnait le volontarisme. La protection du consommateur demande des concepts plus précis et concrets; même la définition de son domaine ne laisse guère place à des discussions inspirées de l'histoire de la philosophie. À droit moderne, notions modernes !

- 309 **Obligations de moyens et de résultat (exemple)** ◇ Au début du XX^e siècle, le thème du vieillissement du Code civil est au zénith. C'est alors que René Demogue lance, dans la compétition des théories juridiques françaises, la distinction des obligations de moyens et de résultat. La proposition aurait bien des raisons d'être rejetée ou de demeurer dans

1. K. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, Hutchinson and Cy, Londres, 1959, Paris, Payot, 1978, traduction N. Thyssen-Rutten et Ph. Devaux, préface J. Monod, p. 145; V. aussi p. 79, 136, 143.

2. A. Koyré, *Études d'histoire de la pensée scientifique*, Paris, PUF, 1966, Gallimard, 1973, p. 326. - et dans le même ouvrage, « Attitude esthétique et pensée scientifique », p. 275 et s.

l'ombre. Une division binaire pourrait paraître trop simple et trop abstraite pour rendre compte de la diversité des régimes contractuels. Le droit commun des contrats ne comporte guère de règles relatives aux dommages et intérêts dus en cas d'inexécution de l'obligation; les contrats spéciaux ont leurs définitions et critères propres. Le rapprochement avec la responsabilité délictuelle ne semble pas encore devoir s'imposer. Le succès de la distinction a-t-il d'autres explications ? Pour les découvrir, il ne serait pas malséant de tenir compte de sa pérennité. En dépit de critiques fortes et répétées, malgré leur qualité et le renom de leurs auteurs, il semble vain d'espérer libérer le raisonnement commun de ces qualifications d'obligations de moyens et de résultat.

La simplicité de l'idée qui porte leurs définitions n'est probablement pas étrangère à leur réception. Le bon sens paraît indiquer que, parfois, le créancier attend une réalisation, tandis que, dans certaines circonstances, il demande seulement au débiteur de faire ce qui est en son pouvoir. La terminologie qui l'a progressivement emporté fait image et peut être entendue de tous. L'avantage se paie au prix fort. Après des décennies, il n'est toujours pas possible de dégager le critère de la distinction. Elle devait servir à déterminer les domaines respectifs des deux régimes opposés; elle se contente de désigner *a posteriori* les obligations en fonction du régime qui leur a été préalablement donné. La classification opérée ne repose donc pas sur de véritables qualifications. Ce classement qui clarifie simplement l'exposé relève du « bloc doctrinal à usage d'enseignement », mais ne permet aucun raisonnement de droit positif. Cette particularité lui confère une force particulière. Il ne peut être pris directement en défaut; il est exclu de trouver une obligation de moyens, par exemple, dont le régime ne serait pas conforme à cette désignation.

- 310 **Puissance de la simplicité** ◇ L'exigence de simplicité est si pressante qu'elle peut provoquer l'échec de toutes les propositions concurrentes¹. Le vide théorique qui en résulte paraît plus acceptable que le choix d'une construction trop complexe ou abstraite. L'appréciation de la causalité a donné lieu à de multiples théories, celle de l'équivalence des conditions, celle de la causalité adéquate, celle de la causalité prochaine. Aucune ne l'a emporté. Le savoir juridique décrit l'état du droit de la responsabilité civile, sans parvenir à le faire entrer dans une grille théorique. Il contribue, par là, à laisser libre cours à une appréciation judiciaire qui rétablit le rôle de la faute d'une façon détournée; la qualité de la motivation et du contrôle de droit dont elle devrait être l'objet n'en est certes pas améliorée.

La tendance à faire la victoire de la proposition la plus simple, la plus proche de la description et des données du sens commun, paraît bien devenir loi; elle est si puissante qu'elle supprime volontiers la distance qui

1. St. Toulmin, *Les usages de l'argumentation*, Cambridge Univ. Pr., 1958, Paris, PUF, 1993, traduction de Brabantier, pp. 177-178.

devrait séparer la notion définie de l'idée vague, l'analyse de l'intuition, la détermination de l'évocation. Par elle, l'image règne en maîtresse. Wittgenstein s'est attaché à en discerner les méfaits¹.

§ 2. L'économie de moyens

- 311 **Raccourcis** ◇ Une deuxième tendance donne une importance déterminante à l'économie de moyens que permettent certaines propositions théoriques.

Nombre de raccourcis exercent, dans les raisonnements, une influence que ne mériteraient ni leur fondement incertain, ni l'approximation de leur domaine et de leurs effets. De prétendus raisonnements *a contrario*, appliqués sans vérification de la réunion des conditions requises pour leur correction, l'interprétation stricte des exceptions sont autant de procédés mis n œuvre de façons comparables; ils dispensent de s'enquérir de la raison d'être des règles. Plus encore, ils parviennent à l'emporter sur des justifications plus élaborées.

§ 3. La sédimentation

- 312 **Dépôts sédimentaires** ◇ Une troisième loi ou tendance résulte d'un phénomène de sédimentation. Ce ne sont pas seulement les termes employés² qui se chargent de sens multiples au gré des espèces et de leurs circonstances variées, ainsi que des influences idéologiques subies plus ou moins consciemment par les juristes. Les propositions, idées et théories émises sont travaillées en permanence, enrichies, informées, déformées par leurs rencontres avec des idéologies diverses et entre elles; elles prennent des sens inattendus. Ces significations diverses ne s'éliminent pas; elles se superposent. Une théorie apparemment inchangée peut ainsi profiter de fondements différents qui en neutralisent la critique. Il n'est pas rare, en particulier, que la signification commune – celle qui correspond au « bon sens populaire » – serve d'appui ou de bouclier à celles qui sont plus rigoureuses et techniques.

Les sciences qui furent appelées expérimentales n'ignorent nullement la sédimentation. Leur histoire le montre. Pour faibles qu'ils étaient, « les arguments de Copernic... portent en eux les germes d'une nouvelle conception qui sera développée par des penseurs qui lui succéderont »; ils annoncent l'application de la « mécanique céleste » aux mouvements de la Terre qui perd ainsi le privilège d'être séparée du reste du Cosmos et la reconnaissance d'un mouvement de la Terre dont nous n'avons pas cons-

1. J. Bouveresse, Wittgenstein. *La rime et la raison. Science, éthique et esthétique*, Paris, Éd. de Minuit, 1973, p. 51.

2. V. *supra* partie 1, titre 1, chapitre 2, section 4.

science, mais ils sont aussi tributaires des mythes antérieurs¹. La part de l'aristotélisme dans les sciences a été fort peu claire; les positions de Tycho Brahé en font foi², comme celles de Kepler et de Galilée³. S'il faut « choisir entre penser et imaginer; penser avec Galilée ou imaginer avec le sens commun » et avec l'aristotélisme, c'est sans l'admettre⁴. Les théories physiques ne sont pas homogènes. L'analyse fait apparaître une distinction majeure dont les composantes ne sont que faiblement liées entre elles; ce sont « deux parties bien distinctes; l'une est la partie simplement représentative qui se propose de classer les lois; l'autre est la partie explicative qui se propose, au-dessous des phénomènes, de saisir la réalité »⁵. La seconde est « parasite ». La première a été « découverte par le physicien lorsqu'il oubliait la recherche de l'explication »; c'est elle qui est féconde et confère à la théorie « le pouvoir de devancer l'expérience ». Lorsque la théorie est mise en défaut, « la partie purement représentative entre presque entière dans la théorie nouvelle, lui apportant l'héritage de tout ce que l'ancienne théorie possédait de plus précieux... Ainsi, par une tradition continue, chaque théorie physique passe à celle qui la suit la part de classification naturelle qu'elle a pu construire... Cette continuité de la tradition est masquée aux yeux de l'observateur superficiel par le fracas incessant des explications qui ne surgissent que pour s'écrouler »⁶.

L'épistémologie s'est emparée de ces constatations. Même « les langages d'observation peuvent se trouver prisonniers de formes de spéculation plus anciennes qui affectent, de cette manière détournée, toute méthodologie »⁷; ces conceptions « qu'on a perdues de vue ou qui n'ont peut-être même jamais été formulées de façon explicite »⁸, investissent les théories rigoureusement élaborées. Le savoir se conserve et se reproduit. « La réfutabilité d'une théorie, et sa réfutation effective, ne suffisent (pas) à la faire abandonner. Le désarroi provoqué chez les économistes les a précipités dans les bras du néoquantitativisme, malgré les sauvetages perpétuels auxquels celui-ci a recours pour survivre. Est-ce là un mouvement métaphysique, une manifestation d'un besoin de croyance, ou est-ce une attitude scientifique ? »⁹.

1. A. Koyré, *Études d'histoire de la pensée scientifique*, Paris, PUF, 1966, Gallimard, 1973, pp. 204-205; v. aussi l'apport de Giordano Bruno.

2. A. Koyré, *op. cit.*, p. 206-207: opposer les théories dynamiques de Giordano Bruno et de Tycho Brahé.

3. A. Koyré, *op. cit.*, p. 287.

4. A. Koyré, *op. cit.*, p. 209-210. – Comp. A. Koyré, *op. cit.*, p. 216.

5. P. Duhem, *La théorie physique. Son objet-sa structure*, Paris, Vrin, 1906, 2^e éd., 1989, Introduction P. Brouzeng, p. 43. – V. aussi p. 53.

6. P. Duhem, *op. cit.*, p. 44. – V. aussi p. 53.

7. P. Feyerabend, *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, 1975, Paris, Seuil, traduction B. Jurdant et A. Schlumberger, 1979, p. 68; V. aussi p. 75, 79, 83 et 93.

8. P. Feyerabend, *op. cit.*, p. 81.

9. M. Meyer, *Découverte et justification en science. Kantisme, néo-positivisme et problématique*, Paris, Klincksieck, 1979, p. 203.

313 **Généralité de la sédimentation** ◇ Là où la question de l'être peut être posée, « la tradition (la) recouvre sous des couches successives », avec « les sources d'où sont provenus les concepts de la tradition »¹. Cette « histoire des strates accumulées, cet entassement de couches qui fait que le Dasein, incapable de se comprendre, se trouve dépossédé de soi est le monde dans lequel dès l'abord il tombe et se perd »². Cette sédimentation peut prendre diverses formes. L'action de la tradition s'exerce dès qu'un langage est à l'œuvre et remplit des fonctions pratiques, quotidiennes; elle suffit pour que se déposent progressivement des concepts, des significations multiples dont les origines sont obscures et dissimulées. La sédimentation n'est pas propre au mode de manifestation de la réalité sensible ou empirique, même si, dans cet ordre, elle peut agir autrement et avoir d'autres conséquences; ailleurs, les expériences vécues, connues et conservées en mémoire pourraient bien alimenter un même processus.

314 **La sédimentation au passé** ◇ Le phénomène est volontiers reconnu, mais il l'est pour être aussitôt rejeté dans un passé révolu, voire dans les temps primitifs. Il est admis, par exemple, que « des éléments du droit romain, assurément, survivaient dans le droit populaire germanique et, ce qui est plus important, dans le droit ecclésiastique, un peu de la philosophie hellénique aussi, dans l'un et l'autre », mais « ce qui a engendré la majeure partie de (l') influence (du droit de l'Occident, de sa philosophie et de sa théologie), ce furent les redécouvertes, le réexamen et la diffusion des textes anciens. Même dans la mesure où l'on peut dire que la leçon de l'Antiquité a survécu sans interruption, elle était inévitablement transformée... Les mêmes formules exprimaient des idées très différentes... En fait, chacun des ingrédients anciens de la culture occidentale s'est trouvé transformé par son mélange avec les autres »³.

Les caractéristiques de la sédimentation sont là. La pluralité de sens des mots, de conceptions intellectuelles, d'influences idéologiques n'y suffirait pas. Il y faut aussi un mélange intime créateur de sens nouveaux. Au résultat, les multiples idées inscrites dans des notions qui semblent connues et déterminées peuvent avoir une action souterraine, insoupçonnée.

Une autre illustration est encore plus parlante. « Le droit royal français, comme ceux d'Angleterre et de Sicile, partageait avec le droit féodal la distinction tranchée entre terre et biens meubles (bétail et outillage) comme entre la saisine et la propriété (« plein droit »). Ces distinctions

1. M. Loreau, *La genèse du phénomène. Le phénomène, le logos, l'origine*, Paris, Éd. de Minuit, 1989, p. 265.

2. M. Loreau, *Ibidem*.

3. H.J. Berman, *Droit et révolution. La formation de la tradition juridique occidentale*, Harvard Univ. Pr., 1983, Aix-en-Provence, Librairie de l'Université, 2002, traduction R. Audouin, pp. 18-19. - V. aussi, p. 45 : « les règles anciennes furent refondues dans un ensemble nouveau ».

découlaient du fait qu'en droit féodal, les droits au sol entraînaient avec eux des pouvoirs de gouvernement. Le fait supplémentaire que le droit romain aussi distinguait nettement entre biens meubles et immeubles, et entre possession et propriété (« plein droit ») était fort opportun pour les hommes de loi, car cela leur permettait d'affecter des noms romains à des réalités féodales. C'était quelque peu illusoire, d'ailleurs, car la distinction entre terre et cheptel (bestiaux et instruments) n'était pas la même que celle entre biens immobiliers et mobiliers, ni la possession romaine n'était la saisine féodale. Les juristes occidentaux n'étaient pas trop gênés par ce fait, car ils transposaient simplement le droit romain pour s'en servir utilement dans l'immédiat »¹.

315 **Permanence de la sédimentation** ◇ Le phénomène est permanent et inévitable. Il tient à l'existence d'une collectivité de juristes dont les générations se succèdent, dont les formations diffèrent et qui ne peuvent maîtriser ni leur langue, ni les concepts et principes mis en œuvre. Il tient surtout à l'emploi de termes trop riches, trop évocateurs, trop chargés de traditions et d'expériences pour répondre à une définition qui en contiendrait les sens et le dynamisme propre.

La propriété est une véritable qualification, notion technique légalement définie²; nul juriste français n'en doute. Fondamentale, la notion relève de la technique juridique et se prête aux classifications, aux divisions, au raisonnement. À partir d'elle, s'élaborent les théories de l'usufruit, de l'action en revendication, de l'usucapion, ... Ses origines sont complexes. Issue du domaine³, elle a été bouleversée par le triomphe du droit subjectif; à l'évidence, son analyse actuelle n'est pas indemne d'influences antérieures et les efforts accomplis pour la renouveler doivent compter avec son histoire⁴. Il y avait « un droit élaboré et détaillé tant dans l'Église que dans les communautés mercantiles », lorsque le luthéranisme vint changer « le point focal... : nature devint propriété » sanctifiée⁵.

Le contenu du mot propriété ne se limite pas à ces réminiscences. Il est lié à diverses théories politiques plus ou moins proches du droit privé. À celle de la fonction sociale, avancée pour tempérer le prétendu absolutisme de l'art. 544 du Code civil, s'ajoutent de multiples propositions phi-

1. H. J. Berman, *op. cit.*, p. 492.

2. Art. 544 c. civ. - V. aussi art. L. 111-1, 111-3, 113-4, ... c. prop. intell.

3. M.-Fr. Renoux-Zagamé, *Origines théologiques du concept moderne de propriété*, Genève, Droz, 1987.

4. De Vareilles-Sommières, « La définition et la notion juridique de la propriété », *RTD civ.* 1905, 443. - S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1960. - Fr. Zénati, *La nature juridique de la propriété*, *Contribution à la théorie du droit subjectif*, Thèse, Lyon, 1981. - Fr. Zénati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, 305, not. p. 321. - Fr. Zénati, obs. à la *RTD civ.* 1999, 859. - M. Fabre-Magnan, « Propriété, patrimoine et lien social », *RTD civ.* 1997, 585.

5. H.J. Berman, *op. cit.*, pp. 45-46.

losophiques, économiques¹... Le droit public y a sa part. La propriété privée est présentée comme une garantie de la liberté individuelle contre l'État notamment et son pouvoir d'exproprier. Sa forme initiale en a enfanté d'autres, les propriétés littéraires et industrielles élaborées pour protéger les auteurs et inventeurs contre ceux qui exploitent leurs œuvres. Par image ou par extension, des théories ont été élaborées pour expliquer ou renforcer le régime du nom, voire celui du corps humain. La pratique et les groupes de pression utilisent également le terme de propriété dans d'autres sens encore².

316 Effets de la sédimentation ◇ Le processus de sédimentation exerce en permanence une influence déterminante sur la formation et sur les changements du *corpus* des idées fondamentales et des théories savantes. Par lui, leur expression va inexorablement au-delà de leur contenu rationnel, conscient et contrôlé. Il rend plus difficile la réfutation, voire l'élimination de théories dont certains sens en protègent d'autres. Surtout, il accroît l'épaisseur du sens; il tient en réserve des points de vue insoupçonnés et pourtant prêts à apparaître. Par l'effet de cette sédimentation permanente, « l'action d'attribuer un sens à un texte est en continu devenir »³.

Une théorie n'est jamais ni tout à fait neuve, ni tout à fait isolée; elle prend place dans un ensemble qui lui donne son sens et sa portée. C'est pourquoi, une idée ne peut guère être étudiée « dans toutes ses ramifications »⁴. Le langage qui permet de la formuler « est, naturellement, influencé par les croyances des générations antérieures, croyances qui ont été nourries depuis si longtemps qu'elles ne paraissent plus être des principes séparés, mais qu'elles sont entrées dans les termes du langage quotidien, et, après l'entraînement requis, semblent émerger des choses elles-mêmes »⁵. La langue scientifique n'en est pas indemne. Elles semblent porter sur des faits, mais « les faits contiennent des composantes idéologiques, des conceptions plus anciennes perdues de vue ou qui n'ont peut-être même jamais été formulées de façon explicite »⁶. Ainsi, non seulement, les théories se recouvrent et s'appuient les unes sur les autres; mais celles qui ont été rejetées contaminent le langage qui ne peut être parfaitement clair et rigoureux⁷. L'évidence elle-même a un « caractère historico-physiologique... : elle ne décrit pas seulement un état objectif des faits, mais elle exprime aussi des conceptions subjectives, mythiques ou oubliées, depuis longtemps concernant cet état de fait »⁸. La consécra-

1. J. Attali, *Au propre et au figuré, Une histoire de la propriété*, Paris, Fayard, 1988.

2. V. l'exemple de la « propriété commerciale » qui désigne la créance d'indemnisation du locataire commerçant.

3. G. Cornu, *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998, p. 319.

4. P. Feyerabend, *Contre la méthode*, précité, p. 50.

5. P. Feyerabend, *op. cit.*, p. 75.

6. P. Feyerabend, *op. cit.*, p. 81; V. aussi p. 68, 79, 93.

7. P. Feyerabend, *op. cit.*, p. 24, 37, 45.

8. P. Feyerabend, *op. cit.*, p. 69; V. aussi p. 43.

tion, la victoire d'une théorie peut procéder de sa transformation en « une idéologie rigide » née de la décision initiale d'éliminer certains faits, certaines idées¹.

317 Sédimentation contre signification ◇ Cette multiplicité des sens des mots, mais aussi des idées, conceptions et représentations enchevêtrées, explique que « dans la décision entre des théories concurrentes, les significations jouent un rôle négligeable »². Les critiques rationnelles les mieux assises peuvent ainsi manquer la cible; elles ne parviennent pas à entamer l'audience de théories bien fragiles. De même, la sédimentation provoque des changements souterrains, insoupçonnés. L'analyse différente de tel groupe de solutions peut accompagner un phénomène de mode qui atteindra un tout autre domaine. L'exemple du volontarisme, supposé en recul dans le droit des contrats, mais envahissant les relations familiales, pourrait en donner l'exemple; l'idée d'une césure fondamentale entre les deux secteurs n'a plus cours et il semble difficile de convaincre que le même mot ne peut y être employé sans risque.

La sédimentation qui est à l'œuvre dans le savoir juridique est à l'origine de ces inversions, de ces contre-sens historiques qui émaillent son histoire. François Gény conçoit la libre recherche scientifique qui séduit; il paraît bien pourtant avoir apporté sa contribution à l'appauvrissement de l'interprétation doctrinale. De même, il distingue la science et la technique, le donné et le construit, pour faire place au droit naturel, au rationnel, à l'idéal; sa thèse servira bien plutôt le positivisme et l'enterrement de la nature des choses.

La sédimentation explique l'histoire de la raison de la loi, de ses ambiguïtés et de son déclin. *Ratio legis*, raison de droit, volonté du législateur se sont même associées pour alimenter un raisonnement qui n'avait rien d'un assujettissement servile à la lettre de la loi ou aux motifs publiés de son adoption. « Lien entre les générations »³, cette raison prenait à chaque époque un sens nouveau ou rajeuni, sans parvenir à oublier les précédents⁴.

318 Sédimentation contre législation ◇ La puissance du phénomène de sédimentation est reconnue par les auteurs qui font une place exclusive au savoir juridique aux côtés du droit pour le compléter. En reconnaissant qu'il n'appartient au législateur ni de définir, ni de dégager la nature juridique des institutions dont il fixe les règles, ils consacrent l'existence d'une fonction propre qui s'ajoute à la normative pour tenir

1. P. Feyerabend, *op. cit.*, p. 43.

2. P. Feyerabend, « On the meaning of scientific terms », LXII, *Journal of Philosophy*, p. 266 (1965), p. 267 à 269. - Comp. P. Feyerabend, *Contre la méthode*, précité, p. 21.

3. J. Stone, « The ratio of the ratio decidendi », 22 *Modern Law Review*, 597 (1959).

4. J. Stone, *op. cit.*, p. 611.

compte de l'histoire complexe des concepts et des liens qui les unissent. Sensibles à un inévitable pluralisme théorique implicite, à sa richesse, comme à ses dangers, ils sont prêts à admettre que « le purisme est une chose dangereuse »¹.

319 Un phénomène souterrain ◇ La sédimentation sémantique et conceptuelle se trouve dissimulée par deux préjugés d'importance. Le premier est commun au savoir juridique et aux sciences. Il résulte de la confiance faite au langage et aux concepts savants qui seraient de constitution parfaitement rationnelle; ils échapperaient ainsi aux faiblesses du langage commun. Celui-ci pourrait être encombré de préjugés, d'idées anciennes, de théories rejetées. Par nature, le vocabulaire et les notions scientifiques seraient épurés, rigoureusement définis. Le langage juridique n'est-il pas volontiers caractérisé par sa précision, par sa technicité ? L'intervention du juriste est tenue pour un gage de clarification et de sécurité.

Le rêve s'est pourtant dissipé. Ce n'est pas leur rigueur et leur clarté qui assurent le succès des propositions scientifiques. Le langage juridique est affecté d'une polysémie chronique². « Notre héritage conceptuel est recréé à chaque génération »³; mais, à chaque fois, il reprend sur une même terre et le difficile est de déceler ce qu'il doit au passé, à ses idéologies avouées ou sournoises, et ce que lui apporte une prétendue modernité. « Une science entière contient une population historique de concepts et de théories, chacun avec son histoire propre, sa nature propre et ses implications propres »⁴, et qui entretiennent entre eux des relations complexes. Le langage savant n'a pas une vie propre qui l'opposerait au langage commun; les forces qui les travaillent ne sont pas fondamentalement différentes.

Le second préjugé est propre au droit. Le pouvoir du législateur ou des autres autorités normatives instituées est supposé s'étendre au vocabulaire. Le vote d'une disposition légale, comme le prononcé d'une décision juridictionnelle, fixerait le sens des mots employés. Le langage juridique serait une technique parfaitement maîtrisée, d'un emploi entièrement délibéré. C'est ce que paraît dire la théorie de l'interprétation, lorsqu'elle la présente comme une sorte d'anomalie; en général, la loi est claire et prête pour ce que les juristes s'obstinent à considérer comme une application. Pourtant, cette idéologie trop artificielle ne convainc que les agents de l'État et de ses pouvoirs. Les juristes, les juges, les citoyens mêmes savent ce que les mots du droit ne peuvent pas dire; ils mesurent quotidiennement leur pouvoir propre d'échapper à leurs utilisateurs, d'aller au-delà de leurs décisions et de leurs choix.

1. A. Koyré, *Études d'histoire de la pensée scientifique*, Paris, PUF, 1966, Gallimard, 1973, p. 288.

2. J. Stone, *Precedent and law. Dynamics of Common law growth*, Sydney, Butterworths, 1985, p. 49-51, 57, 225-227.

3. St. Toulmin, *Human understanding*, vol. 1, Princeton, Princeton Univ. Pr., 1972, p. 39.

4. St. Toulmin, *op. cit.*, p. 130.

§ 4. L'argumentaire historique

320 La réécriture de l'histoire ◇ Une quatrième loi porte sur l'utilisation de l'histoire comme argument venant étayer une certaine présentation du droit positif parmi d'autres. C'est bien souvent un passé reconstruit, une histoire réécrite qui sont présentés comme constitutifs d'une tradition dont les solutions actuelles seraient sorties épurées. Au mieux, une tendance présente dans les textes d'autrefois est isolée, accentuée, renforcée. Bien souvent, une déformation postérieure, récente et contemporaine de la naissance des règles artificiellement rattachée aux positions historiques inventées, permet seule de sauvegarder l'apparence d'une continuité. Le savoir juridique a son histoire que l'histoire ne connaît pas.

321 Une histoire sans mémoire ◇ Une explication pourrait être avancée. « La tradition, en venant y exercer sa domination, rend d'abord et le plus souvent ce qu'elle « transmet » si peu accessible qu'elle l'occulte bien plutôt. Elle livre ce dont elle s'empare au « cela-va-de-soi » et barre l'accès aux « sources » originales d'où les catégories et concepts traditionnels ont été tirés pour une part de manière légitime. La tradition va même jusqu'à faire entièrement perdre mémoire qu'ils ont eu une telle origine. Elle conforte dans l'absence de tout besoin d'y revenir au point qu'un tel retour ne s'entend même plus comme nécessaire »¹.

§ 5. Le sens du temps

322 Ancien, actuel, nouveau ◇ Le savoir juridique est-il animé de ce « ressentiment contre le passer » qui donne à penser² ? La question se pose : selon les périodes, selon les domaines, il semble se situer différemment dans le temps. Ici la prime va à la continuité, là à l'innovation.

« Chacune des grandes révolutions, en commençant par la révolution papale de 1075, faisait une distinction tranchée entre ce qui se passait auparavant, "l'ancien" et ce qui allait se passer en son temps et plus tard "le nouveau" »³.

Les conceptions successives de la « jurisprudence » en portent la trace. Ce fut une série de positions constantes des juges; la cohérence et la permanence constatées en étaient les traits caractéristiques. La *Common law* se targuait de son ancienneté qui faisait toute l'autorité du précédent

1. M. Heidegger, *Être et temps*, Tübingen, Max Niemeyer V., 1976, Frankfurt, V. Klostermann, 1977, Paris, Gallimard, 1986, traduction Fr. Vezin, d'après les travaux de R. Boehm et A. de Waelhens, J. Lauxerois et Cl. Roëls, p. 47.

2. M. Heidegger, *Qu'appelle-t-on penser ?*, Tübingen, Max Niemeyer V., 1954, Paris, PUF, traduction A. Becker et G. Granel, *passim*.

3. H.J. Berman, *Droit et révolution. La formation de la tradition juridique occidentale*, Harvard Univ. Pr., 1983, Aix-en-Provence, Librairie de l'Université, 2002, traduction R. Audouin, p. 44.

moyenâgeux. Au XX^e siècle, la jurisprudence est devenue tel arrêt de la Cour de cassation, si possible récent, voire le plus récent.

« Si l'érudit médiéval cherche à présenter volontiers même des idées "nouvelles" comme anciennes et transmises par la tradition, puisqu'il considère que "le vrai est déjà découvert depuis longtemps", le chercheur moderne, inversement, s'efforce souvent de présenter même ce qui est connu depuis longtemps comme nouveau, comme original »¹. Le savant juriste contemporain connaît de semblables propensions, aspirations et tendances. Ce sont comme des prismes au travers desquels il « lit » et découvre le droit.

1. M. Scheler, *Problèmes de sociologie de la connaissance*, Leipzig, Der Neue-Geist, 1926, Paris, PUF, 1993, traduction S. Mesure, pp. 195-196. - Comp. M. Heidegger, *Qu'est-ce qu'une chose ?*, Tübingen, Max Niemeyer V., 1962, Paris, Gallimard, 1971, traduction J. Reboul et J. Taminiaux, p. 79.

CHAPITRE 3

LES ARMES DU SAVOIR

- 323 *Diversité* ◇ Le savoir juridique agit de multiples façons sur le droit; ses moyens sont multiples. Ils s'associent ou s'opposent. Comme une interprétation musicale, son œuvre s'apparente à une recomposition. Elle présente, ajoute, colore, estompe ou met en lumière.

SECTION 1. CLASSIFICATIONS ET HIÉRARCHIES

- 324 *De multiples classements* ◇ Principes, droit commun, règles générales, exceptions, dérogations, règles spéciales, ces expressions émaillent le discours des juristes. Elles sont souvent utilisées sans rigueur. Leurs significations sont multiples et complexes.

En y ayant recours, le savoir juridique peut se contenter de rendre hommage à la loi. Ce sont ses dispositions qui déterminent le domaine d'application, plus ou moins étendu, des règles consacrées. Il y a assurément un droit commun d'origine légale et des exceptions de même source.

- 325 *Savoir juridique et exceptions positives* ◇ L'appel à l'exception peut relever du savoir juridique. Comme le scientifique constate une anomalie par rapport aux résultats expérimentaux que la théorie annonçait, le juriste relève une donnée imprévue. Puisque la valeur de l'objet du contrat est assez souvent déterminante dans la décision de le conclure, l'erreur commise par l'une des parties sur cette caractéristique de l'opération devrait être une cause d'annulation; ce n'est pas le cas. Puisque le partage est un contrat synallagmatique, le juge devrait pouvoir en prononcer la résolution lorsque l'une des parties a méconnu ses obligations; ce n'est pas le cas. Il ne s'agit pas d'anomalies.

Et pourtant, la théorie demande à être complétée. Le principe sera assorti d'une exception. Le droit semble encore commander à son savoir.

- 326 *Savoir juridique et exceptions théoriques* ◇ Sa maîtrise n'est pas assurée. En premier lieu, le recours à la formulation d'une exception peut marquer un échec, celui de la découverte des véritables raisons de la règle. Correctement déterminées et formulées, elles en justifieraient les limites; il ne serait pas nécessaire de parler d'exception, dès lors qu'au-delà de la règle, une autre règle a simplement vocation à prendre le relais. En

second lieu, dans l'articulation des exceptions sur le principe, s'insinue une hiérarchie qui n'est pas formelle.

Dire que la servitude par exemple est une exception au principe de la propriété pleine et entière, non démembrée, ce n'est pas seulement poser une règle plus spéciale à côté d'une règle plus générale. L'une serait, au mieux, un correctif; elle est plus souvent un palliatif, un pis-aller qui menace, à la fois, la règle la plus normale et préférable et l'unité de la connaissance.

Le principe indique la bonne direction, la tendance forte, l'idéal, ici la liberté, là l'égalité, ailleurs la protection du plus faible. L'exception quelque peu regrettable va à contre-courant. Elle ne marque pas un échec de la théorie qu'il faudrait réviser. Elle installe, dans une hiérarchie substantielle, une règle de qualité inférieure à une place qui assure la sauvegarde de la règle principale et préférable.

Si l'institution d'un privilège fait exception au principe d'égalité des créanciers, il n'y a pas seulement deux situations à distinguer, celle où les créanciers ont d'égales prérogatives et celle où l'un d'entre eux bénéficie d'un privilège. Les deux régimes ont leurs domaines propres; mais leur concurrence est également organisée. Notamment parce qu'il est à craindre que l'exception ne submerge et n'emporte le principe, celui-ci doit bénéficier d'une prévalence qui est précellence et préséance.

- 327 **Retour à l'anomalie** ◇ Le savoir juridique qui coordonne les règles, en décrivant leurs effets, ne se contente pas de les observer, de les analyser, puis de les présenter. Il les convoque pour les représenter et les nommer en leur donnant sens et place.

Le juriste qui conçoit la servitude ou le privilège comme des possibilités, modalités de l'organisation des biens ou des créances, peut ouvrir une alternative libre : selon les circonstances ou les besoins à satisfaire, il aura recours ou non à ces qualifications. Dès lors que servitudes ou privilèges prennent place à un degré inférieur sous la propriété ou la créance normales, l'alternative tend à se refermer. La défaveur qui frappe l'exception oriente le choix qui ne dépend plus principalement des intérêts en cause. L'idée d'anomalie se retrouve.

- 328 **Catégories résiduelles** ◇ La distinction du principe et de l'exception ne traduit pas la seule hiérarchie substantielle dont s'est muni le savoir juridique.

L'articulation presque inverse des règles déterminées et des règles résiduelles relève de la même technique. Le régime qui s'applique « s'il n'en est autrement ordonné par la loi » semble constituer le principe; les dispositions contraires qu'il annonce y dérogent et sont plus spéciales. Si « tous les biens sont meubles ou immeubles » (article 516 du Code civil),

les seconds sont définis, tandis que la catégorie des meubles assure l'exhaustivité du dispositif en recevant tout ce qui ne peut entrer dans la liste des immeubles. Celle-ci n'est pas analysée comme une exception; elle n'est pas même traitée comme fixant le domaine d'un régime spécial. C'est encore la qualité qui prime. Traditionnellement, dans une société principalement rurale où la condition des personnes est influencée par le statut politique de leurs terres, les immeubles prévalent sur les meubles dont la valeur est moindre, moins stable aussi. Du point de vue du savoir, la catégorie mobilière est grevée d'un handicap : elle est dépourvue de toute unité, de toute cohérence. Elle n'existe, comme telle, que par défaut; privée de tout critère, elle ne peut être définie positivement.

La catégorie résiduelle qui devrait être celle du principe est, en réalité, celle à laquelle le juriste a recours faute de mieux, en désespoir de cause. Elle prend figure d'anomalie dans le bel ordonnancement du savoir juridique. Paradoxalement, son domaine tend à se restreindre. Usant de toutes les ressources d'une analogie extensive, l'interprète est toujours prêt à admettre qu'il en est « autrement ordonné par la loi ». L'équilibre se recompose au profit des règles spéciales.

- 329 **Notions indéterminées** ◇ L'histoire des références de normalité – bonne foi, faute, bon père de famille, soins conformes aux données de la science, pratique des propriétaires, destination de l'immeuble, intention de nuire,... – est faite d'épisodes comparables. Elles invitent à une appréciation concrète, empirique. Des cas-types ne tardent pas à se dessiner. Bientôt, la casuistique semble insuffisante. Les juges eux-mêmes ne s'accommodent guère des risques qu'elle comporte : elle met leur appréciation en première ligne et les contraint à un effort de motivation, devenu inhabituel, qui donne le pas à la « *juris-dictio* » sur « *l'imperium* », en laissant place à l'expression d'opinions différentes. Surtout, la casuistique s'enseigne mal en pays cartésien. Les tentatives de définition se multiplient. Ou bien, elles aboutissent et la référence de normalité est dénaturée; elle dégénère en règle abstraite et déterminée. Sans être nécessairement plus précise, elle perd le bénéfice d'une appréciation empirique justifiée; la motivation décline. Ou bien, aucune définition satisfaisante n'est proposée; la référence régresse. Parfois, elle est oubliée. Parfois, elle perd toute portée. Le savoir juridique fait l'économie de ce qui l'embarasse.

SECTION 2. COHÉRENCES, NATURE, QUALIFICATIONS

- 330 **Une qualité irremplaçable du droit et de son savoir** ◇ Nul ne saurait douter de l'influence que la préoccupation de cohérence exerce

sur la composition du savoir juridique¹. Elle a partie liée avec la faveur faite à la simplicité, mais s'en distingue et la dépasse. Le droit civil par exemple, celui des obligations en particulier, ne tire-t-il pas gloire de cette sorte d'harmonie qui permet la constitution de beaux ensembles théoriques ? Cette cohérence n'est pourtant pas exclusive de paradoxes, de hiatus, d'imprécisions. Elle n'est pas d'ordre logique. L'exigence varie selon les époques et selon les domaines; elle puise sa force dans une tradition, dans une conception de ce que doit être le droit. C'est ce qui lui donne une puissance considérable, à la fois, comme instrument de conviction et comme moyen de vérification.

331 Cohérence et information ◇ L'épistémologie poppérienne accorde une place déterminante à la cohérence des systèmes théoriques². Elle conditionne, en effet, dans « tout système théorique, qu'il soit ou non empirique », l'aptitude à fournir de l'information. D'un système incohérent, tous les énoncés peuvent être dérivés. « Un système cohérent, au contraire, divise en deux groupes l'ensemble de tous les énoncés possibles : ceux avec lesquels il est en contradiction et ceux avec lesquels il est compatible ». La cohérence est donc une exigence générale. Tout gain obtenu dans l'ordre de la cohérence marque un gain dans l'ordre de l'information. Et pourtant, il faut souvent se contenter de cohérences bien partielles : « en règle générale, seules des branches de la science, et pour un temps seulement, acquièrent la forme d'un système de théories élaboré et logiquement bien construit »³. Popper a souligné le lien établi entre la cohérence et l'une des théories de la vérité⁴.

332 Cohérence et contexte ◇ La cohérence, c'est aussi un contexte qui donne sens à chacune de ses composantes. Les interprètes en connaissent bien l'importance et les pièges. « Les idées ne sont pas toutes prêtes à l'emploi au moment de leur apparition (parce qu'elles ne sont jamais prêtes que dans ce qui sera pour elles la bonne compagnie), et elles ne sont pas toutes utilisables sous leur apparence initiale, mais doivent d'abord pousser, pour ainsi dire, hors de la matrice »⁵.

Le savoir juridique se compose de propositions cohérentes émises à propos d'un droit qui ne doit pas apparaître incohérent. Les propositions

1. J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, 2002, p. 203 et s.

2. V. K. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, p. 29, 38, 50, 69, 90-91.

3. *Op. cit.*, p. 69.

4. K. Popper, *La connaissance objective*, 1972, Oxford Univ.Pr., Paris, Aubier, 1991, traduction J.-J. Rosat, p. 454 : théorie de la cohérence, distinguée de celles de la correspondance et de l'utilité pragmatique.

5. St. Cavell, *Les voix de la raison. Wittgenstein, le scepticisme, la moralité et la tragédie*, 1979, Oxford Univ. Pr., Paris, Seuil, 1996, traduction S. Laugier et N. Balso, p. 32. - M.-L. Mathieu-Zorche, *le raisonnement juridique, Initiation à la logique et à l'argumentation*, Paris, PUF, 2002, p. 128.

qui introduisent la contradiction ont toutes chances d'être rejetées comme telles : elles ne peuvent être le reflet du droit.

A. À la recherche de la cohérence juridique

333 Harmonie conceptuelle ◇ Il ne suffirait pas de limiter la signification de cette cohérence à l'ordre esthétique. Il s'agit d'autre chose. Une sorte d'harmonie ou de correspondance conceptuelle est requise pour qu'une proposition soit reçue et porte. Son origine et sa définition sont incertaines; inexprimées, elles se sentent et s'apprécient par une intuition que l'habitude seule peut forger. La méthode d'interprétation qui est mise en œuvre pour déterminer les significations d'une disposition légale, les conséquences qu'elle aura dans chaque cas, dépend du style de la loi, de son contenu, de sa date,... Aucune règle n'interdit de se livrer, sur le Code de la consommation, au travail d'enrichissement analogique dont a bénéficié le Code civil; il semblerait pourtant hors de saison, impropre, incongru et, en toute hypothèse, fort peu convaincant. Ces nuances ne s'apprennent guère. Elles se perçoivent à l'usage.

La cohérence dont les juristes se préoccupent les guide avec une puissance certaine. Elle peut commander leurs prises de position, les conduire à adopter une présentation du droit plutôt qu'une autre. Tout se passe comme si cette maîtresse exigeante était capable de dire quel est l'état du droit, quelle analyse est, au contraire, entachée d'erreur ou irréaliste ou encore dépassée. Elle fonctionne comme un critère de vérité ou de vérification.

334 Cohérence et conformité du savoir juridique au droit ◇ Une description du droit positif peut, par exemple, être dite erronée parce qu'elle méconnaît une cohérence supposée. Cette référence constitue alors un critère de vérité. Une solution peut être caractérisée comme étrangère à l'état du droit au motif qu'elle appartient à un corps de règles dont l'inspiration d'ensemble est de protéger certains intérêts plutôt que d'autres : elle est dénoncée comme une erreur parce qu'elle les dessert et va ainsi à l'encontre de multiples positions consacrées. En confirmant une cohérence reconnue, cette « jurisprudence » définit un état du droit contre lequel il est difficile d'aller. Pourtant, rien n'interdirait de supposer un changement de tendance, voire la naissance, dans un domaine particulier prenant son autonomie ou l'accusant, d'une tendance différente, ou encore la formation d'une exception. Au nom de la cohérence, c'est une erreur qui est dénoncée. Pour qu'une modification soit admise, il faudra une pression plus forte; la thèse du renversement ou du changement de tendance sera plus difficile à faire admettre, plus coûteuse en quelque sorte.

335 **Un critère composite** ◇ Ce critère de vérité est d'autant plus efficace que sa complexité le rend insaisissable; il est composite. Les couches multiples qui se superposent ne sont pas stratifiées; sans séparations nettes, elles évoqueraient plutôt le poudingue.

Une première couche ou strate de cohérence est celle du droit même dans ses manifestations explicites. Les dispositions constitutionnelles, légales et réglementaires sont cohérentes. C'est pourquoi, elles se comprennent les unes par les autres, se complètent et s'articulent les unes sur les autres. Les décisions juridictionnelles sont également cohérentes dans leur motivation et généralement entre elles. Lorsqu'un arrêt fait tache, il n'est pas seulement critiqué; il est en quelque sorte dévalué. Son autorité est affaiblie; c'est une décision erronée ou qui s'explique par les particularités d'une espèce si particulière qu'elle a peu de chance de se reproduire. L'idée de « jurisprudence » est là !

Elle signifie et confirme que l'incohérence est une anomalie : elle a un coût puisque la prévisibilité des décisions à venir s'en trouve diminuée. Le devoir-être du droit est dans la cohérence : « il ne peut être un rassemblement fortuit de règles. Les règles de droit doivent être compatibles et interdépendantes »¹. Le sont-elles par la décision qui les institue ou le deviennent-elles par l'effet d'un processus spontané ?

Une deuxième « couche » ou veine de cohérence est celle du savoir juridique. La description du droit se veut cohérente, comme le droit lui-même. Les notions et théories dégagées sont appréciées pour leur unité.

Une troisième « couche » de cohérence est moins claire. C'est celle que le savoir juridique prête au droit, à la fois, à chacune de ses manifestations légales, juridictionnelles, ... et à l'ensemble qu'elles forment. Cette cohérence est une donnée supposée sans vérification dans le droit pour permettre l'interprétation des dispositions et pour diriger le choix de celles qui doivent être réputées correspondre à chaque espèce. La cohérence du droit est une hypothèse nécessaire du savoir juridique. C'est la raison pour laquelle il élabore des distinctions qui justifient des différences. Il n'y a nulle incohérence entre les règles de la responsabilité civile et celles de la responsabilité administrative, puisqu'elles sont normalement distinctes et répondent à des fondements différents.

336 **La cohérence des mondes** ◇ Les controverses dont le savoir juridique est le lieu et l'enjeu accordent un rôle important, voire déterminant, à la préoccupation de la cohérence des propositions émises de part et d'autre. Elles évoquent dans bien des cas le « dialogue de sourds ». C'est d'ailleurs pourquoi les propositions moyennes entre intérêt et pouvoir dans la définition du droit subjectif, entre fiction et réalité dans la recherche du fondement de la personnalité morale, l'emportent si souvent. Elles esca-

1. J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, Paris, PUF, Coll. Thémis, 2001, p. 203.

motent des difficultés, des oppositions qui paraissent finalement stériles et dénuées de pertinence.

Il en est ainsi parce que la cohérence à laquelle le savoir juridique aspire n'est de l'ordre ni de la logique, ni des faits. Ce qu'elle définit, c'est un monde propre, avec ses enjeux, ses forces, son langage.

Bien des illustrations pourraient en être données.

B. L'exemple de l'abus de droit

337 **Une fausse découverte** ◇ La présentation habituelle de la notion d'abus de droit revêt une importance théorique particulière; elle est sans commune mesure avec la portée pratique de la qualification. Le paradoxe est net entre l'étendue de son domaine et la relative rareté des décisions qui reconnaissent l'existence d'un abus pour condamner son auteur à en réparer les conséquences. La consécration de la notion n'est pourtant pas traitée comme une anecdote, un détail sans importance. Les discussions théoriques qui l'ont accompagnée ont-elles laissé des traces, voire des enseignements ? Nul ne semble se préoccuper de l'incompatibilité soulignée par Planiol entre l'exercice d'un droit et la faute. Dans son élaboration tardive, le savoir juridique paraît reposer sur une reconstruction historique. L'entrée de l'abus de droit dans le droit positif est usuellement rattachée à un arrêt de la Cour de cassation, présenté comme de principe. Le 3 août 1915, la Chambre des Requêtes condamne l'auteur d'une initiative tenue pour dépourvue d'utilité dans l'exploitation de son fonds et préjudiciable au propriétaire voisin. La solution n'était pas nouvelle : plusieurs arrêts du XIX^e siècle avaient raisonné de même façon. Pourquoi fallait-il réécrire l'histoire du droit civil ?

L'arrêt a été rendu dans une espèce spectaculaire opposant l'industriel susceptible de rendre d'importants services en période de guerre – il exploitait une entreprise de ballons dirigeables – au spéculateur cherchant à tirer le meilleur prix d'une friche inutilisable. L'aspect politique de l'affaire Clément-Bayard n'est pourtant pas volontiers mis en avant; de telles préoccupations sont de celles que le savoir juridique ne peut tenir pour déterminantes.

338 **Une autre nouveauté** ◇ La menace dirigée contre la propriété privée a joué un tout autre rôle. C'est une première signification de la réécriture évoquée. La victoire du propriétaire industriel a été moins remarquée que la défaite du voisin désireux de vendre à bon prix une bande de terrain inutilisable. Elle marquait pourtant le recul de la détermination romaine de l'objet de la propriété : pour admettre qu'un propriétaire construisant un obstacle au survol de son fonds n'édifiait pas une clôture, la Cour a bien dû renoncer à consacrer l'extension traditionnelle de la propriété jusqu'au ciel. Les progrès de l'aviation étaient d'actualité !

339 *Remède au vieillissement de la loi* ◇ C'est une autre forme de rajeunissement que le savoir juridique du début du XX^e siècle se préoccupait de célébrer; elle l'intéressait plus directement.

Ce n'est pas par hasard si plusieurs thèmes se sont développés simultanément. Le premier était celui du vieillissement du Code et, corrélativement, des méthodes qui paraissaient strictement liées à son contenu, voire à sa lettre. Une nouvelle génération de juristes, se sentant nouvelle par rapport aux maîtres prestigieux qui l'avaient précédée et nouvelle par son mode de recrutement, prenait position et rang; il lui fallait affirmer son originalité. De plus, le Code civil de 1804, qui avait été le grand monument du XIX^e siècle pour une puissance victorieuse, était désormais concurrencé par le Code allemand qui menaçait de s'installer comme le grand Code du XX^e siècle; le vieillissement du Code Napoléon non remplacé risquait d'être le signe du déclin de la France en Europe. L'enjeu n'était pas mince pour la mère des arts, des armes et des lois.

Le deuxième thème se présentait comme une sorte de remède, d'antidote. La législation française datait, mais la jurisprudence offrait, au droit français, le rajeunissement dont il avait besoin. Pour qu'elle pût rendre ce service et pour que la cure fût efficace, il fallait en changer la notion. Si les jeunes civilistes de la fin du XIX^e siècle reprochèrent à leurs prédécesseurs d'avoir méconnu l'importance des positions judiciaires, ils ne purent prétendre qu'ils avaient ignoré l'existence d'arrêts rendus par la Cour de cassation et par les Cours d'appel. Les ouvrages en usage vers 1850 fourmillaient de références : les documents contemporains n'ont rien à envier à la *Jurisprudence Générale Dalloz*, par exemple. Ce qui a changé, c'est la représentation de ces décisions. Elles ne sont plus analysées et critiquées chacune pour elle-même. Des lignées sont dégagées plus ou moins artificiellement par sélection; les critères de celle-ci ne sont guère établis et avoués. Ce qui naît, c'est la jurisprudence supposée constante, supposée suivie; c'est la source du droit qui serait susceptible de rivaliser avec la loi pour prendre le relais d'un législateur devenu timide. Simultanément, la notion d'arrêt de principe prend son essor. Et puisque la jurisprudence doit être la nouvelle jeunesse du droit français, il faut bien énumérer, égrener, chanter ses innovations.

Cent ans plus tard, le savoir juridique conserve la mémoire de ce qu'il présente comme le rajeunissement jurisprudentiel du droit français par quelques grands arrêts audacieux. L'enrichissement sans cause, l'abus de droit, la responsabilité du fait des choses sont cités comme vérifications de la démonstration. L'objectif ne peut être atteint, qu'au prix de plusieurs oublis, oubli des décisions antérieures qui avaient préparé, voire consacré la prétendue nouveauté, oubli de la place qu'elles avaient déjà prise dans le savoir juridique du XIX^e siècle.

340 *Une cohérence renouvelée* ◇ La réécriture de l'histoire du contrôle judiciaire de l'exercice des droits a eu une autre signification. Au moment

où l'abus de droit paraît surgir brutalement dans le droit civil français, la notion de droit subjectif envahit le savoir juridique. La propriété n'est plus une situation complexe; elle n'est plus ni le statut du bien approprié, ni la condition du propriétaire. L'hégémonie théorique du droit subjectif facilite assurément la description et l'enseignement du droit positif. Elle suscite pourtant une difficulté. La juxtaposition de ces prérogatives jalousement revendiquées, de ces aires de liberté fermées sur elles-mêmes, peut-elle avoir une signification juridique ? Ce qu'elle raconte, c'est une histoire aussi irréaliste que paisible. Cette propriété dont la nature élémentaire se ramène à un droit subjectif ne vaut qu'à condition d'être isolée. Au premier litige, elle perd toute pertinence. Ce qui manque à la notion de droit subjectif, c'est un mode de règlement des conflits; et la lacune se fera d'autant plus cruellement sentir que les droits se multiplieront ! En fondant le contrôle judiciaire de leur exercice, la notion d'abus de droit pourrait fournir le moyen d'assurer leur harmonisation. Elle compléterait opportunément le concept fondamental et élémentaire en l'assortissant d'un critère de résolution des litiges de frontières.

341 *Une cohérence limitée* ◇ Pour qu'un tel espoir se réalisât, il faudrait que la notion d'abus de droit prît une extrême généralité. Dans un monde où les droits allaient fourmiller et où, par conséquent, leurs rencontres se multipliaient comme des épisodes normaux, la règle de conflit devait être d'application constante, banale... L'avènement de l'abus de droit ne put donc être salué que comme une innovation de grande portée.

Le savoir juridique serait bientôt contraint d'oublier que la qualification invite à un contrôle unilatéral limité à un seul des droits en concours et cantonne le rôle du juge à l'appréciation du but poursuivi. Il négligerait la portée réelle, fort limitée, de la qualification souvent invoquée devant les juges, mais bien rarement retenue.

C. Une cohérence relative

342 *Une cohérence complexe* ◇ L'exemple de l'abus de droit montre ainsi le genre de cohérence auquel aspire le savoir juridique et dont il se contente. Elle est assurément relative; elle n'est obtenue qu'au prix d'oublis non négligeables qui permettent d'estomper les contradictions. Elle est surtout complexe; plusieurs lignes de cohérence s'entrecroisent. La cohérence généalogique vient au secours de la cohérence conceptuelle et réciproquement. L'incertaine unité dont se dote l'histoire du droit et de ses sources est relayée par l'unité non moins fragile des concepts qui semblent en caractériser les périodes successives. Par là, un monde s'élabore et vit sa vie propre.

343 *Des cohérences superposées* ◇ Bien d'autres illustrations pourraient en être données. Elles montrent toute la relativité de la cohérence

du savoir juridique qui se forme à des niveaux de généralité variables : les corrélations entre eux sont souvent mal assurées. Les propositions les plus fondamentales et les plus générales paraissent appeler une exigence particulière de cohérence. Leur mise en œuvre est faite de maints accommodements et renoncements.

Le principe de conservation des droits transmis se pare d'une rationalité que la chimie ne rejeterait pas. C'est sans doute ce qui a fait le succès de cette formulation devenue courante en 1930; elle a été préférée à celle du vieil adage latin qui rappelait que nul ne peut transférer à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même. Dans bien des hypothèses qui ne peuvent guère être présentées comme relevant de simples exceptions, l'acquéreur paraît pourtant bénéficier d'une sorte de génération spontanée. Dans l'exposé des droits du locataire qui semble ne bénéficier d'aucun transfert, le principe retrouve, au contraire, toute sa raideur : le bailleur qui aurait pu louer la chose d'autrui ne peut avoir consenti une faculté de jouissance plus étendue que celle dont il aurait profité lui-même.

Le droit subjectif n'est-il pas présenté comme une composante élémentaire, l'atome sur lequel s'appuie tout l'édifice des principes et notions juridiques ? Il multiplie pourtant les étages ou les couches. Le droit subjectif de propriété inclut les droits subjectifs d'usage, de jouissance et de disposition. Et l'unité de l'ensemble est bien fragile. La propriété est susceptible d'abus, par exemple, ou de prescription dans certaines de ses composantes; mais le droit de se défendre contre un empiètement ne peut dégénérer en abus. L'incohérence ne paraît pas gênante.

344 Une cohérence évolutive ◇ La cohérence juridique a ses lois et exigences spécifiques. Elle s'accommode d'une grande souplesse, d'une remarquable relativité. Elle a ses lignes de force, ses directions, ses discriminations. Celles-ci varient selon les époques, selon les domaines du droit. Leur constante est probablement dans leur diversité. Tout se passe comme si le savoir juridique se complaisait à superposer plusieurs cohérences, à les imbriquer. Il joue en permanence sur plusieurs registres.

345 Cohérence et contradictions ◇ S'il se réfère à la logique, c'est en refusant de s'y soumettre. Il a ses contradictions traditionnelles et tenaces. C'est par exemple sans embarras que la distinction du droit privé et du droit public, celle des droits réels et personnels, celle du patrimonial et de l'extra-patrimonial sont décrites comme incertaines; leurs critères sont imprécis et leur mise en œuvre multiplie les complications, les incertitudes. Il y aurait bien des raisons de ne pas s'en satisfaire.

Pourtant, ceux qui ont cru pouvoir les redéfinir, voire les supprimer ou leur substituer des divisions plus rationnelles et plus claires, ne sont pas parvenus à emporter la conviction commune. Même lorsque la supériorité

de leurs propositions était reconnue, elles n'ont pas réussi à supplanter les mauvaises habitudes traditionnelles.

• Voir :

- S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, Paris, LGDJ, 1960;
- Rigaud, *RID comp.* 1963, 557;
- J. Dabin, *RTD civ.* 1962, 20;
- S. Ginossar, *RTD civ.* 1962, 573;
- Fr. Zénati, *La nature juridique de la propriété, Contribution à la théorie du droit subjectif*, thèse, Lyon, 1981;
- Fr. Zénati, « Pour une rénovation de la théorie de la propriété », *RTD civ.* 1993, 305.

346 Cohérences multiples ◇ Lorsque le savoir juridique se réfère à des finalités, la cohérence qu'il recherche n'est pas moins accommodante ! La raison de la loi est bonne fille et est invoquée pour justifier des propositions inattendues. Ici, la loi ne peut interdire ce qui se pratique trop couramment; là, elle ne peut céder devant des faits qu'elle doit combattre. Ici, elle doit renoncer à faire le départ entre des comportements dont les effets sociaux sont préjudiciables ou indifférents, voire malfaisants; là ses décisions sont tenues pour dépourvues d'influence sur les comportements. Dans l'exposé de l'état du droit, ces positions cohabitent curieusement et fondent des analyses simultanées et péremptoires. Dans la même présentation, telle solution peut être tenue pour manifestement étrangère à l'état du droit en raison des conséquences sociales qu'elle ne manquerait pas d'avoir; telle autre est considérée comme consacrée par la loi parce qu'il serait irréaliste de supposer qu'elle pourrait modifier les pratiques sociales. La puissance paternelle est condamnée parce qu'elle ne correspond ni à la fonction réelle du père, ni à l'égalité qui doit régner entre les parents. L'égalité, ou plutôt l'équivalence, des filiations légitime et naturelle est consacrée parce qu'elle ne peut affecter la valeur symbolique et morale de l'engagement conjugal. Dans l'exposé du droit positif, ces considérations exercent une influence déterminante.

La cohérence du savoir juridique est complexe; c'est ce qui la rend toute relative. Il faudrait parler de cohérences multiples ou, au moins, de lignes de cohérences diverses. Elles s'enchevêtrent et s'associent; des coïncidences discrètes apparaissent entre des mouvements conceptuellement distincts, mais qui ne sont peut-être pas étrangers les uns aux autres.

347 Responsabilité contractuelle (exemple) ◇ L'exemple de la responsabilité contractuelle atteste de cette complexité. Elle se développe, comme théorie, durant la première moitié du XX^e siècle, avant d'être

considérée comme une expression, un reflet fidèle du droit positif : elle s'est ainsi substituée à la présentation des dommages et intérêts dus en cas d'inexécution du contrat. L'importance d'un tel changement de perspective ne saurait être appréciée en raisonnant seulement sur des solutions, sur des qualifications, sur des techniques déterminées.

L'avènement de la responsabilité contractuelle marque un recul de la notion fondamentale d'obligation. L'existence d'une obligation préalable caractérisait l'analyse des conséquences de l'inexécution du contrat; elle l'opposait radicalement à la responsabilité délictuelle qui ne donne naissance à un rapport juridique qu'au moment de la réalisation du dommage. Une pure pathologie ne saurait être traitée comme le lien qui préexiste à toute difficulté et peut n'en susciter aucune ou engendrer des conflits d'une toute autre nature, sur sa formation par exemple. L'opposition se traduit notamment dans l'appréciation judiciaire : soumise à la détermination conventionnelle du contenu du contrat, elle se développe beaucoup plus librement sur le délit, sa gravité et sa qualification.

Il pourrait sembler que les inventeurs de la responsabilité contractuelle se sont contentés de tirer parti de rapprochements auxquels le Code invitait. L'inexécution du contrat et la responsabilité délictuelle donnent lieu à l'allocation de dommages et intérêts. Dans les deux cas, l'objectif est de réparer. Le dommage, notion centrale commune, justifie la mise en œuvre de techniques semblables pour en assurer l'indemnisation.

La consécration de la théorie de la responsabilité contractuelle marque l'abandon du régime spécifique de chaque obligation contractuelle. La notion unique de faute est prête à recouvrir toutes les hypothèses d'indemnisation. La liberté d'appréciation judiciaire devrait s'en trouver considérablement accrue. Le phénomène est contemporain d'un relatif déclin de la théorie de l'exécution du contrat au profit de celle qui porte sur sa formation. Les causes de nullité retiennent davantage l'attention doctrinale que les conséquences de la méconnaissance des engagements contractés. C'est une autre cohérence qui se dessine.

348 Cohérences réflexes ◇ Le mouvement ne s'arrête pas là. Derrière le thème envahissant de la protection de la victime par une aggravation de la responsabilité de l'auteur du dommage, se profile la régression du couple créancier-débiteur. Le rapprochement des techniques caractéristiques des régimes probatoires et des modes d'exonération (obligation de moyens et faute prouvée - responsabilité présumée et obligation de résultat) y puise, sinon une justification, au moins un prétexte et un alibi. Au résultat, le raisonnement en termes de faute, qui paraissait s'étendre, ne remporte qu'un succès partiel, comme en trompe-l'œil. Si la référence se généralise, le fondement de la faute perd toute portée apparente : la condamnation n'en dépend plus.

En réalité, c'est la cohérence de la motivation judiciaire qui est bouleversée. Là où le juge devait donner les raisons de la réprobation qu'impli-

que la qualification de faute, il peut se contenter de viser des notions qui paraissent exemptes de toute prise de position morale.

En définitive, les cohérences nouvelles qui accompagnent la naissance de la responsabilité contractuelle portent sur le droit commun du contrat et sur ses rapports avec les contrats spéciaux, sur la formation et sur l'exécution du contrat, sur les notions d'obligation et de faute et sur le contrôle judiciaire dont elles sont l'objet, sur celles de créancier et de débiteur, remplacées par celles d'auteur et de victime. La seule faveur pour celle-ci ne saurait traduire l'ampleur des changements intervenus.

349 Nature, régime ◇ L'influence exercée par la préoccupation de cohérence est telle qu'elle parvient à transcender des distinctions logiques de première importance. Ainsi, il semble gravement critiquable de fonder une prise de position sur le régime d'une qualification, avant d'en avoir déterminé le domaine¹. Il n'est pourtant pas rare que le premier contamine le second. Dans la définition du domaine de la responsabilité du fait des choses, la sévérité du sort réservé au gardien agit directement; le fait de la chose ou la garde sont caractérisés bien souvent comme les modes d'exonération qui supposent résolue la question de l'application du régime de la responsabilité présumée. Par là, la cohérence d'ensemble de la responsabilité des choses l'emporte sur les cohérences propres et distinctes de son domaine, d'une part, et de son régime, d'autre part.

SECTION 3. CONTRÔLE, VÉRIFICATION, RÉFUTATION

350 Contrôle de qualité ◇ Tout savoir qui prétend à un certain degré de précision, de rigueur et d'élaboration a besoin d'un contrôle de qualité. Il ne peut prendre le risque de postuler sa conformité à son objet, son absence d'erreur, de lacune, son aptitude à se réviser pour suivre l'actualité.

La science a recours à divers procédés de contrôle qui permettent d'éliminer les données inexactes, celles dont il a été établi qu'elles ne peuvent ni expliquer les phénomènes, ni en permettre la prévision. Tel élément chimique supposé n'a pu être isolé; les effets qui lui étaient prêtés sont liés à la présence d'un autre élément. C'est l'état actuel des connaissances. Tout spécialiste de la discipline sait qu'il en est ainsi. Personne n'enseignerait plus le savoir qui a été consacré un temps, puis rejeté. Personne ne travaillerait plus sur la base de données manifestement infirmes. Qui s'y risquerait s'exclurait de la collectivité savante; ses propo-

1. J.-L. Bergel, « Différence de nature (égale) différence de régime », *RTD civ.* 1984, 255. - V., du point de vue de la logique, M.-L. Mathieu-Izorche, *Le raisonnement juridique. Initiation à la logique et à l'argumentation*, Paris, PUF 2002, not. p. 127 et s.

sitions seraient rejetées sans examen. Les études ultérieures feront l'économie de ces données qui ne pourraient que les égarer ou les retarder.

351 Sélection des données acquises ◇ Le savoir juridique pourrait paraître démuné de tout procédé d'élimination d'informations condamnées. Il a sans doute ses hiérarchies et ses préférences, des rayons et des ombres, des consécration et des rejets, mais leurs explications et justifications semblent inutiles ou évidentes. Les analyses et théories retenues sont simplement celles qui rendent mieux compte de l'état du droit. Pourtant, nul ne sait à quoi se reconnaît cette conformité à l'état du droit. Les discussions philosophiques sur ce que devrait être le droit pour répondre aux exigences du kantisme, du marxisme ou du kelsenisme n'ont guère de chance d'éclairer les mécanismes par lesquels le savoir juridique opère ses sélections.

Il est significatif que le débat se poursuive sur la question de la place des décisions juridictionnelles, supposées constituées une jurisprudence, dans la constitution du droit civil par exemple, mais qu'aucun civiliste n'envisage un instant de n'y plus faire référence. Il ne l'est pas moins que nombre de traités du XIX^e siècle se présentaient, dans leur titre, comme « à jour de la dernière jurisprudence », mais que quelques décennies plus tard les nouveaux civilistes prétendirent, sans être contredits, avoir découvert la jurisprudence et renouveler fondamentalement, par là, la connaissance du droit.

La façon dont se forment et s'affirment les données acquises du savoir juridique mériterait une étude systématique.

§ 1. Mise à l'épreuve

A. Le savoir à l'épreuve

352 Expériences ◇ Un savoir qui tend à s'épurer, à s'affiner, à s'enrichir, à se construire, sans se contenter d'habitudes indiscutées, de connaissances reçues, a besoin de procédés de contrôle, de vérification ou de réfutation. Ils peuvent éviter qu'une erreur ne soit admise au rang des connaissances acquises; ils peuvent assurer l'élimination de données reçues un temps et ultérieurement infirmées.

Chaque discipline forge ses modes de sélection de façon progressive et spontanée. L'expérience apprend et montre : c'est son rôle pédagogique irremplaçable¹. Chaque difficulté qui est l'occasion d'émettre une hypothèse réclame la découverte d'un test dont les résultats pourront être tenus pour probants et emporter la conviction, celle notamment des

1. A. Koyré, *Études d'histoire de la pensée scientifique*, Paris, PUF, 1966, Gallimard, 1973, p. 258.

incrédules et des ignorants¹. C'est dans un deuxième temps que ces procédés sont codifiés; leur mise en œuvre est exigée. La théorie peut alors s'en emparer.

Lorsque Lazzaro Spallanzani avale des éponges pour confirmer l'action du suc gastrique qu'il en extrait, avant de les laisser sous son bras pendant trois jours, il n'a pas le projet de fonder une science expérimentale ou de rejoindre les rangs de ceux qui s'y consacrent. Il a imaginé un procédé susceptible de lui donner raison ou de lui imposer une révision de ses hypothèses. Ce prêtre qui avait poursuivi des études de droit et était directeur du muséum de Pavie, combattait la thèse de la génération spontanée dans les années 1780.

353 Science expérimentale ou autre science ? ◇ La reconnaissance d'un mode de contrôle des connaissances peut constituer le savoir, en définir la nature. Un changement de registre en résulte; de l'efficacité constatée dans certains cas, le procédé entre dans le domaine de la validité. C'est lui qui consacre une connaissance comme scientifique; il la transforme. Le procédé de contrôle devient mode de reconnaissance, de passage, d'accueil.

En se faisant expérimentale, la science n'a pas gagné une méthode : elle s'est reconnue et s'est dotée d'une existence nouvelle.

Chacun sait que les physiciens, les biologistes, les chimistes réalisèrent des expériences, avant, bien avant que leur science ne fût dite expérimentale. Il en fut ainsi pour plusieurs raisons. « Une pure collection de données d'observation ou d'expérience, ne constitue pas une science : les "faits" doivent être ordonnés, interprétés, expliqués. En d'autres termes, c'est seulement lorsqu'elle est soumise à un traitement théorique qu'une connaissance des faits devient une science... Loin de s'opposer l'une à l'autre, l'expérience et la théorie sont liées et mutuellement interdéterminées, et c'est avec le développement de la précision et le perfectionnement de la théorie que croissent la précision et le perfectionnement des expériences scientifiques... L'expérimentation est un processus téléologique dont le but est déterminé par la théorie... Non seulement les expériences valables sont fondées sur une théorie, mais même les moyens qui permettent de les réaliser ne sont eux-mêmes rien d'autre que de la théorie incarnée »².

354 Expérience, raison, universel et particulier ◇ Le kantisme s'est efforcé de penser la relation qui s'instaure entre l'universel et le particulier. « Il faut au moins continuer d'envisager et, par conséquent, de prétendre que ce qui pour un certain niveau de connaissance apparaît

1. A. Koyré, *op. cit.*, p. 328-9.

2. A. Koyré, *op. cit.*, p. 290 et 314.

comme isolé et "contingent" pourra à un niveau supérieur être expliqué en rapport à une loi... La mathématique et la métaphysique, l'ordre de l'expérience et l'ordre de la raison, la loi empirique de la causalité et la loi intelligible de la finalité doivent être pensés... comme des moments d'une unité totale... »¹.

L'objet et l'expérience², les conceptions de l'un et de l'autre s'associent, s'entremêlent et s'irradient mutuellement, même si, avec la *Critique de la faculté de juger*, une borne est posée : « les principes synthétiques qui définissent les conditions universelles de la possibilité de l'expérience ne parviennent nulle part à atteindre les lois déterminées »³.

355 Expérimentations ◇ L'expérience scientifique est une réalité étonnamment complexe. L'expérimentateur peut suivre bien simplement une procédure consacrée, un protocole conçu pour la vérification de données ou de conclusions. L'attitude n'est pas propre aux activités de découverte. L'expert qui a conclu à l'authenticité d'un tableau après examen du style, de la manière, de la conception de l'œuvre, des couleurs employées, de la toile et du motif choisi, procède à une sorte d'expérimentation en ayant recours à des techniques de datation physique. L'expérience scientifique elle-même peut porter sur une étape déjà connue d'une opération d'ensemble. Elle peut aussi rompre avec la mise en œuvre de méthodes éprouvées. C'est l'idée à conforter qui fait imaginer une expérimentation pertinente.

356 « Objectivité » de l'expérience ◇ Dans les deux cas, l'expérience postule, non seulement la possibilité de répétition, mais aussi celle de reproduction. Si les mêmes circonstances se rencontrent à nouveau, et si leur réalisation peut être provoquée, tout agent pourra effectuer les mêmes constatations. La réunion des conditions de l'expérience n'est pas nécessairement artificielle; elle est seulement une garantie, d'ailleurs assez relative, d'élimination des perturbations, des impuretés. La constatation de l'emplacement d'un astre est une expérience de mesure, comme la réalisation d'un mélange chimique dans une éprouvette; les artifices et interventions incidentes diffèrent.

357 Expérience et données ◇ Par nature, l'expérimentation scientifique veut éliminer l'impondérable, le non calculable, l'imprévu; elle n'y parvient pas nécessairement. L'espoir est qu'en la recommençant, en variant les paramètres connus, l'expérimentateur parvienne à isoler les données

1. E. Cassirer, *Le problème de la connaissance*, p. 22.

2. M. Meyer, *Découverte et justification en science. Kantisme, néo-positivisme et problématique*, Paris, Klincksieck, 1979, p. 55, 73 et s. 90, 199.

3. E. Cassirer, *op. cit.*, p. 20.

opérantes; provisoirement au moins, l'hypothèse explicative pourra être considérée comme vérifiée. Le catalyseur sans lequel la réaction ne se produit pas se retrouve intact en fin d'opération : ce sont les autres composants mis en présence qui passent d'un état à un autre.

La possibilité de reproduire indéfiniment, semble-t-il, l'expérience doit au moins éliminer les craintes ou les soupçons les plus graves.

L'hypothèse n'est pas le résultat d'une opinion, voire d'une conviction personnelles. Son auteur est étranger à l'explication avancée. Tout expérimentateur placé dans les mêmes conditions peut et doit constater les mêmes résultats. C'est parce que l'agent est interchangeable que l'expérience est dite scientifique et l'observation objective. Ce qui est décisif, c'est la définition complète et rigoureuse des conditions de l'expérience; la consultation du protocole qui les détermine doit suffire pour en apprécier le sérieux, la qualité, la scientificité. Nul doute que les incompetents, les imposteurs, illusionnistes ou illuminés, les charlatans, seront éliminés sans difficulté : la confusion avec les savants est exclue.

358 Le symbole de la science ◇ L'expérience est aussi un symbole. La science qui a été dite expérimentale était autre que celle des temps révolus. Libérée de la métaphysique et de ses discussions stériles, ne tenant pour vrai que ce qui peut être et a été reconnu tel selon une procédure consacrée, elle est devenue moderne. Des expériences célèbres, celles de Galilée, de Pasteur ou de Röntgen, font autant pour l'image de la science, pour sa reconnaissance et sa constitution, que les théories de Newton ou d'Einstein.

À l'époque où les sciences physiques, chimiques, biologiques connaissent des progrès spectaculaires et commencent de produire ou d'accompagner des réalisations techniques qui ne le sont pas moins, le fossé se creuse. Les disciplines insusceptibles d'expérimentations sont vouées aux ténèbres extérieures de l'obscurantisme, de la subjectivité, du discours littéraire. Aucune réfutation, signe rassurant de l'exigence et de la vitalité de la science, aucun échec technique ne peuvent menacer l'édifice.

Le rétablissement de la vérité historique ne trouble pas davantage. Il n'importe que des expériences tenues pour symboliquement et théoriquement décisives aient été, à la fois, impossibles à réaliser et purement imaginaires. Il est indifférent que des découvreurs venus trop tôt aient été méconnus, voire mis à l'index. L'erreur, le retard seront généralement imputés à d'autres; la religion, la politique serviront de boucs émissaires aux historiens de la grandeur de la science.

Juchée sur l'expérience comme sur un piédestal, elle est définitivement hors d'atteinte. La statue édiflée réunit toutes les caractéristiques positives; ce qui pourrait l'abîmer lui est, par définition, étranger. La science ne peut se tromper puisque l'erreur se définit comme non scientifique.

359 **Expériences juridiques** ◇ Le savoir juridique, en dépit de la spécificité qui lui est reconnue, n'échappe pas au sort commun : mis sur la défensive, il est sommé d'exhiber ses expériences ou de se justifier de n'en pas avoir à présenter. Les juristes eux-mêmes mènent l'assaut.

Ils le menèrent dès la fin du XIX^e siècle. La controverse, présentée comme d'ordre méthodologique, qui opposerait des civilistes légalistes à des analystes des décisions judiciaires, est liée à l'attrait exercé par l'expérience scientifique. Avant de s'interroger sur la nature de la jurisprudence, sur son appartenance à la liste des sources du droit, les juristes français ont utilisé les jugements et arrêts, moins comme des objets d'étude, que comme des instruments de vérification. Les commentateurs du Code civil, complaisamment présentés comme limitant leur étude, leur attention et leur réflexion à la lettre de la loi, se préoccupaient des positions des juges.

Ils y recherchaient une information d'une nature particulière; en cela, leurs successeurs n'ont en rien innové. Émettant une proposition, les juristes recherchent, dans les décisions de justice, les indices de sa pertinence. Même lorsqu'ils prétendent à l'originalité, ils veulent montrer qu'ils demeurent dans les limites de la réalité, du droit positif. Sauf à appeler de leurs vœux une modification de l'état du droit, ils raisonnent *de lege lata* pour avancer une meilleure interprétation, une meilleure analyse, une meilleure justification, une meilleure application des règles consacrées. Une décision de justice, généralement un arrêt de cour d'appel, de la Cour de cassation ou du Conseil d'État, qu'il soit passé inaperçu ou qu'il ait été présenté comme hérétique, erroné ou explicable seulement par les circonstances de l'espèce, peut rendre la proposition plausible. Si un juge l'a consacrée, la solution ne peut qu'être dite de droit positif; comme l'expérience scientifique, la confrontation à la jurisprudence lave la théorie du soupçon de subjectivité. Il ne s'agit plus d'une opinion personnelle émise au nom de convictions étrangères à l'état du droit, mais bien de l'une des descriptions possibles de l'objet du savoir juridique.

La proposition se présente souvent comme un réordonnement, une recombinaison des données disponibles. Une disposition qui était mise en avant, avec un certain nombre de décisions, est privée de sa prééminence; d'autres dispositions, d'autres décisions déterminent une autre description du droit positif.

Lorsque Gény, Planiol et bien d'autres reprochèrent aux prétendus exécutés du XIX^e siècle d'avoir ignoré les arrêts rendus depuis 1804, ce n'était pas pour modifier l'objet du savoir des juristes. Ce n'était même pas vraiment pour assurer le rajeunissement d'un droit qu'un Code supposé vieillissant ne pouvait plus porter. C'était pour appuyer leurs propositions de fond, pour favoriser des changements du contenu du droit, des règles consacrées.

360 **L'expérience « jurisprudentielle »** ◇ La « jurisprudence » serait le centre d'intérêt des juristes les plus « réalistes », de ceux qui vont au-delà du droit dans les livres pour atteindre le droit tel qu'il est, dans la réalité, en acte. Pour qui a besoin de savoir ce qu'il peut faire sans risquer une condamnation, quelle protection il peut obtenir, quelle décision il peut espérer pour sortir d'une situation délicate, les dispositions légales peuvent être des sources d'information décevantes ou insuffisantes. Peu importe le sens de la loi ou la volonté du législateur, si le juge en tire d'autres conséquences !

Pourtant, tout en puisant à pleines mains et résolument dans le fonds jurisprudentiel, les juristes continuent à discuter de son statut. Ils doutent qu'il puisse y avoir là une véritable source du droit.

361 **Expériences sélectives** ◇ Le paradoxe pourrait avoir une signification profonde. Parce qu'elle ne se laisse pas arrêter par les postulats constitutionnels, habituellement mêlés à l'examen de l'attitude des juristes, l'épistémologie descriptive serait à même de la révéler.

Elle montrerait, d'abord, que, sous couvert d'enquêtes jurisprudentielles scrupuleuses et aussi complètes que possibles, les juristes effectuent des choix décisifs. L'étude différentielle s'impose. La « jurisprudence » étudiée varie selon les époques et selon les domaines. Ici, quelques arrêts récents de la Cour de cassation la composent. Là, de longues lignées, d'amples séries sont référencées. Ailleurs, les jugements des tribunaux et arrêts de cours d'appel sont consultés. Dans certains cas, ce sont des tendances, des mouvements qu'il s'agit de déceler pour donner un sens à leur aboutissement provisoire. Dans d'autres, la position la plus récente est seule pertinente. Ces divergences paraissent rendre bien illusoire les théories de « la » jurisprudence.

L'épistémologie ferait, ensuite, apparaître les particularités substantielles de cette source d'information. Dans la constitution du savoir, elle diffère notablement de la loi. Le mode de détermination du droit à partir des dispositions légales donne à l'analyste, simple narrateur, observateur critique ou théoricien, une tâche qui ne s'assimile pas à celle du lecteur ou du commentateur de la « jurisprudence ».

Dans les deux cas, de multiples points de vue peuvent être légitimement adoptés; ils ne trahissent pas l'état du droit, mais tiennent compte des multiples significations possibles des positions prises par le législateur ou par le juge.

362 **Grandes législations, grands interprètes** ◇ Lorsque le savoir se constitue à partir de la loi, les points de vue adoptés révèlent un contenu potentiel des dispositions. Les conséquences qui leur sont attachées par développement, interprétation et construction d'hypothèses, s'insinuent

dans la distance qui sépare normalement la position légale des espèces propres à sa mise en œuvre. Le savoir se compose nécessairement en occupant cet espace que la loi laisse libre; en elle-même, elle ne peut dire le droit et demande à être complétée, illustrée, précisée. Les dispositions légales font place au savoir qu'elles appellent en orientant son contenu sans pouvoir le déterminer. C'est bien pourquoi les grandes législations favorisent l'avènement des grandes doctrines.

- 363 **Grandes « jurisprudences », grandes doctrines** ◇ Lorsque le savoir se constitue à partir des décisions juridictionnelles, la concurrence, la rivalité entre le détenteur du pouvoir et celui qui l'observe sont beaucoup plus directes. Le juge ne statue pas dans l'abstrait, dans l'attente de circonstances concrètes qui viendraient nourrir ses prévisions; il donne une réponse déterminée à une question concrète. La révélation des multiples points de vue à adopter pour en discerner les différents aspects paraît contredire inéluctablement ou, au moins, discuter l'autorité du juge qui en a privilégié un.

Pour se mettre à l'abri de cette critique latente, le juge dispose d'une arme qu'il a l'obligation d'utiliser : c'est la motivation qui fonde et justifie sa position. Ses qualités n'évitent pas la discussion. Des motifs forts et clairement formulés peuvent l'alimenter sans menacer l'*imperium* judiciaire; la réflexion se développe en quelque sorte à côté de lui, et compte tenu de la nécessité de statuer. Que le juge se fasse administrateur, « décideur », et il prétendra enrayer le dialogue permanent que le droit entretient avec son savoir ! C'est la voie adoptée dans la période récente par la Cour de cassation qui rend des arrêts résolument privés de toute motivation; elle espère demeurer ainsi à l'écart, au-dessus des discussions théoriques. L'affaiblissement contemporain de son autorité trouve là l'une de ses causes majeures. Il est dissimulé par l'absence totale d'enquête sur la « jurisprudence » des juges du fond, sur sa conformité à la « jurisprudence » d'un juge du droit qui exerce sa censure sans en livrer les raisons.

- 364 **Enquête jurisprudentielle et expérimentation** ◇ La parenté espérée par certains entre l'expérimentation scientifique et l'enquête jurisprudentielle n'est sans doute pas totalement absente.

L'auteur d'une proposition théorique qui choisit de ne pas en appeler au changement du droit, à la réforme ou au revirement, entend décrire. Pour originale et novatrice que puisse être sa présentation, elle doit conserver l'état du droit comme référence. À ce titre, l'autorité qui s'attache institutionnellement à l'exercice du pouvoir judiciaire mérite, au moins, une présomption simple de conformité au droit. De plus, la décision rendue en contemplation d'une espèce concrète illustre les conséquences que peut avoir le précédent qui s'impose, il n'est pas possible de négliger la fonction propre de mise en œuvre, de réalisation de la règle,

qui incombe au juge. Il est probablement inévitable que la proposition émise contre une « jurisprudence ferme et constante » ne soit pas reçue comme celle qui peut se prévaloir du soutien de décisions connues et reconnues.

Il ne s'agit pas d'une vérification expérimentale. Pourtant, dans certaines conditions déterminées, cette dernière théorie paraît bien avoir correspondu à l'état du droit, tel qu'un juge l'a entendu et fixé. Nul ne peut réduire l'analyse à une simple opinion personnelle. Elle a été consacrée. Il se peut assurément que ce soit par erreur; il se peut qu'elle ne le soit plus. Bien souvent, elle aura révélé un aspect peut-être limité, peut-être secondaire d'une réalité complexe.

- 365 **« Jurisprudence » et informations** ◇ La part d'expérience que l'enquête jurisprudentielle apporte au savoir juridique n'est pas négligeable. Elle met la proposition théorique à l'épreuve relative, reconstruite, du fait. Dans les décisions de justice, l'observateur trouve des circonstances qui l'aident à apprécier les conséquences de sa position; il se demandera s'il est raisonnable, juste, satisfaisant de promouvoir le résultat auquel conduit sa position, même si elle paraît avoir pour elle l'avantage d'une cohérence accrue ou d'une tradition rétablie dans son authenticité. Dans les décisions de justice, l'observateur puise également une motivation; formulée, rapprochée des particularités de l'espèce, elle se prête à la réflexion. Sa force et ses faiblesses apparaissent. Les inférences dont elle affirme la nécessité sont seulement de celles qui étaient possibles; le juge qui s'était senti ou déclaré contraint de s'y tenir a-t-il manqué de perspicacité, d'imagination ou avait-il d'autres raisons de décider ?

Ce que l'arrêt ou le jugement vérifie, ce sont les limites d'une position dont la vertu explicative, l'aptitude à la prévision, la capacité à justifier demeurent incomplètes. Ces décisions posent la question d'une éventuelle possibilité d'amélioration. La description de l'état du droit positif peut, en effet, prendre acte de cette part d'indétermination; mais elle peut aussi rechercher, dans ses ressources inexploitées, les moyens de la réduire, d'enrichir la gamme des solutions possibles, de renforcer la motivation.

- 366 **Une autre expérience juridique** ◇ C'est à une toute autre expérience que le savoir juridique s'alimente : l'expérience humaine, celle de la vie, de ses difficultés est au cœur, au principe des choix effectués, des positions adoptées. Son importance est reconnue en maintes occasions. La condamnation de la doctrine civiliste du XIX^e siècle a été justifiée par l'ignorance de la réalité dans laquelle elle aurait travaillé; elle a été prononcée sans appel sur le ton de la constatation scientifique par des historiens qui n'avaient pas pris la peine de s'informer sur la vie des exégètes. Avaient-ils été mariés ? Avaient-ils porté un nouveau-né dans leurs bras ?

Avaient-ils affronté quelques malheurs ? Peu importait : ces avocats qui connaissaient au moins la vie de leurs clients devaient ignorer la réalité pour pouvoir tomber sous les coups de leurs successeurs grands donneurs de leçons, injustes et peu rigoureux. De même, certaines positions furent récuses pour avoir été adoptées par qui était supposé, par construction, n'avoir pas connu les situations dont il parlait, conflits conjugaux, grossesse non spécialement programmée,...

367 Expériences individuelles et collectives ◇ Le juriste doit être un homme d'expérience, que ce soit la sienne ou celle qu'il emprunte à ses maîtres et prédécesseurs.

Ces événements porteurs d'informations sont fort divers et leur réception comporte une bonne dose d'ambiguïté. Il est des expériences individuelles. Le cas de Léon Duguit dont les positions philosophiques furent infléchies après le décès d'un fils durant la première guerre mondiale illustre dramatiquement un phénomène plus général. Le juriste qui a connu personnellement, dans sa famille ou simplement dans sa clientèle, les difficultés des conflits conjugaux ou familiaux, de l'échec d'une entreprise, du veuvage, ..., n'entend sans doute plus la loi comme il la percevait sur les bancs de la faculté. Ici aussi, « *ex facto jus oritur* », même si les uns tirent moins d'enseignements de ce que les autres savent pressentir : c'est affaire de tempérament, de formation et de vocation. Il est des expériences collectives. Après une guerre, une crise économique de grande ampleur, un événement marquant comme manifestation de haine ou, au contraire, d'héroïsme, de don de soi, le monde n'est plus tout à fait le même. Les informations acquises se doublent d'un changement de « conception du monde ». Après les exactions de la Terreur et du nazisme par exemple, après celles du communisme soviétique et asiatique, le réalisme serait sans doute de se souvenir que les actions les plus grandioses et les plus courageuses ont souvent côtoyé l'intolérable. La distinction des choses et des personnes prend une signification nouvelle à la lumière de siècles d'esclavagisme...

Expériences individuelles et collectives ne s'opposent peut-être pas. Il importe moins que le juriste ait vécu ou non l'événement. Ce qui est décisif, c'est l'importance et la signification qu'il lui donne; ce sont les informations qu'il en retire. La littérature, l'histoire, l'idéologie, les arts y ont leur part. Les guerres napoléoniennes, les camps de concentration ne seraient pas ce qu'ils sont dans la mémoire collective sans quelques romans, sans la relation de certains faits, sans leur présentation théorique, sans certains tableaux, certains films... Le juriste qui traite de la dignité de la personne humaine lit les dispositions légales à travers une grille, un prisme complexe où ces réminiscences ont leur place. « Au bonheur des dames » peut influencer l'analyse du droit de la faillite; qui ignore Zola et les réalités qu'il décrit ne l'entend pas de même façon.

368 Expériences imaginaires ◇ D'autres expériences alimentent le savoir juridique. Elles sont rappelées et invoquées sous un tour plus technique. Sans être proprement historiques, elles relèvent de la tradition juridique et inspirent bien des prises de position, bien des interprétations. Elles évoquent les expériences imaginaires qui ont joué un rôle important dans la formation des sciences¹. Les enseignements qui en sont retirés manquent de précision et ne sont guère vérifiés; leurs origines demeurent incertaines. Ils sont souvent mis en avant et viennent à l'appui d'affirmations formulées comme des évidences.

Ces expériences portent le plus généralement sur les effets des règles. Elles se dissimulent parfois sous une confusion que le bon sens contribue à renforcer. La lutte contre les accidents de la circulation en donne l'exemple. La vitesse en augmente le risque et en aggrave les conséquences. Dès lors, toute réglementation abaissant la vitesse de circulation autorisée doit provoquer la diminution du nombre de décès et de blessures graves; l'état des routes et la qualité de la signalisation et bien d'autres causes sont escamotés et surtout l'effectivité de la réglementation est laissée de côté. Tout semble se passer comme si le changement de règle se traduisait mécaniquement par un changement d'attitude. Le même raisonnement se retrouve, par exemple, en matière de protection du consommateur. Le dispositif qui y tend est mis à l'abri de toute contestation par référence à une sorte d'expérience. Certains professionnels abusent de leur position; leurs clients ont donc besoin de protection et il suffit de l'instituer pour que les excès régressent, pour qu'un équilibre s'établisse. L'important est moins d'éviter des injustices que de pouvoir affirmer l'existence d'un dispositif de protection; par son existence, et quels qu'en soient les effets réels, il apporte une amélioration. De même, des règles sont réputées augmenter le contentieux, tandis que d'autres le combattent. Nul ne s'efforce de mesurer, par exemple, l'incidence des obstacles à l'exercice des actions en justice. De même encore, il est admis que certaines règles influencent directement les comportements – la liberté de conclure des pactes sur succession future incite à l'assassinat –, tandis que d'autres – la faculté de traiter un enfant né hors mariage comme un enfant légitime – sont indifférentes. La responsabilité ou le divorce pour faute ont paru avoir une signification moralisatrice; quelques décennies plus tard, comme si l'expérience avait été faite de l'effet contraire, l'indemnisation des dommages et la dissolution du lien conjugal ont été présentées comme des techniques purement juridiques insusceptibles d'agir sur les comportements sociaux et familiaux.

369 Un monde né de l'expérience ◇ Ces expériences-là composent une histoire, un monde, une réalité qui ont leur autonomie : ils se dévelop-

1. A. Koyré, *Études d'histoire de la pensée scientifique*, Paris, PUF, 1966, Gallimard, 1973, not. p. 224, 263 et s., 316, 382-383. – K. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, précité, opp. XI, p. 452 et s.

pent à côté de l'histoire, du monde, de la réalité, sans que ceux-ci puissent leur répondre et leur servir de référence. Par une sorte de déformation professionnelle, le juriste se prévaut d'un savoir qui confond un programme, la lutte contre les accidents de la circulation, la protection du consommateur, le traitement de la filiation hors mariage, et la vie des êtres auxquels il s'applique. L'amalgame va parfois très loin; le raisonnement se développe, par exemple, sur le divorce comme s'il portait sur les conflits conjugaux. Bien des juristes semblent oublier que la dissolution du lien conjugal ne les élimine pas et qu'elle peut laisser subsister bien d'autres liens entre les époux juridiquement séparés, comme entre leurs familles : la libération en droit doit tout effacer et ne rien laisser derrière elle. Le nominalisme n'est pas seulement monétaire.

370 La raison d'être de la règle ◇ Le poids de ces expériences juridiques supposées et reconstruites est considérable. Le savoir juridique y puise des informations qui résistent aux faits et à leur établissement.

La résistance opposée aux données statistiques, aux observations sociologiques, au rétablissement de la vérité historique, aux analyses économiques, en atteste.

Les juristes d'autrefois savaient demeurer attentifs aux limites de ces expériences. Dans leur savoir, dans leurs raisonnements, ils faisaient place à la raison de droit, *ratio juris*, malheureusement désignée comme *ratio legis*. Leurs successeurs ont pris l'expression au pied de la lettre. Le moindre prétexte à réforme législative, référence convenue à une prétendue expérience sociale, est devenu alibi, justification d'une interprétation et d'une « application » présentée comme seule conforme à la volonté du législateur. L'outil n'est pas seulement imprécis et inconsistant; il marque un appauvrissement du savoir et du raisonnement juridiques et en soustrait les données ou les postulats à la réflexion critique. Il a pris tant de place qu'il a été défendu par ceux-là mêmes qui, croyant combattre cet artifice, ont en réalité confirmé son existence : lutter contre le néant peut être le moyen de le remplir.

B. Exemples d'épreuves

1. L'erreur sur la valeur

371 Circonstance indifférente ◇ Le droit français semble clairement fixé : l'erreur sur la valeur de la chose qui est l'objet du contrat n'est pas une cause de nullité de cet acte. L'unanimité est faite depuis longtemps parmi les civilistes. Leur savoir paraît, sur ce point, certain et constant.

Plusieurs questions seraient pourtant à poser. Dès lors que la loi ne constitue pas l'erreur sur la valeur en catégorie autonome, la date de reconnaissance de sa spécificité devrait être précisée. Il conviendrait éga-

lement de caractériser le mouvement qui a conduit à isoler cette erreur tenue pour particulière : les juristes sont-ils passés d'une casuistique à une position systématique ? Il se pourrait que cette dernière eût sa source dans une interprétation de l'article 1110 du Code civil, limitant les possibilités d'appréciation empirique. La notion de substance a connu un notable affadissement¹. La question serait alors de savoir pourquoi il n'a pas ouvert la voie à un renversement; si toute qualité déterminante du consentement au contrat peut être substantielle, la valeur qui commande souvent la décision ne peut plus être traitée à part. Tout semble se passer comme si une interprétation première, plus soucieuse de la lettre de la loi que de son inspiration alors peu volontariste, avait laissé derrière elle, lorsque la seconde l'emporta sur la première, l'une de ses conséquences. Le malaise perceptible chez certains auteurs viendrait alors de la difficulté de justifier une scorie de l'ancienne conception, tout en admettant la victoire pleine et entière de la seconde. Il serait accru par l'autonomie reconnue à la lésion qui ne suppose aucune erreur; la stricte définition de son régime légal devrait donc demeurer étrangère au sort de l'erreur sur la valeur.

372 Une qualification autonome ◇ L'apparente évidence de l'existence d'une qualification autonome d'erreur sur la valeur et, en conséquence, de l'impossibilité de lui appliquer la sanction de la nullité conçue pour d'autres erreurs, serait alors bien fragile. Les civilistes se sentiraient contraints de renforcer le maintien de la solution dans leur savoir établi.

Pour étayer cette donnée acquise, ils hésitent sans doute à reconnaître qu'en droit civil français, toute forme de spéculation a un statut à part. Il transparaît sous les qualifications d'abus de droit, de dol, de violence et d'état de nécessité; plus récemment, des considérations fiscales et sociales ont accusé la défaveur qui lui est réservée. Pour ne pas s'engager dans cette voie, la référence au strict régime légal de la lésion peut servir d'alibi.

373 Forces créatrices du savoir juridique ◇ Ce qui est sûr, c'est que les explications données au refus de toute annulation pour erreur sur la valeur sont directement tributaires de la place faite à l'autonomie de la volonté. Si celle-ci avait guidé les rédacteurs du Code et ses premiers interprètes, l'erreur sur la valeur aurait sans doute connu un autre sort; c'est parce que cette qualification a conquis son existence avant que ne s'installe le raisonnement en termes d'autonomie de la volonté que cette théorie a dû composer avec elle.

La loi n'aurait probablement pas suffi à imposer la solution et le savoir juridique a évité de l'enregistrer comme une création prétorienne. Le refus de toute consécration juridique de la légitimité des calculs plus ou

1. Ph. Malinvaud, « De l'erreur sur la substance », D. 1972, chron. XXXI, p. 215.

moins spéculatifs a pu peser sur l'implantation et le maintien d'un principe d'indifférence de la valeur. La complexité des forces créatrices du savoir juridique et de leurs interactions est manifeste.

374 Un autre enjeu ◇ Au moment où le rejet de toute annulation du contrat pour erreur sur la valeur perd le fondement que lui donnait le sens matériel ou essentiel attribué au mot substance dans l'article 1110, la place acquise par la « jurisprudence » prend indirectement le relais. Les juristes ne craignent plus de laisser au juge une liberté que la loi ne peut plus restreindre. En lui interdisant de prononcer une annulation pour erreur sur la valeur, les prétendus interprètes accroissent indirectement et dissimulent largement son pouvoir d'appréciation de l'existence d'une erreur sur la substance. Alors que bien souvent la considération de la valeur a déterminé le consentement, il suffit de la mettre en lumière ou de l'estomper pour paraître motiver un refus d'annulation ou la décision inverse. L'appréciation des « états d'âme » du vendeur et de l'acquéreur est devenue « une question de pur fait »¹. L'affaiblissement de la motivation des décisions juridictionnelles et des raisonnements théoriques en serait l'inéluctable conséquence; les efforts de justification générale et cohérente sont voués à l'échec.

375 XIX^e siècle ◇ Demolombe se contentait d'affirmer, comme inéluctable, la confusion entre erreur sur la valeur et lésion².

En 1860, il était enseigné et précisé que l'état du droit ne permettait pas l'annulation d'un contrat pour erreur sur la valeur de son objet³. L'erreur n'étant une cause de nullité des conventions que quand elle tombe sur la substance même de la chose, il s'ensuit que l'erreur sur la valeur de la chose vendue ou achetée n'est pas une cause de nullité de l'obligation, sauf le cas où la lésion est admise comme une « cause de rescision ». Un arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation et un arrêt de la Cour d'appel de Paris étaient cités à l'appui de l'affirmation, moins pour l'étayer, que pour l'illustrer : « il a été ainsi jugé... ». La substance était alors définie comme une qualité essentielle, et non accidentelle, qui la fait « ranger dans une classe d'êtres »⁴, ce qui, par conséquent, « n'est pas susceptible de plus ou de moins ». L'exclusion de l'annulation pour erreur sur la valeur procédait donc directement de la définition de la condition posée à l'article 1110 du Code civil. La lésion était présentée comme une exception.

1. Ph. Malinvaud, *op. cit.*, p. 215 et 216.

2. J.-Ch.-Fl. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. XXIV, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. I, Paris, Durand, Hachette, 1870, 3^e éd., n° 128, pp. 120-121.

3. *Jurisprudence générale. Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Paris, Dalloz, Nouv. éd., t. XXXIII, 1860, V^o Obligations, n° 136.

4. *Jur. Gén.*, V^o Obligations, nos 132-133.

376 Un mouvement préparé à l'avance ◇ L'adoption ultérieure d'une définition beaucoup plus large et psychologique de la substance, absorbée dans le caractère déterminant du consentement, ouvrait la possibilité d'abandonner la solution consacrée à propos de l'erreur sur la valeur. C'est le corps des conséquences attachées à la disposition légale, qui allait être recomposé; sa cohérence en serait transformée même lorsque les solutions demeuraient inchangées.

Tout semble bien se passer comme si la définition antérieure de la substance, excluant l'annulation pour erreur sur la valeur, avait creusé un sillon, celui où resterait enterrée cette qualification maintenue dans une spécificité que la nouvelle définition de la substance ne pouvait plus justifier.

377 XX^e siècle ◇ Paul Esmein¹ isole l'erreur sur la valeur : c'est une catégorie à part. S'il exclut résolument le prononcé de la nullité pour un tel motif en citant d'emblée huit arrêts de la Cour de cassation, c'est en manifestant une insatisfaction rentrée devant la généralité de la solution. Parce que la valeur est « généralement une qualité essentielle aux yeux des contractants », il faut énumérer tous les moyens de rendre au juge le pouvoir d'annuler le contrat. Pour contourner l'assimilation, présentée comme inéluctable, de l'erreur sur la valeur et de la lésion², il propose cinq dispositifs de rattrapage : l'incapacité, l'erreur sur l'objet, le dol, l'absence de cause et la réglementation d'ordre public.

378 Le savoir contemporain ◇ Un ouvrage contemporain, vise, parmi « les erreurs indifférentes à la validité du contrat », l'erreur sur la valeur, lorsqu'elle ne résulte pas d'une méprise sur les caractéristiques substantielles de l'objet du contrat. C'est l'un des « cas certains ». « Cette dernière solution peut surprendre car il y a souvent là une considération déterminante. Elle s'explique par le fait que l'on est alors en présence d'une lésion, qui n'est retenue comme cause de nullité qu'à titre exceptionnel »³. L'état du droit ainsi décrit paraît tenir aux dispositions légales : c'est l'article 1118 du Code civil principalement qui restreint le domaine de la lésion. Trois arrêts de la Cour de cassation de 1979 et 1991 sont cités; ils permettent d'ajouter que la « rigueur de la solution » est atténuée par les juges qui admettent très largement l'existence d'une erreur sur les qualités substantielles, qui a entraîné une erreur indirecte sur la valeur.

1. M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, Paris, LGDJ, t. VI, Obligations, 2^e éd., 1952, par P. Esmein, n° 186, pp. 224-225.

2. C'était la position de M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, LGDJ, 3^e éd., 1905, n° 1058, p. 356.

3. J.-L. Aubert, *Les obligations*, vol. 1, L'acte juridique, Paris, A. Colin, 9^e éd., 2000, n° 203, pp. 139.

La présentation du droit positif ne s'appuie pas seulement sur la loi. Ce sont des positions juridictionnelles qui sont relatées. Un seul arrêt de la Cour de cassation en est le reflet suffisant. D'autres considérations sont implicites. Dans la conception volontariste, toute erreur semblerait devoir être cause de nullité; une volonté malsaine ne peut engager dès lors que l'anomalie n'est pas anodine, négligeable ou secondaire. L'erreur sur la valeur doit être traitée à part parce qu'elle ne peut être distinguée d'une autre qualification, alors même que cette dernière est définie mathématiquement, sans aucune référence à l'état de la volonté. La valeur ne peut donc constituer une qualité parmi les autres de l'objet du contrat. La constitution d'une catégorie spécifique vient implicitement à l'appui des informations puisées dans la loi et dans les décisions judiciaires. Sans cette rencontre de la « logique » et des positions institutionnelles, la « rigueur de la solution » mériterait peut-être davantage qu'un tempérament d'indulgence. La fermeté du principe cède quelque peu sous les coups de boutoir conjugués du volontarisme fondamental et, sans doute, de considérations de justice.

379 Le mouvement du savoir ◇ L'embarras évoqué dans la présentation du savoir juridique a produit son effet habituel; il ne pouvait s'accommoder d'une unité durable. Un autre ouvrage contemporain la rompt. Il discerne plusieurs positions dans les décisions judiciaires. C'est seulement « en principe » que « la jurisprudence se refuse à admettre l'annulation pour erreur sur la valeur ». Non seulement, certains auteurs militent pour la solution inverse, mais des décisions la consacrent¹.

380 Savoir et appréciation ◇ L'histoire du droit civil enregistré dans le savoir juridique à propos de l'erreur sur la valeur se caractérise par une multiplicité de mouvements entrelacés. La cohérence et la continuité que feraient attendre le légalisme ou la théorie des sources du droit dans un domaine où les dispositions légales sont demeurées inchangées, ne sont guère au rendez-vous.

L'opinion des juristes sur les résultats concrets de la mise en œuvre des solutions tenues pour consacrées a joué un rôle décisif; leur appréciation de la qualité des motivations développées et de l'harmonie qu'elles présentent avec d'autres justifications employées dans des hypothèses proches a exercé également une influence marquée.

2. La résolution judiciaire du partage

381 Une donnée acquise ◇ Le partage qui met fin à l'indivision successorale notamment ne peut être résolu pour cause d'inexécution de ses

1. G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Sirey, t. 1, *Les sources*, 2^e éd., 1988, n° 141, pp. 142-143 : la même présentation était adoptée, en 1962, dans la première édition du même ouvrage, n° 123, p. 114.

obligations par l'un des copartageants. C'est là une donnée acquise du savoir juridique contemporain. La solution est présentée comme certaine.

Elle est justifiée par le caractère déclaratif du partage. Parce qu'il n'est pas translatif, il ne créerait pas d'obligations réciproques. Des décisions de 1899-1902 sont citées pour confirmer l'inférence; elle fait pourtant bon marché de l'opposition radicale et traditionnelle entre effet translatif et effet obligatoire du contrat, qu'elle semble ignorer. Le lien créé entre résolution et effet translatif paraît étranger au droit commun et à la théorie générale de l'un et de l'autre. Les auteurs posent généralement le principe et rappellent son fondement sans autre discussion; ils évoquent parfois, à titre complémentaire, l'existence du régime propre au partage et des garanties qu'il comporte, excluant ainsi le recours au droit commun¹. C'est la distinction radicale des deux qualifications de partage et de vente qui paraît donner un appui à la solution, comme si la résolution était une sanction propre à ce seul contrat².

382 À la rencontre de deux unités distinctes ◇ La part du savoir juridique, de sa construction qui ajoute au droit positif, apparaît clairement dès lors qu'est franchie la frontière entre les deux unités que la question met en communication. En droit des successions, l'exclusion de la résolution du partage paraît justifiée par le lien artificiellement établi entre cette mesure judiciaire et la nature des contrats translatifs. En droit des obligations, la position ne serait pas tenable; dans cette unité de connaissance là, la résolution se voit reconnaître un domaine beaucoup plus étendu. Si l'impossibilité de résoudre un partage y est rappelée, c'est avec d'autres raisons. « Opération nécessaire », il ne peut être simplement anéanti : il faudrait « le recommencer »³. Certains auteurs le reconnaissent : « en théorie, il paraît difficile d'expliquer cette solution par le caractère déclaratif du partage »; et de se résoudre à invoquer les nécessités pratiques⁴.

383 Reconnaissance de la pluralité d'unités ◇ De façon encore plus révélatrice, les auteurs de droit des obligations sont conduits à souligner que la résolution, étant une mesure propre à remédier à l'inexécution des contrats synallagmatiques, devrait pouvoir s'appliquer au partage. Pour expliquer l'exception, ils ont recours à une raison qui pourrait paraître étrange : ne contredit-elle pas la cohérence supposée du droit civil et la

1. M. Grimaldi, *Droit civil. Successions*, Paris, Litec, 1989, n° 921, pp. 845-846 et 5^e éd., 1998, n° 921, p. 868.

2. R. Savatier, obs. à la *RTD civ.* 1976, 380, n° 2.

3. Ph. Malaurie et L. Aynès, *Cours de droit civil, Les obligations*, Paris, Cujas, 11^e éd., 2001, n° 479, p. 283 : citant un arrêt de 1829.

4. A. Weill et Fr. Terré, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 1986, n° 484, p. 505 : citant un arrêt de 1833, et Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 8^e éd., 2002, n° 649, p. 626.

constance de ses qualifications. C'est clairement à une unité de connaissance qu'il est fait référence en soulignant que la résolution est exclue en matière de partage parce que l'opération « touche au droit de la famille »¹. Ce qui est vrai des obligations en général, ne l'est pas nécessairement dans ce monde à part que constitue, en droit, la famille. Changeant, d'unité de connaissance, la résolution peut, sans incohérence ou contradiction, changer de nature, de principe, de justification.

384 *Aller-retour entre les unités* ◇ Ce n'est pas assez dire. L'unité invoquée a sans doute sa source dans les dispositions légales respectivement relatives aux obligations et au patrimoine familial. Elle ne s'y trouve ni explicitement, ni nécessairement. Rien n'autorise à postuler une césure radicale, voire une opposition. Ce sont les divisions du savoir qui les établissent et les accusent; ce sont elles qui ferment les frontières et évitent toute recherche d'une cohérence plus large.

Surtout, l'analyse des deux séries de raisonnements évoquées fait apparaître un assez étrange va-et-vient qui évoquerait un jeu de cache-cache. L'étude du droit successoral croit pouvoir puiser dans la notion de résolution qui lui est étrangère les raisons d'une solution embarrassante, tandis que l'étude du droit des obligations prétend emprunter une justification à la notion de partage qui lui est venue d'ailleurs. Il ne faut pas s'étonner que le droit des obligations ne reconnaisse pas « sa » résolution et que le droit successoral ne retrouve guère « son » partage. Faute d'explication satisfaisante, chacun profite des libertés que lui donne l'emprunt simplifié à l'autre monde, à l'autre unité. L'incidence de ces découpages peut ainsi s'avérer considérable.

Et l'exemple n'est pas isolé. Le savoir civil a souvent imaginé ou reconstruit des données du savoir procédural, administratif ou pénal, et réciproquement. En l'absence de vérification à la source, le fondement de la connaissance devient voisin du proverbe bien connu : « a beau mentir qui vient de loin ».

§ 2. Ouverture à la controverse

385 *Multiplicité des théories* ◇ À chaque instant, dans chaque domaine, maintes propositions théoriques sont disponibles. Il en est d'anciennes et de récentes. Certaines sont exposées dans la plupart des ouvrages. D'autres sont connues de quelques-uns seulement. Leur audience réelle est difficile à apprécier. Des théories paraissent entérinées, consacrées; une disposition légale, un arrêt en reprennent les termes ou les conséquences. D'autres ne semblent pouvoir se prévaloir que de l'autorité d'un juriste de plus ou moins grand renom.

¹ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, Paris, PUF, 1956, 22^e éd., 2000, n° 186, p. 340.

Les théories juridiques diffèrent par leur objet. Leurs rencontres, oppositions plus ou moins radicales, conjugaisons, corrections, en sont rendues moins claires. L'incompatibilité entre telle proposition relative au contrôle judiciaire de la formation du contrat et telle conception de sa force obligatoire peut être dissimulée par l'impossibilité de les superposer, de les mettre en parallèle. Certaines théories se présentent comme plus générales et d'autres comme plus limitées, plus spéciales. Les choix et ambitions de leurs auteurs ne déterminent pas nécessairement leur champ d'action. Les implications et imbrications théoriques sont complexes. Une théorie de l'usufruit peut prendre pour cible la situation du titulaire; sera-t-elle sans incidence sur l'analyse de la propriété qu'elle évoque à peine et tient pour acquise? Certaines propositions ont une notion, un principe pour objet; elles peuvent étayer ou menacer des synthèses plus amples qui s'efforcent de renouveler la recherche d'un fondement, d'une justification.

386 *Succès et échecs* ◇ Ces nuances multiples ne sauraient dissimuler la concurrence qui caractérise les relations entre ces théories juridiques. L'une réussit; elle est admise, tenue pour consacrée, devient une référence inévitable et ne saurait être ignorée puisqu'elle traduit « la réalité » du droit positif. Son audience s'accroît; son origine est bientôt oubliée. Le nom de l'auteur de la découverte initiale est omis; lorsqu'il est cité, c'est seulement pour désigner sa théorie et peu de ses utilisateurs se souviennent de ce qu'il fut. Une autre proposition théorique échoue; son audience demeure tout à fait restreinte, puis elle s'efface. Elle pourrait renaître.

Ces destins variables d'un cas à l'autre peuvent être expliqués de multiples façons. La qualité de la proposition joue évidemment un rôle. Elle est malheureusement peu définissable. La conformité supposée à un droit positif incluant des données variables (en particulier, des décisions de justice déterminées par la juridiction, le domaine, leurs date et âge,...), la clarté, la précision et l'élégance, mais aussi la réputation de l'auteur et les voies par lesquelles sa pensée est diffusée, y ont leur part. Les circonstances dans lesquelles une théorie apparaît peuvent être déterminantes. L'une séduit parce qu'elle correspond à une tendance à la mode; l'autre paraît réactionnaire, désuète ou trop inhabituelle. Surtout, une proposition qui prolonge une théorie tenue pour consacrée, établie, incontestable, ne peut être accueillie comme celle qui doit combattre les données acquises du savoir juridique.

387 *Concurrence vive?* ◇ Ces indications sommaires autorisent-elles à émettre l'hypothèse d'une concurrence des théories juridiques, d'une lutte permanente entre elles, d'une course au succès? Il serait assez satisfaisant de pouvoir décrire une large joute, un débat contradictoire, un dialogue ouvert qui trouverait une issue toujours provisoire dans une victoire par

applaudissements. Pour se laisser convaincre, il faudrait avoir analysé les voies par lesquelles telle proposition parvient à prendre une place dans le savoir juridique, à y être reçue, puis acquiert une position éventuellement dominante. Il faudrait avoir dégagé les critères d'appréciation des modalités selon lesquelles les théories se rencontrent et s'affrontent, s'éliminent et se succèdent, accèdent à une suprématie plus ou moins manifeste, exercent une influence discrète ou demeurent sans écho, sans audience.

388 Une belle histoire du savoir ◇ Là où le savoir juridique est supposé refléter exactement l'état du droit, ces questions ne se posent pas. Elles relèveraient de l'erreur, de la confusion, de l'hérésie. Seule la loi ou les autorités assimilées sont juges de la valeur des théories. Celles qui sont conformes au droit positif sont « vraies »; mais elles n'ajoutent guère à la réalité qu'elles contemplent. Elles sont analytiques et peuvent simplement espérer apporter quelque précision, quelque clarté ou révéler quelque cohérence ou tendance. Les autres sont hors jeu. Elles ne peuvent rien dire, rien apprendre. L'oubli les sauve du ridicule qui attend l'original, le rêveur; ils peuvent inventer et raconter de belles histoires, mais ils ne peuvent prétendre expliquer, apprendre ou décrire. Ils ne manquent pas seulement de rigueur, de sérieux, d'objectivité; ils passent à côté de l'objet. Pour attrayants qu'ils puissent être, les produits de leur imagination doivent être cantonnés dans le royaume des idées.

La conception commune transparaît en maintes occasions. Elle compose une histoire édifiante et simple. Dans un premier temps, il n'y aurait pas de savoir. Il y aurait hésitation, doute, discussion; une telle incertitude peut laisser place à la croyance, aux convictions, aux préférences, aux choix, mais elle exclut le savoir. Dans un second temps, le jour se lèverait. Derrière les dernières brumes, l'éclaircie permettrait d'entrevoir la réalité; le savoir deviendrait, à la fois possible et inutile. Le droit étant établi, sa description suffirait. « La controverse est close » après que la Cour de cassation ait pris position. Quant à ceux qui prétendraient poursuivre la discussion, faire part de leurs préoccupations ou de leurs scrupules, après que le législateur eût statué pour interdire ou autoriser, ils s'excluraient du milieu. Leurs jeux quelque peu pervers seraient étrangers aux juristes dignes de ce nom¹.

389 L'état indéterminé du droit ◇ Cette belle histoire pourrait convaincre si l'objet du savoir juridique pouvait être défini et déterminé. C'est alors que ce droit positif identifié, au contenu arrêté, fixé, pourrait servir de référence, de critère de vérité dans l'appréciation de la qualité du savoir. Il n'en est rien.

1. Ph. Jestaz, « Une question d'épistémologie (à propos de l'affaire *Perruche*) », *RTD civ.* 2001, 547 : « mis à part peut-être un clivage latent entre ceux qui condamnent l'avortement et ceux qui l'acceptent, les deux camps se réclament des mêmes valeurs humanistes... ».

La césure entre le droit positif établi et les espoirs, rêves ou erreurs des théoriciens est toujours floue, impossible à fixer.

Non seulement, aucune définition incontestable du droit positif n'est avancée; mais surtout la détermination de ses composantes (règles ou solutions) demeure incertaine. Pour répondre à une question plus ou moins précise, il est toujours possible de retenir une donnée (une disposition légale tenue pour analogue, un arrêt un peu ancien, un jugement,...) et d'en écarter d'autres : quel état du droit doit être enregistré dans le savoir des juristes ? Toute position qui n'est pas absolument insoutenable devrait y prendre rang; mais qui est en mesure de garantir que telle proposition est insoutenable ?

390 Diversification des points de vue ◇ S'il devait être admis que l'importance prise par certaines théories et refusée à d'autres ne tient pas – pas seulement – à des décisions fixant l'état du droit positif, la liberté théorique s'en trouverait notablement accrue.

Surtout, l'appréciation de l'état du savoir juridique et de sa qualité deviendrait possible sur la base d'un indice probablement assez inhabituel dans le monde des juristes. Il se pourrait que le savoir juridique connût des périodes d'enrichissement et d'affinement, mais aussi des temps de déclin, de déperdition d'information, de diminution de sa faculté d'innovation et d'adaptation. Les premières seraient caractérisées par une certaine richesse de la production théorique et par le grand nombre de controverses juridiques¹. La concurrence ainsi maintenue ouverte entre les diverses positions défendues par les uns, combattues par les autres, préparerait la diversification des points de vue, des conceptions et en faciliterait la conférence. Les chemins à emprunter en chaque espèce pour rechercher la solution de droit ne seraient pas tracés à l'avance, mais repérés et partiellement défrichés.

Plus la discussion des fondements, des objectifs, des techniques, des rapprochements et distinctions est vive et intense, plus les raisons qui conduisent à prendre tel ou tel parti ont de chances de devenir conscientes et explicites. Elles n'en seront pas rendues plus fortes ou moins contestables; elles seront plus aisément et plus souvent soumises à l'épreuve de la réflexion critique.

391 Points de vue sur la fonction médicale (exemple) ◇ Voici un arrêt de la Cour de cassation qui a recours à la notion d'aléa thérapeutique² ! Les uns décriront l'histoire dans laquelle cette décision marque une étape; ils rappelleront la formulation adoptée dans l'arrêt de 1936 qui fit

1. G. Cornu, *L'art du droit en quête de sagesse*, Paris, PUF, 1998, p. 319.

2. Cass. 1^{re} civ., 8 nov. 2000, *Bull. civ. I*, n° 287 – V. Fr. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 7^e éd. 1999, n° 946 et s., p. 874 et s. – Comp. la présentation renouvelée de la 8^e éd., 2002, du même ouvrage, n° 1011 et s., p. 960 et s.

place au contrat médical. D'autres y verront un coup d'arrêt au développement d'une responsabilité médicale trop systématiquement reconnue. D'autres encore chercheront l'origine du concept nouvellement introduit – l'aléa est-il médical ou juridique ? – et se préoccupent d'en préciser le critère. Toutes ces réflexions appartiennent à un même monde; c'est celui de la responsabilité, de la faute, de l'obligation de moyens. L'ignorance de la spécificité de l'inexécution du contrat le caractérise. Changer de point de vue, voir et montrer autre chose, ce serait, par exemple, se souvenir de la fonction du médecin, de la position qui est la sienne au moment où il doit prendre une décision dont il ignore toujours, pour partie, les conséquences. Le paradoxe est que le raisonnement fondé sur le contrat médical ait été à l'origine de la méconnaissance de l'obligation, de sa nature, de son contenu et de ses suites !

392 L'apprentissage de la controverse ◇ La controverse dont il est question ici ne réclame pas nécessairement l'opposition de deux auteurs; comme l'expérience, elle peut être imaginaire. La controverse requise s'installe et se développe dans l'esprit d'un juriste qui s'interroge, se met dans l'embarras, se répond. Demolombe fut le maître de cette dialectique intime.

Ce qui importe, c'est que les apprentis juristes apprennent à passer d'un point de vue à l'autre, à changer de registre, de monde. Les grands juristes se sont toujours signalés par leur aptitude à la controverse; par elle, ils se libèrent, révèlent des aspects ignorés de la réalité et opèrent les vérifications qui s'imposent.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Abus de droit, 337 et s.
Aristote, 41.
Avocats et avoués, 271.

C

Champ d'argumentation, 153.
Cohérence, 330 et s.
Collectivité savante, 275.

D

Dispositions légales, 215, 265.

E

Épistémologie juridique, 17, 82.
Épistémologie générale, 3.
Erreur, 303.
Erreur sur la valeur, 371.
État du savoir, 118.
Exception, 325.
Expérience, 352 et s.

F

Fait, 98, 165, 173.
Feyerabend, 67.

G

Gény, 18, 289.

H

Hayek, 72.
Heidegger, 34.

J

Juges, 269, 270.
Jurisprudence, 209, 217, 299, 363.
Juristes, 249.
- Avocats, 271.
- Enseignants, 272.
- Générations, 285.
- Grands juristes, 117, 285, 287 et s.
- Magistrats, 265.
- Praticiens, 271.

K

Kant, 46, 296.
Kelsen, 46, 296.
Kripke, 76.
Kuhn, 63.

L

Langue, langage, 139 et s.
Lois du savoir, 306.
Lois spéciales, 190.

M	Scheler, 54.
Maturité, 237.	Sciences annexes, 183.
Mouvements, 229.	Sédimentation, 312 et s.
	Sens, 139.
	Simplicité, 308.
O	
Objet, 161, 241, 245.	T
Obligations de moyens-résultat, 309.	Théorie, 301, 305, 385.
P	U
Partage, 381.	Unités de connaissances, 186, 382 et s.
Phénomène, 166.	- Conceptuelles, 206.
Popper, 56.	- de temps, 205.
Professeurs de droit, 272.	Universitaires, 272.
Prudence, 42, 264.	
R	V
Revue juridique, 134.	Villey (Michel), 6, 242.
	Vocabulaire, 139.
S	W
Savoir-faire, 13.	Wittgenstein, 47.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	1
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE LE SAVOIR JURIDIQUE EN QUESTIONS	11
SECTION 1 À LA RECHERCHE DU SAVOIR DES JURISTES	12
SECTION 2 SUR LE CHEMIN DE L'ÉPISTÉMOLOGIE JURIDIQUE ?	14
SECTION 3 LES OBSTACLES À L'ÉPISTÉMOLOGIE JURIDIQUE	17
PARTIE 1 L'OBJET DE L'ÉPISTÉMOLOGIE JURIDIQUE DESCRIPTIVE	23
TITRE 1 EMPRUNTS À L'ÉPISTÉMOLOGIE GÉNÉRALE ?	25
CHAPITRE 1 QUELQUES REPÈRES EN ÉPISTÉMOLOGIE GÉNÉRALE	27
SECTION 1 LES ÉPISTÉMOLOGIES AVANT LA CONCEPTION SCIENTIFIQUE DU MONDE	32
SECTION 2 LES ÉPISTÉMOLOGIES DE LA CONCEPTION SCIENTIFIQUE DU MONDE	34
§ 1 À la naissance d'une épistémologie renouvelée	36
§ 2 L'épistémologie sociologique : Max Scheler	40
§ 3 L'épistémologie de la falsifiabilité et de la liberté : Karl Popper	41
§ 4 L'inversion du réalisme poppérien : Thomas Kuhn	45
§ 5 L'épistémologie de l'anarchie scientifique : Paul Feyerabend	47
§ 6 L'épistémologie de la connaissance limitée d'un ordre complexe : Fr. A. Hayek	48
§ 7 L'épistémologie de la référence : Saul Kripke	50
§ 8 Une épistémologie en alerte	52
CHAPITRE 2 UNE VOIE POUR L'ÉPISTÉMOLOGIE JURIDIQUE	55
TITRE 2 QUESTIONS D'ÉPISTÉMOLOGIE JURIDIQUE	61
CHAPITRE 1 SAVOIR ET SAVOIRS JURIDIQUES	63
SECTION 1 LES SAVOIRS JURIDIQUES	63
§ 1 Des savoirs et du droit	63
§ 2 Des savoirs du juriste	65
SECTION 2 L'HISTOIRE DU SAVOIR	72
SECTION 3 L'ÉTAT DU SAVOIR	76
§ 1 Idée de l'état d'un savoir	77
§ 2 Appréciation de l'état d'un savoir	79
SECTION 4 L'EXPRESSION DU SAVOIR	82
§ 1 Les supports	82
§ 2 La langue	84
CHAPITRE 2 PERTINENCE ET VALEUR DU DISCOURS SUR LE DROIT	95
SECTION 1 LA DÉLIMITATION DU JURIDIQUE	97
§ 1 Fait et droit	98
1 Observations élémentaires sur le fait scientifique	98
2 De la spécificité du fait dans le domaine juridique	102

	§ 2 Droit et autre	106
SECTION 2	LES UNITÉS DU JURIDIQUE	107
	§ 1 La formation des unités de connaissances	108
	§ 2 L'action des unités de connaissances	113
	§ 3 Exemples d'unités de connaissances	116
SECTION 3	LES FONDEMENTS	118
	§ 1 Dispositions légales	122
	§ 2 Positions des juges	124
SECTION 4	MOUVEMENTS ET MATURITÉ	130
PARTIE 2	LES APPORTS D'UNE ÉPISTÉMOLOGIE JURIDIQUE	
	DESCRIPTIVE	137
SECTION LIMINAIRE	LA QUESTION DE L'OBJET DU SAVOIR	138
TITRE 1	LES SAVANTS JURISTES	143
CHAPITRE 1	LES QUALITÉS	145
CHAPITRE 2	LES COLLECTIVITÉS	163
TITRE 2	LE SAVOIR DES JURISTES	171
CHAPITRE 1	LES FORMES DE SAVOIR	173
SECTION 1	LE TOUR DESCRIPTIF	174
SECTION 2	LE TOUR CONSTRUCTIF	177
CHAPITRE 2	LES LOIS DU SAVOIR	181
	§ 1 La simplicité	182
	§ 2 L'économie de moyens	184
	§ 3 La sédimentation	184
	§ 4 L'argumentaire historique	191
	§ 5 Le sens du temps	191
CHAPITRE 3	LES ARMES DU SAVOIR	193
SECTION 1	CLASSIFICATIONS ET HIÉRARCHIES	193
SECTION 2	COHÉRENCES, NATURE, QUALIFICATIONS	195
	A À la recherche de la cohérence juridique	197
	B L'exemple de l'abus de droit	199
	C Une cohérence relative	201
SECTION 3	CONTRÔLE, VÉRIFICATION, RÉFUTATION	205
	§ 1 Mise à l'épreuve	206
	A Le savoir à l'épreuve	206
	B Exemples d'épreuves	216
	1 L'erreur sur la valeur	216
	2 La résolution judiciaire du partage	220
	§ 2 Ouverture à la controverse	222
INDEX ALPHABÉTIQUE		227
TABLE DES MATIÈRES		229

705 075 (1) OSB-SE 80g SCM
 Photocomposition : **SCM**, Toulouse
 Achevé d'imprimer en septembre 2002
 par Normandie Roto Impression s.a.s.
 61250 Lonrai
 N° d'impression : 022097
 Dépôt légal : septembre 2002

Imprimé en France