

REVUE D'HISTOIRE

DES FACULTÉS DE DROIT
ET DE LA CULTURE JURIDIQUE

LECTURES DE... N° 4 :

*LE SENS DES LOIS,
HISTOIRE DE L'INTERPRÉTATION
ET DE LA RAISON JURIDIQUE*
(Bruylant, 3^e éd., 2011),

de BENOÎT FRYDMAN

Journée d'étude organisée le 16 mars 2018 à l'université
Panthéon-Assas (Paris II), textes mis en ligne le 15 mars 2022.

Pour citer cet article : David Soldini, « La méthode scientifique et
l'étude du droit ou pourquoi les juristes n'aiment pas toujours la
science », *Revue d'histoire des Facultés de droit*, 2022, Hors série *Lectures
de... n° 4 : Le sens des lois, histoire de l'interprétation et de la raison juridique*
(Bruylant, 3^e éd. 2011), de Benoît Frydman, p. 23-38.

En ligne sur :

[https://univ-droit.fr/docs/contributions/4713149/4-rhfd-
lectures-de-n-4-b-frydman-le-sens-des-lois-par-d-soldini.pdf](https://univ-droit.fr/docs/contributions/4713149/4-rhfd-lectures-de-n-4-b-frydman-le-sens-des-lois-par-d-soldini.pdf)

LA METHODE SCIENTIFIQUE ET L'ETUDE DU DROIT OU POURQUOI LES JURISTES N'AIMENT PAS TOUJOURS LA SCIENCE

David SOLDINI
Maître de conférences en droit public,
École de droit de la Sorbonne

Dans son riche et imposant ouvrage *Le Sens des Lois*¹, Benoît Frydman dresse un bilan particulièrement critique du normativisme. Condamnant les juristes au silence, il conduit à l'abandon de l'élaboration et de l'application des lois aux princes et ne fournit aucun critère permettant de distinguer un arrêt juste d'une décision scélérate². Ce qui est reproché au normativisme l'est habituellement à toutes les approches positivistes du droit. Cette critique rejoint, à notre avis, les critiques qui ont pu être adressées au développement de la méthode scientifique dans de nombreux domaines de la connaissance. Ces attaques sont la conséquence directe de l'application de cette méthode qui conduit à une raréfaction de la parole du chercheur sur de nombreux sujets qui peuvent pourtant paraître indissociables de son objet d'étude. Cela provoque une certaine frustration, à l'origine des réactions de nombreux acteurs.

Afin d'exposer ce propos, il convient, au préalable, d'apporter quelques rapides précisions terminologiques. Les termes « normativisme » et « positivisme » sont utilisés en référence à des définitions larges. Le mot « positivisme » désigne l'ensemble des approches se définissant ou étant définies comme telles et qui se

¹ Le texte qui suit reprend, dans ses grandes lignes, l'intervention prononcée lors de la journée d'étude organisée par la Société pour l'histoire des facultés de droit le 16 mars 2018 à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne autour du livre de B. Frydman, *Le sens des lois*, Bruxelles, Bruylant, 3^e éd., 2011. Je remercie à nouveau Benoît Frydman ainsi que Pierre Bonin, qui a organisé cette journée, pour l'occasion qui m'est ainsi donné de présenter ces idées.

² B. Frydman, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 585.

caractérisent par la reconnaissance de principes épistémiques généralement et ici désignés par l'expression « méthode scientifique »³. Le terme « normativisme » désigne une des formes possibles, historiquement située, de l'application de cette méthode à l'étude du droit. Il conviendra de préciser plus avant le sens exact de l'expression « méthode scientifique » et donc du terme « positivisme ». Il ne sera pas question en revanche d'approfondir ici ce qui distingue le normativisme des autres approches positivistes, c'est-à-dire de l'ensemble des méthodes qui se définissent comme telles ou qui sont régulièrement désignées comme telles et qui partagent les présupposés épistémiques désignés sous l'expression « méthode scientifique ».

Après avoir rapidement discuté l'idée d'une crise frappant le positivisme et le normativisme (I), nous procéderons à l'étude des causes du sentiment de frustration qui semble frapper de nombreux juristes contemporains, en rappelant les fondements épistémiques de la méthode scientifique et en évoquant les conséquences de leur mobilisation dans le cadre de l'étude du phénomène juridique (II).

I. Les différentes crises alléguées du positivisme

L'idée d'une crise liée aux approches positivistes du droit est reprise plusieurs fois dans l'ouvrage de Benoît Frydman. D'abord lors de la présentation du modèle géométrique⁴ puis lors du bilan critique du normativisme⁵.

La notion de crise appliquée à une idéologie peut renvoyer à différents phénomènes. Concernant le positivisme juridique, la notion désigne le plus souvent, et plus particulièrement dans l'ouvrage commenté, l'idée d'une crise historique ou morale. Le désastre de la Seconde Guerre mondiale aurait définitivement démontré les dangers et les limites des approches positivistes. Les juristes seraient condamnés à rechercher leur salut et celui de la société, en renouant avec le jusnaturalisme que les positivistes avaient cru, à tort, détruire. Suivant cette approche, si le positivisme ne peut

³ L'expression et la définition de la « méthode scientifique » sont notamment empruntées à E. Schrödinger, *La nature et les Grecs*, Les Belles Lettres, 2014.

⁴ B. Frydman, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 264.

⁵ B. Frydman, *Le sens des lois*, *op. cit.*, p. 585.

être tenu pour directement responsable de la dérive totalitaire, il a cependant créé un terreau fertile à ces régimes inhumains. En cela, il doit être considéré comme condamné moralement.

Enfin, s'ajoute aux crises historique et morale, une troisième forme de crise, que l'on qualifiera de fonctionnelle mais qui pourrait tout aussi bien être considérée comme existentielle pour de nombreux juristes. Avec l'avènement du positivisme, ces derniers seraient amenés à abandonner leur fonction historique et donc leur raison d'être. D'autres diraient que le positivisme les invite simplement à se taire, ce qui ne peut que déplaire.

Après avoir écarté l'idée d'une crise historique (A) ou morale (B), il conviendra de s'interroger sur l'idée d'une crise fonctionnelle (C) provoquée par le développement des approches positivistes.

A. L'absence de crise historique dans l'après-guerre

La crise historique du positivisme désigne le prétendu abandon des approches positivistes par les juristes, après la Seconde Guerre mondiale. Cette idée mérite d'être fortement nuancée. En effet, du point de vue de sa diffusion dans les communautés de juristes, le normativisme tend à s'imposer à la fin des années 1950, non sans critiques et contestations, dans de très nombreuses traditions universitaires. Ainsi, Herbert Hart publie *Le concept du droit* en 1961 alors qu'en France les travaux de Hans Kelsen sont traduits et diffusés par Charles Eisenmann⁶. Pendant ce temps, en Italie, Norberto Bobbio s'évertue à faire connaître l'œuvre du philosophe autrichien aux juristes italiens avec un évident succès⁷.

Parallèlement à cette diffusion du normativisme, qui aura une influence durable sur la formation des juristes des différents États, se développent également rapidement d'autres approches, qui se revendiquent ou sont également qualifiées de positivistes : le réalisme ou les réalismes, issus en particulier des traditions scandinaves et américaines.

⁶ H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (C. Eisenmann trad.), Paris, Dalloz 1962.

⁷ Cf. notamment, parmi l'impressionnante production de Norberto Bobbio sur le positivisme et le normativisme, les articles traduits en français et regroupés sous le titre « Etudes kelséniennes », *Essais de théorie du droit* (N. Bobbio dir.), Paris, LGDJ, 1998.

Il faudra attendre la fin du XX^e siècle pour voir apparaître des tentatives de conciliation ou de rapprochement entre ces deux branches du positivisme. C'est le cas de la théorie réaliste de l'interprétation, développée par Michel Troper⁸ mais également de la théorie de Jurgen Habermas⁹, qui cherche une conciliation entre les différentes rationalités (sociales, juridico-idéales, éthiques...). Les débats entre positivistes se poursuivent pendant plusieurs décennies, comme en témoigne par exemple en France, la controverse opposant Otto Pfersmann à Michel Troper au début des années 2000 sur les présupposés épistémiques de la théorie réaliste de l'interprétation¹⁰.

Aussi, si les approches positivistes sont critiquées, contestées, parfois complétées, il paraît excessif de parler de crise grave, du moins du point de vue historique. Au contraire, la période de l'après-guerre est caractérisée par le développement des approches positivistes. Les réactions contre ces approches, parfois brillantes, néanmoins souvent isolées, témoignent de cette hégémonie bien plus qu'elles ne parviennent à la contester.

B. L'absence de crise morale

Les réactions anti-positivistes de l'après-guerre reposent le plus souvent sur le postulat que le positivisme porte une part de responsabilité dans l'avènement des régimes totalitaires en Europe. Ainsi, en Belgique, Chaïm Perelman avec la Nouvelle Rhétorique¹¹ ou en Allemagne Gustav Radbruch¹² qui, dans une perspective plus conciliante, développe les concepts d'injustice légale et de droit supralégal, estiment tous deux devoir dépasser le positivisme et réintroduire, au sein de l'étude du droit, une discussion sur les

⁸ Cf. en ce sens, notamment, M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, collection Léviathan, 1994 et, *Id.*, *La théorie du droit, le droit, l'État*, PUF, collection Léviathan, 2001.

⁹ Cf. en particulier, J. Habermas, *Droit et démocratie – Entre faits et normes*, Gallimard, 1992.

¹⁰ O. Pfersmann, « Contre le néo-réalisme juridique. Pour un débat sur l'interprétation », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 52, 2002/4, p. 789-836 ; M. Troper, « Réplique à Otto Pfersmann », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 50, 2002/2, p. 335-353 ; O. Pfersmann, « Une théorie sans objet, une dogmatique sans théorie. En réponse à Michel Troper », *Revue française de droit constitutionnel*, n° 52, 2002/4, p. 759-788.

¹¹ L. Olbrechts-Tyteca et C. Perelman, *Traité de l'argumentation, la nouvelle rhétorique*, PUF, Paris, 1958, vol. 1 et 2.

¹² G. Radbruch, « Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht », *Süddeutsche Juristenzeitung*, 1, 1946, p. 105-108.

valeurs, la morale et la justice. Ces questions ne peuvent être dissociées de la problématique de la définition même de ce qu'est le droit. La guerre et les régimes totalitaires ont montré le risque d'une conception du droit axiologiquement neutre qui pose comme seul critère de juridicité la validité formelle des règles juridiques et place les notions d'autorité et d'obéissance au cœur de son modèle de représentation théorique.

L'argument est connu : en défendant une conception « pure » de l'étude du droit, les normativistes auraient, sinon encouragé, au moins rendu légitime l'idée que le droit n'est que le produit de l'autorité et qu'il convient, en toutes circonstances, d'y obéir. En alimentant le mythe de la toute-puissance de l'État, seul créateur de droit et unique détenteur de la force légitime nécessaire à la sanction, le normativisme, prolongeant l'œuvre du courant positiviste dans lequel il s'inscrit, aurait rendu les juristes mués, incapables de dénoncer ce qui pouvait être légal mais qui n'en était pas moins inhumain, immoral ou injuste. Neutralisant toute volonté de résistance, le positivisme et le normativisme auraient ainsi prêté main-forte aux totalitarismes en offrant aux dictateurs modernes une conception du droit à leur mesure, adaptée à leurs sombres desseins.

Cette critique, présentée ici de manière caricaturale, n'est sans doute pas sans intérêt et elle a le mérite de dénoncer la manière dont les idéologies politiques totalitaires ont pu dévoyer et récupérer différents courants de pensée. Toutefois, si des liens peuvent, a posteriori, être établis entre le totalitarisme du XX^e siècle et certains discours se réclamant du positivisme, ce lien existe également avec le naturalisme, le matérialisme, le spiritisme, l'existentialisme et même, du moins, pour les juristes, le pluralisme¹³ ! Le désastre idéologique du milieu de XX^e siècle a tout emporté sur son passage et il paraît difficile de disqualifier l'héritage intellectuel européen qui précède l'avènement des idéologies totalitaires au motif que ces dernières auraient souhaité s'inscrire dans des sillons plus nobles que ceux qui les ont réellement vus naître et prospérer.

¹³ À propos des liens entre la théorie du pluralisme juridique et l'idéologie fasciste cf. notamment : D. Soldini « Santi Romano, penseur pluraliste et étatiste », *Jus Politicum*, n° 14 (<http://juspoliticum.com/article/Santi-Romano-penseur-pluraliste-et-etatiste-933.html>, consulté le 15 juillet 2018).

C. Une crise fonctionnelle et existentielle ?

Il est cependant possible de percevoir une troisième forme de « crise » dans les propos de Benoît Frydman. Il s'agit d'une crise de fonction du travail des juristes, qui peut s'interpréter comme une crise existentielle. Le bilan critique du normativisme, dressé avec beaucoup de clarté, consiste à dénoncer l'impuissance dont seraient victimes ses adeptes. Le normativisme et le positivisme condamnent les juristes au silence, ces approches conduisent à l'abandon de l'élaboration et de l'application des lois aux princes, elles ne fournissent aucun critère permettant de distinguer un arrêt juste d'une décision scélérate. L'attaque est frontale.

L'auteur dénonce les conséquences des postulats épistémiques des théories positivistes et en particulier la version du normativisme développée par Hans Kelsen. Ce dernier revendique ce que Benoît Frydman critique : le rôle des juristes n'est pas de juger, établir ou évaluer la norme juridique mais de l'identifier puis de la décrire. Le juriste ne doit pas justifier moralement la règle de droit, ou la dénoncer comme injuste le cas échéant, mais simplement attester son existence et la décrire en des termes dénués, le plus possible, d'ambiguïtés. La pureté, revendiquée par le théoricien autrichien, se mute, dans le discours de Benoît Frydman, en un défaut originel qui disqualifie la méthode normativiste. Au cœur du différent, deux conceptions du rôle ou de la fonction du juriste s'opposent : le juriste observateur de Hans Kelsen d'une part, le juriste créateur de droit de Benoît Frydman de l'autre.

Le propos n'est pas sans rappeler certaines réflexions de Norberto Bobbio sur les limites de l'approche normativiste et sa recherche, infructueuse, d'une théorie fonctionnaliste du droit, susceptible de compléter l'analyse formaliste et structuraliste proposée par le normativisme¹⁴. Pour le théoricien turinois, l'enjeu de cette recherche impossible répond à un impératif d'ordre quasiment existentiel. En se cantonnant à la seule lecture normativiste, qui s'intéresse principalement à la structure des normes et des ordres juridiques, les juristes ignorent les phénomènes qui caractérisent pourtant l'évolution contemporaine du droit : le développement des sanctions positives ou de la fonction

¹⁴ N. Bobbio, *De la structure à la fonction, Nouveaux essais de théorie du droit*, Dalloz, 2012.

promotionnelle du droit¹⁵. Ils se condamnent ainsi au silence et laissent aux autres chercheurs en sciences sociales le soin de décrire les phénomènes qui concernent pourtant leur objet d'étude. Les économistes, les sociologues, les psychologues, se chargent d'étudier et d'interpréter ces évolutions, avec leurs outils, tandis que les juristes sont incapables de les identifier.

S'ils semblent partager les mêmes présupposés critiques face au silence imposé aux juristes par le normativisme, force est d'admettre que les résultats auxquels parviennent les deux auteurs diffèrent radicalement : alors que Norberto Bobbio semble reconnaître l'impossibilité de développer une théorie fonctionnaliste sur des fondements scientifiques solides, Benoît Frydman s'efforce de proposer une approche alternative en partant de fondements épistémiques différents.

La réflexion de Norberto Bobbio repose sur l'idée que la science se construit en segmentant et en séparant les problèmes ; Benoît Frydman suit quant à lui une approche inclusive, multidisciplinaire et globalisante. Le théoricien italien affirme :

la science moderne naît de la recherche patiente de petits domaines d'étude, de l'abandon des intuitions générales, de la substitution graduelle des visions universelles gratuites par des vérités partielles contrôlées¹⁶.

À l'inverse, Benoît Frydman prône une approche alternative à la méthode scientifique et analytique, le modèle pragmatique.

Le modèle pragmatique rend compte de la rationalité à l'œuvre dans la pratique du droit et lui impose ses exigences de validité. À l'inverse des modèles modernes, le modèle pragmatique puise ses ressources au cœur même de la raison juridique, de son génie et de son histoire¹⁷.

D'un côté, la méthode scientifique se déploie, avec ses analyses, ses distinctions, ses conclusions partielles et sa parole rare ; de l'autre, la recherche d'un ensemble cohérent, la raison juridique, favorise les

¹⁵ Les sanctions positives visent à récompenser une action conforme ou super-conforme. En renonçant à attribuer une valeur axiologique aux notions juridiques, le normativiste ne peut distinguer une norme sanctionnée négativement d'une norme sanctionnée positivement (dans les deux cas, elles correspondent à la formule : « Si (a) alors il doit (b) »).

¹⁶ N. Bobbio, « La teoria pura del diritto e i suoi critici », *Studi sulla teoria generale del diritto*, Turin, 1955, p. 91.

¹⁷ B. Frydman, *Le sens des lois, op. cit.*, p. 682.

associations d'idées, les rapprochements presque intuitifs et la multiplication des discours.

Refusant de renoncer aux présupposés épistémiques de la méthode scientifique, Norberto Bobbio concluait sa recherche par un aveu d'impuissance ; Benoît Frydman, méfiant envers le positivisme et soucieux de redonner la parole aux juristes, veut croire en la possibilité d'une théorie du droit à vocation spéculative et interprétative même s'il admet son caractère ontologiquement imparfait : « le débat contemporain contraint les juristes à faire leur deuil d'une technologie officielle de l'interprétation, qui viendrait occuper la place laissée vacante par la doctrine de l'exégèse »¹⁸.

Au-delà des différences, substantielles, entre les propos de Benoît Frydman et de Norberto Bobbio, tous deux, à plus de 30 ans d'écart, s'inquiètent du silence des juristes. Si les conclusions s'opposent, les constats de départ se ressemblent : le normativisme conduit les juristes à un certain mutisme. Considéré gênant, frustrant et parfois même dangereux par certains, le silence relatif du chercheur est pourtant une conséquence habituelle de l'application de la méthode scientifique à un domaine de la connaissance. Le droit ne fait pas exception.

II. Les caractéristiques de la méthode scientifique et le silence du chercheur

Loin de constituer une spécificité propre aux seules discussions entre juristes, le lien entre le recours à la méthode scientifique et la raréfaction de la parole des chercheurs est un phénomène classique dans le développement de la connaissance. Le progrès de la méthode scientifique conduit à l'abandon d'un certain nombre de prétentions de la part des spécialistes. Il entraîne une progressive autolimitation des discours des chercheurs sur des sujets qui pouvaient pourtant paraître inextricablement liés à leur objet d'étude. Facteur de frustration pour certains, gage d'objectivité et de scientificité pour d'autres, le silence du chercheur révèle son adhésion aux deux principes qui fondent la méthode scientifique : l'abandon de toute prétention ontologique des théories scientifiques (A) et le retrait du

¹⁸ *Id.*

sujet observant de l'objet observé (B), origine et condition de la neutralité axiologique.

Ces deux caractéristiques réduisent la fonction de compréhension du réel, longtemps attribuée aux discours savants au profit du développement de connaissances partielles mais sûres, car contrôlées. Elles limitent également la parole du scientifique, et éventuellement du juriste, qui renonce à intervenir dans de nombreux débats, du moins en tant que scientifique ou en tant que juriste observateur.

L'introduction de la méthode scientifique conduit en effet à la diversification de la figure du spécialiste. Ainsi, la fonction du juriste se dédouble pour former deux catégories parfaitement distinctes : d'une part, le juriste observateur, de l'autre, le juriste acteur. Cette distinction supplante la division traditionnelle entre le juriste praticien et le juriste savant. Le juriste acteur peut être praticien au sens classique du terme (juge, avocat) mais il peut également occuper une place de savant (universitaire, chercheur) et s'employer à influencer la production de règles juridiques ou leur interprétation : il renonce alors à la neutralité axiologique propre à l'observation scientifique. Il n'est pas rare d'ailleurs que le juriste savant use de la confusion sur son rôle d'acteur ou d'observateur¹⁹. De même, le juriste observateur peut sortir de son rôle afin, notamment, de défendre des positions idéologiques et indiquer les directions que, selon lui, le droit devrait suivre : dans ce cas, il perd sa qualité d'observateur scientifique et ses propos ne peuvent être mis sur le même plan que ses travaux d'observateur scientifique.

Définir la méthode scientifique à l'aune des deux caractéristiques proposées relève d'une opération à la fois descriptive (ces deux attitudes peuvent se rencontrer tout au long de l'histoire des

¹⁹ Pour avoir un aperçu de cette pratique, ainsi qu'une dénonciation de celle-ci, il est possible de se référer aux lettres des juristes à l'occasion du débat public sur le mariage pour tous. À la lettre des plus de 170 juristes savants et acteurs, demandant le retrait de la loi répondaient les juristes savants et observateurs les invitant à se taire.

La lettre des opposants au projet de loi, les juristes acteurs : <http://www.cadureso.com/actualite/actualite-sante/3331-170-professeurs-de-droit-rentrent-en-resistance-face-au-projet-de-loi-taubira> (consulté le 15 juillet 2018).

La réponse des juristes observateurs : <http://www.raison-publique.fr/article601.html> (consulté le 15 juillet 2018).

sciences²⁰) et prescriptive (le respect de ces deux critères détermine la possibilité pour une méthode d'être qualifiée de scientifique). Pour autant, il ne s'agit nullement d'un jugement de valeur et le recours à ce vocabulaire n'implique pas l'impossibilité de développer des connaissances en ayant recours à des méthodes échappant à la définition proposée. De même, les méthodes qualifiées de scientifiques ne sont évidemment pas infaillibles même lorsqu'elles respectent scrupuleusement les critères posés !

A. L'abandon des prétentions ontologiques des discours scientifiques

Il y a plus de 50 ans, en 1962, Thomas Kuhn écrivait :

La notion d'une adéquation entre l'ontologie d'une théorie et sa contrepartie réelle dans la nature me semble par principe une illusion. Par ailleurs, en tant qu'historien, je suis frappé par le caractère peu plausible de ce point de vue²¹.

L'épistémologue expliquait alors qu'il n'y avait aucune succession logique, ou plutôt, pour reprendre ses termes, « aucune direction cohérente de développement ontologique »²² dans l'évolution historique des grandes théories physiques.

Thomas Kuhn annonçait ainsi l'idée selon laquelle une théorie scientifique, aussi performante soit-elle pour produire de la connaissance scientifique, ne peut pas être une représentation complète ou explicative du réel. La valeur d'une théorie ne correspond pas à sa capacité de représentation ontologique.

Ce constat théorique et historique d'une dissociation entre l'ontologie d'une théorie et sa contrepartie réelle dans la nature dérive notamment de la grande découverte épistémologique de Hume, qui consiste à remarquer que la relation entre cause et effet n'est pas directement observable mais exprime simplement une succession régulière. Dès lors, la science moderne n'explique pas, elle se

²⁰ Le lecteur pourra se référer au petit livre d'E. Schrödinger, *La nature et les Grecs*, *op. cit.*, mais également aux travaux de divulgations de chercheurs plus contemporains comme L. Smolin, *Rien ne va plus en physique*, Dunod, 2006 et L. Smolin, *La renaissance du temps*, Dunod, 2014 ou encore C. Rovelli, *Par-delà le visible*, Odile Jacob, 2014.

²¹ T. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Flammarion Champs Sciences, 1992, p. 280.

²² *Id.*

contente de décrire. L'abandon de la recherche des causes premières, suggérée par la révolution épistémique de Hume va conduire au développement d'une science morcelée, chaque domaine progressant de manière autonome, sans offrir d'explication générale.

Renoncer aux prétentions ontologiques des théories scientifiques permet d'envisager la coexistence de théories, pourtant apparemment contradictoires, afin de résoudre des questions traitant du même phénomène. En ce sens, l'abandon d'une théorie unitaire ou d'un modèle standard général n'est certainement pas synonyme de stagnation scientifique ! Bien au contraire. C'est ce qu'il est possible d'observer dans de nombreux domaines, en particulier en physique. Il n'y a plus de modèle standard depuis bientôt un siècle, la physique est plus morcelée que jamais, et pourtant, elle n'a jamais autant produit de résultats. Un discours similaire peut être fait en logique et sans doute dans de nombreuses autres disciplines.

La coexistence de théories contradictoires pourtant capables de produire des résultats est directement liée à l'abandon de la fonction ontologique des théories. Cela suppose, notamment, que les descriptions scientifiques de phénomènes observables ne soient pas interprétées comme des représentations du réel mais simplement comme des modèles qui permettent de résoudre des questions que la pratique scientifique soulève. Lorsque Benoît Frydman dénonce le fait que l'approche normativiste « ne correspond pas à la vision que les juges eux-mêmes et les autres participants au processus judiciaire ont de leurs pratiques dans les sociétés démocratiques contemporaines »²³, il met en évidence ce phénomène.

En cela, la science est sceptique : elle se désintéresse de l'essence des choses qu'elle étudie, « elle fait, disait Jean-Paul Dumont, comme si la question de la nature en soi de son objet pouvait n'avoir aucune importance »²⁴. Le normativisme ne permet pas de se représenter le droit tel qu'il se développe, se crée ou est interprété dans une salle d'audience, il ne dit rien sur ce qui se passe dans l'esprit des acteurs ou sur le caractère juste ou injuste d'une décision, il est mué sur la question des rapports de force qui conditionnent la création et l'application des normes juridiques. Il offre cependant aux

²³ B. Frydman, *Le sens des lois, op. cit.*, p. 585.

²⁴ J.P. Dumont, *Le scepticisme et le phénomène, Essai sur la signification et les origines du pyrrhonisme*, Vrin, 1985, p. 238.

chercheurs un modèle théorique susceptible de les aider dans leur pratique quotidienne en fournissant des réponses à un certain nombre de questions auxquels ils se trouvent confrontés.

Dès lors, si, à l'instar de Benoît Frydman, les juristes reprochent souvent au normativisme et au positivisme leur caractère sceptique car ils renoncent à évaluer les décisions de justice ou les règles juridiques à l'aune de valeurs morales, éthiques ou même en fonction de leur efficacité sociale, il convient de se souvenir de l'avertissement d'Erwin Schrödinger :

Le scepticisme à l'état pur est chose facile et stérile. Le scepticisme chez un homme qui est parvenu plus près de la vérité qu'aucun autre avant lui, et qui reconnaît pourtant clairement les limites étroites de ses propres constructions mentales, est grand et fécond. Il ne diminue pas la valeur des découvertes, mais en multiplie plutôt par deux l'importance²⁵.

B. Le retrait du sujet observant de l'objet observé

L'autre caractéristique propre de la méthode scientifique consiste à faire comme si celui qui observe un phénomène afin de l'étudier n'appartenait pas au monde observé. Le scientifique simplifie le problème de la compréhension : « il se néglige lui-même, il exclut de la représentation à édifier sa propre personnalité, le sujet de la connaissance »²⁶.

Cette méthode n'est pas une création moderne et elle se retrouve sous des formes diverses depuis l'Antiquité, au moins. Par exemple, chez Héraclite, il faut s'attacher au commun alors que la plupart s'approprient leur pensée comme une chose personnelle²⁷. Elle est également présente chez Démocrite. Dans le célèbre fragment B 125, la raison affirme :

Convention que la couleur, convention que le doux, convention que l'amer ; en réalité : les atomes et le vide. Les sens répondent : « Misérable raison : c'est de nous que tu tires les éléments de ta croyance et tu prétends nous réfuter ! ».

²⁵ E. Schrödinger, *La nature et les Grecs, op. cit.*, p. 36.

²⁶ E. Schrödinger, *La nature et les Grecs, op. cit.*, p. 87.

²⁷ « Il y a pour les éveillés un monde unique et commun, mais chacun des endormis se détourne dans un monde particulier », Héraclite, *Fragments*, Introduction par M. Conche, PUF, 1986, p. 63.

Dans les deux situations, le sujet se retire de l'objet observé, la réalité est « objectivée ». Héraclite se réfère à ce qui nous est commun, afin d'établir un critère objectif, par opposition à ce qui nous est propre et particulier, ou subjectif. Le fragment de Démocrite exprime la tension entre la représentation théorique et atomiste que son auteur se fait du monde et le monde sensoriel qui est à l'origine de la représentation théorique. Les sens permettent à Démocrite de construire le modèle atomiste mais, dans ce dernier, les perceptions n'existent plus. Les sens disparaissent de la représentation dont ils sont pourtant à l'origine. On ne saurait exprimer avec davantage de clarté, de simplicité et de force le paradoxe propre à la méthode scientifique.

L'épistémologie moderne s'efforcera de donner d'autres définitions et d'autres noms à cette même idée : vérifiabilité, falsification possible, capacité à résoudre des énigmes, faire de la science dans une boîte... La recherche d'un critère objectif de vérité ou de connaissance passe par la disparition du sujet et de la subjectivité qu'il porte nécessairement. Bien que présente chez certains penseurs de l'Antiquité, cette posture méthodologique n'a pourtant pas prospéré et fut longtemps oubliée. Aussi ne faut-il pas être surpris de lire un des principaux théoriciens de la physique contemporaine s'exclamer, encore aujourd'hui, avec une ironie certaine :

Malheureusement, il nous est resté tout Aristote, sur lequel on a ensuite reconstruit la pensée occidentale, mais rien de Démocrite. Peut-être que, s'il nous était tout resté de Démocrite et rien d'Aristote, l'histoire intellectuelle de notre civilisation aurait été plus heureuse²⁸.

L'infortune historique de la méthode s'explique peut-être par le potentiel déceptif des représentations qu'elle génère. Pour reprendre, encore, les mots de Schrödinger,

le tableau que dresse la science du monde réel qui m'entoure [est] horriblement silencieux au sujet de tout ce qui est vraiment près de notre cœur, au sujet de tout ce qui nous importe vraiment. Il ne peut pas nous dire un mot à propos du rouge et du bleu, de l'amer et du doux, de la douleur et du plaisir physiques ; il ne sait rien sur le beau et le laid, sur le bien et le mal, sur Dieu et l'éternité. La science prétend parfois répondre à des questions appartenant à

²⁸ Il s'agit de Carlo Rovelli, l'un des pères de la théorie de la « gravité quantique à boucle ». C. Rovelli, *Par-delà le visible*, *op. cit.*, p. 32 et 33.

ces domaines, mais ses réponses sont souvent si stupides que nous n'avons aucune tendance à les prendre au sérieux²⁹.

C'est, au fond, ce qu'exprime le fragment de Démocrite précédemment cité. C'est également ce que nous enseignent les sceptiques lorsqu'ils affirment que le feu brûle mais qu'il est impossible d'en déduire quoi que ce soit quant à la nature du feu et que toute tentative en ce sens est vouée à un lamentable échec. C'est aussi ce que dénonce Benoît Frydman lorsqu'il met en lumière les lacunes du positivisme et l'incapacité du normativisme à distinguer l'arrêt juste de la décision scélérate ou lorsqu'il considère que le positivisme ne permet pas de représenter la manière dont les juges et les autres acteurs judiciaires pensent et agissent.

Ces lacunes ne sont peut-être pas éternelles et il est possible que la méthode scientifique puisse, un jour, être mobilisée pour étudier certains de ces problèmes et combler des silences qu'elle a elle-même créés, en répondant à des questions qui paraissent aujourd'hui hors de sa portée. De même, la frontière entre les résultats obtenus par la méthode scientifique et les considérations éthiques, morales, sociales ou sociétales ne doit pas nécessairement être vue comme totalement hermétique. Notamment, le chercheur positiviste peut se doter d'une éthique et orienter ses recherches dans un but prédéfini sans nécessairement trahir la méthode scientifique. Il peut donner sa propre interprétation, non scientifique, des résultats obtenus, procéder à des mises en garde et même dénoncer le danger que comportent certaines découvertes. Enfin, il peut parfois renoncer à explorer certaines hypothèses qui impliquent d'admettre des postulats qu'il rejette a priori pour des motifs non scientifiques³⁰. Toutefois, si le chercheur souhaite parcourir ces zones frontalières, se risquer au-delà du territoire exploré, sans pour autant se noyer dans le vaste océan des discours généralistes et inconséquents, la

²⁹ E. Schrödinger, *La nature et les Grecs*, *op. cit.*, p. 89.

³⁰ Ainsi, par exemple, Lee Smolin dans son ouvrage *La renaissance du temps*, *op. cit.*, s'oppose à l'idée selon laquelle le temps n'a pas de réalité objective car les conséquences de cette hypothèse sont incompatibles avec l'idée de libre arbitre. Or, cette idée de l'existence du libre arbitre est une croyance d'ordre éthique et non une connaissance scientifique. La démonstration de la réalité objective du temps avait, pour des raisons similaires, constitué la dernière grande quête, inachevée, d'Einstein. Alors que le problème ne peut être tranché avec certitude, les chercheurs se positionnent en fonction de critères moraux ou éthiques.

conscience du renoncement qu'implique la démarche scientifique est sa seule boussole.

Conclusion

Un rapide regard sur l'état de la science juridique contemporaine suffit pour comprendre que la situation dénoncée par Norberto Bobbio dans les années 1970 ou par Benoît Frydman dans les années 2000 n'a pas vraiment changé. La science du droit persiste dans son incapacité à affronter certaines questions qui semblent pourtant appartenir au monde des juristes. En découle une évidente frustration qui rend légitimes les appels au dépassement des approches positivistes traditionnelles.

Pourtant, si des réponses aux nombreuses questions délaissées par la science du droit contemporaine devaient être trouvées, on peut penser qu'elles le seront grâce aux mêmes fondements épistémiques qui ont conduit les juristes au silence relatif d'aujourd'hui. La question épistémique ou des fondements philosophiques de la science juridique pourrait d'ailleurs, à terme, s'éteindre d'elle-même. Jacques Bouveresse reprenant les propos de Wittgenstein dans le cadre de la controverse l'opposant à Freud, sur le statut de la science, écrivait :

La clarification que la philosophie est susceptible d'apporter dans [le domaine de la science] n'a, de façon générale, qu'une importance et une utilité très limitées, lorsque le statut scientifique de la discipline est, comme c'est le cas, par exemple, pour les mathématiques, bien établi. Dans le cas d'une science proprement dite, c'est en fin de compte la pratique scientifique et elle seule qui décide. La clarté philosophique a [...] à peu près autant d'importance pour le développement de la science que la lumière du soleil pour la croissance des germes de pommes de terre³¹.

L'étude du droit ne fait pas exception et, si elle n'a pas pleinement acquis ce statut scientifique, elle s'en approche progressivement. Le positivisme et le normativisme, qui ont favorisé la diffusion de la méthode scientifique dans l'étude du droit, ont eu un rôle fondamental dans cette évolution et leur influence se fait toujours puissamment sentir.

³¹ J. Bouveresse, *Philosophie, mythologie et pseudo-science*, éd. de l'éclat, 2015, p. 263.

Il est probable que la science du droit évolue rapidement dans les prochaines années, grâce notamment au développement de technologies et de techniques nouvelles, permettant l'avènement de savoirs inédits mais également autorisant une transformation radicale du fonctionnement même des systèmes juridiques. Les progrès de la recherche en neurosciences et en sciences comportementales, les foudroyantes avancées de l'informatique, des systèmes d'information ou de la robotique risquent de bouleverser les systèmes juridiques et la manière dont nous les observons. Il n'est pas absurde de croire que cela conduira à une diversification extrême de la figure du juriste et, qu'à terme, le savant, si élégamment décrit par Benoît Frydman, disparaisse ou se transforme au point de ne plus lui ressembler. Alors, pourquoi ne pas imaginer, demain, qu'un juriste scientifique puisse effectivement comprendre ce qui se passe dans l'esprit des acteurs judiciaires. Si cela a lieu un jour, il se peut que ce soit une ultérieure conséquence de l'application de la méthode scientifique dans l'étude du phénomène juridique.