

L'évolution des normes de scientificité en droit

Benoît FRYDMAN

Dans un de ces courts et lumineux articles dont il avait le secret, Émile Benveniste se penche sur la genèse du terme "scientifique" ¹. Si ce mot désigne couramment aujourd'hui ce qui concerne la science ou ce qui est conforme aux exigences d'objectivité, de précision, de méthode qu'elle pose ², "scientifique" signifie proprement ce qui sert à produire la science (*scientiam facere*). Marquant bien la différence entre ces deux sens, Boèce oppose *scientialis* à *scientificus*. Il rejoint ainsi Aristote qui forgea le néologisme *epistemonikos* (qui produit la science) pour le distinguer d'*epistemen* (qui possède la science). Le Français n'a retenu qu'un seul terme pour les deux notions et, malgré l'étymologie, l'idée d'appartenance l'a emporté sur celle de production. Cette dernière conserve pourtant toute sa pertinence lorsqu'on traite de normes de scientificité, en particulier en droit. Nous verrons en effet que si ces normes exercent une certaine fonction de contrainte sur les discours juridiques à prétention scientifique, en traçant une ligne de partage entre ce qui appartient à la science du droit et ce qui lui est étranger, elles

1. « Genèse du terme "scientifique" », in *Problèmes de linguistique générale II*, Gallimard, Paris, 1977, (Col. Tel), pp. 247-253.

2. *Dictionnaire de la langue française Robert*.

contribuent en même temps à la production de ces discours en jouant un rôle de matrice, générant de nouveaux concepts, de nouvelles méthodes, de nouvelles entreprises³. Ces normes fonctionnent en quelque sorte à la manière des "contraintes créatrices" que l'écrivain Georges Perec aimait à s'imposer pour canaliser et stimuler à la fois le travail de l'écriture⁴.

L'étude des normes de scientificité en droit suscite toutefois une difficulté préalable qui tient au statut du droit comme discipline scientifique. Peut-on parler à bon droit d'une science juridique et est-il dès lors légitime de lui consacrer une place dans l'étude des normes de scientificité en sciences sociales ? Le doute est permis si l'on considère uniquement l'état de balbutiement qui caractérise encore à ce jour l'épistémologie juridique⁵. Il paraît à ce propos significatif que Michel Foucault, qui s'est beaucoup intéressé au droit, n'aborde jamais celui-ci dans l'archéologie des savoirs mais seulement dans la généalogie des pouvoirs. Et pourtant, aurait-il été absurde d'envisager, dans *les Mots et les choses*, à côté du langage, des biens économiques et des êtres vivants, un chapitre consacré au droit ? A lire le philosophe, rien ne s'y opposait et certainement pas « les discussions encombrantes », jugées « vaines et oiseuses » sur le statut scientifique de telle ou telle connaissance. Pour Foucault, tout ce qui contient de la pensée est justifiable d'une archéologie qui dévoile la configuration épistémologique qui l'a rendu possible et confirme son inscription dans l'épistémé⁶. Aussi bien le droit est-il, comme institution, comme pratique et comme discours qui prétend à la science, justifiable d'une investigation d'ordre épistémologique, indépendamment de la valeur réelle de connaissance qu'on lui reconnaît ou qu'on lui conteste.

3. Comp. Th. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1983 (traduction de la deuxième édition anglaise élargie de 1970), à propos du rôle directeur du "paradigme" dans la "science normale", spéc. ch. II.

4. Voyez entre autres les cas bien connus de *La disparition* et de *La vie mode d'emploi*.

5. Sur le sous-développement de cette discipline : Christian ATIAS, *Épistémologie juridique*, P.U.F. (Coll. Droit fondamental), Paris, 1985, § 7, p. 18. P. Amselek a pu parler d'un « somnambulisme fondamental de la pensée juridique » qui prend rarement conscience des modèles et outils de connaissance qu'elle développe et met en œuvre.

6. M. FOUCAULT, *Les mots et les choses*, Gallimard, Paris, 1966, (Coll. Tel), pp. 376-377.

Le philosophe l'indique clairement lui-même dans un entretien qu'il accorde aux *Lettres françaises* à l'occasion de la sortie des *Mots et des choses* en 1966 où il déclare : « [...] j'ai essayé de faire, dans un style évidemment un peu particulier, l'histoire non pas [tant] de la pensée en général que de tout ce qui 'contient de la pensée' dans une culture, de tout ce en quoi il y a de la pensée. Car il y a de la pensée dans la philosophie, mais aussi dans un roman, dans une jurisprudence, dans le droit, même dans un système administratif, dans une prison. »⁷. Ce sont bien entendu déjà ici les travaux futurs qui s'annoncent, notamment *Surveiller et punir*⁸, mais Foucault aura alors quitté le terrain de l'épistémologie des sciences pour aborder le problème du pouvoir et de sa généalogie. Remarquons cependant que la question du droit surgit précisément dans la transition entre ces deux périodes de son œuvre et qu'elle occupe une position clé d'intersection entre les problématiques du savoir et du pouvoir. Foucault s'en explique dans une série de conférences données à Rio de Janeiro en mai 1973 sous le titre « La vérité et les formes juridiques »⁹, où il présente le droit comme le lieu par excellence où les pratiques sociales et les stratégies de pouvoirs se constituent en discours scientifiques. Le droit marque le point où la généalogie des pouvoirs s'articule sur l'archéologie des savoirs. Cette position charnière en fait pour nous un objet d'étude privilégié.

Effectivement, le discours des théoriciens du droit et la pratique judiciaire, antique et moderne, se caractérisent par le souci permanent de fonder la légitimité du pouvoir politique et juridique sur une assise rationnelle. Les juristes eux-mêmes prennent grand soin d'asseoir le privilège de dire et d'appliquer le droit sur une science authentique dont le fondement ne puisse être mis en doute. Aussi la prétention du droit à la science n'a-t-elle rien d'accessoire mais s'impose au contraire comme un enjeu déterminant. La rationalité et la vérité fondent et légitiment la

7. « Michel Foucault. Les mots et les choses », entretien avec R. Bellour, *Les Lettres françaises*, n° 1125, 31 mars-6 avril 1966, pp. 3-4, repris, in *Dits et Écrits*, t. I, Paris, Gallimard, 1994, texte 34, pp. 500 et sq, spéc. 503-504.

8. Paris, Gallimard, 1975.

9. in, M. FOUCAULT, *Dits et écrits*, Paris, Gallimard, 1994, t. II, texte n 139, pp. 538-645.

justice. Plus que de normes de scientificité le droit a besoin d'un modèle de la science. Cette préoccupation permanente emprunte toutefois au fil du temps des figures variables selon l'évolution des conditions politiques d'une part et de l'idée que le juriste se fait de la science d'autre part.

Il s'agit donc souvent, pour reprendre la classification proposée dans *Les mots et les choses*, de modèles transposés à partir d'un autre domaine de connaissance et non de modèles constituants. Foucault juge sévèrement ces modèles transposés dont il estime qu'ils ne jouent qu'un rôle d'image et perdent toute efficacité opératoire¹⁰. Si nous accordons que ces modèles valent principalement comme métaphores, nous soutenons à l'inverse qu'ils n'en sont pas moins chargés d'une grande valeur heuristique. Le rôle indispensable de la métaphore dans le processus de la découverte et de la connaissance non seulement philosophique mais aussi scientifique est à présent bien connu et reconnu¹¹. Je m'attacherai pour ma part à montrer le rôle effectif de ces modèles de raisonnement importés sur la formation de concepts spécifiquement juridiques et leur influence sur la pratique du droit. J'évoquerai également les relations qu'ils entretiennent avec des préoccupations plus politiques.

Durant la période que nous avons choisi, à savoir la fin de l'ancien régime, le tournant des révolutions libérales et la naissance des sciences sociales, trois modèles de raisonnement dominant successivement le champ des études juridiques françaises. A partir du XVII^e siècle, l'Ecole du droit naturel moderne, rompant avec la tradition scolastique, conçoit une science du droit nouvelle sur la base d'un modèle mathématique ou géométrique. Ce modèle sera assez brutalement révoqué après le grand tournant de la Révolution française (qui paradoxalement consacre d'une certaine façon sa victoire sur le terrain politique) et spécialement après l'événement majeur que constitue pour le droit français la codification napoléonienne. A

10. M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 368.

11. Paul RICŒUR, *La métaphore vive*, Seuil, Paris, 1975, spécialement huitième étude : « Métaphore et discours philosophique ». Jean-François MALHERBE, *Le langage métaphorique à l'âge de la science*, Ed. du Cerf, Paris, 1985, spéc. ch. IV : « La créativité du langage ».

sa suite s'impose le modèle philologique de l'École de l'exégèse qui règne presque sans partage sur la doctrine française pendant tout le XIX^e siècle et se diffuse spécialement à travers les grands commentaires du Code civil qui se multiplient pendant toute cette période. Ce n'est que tout à la fin du siècle, en 1899 très précisément, que l'ouvrage de François Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, osera attaquer de front ce modèle atteint par le temps et proposer comme alternative un modèle sociologique que développera l'École de la libre recherche scientifique avec un succès pratique mitigé.

1. Le modèle géométrique de l'École du droit naturel moderne. — Ce qui rassemble les membres de l'École du droit naturel, ce n'est ni une conception philosophique commune de la nature ou du fondement de la loi ni une attitude politique bien déterminée (on y trouve des absolutistes comme des libéraux) mais bien un projet méthodologique, un projet scientifique¹². L'École du droit naturel rompt avec la Scolastique qui s'épanouissait dans la casuistique, c'est-à-dire une discussion rhétorique de cas difficiles (*la disputatio*) s'appuyant sur les autorités¹³ et le procédé de l'analogie¹⁴. Les jusnaturalistes projettent de remplacer les discussions rhétoriques, perçues comme interminables arguties, par des démonstrations contraignantes qui seules apportent la certitude. Ils se délivrent de l'autorité des anciens au profit de l'évidence rationnelle qui s'impose au sujet comme critère de la vérité et donc de la solution des espèces¹⁵. Ils se défient de l'interprétation extensive des textes fondée sur l'analogie, car, « la similitude n'est plus la

12. A. DUFOUR, *Droits de l'homme, droit naturel et histoire*, Paris, PUF (Léviathan), 1992, p. 49.

13. En particulier les jurisconsultes romains via le *Digeste*.

14. Sur les formes et l'utilisation du raisonnement analogique à l'âge classique et plus généralement dans la pratique juridique : B. FRYDMAN, « Les formes de l'analogie », in *L'analogie et la méthodologie juridique*, *Revue de la Recherche Juridique — Droit Prospectif*, Presses Universitaires Aix-Marseille, 1995, 4, pp. 1053-1054.

15. BARBEYRAC : « C'est l'honneur de notre siècle, qui plus que tous les siècles passés, a secoué le joug d'une Autorité destituée de preuves », in S. PUFENDORF, *Le droit de la Nature et des Gens ou Système général des Principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique*, traduction J. Barbeyrac, Londres, Nours, 1740, Préface du traducteur, § 10.

forme du savoir mais l'occasion de l'erreur», comme l'écrit Foucault¹⁶. Ils préfèrent à l'analogie horizontale des cas la déduction verticale depuis des principes certains et généraux jusqu'aux solutions particulières¹⁷.

De même que Spinoza, mais sans pousser aussi loin que l'auteur de *l'Éthique* le formalisme de la démonstration *more geometrico*, les jusnaturalistes modernes se donnent les mathématiques et tout spécialement les *Eléments d'Euclide* pour modèle de scientificité¹⁸. Il s'agit, au départ d'un petit nombre de règles ou de lois tenues pour accordées ou considérées comme évidentes d'elles-mêmes à la manière des axiomes, de reconstituer par démonstrations progressives l'ensemble du droit naturel, voire même d'un droit positif réformé selon les règles de la droite raison. On est frappé à la lecture des auteurs par la confiance qu'ils manifestent dans la possibilité de rejoindre et même de dépasser dans le domaine juridique le degré de certitude prêté aux sciences physiques ou mathématiques. Si Grotius, fidèle encore sur ce point à l'aristotélisme, limite les ambitions de la raison au domaine des principes à l'exclusion de leur application dans des contextes contingents¹⁹, Pufendorf affirme contre lui la possibilité d'atteindre l'exactitude jusque dans la solution des cas particuliers déduite des principes généraux et donc la possibilité de principe d'une jurisprudence rationnelle de part en part²⁰. La solution des espèces par le juge préoccupe également ce juriste de formation et de profession qu'est Leibniz. Armé d'un outil logique et mathématique supérieur à celui des membres de l'École du droit naturel, dont il critique le manque de rigueur et l'insuffisance des résultats pratiques, Leibniz poursuivra sa vie durant une vaste entreprise de formalisation du droit qui implique la construction d'une langue juridique parfaite et artificielle, d'une logique déontique, dont il jette les bases à partir de la lo-

16. *Les mots et les choses*, O. C., p. 65.

17. En ce sens : Leibniz, *Nova Methodus*, 1667, VI, 1, cité par G. GRUA, *La Justice humaine selon Leibniz*, Paris, P.U.F., 1956, p. 250. *Adde* sur le déclin de l'analogie. M. FOUCAULT, O. C., p. 69.

18. Hobbes, Pufendorf et Leibniz, notamment, s'y réfèrent expressément comme modèle.

19. GROTIUS, *De iure bello ac pacis*, Prolégomènes, § 58 et Livre II, ch. XXIII, § 1er.

20. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, Livre I, ch. II, § 11.

gique modale, et la conception d'un vaste système classificatoire regroupant en tableaux l'ensemble des définitions et des éléments simples tirés de l'analyse du droit romain et/ou germanique²¹. Le tableau des éléments simples doit permettre idéalement de produire, par le moyen de l'*ars combinatoria*, l'ensemble des cas possibles tels qu'ils se sont présentés ou se présenteront aux magistrats chargés de les trancher²². Cet arsenal logique est censé immuniser les juges contre les arguties des avocats, que Leibniz ne portait pas dans son cœur²³.

Toutefois, malgré le projet leibnizien qui ne pourra d'ailleurs aboutir, il n'y aura pas au total d'absorption du droit par la logique ou les mathématiques mais plutôt une réorganisation du savoir et des empiricités juridiques sur la base d'une *mathesis* propre au droit. Le droit naturel moderne fournit le cadre en même temps que l'instrument conceptuel de cette entreprise dont les maîtres-mots sont l'"ordre" et le "système".

Le juriste moderne s'emploie en priorité à restaurer l'ordre dans la masse des signes juridiques qu'il trouve dispersés dans une multitude de textes divers : l'Écriture sainte (pour le droit divin révélé) ; le Code de Justinien (pour le droit romain) ; les ordonnances et Édits pour la législation royale mais aussi les coutumes des pays de France dont la rédaction a été entreprise à partir de l'Ordonnance de Montil-les-Tours (1454), les arrêts des Cours souveraines, etc. Ainsi, Domat met-il *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, selon le titre de son grand ouvrage publié en 1689, en s'aidant principalement du droit romain considéré comme « raison écrite » (mais dont il faut également réaménager l'ordonnancement). Remettre de l'ordre dans le droit permet d'instaurer l'ordre juridique, notion essentielle pour les juristes, qui désigne une totalité, un ensemble de règles, homogène et autonome, bénéficiant d'une validité qui lui appartient en propre. L'ordre juridique permet de représenter dans un tableau unique toutes les règles de droit, quelle que soit leur origine. Celles-ci peuvent désormais fonctionner toutes ensemble.

21. G. GRUA, *La justice humaine selon Leibniz*, Paris, P.U.F., 1956, pp. 241 et sq.

22. *Ibidem*, p. 246.

23. *Ibidem*, p. 261.

La notion d'ordre se précise dans celle de système. L'ensemble des signes juridiques ainsi représenté forme un système postulé cohérent et complet qui doit permettre, au niveau de l'application des normes cette fois, de fournir à chaque cas litigieux une et une seule réponse conforme au droit. Idéalement, le système doit permettre la résorption de l'interprétation dans la formalisation. En pratique, sa construction jamais achevée commande une chasse permanente aux lacunes et aux antinomies. L'idée de système emporte la répudiation de l'exception qui ne peut plus être conçue que comme la limitation du champ d'application d'une règle juridique par celui de la règle qui la borne ²⁴.

Sur le plan politique, le concept de droit naturel occulte d'importants enjeux de pouvoir mais fonctionne de façon amphibologique ²⁵. A travers l'entreprise de remise en ordre et le projet de codification se manifeste la volonté royale de confisquer à son profit exclusif le pouvoir de formuler les normes. On pourrait à cet égard établir un intéressant parallèle entre les efforts déployés en France par le pouvoir centralisateur dans l'émergence, la consolidation et la maîtrise d'une langue nationale et ceux consentis, avec sans doute moins de succès, dans la formation et la mise en œuvre d'un droit national ²⁶. Dans les

24. Domat : « les exceptions sont *des règles* qui bornent l'étendue des autres » (*Loix civiles*, Livre préliminaire, ch I, § 7). Leibniz : « *sapientem semper agere per principia seu regulas, nunquam per exceptiones, nisi cum regulae concurrunt inter se, et altera alteram limitat* ». (Cité par G. GRUA, *O.C.*, p. 244, note 5), et, « Il est vrai qu'il y a des *règles* qui ont des *exceptions*, surtout dans les conventions où il entre beaucoup de circonstances, comme dans la jurisprudence [...] mais il faut que toutes ces exceptions et sous-exceptions, bien déterminées, jointes avec la règle, achèvent l'universalité. C'est de quoi la jurisprudence fournit des exemples très remarquables ». *Nouveaux Essais sur l'entendement humain*, IV, ch 7, § 11. Voir également sur cette question : R. Sève, *Leibniz et l'école moderne du droit naturel*, Paris, PUF, 1989, pp. 202 et sq.

25. En ce sens, M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspero, 1986, spéc. pp. 315-319.

26. Un travail de ce type mais centré sur la période précédente a été tenté par Xavier Martin : « Langue française et droit coutumier en France à l'époque moderne », in *Langage et droit à travers l'histoire — Réalités et fictions*, Leuven-Paris, Peeters, 1989, pp. 135 et sq.

deux cas, rationalisation et modernisation dissimulent mal la volonté de puissance.

Le modèle déductif des systèmes de droit naturel modifie également en profondeur la nature du rapport de droit, dans un sens favorable à l'autorité. Le *vinculum iuris* romain était perçu comme un rapport horizontal entre deux sujets de droits égaux, générateur de droits et d'obligations. Le système du droit naturel développe au contraire le concept d'un rapport juridique vertical puisque tout droit particulier dérive d'un principe général posé dans et soutenu par le système global. Le droit objectif, décrété par Dieu ou par le Souverain, s'impose comme source des droits subjectifs. Le modèle biblique du commandement l'emporte sur le modèle romain de la relation. Dans la foulée, un renversement s'opère dans l'ordre des matières : le droit privé traditionnellement traité en premier et comme fondement du droit public dérive à présent de celui-ci et vient en second ²⁷.

On ne saurait toutefois limiter la portée du droit naturel à cette interprétation unilatérale. Principe organisateur du droit national, le droit naturel, qui se place sous le signe de la raison et donc de l'universel, l'est surtout du droit des gens, discipline de prédilection des grands jusnaturalistes modernes tels Grotius, Pufendorf et Vattel. Il permet la gestion de rapports complexes dans un monde de la Chrétienté divisé par la Réforme et élargi par les grandes découvertes. D'autre part, si le droit naturel est un facteur d'organisation du droit positif, il sert également d'étalon pour sa critique. Personne n'ignore que, sous sa bannière, les révolutionnaires combattront le pouvoir absolu et déclareront les droits naturels inaliénables de l'homme.

2. Le modèle philologique de l'École de l'Exégèse. — Si l'ère révolutionnaire consacre un moment la victoire du droit naturel sur le terrain politique, elle marque assez brutalement sa fin sur celui de l'épistémologie juridique. Après la codification napoléonienne, la dogmatique juridique rejette en termes très durs le jusnaturalisme au profit d'un positivisme légaliste de

27. Sur cette question, voyez SÈVE, *op. cit.*, pp. 20-22.

stricte obédience. Dans son *Traité de l'interprétation juridique* (1849), le doyen Delisle écrit ainsi à propos du jusnaturalisme : « Une théorie qui ne peut se plier à la pratique est *un je ne sais quoi*, qui n'est pas digne de fixer l'attention, ou qui certainement ne constitue pas la science du jurisconsulte. »²⁸ « Les droits, tels que les envisage le jurisconsulte, n'existent donc que sous la condition d'un pouvoir qui les appréciera, et qui, après les avoir reconnus, les maintiendra par des moyens coactifs ou coercitifs. »²⁹ Après 1804, la doctrine consacre ses meilleures forces à la rédaction de commentaires monumentaux du Code civil, suivant le plus souvent l'ordre même des articles du Code. Cette technique donnera son nom à l'École de l'Exégèse qui dominera pratiquement sans partage le champ juridique français pendant tout le siècle.

Le modèle scientifique de l'Exégèse se distingue du modèle jusnaturaliste en tant qu'il apparaît comme une nouvelle herméneutique. Le travail scientifique du juriste français du XIX^e siècle consiste pour l'essentiel à interpréter le Code et les lois positives. Le raisonnement juridique suppose désormais la compréhension correcte des textes. Au contraire du jusnaturalisme qui entendait résorber l'interprétation dans la formalisation et remplaçait la glose des textes traditionnels par de vastes tableaux classant des signes juridiques anonymes, l'École de l'Exégèse renoue avec l'antique tradition juridique du commentaire et de l'interprétation de la loi. Mais l'interprétation dont il s'agit n'a que peu de rapport dans sa méthode avec l'herméneutique ancienne et la tradition scolastique. L'École de l'exégèse met en œuvre un nouveau modèle normatif d'interprétation qu'il convient de mettre en parallèle avec celui qu'impose à la même époque l'École philologique dans le domaine des études littéraires, philosophiques et théologiques. On peut en effet observer, textes à l'appui, que juristes de l'Exégèse et philologues adoptent, dans leurs champs d'études respectifs, des méthodes d'interprétation similaires, qu'ils conçoivent comme seules scientifiques et qui sont marquées par l'histoire et la psychologie³⁰.

28. Préface, p. xi.

29. *Ibidem*, t. Ier, § 1, pp. 2-3.

30. Je résume ci-dessous les conclusions de mon étude : « Exégèse et Philologie : un cas d'herméneutique comparée », *Revue Interdisciplinaire d'Études*

J'en synthétise les principes fondamentaux. Premièrement, le texte de base doit être établi ou rétabli dans une version unique et originale, préalable nécessaire à toute investigation scientifique. Chez les juristes, cette condition se trouve remplie par l'œuvre de la codification et les formalités strictes de publication des lois post-révolutionnaires.

Ensuite, l'exégèse philologique affirme, à la différence de l'ancienne herméneutique, l'existence d'un sens unique et véritable pour chaque texte, déterminable en principe par l'investigation scientifique. Ainsi, selon le philologue Wolf, « Deux explications qui concerneraient le même passage, ou deux *sensus*, ne sont jamais possibles. Chaque phrase, chaque suite de phrases n'a qu'un sens, même si on peut bien discuter de ce sens. Il peut être incertain ; néanmoins, pour celui qui cherche, il n'y en a qu'un seul. »³¹ Plus catégoriquement encore, Gustave Lanson, le chef de file de l'histoire littéraire en France sous la Troisième République, déclare : « Il y a dans tous les ouvrages de littérature, même dans la poésie, un sens permanent et commun, que tous les lecteurs doivent être capables d'atteindre, et qu'ils doivent d'abord se proposer d'atteindre [...]. Il y a une vérité accessible dans l'étude littéraire et c'est ce qui la fait noble et saine. »³² De même, chez les jurisconsultes de l'Exégèse, Demolombe et Boileux affirment en termes pratiquement identiques : « *interpréter*, ce n'est pas *changer*, *innover* ; c'est fixer le sens exact, véritable d'une disposition, et déterminer sa portée : l'interprétation, de quelque source qu'elle émane, conduit donc au même but. En réalité, il n'y a qu'une seule espèce d'interprétation. »³³ La théorie du sens unique et véritable culmine dans la doctrine juridique du sens clair, élaborée

Juridiques, 1994-33, pp. 59-83.

31. F.A. WOLF, *Vorlesungen über die Altertumswissenschaft*, Leipzig, 1831, p. 282, cité et traduit par T. TODOROV, *Symbolisme et interprétation*, Paris, Seuil, 1978, pp. 138-39.

32. *Méthodes de l'histoire littéraire*, Paris, 1925, pp. 41-43.

33. BOILEUX, *Commentaire sur le Code Napoléon*, sixième édition, Paris, 1856, t. I, § 4, p. 28 (souligné par l'auteur). DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Troisième édition, Paris, 1865, t. Premier, § 115, p. 137. Voir aussi BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, t. premier, dixième éd., Paris, 1908, § 100, p. 52 : « [l'interprète] doit déterminer le véritable sens de la loi... ».

rée par l'Exégèse et consacrée par les cours de cassation française et belge (qui y demeurent fidèles jusqu'à ce jour)³⁴. Suivant cette doctrine, non seulement le texte de la loi a un sens unique mais encore ce sens peut en principe être saisi immédiatement et de manière évidente par le lecteur et spécialement par le juge qui ne peut dès lors l'éluder sous prétexte d'interprétation (*Interpretatio cessat in claris*).

Ce sens unique et scientifiquement garanti coïncide avec l'intention de l'auteur³⁵ ou de son *alter ego* juridique, le législateur. Pour Schleiermacher, « tout discours correspond à une série de pensées chez celui qui discourt »³⁶ et « la compréhension parfaite consiste à mieux comprendre celui qui discourt qu'il ne s'est compris lui-même ». Il s'agit avant tout d'exhumer la vie et de retrouver l'esprit et le génie de l'auteur dont le texte est l'expression. « Nous voulons être oubliés, écrit Lanson, et qu'on ne voie que Montaigne et Rousseau, tels qu'ils furent, tels que chacun les verra, s'il applique loyalement, patiemment son esprit aux textes. »³⁷ Schleiermacher n'hésite pas à convoquer l'autorité suprême pour entériner le primat de l'intention de l'auteur jusque dans l'interprétation de l'Écriture : « Si on demande en outre pourquoi l'Écriture n'est pas née de façon tout-à-fait miraculeuse sans faire appel à des hommes, alors il faut répondre que l'Esprit divin ne peut avoir choisi cette méthode qu'afin que nous reportions tout aux auteurs mentionnés. Voilà pourquoi cette interprétation peut seule être la bonne. »³⁸ De même, chez les juristes de l'Exégèse, et notamment pour Toullier, « l'interprétation, c'est l'art de découvrir les pensées qu'expriment les paroles ou les écrits »³⁹ et « l'œuvre de l'interprète,

34. M. VAN DE KERCHOVE, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de cassation », in *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Pub. des Fac. St Louis, 1978, pp. 13-50.

35. T. TODOROV, *op. cit.*, p. 140.

36. Les citations de Schleiermacher sont tirées de la traduction de Ch. BERNER, *Herméneutique*, Paris, Ed. du Cerf, 1987. On cite ci-après le manuscrit et la pagination de la traduction : *Herméneutique générale* (1809-1810), p. 75 et *Abrégé d'herméneutique* (1819), § 3-5, pp. 114-115.

37. LANSON, *Essais de méthode, de critique et d'histoire littéraire* (rassemblés et présentés par Henri Peyre), Paris, Hachette, 1965., pp. 47 et 69.

38. Note de 1828 sous *Abrégé* (1819), § 13, p. 120.

39. TOULLIER, *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. I, Bruxelles, Wahlen, 1845, § 304, p. 349 et § 307, p. 351.

selon Baudry-Lacantinerie, est donc de reconstituer la pensée du législateur »⁴⁰. Plus explicitement encore, Laurent énonce : « Il faut revenir à la règle établie par les auteurs mêmes du Code. Quelle est l'œuvre de l'interprète ? c'est de reconstruire la pensée du législateur » ; en effet, « n'est-ce pas la pensée qui constitue l'essence de la volonté, et par suite l'essence de la loi ? »⁴¹

Sur la base de ces principes, exégètes et philologues définissent de façon normative une technique d'interprétation en deux étapes solidaires. Schleiermacher distingue ainsi l'aspect grammatical qui comprend le discours à partir de la langue en étudiant les mots et leurs liaisons et l'aspect technique ou psychologique « qui se fonde sur la connaissance de la particularité de celui qui expose comme étant son unité interne »⁴². De même Lanson préconise d'établir d'abord le sens littéral « par l'histoire de la langue, la grammaire et la syntaxe historique » et ensuite le sens littéraire qui détache ce qui est propre à l'auteur du contexte de son temps, cherchant à saisir « dans un accent, dans un reflet, dans un tour, les intentions profondes et serrées qui souvent corrigent, enrichissent et même contredisent le sens apparent du texte »⁴³. Pour Schleiermacher cependant, « il ne s'agit pas de deux espèces d'interprétation mais au contraire toute interprétation doit réaliser les deux »⁴⁴. Les juristes de l'Exégèse distinguent également deux moments dans l'interprétation. D'abord, l'interprétation *grammaticale* qui, selon Aubry et Rau, « s'attache à déterminer le véritable sens d'un texte obscur ou incomplet, en s'aidant des usages de la langue et des règles de la syntaxe »⁴⁵. Ensuite, l'interprétation dite logique qui, d'après Laurent, « fait connaître l'esprit de la loi, les motifs qui ont guidé ses auteurs »⁴⁶. Selon Aubry et Rau : « L'interprétation logique est elle-même déclarative, extensive, ou restrictive, suivant

40. *Précis de droit civil*, t. premier, § 101, p. 52.

41. *Principes*, § 273, p. 343-344. La même idée est déjà développée au § 272, pp. 341-2.

42. *Idem*, p. 98.

43. « La méthode de l'histoire littéraire », p. 44 : Sixième et Septième étapes de la méthode.

44. *Herméneutique générale* (1809-1810), p. 75.

45. *Cours de droit civil français*, I, Cinquième éd., § 40, p. 193.

46. LAURENT, *Principes*, § 272, p. 341-2.

qu'elle a simplement pour objet de rechercher le véritable sens d'un texte obscur ou incomplet, ou qu'elle se propose d'étendre ou de restreindre la sphère d'application d'une disposition légale, dont la rédaction, quoique claire et complète en elle-même, ne rendrait cependant pas exactement la pensée du législateur. »⁴⁷ Comme l'indique encore Laurent, « ces deux interprétations concourent et elles se confondent même »⁴⁸.

Par le moyen d'une théorie de l'interprétation originale, des normes de scientificité nouvelles régissent donc les sciences herméneutiques, au sein desquelles le droit reprend toute sa place. La découverte du sens suppose une recherche à la fois historique et psychologique. Historique, d'une part, car la sémantique philologique fonctionne comme une étymologie : le sens véritable du texte est reconstitué en remontant à l'origine de sa première énonciation ; il est dès ce moment établi une fois pour toutes. D'autre part, le sens lui-même se définit comme une donnée psychologique puisqu'il coïncide avec l'état de conscience d'un sujet, fût-il un être mythique comme le Législateur par exemple. L'interprétation réussie suppose l'établissement d'une communication et même d'une connivence entre l'esprit de l'auteur et celui de l'interprète.

On peut également, sur les mêmes bases, rendre compte de l'École historique du droit de Savigny et Grimm qui, durant la même période, domine la science juridique allemande. L'École historique exalte la coutume, conçue comme le produit d'une lente maturation du *Volksgeist*, de l'Esprit du Peuple, comme une des manifestations visibles de la vie de cet organisme qu'est la communauté nationale. Pour cette école, la formation d'un droit national passe non par une codification à la française jugée artificielle mais par la reconstitution historique des sources populaires du droit. On enseigne classiquement que tout sépare l'École historique et l'École de l'exégèse qui s'opposent effectivement sur les questions de la codification et de la hiérarchie des sources. On n'aperçoit pas qu'elles ne peuvent si bien s'affronter

47. AUBRY et RAU, I, § 40, p. p 193-194. Dans le même sens : BAUDRY-LACANTINERIE, I, § 101 *in fine*, p 53.

48. *Principes*, § 272, pp. 341-42.

qu'elles partagent un certain nombre de prémisses non discutées sur la nature du droit, qui forment le sol commun de leur affrontement. De part et d'autre, c'est la même quête de l'origine pour dévoiler l'âme secrète de l'auteur de la norme. Comme le remarque l'historien de la pensée juridique Alfred Dufour, les deux écoles recourent au même concept fondamental de source du droit⁴⁹. Le concept de source est importé des sciences naturelles via la théologie et introduit en droit à l'initiative de l'École historique. La source du droit, c'est à la fois son origine et son fondement. La tâche du juriste du XIX^e siècle est d'y remonter par les voies de l'histoire et de la psychologie.

Un mot enfin sur la signification politique de la doctrine de l'Exégèse dans le contexte français. La référence permanente et sourcilleuse à la volonté du législateur historique, et en particulier du codificateur napoléonien, illustre bien, semble-t-il, l'attitude ambiguë que François Furet stigmatise comme celle du bourgeois du XIX^e siècle : héritier d'une révolution qui l'a porté au pouvoir mais dont il déteste le principe et craint le retour, il tente de se forger la tradition qui par nature fait défaut à cet anonyme⁵⁰. L'École de l'Exégèse s'emploie ainsi à recueillir un héritage juridique révolutionnaire déjà fort édulcoré par la codification et à sanctifier la volonté du législateur historique tout en se prémunissant par une interprétation conservatrice contre toute réactivation de cette volonté dans le sens du mouvement⁵¹.

3. Le modèle sociologique de l'École de la libre recherche scientifique. — Le modèle herméneutique de l'Exégèse pose des problèmes d'application importants aux juristes, différents certes mais aussi difficiles dans leur genre que ceux qu'avait suscités le modèle jusnaturaliste. Par exemple, comment trouver dans la volonté du législateur historique la solution aux problèmes nouveaux que l'évolution des techniques, des mœurs et des contextes sociaux pose chaque jour à l'institution judiciaire ? Ou

49. A. DUFOUR, *op. cit.*, spéc. pp. 256-58.

50. *Le passé d'une illusion. Essai sur l'idée communiste au XX^e siècle*, Paris, Laffont—Calmann-Lévy, 1995, ch. premier, spéc. pp. 28-29.

51. Sur l'édulcoration des idéaux du droit naturel par la contre-révolution, cons. Fl. GAUTHIER, *Triomphe et mort du droit naturel en Révolution (1789-1795-1802)*, PUF, Paris, 1992.

encore, comment justifier la solution adoptée par référence à la volonté politique d'un législateur historique dont le texte a survécu mais dont le règne est depuis longtemps révolu (la postérité des codes napoléoniens illustre bien ce problème) ? Malgré ces difficultés et la sclérose qui paralyse progressivement cette pensée immobiliste, le modèle exégétique s'intégrera durablement à la méthodologie juridique. Il faut attendre la fin du siècle pour que se manifeste au sein de la communauté des juristes une contestation radicale et qu'une alternative théorique structurée soit proposée par l'ouvrage de François Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*. Cet ouvrage, publié en 1899, marque la naissance de l'École de la libre recherche scientifique et de plusieurs courants dans sa mouvance. Ajoutons, pour n'y plus revenir, que, dans une perspective large, l'École de la libre recherche s'inscrit dans une tendance internationale lourde en théorie du droit de déplacement du centre de gravité du législateur vers le juge, mouvement auquel participent notamment l'École du *Freiesrecht* en Allemagne et l'École réaliste américaine.

Gény considère l'herméneutique des Exégètes comme une activité abstraite et stérile de juristes en chambre, attachés exclusivement à des textes de lois vieillis et éloignés des réalités sociales de leur temps. Il appelle les juristes à innover audacieusement, à adapter le droit aux exigences du moment, bien plus, à faire de la pratique juridique et spécialement judiciaire un instrument privilégié de réformation de l'ordre social vers le progrès. Gény admet certes le caractère obligatoire et contraignant de la loi mais, prenant, en quelque sorte, ses adversaires au mot, il limite strictement la portée impérative de celle-ci aux situations que le législateur a effectivement entendu viser lorsqu'il a promulgué la loi, à l'exclusion des cas de figures qu'il n'a pas ou n'a pu envisager et donc en particulier des situations nouvelles. Loin de couvrir l'intégralité du champ juridique, comme c'était le cas dans le modèle du Code, la législation apparaît, dans la présentation qu'en donne Gény, comme la réglementation ponctuelle de problèmes précis. « Elle n'offre, écrit-il, qu'une information très limitée sur l'état du droit, éta-

blissant quelques règles indispensables. »⁵² Au-delà, s'étend un vaste domaine de rapports sociaux que le juge arbitre. Sur quelle base devra-t-il statuer lorsque, comme cela se produira désormais souvent, la loi est reconnue muette ? Il ne sera pas soumis à la jurisprudence ni à la doctrine qui, selon Gény, peuvent apporter des éclairages mais ne font pas autorité. En réalité, en dehors du commandement de la loi strictement interprété et de l'intervention de la coutume, exceptionnelle en droit français, le juge retrouve toute liberté pour trancher le litige. Il usera bien de cette liberté en procédant à une recherche scientifique de la meilleure solution.

Le nouveau modèle scientifique prôné par Gény se réfère explicitement à la sociologie. « Celle-ci suffirait tout-à-fait à nous donner toutes les clartés nécessaires », « si elle réalisait jamais les espérances qu'on a fondées en elles », estime-t-il. Il considère d'ailleurs le droit positif comme une branche de la « sociologie appliquée »⁵³. Pour dire le droit, le juge doit se fonder non plus sur l'investigation d'une volonté mais sur l'observation attentive et méthodique des réalités sociales. Le juge fonde sa décision sur les lois de l'organisation sociale envisagées d'un point de vue dynamique car la pratique judiciaire ne doit pas seulement refléter l'ordre existant mais participer à sa réforme dans la direction du progrès. « Seule [la libre recherche scientifique] peut assurer le véritable progrès du droit dans le sens social. »⁵⁴ Le juge doit favoriser le progrès de la société par la considération toujours déterminante du but de la norme et de l'utilité sociale de sa décision. Pour mesurer cette dernière, le juge doit évaluer, en fonction des conditions économiques et sociales, les intérêts en présence et privilégier en droit le plus important. « On ne découvrira, écrit encore Gény, la mesure, juste et vraie, des droits individuels, qu'en scrutant leur but économique et social, et en comparant son importance à celui des intérêts qu'ils contra- rient. »⁵⁵

52. GÉNY, *Méthode d'interprétation...*, deuxième éd., Paris, 1919, II, p. 221.

53. *Ibidem*, I, § 7, p. 19. Salleiles, plus prudemment, en fait une « science sociale » (*Ibidem*, Préface, XVIII).

54. *Ibidem*, II, § 184, p. 225.

55. *Ibidem*, II, § 173, p. 173.

On voit bien quelles sont les références intellectuelles de Gény et de son école : la sociologie de Durkheim, l'utilitarisme de Bentham mais surtout la philosophie positiviste d'Auguste Comte. On note ainsi un amusant glissement dans la chaîne syntagmatique au niveau des titres des ouvrages : la « Méthode d'interprétation [...] du droit [...] positif » de Gény devient dans un ouvrage de Vander Eycken publié, en 1906, soit sept ans plus tard, « Méthode positive de l'interprétation juridique ». Toutefois, derrière ces grandes références, se profilent bien des difficultés épistémologiques révélatrices des ambiguïtés profondes du projet de Gény. D'abord, le statut de la décision judiciaire : elle revêt un caractère scientifique mais sa portée est strictement limitée à l'affaire traitée et donc pas généralisable (Gény refuse toute jurisprudence contraignante) ; mais elle ne se confond pas non plus avec la décision équitable qui, particulière elle aussi, n'a pourtant pas de valeur scientifique. On comprend mal en quoi consiste cette science du particulier. Ensuite, il est difficile de savoir si les lois de l'organisation sociale qui guident le juge dans sa décision sont des lois scientifiques descriptives du social ou des règles normatives. Sans doute un peu les deux pour Gény qui reproduit ici la position quasi-naturaliste de Comte sur les sciences morales. Enfin, quant à la fonction du juge, doit-il se contenter d'être la courroie de transmission du mouvement social dans le domaine juridique ou joue-t-il au contraire un rôle moteur dans la réforme de la société par le droit, mais dans ce cas sur la base de quelle légitimité ?

Malgré ces zones d'ombre, la libre recherche introduit ou réintroduit dans la théorie juridique plusieurs concepts intéressants. Elle développe ainsi une conception évolutive du droit, le juriste ne regardant plus pour en déterminer le contenu dans la direction de son origine, de sa source mais vers son but, son accomplissement. On observe, dans la foulée, la réhabilitation du jugement téléologique et d'une conception conséquentialiste de l'application du droit, fondée sur un calcul de type utilitariste, dont les paramètres économiques et sociaux demeurent cependant flous.

Quant à l'influence du nouveau modèle sociologique sur la pratique judiciaire, dans un premier temps, elle ne fut pas négligeable mais, au total, elle sera limitée. C'est ainsi qu'en Belgique, le Procureur Général près la Cour de cassation Paul Leclercq, acquis aux idées nouvelles, entraîne la haute juridiction à réformer sa jurisprudence, dans un sens "progressiste", sur plusieurs questions importantes, durant la période de l'entre-deux guerres, notamment sur la question de la définition des éléments constitutifs de la responsabilité. Mais, après le départ de son Procureur, la Cour de cassation retourna souvent à sa jurisprudence antérieure. Dans l'ensemble les juges français et belges n'endossèrent pas l'habit réformiste taillé à leur mesure par Gény et ses disciples et laissèrent au législateur le soin d'adapter le droit aux nouvelles conditions politiques.

Derrière le projet méthodologique proposé par Gény et les références scientifiques et philosophiques sur lesquelles il prend appui, se laisse aisément deviner une prise de position politique. Face à la critique radicale de la société et du droit opérée par Marx et Engels⁵⁶, et compte tenu du danger représenté par les mouvements sociaux révolutionnaires⁵⁷, la libre recherche scientifique manifeste une profession de foi légaliste et réformiste. Elle affirme à la fois l'urgence d'une réforme sociale, sa possibilité dans le cadre juridique existant et la nécessité du droit comme instrument de cette réforme. Gény appelle le juge à devenir « l'interprète légitime » du « mouvement si intense des idées sociales »⁵⁸. « De cette façon seulement, le droit peut rester maître du mouvement qu'il doit sans cesse diriger »⁵⁹. Le juge est revêtu d'une légitimité toute neuve. Promu expert de la science du social, il peut lire les lois secrètes d'une évolution harmonieuse dans les soubresauts qui agitent la société, dont il doit pour cette raison conserver la maîtrise⁶⁰.

56. Ces auteurs ne sont jamais cités par Gény, mais on ne peut s'empêcher de penser qu'ils constituent les interlocuteurs véritables, encore qu'inavouables, de l'École de la libre recherche.

57. *Méthodes d'interprétation et sources...*, connaîtra une seconde édition au lendemain de la guerre en 1919.

58. *Ibidem*, II, § 185, p. 229.

59. *Ibidem*, II, § 185, p. 226.

60. Sur cette question, en particulier le rapport de la sociologie à la maîtrise du social, voir dans ce volume la contribution de Hélène Desbrousses.