

La vulnérabilité de la science du droit : histoire d'une science sans méthode

Frédéric Rouvière

► **To cite this version:**

Frédéric Rouvière. La vulnérabilité de la science du droit : histoire d'une science sans méthode.
Frédéric Rouvière. Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité, Bruylant, pp.537 et s., 2011. halshs-00709901

HAL Id: halshs-00709901

<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00709901>

Submitted on 22 Jun 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La vulnérabilité de la science du droit : histoire d'une science sans méthode

Frédéric ROUVIÈRE

Professeur à l'Université de Franche-Comté

in *Le droit à l'épreuve de la vulnérabilité*, Bruylant, 2011, p.537 et s.

1 Du constat aux raisons - La vulnérabilité de la science du droit renvoie à la faiblesse du dispositif théorique qui rend compte de l'existence d'un savoir juridique¹. Du coup, le doute s'installe parfois sur l'existence même d'un savoir juridique propre². Pire, une menace constante plane sur la possible identité théorique d'une communauté savante juridique de nature scientifique.

L'objet de la présente étude n'est certainement pas d'appuyer cette constatation qui frise la trivialité. Le droit n'a pas su se doter, à l'instar d'autres champs du savoir, de protocoles de vérification et de validation des connaissances qui lui permettent au début du 21^{ème} siècle de revendiquer le titre de « science »³ au sens moderne du mot⁴. La terminologie même de « science du droit » est sujette à la critique en raison de ses imperfections ou insuffisances⁵. Cette approche terminologique est d'ailleurs révélatrice de la difficulté que peuvent avoir les juristes à résister aujourd'hui à la conquête de leur terrain d'étude par d'autres disciplines : économie, sociologie, psychologie, politique... Plus que jamais, la science du droit est discutée dans sa légitimité même. Elle est devenue très sensible à toutes sortes d'attaques et de critiques théoriques et pratiques. Elle est bel et bien vulnérable.

Comment expliquer un tel état de fait ? Tenter d'établir la ou les raisons pour lesquelles la science du droit ne jouit pas du même prestige que ses sœurs cadettes comme la physique, la biologie, voire la sociologie ou la psychologie, est en soi un programme de recherche. Devant la multiplicité des explications possibles, un point de vue particulier doit être choisi et le champ d'étude doit être restreint. Aussi, la

¹ Ch. ATIAS, « Réflexions sur les méthodes de la science du droit », *D.* 1983, chr. XXVI, n°1 : « Tout semble se passer comme si la science du droit était une science sans méthode ».

² Ch. ATIAS, *Questions et réponses en droit*, PUF, L'interrogation philosophique, 2009, n°47, p.37.

³ P. AMSELEK, « La part de la science dans les activités des juristes », *D.* 1997, chr., p.339.

⁴ La modernité dont il est ici question est entendue au sens philosophique, c'est-à-dire avec la naissance de la notion de sujet et de représentation au 16^{ème} siècle, notamment avec DESCARTES. Sur ce point : HEIDEGGER, « L'époque des conceptions du monde » in *Chemins qui ne mènent nulle part*, Gallimard, tel, 1962, pp.99, 106-107, 115, 119.

⁵ P. AMSELEK, précité, p.342.

présente étude a pour objet de mettre en exergue l'une de ces raisons qui consiste en ceci : la « science » du droit est sans méthode. Les guillemets sont justifiés par le fait que, sans méthode propre, il semble difficile d'employer le qualificatif de science. Pour exposer ce qui apparaît comme une absence de méthode, le point de vue historique a été retenu, à travers l'étude des auteurs français.

2 Un point de vue historique – L'enquête sur la vulnérabilité de la science du droit est réalisée à partir d'une approche diachronique, c'est-à-dire qui considère l'évolution du problème de la méthode dans le temps en puisant son matériau dans le discours de différents auteurs. A proprement parler, il ne s'agit pas d'histoire du droit au sens classique dans laquelle les textes et les institutions sont notamment expliqués en raison de leur contexte et où le travail sur l'archive est prépondérant.

L'histoire dont il fait ici état consiste à appréhender les auteurs à travers leurs méthodes, c'est-à-dire à travers les chemins qu'ils ont empruntés pour chercher ou enseigner le droit⁶. Par le biais de la mise en évidence de leurs façons de faire doit pouvoir se dessiner les formes possibles de la science juridique. Ces formes sont peut-être seulement implicites à la pensée de ces auteurs (ils n'en avaient pas conscience), au contraire elles ont pu être assumées explicitement (comme programme de recherche revendiqué). Pour la présente démarche, l'essentiel n'est pas de savoir si historiquement tel ou tel auteur a bien pu se faire telle ou telle conception de la science du droit. L'ambition, beaucoup plus modeste qu'un travail historique, consiste à jeter un regard rétrospectif pour donner une grille de lecture de certaines évolutions et appuyer la thèse défendue d'une absence de méthode propre. Pour le dire autrement, ce qui importe n'est ni le fond des positions soutenues par les auteurs ni leur filiation intellectuelle. Il faut donc d'emblée excuser les sélections forcément arbitraires d'auteurs qui ont été menées. Le choix a été effectué en fonction des idées à illustrer et non d'un souci quelconque d'une probité historique. C'est pourquoi, l'intitulé d'histoire, doit être fortement relativisé : ce n'est au mieux qu'un simple aperçu historique.

En outre, cet aperçu historique est volontairement limité à la culture ou pensée juridique française, sans toutefois nier que les influences, par exemple germaniques, aient pu être prépondérantes ou le sont encore à l'heure actuelle⁷. Mais sans cette restriction aux auteurs français la recherche serait trop vaste et trop complexe à mener. La présente étude se veut donc une contribution à un débat nécessairement

⁶ Pour le surplus (biographie, bibliographie), nous renvoyons au remarquable *Dictionnaire historique des juristes français (XIIe – XXe siècle)*, P. ARABEYRE ; J.-L. HALPÉRIN ; J. KRYNEN (dir.), PUF, Quadrige, 2007.

⁷ Il semble certes difficile de parler de science du droit sans exposer par exemple les travaux de Hans Kelsen (*Théorie pure du droit*, Bruylant, LGDJ, trad. Ch. EISENMANN, 1962, spéc. pp. 77-116) mais dans le cas présent c'est moins la définition d'une science du droit qui est recherchée que la mise en lumière de l'absence de modernité de cette appréhension par les auteurs français.

plus large que le cadre strict de la culture juridique française. Reste que l'attention est focalisée uniquement sur chaque auteur, en tant qu'individualité propre devant répondre à la question : qu'est-ce que connaître le droit ? Cette démarche, appelée historique par commodité, ne doit pas être suspecte d'anachronisme du moment qu'une définition proprement contemporaine du concept de « science » est pleinement et consciemment assumée.

3 Notion de « science du droit » - Vouloir donner en quelques lignes un aperçu de la définition de la « science du droit » relève d'un défi irréaliste. Chaque auteur pourrait y aller de sa propre définition selon son époque et sa philosophie. Cet aspect n'est toutefois pas gênant dans la perspective de cette étude. En effet, il s'agit seulement de pointer le fait que chaque auteur ne rentre pas dans l'acception philosophique moderne du terme⁸. La science au sens moderne nécessite de caractériser un objet propre et une méthode propre⁹ : un champ d'étude autonome et un procédé de connaissance irréductible à un autre champ du savoir¹⁰.

En raison des restrictions exposées, les écrits des auteurs antérieurs à la modernité ne sont bien évidemment pas susceptibles d'exemplifier une notion qui commence à prendre naissance avec le début du 16^{ème} siècle. Toutefois, il faudra, avant d'expliquer la quête de la méthode par la science du droit exposer sommairement pourquoi une telle question était proprement impensable avant le 16^{ème} siècle. Dès lors, le caractère vulnérable de la science du droit se colore de deux aspects bien différents. D'une part, c'est une vulnérabilité congénitale, une particularité de la science du droit dont l'origine est antérieure à sa naissance même et qui a persisté lors de son émergence moderne : il y a une absence de méthode propre à la science du droit. D'autre part, cette première vulnérabilité va être recouverte par une nouvelle forme de vulnérabilité, résultant de l'impossibilité expérimentée de satisfaire aux critères de la modernité et d'un certain échec des débats théoriques visant à fonder une science du droit : la recherche d'une méthode propre s'est soldée par un échec à la fin du 20^{ème} siècle. À la vulnérabilité innée en

⁸ SCHOPENHAUER, *Le monde comme volonté et comme représentation*, trad. A. BURDEAU, PUF, 15^{ème} éd. 1998, p.26.

⁹ Telle est du moins le critère d'identification qui sera employé. A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Quadrige, 2^{ème} éd., 2006, p. 954, v° Science, sens D : « Ensemble de connaissances et de recherches ayant un degré suffisant d'unité, de généralité, et susceptibles d'amener les hommes qui s'y consacrent à des conclusions concordantes, qui ne résultent ni de conventions arbitraires, ni de goûts ou des intérêts individuels qui leur sont communs mais de relations objectives qu'on découvre graduellement et que l'on confirme par des méthodes de vérification définies ».

¹⁰ R. NADEAU, *Vocabulaire technique et analytique de l'épistémologie*, PUF, Premier Cycle, 1999, p.629, v° « Science au sens propre »: « On parle de science au sens propre ou de science au sens strict lorsque la théorie est complètement dégagée de toute interprétation philosophique ou métaphysique, posant des principes indépendamment de leur plausibilité, dans le seul but d'établir une correspondance avec les faits ».

raison de l'absence de méthode propre de la science du droit (I) s'ajoute ainsi la vulnérabilité acquise en raison d'une insaisissable méthode propre (II).

I. - La vulnérabilité innée : l'absence de méthode propre

4 De Rome au Code civil - La vulnérabilité est inhérente à l'idée même d'une science du droit car le droit romain n'avait ni méthode arrêtée, ni même un objet propre revendiqué. La science était orpheline de toute caractérisation spécifique (A). Les réflexions modernes des auteurs portent alors la marque de cette indétermination originelle qu'elles n'ont pu combler, même en empruntant des méthodes aux sciences naturelles naissantes (B).

A. La science orpheline : ni méthode, ni objet¹¹

5 Aux sources de la méthode – Schématiquement, la période du droit romain comprise approximativement entre 450 avant J.-C. et le début du 6^{ème} siècle constitue le terreau où va naître la possibilité d'une méthode. Ces deux dates sont des repères permettant d'identifier deux textes fondamentaux : la loi des XII tables et la compilation justinienne (*corpus iuris civilis*). Cette période est hantée par la question de l'objet plus que par celle de la méthode. L'interrogation s'enracine dans une vision réaliste du droit pris comme objet ; la question est : que cherchent les juristes ? A ce stade, il serait excessif de parler de science au sens moderne du terme. Pourtant, la jurisprudence désigne dans son sens originel la science du droit, c'est-à-dire l'œuvre des jurisconsultes. Pour le comprendre il faut brièvement évoquer les sources du droit à l'époque romaine.

Le procès civil romain distinguait deux phases en raison de la fameuse « procédure formulaire ». Dans la première phase le magistrat (préteur ou consul) accordait l'action aux parties dans une « formule » qui indiquait au juge la façon de régler le litige. Dans la seconde phase, l'affaire est débattue au fond devant un juge qui est un citoyen choisi sur une liste. Cette façon de procéder est à la source d'une création littéralement prétorienne du droit. En effet, le préteur élargissait souvent les actions mentionnées sur la loi des XII tables (*actiones legis*) et créait à partir de cas

¹¹ Cette partie (I.A) est issue d'une synthèse fondée sur trois ouvrages : J. GAUDEMET, *Les naissances du droit*, Montchrestien, Domat, 4^{ème} éd., 2006, pp.83-104 et pp.267-300 ; J.-M. CARBASSE, *Manuel d'introduction historique au droit*, PUF, Droit fondamental, 2002, pp.21-65 et pp.124-136 ; Ph. JESTAZ et Chr. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, Méthodes du droit, 2004, pp.20-49.

concrets de nouvelles actions, de nouveaux droits. Pour justifier un tel élargissement, les parties avaient recours à des consultations auprès de pontifes disposant à cet égard d'un monopole (environ 300 av. J.-C.) : ils dégageaient un savoir sur le droit, objet de leur recherche. Ils sont progressivement remplacés par la figure du jurisconsulte qui donne des consultations, réponses (*responsa*) aux problèmes juridiques en se fondant sur son autorité (environ 200 av. J.-C.). Ces consultants juridiques, inspirés par la vertu cardinale de prudence, contribuent indirectement à l'élaboration de l'édit du préteur. En effet, vers la fin du 2^{ème} siècle, la loi reconnaît aux préteurs la possibilité de créer librement des actions inédites au regard des textes. De là provient la pratique de faire un *edictum*, autrement dit un écrit où le magistrat indiquait chaque année les innovations qu'il allait introduire, les nouvelles actions qu'il allait créer.

Ce qui retient l'attention est le procédé. Le savoir juridique ne se distingue pas d'une réflexion sur le droit. Les jurisconsultes ont été des lecteurs des philosophies de PLATON et d'ARISTOTE : le droit sera d'ailleurs dans cette voie caractérisé comme recherche du juste¹². Le point de départ est le cas à partir duquel s'infère éventuellement une règle, jamais pourtant strictement identifiée au droit en tant que tel. En ce sens, le savoir juridique ressemble à ce stade à un savoir philosophique, autrement dit à une forme de sagesse ou prudence (*phronesis*). Cette aptitude toute particulière relève essentiellement de la personne : l'existence du « prudent » précède toute définition de la prudence¹³.

Ainsi, l'objet du savoir se confond avec l'essence du droit appréhendée comme étant le juste. La méthode, quant à elle, n'existe ni *a priori* ni *a posteriori* car elle tient aux aptitudes profondes de la personne qui médite sur le droit. La science est orpheline de toute caractérisation générale : elle n'a pas un objet indépendant d'une réflexion philosophique sur le juste, elle n'a pas d'autre méthode que la réflexion philosophique elle-même. Malgré cela, le savoir juridique se distingue de la philosophie par ses conséquences pratiques : la réflexion théorique conduit immédiatement à une solution pratique sous la forme d'une action accordée ou refusée par le préteur. Le point central demeure : une méthode d'étude suppose qu'il n'y ait pas *création* du droit, sinon c'est qu'il est art (création) et non science (connaissance d'un objet). Toutefois, cette pensée originelle sur le droit va progressivement se constituer en objet sous la forme de codes ou compilations et devenir du coup, à son tour, un objet propre à connaître.

¹² M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, PUF, Quadrige, 2006, p.105 : « La "méthode d'interprétation" - ou plutôt d'élaboration du droit - des jurisconsultes classiques, quant à l'essentiel, est conforme à l'enseignement d'Aristote (...). Ne croyons pas pouvoir tirer le droit de la règle mais, à partir du juste, qui existe (qui est dans les choses : droit naturel), essayons de construire des règles ».

¹³ P. AUBENQUE, *La prudence chez Aristote*, PUF, Quadrige, 3^{ème} éd., 2002, p.35.

6 Genèse d'un objet propre : codes et compilations – Le savoir juridique n'a pas un objet préalablement défini : à Rome il a produit son propre objet. Mais peu à peu, les édits du préteur vont s'essouffler et ne plus innover. Le contenu du droit va se figer : le jurisconsulte Julien va rédiger un « édit perpétuel ». On sait par ailleurs ce que sera le destin de l'ensemble des consultations des jurisconsultes : elles seront compilées ou codifiées. Les premiers codes seront ceux des juristes Grégoire et Hermogène (entre 291 et 295) avec une visée pragmatique : permettre aux praticiens de s'informer aisément. L'empereur Théodose prescrira dans une visée politique une compilation des constitutions impériales, organisées chronologiquement et systématiquement. Au code théodosien promulgué en 438 va succéder en 528 la compilation justinienne (*corpus iuris civilis*) regroupement bien connu des textes du droit romain. Cette compilation contient : le code stricto sensu qui reprend celui de Théodose en l'actualisant avec les nouvelles constitutions, le Digeste (en grec : *Pandectes*) qui recueille les d'extraits des opinions et sentences des juristes romains (Julien, Gaius, Papinien, Ulpien...) en les classant par matière, les *Institutes*, inspirées de celles rédigés naguère par les jurisconsultes, notamment Gaius, seront également actualisées sous la forme d'un cours de droit pour les besoins de l'enseignement.

Cette compilation est historiquement décisive. En revanche, d'un strict point de vue théorique, ces codifications pourraient paraître anecdotiques. En réalité, elles constituent également un tournant décisif pour le développement de l'ambition scientifique. En effet, le savoir, en se constituant sous la forme d'un texte va pouvoir permettre l'émergence d'une véritable doctrine. Car quel était jusqu'alors l'objet des jurisconsultes ? Le droit, défini en contemplation de la philosophie grecque. Or le résultat de ces réflexions est transposé sous forme écrite si bien que ces textes pourront devenir le véritable premier objet d'une science juridique. La condition de possibilité matérielle d'un droit savant (le texte comme objet) est désormais remplie. Le commentaire de texte va pouvoir s'épanouir, fournissant les premiers bourgeons d'une méthode détachée de la réflexion philosophique pure.

7 La glose, embryon de méthode – L'ancien droit, celui du moyen-âge, connaît un tournant majeur avec la « redécouverte » au 11^{ème} siècle du Digeste en Italie. Les glossateurs seront les premiers commentateurs au 12^{ème} siècle : c'est l'école de Bologne (vers 1110-1250), suivie de celle d'Orléans avec le juriste Bartole comme figure de proue des post-glossateurs. La glose consiste, comme l'indique l'étymologie grecque du terme (*glôssa*), à expliquer le « mot » ou la « langue ». L'une des différences entre glossateurs et post-glossateurs tient à l'esprit qui les anime. Les premiers sont les héritiers des grammairiens et se concentrent sur une lecture littérale. Les seconds vont produire des interprétations créatrices, plus libres au

regard du texte, pour adapter l'écrit au contexte de l'époque¹⁴. A ceci s'ajoute le fait que les post-glossateurs usent de la méthode controversiste médiévale, déjà pratiquée à Bologne pour établir le corps des règles canoniques.

Si tout ceci est bien connu d'un point de vue historique, la signification théorique de ces approches est rarement soulignée. Ainsi, la seule « science du droit » au sens propre demeure encore celle qui était pratiquée par les jurisconsultes romains, telle que recensée par le Digeste. La vulnérabilité de cette science s'est malgré tout atténuée : d'un objet essentiellement philosophique (le juste), on passe à un objet matériel (les textes). La science du droit, au sens de savoir juridique, n'est plus tout à fait orpheline : elle a trouvé des textes pour l'aider dans sa croissance. Le savoir juridique s'est littéralement objectivé, c'est-à-dire transformé en un objet que l'on peut analyser et discuter. En dépit de cette évolution, aucune méthode proprement juridique ne s'affirme. La grammaire et la scolastique fournissent les rudiments d'une première approche pour le commentaire. C'est précisément cette tendance à l'emprunt qui se perpétue alors que la science, au sens moderne du terme, commence à se développer. La science juridique émergente n'échappe pas à sa faiblesse innée de n'avoir point de méthode spécifiquement définie et se contente de méthodes dérivées.

B. La science émergente : des méthodes dérivées

8 Jacques CUIJAS (1522-1590) : le *mos gallicus* - CUIJAS, professeur de droit, marque un tournant dans la méthode employée pour connaître le droit et par là même pour l'enseigner. Sa « façon de faire » est spécifiquement française en ce sens qu'elle s'oppose au *mos italicus*, c'est-à-dire aux écoles de la glose et de la post-glose dont les racines intellectuelles se situent en Italie¹⁵. Cette rupture justifie de présenter CUIJAS comme le premier auteur marquant une rupture dans la conception même du contenu du savoir juridique et de la science du droit.

Au fond, la glose pourrait se résumer sous la forme de la méthode dogmatique : traiter les textes juridiques comme « des lois en vigueur et applicables »¹⁶. C'est une approche casuistique où la préoccupation première est de montrer que les textes ne se contredisent pas. Même si la lettre de deux textes semble régir la même situation de fait, il suffira de distinguer les cas qu'ils visent pour

¹⁴ Même si une telle opposition reste à nuancer : J.-L. THIREAU, « La doctrine civiliste avant le Code civil », in *La doctrine juridique*, Y. POIRMEUR, A. BERNARD (dir.), PUF, 1993, spéc. pp.19, 21, 23.

¹⁵ J. FLACH, « Cuijas, les glossateurs et les bartolistes », *RHDFE* 1883, spéc. pp.222-223.

¹⁶ J.-Ph. LÉVY ; A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, Précis Dalloz, 2002, n°4, p.3.

(r)établir une cohérence. CUJAS introduit la méthode historique¹⁷. L'une de ses particularités est de réserver un traitement bien différent aux contradictions entre les textes. Les divergences ne seront plus niées mais au contraire exploitées et mise en valeur afin de rechercher l'origine de celles-ci. De cette approche provient sans doute le qualificatif d' « historique » car c'est une méthode qui privilégie la recherche les fautes de retranscriptions, des interpolations (remaniements des textes) pour interpréter principalement le *corpus iuris civilis*¹⁸. Le recours à des documents extérieurs au *corpus* doit permettre de mieux identifier son sens originel.

Cette méthode demeure néanmoins une méthode dérivée d'un courant de pensée humaniste traversant le 16^{ème} siècle. L'humanisme veut rendre l'homme humain par la culture. Il procède de la redécouverte des auteurs de l'antiquité grecque ou romaine et suppose ainsi par lui-même une vision évolutive et historique de l'homme. Dans cette voie, CUJAS va pouvoir critiquer la méthode italienne (*mos italicus*) en employant un argument désormais bien connu : la glose a atteint ses propres limites en se glosant elle-même. En réaction, il propose « la restitution du droit romain authentique dans la pureté de ses sources premières »¹⁹. Cette étude se veut « scientifique » grâce à une approche philologique (critique de la langue), historique (explication par le contexte) et diplomatique (recherche des versions authentiques des textes). C'est la naissance d'une méthode française (*mos gallicus*) analytique à l'opposé de la méthode dogmatique qui privilégie la synthèse.

Cette approche va produire des résultats indéniables²⁰ : la recherche des textes anciens, le contrôle des textes plus récents permettent de rectifier le texte original et assure ainsi une meilleure base pour l'interprétation. Les théories élaborées sur des fondements textuels erronés deviennent aisément réfutables. Le droit romain authentique est reconstitué et restitué dans sa cohérence et son esprit. Les juristes sont privilégiés dans l'analyse et le *corpus iuris civilis* est entièrement dépouillé (par la création d'un index) permettant de rendre compte de l'originalité de chaque auteur. En un mot, l'histoire du droit, en tant que branche du savoir juridique, est en train de naître.

La méthode n'est pas exempte de défauts car elle encourage une érudition qui n'entretient parfois que peu de rapports avec les problèmes pratiques. Les rectifications infligées au *corpus* le fragilisent et introduisent une dose d'instabilité

¹⁷ P. MESNARD, « La place de Cujas dans la querelle de l'humanisme juridique », *RHDFE* 1950, pp.521-537, spéc. p.529.

¹⁸ P. MESNARD, précité, p.529 : « ce souci de remonter aux textes les plus anciens pour contrôler les plus modernes et en relever les erreurs ».

¹⁹ P. MESNARD, précité, p.525.

²⁰ Recensés par P. MESNARD, précité, pp.530-534.

dans le droit en vigueur. De même, le corpus perd de ce fait sa fonction de droit commun permettant de trancher les conflits qui peuvent s'élever entre les coutumes.

Du point de vue de la science du droit, la méthode historique présente une faiblesse majeure : reposant presque exclusivement sur une archéologie documentaire et une formation suffisante en lettres, elle n'a aucune autonomie. Non seulement ce n'est pas une méthode propre mais la démarche de CUJAS reste prisonnière d'une pensée de l'objet, ici le *corpus*. Pire, cela semble parfois présupposer qu'une vérité préexistante est fixée dans un texte, peut-être perdu, et qu'il suffirait de le retrouver. A suivre une telle méthode le droit historique romain et le droit positif ne se distinguent pas, ils sont un seul et même objet. Il n'est alors guère surprenant que DOMAT développe une méthode en sens inverse. Néanmoins, la visée scientifique ne peut encore s'affirmer pleinement car la méthode demeure une nouvelle fois dérivée d'un autre champ du savoir.

9 Jean DOMAT (1625-1696) : le *mos geometricus* - L'auteur des *Lois civiles dans leur ordre naturel* (1689) et du *Traité des lois* (1694) veut dépoussiérer le *corpus iuris civilis*. Il s'inspire directement des idées de son époque où le débat entre son ami PASCAL et DESCARTES sur la foi et la raison pose la question d'une conciliation entre l'ordre rationnel et la spiritualité. A l'opposé de l'analyse historique, Domat déploie une synthèse à partir de maximes et principes élaborés à partir du *corpus*. Cette approche est complétée par la méthode scientifique de la science moderne naissante : appliquer l'ordre mathématique à la nature²¹. DOMAT applique un ordre géométrique au *corpus*, renouant avec une forme de dogmatique. La clarté doit résulter de l'ordre (naturel) entre les parties et le tout et permet de rénover le droit romain en le dissociant de son contexte historique pour l'imprégner de la morale du 17^{ème} siècle.

La méthode historique (diachronique) est renversée au profit d'une méthode synchronique, privilégiant les textes en tant qu'ils sont contemporains et en dehors de leur évolution. Pour pallier l'approche souvent casuistique du corpus, difficile à manier en pratique, le remède est de s'élever à un degré suffisant de généralité qui permet ensuite de fécondes déductions. L'empreinte vivante de cette méthode est l'article 1134 alinéa 1 du Code civil qui constitue quasiment une citation de l'un des intitulés généraux qui permettent à DOMAT de présenter une question dans son ouvrage²². Du coup, le contenu des traités devient nettement moins volumineux. La

²¹ M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, « Domat : du jugement de Dieu à l'esprit des lois », *Le débat* 1993, n°74, pp.54-68, spéc. p.57.

²² DOMAT, *Œuvres complètes de J. Domat*, par J. Rémy, Paris, Alex-Gobelet librairie, 1835, p.121 : « Les conventions sont les engagements (sic) qui se forment par le consentement mutuel de deux ou plusieurs personnes, qui se font entre elles une loi d'exécuter ce qu'elles promettent ».

nouveauté résulte bien d'une position méthodologique²³ : faire prévaloir le tout sur les parties, avoir une vision globale du droit, faire une présentation mathématique des règles à la façon de DESCARTES avec de « longues chaînes de raisons toutes simples et faciles dont les géomètres ont coutume de se servir pour parvenir à leurs plus difficiles démonstrations »²⁴.

Cette méthode doit affronter les écueils inverses de celle de CUJAS. En dehors du problème philosophique du fondement du droit (faut-il justifier la loi avec une référence divine ?), se posent des questions relatives à la connaissance du droit : comment passer aux cas particuliers puisque la généralité prime ? Comment réduire les contradictions possibles entre deux maximes qui, en raison de leur degré de généralité, semblent avoir vocation à s'appliquer en même temps ? Ces problèmes permettent toutefois de pointer la nouveauté de la méthode. Celle-ci affirme les débuts d'une autonomie du savoir juridique, ordonné selon une logique qui lui est propre (*mos geometricus*) voire totalement indépendante si la science du droit dépend en dernier ressort de Dieu²⁵.

Pourtant, la science du droit est loin d'être parvenue à la maturité. L'application de la méthode géométrique est nettement dérivée des mathématiques : la méthode n'est toujours pas autonome, elle reste empruntée à un autre champ du savoir. Seul l'objet change car l'étude porte désormais sur le *corpus iuris civilis* lui-même. Toutefois, cette vulnérabilité propre est compensée par le fait que cette méthode est créatrice. La systématisation fait apparaître un ordre qui n'était pas intelligible à première lecture dans le corpus. Déjà l'opposition point entre une codification-complication (à la façon du *corpus*) et le futur Code civil de 1804 fortement imprégné d'une vision globale et systématique du droit civil, corps cohérent de règles.

10 Robert-Joseph POTHIER (1699-1772) : le refus d'une méthode propre – Souvent qualifié de « Père du Code civil », POTHIER est au confluent d'inspirations si diverses que cet éclectisme conduit à considérer qu'il n'a aucune méthode propre. Son éclectisme est visible sur plusieurs points : il fait le pont entre l'ancien droit et le Code civil ; il est à la fois praticien (juge) et théoricien (professeur) ; il puise tant dans le Digeste que dans les idées des lumières ; il emprunte à CUJAS l'idée d'un droit français et à DOMAT l'esprit mathématique.

S'il existe une « méthode POTHIER » elle tient plus de la synthèse pédagogique que d'une visée scientifique. Son œuvre compile toutes les travaux précédents sous

²³ M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, précité, p.66.

²⁴ DESCARTES, *Discours de la méthode*, Mille et une nuits, 2000, II, p.23-24.

²⁵ M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, précité, p.68.

une forme simplifiée et accessible. Il rompt avec la scolastique et l'exposé des controverses devient très marginal²⁶. Il privilégie l'unité du droit sur la diversité des coutumes ou des opinions : il est guidé par l'idée d'un droit commun français, qu'il crée par l'exposition même qu'il en fait²⁷. Il commence son exposé par des définitions courtes et synthétiques qui ressemblent d'ailleurs aux dispositions d'un Code²⁸. Dans le fond, il n'y a pas d'innovation, c'est la mise en forme et la présentation du droit qui est renouvelée. Les principes sont des points de départ d'où les conséquences seront déduites. Le ton est celui de la neutralité doctrinale, de la synthèse, de la simplicité et de l'accessibilité.

Alors que Pothier aurait pu représenter le dernier maillon de la construction d'une science juridique au sens moderne, il préfère œuvrer pour la pratique. Sa méthode n'a rien de spécifique, elle privilégie la description des textes et des solutions. Elle est pour ainsi dire doublement dérivée : empruntée à la fois à CUJAS et à DOMAT (qui eux-mêmes tiraient leur propres méthodes d'un autre champ du savoir) la démarche de Pothier ne porte l'empreinte ni de l'un ni de l'autre. La science émergente du droit est rattrapée par sa faiblesse innée tenant à l'indétermination de son objet ou de sa méthode. Cet aspect est d'autant plus visible avec la codification de 1804 qui consacre un retour paradoxal à l'esprit qui présidait pour l'étude du droit à Rome.

11 Jean-Etienne-Marie PORTALIS (1746-1807) : le législateur-philosophe – Avocat et politique, le légendaire PORTALIS n'a rien d'un théoricien qui applique une méthode. Il a défendu (sans succès) l'intégration dans le Code civil d'un livre préliminaire fortement teinté de considérations morales et de droit naturel²⁹. Ces considérations se retrouvent d'ailleurs dans *le Discours préliminaire du Code civil* qui discute les grands principes et maximes du droit naturel dans une optique législative. Ces passages sur les bonnes lois civiles, la tradition, la sagesse du législateur, l'adaptation de la loi aux mœurs voire la substance du droit sont trop connus pour être reproduits ici. Son discours vise à justifier théoriquement la codification elle-même. PORTALIS achève le mouvement de dissolution de la méthode en reposant la question romaine : qu'est-ce que le droit ? A cet égard, il renoue avec la tradition romaine toute imprégnée de philosophie. A ce titre, PORTALIS fait figure

²⁶ J.-L. HALPÉRIN, « La lecture de Pothier par la doctrine du XIXe siècle », in *Robert-Joseph Pothier, d'hier à aujourd'hui*, Joël MONÉGER, Jean-Louis SOURIOUX et Aline TERRASSON DE FOGÈRES (dir.), Economica, 2001, pp.65-75, spéc. p.70.

²⁷ J.-L. THIREAU, « Pothier et la doctrine française des XVIe et XVIIe siècles », in *Robert-Joseph Pothier, d'hier à aujourd'hui*, Joël MONÉGER, Jean-Louis SOURIOUX et Aline TERRASSON DE FOGÈRES (dir.), Economica, 2001, pp.35-54, spéc. p.43.

²⁸ J.-L. THIREAU, précité, pp.38, 40, 42.

²⁹ B. BEIGNIER, « Portalis et le droit naturel dans le Code civil », *RHFD* 1988, n°6, pp.77-101, spéc. p.85.

d'un philosophe³⁰, sa « méthode » n'est pas autre chose que celle de la philosophie elle-même.

Ce rapprochement entre PORTALIS et la figure du philosophe n'a rien d'arbitraire. Au contraire, NIETZSCHE voit justement dans la figure du législateur celle du philosophe³¹. Cet aboutissement d'une philosophie législative dans le Code de 1804 témoigne d'un certain échec de la science naturelle moderne à exercer son emprise sur la connaissance du droit. La science du droit ne se coule pas dans le moule du modèle expérimental, hypothético-déductif. Le sens primitif de la jurisprudence comme savoir et science du droit demeure vivace, du moins dans l'inspiration législative. Sans doute cet aspect se comprend en raison de la vulnérabilité innée de la science du droit qui ne peut s'affirmer comme proprement moderne en raison de son étroite parenté avec la philosophie, pour ne pas dire la métaphysique.

12 Le Code civil, nouveau départ - Pourtant, le Code civil de 1804 va constituer le point de départ d'un renouvellement méthodologique important dont les questions ne sont pas encore aujourd'hui résolues. Désormais, les juristes ont un texte neuf (le Code) : quelle posture adopter pour le commenter ? La méthode historique ne semble plus de mise dans la mesure où le Code n'a pas la patine du *corpus iuris civilis*. Le problème de la science du droit se déplace. Il s'agit de définir la façon dont ces textes doivent être interprétés. La nouvelle quête de la méthode doit répondre au problème de la position de l'interprète face au texte du Code.

Cette difficulté s'ajoute à la précédente. Non seulement la science du droit est fragile en raison de la difficulté à penser un objet autonome qui conduirait à consacrer un savoir autonome mais en outre, même en présence d'un objet propre comme le Code civil, aucune méthode ne s'est réellement imposée du début du 19^{ème} siècle jusqu'à la fin du 20^{ème} siècle. A ce titre, à la vulnérabilité innée de la science du droit vient se superposer une vulnérabilité acquise en raison du fait que les auteurs ont initié la question de la méthode sans parvenir à en sortir. L'image que renvoie cet état est la faiblesse de l'identité théorique que pourrait revendiquer une quelconque « science du droit », du moins dans la pensée juridique française.

II. - La vulnérabilité acquise : l'insaisissable méthode propre

³⁰ B. OPPETIT, « Portalis philosophe », *D.* 1995, chr., p.331.

³¹ NIETZSCHE, *Par delà bien et mal*, Gallimard, Folio, 1971, § 211, p.131 : « Mais les philosophes proprement dits sont des hommes qui commandent et qui légifèrent : ils disent : "il en sera ainsi !" Ils déterminent la destination et la finalité de l'homme et disposent pour cela du travail préparatoire de tous les ouvriers de la philosophie, de tous ceux dont le savoir domine le passé ; ils tendent vers l'avenir des mains créatrices, tout ce qui est, tout ce qui fut, leur devient instrument, moyen, marteau ».

13 De l'exégèse à la fin du 20^{ème} siècle – La science du droit acquiert une vulnérabilité en provoquant en son sein un débat sur la méthode, débat dont elle n'a toujours pas trouvé l'issue. L'exégèse est fortement contestée au tournant du 20^{ème} siècle, les auteurs revendiquant une approche plus scientifique (A). Cette volonté d'affirmer l'identité théorique de la science juridique ne produit pourtant que peu de résultats et le 20^{ème} siècle s'achève sur une science ponctuée d'un point d'interrogation car sa méthode paraît introuvable (B).

A. La science revendiquée : la quête de la méthode

14 Jean-Charles DEMOLOMBE (1804-1887) : « le prince de l'exégèse » - Professeur à Caen et avocat à Paris, DEMOLOMBE poursuit jusqu'à son dernier souffle l'œuvre de sa vie : le commentaire du Code Napoléon. Son Cours de Code Napoléon comporte 32 volumes qui ne représentent en réalité que les deux tiers du commentaire du Code. Son style est très proche d'un enseignement oral ou d'une plaidoirie, il pratique une constante dialectique entre les arguments. Les traits caractéristiques de sa méthode sont d'abord la recherche de la totalité, dans le sens d'une volonté d'être exhaustif (il imagine des situations de faits parfois très sophistiquées pour interpréter les dispositions légales) ; ensuite, le souci de la complémentarité entre théorie et pratique (il cite la jurisprudence, prône l'adaptation des textes à la société) ; enfin, un exposé idéologique du droit, sous la forme d'une plaidoirie ce qui n'a rien de scientifique, toujours au sens moderne du terme.

Son nom est rattaché à l'école dite de l'exégèse (avec d'autres comme TROPLONG, DELVINCOURT, DURANTON, DEMANTE, MARCADÉ, TOULIER, PROUDHON, LAURENT...). Le terme (en grec *exégesis* : « exposer », « guider hors de ») renvoie à l'étude approfondie et critique d'un écrit littéraire ou à l'analyse interprétative de textes sacrés. Il a pris un sens péjoratif dans la pensée juridique comme une servilité excessive observée envers la loi. Mais ce jugement dépréciatif, alimenté par les auteurs de la fin du 19^{ème} siècle pour justifier leur rupture avec cette méthode, a été dénoncée. La diversité des hommes, des tempéraments, des méthodes ou des opinions plaide contre l'existence d'une école ayant une quelconque unité³². Paradoxalement, la méthode exégétique se veut bien plus scientifique que ne pourrait le penser ses détracteurs. Cette méthode procède d'un art de la distinction par la recherche des cas tranchés par la règle et ceux qui ne le sont pas. La méthode

³² Ph. RÉMY, « Eloge de l'exégèse », *Droits* 1985, pp.115-123.

aboutit encore à établir une cohérence par une systématisation fondé sur un mouvement argumentatif constant. Toutefois, ce qui empêche la méthode exégétique d'être nettement rattachée à la science est d'une part que le système n'est pas d'axiomatique-déductif et d'autre part qu'il existe toujours une philosophie qui conduit à sélectionner les textes commentés, à ne pas réduire le droit à la loi et à persister dans l'usage de la notion de droit naturel³³.

L'interrogation méthodologique qui naît de l'exégèse est la suivante : faut-il ou non suivre l'ordre du Code civil ? Pour être plus rigoureux les auteurs du début du 20^{ème} siècle vont proposer de bâtir des théories générales. Pourtant, elles demeurent solidaires dans le fond des interprétations menées par les exégètes. La science est revendiquée mais la méthode n'est pas renouvelée, au contraire c'est l'objet de l'étude qui va être redéfini. Paradoxalement, la science du droit est en train de travailler à sa propre faiblesse en reléguant la quête de la méthode au second plan.

15 Adhémar ESMEIN (1848-1913) : la méthode historique *via* le commentaire d'arrêt – Avocat puis professeur, A. ESMEIN fonde en 1902 la *Revue trimestrielle de droit civil* qui s'ouvre sur un article inaugural affirmant la nécessité d'étudier la jurisprudence, bref de commenter les arrêts³⁴. Le Code civil fournit des solutions mais limite l'innovation en pratique. Une interprétation plus large, incluant les décisions des tribunaux, doit contribuer à intégrer les solutions des arrêts dans une continuité au moins aussi stable que le Code lui-même. La jurisprudence permet de rendre le « droit vivant »³⁵ car elle est « l'apport continu de décisions fragmentaires »³⁶. L'idéal est celui de la prévisibilité des solutions, le rôle du professeur est de synthétiser. La méthode historique³⁷ au sens propre montre la voie d'un projet dont la scientificité est clairement affichée³⁸.

La démarche est double : l'objet d'étude est élargi aux décisions de justice et la méthode prônée est historique. Le professeur aboutit à une synthèse par cette double voie³⁹. C'est précisément ce qui creuse le lit de la vulnérabilité de cette science du droit : elle demeure confinée dans une pensée de l'objet. Pour se démarquer de

³³ Sur ces points, Ph. RÉMY, précité, pp.121-123.

³⁴ A. ESMEIN, « La jurisprudence et la doctrine », *RTD civ.* 1902, p.11 : « Il faut que la doctrine aille plus loin et prenne la jurisprudence pour son principal objet d'étude ».

³⁵ A. ESMEIN, précité, p.12.

³⁶ A. ESMEIN, précité, p.13.

³⁷ A. ESMEIN, précité, p.13 : « C'est par la méthode historique qu'il faut conduire l'étude scientifique de la jurisprudence ».

³⁸ J.-L. HALPÉRIN, « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », *Rev. Hist. Droit* 1997, pp.415-433, spéc. p.417.

³⁹ A. ESMEIN, précité, p.15.

l'exégèse, l'objet de l'étude est modifié mais la méthode ne varie pas en substance. Elle est constituée d'un mélange d'analyse (historique) et de synthèse (actuelle) des solutions. La méthode ne suit pas de canon strictement défini, car elle est directement empruntée aux pratiques de l'historien⁴⁰. Dès lors, le savoir juridique ne semble pouvoir se distinguer des autres champs disciplinaires que par des objets réservés : la loi et la jurisprudence. Au fond, ce n'est pas un hasard si la théorie des sources du droit commence à poindre, enfonçant un peu plus la science du droit dans un objet préalablement délimité. La quête de la méthode reste entière et la tentative de fonder la science du droit œuvre concomitamment à sa faiblesse.

16 Marcel-Fernand PLANIOL (1853-1931) : la systématisation – Avocat puis professeur, PLANIOL est l'auteur du *Traité élémentaire de droit civil* (1899), influencé par la démarche germanique déjà adoptée par AUBRY et RAU. Ce traité repose sur l'idée directrice de systématisation⁴¹. C'est une réponse à la question de savoir comment élaborer un droit scientifique à l'heure de la promulgation du BGB outre-Rhin⁴² et de l'avènement des sciences sociales. L'œuvre de PLANIOL est d'inspiration nettement positiviste, au sens philosophique du terme employé par COMTE. Un scepticisme certain est présenté d'emblée vis-à-vis du droit naturel⁴³ et la jurisprudence est traitée comme l'égal du législateur⁴⁴. La démarche systématique permet non seulement d'intégrer la jurisprudence mais également les premières lois dérogatoires au code civil comme la législation industrielle (ancêtre du droit du travail). Le tout permet de renouveler le droit applicable en écho à la lettre du Code civil qui paraît vieillissante après presque cent années d'exégèse.

La vocation scientifique est nette⁴⁵. Les fins du droit ne sont plus interrogées (le « pourquoi » ?), seule compte la formation historique du droit positif (le « comment » ?). C'est l'une des leçons du positivisme de COMTE qui est mise en application⁴⁶. PLANIOL élabore un système, ensemble cohérent, ordonné et non

⁴⁰ Même si A. ESMEIN, distingue au sein de ses propres travaux les études de droit positif (synchronique) et les études historiques (diachronique) et a plaidé pour la création d'une agrégation d'histoire du droit. Sur ce point, J.-L. HALPÉRIN, précité, p.428.

⁴¹ G. BABERT, *Le système de Planiol*, thèse, Poitiers, 2002, *passim*.

⁴² Ph. RÉMY, « Planiol, un civiliste à la belle-époque », *RTD civ.* 2002, n°23, p.41.

⁴³ M. PLANIOL, *Traité de droit civil*, Librairie Cotillon, 3^{ème} éd., tome 1, 1904, n°5, p.3 : « Autant la notion du droit positif est claire et sûre, autant celle de droit naturel est nuageuse ».

⁴⁴ M. PLANIOL, précité, n°14, p.6 : « Le pouvoir judiciaire n'est jamais lié par sa jurisprudence antérieure ; mais, en fait, il s'y conforme le plus souvent, et la stabilité de ses décisions équivaut pour les particuliers à l'existence d'une législation obligatoire ».

⁴⁵ Ph. RÉMY, « Planiol, un civiliste à la belle-époque », précité, n°14, p.37.

⁴⁶ A. COMTE, *Cours de philosophie positive*, Hermann, 2 vol., 1975, 1^{ère} leçon. : « Dans l'état positif, l'esprit humain reconnaissant l'impossibilité d'obtenir des notions absolues, renonce à chercher l'origine et la destination de l'univers, et à connaître les causes intimes des phénomènes, pour s'attacher uniquement à découvrir, par l'usage

contradictoire, reposant sur les premières « théories générales » (preuves, actes juridiques...) et de grands concepts comme celui de patrimoine. La fonction du traité est pédagogique : il s'agit d'enseigner le droit civil, et non plus le Code civil.

Dans la forme, la méthode est exemplaire de l'idéal scientifique : même si les intérêts concrets sont questionnés, la recherche de systématisation génère de l'abstraction et une forte tendance à la conceptualisation⁴⁷. Dans le fond, la science du droit demeure fragile car la part du droit positif et la part d'idéologie (notamment libérale et individualiste) dans l'exposition du droit en vigueur sont difficiles à démêler. C'est l'un des problèmes que tente par ailleurs de résoudre SALEILLES.

17 Raymond SALEILLES (1855-1912) : la méthode historico-comparative – Ce professeur accompagne les efforts des auteurs du début 20^{ème} siècle dans la rénovation méthodologique. Pour adapter la loi, il propose d'adapter le droit aux faits sociaux et économiques⁴⁸. De là provient la méthode historique qui consiste à interpréter les textes en raison de l'évolution historique : ce n'est donc pas de l'histoire du droit comme la pratiquait CUIJAS. Le terreau de la théorie reste la pratique sociale⁴⁹, restituée par des constructions juridiques structurées par des idées générales et abstraites⁵⁰. Le droit comparé est une source d'inspiration pour améliorer la législation, rapprocher les nations et suggérer des évolutions⁵¹.

SALEILLES épouse complètement le projet scientifique moderne en tentant de penser la vérité du droit, envisagé comme savoir⁵². Pour cela il lui faut concilier la fixité (pour la sécurité juridique) et l'évolution (sans verser dans l'arbitraire). Aussi, la vérité ne peut découler du texte ou d'une idée préalable sans verser dans le

bien combiné du raisonnement et de l'observation, leurs lois effectives, c'est-à-dire leurs relations invariables de succession et de similitude ».

⁴⁷ Cette tendance se mesure à la naissance de discussions sur des notions fondamentales comme la personnalité morale (réalité ou fiction ?), l'abus de droit (vrai ou faux concept ?), la responsabilité civile (fondée sur la faute ou le risque ?), le droit réel (défini comme obligation passive universelle), la faute civile (unité ou dualité ?) et même la critique de la notion de cause dans le contrat. Sur ces points, Ph. RÉMY, « Planiol, un civiliste à la belle-époque », précité, n°26-30, pp.43-45.

⁴⁸ R. SALEILLES, « Ecole historique et droit naturel », *RTD civ.* 1902, p.97 : « Si, en effet, l'évolution du droit se fait, avant tout, sous l'influence des lois économiques et sociales, il en résulte, tout d'abord, que certaines modifications de l'état juridique sont, historiquement, fatales et, ensuite, que, pour chacune d'elles, il ya cependant une forme du juste qui puisse et qui doive s'y adapter ».

⁴⁹ R. SALEILLES, « Droit civil et droit comparé », *Rev. inter. de l'enseignement* 1911, t.61, p.24 : « A la base du droit civil (...) se placent des problèmes sociaux qui sont fondamentaux ».

⁵⁰ R. SALEILLES, « Droit civil et droit comparé », précité, p.20 : « Une construction juridique est donc la mise en formule positive d'idées rationnelles, tirées du point de vue social, et ramenées à des précisions qui les soustraient, autant que possible, à l'arbitraire ».

⁵¹ Ch. JAMIN, « Le vieux rêve de Saleilles et Lambert revisité », *RIDC* 2000-4, pp.744-749.

⁵² M. XIFARAS, « La *veritas iuris* selon Raymond Saleilles. Remarques sur un projet de restauration du juridisme », *Droits* 2008, p.78 : « un dispositif de conception, de production et de certification de la vérité dans le droit ».

dogme : l'objectivité scientifique est le résultat d'une élaboration doctrinale⁵³. La validation des solutions du juge se fait nécessairement dans cette optique *a posteriori*⁵⁴ : s'il y a dogme, il est monté de toutes pièces par l'activité doctrinale de recherche⁵⁵. Les théories canalisent la création du droit par le juge⁵⁶, le droit comparé va les porter vers l'universel⁵⁷ et ces théories ne versent pas dans la rationalité pure car elles conservent un référent (jurisprudentiel et social) dans la réalité⁵⁸.

Cette approche est exemplaire d'un projet tentant de constituer à la science du droit ses lettres de noblesse : le droit est une synthèse de toutes les sciences humaines, pratique, concret, théorique et abstrait à la fois. Comme PLANIOL, SALEILLES évince volontairement des raisonnements la notion de droit naturel. En effet, le droit naturel ne peut être le fondement d'un droit aspirant à être scientifique. Pourtant, cette visée scientifique qui constitue le cœur du projet de GÉNY ne parvient pas à aboutir dans la première moitié du 20^{ème} siècle.

18 François GÉNY (1861-1959) : « la libre recherche scientifique » - Professeur et ami de SALEILLES, ses deux ouvrages principaux (*Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif* [1899] et *Science et technique en droit privé positif* [1914 et 1924]) sont une tentative de fonder théoriquement ce qu'il nomme « la libre recherche scientifique ». Ce projet, dont les termes sont explicites, s'articule autour de plusieurs lignes force. La première est celle d'une critique de l'exégèse, dépeinte sous la forme d'une école prisonnière d'une interprétation littérale de la loi⁵⁹ alors même que le législateur ne peut tout prévoir⁶⁰. La deuxième ligne directrice est la distinction du donné et du construit. Le donné est alimenté par la nature et la société : le construit est la technique juridique qui vise la valeur de justice. La distinction permet de conserver un équilibre entre la fixité (grâce au « donné ») et l'évolution (par le « construit »)⁶¹. Troisièmement, « l'irréductible droit naturel »⁶² selon la formule de

⁵³ M. XIFARAS, précité, p.87 : « les vérités légales ne tiennent pas leur autorité de la base scripturaire qui fondent les interprétations d'où elles procèdent, mais des organes de la science du droit qui les authentifient comme vérités légales - de la Doctrine ».

⁵⁴ M. XIFARAS, précité, p.80-81.

⁵⁵ M. XIFARAS, précité, p.90.

⁵⁶ M. XIFARAS, précité, p.84.

⁵⁷ M. XIFARAS, précité, p.99.

⁵⁸ M. XIFARAS, précité, p.91-94.

⁵⁹ F. GÉNY, « l'évolution contemporaine de la pensée juridique dans la doctrine française », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle. Etudes offertes à Georges Ripert*, LGDJ, tome 1, 1950, p.3.

⁶⁰ F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, LGDJ, 2^{ème} éd., tome 2, 1919, p.93.

⁶¹ F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, tome 3, 1921, p.16.

⁶² F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, tome 2 : « Elaboration scientifique du droit positif (l'irréductible droit naturel) », 1915.

GÉNY lui-même rend compte de l'indétermination de la nature des choses. Par là même il explique l'adaptation de la règle aux cas particulier et sert de garde-fou contre le risque d'arbitraire du juge. Ainsi, émerge la dernière et quatrième idée : définir une science du droit⁶³. Le construit va s'incorporer au donné et le pouvoir du juge ne peut s'exercer que s'il existe une lacune. Le tout est dominé par une interprétation téléologique et évolutive encadrée par la doctrine à travers le commentaire d'arrêt.

Cependant, on connaît le peu d'écho pratique des réflexions de GÉNY, en France du moins⁶⁴. Dès l'origine, sa conception de la science du droit est critiquée soit parce qu'il y a une impossibilité de connaître la nature juridique des choses, soit parce que la réflexion théorique est suspecte d'être une vaine spéculation métaphysique artificielle qui masque les réels conflits d'intérêts. A ceci, on pourrait encore ajouter que la scientificité revendiquée par GÉNY n'est pas convaincante en raison même de son syncrétisme. Lui aussi succombe à la même obsession de définir l'objet d'étude qui doit permettre d'atteindre l'être même du droit. La méthode se réclame de données tellement hétérogènes (sociologie, économie, politique, métaphysique, épistémologie) qu'elle perd toute consistance propre. C'est pourquoi, GÉNY consacre par sa réflexion théorique une vulnérabilité de la science du droit en fournissant un argument pour montrer qu'elle passe pour impossible à fonder.

La science juridique émergente veut conquérir son autonomie en se fondant prioritairement sur un objet propre. Pourtant, même son objet empirique est difficile à définir : sont-ce les textes ? Du législateur ? Du juge ? Sont-ce les pratiques sociales ? En outre, pour analyser ces différents objets, les outils de la sociologie ou de l'économie pourraient être mobilisés. Comment expliquer que la science du droit conserve une spécificité ? Dès lors, la spécificité de la science du droit tient plus de la pétition de principe que de l'argumentation. C'est justement cet écueil que le 20^{ème} siècle a refusé d'affronter et a préféré contourner. Ce faisant cette attitude ressemble fort à l'aveu implicite que la méthode dont rêvaient les auteurs se révèle en réalité impossible à trouver.

B. La science errante : l'introuvable méthode

19 Georges RIPERT (1880-1958) : la force politique de la doctrine – Le professeur Ripert continue sans le changer le traité de droit civil de PLANIOL et écrit à

⁶³ F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, Sirey, tome 2, p.384.

⁶⁴ D. TALLON « Actualité de l'œuvre de Gény », *RIDC* 1965, vol.17, n°3, pp.735-738.

ceux de droit maritime et de droit commercial. Pendant le premier tiers du 20^{ème} siècle, il se situe à un moment ambivalent pour la science du droit. D'un côté, PLANIOL inaugure pratiquement la forme du traité systématique comme si l'autonomie du savoir juridique allait de soi. D'un autre côté, la réflexion théorique de GÉNY ouvre une crise dans la caractérisation même de la science du droit. Entre ces deux voies, RIPERT semble choisir celle de PLANIOL en prouvant l'existence d'une science du droit comme on prouve le mouvement en marchant. Ceci ne résout pas pour autant la question des assises théoriques de la dogmatique juridique. De ce fait, RIPERT ne laisse pas apparaître nettement une orientation théorique bien définie et use tant d'arguments « positivistes » que « jusnaturalistes » pour étayer ses positions⁶⁵.

RIPERT semble prendre acte que la science du droit est une science sans méthode et donc vulnérable à la critique. Il préfère se concentrer sur les aspects pratiques de l'activité doctrinale : l'étude des arrêts, qui contribue à la formation de nouvelles règles de droit, l'influence dans la formation de ces règles par la force de proposition de la doctrine⁶⁶. Bien que d'apparence descriptive, le discours est nettement prescriptif. RIPERT adopte d'ailleurs des positions de nature politique sur la législation ou la jurisprudence. De cette façon il exacerbe l'aspect rhétorique du discours juridique et renforce implicitement l'idée de la perte d'une science juridique propre. Cette forme de nihilisme dans la connaissance du droit (sa méthode est bien introuvable) n'a pas toujours reçu de réfutation malgré la tentative d'innovation de MOTULSKY.

20 Henri MOTULSKY (1905-1971) : une méthode juridictionnelle – Professeur de procédure civile et de droit international privé, il est nommé en 1962 à la commission de réforme de la procédure civile. Ce poste va lui permettre d'injecter massivement dans la procédure civile les idées développées dans sa thèse de doctorat : *Principes de réalisation méthodique du droit privé* (1948). Remettre la méthode au centre du raisonnement juridique paraît être un objectif salvateur quand la science du droit erre encore dans l'indétermination théorique.

Pourtant, l'influence du projet reste limitée en raison de sa conception même. D'abord, le raisonnement juridique est largement centré sur la fonction juridictionnelle ce qui se comprend bien dans l'optique de la procédure civile. Ensuite, la méthode ne joue dans l'approche de MOTULSKY qu'un rôle subalterne : la méthode ne produit aucun contenu, elle « organise la matière, elle ne la construit

⁶⁵ M. BOUDOT, *Le dogme de la solution unique. Contribution à une théorie de la doctrine en droit privé*, thèse, Aix-en-Provence, 1999, n°59-60, pp.95-98.

⁶⁶ G. RIPERT, M. PLANIOL, R. SAVATIER, *Traité pratique de droit civil français*, LGDJ, Tome 1, 1925, préface, p.VI : « La doctrine ne doit pas avoir seulement pour rôle d'analyser la jurisprudence ; elle doit s'efforcer, dans la mesure du possible, d'en diriger les tendances et d'en apprécier les solutions ».

pas »⁶⁷. Enfin, l'apport véritable consiste à avoir importé dans le droit ce qui était déjà connu sous le nom de logique formelle. Derrière ce terme se cache principalement la théorie du syllogisme (telle qu'élaborée par ARISTOTE) qui permet un renouvellement dans la compréhension de la décision de justice : la majeure du syllogisme est la règle de droit, la mineure, les faits et la conclusion n'est pas autre chose que la solution du litige. Cette identité de la méthode syllogistique et du raisonnement du juge⁶⁸ ne doit pas tromper car « il est évident que la déduction syllogistique ne peut suffire, ni pour élaborer le droit, ni pour déterminer le contenu de ses règles, ni enfin, pour fournir, toute faite, la solution des conflits »⁶⁹.

Indispensable mise en forme du raisonnement, la méthode syllogistique ne peut à elle seule donner corps à une science du droit qui produise un savoir véritablement propre en raison d'un objet et d'une méthode spécifiques. La vulnérabilité de la science du droit se cristallise de façon toujours plus dense autour de l'absence de méthode.

21 Jean CARBONNIER (1908-2003) : la méthode en question(s) – CARBONNIER, professeur et législateur, clôture le 20^{ème} siècle et donne l'occasion d'en faire un bilan. Ce défenseur d'une sociologie du droit sans rigueur⁷⁰ résume bien l'état de la science du droit : malgré le terme de « science » aucune rigueur méthodologique ne se profile. La science du droit paraît être rattrapée par sa vulnérabilité innée, elle ne peut se dire scientifique car au fond elle est une philosophie pratique et la méthode d'interprétation qu'elle propose n'est que « la forme intellectuelle de la désobéissance »⁷¹.

Les ouvrages de droit civil de CARBONNIER⁷² permettent d'en prendre la mesure. Après un exposé du droit positif, suit un « état des questions » où l'auteur expose des éléments permettant de mieux l'éclairer : histoire, économie, politique législative, sociologie, psychologie, théorie juridique, pratique judiciaire. L'érudition intelligente est le substitutif d'une méthode introuvable et reste au service d'une forme de sagesse juridique, qui ménage dans son appréciation bien des intérêts contradictoires. Mais la terminologie même d'« état des questions » révèle un double sens. D'une part, la méthode juridique elle-même est en question, sommée de s'alimenter à des sources qui ne sont pas originellement les siennes. D'autre part, il se

⁶⁷ H. MOTULSKY, *Principes de réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948, p.48.

⁶⁸ H. MOTULSKY, précité, pp.86-87.

⁶⁹ H. MOTULSKY, précité, p.48.

⁷⁰ J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^{ème} éd., 2001, p.7.

⁷¹ J. CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, PUF, Thémis, 26^{ème} éd., 1999, n°158, p.304.

⁷² Réédités sous forme intégrale : *Droit civil*, PUF, Quadrige, 2 volumes, 2004.

pourrait bien que la méthode juridique ne soit faite au fond que de questions⁷³ comme c'est le cas en philosophie. Ainsi, la vulnérabilité acquise par tant de discussions sans issues rejoint étrangement la vulnérabilité innée de la science du droit, isolée de tout objet et de toute méthode.

CARBONNIER confirme que le doute s'installe au cœur du droit, à moins qu'il n'y fût déjà. Pour cette raison, il n'est pas étonnant que le savoir juridique soit menacé et la recherche en droit peu reconnue. Suspectée de ne pas avoir d'objet ni de méthode bien définis, la légitimité de la recherche juridique est profondément entamée. Pour survivre après l'apparition des sciences modernes, pour résister aux assauts de l'économie, la sociologie, la psychologie ou la politique, il est douteux que l'histoire de la science juridique puisse encore s'écrire comme celle d'une science sans méthode.

⁷³ Ch. ATIAS, *Questions et réponses en droit*, précité, n°372, p.252 : « Le droit se découvre dans des questions qui jamais ne s'éteignent ».