
McGILL LAW JOURNAL
REVUE DE DROIT DE MCGILL
Montréal
Volume 32 1987 No 4

La mort de la littérature juridique ?
Le droit et le savoir : Mémoire en défense

Christian Atias*

Certains spécialistes des sciences sociales et de l'épistémologie dénoncent la littérature juridique. Ils reprochent à l'étude « interne » du droit — c'est-à-dire l'étude du droit par les juristes — d'accuser un important retard par rapport à l'étude « externe » du droit — telle qu'elle serait menée par les spécialistes des autres sciences. Dans un premier temps, l'auteur reprend l'évolution de la distinction « interne-externe », et critique l'interprétation qu'en a fait le rapport *Le droit et le savoir*. La « critique externe » repose sur des préceptes fragiles, et l'auteur affirme que la littérature juridique est proprement le lieu de l'étude du droit et du savoir des juristes. En second lieu, l'auteur porte son regard sur l'avenir du savoir juridique. Il souligne la nécessité d'utiliser un amalgame de techniques, tirées de la philosophie, de l'anthropologie et des autres sciences sociales, pour aider le juriste à expliciter les hypothèses des divers raisonnements et théories juridiques. L'auteur souhaite une intégration des enseignements de la science juridique et de ceux des sciences sociales, et il envisage la renaissance d'un savoir global, d'une épistémologie de synthèse qui exploitera l'affinité des différentes disciplines entre elles.

Some experts in the social sciences and epistemology criticize legal scholarship. They claim that the "internal" study of the law — namely, the study of law by jurists themselves — lacks the sophistication of an "external" study — namely, the study of law by social scientists. The author first outlines the evolution of the "internal-external" distinction, and examines the way it was interpreted by the report on *Law and Learning*. The "external criticism" of social scientists rests on fragile precepts, and the author concludes that legal literature is properly the forum for the study of the law and legal science. Second, the author looks to the future of legal scholarship and sees a need to use an amalgam of philosophical, anthropological and other social science techniques to help the jurist understand the precepts of diverse juridical arguments and theories. The author calls for an integration of legal science and the other social sciences, and hopes for the emergence of a global science, a synthetic epistemology which would exploit the affinity between diverse disciplines.

*De la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille (Institut Portalis), Boulton Senior Fellow, Faculté de droit, Université McGill (1986-1987). Ayant eu la chance exceptionnelle que m'a donné la Fondation Boulton d'être accueilli dans une institution aussi prestigieuse que l'Université McGill, je savais d'emblée que l'accord serait déséquilibré : comment rendre à la Faculté une petite part de tous les bienfaits dont elle m'a comblé ? Que les responsables — Monsieur le doyen Roderick Macdonald en particulier — et tous les collègues qui m'ont entouré, qui m'ont aidé de leurs conseils, qui m'ont guidé dans la recherche de la documen-

Sommaire

- I. Un droit dans sa littérature, ou les vertus d'un savoir juridique interne
- A. *L'évolution de la distinction des points de vue interne et externe*
- B. *Les insuffisances de la distinction des points de vue interne et externe*
- II. Une littérature dans son droit, ou les espoirs d'un savoir sans frontière
- A. *Le nom de la science*
- B. *La survie d'un autre savoir*

* * *

1.— *De quelle mort ?* Imaginez la devant nous cette belle littérature juridique de langue française,¹ forte d'une splendeur qui ne saurait se faner ! Il ne faut pas la voir avec les yeux de ses ennemis, « mais fidèle, mais fière, et même un peu farouche, charmante, jeune, traînant tous les coeurs après soi »². Elle apporte encore aux juristes de notre temps les enseignements du passé sans lesquels ils ne pourraient tenter de préparer l'avenir. Elle traverse les siècles, entourée de ses innombrables amants. Il y en eut de discrets dont l'apport pourtant ne fut pas négligeable ; il y en eut de tapageurs. Il y en eut de timides qui suivaient la ligne tracée par d'audacieux prédécesseurs. Il y en eut de raisonnables et d'imaginatifs. Il y eut les générations passionnées d'histoire, de théorie, de philosophie ou seulement d'abstraction ;

tation, qui m'ont fait bénéficier de leurs réflexions trouvent ici l'expression de ma chaleureuse gratitude. J'ai tant appris à leurs côtés et grâce à eux que je n'étudierai probablement jamais plus une question de droit de la même façon qu'avant ce séjour à Montréal. En accueillant un professeur français qui n'avait aucun titre à faire valoir pour mériter un tel honneur et tous les avantages qui y étaient attachés, les collègues québécois ont fait preuve d'une générosité à laquelle j'ai été particulièrement sensible. Puissent-ils n'avoir pas été trop déçus par leur choix !

¹Les exemples évoqués ici seront empruntés à la littérature française et, dans la mesure où j'ai pu en prendre une première connaissance, à la littérature québécoise ; quelques allusions seront également faites à la Belgique. C'est dire combien mon propos est limité.

²J. Racine, *Phèdre*, Racine : Théâtre complet, t. 2, Paris, Gallimard, 1983, 275 à la p. 292 (acte II, scène V) [c'est nous qui transposons au féminin].

il y eut celles qui, atteintes de torticolis,³ voulaient connaître seulement la pratique du jour et le fait actuel. Il y eut des maîtres de la recension, d'insatiables collectionneurs de jugements et de références et, face à eux, des « faiseurs de systèmes »,⁴ des brasseurs d'idées. Il y eut les Hérédia du détail, les Victor Hugo de la synthèse, les Apollinaire de la notion, les Mallarmé de la catégorie, les Villon de la qualification. Portée par leurs efforts, nourrie de leurs oeuvres, ammée par leurs différences, voire par leurs rivalités, la littérature juridique a vécu. Et nul ne se demandait si, dans cette littérature-là, il y avait bien du droit ; nul ne se demandait si la science du droit méritait bien son nom.

Il paraît que c'en est fini. Beaucoup parlent des maladies, voire de la mort de notre littérature juridique. Et tous ne le disent pas avec cette sorte de nostalgie que les grands hommes laissent après eux et qui incitait Musset à écrire :

Aujourd'hui l'art n'est plus, — personne n'y veut croire.
Notre littérature a cent mille raisons.
Pour parler de noyés, de morts, de guenilles.
Elle-même est un mort que nous galvanisons.⁵

Imaginez-la devant nous. « [S]entant sa mort prochaine »,⁶ la littérature juridique rassemble autour d'elle ses amours et ses enfants. Elle leur désigne, avec une fierté attendrie, quelques-uns de ses plus beaux fleurons. Car elle n'a rien à envier à la poésie⁷ ou au théâtre ;⁸ elle a ses lettres de noblesse. Si Stendhal disait avoir appris la langue française, la meilleure langue française, en lisant le *Code civil*, ni du Bellay, ni Boileau, ni les Anciens, ni les Modernes ne renieraient les formules les plus heureuses de Planiol, de Demolombe ou de Portalis : comment oublier « ce concert indélébile, [...] cette puissance invisible, par laquelle, sans secousse et sans commotion, les

³C.H.S. Fifoot, *Judge and Jurist in the Reign of Victoria*, London, Stevens and Sons, 1959 à la p. 76 : « [I]f a stiff-necked generation would not learn from the past, it should find it hard to profit from the present [...] ».

⁴Voir J. Rivéro, « Apologie pour les 'faiseurs de systèmes' » D.1951.Chron.99 ; Chenot, concl. sous Cons. d'État, 10 février 1950, *Steur Gicquel*, Rec.1950.100.

⁵A. de Musset, *La coupe et les lèvres*, Premières poésies de Alfred de Musset, Paris, Charpentier, 1867, 205 à la p. 212.

⁶J. de LaFontaine, *Le laboureur et ses enfants*, P. Michel et M. Martin, éd., LaFontaine : Fables, t. 1, Paris, Bordas, 1969, 213.

⁷Il est vrai que, dans la littérature de *common law*, des vers peuvent être cités : voir K.N. Llewellyn, *The Common Law Tradition*, Boston, Little, Brown, 1960 à la p. 399. En droit civil, il faudrait songer aux brocards de Loysel.

⁸La littérature juridique s'efforce aussi de définir ses canons : voir P. Samuelson, « Good Legal Writing : Of Orwell and Window Panes » (1984) 46 U. Pitt. L. Rev. 149.

peuples se font justice des mauvaises lois, et qui semblent protéger la société contre les surprises faites au législateur, et le législateur contre lui-même ? »⁹

Il y a peut-être là quelques raisons d'espérer. Après tout, la mort de la littérature juridique avait déjà été annoncée à maintes reprises. Leibniz ne cherchait-il à remplacer le droit par les mathématiques ?¹⁰ Régulièrement, l'antienne lancinante revient. Quelque sombre prophète annonce que les juristes ne pourront plus écrire. S'il faut croire ces augures, le phénomène aurait des manifestations diverses, contradictoires. Parfois, c'est seulement une appréciation portée sur la qualité du style juridique¹¹ qui conduit à souhaiter ou à annoncer l'extinction rapide d'une aussi piètre production. Parfois, le constat est plus fondamental, plus radical aussi. Les juristes seraient menacés d'être réduits au silence, puis de disparaître soit par le progrès du droit qui n'aurait plus besoin — comme si la littérature juridique avait été une maladie du droit — d'être décrit tant il deviendrait précis, clair et complet,¹² soit par l'excès de droit qui interdirait d'aller au-delà des constats d'urgence et des analyses d'actualité,¹³ soit par l'appauvrissement du droit qui deviendrait catalogue, liste de données, table de références.¹⁴ Parfois enfin, des distinctions apparaissent. Ce n'est plus la littérature juridique dans son ensemble qui décline ; c'est tel ou tel de ses aspects jugé particulièrement important ou symbolique. C'est la doctrine,¹⁵ c'est la théorie¹⁶ qui sont en crise.

⁹J.-E.-M. Portalis, *Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil*, ed. par F. Portalis, Paris, Joubert, 1844 à la p. 18.

¹⁰Voir G.W. Leibniz, *Dissertation on the Art of Combinations* [1666], Leibniz : Philosophical Papers and Letters, trad. par L.E. Loemker, Dordrecht, Holland, D. Reidel Publishing, 1969, c. 1 ; du même, *A New Method for Learning and Teaching Jurisprudence* [1668], Leibniz : Philosophical Papers and Letters, *supra*, c. 2.

¹¹Voir S. Stark, « Why Lawyers Can't Write » (1984) 97 Harv. L. Rev. 1389.

¹²Ce pourrait être un rêve du positivisme le plus étroit ! Comparer L.L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*, Chicago, Foundation Press, 1940 aux pp. 138-40.

¹³Voir J. Carbonnier, *Essai sur les lois*, [s.l.], Répertoire du Notariat Defrénois, 1979 à la p. 124 [réimpression de D.1975.Chron.115] ; N. Nitsch, « L'inflation juridique et ses conséquences » (1982) 27 Arch. phil. dr. 161 ; et R. Savatier, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social » D.1977.Chron.43.

¹⁴C'est la crainte de la réglementation, en particulier.

¹⁵Voir P. Durand, « La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne de droit privé » D.1956.Chron.73 ; R.A. Macdonald, « La doctrine : Source de droit administratif québécois ? » (1984) 29 R.D. McGill 340 ; du même auteur, « La nature, le rôle et l'influence de la doctrine universitaire en droit administratif québécois » (1985) 26 C. de D. 1071 ; A. Tunc, « Sortir du néolithique : Recherche et enseignement dans les Facultés de droit » D.1957.Chron.71. Voir aussi J. Brêthe de la Gressaye, « De la connaissance pratique du droit et de ses difficultés » D.1952.Chron.89.

¹⁶Voir les différents articles dans (1986) 4 Droits (consacrés au sujet « crises dans le droit ») ; comparer O.M. Fiss, « The Death of the Law ? » (1986) 72 Cornell L. Rev. 1 (à propos de l'analyse économique du droit et du mouvement d'études critiques du droit).

Cette diversité des présentations suscite l'inévitable question : si la littérature juridique doit être abandonnée, si ses indispositions sont multiples et ses malaises innombrables, quelle sera sa fin ? Plusieurs semblent conclure à la mort par malnutrition ; d'autres songeraient plutôt à une forme maligne d'indigestion :

'Legal literature' may at first impression sound rather grandiose, but it is both a useful and a neglected category. [...] Yet for academic lawyers in particular the general health of our legal literature should be a matter of professional concern. At present the patient is not moribund, indeed frenetic energy is one of its symptoms, but it is suffering from a number of ailments which are not easy to diagnose, let alone to cure.¹⁷

Ce qui est sûr, c'est que l'entente ne règne pas sur les termes.

2.— *De quelle littérature juridique ?* Parler de littérature juridique peut être un moyen d'éviter les pièges que nous tendent les hiérarchies habituelles, les étiquettes exclusives, les cantonnements réducteurs, les appréciations hâtives. Qui veut tenter de dresser un bilan littéraire de la production juridique ne peut guère parler d'emblée de doctrine ou de théorie ; ces termes risqueraient d'être utilisés pour séparer par avance le bon grain de l'ivraie. C'est la diversité des genres dont il faut, au contraire, essayer de rendre compte. Durant le dix-neuvième siècle, en France, les juristes se sont crus divisés par une querelle de méthode. Il y aurait eu les tenants de l'analyse législative (le commentaire) et les adeptes de la synthèse doctrinale (le traité). Les arguments furent échangés avec une certaine vivacité, alors qu'au fond l'accord était fait. Le *Code*, avec ses catégories préconstituées et accueillantes, offrait un utile point de départ pour une analyse qui devait savoir prendre sa liberté dès que les nécessités de la synthèse apparaissaient.¹⁸ Beaucoup d'auteurs, après avoir évoqué la controverse, adoptèrent une solution de compromis, « [tenant] le milieu entre le commentaire et le traité »¹⁹ ou publiant « un traité sous la forme d'un commentaire ».²⁰ Aux

¹⁷W.C. Twining, « Is Your Textbook Really Necessary ? » (1970) 11 J. Soc. Public Teachers of Law 81 à la p. 88. Voir aussi T.B. Smith, « The Contribution of Legal Literature » dans *Proceedings and Papers of the Fifth Commonwealth Law Conference*, Edinburgh, [s.éd.], 1977, 105 ; et A.W.B. Simpson, « The Rise and Fall of the Legal Treatise : Legal Principles and the Forms of Legal Literature » (1981) 48 U. Chi. L. Rev. 632. Comparer B.N. Cardozo, « Law and Literature » dans B.N. Cardozo, *Law and Literature and Other Essays and Addresses*, New York, Harcourt, 1931, 1. L'analyse du droit comme une sorte de littérature sera ici laissée de côté : voir à ce sujet R. Dworkin, « Law as Interpretation » (1982) 60 Tex. L. Rev. 527 aux pp. 530 et 540 ; S. Levinson, « Law as Literature » (1982) 60 Tex. L. Rev. 373.

¹⁸Voir à ce sujet, P. Rémy, « Éloge de l'exégèse » (1982) 7 R.R.J. 254, reproduit dans (1985) 1 Droits 115 [ci-après cité à Droits].

¹⁹J.F. Taulier, *Théorie raisonnée du Code civil*, t. 1, Paris, Delhomme, 1840 à la p. 13. Voir aussi V. Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. 1, 6e éd., Paris, Delamotte, 1866 aux pp. xiv-xv (préface à la cinquième édition).

²⁰T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. 1, Paris, Pichon, 1892 à la p. x.

côtés de ces deux genres trop complaisamment opposés, fleurirent également les cours, répétitions,²¹ répertoires²² et les monographies à vocation généralement pratique. La littérature juridique eut aussi ses genres moins amples. Des études, articles ou dissertations parurent dans diverses revues.²³ Rapidement, des commentaires des décisions de justice furent publiés. Enfin, une analyse exhaustive de la littérature juridique aurait certainement grand avantage à examiner aussi le style des actes, contrats, testaments, ainsi que des jugements. En définitive, le dix-neuvième siècle sut laisser s'exprimer tous les tempéraments, tous les talents. Les objets de réflexion les plus variés furent envisagés ; législation codifiée ou non, principes philosophiques, moraux ou juridiques, arrêts, séries jurisprudentielles, évolutions historiques, travaux préparatoires, droit comparé, tout fut défriché avec plus ou moins de bonheur, tout fut collecté, tout fut examiné et rassemblé avec plus ou moins de résultats immédiats — « *du Code civil, un siècle d'efforts et de controverses a progressivement fait surgir le Droit civil.* »²⁴

Est-ce à dire que, du point de vue de la littérature juridique, toutes les époques, au moins les plus récentes, se ressemblent ? Cette exagération-là — dans le sens d'une absolue continuité — ne serait pas moins critiquable que la présentation inverse, plus habituelle, qui fit de 1899 l'année d'une rupture brutale.²⁵ Il faut certes laisser de côté les traits de caractère. Les enthousiastes — les points d'exclamation de Demolombe pourraient être mis en regard des digressions de Bonnetant — ne furent probablement pas moins nombreux parmi les commentateurs du *Code civil* que parmi les

²¹Le terme était pris comme synonyme de leçon : voir F. Mourlon, *Répétitions écrites sur le premier examen de Code Napoléon*, t. 1, 9e éd., Paris, Marescq Ainé, 1873 à la p. iii [ci-après *Répétitions*].

²²Après les collections qu'avait connues l'Ancien Régime (celles Guyot, Merlin et Denisart), il y eut notamment *La jurisprudence générale du Royaume*, éd. rev. par M. Dalloz, t. 1-12, Paris, Smith/Bureau de la jurisprudence générale, 1825-1830 ; *Jurisprudence générale : Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, éd. par M. Dalloz, t. 1-44, Paris, Bureau de la jurisprudence générale, 1845-1864. Voir aussi *Pandectes françaises : Nouveau répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence*, par M. Rivière et al., t. 1-59, Paris, Morescq Ainé et Plon/L.G.D.J., 1886-1905 ; et *Répertoire général alphabétique du droit français*, par E. Fuzier-Herman et al., t. 1-37, Paris, Sirey, 1886-1906.

²³Parmi les revues juridiques du 19e siècle, notons la *Thémis* (1819-1830) ; la *Revue de droit français et étranger* [Revue Foelix] (1834-1850) ; la *Revue critique de jurisprudence* (1851-1852) — dont les responsables, Demolombe et Marcadé, sont de ceux dont le 20e siècle prétendra qu'ils ignoraient résolument la jurisprudence ; la *Revue de législation* [Wolowski] (1835-1853) ; et la fusion des deux dernières en la *Revue critique de législation et jurisprudence* (1853-1870 ; et la nouvelle série : 1871-1939).

²⁴Rémy, *supra*, note 18 à la p. 121.

²⁵Ce fut l'année de la publication de l'ouvrage de F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : Essai critique*, Paris, Chevalier-Marescq, 1899 ; suivi de peu par M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, Pichon, 1900.

contemporains des audaces jurisprudentielles ; chaque période eut aussi ses atrabilaires invétérés, ses critiques systématiques et ses disciplinés de principe. Ce qui oppose plutôt les deux périodes, c'est le sort des traités et celui des thèses. Les premiers firent florès jusqu'en 1930-1950 pour disparaître ensuite provisoirement, tandis que manuels et précis prenaient de l'ampleur et de l'ambition ; certains d'entre eux aujourd'hui s'apparentent fort aux traités d'autrefois. Quant aux thèses, leur volume a considérablement augmenté à partir des années 1900, pour certaines d'entre elles au moins. À comparer la production moyenne des années 1880 et celle des années 1980, il semble que la tendance récente soit à exiger de la première oeuvre les qualités du chef-d'oeuvre. Cette observation pourrait d'ailleurs être généralisée ; il semble bien que le style juridique, dans la France d'après-guerre, soit devenu plus formel et aussi plus solennel. La construction s'est faite plus rigide et les références de plus en plus nombreuses ; les intitulés les plus modestes en apparence au moins — songez aux nombreux « cours » publiés au dix-neuvième siècle — ont été à peu près abandonnés.²⁶ Une dernière observation s'impose pour saluer l'apparition d'un nouveau genre littéraire bien connu dans les pays de *common law*, mais que le dix-neuvième siècle français avait ignoré : les résumés de décisions de justice, parfois accompagnés de commentaires, se sont développés dans les années 1930. Ainsi, un nouvel arrêtisme se forme-t-il en France, et ses caractéristiques sont plus proches de celles de l'arrêtisme québécois que des notes de Labbé.

Il est notable que la littérature juridique québécoise ait connu une évolution très comparable à celle de la France. Ici aussi, la première période est marquée par la parution de traités, oeuvres de longue haleine, impressionnantes par leur ampleur et par leur richesse ;²⁷ l'exemple de Mignault fut suivi par plusieurs autres, chacun apportant son génie propre à la théorie du droit civil canadien.²⁸ De même, les articles publiés dans les nombreuses revues, universitaires ou non, ont pris une importance considérable. Ils ne se contentent pas de suivre l'actualité en l'exposant pour les besoins de la pratique ; d'excellentes études théoriques, portant sur les sujets les plus divers et les plus ardues, paraissent régulièrement. Il faudrait encore signaler les nombreux précis, manuels et monographies publiés au Québec. Les mêmes tendances que dans la littérature juridique française se retrouvent

²⁶C. Aubry et C. Rau, après Duranton et Delombe, publièrent des « cours » : voir C. Aubry et C. Rau, *Cours de droit civil français*, 2e éd., t. 1-5, Strasbourg, Lagier, 1843-1846.

²⁷Pour une recension, voir L. Baudouin, *Les aspects généraux du droit privé dans la province de Québec : Droit civil, droit commercial, procédure civile*, Paris, Dalloz, 1967 aux pp. 89-95 ; du même auteur, *Le droit civil de la province du Québec : Modèle vivant de droit comparé*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1953 aux pp. 108-13.

²⁸Justice n'est peut-être pas toujours rendue à l'oeuvre de Mignault en raison du fait qu'il présenta son ouvrage comme directement inspiré des *Répétitions* de Mourlon (*supra*, note 21) ; son apport propre dans cet ouvrage et dans ses articles ne fut pourtant nullement négligeable.

assurément.²⁹ Une particularité qui n'est sans doute pas négligeable doit pourtant être relevée. La littérature juridique québécoise, à toute époque, fait preuve d'un auto-scepticisme, voire d'une auto-insatisfaction qu'elle partage d'ailleurs avec celle des provinces canadiennes de *common law*. En 1896, Mignault constatait déjà la faiblesse de la doctrine québécoise³⁰ et ce thème est devenu une sorte de leitmotiv.³¹ Cet état d'esprit caractéristique a pu s'expliquer, à l'origine, par l'importance de la doctrine française antérieure au développement de la doctrine québécoise ; il est permis de penser qu'aujourd'hui, rien ne le justifie plus. À l'évidence, sur bien des points, la littérature juridique française aurait grand intérêt à profiter davantage du fonds québécois.³²

Ainsi, dans le bilan de la littérature juridique récente de langue française, c'est la diversité des genres et des modes d'expression qu'il faut surtout retenir. Ceux qui ont pour mission d'essayer de connaître la production de leurs prédécesseurs, d'en transmettre l'essentiel, avant d'y apporter peut-être leur propre contribution, savent ce qu'ils doivent à la « science du droit » ; ils savent aussi combien il est difficile d'en percevoir toute la richesse et d'en tirer tous les bénéfices. Pour eux, il est clair que la littérature juridique est l'instrument de formulation, de conservation et de transmission d'un savoir. Il leur faut donc demeurer conscients des changements qui ont affecté ce savoir.

3.— *Le savoir juridique et ses avatars.* Tous les vocables employés pour désigner la connaissance du droit, dans son ensemble ou en certains de ses aspects seulement, ont subi des changements de sens considérables. Le juriste d'aujourd'hui qui parle de science du droit, de jurisprudence ou de doctrine, ne songe plus aux mêmes genres de savoirs juridiques que ses prédécesseurs. La science du droit, ce fut la connaissance de ces vérités naturelles et morales, individuelles et sociales, que le législateur lui-même, comme les juges, devait contempler et contemplant pour découvrir un droit

²⁹Pour un bilan d'ensemble de la littérature juridique québécoise, voir L. Pichet, « Grands et misères de nos ouvrages de droit » (1945) 5 R. du B. 294 ; P.-G. Jobin, « Les réactions de la doctrine à la création du droit civil québécois par les juges : les débuts d'une affaire de famille » (1980) 21 C. de D. 257 ; S. Normand, « Une analyse quantitative de la doctrine en droit civil québécois » (1982) 23 C. de D. 1009.

³⁰P.-B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 1, Montréal, Whiteford & Théoret, 1895 à la p. vi. Voir aussi J.-G. Castel, *The Civil Law System of the Province of Quebec*, Toronto, Butterworths, 1962 à la p. 232.

³¹Voir Jobin, *supra*, note 29 ; Macdonald, *supra*, note 15. Voir aussi l'introduction de F.R. Scott dans « Report of the Committee on Legal Research » (1956) 34 R. du B. can. 999 aux pp. 1000-1.

³²Il faut songer à des domaines comme le droit de la responsabilité civile et particulièrement à l'évaluation des dommages et intérêts ou encore à l'instauration d'une charte des droits et à ses conséquences diverses.

que nul ne pouvait créer. Le doyen François Gény lui donna encore ce sens³³ pour la distinguer de cet art de la construction juridique dont il voulut faire une technique. Le juriste qui concevait ainsi la science du droit avait conscience de ne pouvoir se contenter de connaissances éparses, aussi complètes et détaillées fussent-elles ; il savait avoir besoin de se constituer et de se développer sans cesse un habitus³⁴ qui le rendrait sensible à ces vérités cachées. Aujourd'hui, la science du droit paraît être devenue, pour la plupart des juristes, la connaissance des décisions législatives et jurisprudentielles. La jurisprudence, ce fut cette même science, dans son premier sens évidemment. Pour Toullier, « [l]a jurisprudence est la science des lois » ;³⁵ c'est seulement selon certains que le mot peut désigner aussi « l'habitude d'interpréter les lois et de les appliquer aux *espèces* qui se présentent. »³⁶ Duranton marque déjà une certaine évolution :

De la science du Droit dérive la Jurisprudence, du moins dans son acception primitive [...] [C]'est cette application des vérités de la science du Droit qui forme ce qu'on appelle la jurisprudence [...]. Dans une acception plus modérée, on entend aussi par *jurisprudence*, les décisions des tribunaux rendues plus ou moins uniformément dans le même sens sur un point de droit, sur un cas qui s'est présenté.³⁷

Un pas de plus et Taulier nous rapproche encore de la signification actuelle : « Ce mot est employé quelquefois comme synonyme de *droit*, science des lois ; mais, dans son acception habituelle, il signifie un ensemble de décisions émanées des tribunaux. »³⁸ Le lien entre les deux sens est encore maintenu, puisque « la jurisprudence des arrêts [...] est la science relative du droit, c'est-à-dire la science dans ses rapports avec les caprices des faits [...] ».³⁹ Demolombe, quant à lui, semble commencer de pressentir les difficultés théoriques que ces dérives sémantiques ne vont pas manquer de susciter ; il développe bien davantage. Examinant les significations « très usuelles et

³³F. Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. 1-4, Paris, Sirey, 1922-1924. Il faut rappeler que le grec XXX signifiait « art », ce qui relativise l'intérêt de la discussion ; c'est le pôle scientifique qui était seul en cause.

³⁴Sur cet habitus, voir J.-M. Trigeaud, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, t. 1, Bordeaux, Bière, 1985 aux pp. 64-65.

³⁵C.B.M. Toullier, *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code*, t. 1, 2e éd., Paris, Warée, 1819 à la p. 2.

³⁶*Ibid.*

³⁷M. Duranton, *Cours de droit français suivant le Code civil*, t. 1, 3e éd., Paris, Alex-Gobelet, 1834 aux pp. 8-9, et à la p. 9 n. 1.

³⁸Taulier, *supra*, note 19 aux pp. 46-47.

³⁹Taulier, *ibid.* aux pp. 7-8. Comparer M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 1, Paris, Pichon, 1900 à la p. 38 : « On appelle 'jurisprudence' la façon dont les lois sont interprétées par les tribunaux. » Voir aussi Huc, *supra*, note 20 à la p. xi. Sur d'autres évaluations sémantiques révélatrices (« introduction au droit »), voir J. Carbonnier, *Droit civil*, 16e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1987 à la p. 15 n. 1.

très vulgaires » du mot droit, il en arrive à la science des lois. Il la définit comme

cet ensemble de règles doctrinales, fondées sur les textes, sur la jurisprudence, sur les écrits des jurisconsultes, sur tous ces éléments enfin dont l'ordre et l'enchaînement constituent la théorie scientifique du droit. Dans ce dernier sens, on l'emploie comme synonyme de *jurisprudence* : c'est ainsi qu'on dit : étudier le droit ou la jurisprudence ; c'est-à-dire la science du droit, des lois. Mais le mot *jurisprudence* a lui-même plusieurs autres acceptions encore ; et il signifie : 1. La science acquise du droit, *prudentia juris*, [...] 2. L'habitude pratique d'appliquer la loi de telle ou telle manière ; c'est ainsi qu'on dit : la jurisprudence de la Cour de cassation s'est prononcée en tel sens ; 3. Enfin, le résultat de cette habitude, les précédents, l'ensemble des décisions semblables, successivement rendues sur un même point ; *rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas* [...].⁴⁰

De « l'habitude pratique d'appliquer la loi de telle ou telle manière » à une source de droit rivalisant avec la loi, il y avait encore une étape à franchir. Aujourd'hui, ni la convergence, ni le nombre ne sont plus guère exigés ; la jurisprudence, ce sont les décisions des tribunaux, de tous les tribunaux. La doctrine enfin, ce fut l'opinion docte, la position autorisée de celui qui paraissait en mesure de savoir après s'être informé. Au dix-neuvième siècle, le législateur avait sa doctrine et les juges avaient la leur, tout comme l'interprète, théoricien ou praticien, fort de ses longues nuits de veille passées en compagnie des vieux auteurs, fort aussi de son expérience humaine personnelle et juridique. Aujourd'hui, législateurs et juges n'ont plus ni opinions, ni convictions, ni positions ; ils décident et cela suffit. Ils ne savent plus ; ils créent. Et leur volonté souveraine devrait leur tenir lieu de science. Ils n'ont plus besoin d'expérience ; ils ont un pouvoir.

Toutes ces évolutions sont sans doute liées aux progrès du positivisme juridique. Prenant leur rêve scientifique pour une réalité proche, et même parfois atteinte, beaucoup de juristes semblent croire que la littérature juridique est devenue un discours sur le droit, de simples mots reflétant parfaitement un objet tout à fait extérieur à celui qui l'observe, précisément déterminé sans contestation possible.⁴¹ Les significations actuelles des mots « science du droit », « jurisprudence » et « doctrine » marqueraient la disparition, dans l'esprit des juristes contemporains, de la confusion du droit

⁴⁰C. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. 1, 2e éd, Paris, Durand et Hachette, 1860 à la p. 13. Comparer A.-A. Cournot, *Essai sur les fondements de nos connaissances et sur les caractères de la critique philosophique*, éd. rév., Paris, Hachette, 1912, no 275.

⁴¹J.L. Coleman, « Negative and Positive Positivism » (1982) 11 *J. Legal Studies* 139 à la p. 145. Comparer les difficultés de traduction du terme anglais « jurisprudence » : A. Tunc, « La philosophie du droit dans l'enseignement des facultés de droit aux États-Unis d'Amérique » (1961) 6 *Arch. phil. dr.* 195. Comparer aussi A.R. White, *Grounds of Liability : An Introduction to the Philosophy of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1985 aux pp. 1-6.

et de la science du droit.⁴² En réalité, le positivisme, qu'il soit conçu comme un idéal inaccessible, comme un mal inévitable ou comme une discipline à suivre, est probablement de tous les temps et de tous les esprits. Aristote et Saint Thomas eurent leurs moments de positivisme, tandis que Comte, Marx ou Duguit ne parvinrent pas toujours à se soustraire à l'influence naturaliste.

Le changement de sens de ces mots-clés du savoir juridique, ce serait la transformation des raisons d'écrire. Les constantes sont certaines. Il y a toujours eu et il y aura toujours, parmi les juristes aussi, des hommes et des femmes qui ont le goût, le désir, le besoin, la manie, la volonté, la passion ou la rage d'écrire. De même, les préoccupations financières ou de carrière, le souci de la réputation au sein d'une communauté sont des données en elles-mêmes permanentes ; leurs changements ne sont guère que de degrés. Ce qui varie beaucoup plus notablement, c'est le traitement de l'objet de connaissance. À certaines époques, les exposés descriptifs sont les plus appréciés ; leur apport est généralement celui de la clarté, mais d'une clarté volontiers abstraite, voire superficielle. À d'autres moments qui peuvent aisément suivre les premiers, les juristes s'adonnent aux joies du système, de la synthèse cohérente ; c'est l'occasion, pour eux, de proposer soit des justifications, soit des solutions nouvelles. Dans tous les cas, la littérature juridique remplit son office propre en constituant une réserve d'opinions et de raisons ; c'est là que, les difficultés survenant, les juristes, les juges, le législateur viendront puiser des lumières sur le bon droit. Ces variations dans le traitement de l'objet de connaissance affectent surtout la place accordée à l'innovation, à l'imagination. Indépendamment du rôle incontestable des penchants individuels, de telles évolutions sont provoquées ou, au moins, accentuées par deux facteurs en particulier : la formation reçue par les juristes y a sa part, et le statut social des auteurs est également lourd de conséquences. Le juriste qui a commencé l'étude du droit après avoir consulté ou lu Aristote, Xénophon, Virgile, Cicéron, Corneille, Racine, Balzac ou Michelet, ne peut voir les mêmes choses, ne peut dire les mêmes choses que le lecteur de bandes dessinées ou que le spectateur de dessins animés conçus aux Etats-Unis et réalisés au Japon. Ce même juriste qui était un notable dans la France du début du siècle et qui, à ce titre, était consulté en toutes occasions par une assez large partie de la population, détenait des informations et avait des réactions différentes de celles du

⁴²Sur les difficultés d'une distinction radicale, voir M. Troper, « Le positivisme juridique » (1985) 118-19 *Revue de Synthèse* (3e) 187 ; P. Amsselek, « L'interpellation actuelle de la réflexion philosophique par le droit » (1986) 4 *Droits* 123 ; G. Timsit, « Science juridique et science politique selon Charles Eisenmann » dans *La pensée de Charles Eisenmann*, Paris, Economica, 1986, 15.

fonctionnaire ou même de l'avocat des années 1980.⁴³ C'est dire que l'évolution de la littérature juridique est un phénomène de grande ampleur et d'extrême complexité, lié à une multitude de données diverses. Il est, par conséquent, particulièrement difficile de dresser le bilan de son apport au savoir juridique de chaque époque : raison de plus pour s'étonner d'entendre fulminer contre la littérature juridique des excommunications aussi radicales !

4.— *Les condamnations théoriques de la science du droit.* Ce n'est pas seulement la mort de la littérature juridique qui est annoncée, déplorée par les uns, souhaitée par les autres ; l'extinction même de l'étude du droit est attendue avec une certaine impatience. De toutes parts, des voix s'élèvent pour entonner le requiem de la défunte science du droit. Nos « jours de colère » viennent des sciences de la nature, de la politique ou encore de l'épistémologie. Les progrès spectaculaires de certaines sciences ont engendré une mode à laquelle les juristes paraissent bien en peine de résister. Le droit est rejeté, voire ridiculisé, faute d'avoir obtenu des succès comparables à ceux des mathématiques, de la physique, de la chimie ou de la biologie. Lorsque l'évolution du droit, et plus encore de son étude, est comparée aux grands bonds qui scandent l'histoire de ces sciences, c'est toujours pour censurer l'empirisme, l'incertitude, voire la stagnation juridiques. Une deuxième condamnation est d'ordre politique. Le reproche est adressé aux juristes de travailler à convaincre les citoyens de la légitimité de pratiques injustifiées ou odieuses.⁴⁴ Enfin, l'épistémologie est venue s'enfoncer comme un coin dans la philosophie juridique, soit pour soutenir que le droit ne méritait même pas d'être étudié par les philosophes de la connaissance,⁴⁵ soit pour stigmatiser le retard du droit dans une évolution scientifique prédéterminée et commune à tous les domaines de la connaissance.

Toutes ces condamnations théoriques de la science du droit ne peuvent certainement pas être ramenées à l'unité ; elles mériteraient assurément de recevoir des réponses distinctes. Toutes reposent sur des postulats peu explicites et bien fragiles. Avant même de les critiquer, il suffit d'observer à

⁴³Il faudrait aussi tenir compte sans doute de la qualité des décisions juridictionnelles et législatives, et en particulier de leur style. Voir, sur ce point, J.E.C. Brierley, « Quebec Legal Education Since 1945 : Cultural Paradoxes and Traditional Ambiguities » (1986) 10 Dalhousie L.J. 5 aux pp. 14, 27 et 29. Mais il est permis de penser que les juristes ont une grande responsabilité dans un tel domaine.

⁴⁴Voir J.-F. Perrin, « Le droit peut-il être perçu dans l'ordre du vrai et du faux ? » dans M. Buscaglia et al., éd., *Les critères de vérité dans la recherche scientifique : Un dialogue multidisciplinaire*, Paris, Maloine, 1983, 119.

⁴⁵Voir A.-J. Arnaud, « La valeur heuristique de la distinction interne/externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit : Éléments d'une démystification » (1986) 11 R.R.J. 241.

titre liminaire qu'elles ont partie liée. Que l'objectif poursuivi par leurs adeptes respectifs soit d'améliorer leurs positions dans les discussions budgétaires au sein d'institutions publiques de répartition des crédits de recherche, qu'il soit d'apporter un appui autorisé à un programme politique de réformes radicales, qu'il soit de sauvegarder des monopoles disciplinaires ou encore de dégager des emplois pour des spécialistes des sciences sociales en surnombre, le résultat est toujours le même : c'est l'utilité et la valeur de la littérature juridique qui sont contestées. De tels discours ne peuvent être tenus pour indifférents. Ils influencent directement la position des juristes dans leurs relations avec les ressortissants des autres disciplines, ainsi que la façon dont ces mêmes juristes conçoivent leur propre tâche. Un savoir, une culture, une langue ont toujours besoin d'être défendus ; les doutes qui peuvent assaillir les juristes, les difficultés accumulées sur leur chemin⁴⁶ ont pour effet d'émousser leurs armes et d'affaiblir leurs défenses. Est-il permis de dire que ce ne sont pas là les meilleurs moyens de contribuer à l'amélioration, au demeurant tellement nécessaire, de la littérature juridique ? Pour qui estime que le savoir juridique mérite d'être sauvegardé, il importe de raffermir les convictions des juristes sur deux points. En premier lieu, du droit se trouve bien dans cette littérature dont ils sont les gardiens et les hérauts. En second lieu, la littérature juridique est en droit de se présenter comme porteuse d'un savoir à défendre et à améliorer sans cesse ; ce savoir sera riche des plus beaux espoirs s'il sait demeurer sans frontière.

I. Un droit dans sa littérature, ou les vertus d'un savoir juridique iuterne

5.— « *Le droit mène à tout, à condition d'en sortir* ». C'est une idée à la mode. Elle apparaît comme la rançon d'un soudain regain d'intérêt du monde des intellectuels pour le droit. Dans les décennies qui viennent de s'écouler, ni les philosophes, ni les historiens, par exemple, ne prêtaient attention au droit ; les sujets de réflexion, les réalités pertinentes étaient ailleurs. Durant cette traversée du désert, les juristes purent développer leurs propres théories, leurs propres analyses historiques. Ils savaient bien que l'appui d'autres disciplines leur aurait été profitable ; mais puisqu'aucune collaboration ne semblait plus possible, ils travaillèrent de leur côté, avec leurs propres instruments. C'est au cours des toutes dernières années que le monde intellectuel a redécouvert le droit. L'occasion aurait pu être belle de susciter des comparaisons, des échanges. Ce n'est pas cette façon-là de s'intéresser au droit qui a prévalu. Comme Kant, par exemple, ne s'était guère informé de l'état du droit de son époque avant de prétendre établir la *Doctrinae du Droit* éternel, les spécialistes de sciences sociales qui se sont penchés sur la réalité juridique se sont donnés leur propre objet de recherche.

⁴⁶Par exemple, la détérioration des conditions de travail (absence d'aide matérielle, charges administratives et d'enseignement, etc.) et les difficultés à trouver des budgets de recherche.

C'est alors que l'habitude s'est prise, en certaines chapelles, de prétendre montrer aux juristes comme le droit est beau quand il n'est pas vu avec des yeux de juriste. Le droit qui devait être examiné, ce ne pouvait être le droit des juristes. À l'appui de cette thèse, une distinction fut bientôt mise en avant, celle des deux points de vue, interne et externe, que l'étude du droit pourrait adopter. Il devint banal, pour ne pas dire obligatoire, de dissocier radicalement l'examen du droit par les juristes — travail éminemment suspect, en toutes hypothèses, dénué de sérieux — et l'analyse du droit par les spécialistes des sciences sociales — travail objectif, désintéressé et incontestable. L'histoire de cette distinction doit être retracée sommairement, avant que ses justifications puissent faire l'objet d'une réflexion critique.

A. L'évolution de la distinction des points de vue interne et externe

6.— *D'une conception du droit à la condamnation de la science du droit et retour.* L'idée de distinguer deux points de vue à partir desquels le droit pourrait être considéré n'a pas été émise initialement pour provoquer une rupture dans la tradition doctrinale. L'objectif poursuivi était de préciser le concept du droit et de déterminer corrélativement la fonction du juriste. Telles sont les raisons pour lesquelles le professeur Hart fit de cette distinction l'un des temps forts de son célèbre livre. Pour original qu'elle fût, la proposition n'était pas émise pour ouvrir la voie à une nouvelle science du droit qui viendrait remplacer les oeuvres existantes ; il s'agissait seulement d'éviter des confusions répandues et, par conséquent, de contribuer à l'enrichissement et à l'amélioration du savoir dont la littérature juridique est porteuse. Ce n'est pourtant pas du tout ce sens que les lecteurs de *Le concept de droit*⁴⁷ retinrent. Ici se produisit à nouveau un phénomène particulièrement fréquent dans le langage juridique :⁴⁸ une expression élégante est reprise comme une sorte de véhicule omnibus, capable de porter des idées tout à fait différentes de celles auxquelles songeait le premier utilisateur de la formule. Ainsi, la distinction des points de vue interne et externe, née d'une certaine conception du droit, allait-elle devenir un instrument de combat contre la littérature et le savoir juridiques. Il est notable que, sous cette forme, elle ne soit plus présentée comme liée à une théorie particulière du droit, mais comme une distinction conceptuelle neutre, innocente, admissible par tous, incontestable.

⁴⁷H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. par M. van de Kerchove, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976. L'influence de Kelsen sera ici laissée de côté ; elle semble moins directe et moins spécifique.

⁴⁸Voir C. Atias, *Théorie contre arbitraire : Éléments pour une théorie des théories juridiques*, Paris, Presses universitaires de France, 1987, no 48.

7.— *Hart et la distinction des points de vue interne et externe.* Sir Henri Maine avait déjà remarqué qu'il devait être possible de rechercher « un droit externe » et d'expliquer simplement des séries complexes d'observations.⁴⁹ Le professeur Hart fut toutefois le premier à insister aussi nettement sur l'importance de la distinction des aspects interne et externe des règles ; il ressentit le besoin d'en élaborer la théorie. Il y voyait une véritable clé pour l'intelligence, à la fois de la nature du droit et des fonctions du juriste ; c'est pourquoi il déplorait que cette distinction fût si souvent négligée ou déformée en philosophie du droit.⁵⁰ Le professeur Hart y revint à maintes reprises dans son ouvrage ; progressivement, cette distinction se révélait comme un indispensable instrument d'analyse. C'est en recensant les différences caractéristiques entre, d'une part, les habitudes sociales et, d'autre part, les règles sociales, qu'il saisit l'occasion de préciser la signification des termes « interne » et « externe ». Habitudes et règles sociales ont le même aspect externe puisqu'elles donnent lieu au même genre de comportements sociaux observables. Est-ce à dire que, faute d'objet spécifique, la théorie du droit ne saurait être constituée en discipline distincte ? Le professeur Hart échappe résolument à cette conclusion embarrassante en portant son attention sur l'aspect interne des règles : là est le critère qui permet de les distinguer des habitudes. L'existence d'une habitude ne requiert pas de ceux qui l'ont qu'ils sachent, ce faisant, adopter un comportement général, une attitude communément reconnue comme préférable ; il suffit que chacun, pour sa part, se conduise comme les autres,⁵¹ sans avoir conscience de se conformer à une sorte de modèle. À l'inverse, pour qu'il y ait règle, quelques personnes au moins doivent considérer et accepter le comportement prescrit comme un modèle général à suivre par le groupe social.⁵² Tel est l'aspect interne propre à la règle ! Il importe d'ajouter que cette acceptation de la règle comme telle n'est pas de l'ordre du sentiment ;⁵³ l'impression même d'être obligé n'est ni nécessaire, ni suffisante. Ce qui caractérise la règle, c'est « une acceptation commune »⁵⁴ au terme d'une réflexion critique sur certains types exemplaires de comportements conçus comme « standards » communs. De là naissent les idées de déviation par rapport à la règle et de reproche attaché à la méconnaissance du modèle accepté.⁵⁵ Le vocabulaire courant parle de lui-même ; si tout le monde a des habitudes, la plupart suivent les règles, s'y conforment ou les respectent.

⁴⁹P. Stein, *Legal Evolution : The Story of an Idea*, Cambridge, Cambridge University Press, 1980 à la p. 100 (« simple explanations for a complex series of observations »).

⁵⁰Hart, *supra*, note 47 aux pp. 9-10, 76-78, 130-31.

⁵¹*Ibid.* à la p. 78. Voir aussi H. Morris, *Compte rendu : The Concept of Law* par H.L.A. Hart (1962) 75 Harv. L. Rev. 1452 aux pp. 1454-57.

⁵²Hart, *ibid.* aux pp. 129-31.

⁵³*Ibid.* à la p. 79.

⁵⁴*Ibid.* à la p. 130.

⁵⁵*Ibid.* aux pp. 77-78.

Venant à l'appui de la distinction des aspects interne et externe de la règle, le langage commun distingue les habitudes propres, auxquelles chacun peut se tenir, et celles d'autrui, qu'il faudrait respecter.

De cette distinction des aspects de la règle découle une dualité des points de vue qui peuvent être adoptés à son égard ; parce que les règles ont une double nature, elles peuvent être examinées de deux façons différentes. Il est notable que, dans la pensée du professeur Hart, la deuxième proposition apparaisse comme un corollaire de la première. Beaucoup de ses lecteurs, au contraire, négligeront les aspects de la règle pour s'en tenir aux points de vue. Ce faisant, ils ne choisissent pas seulement la facilité ; ils déforment aussi la pensée qu'ils prétendent emprunter. Ils la modifient généralement encore dans la mesure où ils feignent d'oublier quel était le propos de l'auteur. C'est en définissant les règles primaires et secondaires — autre thèse fondamentale — que le professeur Hart revenait sur sa première distinction pour la compléter. Il déduisait alors de la double nature des règles des conséquences sur les fonctions du juriste et sur sa façon de s'exprimer.⁵⁶ Au point de vue interne (celui du membre du groupe qui accepte les règles et les utilise pour cette raison comme guides de conduite) s'oppose le point de vue externe propre à l'observateur. À ces points de vue différents correspondent des formes différentes d'affirmations. Par exemple, « [c]elui qui émet un jugement interne relatif à la validité d'une règle particulière appartenant à un système *présuppose*, peut-on dire, la vérité du jugement externe constatant que le système est généralement efficace. »⁵⁷ Le point de vue externe se caractérise par un certain recul, une certaine distance qu'il réclame à l'égard de la règle ; elle n'est plus acceptée comme telle et en quelque sorte subie. L'observateur est en mesure de porter une appréciation critique sur les effets de la règle.

Les principaux fondements d'une telle conception théorique sont apparents. L'inspiration majeure est le positivisme. La différence soulignée entre règles et habitudes permet de placer les premières en position de supériorité par rapport aux simples comportements réguliers. La rationalité de la règle définie par sa conformité à une autre règle, dite de reconnaissance, l'emporte inévitablement sur celle de l'habitude, qui a quelque chose de primitif. La règle marque donc, par sa seule existence, une étape supplémentaire — un progrès sans doute — dans l'évolution des pratiques sociales. Il en résulte une possibilité de fonder l'objectivité juridique. Comme le scientifique des « vraies sciences », le juriste peut travailler sur un phénomène qui lui est extérieur, qui est indépendant de ses convictions ; il peut se consacrer à l'observable, au repérable. Ainsi, comme toutes les autres

⁵⁶*Ibid.* aux pp. 115-16 ; sur les *statements* voir aux pp. 129-30.

⁵⁷*Ibid.* à la p. 131.

disciplines scientifiques se distinguent des techniques correspondantes, la science du droit peut éviter toute confusion avec l'application — voire avec l'élaboration législative et jurisprudentielle — du droit. Ici comme ailleurs, les théoriciens deviennent interchangeable entre eux et ne peuvent être pris pour des juristes d'exécution, des commentateurs ou des citoyens. L'observateur externe qui méconnaîtrait les exigences déontologiques de ses fonctions commettrait une confusion des genres comparable à ce vice de subreption si énergiquement condamné par Emmanuel Kant.⁵⁸

La théorie du professeur Hart n'est pas seulement criticable comme tous les autres positivismes juridiques ; elle a aussi ses faiblesses propres.⁵⁹ Pour pouvoir insister aussi nettement sur la distinction des règles et des habitudes, il faut supposer que les premières, telles qu'elles sont formulées, sont le droit ; l'observateur impartial peut-il accepter de fermer les yeux sur tous les phénomènes spontanés qui donnent leur véritable signification aux règles ? La distinction des aspects, points de vue ou affirmations interne et externe ne laisse pas moins place au doute. Il est d'abord permis de se demander si son auteur prétendait décrire des attitudes ou prescrire des comportements, observer les juristes au travail ou établir une déontologie de la science du droit. Il est ensuite loin d'être certain que la séparation des aspects interne et externe de la règle s'harmonise parfaitement avec celle des points de vue interne et externe. Le critère interne auquel se reconnaîtrait la règle serait son acceptation, par quelques personnes au moins, comme modèle à suivre. Surgit alors la question de savoir si la qualité de ces personnes en nombre indéterminé est indifférente, si elle peut l'être, si elle doit l'être. Cette acceptation interne risque fort de se réduire à l'idée d'une adhésion générale à la règle, idée bien vague que se forgerait sans vérification la catégorie sociale particulière des juristes. Cette précision complémentaire transformerait assez notablement la signification de la thèse du professeur Hart et sa conception de l'objectivité. En définitive, la charge épistémologique qui pèse sur la distinction interne-externe est sans doute excessive ; cette clé ouvre trop de portes pour permettre d'en reconnaître aucune. Elle

⁵⁸Voir S. Goyard-Fabre, « La place de la justice dans la doctrine Kantienne du droit » (1975) 20 Arch. phil. dr. 235 à la p. 242.

⁵⁹Voir Coleman, *supra*, note 41 à la p. 141 ; Morris, *supra*, note 51 ; R.A. Samek, *The Legal Point of View*, New York, Philosophical Library, 1974 aux pp. 224-25, 242, 257, 261-62, 265-66 ; H. Pallard, *L'idée d'institution et la nature du phénomène juridique : Une description phénoménologique du droit*, thèse de doctorat en droit, Université de Nice, 1981 aux pp. 157-64, 186-91 [non publiée]. Pallard remarque (à la p. 161) que « Hart ne semble pas se rendre compte de la portée de sa critique [...] et, ne la poussant pas à fond comme on pourrait s'y attendre, Hart ne parvient pas à élucider ce qui est à la source de la signification de la normativité. » Il ajoute (à la p. 163) : « L'aspect interne, dans la constitution de la signification de la norme, est plus encore que personnel et subjectif ; il est véritablement intersubjectif car l'uniformité du comportement est conçue comme ayant une valeur à la fois par la société et pour la société. » Voir aussi White, *supra*, note 41 aux pp. 15, 32-33, 48 et 56.

met le droit à l'abri des sentiments personnels ; elle protège sa science de la subjectivité et des engagements inhérents à la mise en application du droit. C'est beaucoup !

8.— *Une théorie victime de son succès.* Le sort réservé aux propositions contenues dans l'ouvrage *Le concept de droit* mérite réflexion. La distinction interne-externe, en particulier, paraît avoir été victime de son extrême généralité et de son apparente simplicité. Un succès trop rapide l'a privée de toute signification précise. Nombreux sont les auteurs qui, partis à la recherche d'une « vraie » science du droit, se réfèrent à cette analyse, souvent en citant expressément le professeur Hart. Il y a presque une mode du point de vue externe ;⁶⁰ mais la plupart des utilisateurs de cette terminologie lui donnent un sens différent. Par exemple, une conception nouvelle du « point de vue externe » est adoptée par qui dénomme ainsi une façon de traiter le comportement judiciaire comme tout autre phénomène à prédire et à expliquer scientifiquement.⁶¹ Il s'oppose alors au point de vue interne, qui est celui du participant au système ; les juges en particulier l'adoptent : « Judges [...] justify decisions with what they think to be good and sufficient reasons. Judges do not attempt to predict how they are going to decide ; they leave that to the political scientists. Judges decide. »⁶² Une telle présentation de la distinction interne-externe n'est plus celle du professeur Hart.⁶³ Libérée de l'objectif premier qui était de caractériser le droit par rapport à d'autres phénomènes sociaux, une telle division du travail des juristes peut être admise par beaucoup. Elle paraît d'autant plus accueillante qu'elle situe d'emblée le juriste d'un côté, d'un seul côté de l'infranchissable frontière dressée pour les besoins de la cause ; le point de vue externe est celui des sciences sociales et ne peut être celui du juriste. Il ne s'en faut plus alors

⁶⁰Voir R.A. Dworkin, « Social Rules and Legal Theory » (1972) 81 Yale L.J. 855 à la p. 860 ; du même auteur, « 'Natural Law' Revisited » (1981-82) 34 U. Fla L. Rev. 165 aux pp. 173, 187 (internal and external scepticism ; internal and external ideal) ; R.L. Abel, *Compte rendu : Marriage Stability, Divorce, and the Law* par M. Rheinstein (1973) 26 Stan. L. Rev. 175 à la p. 175 ; D. Nelken, « The 'Gap Problem' in the Sociology of Law : A Theoretical Review » (1981) 1 Windsor Y.B. Access Just. 35 à la p. 41 ; et *infra*, notes 64-66. Voir aussi D.H. Flaherty, « Writing Canadian Legal History : An Introduction » dans D.H. Flaherty, éd., *Essays in the History of Canadian Law*, t. 1, Toronto, University of Toronto Press, 1981 à la p. 12. Comparer G.J. Postema, « Coordination and Convention at the Foundations of Law » (1982) 11 J. Legal Studies 165 aux pp. 198-99, pour une autre critique de Hart. Voir aussi, pour une autre distinction, G.P. Fletcher, « Two Modes of Legal Thought » (1981) 90 Yale L.J. 970 aux pp. 974, 984-85 ; O.M. Fiss, « Objectivity and Interpretation » (1982) 34 Stan. L. Rev. 739 aux pp. 748-49. Voir encore O.M. Fiss, « Conventionalism » (1985) 58 S. Cal. L. Rev. 177 à la p. 194 (« external critic of a decision »).

⁶¹M.S. Moore, « The Semantics of Judging » (1981) 54 S. Cal. L. Rev. 151 aux pp. 232-33.

⁶²*Ibid.* à la p. 233.

⁶³L'auteur le déclare ouvertement ; tous n'ont pas cette rigueur. La même précision se retrouve dans M.J. Detmold, *The Unity of Law and Morality : A Refutation of Legal Positivism*, London, Routledge and Kegan Paul, 1984 aux pp. 48-50.

de beaucoup pour que la distinction interne-externe devienne l'instrument intellectuel de la condamnation systématique et sans appel du juridique. Il n'y aurait plus à séparer deux voies pour l'étude du droit, deux attitudes juridiques complémentaires, mais une attitude interne juridique donc dénuée de toute pertinence notamment théorique et une attitude externe nécessairement non juridique et, pour cette raison même, auréolée d'un prestige anticipé.

Ainsi la recherche théorique belge et suisse allait-elle condamner le « point de vue interne » qui « reflète l'auto-production dogmatique, voire normative, du sens juridique telle qu'elle se manifeste tant [dans] la connaissance du droit [doctrine] que [dans] son élaboration [légistique] et [dans] son application [jurisprudence, administration]. »⁶⁴ Il est sans doute inutile d'insister sur la formulation, sur le soin avec lequel les termes ont été choisis. Même si rien n'est dit sur la possibilité d'éviter le phénomène de reproduction, l'expression d'auto-production dogmatique veut manifester une censure incontestable dans son principe ; l'ambiguïté savamment entretenue entre les sens français et allemand du terme « dogmatique » ne peut qu'y contribuer. Plus précisément encore, c'est une alternative rigide qui sera bientôt présentée entre la « perspective interne (ou dogmatique), celle qui pose comme définition que le droit est ce que le juge doit faire selon les canons de la dogmatique » et la « perspective externe (ou sociologique), celle qui pose comme définition que le droit est ce que le juge fait en réalité »⁶⁵. L'accent est ainsi mis délibérément sur l'action du juge, ce qui estompe non seulement le rôle du législateur, mais aussi celui de tous les autres membres de la communauté juridique. L'espoir avoué est d'éviter que cette théorie du droit, à l'inverse de toutes les précédentes, ne puisse « être exploitée à des fins de légitimation d'un ordre juridique positif déterminé. »⁶⁶

La même inspiration se rencontre au Canada dans un document officiel. Le rapport du Groupe consultatif sur la recherche et les études en droit, intitulé *Le droit et le savoir*, reprend à son compte la distinction des points

⁶⁴F. Ost, « Questions méthodologiques à propos de la recherche interdisciplinaire en droit » (1981) 6 *Rev. interdisciplinaire d'études jur.* 1 aux pp. 19-20.

⁶⁵J.-F. Perrin, « Quelles 'vérités' pour une théorie de la pratique judiciaire ? » (1982) 8 *Rev. interdisciplinaire d'études jur.* 33 aux pp. 35 et s. et 43. Voir aussi F. Ost et M. van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1987.

⁶⁶Perrin, *ibid.* à la p. 44. Voir aussi Perrin, *supra*, note 44.

de vue interne et externe ;⁶⁷ il demeure aujourd'hui encore une référence pour ceux qui réfléchissent sur les modalités d'étude du droit.⁶⁸ Selon ce rapport, « [l']approche théorique et méthodologique évolue sur un continuum qui va de l'analyse exégétique traditionnelle, — c'est-à-dire la recherche *en* droit, une recherche interne, qui prend le droit pour sujet, — à la recherche interdisciplinaire, la recherche externe *sur* le droit, qui prend le droit pour objet. »⁶⁹ Les précisions ultérieurement données accentuent encore l'opposition. En premier lieu, toujours selon ce rapport, « [l']a recherche juridique conventionnelle — recherche interne — est essentiellement taxonomique. Elle mène à la rédaction d'articles et de traités qui cherchent à identifier, analyser, structurer et synthétiser des lois, des décisions judiciaires et des études critiques. »⁷⁰ Les auteurs prennent sans doute la précaution oratoire d'indiquer que le qualificatif « conventionnel » est appliqué à la recherche traditionnelle « sans aucune connotation péjorative ». ⁷¹ Il reste que la signification propre de ce terme suffit à bien placer les travaux en question dans la hiérarchie implicite de la recherche juridique ; ce qui est taxinomique⁷² ne peut prétendre apporter davantage qu'une classification. En second lieu, la recherche fondamentale porte, non sur les règles, mais sur les « causes et effets » de ce « discours » qu'est le droit.⁷³ Elle vise « à assurer une connaissance plus approfondie du droit en tant que phénomène social [...] ». ⁷⁴ Pour elle, la meilleure et sans doute la seule voie est celle de l'enquête empirique. Il faut bien comprendre que la recherche externe n'est pas à proprement parler un enrichissement de l'étude interne ; elle se veut d'une autre nature et doit se substituer à elle puisqu'elle est seule digne du nom de théorie. Non seulement « [l']a recherche externe portant sur le droit est inévitable si notre système juridique entend suivre

⁶⁷Groupe consultatif sur la recherche et les études en droit, *Le droit et le savoir : Rapport au Conseil de recherches en sciences humaines du Canada*, Ottawa, Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, 1983 [ci-après *Le droit et le savoir*]. Pour des présentations critiques, voir : M. Weisberg, « On the Relationship of Law and Learning to Law and Learning » [1983] 29 R.D. McGill 155 ; P. Slayton, Compte rendu : *Law and Learning* (1983) 33 U.T.L.J. 348 ; L.E. Trackman, « Law and Learning : Report of the Consultative Group on Research and Education in Law, Social Sciences and Humanities, Research Council of Canada » (1983) 21 Osgoode Hall L.J. 554.

⁶⁸Voir Association canadienne des professeurs de droit, *Bulletin* (octobre 1986) aux pp. 2-3 (« Document conjoint préparé par le Comité des doyens des Facultés de droit canadiennes et par l'exécutif de l'Association »).

⁶⁹*Le droit et le savoir, supra*, note 67 à la p. 74 [nos italiques].

⁷⁰*Ibid.* à la p. 76.

⁷¹*Ibid.*

⁷²Il semble bien que ce soit le terme français, tandis que « taxonomie » serait un anglicisme.

⁷³*Le droit et le savoir, supra*, note 67 à la p. 77 : noter l'intéressante alternative « discours » — « science exacte », et songer au sens péjoratif du terme français « littérature ».

⁷⁴*Ibid.* à la p. 74. Comparer, pour une autre classification (dont l'harmonie avec la première n'est pas certaine) *ibid.* à la p. 84.

le pas d'une société et d'un milieu intellectuel en pleine évolution », ⁷⁵ mais ce sont les effets du droit, plutôt que les règles, qui méritent examen. ⁷⁶ Avant même de porter une appréciation critique sur la distinction interne-externe ainsi comprise, il n'est pas inutile de dépeindre à grands traits l'ensemble du document dans lequel elle occupe une place centrale ; trois caractéristiques sont à relever. Tout d'abord, il s'agit, selon ses auteurs, de la première étude nationale sur l'aptitude des « milieux intellectuels et juridiques » ⁷⁷ canadiens à appréhender des questions telles que « l'émergence du droit, son application et ses répercussions sur notre économie, notre vie politique, nos relations sociales, voire son importance culturelle [...] ». ⁷⁸ Elle aboutit à un constat d'une grande sévérité : « [L]es juges, les avocats et les professeurs de droit n'ont pas manifesté encore la compétence intellectuelle collective nécessaire pour comprendre, évaluer ou modifier » le droit de leur pays. ⁷⁹ C'est assez dire combien la distinction interne-externe commande les appréciations portées sur le travail de la communauté des juristes : qui dit peu de recherche externe dit incompetence à comprendre le droit ! D'ailleurs, les autres publications sont, par définition, « plutôt restreintes et éphémères ». ⁸⁰ Il faut ensuite remarquer — deuxième caractéristique du rapport — une curieuse propension à la simplification extrême : le nombre des distinctions binaires sans la moindre nuance est révélateur. Ce n'est pas seulement la recherche interne qui s'oppose à la recherche externe. C'est aussi « l'analyse exégétique traditionnelle » qui est mise en regard de tous les autres « documents » ⁸¹ ou « méthodes ». ⁸² Faut-il préciser la signification de cette soi-disant description ? Elle dénote une large méconnaissance de la tradition exégétique ; dans ses meilleures productions, elle a été historique, théorique, voire philosophique et comparative. ⁸³ Sont encore délibérément opposées la théorie et la pratique. ⁸⁴ Chacun sait pourtant, depuis Kant, que cette dissociation n'a pas de signification acceptable. ⁸⁵ Il est tout de même troublant d'apprendre que des questions comme celles de la détermination du titulaire d'un droit ou des conditions de son exercice « commencent à

⁷⁵*Ibid.* à la p. 78.

⁷⁶*Ibid.* à la p. 77.

⁷⁷*Ibid.* à la p. 4 : faut-il relever l'association des deux adjectifs ?

⁷⁸*Ibid.* Opposer la p. 71 où le rapport est présenté comme une « fresque impressionniste », et aux pp. 83-84 où sont reconnues des lacunes portant justement sur la « recherche externe ».

⁷⁹*Ibid.* à la p. 80 ; voir aussi la p. 7.

⁸⁰*Ibid.* à la p. 74.

⁸¹*Ibid.*

⁸²*Ibid.* à la p. 84.

⁸³Rémy, *supra*, note 18. Pour s'en convaincre, il suffirait de consulter des ouvrages pratiques, tels que ceux cités *supra*, note 22.

⁸⁴*Le droit et le savoir*, *supra*, note 67 à la p. 77 notamment, et aussi aux pp. 3, 4, 8 et 78.

⁸⁵À ce sujet, voir S. Goyard-Fabre, *Kant et le problème du droit*, Paris, Vrin, 1975 à la p. 30 n. 39.

émerger du moment que nous essayons de mettre la théorie en pratique » :⁸⁶ curieuse théorie en vérité que celle où ces aspects de la règle sont ignorés ! Enfin, « le monde de l'action » est opposé au « monde des idées ».⁸⁷ Ce qu'il faut souligner, c'est que chacune de ces distinctions, plus radicales les unes que les autres, correspond à une appréciation non moins tranchée : il y a toujours la louange et l'anathème, les bons (recherche fondamentale ou théorie qui est la seule vraie recherche, pratique qui est la réalité, « monde des idées » qui est un modèle de désintéressement) et les mauvais (exégèse, théorie à ne pas confondre avec la précédente, « monde de l'action »). Enfin, la troisième caractéristique du rapport est la conception du droit qu'il adopte. Le droit est envisagé comme « fait social »,⁸⁸ comme « phénomène social » ;⁸⁹ ces expressions paraissent vouloir éliminer toute question de valeur, de choix politique, d'appréciation en termes de justice ou d'opportunité. Plus précisément, le phénomène à observer « n'est pas une science exacte, mais un discours dont les causes et effets, plutôt que les règles, demandent un examen approfondi. »⁹⁰ Il est évidemment curieux qu'une réflexion conçue comme plus large, plus ouverte que d'ordinaire, commence par restreindre la réalité du droit à celle d'un discours. Il est également étrange qu'un rapport officiel, présenté comme exposé objectif des faits,⁹¹ se disqualifie lui-même d'emblée aux yeux de tous ceux qui savent que le droit n'est pas seulement un discours. À cette conception du droit sont étroitement liés deux postulats lourds de conséquences. Ils le sont d'ailleurs d'autant plus qu'ils ne sont nullement explicités ; une « recherche externe » aurait-elle fait défaut aux rapporteurs ? Le premier postulat est d'ordre scientifique. Il se révèle dans la faveur systématique pour les recherches empiriques, comme dans la conviction qu'un exposé des faits impartial est possible. Plus explicitement encore, c'est un « développement scientifique du droit »⁹² que les auteurs du rapport souhaitent et attendent. Le deuxième postulat est d'ordre interventionniste ou étatiste. Ainsi aucune recherche ne paraît envisageable sans « planification systématique ».⁹³ Il n'est alors pas étonnant que les seuls secteurs de l'étude du droit capables de trouver grâce aux yeux des rapporteurs soient ceux du droit public.⁹⁴ Comment ne pas se souvenir ici de la remarque de F.-A. Hayek : « [P]resque tous les représentants marquants du positivisme juridique moderne ont été des juristes de droit public

⁸⁶*Le droit et le savoir, supra*, note 67 à la p. 77.

⁸⁷*Ibid.* à la p. 79.

⁸⁸*Ibid.* à la p. 4.

⁸⁹*Ibid.* à la p. 74.

⁹⁰*Ibid.* à la p. 77.

⁹¹*Ibid.* à la p. 5.

⁹²*Ibid.* à la p. 6. Comparer pourtant la p. 77 : s'agit-il d'une nouvelle manifestation de la confusion du droit et de la science du droit ?

⁹³*Ibid.* à la p. 7.

⁹⁴*Ibid.* aux pp. 72 et 76.

et, de plus, d'habitude des socialistes — c'est-à-dire des hommes d'appareil [...] » ?⁹⁵ Le rapport sur *Le droit et le savoir* reproche principalement aux juges, avocats et professeurs de droit leur inaptitude à changer, voire à transformer le droit. C'est un parti pris qu'il aurait peut-être fallu rendre plus apparent. Ce document porte moins sur la connaissance du droit que sur un nouveau savoir porteur d'un droit autre, tellement différent même qu'il ne porterait plus ce nom. Avec cet objectif, le critère de qualité de la recherche juridique ne peut être que l'ampleur de la contestation, non ses justifications, que l'étendue de la destruction, non son opportunité. C'est pourquoi a été adoptée une distinction incompatible avec la nature même du droit. Il serait difficile de dire si la mise à l'index du point de vue interne fut un postulat de départ, une arme permanente, une sorte de lemme récurrent ou un aboutissement complémentaire ; à dire le vrai, la préoccupation du changement social par le droit est tellement liée à l'analyse du savoir juridique que les deux ne peuvent plus être démêlés. Il ne saurait y avoir de recherche juridique qui s'efforçât de découvrir une nouvelle justice ou une nouvelle efficacité du droit actuel ; il ne saurait y avoir de recherche juridique qui tendît à démontrer les méfaits de l'interventionnisme étatique ou de la planification. Ainsi *Le droit et le savoir* annonce-t-il la mort du droit et de son savoir, la mort de la littérature juridique ! Il la condamne à la disparition pour cause d'inutilité de ses productions et d'incompétence de ses auteurs qui doivent céder la place aux spécialistes des sciences sociales. Si ces derniers veulent bien — très provisoirement — accepter un vieux principe juridique, ils laisseront peut-être la parole à la défense.

B. Les insuffisances de la distinction des points de vue interne et externe

9.— *Rendre justice au professeur Hart*. Il serait parfaitement faux d'imputer au fondateur de la distinction des points de vue interne et externe la condamnation de la littérature juridique. Tout au contraire, il avait clairement perçu les limites de sa proposition. Ne fut-il pas le premier à dire que l'externe n'avait aucune supériorité sur l'interne ? Plus précisément, le point de vue externe ne permet pas de saisir le droit lui-même. « Si [...] l'observateur s'en tient réellement de manière stricte à ce point de vue externe [...] la description qu'il donnera de leur vie ne peut nullement être formulée en termes de règles [...] » ;⁹⁶ même pour ceux qui refusent de placer le tout et le cœur du droit dans les règles, cette description ne peut qu'être infidèle à son objet : « Ce que le point de vue externe, qui se réduit à des régularités observables de comportement, ne peut reproduire, c'est la façon dont les règles fonctionnent dans la vie de ceux qui constituent normalement la majorité dans

⁹⁵*Droit, législation et liberté*, t. 2, trad. par R. Audouin, Paris, Presses universitaires de France, 1981 à la p. 55.

⁹⁶Hart, *supra*, note 47 à la p. 114.

une société. »⁹⁷ L'alternative est alors clairement posée : ou bien sombrer dans ce marginalisme ambiant qui fait regarder la société, toute la société, à travers le prisme des attitudes les plus exceptionnelles,⁹⁸ ou bien renoncer au point de vue externe. Il n'y a pas d'autre solution, car le droit ne peut s'observer de l'extérieur qu'à condition de n'être plus regardé comme droit. La complémentarité des deux points de vue était donc posée d'emblée comme une nécessité théorique et pratique.⁹⁹ Malheureusement, cet avertissement fut inutile ; les lecteurs du professeur Hart ne voulurent retenir que des mots abandonnés à la surface des choses, qu'une distinction trop simple pour être pertinente. Sans doute, plusieurs d'entre eux jugeaient-ils souhaitable par principe le dépérissement du droit et de son savoir ; ils n'avaient donc aucune raison de se défier d'une analyse qui fermerait délibérément les yeux sur la réalité juridique. Cela ne suffit pourtant pas pour les mettre à l'abri des critiques définitives qui viennent de l'épistémologie. La réflexion sur la connaissance établit, à la fois, ce que devrait être un point de vue externe digne de ce nom et la véritable signification du point de vue interne.

10.— « *Par ici la sortie !* », ou les conditions d'une rupture épistémologique. Les adeptes du point de vue externe sont loin de s'entendre entre eux ; leur doctrine n'est pas unifiée. Ils partagent pourtant une même thèse dont la fragilité doit être dénoncée : le progrès de la science du droit est supposé ne pouvoir être obtenu que moyennant une rupture épistémologique, c'est-à-dire moyennant l'abandon des fondements actuels et des bénéfices de la connaissance juridique. Tous les malheurs et les faiblesses de la science du droit, et corrélativement du droit lui-même, auraient leur origine dans l'inaptitude des juristes à sortir de la préhistoire scientifique.¹⁰⁰ Il aurait été facile de remarquer que, face à cette théorie épistémologique à succès¹⁰¹ une

⁹⁷*Ibid.* à la p. 115. Voir aussi *Le droit et le savoir*, *supra*, note 67 à la p. 78 : « [L]es caractéristiques latentes d'un système sont parfois mieux perçues par ceux qui oeuvrent directement » ; mais la difficulté est beaucoup plus fondamentale. Comparer Pallard, *supra*, note 59 aux pp. 157, 161-62, 188 et à la p. 191 : « [L]es rapports existant entre les règles ne peuvent être perçus que du point de vue du sujet de droit, d'un sujet qui ne se désintéresse pas de la signification que prend le phénomène juridique pour lui. » Voir aussi G. Grant, *English-Speaking Justice*, Toronto, Anensi, 1985 à la p. 7, pour une critique de la vision externe « from outside » d'un pays — les États-Unis — regardé comme un objet.

⁹⁸Un exemple caricatural est donné par l'ouvrage de E. Badinter, *L'un est l'autre*, Paris, Odile-Jacob, 1986.

⁹⁹Voir Hart, *supra*, note 47 aux pp. 115-16.

¹⁰⁰Voir M. Mialle, *Une introduction critique au droit*, Paris, Maspéro, 1976 à la p. 37 et s. ; Arnaud, *supra*, note 45. Voir aussi *supra*, notes 64-65 ; J. Lenoble et F. Ost, *Droit, mythe et raison : Essai sur la dérive mythologique de la rationalité juridique*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1980 à la p. 299.

¹⁰¹G. Bachelard, *La formation de l'esprit scientifique : Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, 11e éd., Paris, Vrin, 1980 aux pp. 14, 19 et 23.

autre hypothèse ne peut être négligée : Meyerson¹⁰² et Bergson¹⁰³ ont réfuté la prétendue démonstration de la nécessité de tourner le dos au sens commun ou à la connaissance première pour pénétrer dans le Jardin d'Eden de la science pure et parfaite. La « rupture épistémologique » est-elle la condition de la découverte scientifique¹⁰⁴ ou n'est-elle que la reconstruction, par l'historien des sciences, des conséquences idéologiques de cette découverte ? La science a pu progresser autant en s'efforçant de « sauver les phénomènes » qu'en essayant de rompre avec eux.¹⁰⁵ À supposer même que la nécessité de la rupture ait été établie dans le domaine des sciences physiques, chimiques, biologiques et autres, il faudrait encore vérifier que la connaissance du droit peut et doit progresser de même façon. Pour tout dire, la thèse Bachelardienne repose sur deux postulats aussi difficiles à admettre l'un que l'autre. Le premier serait que l'évolution de la connaissance est déterminée, qu'elle doit inévitablement passer par certaines étapes se succédant dans un ordre invariable.¹⁰⁶ Le second serait que toute connaissance doit en passer par là pour devenir scientifique et, de surcroît, deviendra scientifique ; aucun domaine, le droit pas davantage que les autres, ne peut prétendre à la spécificité. Il faut convenir que cela fait beaucoup d'hypothèses pour lesquelles aucun début de preuve n'est proposé.

Sans doute n'est-il pas possible d'éviter d'avoir recours à de tels postulats ! Ce qui est tout de même troublant, c'est que ceux-ci prennent leur origine dans ce sens commun dont ils prétendent se déprendre radicalement, dans une de ces images dont la pensée est friande et que Bachelard condamnait si vigoureusement comme « obstacles épistémologiques ».¹⁰⁷ L'impression que laisse *a posteriori* l'histoire des sciences est celle d'un incessant combat contre l'erreur ; la vérité semble se substituer progressivement aux illusions d'antan. Toutes les disciplines paraissent connaître, les unes après les autres, le même progrès linéaire ; après quelques progrès spectaculaires,

¹⁰²E. Meyerson, *De l'explication dans les sciences*, Paris, [n.d.], 1921 à la p. 47 et s. ; voir aussi, plus fondamentalement peut-être, E. Gilson, *Le Thomisme : Introduction à la philosophie de Saint Thomas d'Aquin*, 6e éd., Paris, Vrin, 1983 à la p. 294 : « La vraie réponse thomiste au problème critique se trouve dans une pré-critique, où l'enquête sur la possibilité d'une connaissance en général passe avant l'enquête sur la possibilité de la science en particulier. »

¹⁰³H. Bergson, *La pensée et le mouvant* [1938], réimp. Paris, Presses universitaires de France, 1985 à la p. 4.

¹⁰⁴T.S. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, trad. par L. Meyer, Paris, Flammarion, 1983. Rappelons que, selon cet auteur, c'est par un phénomène de conversion — et non de réfutation — que s'opère le changement de paradigme, ce luxe rare.

¹⁰⁵P. M. M. Duhem, *Essai sur la notion de théorie physique de Platon à Galilée* [1908], réimp. Paris, Vrin, 1982.

¹⁰⁶Après Auguste Comte, il faut songer à M. Foucault, *Archéologie du savoir*, Paris, Gallimard, 1969 à la p. 243 et s. Comparer N. Frye, *The Great Code : The Bible and Literature*, Toronto, Academic Press, 1983 à la p. 5 et s. (référence à Vico).

¹⁰⁷*Supra*, note 101 aux pp. 15 et 29.

il est toujours tentant d'imaginer que se sont succédé, en un élégant défilé bien réglé, une préhistoire, un moyen âge et une histoire. Faut-il s'abandonner à l'image ? Il se peut, mais c'est à la condition de savoir trouver les voies de la rupture, le chemin de la sortie, le point de vue externe. Le raisonnement particulièrement cohérent, d'un épistémologue qui s'est efforcé, selon ses propres termes, de « sortir du cercle »¹⁰⁸ peut être ici d'un utile secours. Paul Feyerabend se posait la question suivante : « Comment pouvons-nous analyser les termes dans lesquels nous avons l'habitude de formuler nos observations les plus simples et les plus directes, et révéler leurs présuppositions ? »¹⁰⁹ La réponse paraissait s'imposer pour qui pensait que « les préjugés sont mis en évidence par contraste et non par analyse » :¹¹⁰ une « norme critique externe »,¹¹¹ une « mesure de comparaison externe »¹¹² est nécessaire. Apparemment, cette affirmation vient à l'appui des thèses des lecteurs de Hart. En réalité, elle condamne radicalement leurs ambitions en révélant quatre erreurs graves qu'ils commettent. La première est de croire qu'il soit si facile d'adopter un « point de vue externe ». Pour avoir quelque chance de progresser, il faut être capable de s'évader vraiment du système conceptuel antérieur ; il ne suffit certainement pas de collecter des faits, de « se renseigner » le plus possible.¹¹³ Le mythe de l'accumulation des connaissances qui apporteraient docilement la connaissance, après avoir été rassemblées et vérifiées à l'abri de toute hypothèse, semble bien difficile à harmoniser avec l'idée d'un point de vue externe. L'évasion n'est possible que par les moyens « de la science du dehors, de la religion, de la mythologie, des idées d'ignorants ou des divagations de fous. »¹¹⁴ Mieux encore, elle passe par le rêve, par l'invention d'« un monde onirique pour découvrir les caractéristiques du monde réel que nous croyons habiter [...] ».¹¹⁵ Ici apparaît la deuxième erreur. La recherche externe doit essayer de penser autrement, mais de penser autrement la même chose. La « science du dehors », le rêve même, ne sont riches d'enseignements¹¹⁶ que par la vision nouvelle du « monde réel que nous croyons habiter ». Le rêve ne nie pas la réalité ; il la suppose en la contournant. Par conséquent, le point de vue externe, aussi nouveau, étrange et étranger soit-il, ne peut partir de l'hypothèse qu'il n'y a rien à voir. La recherche juridique n'est viable et n'est rentable que si elle est menée en contemplation d'un droit à découvrir, à comprendre. L'étude

¹⁰⁸P. Feyerabend, *Contre la méthode : Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, trad. par B. Jurdant et A. Schlumberger, Paris, Seuil, 1979 à la p. 70.

¹⁰⁹*Ibid.* à la p. 29.

¹¹⁰*Ibid.*

¹¹¹*Ibid.*

¹¹²*Ibid.* à la p. 80.

¹¹³*Le droit et le savoir, supra*, note 67 à la p. 78. Comparer Feyerabend, *ibid.* à la p. 70.

¹¹⁴Feyerabend, *ibid.* à la p. 70. Voir aussi la p. 49.

¹¹⁵*Ibid.* à la p. 29.

¹¹⁶Et non de renseignements ! Faut-il le souligner ?

du droit réclame, comme tout autre, le respect de son objet. Qui pose en principe l'inexistence du droit peut sans doute adopter un point de vue externe ; mais d'autres sont mieux placés pour « voir » le droit. La troisième erreur des adeptes de la sortie dans l'espace libre de droit, c'est le complexe de la chèvre de Monsieur Seguin : ils croient qu'en dehors de l'enclos, le paradis les attend. Le danger majeur du point de vue externe consiste à remplacer le « tout fait » par un autre « tout fait »,¹¹⁷ « remplacer un jeu de règles générales par un autre »¹¹⁸ ou, pour reprendre la terminologie actuellement en honneur, substituer un dogmatisme à un autre. Est-il permis de dire que les sciences sociales aussi ont leur dogmatisme ? Changer de questions et de réponses n'a jamais suffi à donner de la liberté d'esprit. Si l'espoir est de provoquer une révolution dans la science du droit, il est dommage d'en accepter l'énorme coût pour se contenter de mettre une simple recette nouvelle à la place des anciennes. Des hommes capables de refuser les recettes, d'où qu'elles viennent, seraient nécessaires ; rien ne démontre que les spécialistes des sciences sociales soient davantage dotés de cette qualité rare que les juristes. Il faudrait non pas des renseignements supplémentaires, mais un antidote, une imagination, une audace intellectuelle, un sens du défrichage et de l'innovation. À l'évidence, l'acceptation des résultats d'une recherche par la communauté des spécialistes en sciences sociales n'est pas, dans le court terme du moins, une garantie suffisante.¹¹⁹ L'objectif à poursuivre serait de donner aux différents spécialistes une formation qui les protège contre la spécialisation et qui les prépare à résister aux idéologies simplistes. La dernière erreur incluse dans la distinction des points de vue interne et externe complète la précédente et s'y associe étroitement. Elle consiste à mépriser le passé et ses enseignements, pour s'engager dans un avenir tout neuf en soulignant complaisamment les évolutions et autres mutations.¹²⁰ Il ne suffit malheureusement pas d'ignorer les erreurs antérieures et leurs conséquences pour ne plus les commettre. Appeler préjugés les postulats d'autrui est un bon moyen de sauvegarder sa bonne conscience ; l'important serait d'être en mesure de porter une appréciation critique sur les siens propres. Nous ne pouvons pas ne pas avoir de postulats ; nous ne pouvons pas nous en passer : « En éliminant toutes les interprétations naturelles, nous [éliminerions] aussi la faculté de penser et de percevoir. [...] [U]ne personne qui se trouverait devant un champ perceptif, sans disposer d'une seule interprétation naturelle, serait complètement désorientée et ne pourrait même pas commencer le travail scienti-

¹¹⁷Bergson, *supra*, note 103 à la p. 138.

¹¹⁸Feyerabend, *supra*, note 108 à la p. 30.

¹¹⁹Il faut du temps pour qu'une communauté savante découvre et corrige ses erreurs ; il faut aussi qu'y règne une discussion permanente. La question de la relation à la réalité, à sa plus grande part, se pose également.

¹²⁰Cette erreur est reprise dans *Le droit et le savoir*, *supra*, note 67 à la p. 78.

fique. »¹²¹ À cet égard, le travail sur les réalités juridiques ne présente pas de spécificité par rapport à l'observation de la nature. De plus, les juristes savent par expérience que tous les postulats ne peuvent être ramenés à de purs préjugés condamnables comme tels ; il en est de bon et de mauvais. Le difficile est justement de discerner l'utile du pernicieux. Les présupposés ne sont pas la peste noire de la connaissance ; ils sont nos limites dont nous devons avoir conscience, dont nous devons savoir ce qu'elles facilitent et ce qu'elles entravent, ce qu'elles permettent de mieux voir et ce qu'elles empêchent de voir.

En définitive, s'il faut adopter un point de vue externe, ce doit être de façon beaucoup plus radicale que beaucoup de lecteurs de Hart ne l'imaginent. L'accumulation des connaissances est aussi inefficace que l'oubli de cette tradition juridique sans laquelle le droit ne peut être compris, saisi, pénétré. L'échec de toute recherche dite externe peut être annoncé par avance dès lors qu'à l'ambiguïté de cette extériorité purificatrice s'ajoute une profonde méprise sur la nature de l'étude interne du droit.

11.— *L'impossible et irremplaçable point de vue juridique interne.* Les utilisateurs de la distinction des points de vue interne et externe n'aiment pas le premier ; c'est pour le rabaisser, pour combattre son influence qu'ils opposent sa subjectivité incurable à l'objectivité du point de vue de l'observateur scientifique. Encore faut-il remarquer que le point de vue interne peut être conçu de deux façons différentes ! Entendu comme non critique, il se heurte à une impossibilité que toute l'histoire de la science du droit démontre. Considéré comme simplement lié à la tradition doctrinale, il est irremplaçable. C'est dire que, dans les deux interprétations, la distinction interne-externe est à rejeter, mais pour des raisons différentes.

S'il se vérifiait et si le point de vue interne était défini comme exempt de critique, le succès de cette distinction marquerait la victoire du positivisme juridique le plus étroit, le plus radical. Le rapport canadien intitulé *Le droit et le savoir* pourrait, en particulier, être salué comme le manifeste d'une nouvelle école de pensée juridique ; son programme porterait sur le développement d'une science du droit plus refermée sur elle-même et plus faussement rigoureuse que jamais. Tout se passe comme si les juristes positivistes avaient enfin réussi à emporter la conviction de tous dans la communauté juridique et en dehors d'elle. Il y aurait bien une possibilité d'être un pur commentateur du droit positif, de l'exposer tout à fait fidèlement, d'être un agent d'exécution docile. À tout prendre, le référé législatif n'aurait été supprimé en France qu'en raison de son inutilité ; les interprètes respectaient trop fidèlement la pensée et la volonté du législateur pour qu'il fût nécessaire de l'interroger lui-même. Les juristes auraient raison de croire

¹²¹Feyerabend, *supra*, note 108 à la p. 79.

qu'ils se contentent en général de décrire ce qui ne dépend nullement d'eux et d'en déduire des solutions qui ne pourraient être autres. Parce qu'ils acceptent globalement le corps de règles, le droit, les éventuelles divergences d'interprétation ne peuvent être que partielles et provisoires.

L'histoire ancienne et récente est pourtant là pour établir l'inverse. À toutes les époques, dans tous les pays, la profession juridique a exercé une influence considérable sur la formation du droit, sur l'évolution des règles et des solutions. L'idéologie positiviste a été le procédé le plus volontiers employé pour tenter de rendre plus discrète une action qui exposait les juristes à la vindicte des Princes et des Peuples. Il n'y a pas de point de vue juridique interne ; tout approfondissement de la connaissance du droit conduit inexorablement à la critique des décisions institutionnelles, à la reformulation des règles, à la découverte de solutions différentes, à la composition corrélatrice d'un nouvel ensemble susceptible d'apporter, en retour, des conséquences inattendues. L'école française de l'exégèse, si volontiers citée comme un modèle de soumission à l'autorité législative et dont les maîtres sont voués aux gémonies pour avoir excellé dans l'art de l'interprétation copie conforme, a produit les argumentations les plus vigoureuses, contre le *Code civil* de 1804 notamment,¹²² et les théories les plus étrangères aux dispositions légales ;¹²³ les magistrats que cette école forma eurent des audaces que les modernes contempteurs de l'exégèse ne pourraient renier.¹²⁴ Si soucieux qu'il soit de demeurer « à l'intérieur du système », l'interprète accuse toujours l'une des tendances latentes dans les lois ou les jugements, estompe les autres, voire insuffle une nouvelle inspiration aux formules anciennes ; ses protestations de légalisme, pour véhémentes qu'elles soient, n'y peuvent rien changer. Son point de vue n'est pas interne parce qu'il est toujours autre ; il diffère de celui du législateur ou du juge. La formation reçue, les préoccupations, les pressions subies, tout l'en sépare. Il faudrait le simplisme d'un marxisme de bazar pour soutenir que l'identité de classe sociale suffit à tout aligner, à tout associer. La prétendue objectivité du juriste respectueux des « sources du droit » est un leurre que la distinction des points de vue interne et externe vient soutenir bien malencontreusement. Cette illusion, ainsi entretenue de l'intérieur comme de l'extérieur — il est des juristes et des spécialistes des sciences sociales pour croire apparemment y trouver leur compte, est largement responsable du déclin que connaît parfois la théorie juridique. Augmenter le crédit de cette erreur est l'un des bons moyens d'entraver l'amélioration du droit et de son savoir. Ce qui devrait préoccuper les juristes notamment, ce sont les remèdes contre une sclérose intellectuelle qui les menace autant — ni plus, ni moins — que les

¹²²Voir Rémy, *supra*, note 18 aux pp. 121-23.

¹²³Songez, par exemple, à la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau.

¹²⁴Voir, e.g., Cass. Req., 15 juin 1892, D.P. 1892.I.596.

autres ; les enfermer dans un faux point de vue interne ne peut que les inciter à se satisfaire de l'état de leur discipline, à négliger les questions théoriques et de méthode.

Pour se soustraire à de tels reproches, les adeptes de la distinction interne-externe doivent se retrancher derrière une autre conception du point de vue interne. Appartiendrait à cette catégorie toute recherche qui ne rejeterait pas par principe la tradition de la science du droit, les fruits des efforts de tous ces juristes qui, depuis des siècles, tentent de tirer profit des innombrables expériences condensées dans la complexité du langage juridique, des principes, des règles et des solutions. En ce deuxième sens, l'adoption du point de vue interne n'est plus impossible ; elle est inévitable. Le professeur Hart avait clairement mis en lumière une bien simple vérité : nul ne peut espérer connaître ce à quoi il tourne le dos. Si la réalité s'offre à la connaissance, elle ne s'impose pas à qui la refuse délibérément. Le droit peut être un objet de connaissance ; mais il échappe certainement à ceux qui en nient l'existence, comme à ceux qui prétendent le comprendre sans s'y être seulement intéressés ou encore qui se croient capables d'inventer de toutes pièces un nouveau savoir et un langage tout neuf. Qui peut rêver de se constituer un corps de connaissance en ne partant de rien ? Les difficultés rencontrées par la sociologie du droit n'ont pas d'autre origine. Ce qui a fait défaut chez la plupart des spécialistes, c'est une certaine affinité avec l'objet à étudier, une certaine sympathie avec lui. Ils ont cherché à utiliser un nouveau « langage d'observation » ; mais comme le dit Paul Feyerabend en des termes expressifs et imagés, « un jugement comparatif des langages d'observation [...] ne peut commencer que lorsqu'ils sont tous parlés également couramment. »¹²⁵ Le droit ne peut se comprendre que de l'intérieur, dans son propre langage ; toute autre tentative aboutit à une simple dénaturation et passe à côté du droit. Ce qui est montré peut être du plus haut intérêt ; ce ne peut pourtant ni être tenu pour le droit, ni être mis à la place du droit. Le mouvement américain d'étude critique de droit, dont les positions radicales sont fameuses, a eu la sagesse de refuser de couper les ponts avec la tradition juridique antérieure. Si ses représentants souhaitent un élargissement de la science du droit, c'est à un développement interne qu'ils songent, sans s'effaroucher de sa « dependence upon the starting points provided by a particular tradition [...] ». ¹²⁶ Il paraît clair, aux yeux de ces auteurs critiques également, que la théorie d'aujourd'hui ne peut se priver de la « richness of reference to a concrete collective history of ideas and institutions. »¹²⁷ C'est pourquoi les juristes doivent conserver ce savoir

¹²⁵Feyerabend, *supra*, note 108 à la p. 84. Voir aussi Pallard, *supra*, note 59 à la p. 191.

¹²⁶R.M. Unger, « The Critical Legal Studies Movement » (1983) 96 Harv. L. Rev. 561 à la p. 580.

¹²⁷*Ibid.*

traditionnel et l'améliorer autant que possible. Des générations y ont oeuvré en se complétant et en se combattant ; ce mouvement doit se poursuivre. La séparation des deux points de vue interne et externe aurait inéluctablement l'effet inverse. Elle peut seulement « cristalliser la distinction entre dogmatique juridique (approche scientifique interne) et connaissance proprement scientifique (par l'approche externe qui, seule, assure la nécessaire rupture épistémologique). »¹²⁸ Que se passerait-il, en effet, si un tel découpage disciplinaire pénétrait les esprits ? Ceux que la réflexion théorique intéresse seraient définitivement dissuadés de travailler sur le droit. Ceux que le droit intéresse seraient définitivement dissuadés de travailler en théorie. La pesanteur de toutes les institutions gouvernementales et professionnelles qui accordent leur faveur exclusivement à l'étude pratique du droit en serait notablement augmentée. Est-ce bien là le but poursuivi par ceux qui voulaient contribuer à l'amélioration du droit et de son savoir ? Il n'est pas exagéré d'affirmer qu'ils ont agi dans le sens du déclin de la littérature juridique.

Il ne pouvait en être autrement dès lors qu'ils s'étaient abandonnés à un scientisme irraisonné dont aucun théoricien des sciences ne voudrait plus. Chacun sait désormais que la césure entre science et non-science n'est pas nette ; il n'y a pas même de coupure radicale entre les argumentations normales et les argumentations visionnaires.¹²⁹ Dans cette gradation continue, la littérature juridique a une place à tenir ; elle est dans son droit quand elle la revendique, ou plutôt quand elle l'occupe. Les mérites de la science du droit peuvent encore être chantés.

II. Une littérature dans son droit, ou les espoirs d'un savoir sans frontière

12.— *Une autre leçon de l'évolution des sciences.* Le scientisme veut croire à l'évolution continue des sciences vers un savoir en augmentation constante. Il oublie ainsi les régressions et surtout les abandons dont chaque période offre d'abondants exemples. C'est en renonçant à se préoccuper du complexe — « diviser chacune des difficultés que j'examinerais, en autant de parcelles qu'il se pourrait et qu'il serait requis pour les mieux résoudre »¹³⁰ — et du particulier — « il n'est de science que du général »¹³¹ — que les sciences ont connu leurs succès récents. Dès lors, la question épis-

¹²⁸Arnaud, *supra*, note 45 à la p. 242. Pour une autre conception, beaucoup plus rigoureuse, du point de vue interne, voir Detmold, *supra*, note 63.

¹²⁹Voir Unger, *supra*, note 126 à la p. 580.

¹³⁰R. Descartes, *Discours de la méthode*, E. Gilson, éd., Paris, Vrin, 1970 aux pp. 69-70 (deuxième partie consacrée aux « Règles de la méthode »).

¹³¹Traduction d'Aristote, reprise par maints et maints auteurs, notamment Cuvier. Sur le sens de cette expression, voir J. Moreau, *Aristote et son école*, Paris, Presses universitaires de France, 1985 aux pp. 40-42.

témologique majeure apparaît clairement. Les résultats obtenus par ces sciences de l'élémentaire et du général démontrent qu'elles ont trouvé une certaine voie ; ils ne nous apprennent rien sur les autres chemins de la connaissance. Les progrès réalisés n'ont pas rendu négligeables les zones d'ombre qu'à chaque pas les scientifiques laissaient derrière eux. Rien ne confirme l'unité d'un savoir qui devrait nécessairement passer, dans tous les domaines, par les mêmes états. En obtenant de spectaculaires succès après s'être défaussées du complexe et du particulier, les sciences modernes ont seulement accru le besoin d'autres disciplines. Ce besoin peut-il être satisfait ? C'est une autre question. Le positivisme épistémologique y répond par la négative.¹³² L'impossibilité de la connaissance est la leçon qu'il tire de l'apparent retard de la discipline juridique en particulier. C'est une autre façon de dire que la science du droit n'est pas une science de même nature que la physique, la chimie ou la biologie. Ce n'est pas une raison pour conclure au manque de pertinence de toute connaissance non scientifique — au sens actuellement commun de ce terme. Si le nom de la science retrouvait toute l'ampleur de sa signification première, la survie d'un savoir d'un autre ordre ne serait pas exclue.

A. *Le nom de la science*

13.— *Les sciences et le monopole de la science.* De Saint Thomas à Auguste Comte, quelle transformation dans la signification du mot « science » ! « La notion dénommée *scientia* est restée inerte de longs âges durant, mal définie, mouvante, représentant selon les cas un 'savoir', une 'connaissance', un 'art', une 'technique', jusqu'à ce qu'elle atteignît beaucoup plus tard le stade de la 'science'. »¹³³ Lorsque ce mot s'est réveillé de ce long sommeil, il n'était plus lui-même. D'une part, seuls les maîtres des relations entre phénomènes expérimentalement vérifiées pouvaient désormais s'honorer de l'enviable qualification de scientifiques. Ni les doutes émis sur la signification des expérimentations, ni les critiques du concept de vérification n'ont pu, depuis, les contraindre à descendre de leur piédestal. D'autre part, maints juristes ont réagi en condamnant l'emploi de l'expression « science du droit » ; il faudrait parler d'étude, d'art ou de technique. Leur souci d'échapper à l'influence scientiste dans un domaine où elle est particulièrement pernicieuse, est très légitime ; mais pourquoi les juristes devraient-ils se laisser imposer le sens dit moderne du mot science ? En d'autres termes, l'impossibilité de traiter le droit comme objet d'une science exacte ou expérimentale ne saurait exclure l'examen des conditions et modalités de la

¹³²Voir Troper, *supra*, note 42.

¹³³Voir E. Benveniste, *Problèmes de linguistique générale*, t. 2, Paris, Gallimard, 1974 à la p. 250 ; M. Heidegger, *Chemins qui ne mènent nulle part*, trad. par W. Brokmeier, Paris, Gallimard, 1986 à la p. 101 ; R. Caratini, *La philosophie*, t. 2, Paris, Seghers, 1984 à la p. 66.

connaissance juridique. Le scientisme et l'idéologie de la rupture épistémologique rejoignent ici ce volontarisme qui réduit le droit à un phénomène de pouvoir ; les premiers et le second inclinent à nier qu'il puisse y avoir une épistémologie juridique.¹³⁴

Pourtant, à l'époque même où le savoir scientifique moderne prenait son essor, une autre idée de la science se maintenait. Cette connaissance-là savait ce qu'elle devait à l'ontologie, à la métaphysique.¹³⁵ Elle avait aussi conscience des limites dans l'ordre de l'exactitude et de la certitude que lui imposait le refus de toute limite en extension et en profondeur. Elle ne prétendait nullement dire, si « dire » signifie énoncer des propositions dans un système formel logico-mathématique ;¹³⁶ mais elle montrait beaucoup. Cette science du complexe et du particulier se donnait pour tâche de comprendre un peu du tout ; elle renonçait, sans remords, à inventer, à construire, à établir le tout d'un peu. Elle n'espérait pas des bonds épistémologiques, des réussites éclatantes dotées d'applications techniques spectaculaires. Elle cherchait à savoir un peu mieux, à conjuguer un point de vue de plus avec les connaissances antérieures. C'était aussi une science de la synthèse.

La chance des juristes est de n'avoir jamais pu oublier cette science-là. Ils ont ainsi échappé au règne de la simplicité qui n'aurait pu leur être d'aucun secours. L'observation des relations entre phénomènes ne pouvait évidemment leur apporter la connaissance du juste. Ils ont aussi évité de s'adonner à cette science des anathèmes, qui croyait progresser à pas de géant par de successifs changements révolutionnaires. Les juristes ne peuvent dresser la science pure contre la science appliquée, la science contre la technique. Toute leur expérience leur rappelle que « the quality of applied science depends upon the quality of pure science »,¹³⁷ et réciproquement. L'art juridique de discuter toujours, de raviver éternellement les mêmes controverses, a souvent été tourné en ridicule. C'est pourtant lui qui permet de défendre les causes perdues. Et il supporterait allègrement la comparaison avec bien des querelles scientifiques ; l'histoire s'est chargée de montrer que les victoires sont arrachées ici avec des arguments souvent fort peu rationnels, souvent fort provisoires. Tandis que les sciences de la nature s'envolaient vers les sommets de la reconnaissance sociale, la science du droit continuait de s'efforcer de remplir son office avec les mêmes espoirs, les mêmes difficultés et les mêmes résultats qu'auparavant. Les travaux scientifiques, quelle que pût être la gravité de leurs conséquences humaines et

¹³⁴Voir Arnaud, *supra*, note 45. Comparer A.A. Leff, « Law and » (1978) 87 Yale L.J. 989.

¹³⁵Voir G. Gusdorf, *Les sciences humaines et la pensée occidentale*, t. 12, Paris, Payot, 1985 à la p. 51 et aussi aux pp. 26-27, 31, 46, 48 et 58-59.

¹³⁶Voir Caratini, *supra*, note 133 à la p. 67.

¹³⁷D.J. Black, « The Boundaries of Legal Sociology » (1972) 81 Yale L.J. 1086 à la p. 1100.

sociales, se poursuivaient sans être entravés par la moindre contestation efficace. Les juristes, quant à eux, étaient incessamment convoqués au tribunal de l'histoire pour y répondre de leurs exactions, de leur collaboration avec le pouvoir ou de leur contestation du pouvoir. Manifestement, la science juridique ne progresse pas vers l'objectivité, vers cette salutaire neutralité où tant d'autres disciplines ont su se mettre à l'abri. Ayant conservé la part la plus délicate de la connaissance, celle du complexe et du particulier, celle aussi qui ne peut devenir le domaine réservé de quelques intellectuels, elle s'entend reprocher son manque d'aisance, sa lenteur et ses erreurs. Son mérite est pourtant de refuser le progrès qui serait à payer au prix d'un changement d'objet ; elle a ainsi montré la nécessité d'une autre science. Elle a ainsi permis la survie d'un autre savoir. Les menaces qui pèsent sur la littérature juridique sont les signes les plus apparents de la difficulté de ce combat.

14.— *Des menaces contre la littérature juridique.* Se convaincre que le droit n'est pas une science comme les autres, mais que son étude exige des efforts aussi intenses, des soins aussi appliqués, des scrupules aussi constants, est une nécessité. À défaut, la littérature juridique, véhicule du savoir juridique, serait menacée de deux côtés. Le premier danger naît de l'attrait exercé par les sciences expérimentales sur la science juridique. Le propre des premières est, en effet, de ne pas avoir la même perception temporelle que le droit ; elles éliminent, même provisoirement, les théories tenues pour controuvées. Le meilleur des astrophysiciens peut ignorer sans dommage apparent les oeuvres de Copernic et celles de Galilée. La science du droit a besoin de la durée. Le juriste doit connaître les expériences du passé, les situations rencontrées, les solutions adoptées et leurs conséquences. Pour pouvoir apporter, à l'édifice qui doit affronter des circonstances inédites, la pierre nécessaire, chaque génération doit être apte à « lire » le plan des fondations laissées par les précédentes ; même si tout semble avoir changé, même si les préoccupations anciennes ont été abandonnées pour de nouvelles, c'est toujours sur l'édifice inachevé, sur l'oeuvre de nos pères, que nous élevons nos propres constructions. Cette continuité n'est jamais tout à fait interrompue. Elle influence considérablement le choix des solutions que chaque siècle ou chaque décennie croit inventer de toutes pièces. Dès lors, l'alternative est simple. Ou bien les juristes prétendent ignorer leur passé et ils sont les jouets de tendances contradictoires. Ils contribuent ainsi à la formation d'un droit qui peut sacrifier les intérêts les plus légitimes. Leur littérature, manquant d'assise, n'aura pas d'avenir. Elle ne répondra pas non plus aux besoins présents. La pratique sera désorientée. D'aucuns parleront de crise. Ou bien les juristes sont conscients de l'héritage qu'ils ont reçu et reconnaissent les lignes de force de cette continuité qui passe par eux. Ils savent user des instruments légués par leurs prédécesseurs en travaillant

sans relâche à leur amélioration. Alors, cette continuité devient la meilleure des armes dans le combat pour le droit.

La mort de la littérature juridique ? Elle peut surtout venir de la perte du sentiment historique. Le juriste est l'inverse d'un homme nouveau. Il lui faut se satisfaire de cette condition ordinaire¹³⁸ et ne pas espérer les coups d'éclat porteurs de cette gloire désormais dispensée aux scientifiques. L'habitue propre au juriste est le produit des siècles, de leurs essais successifs, de leurs erreurs chèrement payées et péniblement rectifiées, de leurs vaines réussites et de leurs échecs prometteurs. S'il ambitionne d'échapper à l'épaisseur du temps, il devient l'architecte d'une façade en trompe-l'oeil ; c'est l'édifice tout entier qui lui manque. Voilà pourquoi les auteurs des critiques radicales adressées aux civilistes français du dix-neuvième siècle portent une si lourde responsabilité devant l'histoire ! Ils ont persuadé les juristes, ceux qui travaillaient après 1930 et plus encore ceux qui travaillaient après 1970, qu'ils pouvaient faire l'économie de la lecture de Merlin, de Toullier, de Marcadé, de Proudhon, de Troplong, de Delvincourt, de Demolombe, de Aubry et de Rau, de Baudry-Lacantinerie et de tant d'autres. Nous avons failli être des générations atteintes de torticolis, préférant le fragile clinquant des décors de cinéma à la puissante harmonie d'une architecture renouvelée ! Le risque était d'autant plus grand qu'à ce moment quelques ministres irresponsables, certains mêmes se disant nationalistes, détruisaient délibérément la formation historique générale. Il y a de ces prétendues coïncidences qui forcent à la réflexion. Heureusement, de grandes voix se sont élevées pour nous rappeler ce que nous devons à nos prédécesseurs ;¹³⁹ et sur ses fondations retrouvées, le bâtiment a pu s'élever encore de quelques étages supplémentaires, et s'agrandir de quelques dépendances étroitement imbriquées dans l'édifice principal. Il faut en tirer la leçon. Qui ne veut pas provoquer le déclin de la littérature juridique doit donner aux juristes, et les aider à conserver, le réflexe historique ; cette histoire-là est celle des événements et des incidents, celle de la littérature et celle de l'économie, celle des courants de pensée et de la philosophie, celle des sciences et des techniques. Pourquoi ne pas dire ce que suggère l'évolution récente ? La première menace qui pèse sur la littérature juridique vient de l'insuffisante culture des juristes. Doivent le savoir ceux qui organisent l'enseignement pré-universitaire, ceux qui assurent l'enseignement universitaire et ceux qui veulent s'engager dans une carrière juridique. La fonction sociale des juristes est trop importante ; ils ne peuvent se désintéresser des conditions à remplir pour tenter d'éviter les échecs les plus graves.

¹³⁸Voir P. Rémy, « Les civilistes français vont-ils disparaître ? » (1986) 32 R.D. McGill 152 à la p. 158.

¹³⁹Rémy, *supra*, note 18. Comparer J. Gaudemet, « Études juridiques et culture historique » (1959) 4 Arch. phil. dr. 11.

La deuxième menace est d'un tout autre ordre. Se convaincre que l'étude du droit est étrangère à toute préoccupation scientifique au sens large, à tout effort théorique, nier l'existence de la science du droit, c'est abandonner les juristes à l'influence du mythe de l'objectivité. Ici, la confusion du droit et de la science du droit trouve son siège. Si la possibilité d'une description objective, d'un exposé objectif du droit, est admise, si la science du droit paraît être le reflet parfaitement fidèle de son objet, elle ne mérite aucune attention particulière. Pour que l'épistémologue s'y attarde, il aurait fallu que des questions de l'ordre de la connaissance se présentent. Sans influence, sans autre contenu propre que le droit lui-même, la science du droit est un élément négligeable, pas même un facteur secondaire ou indirect, pas même une autorité contribuant à la formation du droit. S'il lui arrive de payer son tribut à l'erreur, c'est de manière toute provisoire ; la confrontation avec le droit positif, la vérification, est si aisée, si immédiate, si incontestable ! Des juristes concevant ainsi leur discipline pourraient imaginer dégager leur responsabilité pour toutes les évolutions malencontreuses du droit lui-même. Ils ne sauraient être pour rien dans les solutions injustes. Ils laisseraient cela aux hommes politiques, à leurs convictions, à leur subjectivité. Sans aucun doute, le droit et la science du droit en pâtiraient de deux façons. D'une part, ces juristes s'imposeraient une auto-censure qui les empêcherait de développer une théorie digne de ce nom. Des catégories, des concepts se formeraient et se transformeraient, mais sans aucun contrôle rationnel, sans aucune appréciation critique. La cause n'en serait pas à rechercher dans le respect que ces juristes s'efforceraient de témoigner à la loi ou à la jurisprudence. Ceci est affaire de reconnaissance des repères susceptibles d'aider à la découverte du droit ; l'objectivité est hors de question. Ce qui menacerait la littérature juridique, ce serait le refus de prendre parti. Une telle timidité aboutit seulement à fermer les yeux et l'esprit sur ses propres convictions, à énerver son aptitude à la réflexion critique, à s'interdire d'éprouver la valeur de ses hypothèses les plus fondamentales. L'intelligence du droit suppose cette appréciation portée sur ses justifications. D'autre part, la soumission au mythe de l'objectivité n'est évidemment pas, tout au contraire, une garantie d'objectivité. Apparemment, l'interprète que guide cette idée se rallie aux choix effectués par le législateur ou par le juge. Pourtant, la seule action de commenter, voire de redire avec d'autres mots, ouvre la voie à d'autres influences, à d'autres idéologies, à d'autres convictions. L'objectivité juridique n'est pas une fidélité ; elle n'est qu'une forme insidieuse d'aveuglement. Pour respecter la déontologie implicite qui est propre à sa discipline, le juriste doit savoir discerner tous les *a priori*, toutes les hypothèses sous-entendues, tous les choix contenus dans les principes, dans les règles, dans les solutions et dans les mots. Là est la richesse permanente de la littérature juridique de nos pays ! La question qui est au-

jourd'hui posée est celle de son amélioration. Est-il possible de lui ouvrir de nouvelles pistes, de lui réserver une place dans un autre savoir ?

B. *La survie d'un autre savoir*

15.— *Le principe d'innutrition*. Emile Faguet appela « innutrition » l'un des procédés proposés par Joachim du Bellay pour enrichir la langue française. Refusant la simple traduction des oeuvres étrangères, il prônait une imitation qui franciserait ce qu'elle emprunterait.¹⁴⁰ La même méthode, appliquée à la science juridique d'une part, aux sciences sociales d'autre part, ne pourrait-elle favoriser encore une renaissance ? Pour lui donner quelque chance de succès, il faudrait certainement rejeter la solution de facilité du « point de vue externe ». L'ambition, peut-être démesurée, doit être de constituer un savoir. Celui-ci utilisera d'abord un « amalgam of sociological, philosophical, anthropological, and psychological techniques to dissect the presuppositions and ideologics immanent in the legal order. »¹⁴¹ Rendre conscientes les différentes étapes du raisonnement juridique, les hypothèses et lemmes implicites, est une première nécessité. Le commentaire législatif ou jurisprudentiel, tel qu'il fut pratiqué par les meilleurs civilistes, n'avait pas d'autre objectif. Ce savoir se composera ensuite des résultats obtenus par les sciences sociales, conjugués aux enseignements de la science juridique. Les modalités d'une véritable intégration sont encore à découvrir.¹⁴² Elle ne pourra être atteinte ni en distinguant simplement des points de vue prudemment isolés les uns des autres, ni en faisant fi de la tradition juridique, ni en additionnant des connaissances éparses ou en accumulant les données quantitatives. L'intégration suppose « a clear logical analysis of their different elements » issus des divers travaux spécialisés.¹⁴³ Elle réclame aussi une théorie capable de les associer, de les articuler les uns sur les autres. La difficulté est, non pas tant d'organiser, mais de susciter en montrant la voie, de favoriser, voire de provoquer la renaissance d'un savoir global ; l'expression même de collaboration interdisciplinaire sonne déjà comme une trahison, comme un abandon de cet exigeant idéal. Ce sont les conséquences intellectuelles d'une spécialisation probablement bénéfique à d'autres égards qu'il s'agit de contourner. Comment chacune des sciences

¹⁴⁰J. du Bellay, *Défense et illustration de la langue française* [1549], Les regrets, S. de Sacy, éd., Paris, Gallimard, 1967, 197.

¹⁴¹Note, « Round and 'Round the Bramble Bush : From Legal Realism to Critical Legal Studies » (1982) 95 Harv. L. Rev. 1669 à la p. 1680. Opposer Fiss, *supra*, note 16.

¹⁴²Pour un essai de grande ampleur, voir A.-J. Arnaud, *Où va la sociologie du droit ?*, Critique de la raison juridique, t. 1, Paris, L.G.D.J., 1981.

¹⁴³M.R. Cohen, *Compte rendu : The Law in Quest of Itself* par L.L. Fuller (1941) 36 Ill. L. Rev. (Northwestern University) 239 à la p. 246 ; ce compte rendu est repris dans *Reason and Law*, 2e éd., New York, Collier Books, 1961 aux pp. 171-83. Comparer Weisberg, *supra*, note 67 à la p. 158.

sociales et juridiques pourrait-elle devenir, simultanément et dans un même mouvement, la science pure dont les autres tireraient leurs applications et la science appliquée dont les autres guideraient les progrès ? Une multiplication des points de vue¹⁴⁴ à adopter, puis à associer, est requise. Pour pouvoir y participer, la science juridique doit réapprendre sans cesse à se libérer des deux sources de sclérose qui la minent. La première est la maladie positiviste qui nourrit les rêves d'objectivité et de certitude. La deuxième provient d'une conception trop radicale de l'opposition du fait et du droit. Ces deux unités épistémologiques qui commandent la mise en oeuvre de tant de règles, en droit civil, en procédure, en droit administratif, tendent à instaurer une dangereuse hiérarchie ; le droit devient ce qui est pertinent et le fait ce qui est négligeable. En définitive, pour différentes qu'elles soient, ces faiblesses partagent une même origine. La science juridique, comme les autres sciences humaines d'ailleurs, ne s'est jamais relevée du sens donné par les Modernes à la distinction de l'être et du devoir-être. Le savoir intégré, dont la survie est nécessaire, retrouvera toute sa force et toute son audience lorsque l'être et le devoir-être auront été réconciliés. Ce que la science juridique peut suggérer aux sciences sociales, c'est justement que l'être ne peut être conçu dans l'ignorance du devoir-être ; ce que les sciences sociales peuvent mettre en lumière, ce sont les erreurs et approximations commises dans l'examen de l'être. Ensemble, ces sciences peuvent composer un langage. Celui qui en use « transmet une abondance de sens dont il dispose si peu que c'est elle qui lui donne à penser ; c'est l'épaisseur du sens multiple qui sollicite son intelligence ; et l'interprétation consiste moins à supprimer l'ambiguïté qu'à la comprendre et à en expliciter la richesse. »¹⁴⁵ À l'évidence, toutes les conceptions, toutes les théories, toutes les interprétations, toutes les thèses nécessaires en science du droit et en sciences sociales sont déjà disponibles. La difficulté n'est pas même de découvrir un critère pour en éliminer certaines et en retenir d'autres : « La bonne méthode ne doit contenir aucune règle qui nous oblige à choisir entre des théories sur la base de la falsification [...] ».¹⁴⁶ Elle doit nous aider à déceler et fondre ensemble leurs parts de vérité respectives, leurs parts de justice aussi.¹⁴⁷

¹⁴⁴Voir J. Parain-Vial, *La nature du fait dans les sciences humaines*, Paris, Presses universitaires de France, 1966. Comparer Samek, *supra*, note 59 ; O. Ballweg, « Analyse de la jurisprudence à l'aide d'un modèle de la science sociale » (1969) 14 Arch. phil. dr. 257.

¹⁴⁵P. Ricoeur, *De l'interprétation : Essai sur Freud*, Paris, Seuil, 1965 à la p. 56.

¹⁴⁶Feyerabend, *supra*, note 108 à la p. 67.

¹⁴⁷*Ibid.* aux pp. 46, 76-81 et 82. Comparer Bergson, *supra*, note 103 à la p. 226 ; M. Villey, « De la dialectique comme art de dialogue et sur ses relations au droit » (1982) 27 Arch. phil. dr. 263 aux pp. 265 et 267 ; K. Mannheim, *Ideology and Utopia : An Introduction to the Sociology of Knowledge*, trad. par L. Wirth et E. Shils, London, Routledge & Kegan Paul, 1954 ; du même auteur, « The Sociology of Knowledge » dans P. Gardiner, éd., *Theories of History : Readings From Classical and Contemporary Sources*, New York, Free Press, 1959, 242.

16.— *La collaboration des sciences de l'homme.* Du rapprochement des enseignements propres à chacune des disciplines actuelles surgira un contraste ; seul, il peut être l'occasion d'éclairer la réalité. La première directive est d'introduire le complexe dans les sciences du simple et de l'élémentaire, le particulier dans les sciences du général. Par exemple, une question redoutable comme celle de la prolifération du contentieux, en certains domaines et en certaines époques, ne peut être traitée en termes exclusivement empiriques ou statistiques. Il faut déterminer des objectifs, des critères qui doivent tenir compte des situations individuelles, comme de la signification sociale du procès.¹⁴⁸ De même, l'examen des conflits entre époux ne peut être réduit à quelques décomptes. Qui mesurera l'influence de la conception sociale et juridique de l'union conjugale ? Qui évaluera les effets de mode et de contagion, ainsi que les dommages ? La deuxième directive est d'introduire des données nouvelles dans la réflexion juridique et de leur trouver la place utile. Depuis que les juristes répètent que tel genre de solutions suscite le contentieux, que le formalisme est protecteur du consentement, que telle règle favorise la fraude, que telle autre dissuade de prendre les précautions nécessaires, n'est-il pas temps qu'il s'efforcent de confronter ces affirmations aux données fournies par les sciences sociales ? Dans quelle mesure la crainte du retour de la féodalité est-elle fondée ? *Le votum mortis* des bénéficiaires de certaines libéralités est-il particulièrement à craindre ? Les biens soumis au régime de l'usufruit sont-ils voués à un dépérissement rapide ? Ce ne sont pas les domaines à explorer qui manquent. Ils appellent tous des méthodes fondées sur une claire distinction de la réalité et de ses reconstructions, de ce qui a lieu et de ce qui se passe comme si. C'est dire qu'au premier rang des possibilités figure l'individualisme méthodologique ; son application plus systématique par les juristes serait un bon moyen pour réfuter bien des idées reçues et pour essayer de saisir les raisons qui ont assuré leur succès.

17.— *L'épistémologie à concevoir et la littérature juridique à venir.* Le champ de recherche pour un savoir maintenu en survie artificielle et qui doit reprendre vigueur est immense. Il ne pourra être parcouru utilement si les juristes refusent par principe les enquêtes empiriques ; il ne pourra l'être davantage s'ils s'abandonnent à la facilité du quantitatif. L'épisode fameux des travaux du juge Brandeis, bientôt oubliés au fond de quelques armoires soigneusement closes, en est la démonstration éclatante. L'échec de ces efforts-là était inévitable, faute d'une théorie préalable ou concomitante sus-

¹⁴⁸Voir J.P. Gould, « The Economics of Legal Conflicts » (1973) 2 J. Legal Studies 279. Comparer, sur un tout autre sujet, R. Maspétol, « Brèves réflexions sur la règle de droit en tant qu'obstacle ou stimulant du développement économique et social » (1969) 14 Arch. phil. dr. 321. Sur l'excessive simplicité de nombreuses recherches en sciences sociales, voir L.L. Fuller, « An Afterword : Science and the Judicial Process » (1966) 79 Harv. L. Rev. 1604 aux pp. 1608-9 et 1623.

ceptible d'indiquer le mode d'emploi des données patiemment accumulées.¹⁴⁹ Ce qui manque au savoir de l'humain, c'est une épistémologie générale. Puisque la connaissance du droit n'est pas de même nature que les connaissances historique, économique, sociologique, anthropologique ou linguistique, des théories distinctes sont, dans un premier temps, nécessaires pour en rendre raison. Des rapprochements s'imposent, dans une deuxième étape, pour essayer de découvrir comment ces connaissances diverses peuvent s'associer, s'unir, s'enrichir mutuellement. Cette épistémologie de synthèse, dont le besoin sera de plus en plus pressant, sera réaliste au sens classique du terme. Elle ne se réfugiera ni dans l'*a priori* rationnel, ni dans les seuls « jeux de langage ». Elle sera attentive aux réponses de la réalité. Elle sera épistémologie de la naïveté, de l'affinité, de la connivence même, d'une connivence entre les savants et la réalité, d'une connivence des disciplines entre elles.

Et notre littérature juridique, survivra-t-elle ? Disparaîtra-t-elle ? Son destin est-il de dégénérer en une sorte de langue morte ? Imaginez-la devant nous ! Elle toise, non sans fierté, ceux qui annoncent sa mort prochaine. Elle leur dit peut-être : « Travaillez, prenez de la peine : C'est le fonds qui manque le moins [...] Un trésor est caché dedans. »¹⁵⁰ Ou bien, reprenant pour elle-même l'épithète célèbre, elle murmure : « D'ailleurs, ce sont toujours les autres qui meurent. »

¹⁴⁹Voir Y.-M. Morissette, « The Exclusion of Evidence under the Canadian Charter of Rights and Freedoms : What to Do and What Not to Do » (1983) 29 R.D. McGill 521 à la p. 523 n. 57 (« the empirical branch of the controversy has come to a stalemate »).

¹⁵⁰LaFontaine, *supra*, note 6.