

CE QUE NOUS DIT L'ORGANISATION D'UNE NOUVELLE MANIFESTATION SUR LES RAPPORTS ENTRE LES FAITS ET LE DROIT

RÉFLEXIONS SUR LA PRODUCTION DES CONNAISSANCES DANS LE CHAMP JURIDIQUE

Clotilde AUBRY DE MAROMONT

Maîtresse de conférences en droit privé

Résumé: Cet article pose l'hypothèse que l'intérêt renouvelé pour les rapports entre les faits et le droit est un symptôme des écueils de la production scientifique dans la discipline juridique française. D'un point de vue substantiel, la production des connaissances juridiques invite à adopter une logique d'étude *top down* et rationaliste du droit. Cette approche, caractéristique d'un manque de pragmatisme de la recherche juridique, invite à un retour récurrent aux faits dont la discipline ne peut se déconnecter. D'un point de vue formel, la production des connaissances juridiques repose essentiellement sur une logique de flux et d'accumulation des connaissances plus que sur une logique de renouvellement du savoir par controverses scientifiques. Cette forme de la production des connaissances juridiques explique que l'on revienne de manière cyclique à l'étude de sujets déjà largement traités car on capitalise trop peu sur les connaissances déjà produites.

Mots-clés: Épistémologie – rationalisme – pragmatisme – controverses scientifiques – capitalisation des connaissances

Abstract: *This article tests the hypothesis that the renewed interest for the relationship between facts and law is a symptom of the pitfalls of scientific production in the French legal discipline. From a substantive perspective, the production of legal knowledge invites to use a top down logic and rationalist study of law, which are characteristics of a lack of pragmatism in legal research. From a formal perspective, the production of legal knowledge is essentially based on the logic of flow and accumulation of knowledge rather than on the logic of renewal of knowledge based on scientific controversies. This type of legal knowledge production explains why we regularly analyse some subjects, which have already been widely studied, because of the lack of knowledge accumulation.*

Keywords: *Epistemology – rationalism – scientific controversies – knowledge accumulation*

« De quelle façon, juristes, travaillons-nous en fait ? De quelle façon devons-nous travailler ? »¹.

Cette interrogation formulée par François GénY, au début de son ouvrage *Science et technique*, nous invite à un retour réflexif sur nos façons de produire des connaissances juridiques. La critique portée dans l'œuvre du professeur nancéien au début du xx^e siècle trouve toujours autant d'acuité. Mise en perspective avec l'organisation de ce congrès, la démarche invite à en questionner l'axe scientifique. Pourquoi organiser en 2022 une nouvelle manifestation sur un lieu commun et un objet bien balisé de la discipline, à savoir les rapports entre les faits et le droit ? De nombreuses études ont en effet déjà été consacrées à la thématique. Sans prétendre à l'exhaustivité, évoquons d'abord deux recherches collectives ayant marqué les esprits : celle de l'École de Bruxelles portée par Chaïm Perelman sur « La distinction du fait et du droit »² qui invite à questionner le raisonnement syllogistique partant de la règle de droit pour l'appliquer aux faits, mais aussi celle de Christian Atias et de Didier Linotte sur « le mythe de l'adaptation du droit au fait » qui propose de mettre en doute l'idée que le droit ne ferait que constater et consacrer scientifiquement ce qui est³. Inhérente au raisonnement juridique et notamment à l'opération intellectuelle de qualification, la distinction du fait et du droit se place au cœur de l'analyse du raisonnement juridique et judiciaire⁴. Henri Motulsky envisage ainsi la distinction comme un moyen de répartir les rôles entre les parties et le juge au long du procès⁵. Gabriel Marty la qualifie de « principe directeur » du procès permettant notamment à la Cour de cassation d'exercer un contrôle sur les juges des faits⁶. Évoquons aussi les travaux de sociologie juridique et de philosophie du droit qui relativisent la frontière entre les faits et le droit en analysant l'interpénétration de ces deux espaces (linguistiques). Georges Gurvitch mobilise notamment la catégorie de « faits normatifs » pour considérer,

¹ F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, T. 1, *Position actuelle du problème du droit positif et éléments de sa solution*, Sirey, 1921, n° 1 p. 3.

² Ch. PERELMAN (dir.), « La distinction du fait et du droit », *Dialectica* 16(3-4), 1961, 338-610. Voir aussi spécifiquement Ch. PERELMAN, « La distinction du fait et du droit. Le point de vue du logicien », *Éthique et droit*, édition de l'Université de Bruxelles, 5^e éd., 1988, p. 682-693.

³ Ch. ATIAS et D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977, p. 251.

⁴ Voir J. RIVERO, « La distinction du fait et du droit dans la jurisprudence du conseil d'État français », in *Le fait et le droit, Étude de logique juridique*, Bruxelles, Bruylant, 1961, p. 131. Voir également J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction. Iura dicit Curia*, Thèse, Louvain, 2033, Bruylant, Bruxelles, 2004, n° 29, p. 45 ; D. LOUIS-CAPORAL, *La distinction du fait et du droit en droit judiciaire privé*, Thèse, Montpellier, 2014.

⁵ H. MOTULSKY, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Lyon, 1948, Paris, Sirey, 1948, réimp. Paris, Dalloz, 2002 ; « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », *Études de droit contemporain*, 1959, p. 257 et s. reproduit in *Écrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010, p. 38-59.

⁶ G. MARTY, *La distinction du fait et du droit. Essai sur le pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur les juges du fait*, Thèse, Toulouse, 1929, Paris, Sirey, 1929, n° 4, p. 14.

dans une vision pluraliste, que le droit est le produit de faits qui, « dans un seul et même acte, engendrent le droit et fondent leur existence sur lui »⁷. Jacques Ellul développe en outre une analyse culturelle du droit qu'il considère comme un outil privilégié de médiation et de symbolisation de l'homme dans ses rapports avec le monde des faits⁸. Ces études, parmi tant d'autres⁹, nous rappellent combien la thématique des rapports entre les faits et le droit a été explorée.

L'intérêt renouvelé qui est porté aux rapports entre les faits et le droit, qui plus est sous un angle méthodologique, interroge alors. L'organisation du congrès ne renseignerait-elle pas sur les orientations de la discipline, autrement dit, sur ses tendances, ses constances et ses ruptures épistémologiques? Pour répondre à cette problématique, nous proposons d'étudier la récurrence de ce thème dans le champ juridique par une approche épistémologique c'est-à-dire à travers l'étude de la production des connaissances scientifiques dans la discipline¹⁰. Cette démarche constitue une voie heuristique pour interroger les paradigmes et les méthodes de l'élaboration du savoir¹¹. En prenant pour objet d'étude la production des connaissances sur le droit et non le droit lui-même¹² pour mener une « recherche sur la recherche »¹³, l'épistémologie permet une prise de recul sur nos façons de produire de la connaissance¹⁴ en mettant au jour les choix méthodologiques qui orientent la connaissance dans chaque discipline. En opérant des choix méthodologiques, toute

⁷ G. GURVITCH, *L'idée de droit social*, Paris, 1932, p. 52. Voir également *Éléments de sociologie juridique*, préf. F. Terré, Paris, Dalloz, 2012 (rééd. Aubier, 1940), p. 37-84.

⁸ Voir notamment J. ELLUL, *Philosophie du droit*, Ed. La Table Ronde, Coll. « La petite vermillon », 2022.

⁹ À différentes époques et dans différentes branches du droit voir également: G. MORIN, *La révolte des faits contre le Code*, Paris, Grasset, 1920; E. W. PATTERSON, « L'influence des faits sur les jugements de valeur juridique », in *Mélanges en l'honneur de J. Dabin*, t. I (*Théorie générale du droit*), Sirey, 1963, p. 211 et s.; L. LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, préf. de M. Gobert, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 212, LGDJ, 1990; J. GABORDE, « La considération du fait par le droit du travail », in *Mélanges en l'honneur de H. Blaise*, Travaux et recherches de l'université de Rennes I, Economica, 1995, p. 277 et s.; P. BLONDEL, « Le fait, source du droit », in *Mélanges offerts à P. Drai, Le juge entre deux millénaires*, Dalloz, 2000, p. 203 et s.; C. XAVIER, « La qualification des faits est-elle une question de fait ou de droit? », in *Mélanges en l'honneur de J. Boré, La création du droit jurisprudentiel?*, Dalloz, 2007, p. 511 et s.

¹⁰ Sur la nécessité d'adopter un point de vue critique sur les sciences au moyen d'une théorie de la connaissance, voir G. BACHELARD, *Le nouvel esprit scientifique*, Paris, PUF, 1941, p. 10. Voir également, E. MORIN, *La méthode. 3. La connaissance de la connaissance. 1. Anthropologie de la connaissance*, Seuil, 1986, p. 17.

¹¹ Voir A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, coll. « Quadrige », 2010, voir Épistémologie; R. NADEAU, *Vocabulaire technique et analytique de l'épistémologie*, Paris, PUF, 1999, voir Épistémologie; Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. « Précis », 2002, n° 3, p. 2-3.

¹² Voir V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Dalloz, coll. « Méthodes du droit », 2^e éd., 2016, n° 21 et s., p. 14 et s. Voir également, G. KALINOWSKI, « Théorie, métathéorie ou philosophie du droit. Réflexions sur The Concept of Law de H. L. A. Hart et On Law and Justice d'Alf Ross », *APD*, T. 15, Philosophies du droit anglaises et américaines et divers essais, Sirey, 1970, p. 186.

¹³ P. AMSELEK, « Éléments d'une définition de la recherche juridique », *APD*, T. 24, Les biens, Les choses, Sirey, 1979, p. 297, spéc. p. 298.

¹⁴ Cette prise de recul est parfois attachée à la démarche philosophique. L. HUSSON, « La philosophie du droit et les sciences humaines », *APD*, T. 7, Qu'est-ce que la philosophie du droit, 1962, p. 61, spéc. p. 78 « Il n'est pas de science qui n'appelle la réflexion philosophique, parce qu'il n'en

discipline détermine une ou plusieurs manières de connaître et en néglige d'autres. Dans le champ juridique, l'épistémologie juridique permet précisément de transformer les principes, les postulats et les dogmes de la science du droit en question¹⁵ pour repérer les continuités et les ruptures dans la production du savoir juridique.

L'hypothèse que nous posons dans ce papier est la suivante : la discussion nouvelle établie à propos des rapports entre les faits et le droit est un symptôme de la crise épistémologique contemporaine de la discipline juridique. Depuis quelques années, les questions méthodologiques sont très prégnantes dans les facultés de droit¹⁶ qui vivent un véritable « moment de doute et de réflexivité »¹⁷ eu égard à l'enseignement et à la recherche juridiques. Ce congrès de l'AIMJ, qui s'inscrit dans le contexte de ce que Frédéric Audren et Ségolène Barbou des Places nomment un « moment disciplinaire »¹⁸ de l'espace du droit, est le reflet de la mise en cause d'un positionnement méthodologique de la discipline. En effet, plus qu'une *summa divisio* du droit¹⁹, qu'une technique juridique²⁰ ou encore d'un principe directeur du droit²¹, la distinction entre les faits et le droit constitue le paradigme même de la discipline juridique²². En Occident, dans les pays sous influence romano-germanique comme la France, la science juridique est construite comme une science formaliste et rationnelle distanciée du monde des faits. Ce modèle épistémique de la discipline²³ détermine la manière dont sont produites les connaissances juridiques dans le fond

est pas qui ne soit par les découvertes qu'elle fait et par les difficultés qu'elle rencontre, amenée à s'interroger sur la portée de sa méthode et sur la signification des résultats qu'elle obtient »...

¹⁵ Ch. ATIAS, *Épistémologie juridique*, *op. cit.*, n^{os} 11 et s., p. 11 et s.; « L'introuvable question de droit », *RTD civ.* 2010, p. 243.

¹⁶ Sans prétendre à l'exhaustivité, nous renvoyons notamment aux travaux des cahiers de méthodologie de la présente revue et à ceux de l'Association internationale de méthodologie juridique. Nous renvoyons aussi à tous les travaux de la collection « Méthode du droit » des éditions Dalloz.

¹⁷ V. FORRAY et S. PIMONT, *Décrire le droit... et le transformer*, Dalloz, coll. « Méthode du droit », 2017, n^o 347, p. 291.

¹⁸ F. AUDREN et S. BARBOU DES PLACES (dir.), « avant-propos », in *Qu'est-ce qu'une discipline juridique ?*, LGDJ, coll. « Contextes, Culture du droit », 2018, p. 1.

¹⁹ Voir G. CORNU, « L'élaboration du Code de procédure civile », *L'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p. 78. Voir également D. LOUIS-CAPORAL, *op. cit.*, n^o 11, p. 26 et s.

²⁰ H. MOTULSKY, « Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits », *Études de droit contemporain*, 1959, p. 257 et s. reproduit in *Écrits, études et notes de procédure civile*, Dalloz, 2010, p. 38-59.

²¹ G. MARTY, *op. cit.*, n^o 4, p. 14.

²² Nous employons le terme paradigme dans un sens Kuhnien. Pour Thomas Kuhn, les paradigmes sont « des découvertes scientifiques universellement reconnues qui, pour un temps, fournissent à un groupe de chercheurs des problèmes types et des solutions » : T. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, trad. L. Meyer, Flammarion, 1983, p. 11.

²³ Les échanges ayant eu lieu lors du congrès à Bordeaux à propos de cette contribution le 24 juin 2022 ont soulevé la particularité de la discipline juridique par rapport aux autres savoirs scientifiques notamment eu égard au fait qu'elle s'articule autour d'un paradigme unique de production des connaissances depuis l'époque romaine qui repose sur cette distanciation du monde du droit et du monde des faits. Le questionnement de cette distance dans un système romano-germanique comme la France est donc évocateur d'une crise traversée par notre savoir.

et dans la forme. Par sa science et sa technique, le juriste est amené à construire une distance entre les faits et le droit pour alimenter un système rationnel de régulation du monde social. C'est ce que Max Weber nomme « domination légale rationnelle »²⁴ qui repose sur une contrainte de la vie des hommes par l'édition de règles générales et abstraites posées par l'État et dont le déploiement suppose un nécessaire décalage avec les faits²⁵. L'hypothèse que nous posons dans cette contribution est que le positionnement épistémologique de la discipline qui repose sur une rationalisation de la vie sociale au moyen de la science et de la technique juridique n'est plus pleinement satisfaisant. La discipline juridique cherche donc à se réinventer autour d'autres paradigmes mais n'en est encore qu'à ses balbutiements.

L'intérêt renouvelé pour la thématique est un symptôme d'écueils à la fois formels et substantiels de la production scientifique dans la discipline juridique française. Sur le fond, la production des connaissances juridiques invite à adopter une logique d'étude du droit positif posé et interprété par les institutions – le législateur, le juge – qui éloigne la réflexion juridique de l'analyse des faits sociaux mais aussi du passage des faits au droit. Cette démarche d'étude *top down* et rationaliste du droit est caractéristique d'un manque de pragmatisme de la recherche juridique qui invite à un retour récurrent aux faits dont la discipline ne peut se déconnecter (I). Sur la forme, la production des connaissances juridiques repose essentiellement sur une logique de flux, d'accumulation, déclinée par spécialisation, par matière plus que sur une logique de renouvellement du savoir par controverses scientifiques. Cette forme de la production des connaissances juridiques explique que l'on revienne de manière cyclique à l'étude de sujets déjà largement traités tel que les rapports entre les faits et le droit car on capitalise trop peu sur les connaissances déjà produites (II).

I. Le manque de pragmatisme de la recherche juridique

Le pragmatisme, qui renvoie à l'« attitude intellectuelle qui privilégie l'observation des faits par rapport à la théorie »²⁶, est une notion polysémique et ambiguë qui peut être appréhendée très largement. Dans la mesure où elle est étroitement associée à la pratique du droit²⁷, et qu'elle participe au processus de production

²⁴ Voir notamment la publication française : M. WEBER, *La domination, traduit de l'allemand par I. Kalinowski*, éd. Critiquée par Y. Sintomer, Paris, La Découverte, 2013.

²⁵ Voir A. SUPIOT, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, coll. « Sciences humaines », 2009.

²⁶ *Trésor de la langue française* informatisé, consultable en ligne : URL <https://www.cnrtl.fr/definition/pragmatisme>, consulté le 3 mai 2022.

²⁷ X. BIOY, « La signification du terme « recherche » dans le champ de la science juridique », in B. SERGUES (dir.), *La recherche juridique vue par ses acteurs*, *op. cit.*, p. 7-15, n° 5 ; A. GESLIN, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », in B. SERGUES (dir.), *op. cit.* p. 79-130, n° 72 (en ligne sans pagination).

et d'amélioration du droit²⁸, la recherche juridique est parfois qualifiée de pragmatique²⁹. Pourtant, dans le champ scientifique, le pragmatisme renvoie à une acceptation plus restreinte en désignant la démarche intellectuelle qui consiste à partir des faits pour monter en théorie et non l'inverse. Cette approche, qui trouve ses origines dans la philosophie analytique, dans l'observation anthropologique et ethnographique, constitue le cadre épistémologique de la sociologie pragmatique³⁰. S'il ne s'agit pas d'un courant unifié, le pragmatisme scientifique oriente toujours l'analyse sur les faits réels, l'action et le comportement³¹. Dans cette conception, il s'agit de rendre compte des pratiques des acteurs par l'observation empirique.

Comme tout objet construit socialement par des acteurs, avec des intérêts et des représentations du monde, le droit peut être étudié par une approche pragmatique³². Il s'agit alors de porter attention aux pratiques des acteurs dans la production du droit, autrement dit à étudier le droit en train de se faire en partant des faits par une démarche *bottom up*³³. Si cette approche pragmatique est répandue chez les sociologues, les anthropologues ou encore les politistes, elle est paradoxalement très peu déployée dans le champ juridique français à la différence, par exemple, du champ anglo-saxon très marqué par le réalisme juridique³⁴ et l'ouverture aux

²⁸ J. CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », *Dr. et société*, n° 50, 2002, p. 105.

²⁹ Jacques Chevallier considère ainsi que la démarche doctrinale des juristes est pragmatique dans la mesure où ils apportent une « une contribution, de toute première importance, au bon fonctionnement de l'ordre juridique, par un travail de mise en cohérence, d'élimination des dissonances, de résorption des contradictions » : J. CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », *op. cit.*, p. 105.

³⁰ Les travaux de Luc Boltanski et de Laurent Thévenot sur la justification sont venus poser les jalons d'une sociologie pragmatique : L. BOLTANSKI et L. THÉVENOT, *De la justification : les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 1991.

³¹ Dans un récent ouvrage, Cyril Lemieux tente de donner une unité conceptuelle à la notion de sociologie pragmatique – ou sociologie des épreuves – malgré des différences de « style » et d'orientations théoriques entre les auteurs qui se réclament de ce label : C. LEMIEUX, *La sociologie pragmatique*, Paris, La découverte, 2018.

³² Voir les travaux précurseurs de la fin du XIX^e siècle de Wiliam James (W. JAMES, « Philosophical Conceptions and Practical Results », *University Chronicle*, vol. 1, 1898, p. 288-310) et de Charles Sanders Pierce (C.-S. PEIRCE, « How to Make our Ideas Clear », *Popular Science Monthly*, 1878, p. 286-302). En langue française, v. notamment le courant de l'école de Bruxelles : B. FRYDMAN, « Perelman et les juristes de l'École de Bruxelles », *Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, 2011/07, en ligne <http://www.philo-droit.be>; « Le rapport du droit aux contextes selon l'approche pragmatique de Bruxelles », *RIEJ*, vol. 70, 2013, p. 92-93; « Le droit comme savoir et instrument d'action dans la philosophie pragmatique », *RRJ*, n° 5, 2017.

³³ Sur l'étude du droit comme un construit social voir C. SINTEZ, *Le droit construit, Penser le droit par le constructivisme*, Dalloz, Coll. « Méthodes du droit », 2022.

³⁴ Sur le courant réaliste du droit voir notamment les travaux du Centre de Théorie et d'Analyse du Droit et en particulier ceux d'Éric Millard. Voir le Dossier « Alf Ross » dans le n° 50 de *Droit et Société* en 2002. Voir également É. MILLARD, « Réalisme scandinave, réalisme américain. Essai de caractérisation », *Revus*, 24, 2014, p. 81-97, <https://journals.openedition.org/revus/2915>. Voir aussi, O. JOUANJAN (dir.), *Théories réalistes du droit, Annales de la faculté de droit de Strasbourg*, Strasbourg, 2002 et P. BRUNET, « Le droit est-il dans la tête ? À propos de Karl Olivecrona, De la loi et de l'État.

sciences sociales³⁵. La production des connaissances dans le champ juridique français invite à adopter une logique d'étude *top down* du droit qui vise à analyser le droit positif général et abstrait posé par les institutions. Ce positionnement éloigné du pragmatisme scientifique s'explique dans un contexte où l'ordre juridique repose principalement sur l'État et la souveraineté et est représenté comme hiérarchisé et centralisé, contexte ayant fortement évolué depuis une trentaine d'années. Alors que les écueils du pragmatisme scientifique étaient déjà bien présents dans un contexte étatocentré du droit, ils se sont nettement accentués sous l'effet de l'évolution de ce contexte. Il est alors intéressant d'étudier la mutation de la production des connaissances juridiques sous l'effet de l'évolution du contexte de la production du droit. Très éloignée du pragmatisme scientifique à ses origines (A), la recherche juridique est mise en tension et s'ouvre à cette approche ces dernières années (B).

A. L'éloignement du pragmatisme scientifique dans la recherche juridique

Le positionnement épistémologique de la discipline juridique est toujours le résultat d'une trajectoire historique, sociale et politique³⁶. L'influence de ce contexte est en effet très forte sur la production des idées³⁷. L'anthropologie de la connaissance juridique se déploie alors comme une voie heuristique pour saisir le lien entre le contexte et les savoirs juridiques³⁸. Dans les pays sous influence romano-germanique comme la France, la science juridique est construite comme une science formaliste et rationnelle distancée du monde des faits. En effet, depuis

Une contribution de l'école scandinave à la théorie réaliste du droit, trad., P. B.-G. Jonason, Paris, Dalloz, 2011 », *Jus politicum*, n° 8, 2012.

³⁵ Y. GANNE, *L'ouverture du droit aux sciences sociales. Contribution à l'étude du droit savant américain contemporain*, Université de Strasbourg, thèse soutenue le 5 juillet 2019.

³⁶ Le droit et le savoir qui s'y rapporte n'est jamais neutre et autonome par rapport au champ politique, parce qu'il s'agit toujours d'une construction sociale élaborée par les acteurs agissant avec intérêt et portant des représentations du monde. Voir notamment J. COMMAILLE, « Les vertus politiques du droit. Mythes et réalités », *Droit et Société*, 2010/3, 76, p. 695-713; A.-S. CHAMBOST, « "Ce n'est pas du droit..." L'histoire des idées politiques est-elle utile en droit? », *Revue d'histoire des facultés de droit et de la culture juridique*, 2015, n° 35, p. 497-538, spéc. p. 507.

³⁷ Edgar Morin a précisément travaillé sur l'influence de la culture sur les idées des hommes dans sa grande œuvre « La méthode » en étudiant dans le Tome 4 « Les idées. Leur habitat, leur vie, leurs mœurs, leur organisation ». L'auteur observe que des « représentations collectives », une « conscience collective », un « imaginaire collectif » gouvernent la construction de la pensée. E. MORIN, *La méthode. 4. Les idées. Leur habitat, leur vie, leurs mœurs, leur organisation*, Seuil, 1991, p. 20-21. p. 19: « l'hypercomplexe machinerie socio-culturelle comporte non seulement un noyau organisationnel profond (paradigmatique) qui commande/contrôle l'usage de la logique, l'articulation des concepts, l'ordre des discours, mais aussi des modèles, schémas, principes stratégiques, règles heuristiques, pré-constructions intellectuelles, structurations doctrinaires ».

³⁸ « La culture fournit à la pensée ses conditions de formation, de conception, de conceptualisation. Elle imprègne, modèle et éventuellement gouverne les connaissances individuelles. Il s'agit ici non tant d'un déterminisme sociologique extérieur que d'une structuration interne. La culture et, via la culture, la société sont à l'intérieur de la connaissance humaine » : *ibid.*

l'époque romaine, le juriste Occidental est invité à construire un ordre juridique en détachement du monde social pour mieux le réguler. Le juriste n'est pas seulement un fin connaisseur de la technique, des opérations et des concepts juridiques. Il élabore le droit par son savoir³⁹. Comme l'exprime très justement Aldo Schiavone dans ses travaux sur l'invention du droit en Occident, « le juriste est le plus grand producteur du droit »⁴⁰. Pour ce faire, il use de concepts généraux et abstraits à vocation totalisante pour saisir la réalité et mieux la contrôler. Ce positionnement ancré dans notre dite « tradition de droit civil » s'est concrétisé par l'avènement de l'État moderne légal rationnel qui repose sur une dissociation du droit des normes générales et abstraites, d'une part, et de l'empirie et du réel, d'autre part. Le juriste construit la réflexion générale et abstraite au service de la construction de l'État⁴¹. Dans les pays de tradition romano-germanique, le droit et la science du droit sont donc d'abord rattachés à l'État⁴² et l'ordre juridique est représenté comme hiérarchisé et centralisé⁴³. Ce résultat qui est un acquis en sciences sociales est notamment le résultat des études des sociologues et, tout particulièrement, de Pierre Bourdieu à propos du champ juridique⁴⁴ et de ses travaux sur l'État⁴⁵. La forme du droit Occidental s'explique dans un contexte de domination légale rationnelle des États modernes⁴⁶. Selon Max Weber le « rationalisme légaliste » est une forme de domination reposant sur une croyance dans l'autorité des règles abstraites et impersonnelles posées par les autorités légitimes de l'État de droit⁴⁷. Dans le monde

³⁹ J. GAUDEMET, *Les naissances du droit. Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, Paris, 1996, p. VI. Voir également P. JESTAZ et C. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, coll. « Méthode du droit », 2003, p. 16.

⁴⁰ A. SCHIAVONE, *Ius, L'invention du droit en occident*, Belin, 2008, p. 52.

⁴¹ « Le droit est considéré comme un outil de première importance dans le cadre de la théorie de la domination politique étatocentrée »: M. GARCIA VILLEGAS, « On Pierre Bourdieu's Legal Thought », *Droit et société*, 56-57/2004, p. 57-71.

⁴² Comme l'observe Jacques Commaille, « Les savoirs sur le droit sont très étroitement reliés à la culture juridique à laquelle on appartient, au type d'État concerné (fédéral vs centralisé), aux traditions juridiques, à la place des juristes par rapport au pouvoir politique et à leur statut dans la régulation de la société. Dans les pays sous influence romano-germanique, le droit est d'abord rapporté à l'État. Il est l'expression de la souveraineté de l'État. Il assure une position privilégiée aux « légistes » par rapport au pouvoir politique. Les analyses sur le droit ont en fait longtemps été influencées par cette représentation du droit liée à celle d'un État central quelque peu mystifié où il revient aux détenteurs du savoir juridique de tenter de conserver le monopole d'une représentation du droit conforme à une représentation pyramidale du monde politique et social »: J. COMMAILLE, *À quoi nous sert le droit ?*, Gallimard, Folio essais, 2015, p. 26.

⁴³ E. MILLARD, « Pour une utilisation critique de l'anthropologie du droit par les juristes... et les anthropologues du droit ! », *Cahiers d'anthropologie du droit* 2004, *Revue Droit et Culture* Hors séries, 2004/4.

⁴⁴ P. BOURDIEU, « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », in *Actes de la recherche en sciences sociales*, Vol. 64, De quel droit?, 1986, p. 3.

⁴⁵ P. BOURDIEU, *Sur l'État. Cours au collège de France (1989-1992)*, Seuil, coll. « Sciences humaines », 2012.

⁴⁶ Voir notamment la publication française: M. WEBER, *La domination, traduit de l'allemand par I. Kalinowski*, éd. Critiquée par Y. Sintomer, Paris, La Découverte, 2013.

⁴⁷ Sur les ambiguïtés du concept de rationalité dans la pensée de Max Weber, voir C. COLLIOT-THÉLÈNE, « Retour sur les rationalités chez Max Weber », *Les champs de mars*, 2011/2, n° 22, p. 13-30.

Occidental, on régule les rapports sociaux par le recours au droit étatique que l'on détache de la réalité sociale pour mieux la réguler⁴⁸.

Dans ce contexte, il n'est pas surprenant que la discipline juridique soit éloignée du pragmatisme scientifique. En effet, les juristes partent du droit posé et non des faits pour bâtir et préserver un ordre juridique cohérent autour de techniques, d'opérations et de concepts rationnellement et théoriquement construits. La généralisation et l'abstraction de la recherche juridique sont vues comme les meilleurs moyens d'atteindre la revendication de complétude et de cohérence du droit que les juristes se destinent à mettre en forme. Comme l'observe Jacques Chevallier « le droit ne peut remplir en effet la fonction qui lui incombe dans la société, c'est-à-dire être un facteur d'ordre, de sécurité et de stabilité, qu'à condition d'atteindre un certain degré d'abstraction et de généralité et de se présenter comme un ensemble logique et cohérent »⁴⁹. La généralisation et l'abstraction inhérente au rationalisme de la pensée juridique sont donc devenues les outils constitutifs de la science du droit et, avec l'avènement de la modernité, de la règle de droit.

Ce positionnement épistémologique de la discipline juridique présente des écueils identifiés depuis longtemps : la distanciation entre la théorie et la pratique du droit⁵⁰, le cloisonnement entre le droit et les sciences sociales ou encore le point de vue occidental-centré sur le droit étatique et les institutions⁵¹. En faisant le choix de former les juristes par les textes et la technique⁵², on s'éloigne de la pratique, de la société et des autres systèmes juridiques. La recherche subit, par répercussion, le même travers⁵³. L'autonomisation du droit et des sciences sociales provoque notamment un aveuglement du formalisme juridique par rapport aux contextes sociopolitiques⁵⁴ qui laisse aussi en marge les liens entre les faits sociaux et la production et les effets de la norme. L'organisation d'une nouvelle manifestation sur les rapports entre les faits et le droit par l'AIMJ est, selon nous, le symptôme des difficultés liées à ce positionnement épistémologique d'une discipline juridique en crise.

⁴⁸ F. OST, *À quoi sert le droit ? Usages, fonctions, finalités*, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2016, p. 123.

⁴⁹ J. CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », *op. cit.* p. 105.

⁵⁰ Voir H. CROZE, « Confessions d'un cumulard – Essai de schizophrénie juridique », *Gaz. Pal.*, 28-30 oct. 2012, p. 10.

⁵¹ Marie-Claire Ponthoreau observe alors comment la doctrine comparatiste a dû opérer son « methodological turn » au cours des années 2000 invitant à privilégier l'ouverture aux sciences sociales, en articulant la norme juridique aux différents contextes (linguistique, historique, social, politique...), et à se détourner ainsi de la démarche positiviste et techniciste : M.-C. PONTTHOREAU, « La comparaison des droits (constitutionnels). Passerelle entre les sciences sociales : ouvertures et limites », in C. AUBRY DE MAROMONT (dir.) et F. ROUVIÈRE (Resp.), *Cahiers de méthodologie* n° 33, « La méthodologie de la recherche juridique pensée par ses acteurs », RRJ, 2021, p. 1571-1598.

⁵² F. AUDREN, « L'invention de la “technique juridique” », *Conférence prononcée le 18 mars 2019* (en ligne).

⁵³ X. BIOY, *op. cit.*, p. 7-15, n° 5

⁵⁴ La formule est empruntée à Véronique Champeil-Desplats qui évoque un « aveuglement aux contextes sociopolitiques » ou encore un « aveuglement du formalisme juridique » : Voir CHAMPEIL-DESPLATS, *Méthodologies du droit et des sciences du droit*, *op. cit.*, n° 239 et s. p. 151 et s.

B. L'ouverture au pragmatisme scientifique dans la recherche juridique

En invitant à penser la production scientifique dans son contexte d'élaboration, l'épistémologie et l'anthropologie de la pensée juridique invitent aussi à envisager l'évolution des approches et des méthodes d'analyse juridique en fonction de la transformation des contextes. Dans le champ juridique, si la démarche doctrinale s'accommode bien d'une étude étatocentrée du droit portée sur les textes et la jurisprudence, elle s'accommode bien moins d'une étude d'un droit en action émanant des acteurs de la société et d'une pluralité de sources. Or, à la conception d'un droit produit exclusivement par l'État, et pensé en surplomb de la société (*top down*), s'est substitué, ces dernières années, la conception d'un droit émanant de la société (*bottom up*), c'est à dire des acteurs du bas, par l'action de tout un ensemble de parties prenantes⁵⁵. Ces transformations de la conception du droit, par les évolutions, sur le temps long, des modalités d'intervention de l'État, influent sur le droit et la science du droit⁵⁶. Comme le résume bien, sous la forme d'une hypothèse très stimulante, Mauricio Garcia Villegas dans son étude comparée des champs juridiques en France et aux États-Unis,

« Plus le droit est proche du pouvoir, plus il sera autonome et plus la connexion entre le droit et les sciences sociales sera faible. À l'opposé, plus le droit est proche de la société et du marché, plus sera faible l'autonomie de la doctrine juridique et plus sera forte la connexion entre le droit et les sciences sociales »⁵⁷.

Envisager le droit en réseau⁵⁸, par une pluralité de sources⁵⁹, dans une perspective plus horizontale que verticale⁶⁰, invite à s'émanciper des doctrines positivistes attachées au droit *top down* centrées sur les textes et la jurisprudence⁶¹. Le récent ouvrage de Cyril Sintez sur le droit construit envisage précisément ce tournant épistémologique de la discipline juridique en démontrant que le droit

⁵⁵ Sur l'arme de revendication que constitue le droit, voir C. HERRERA, *Par le droit, au delà du droit. Textes sur le socialisme juridique*, Paris, Kimé, 2002; L. ISRAËL, *L'arme du droit*, Paris, Les Presses de Sciences po, 2009.

⁵⁶ J. CHEVALLIER, *L'État post moderne*, LGDJ, coll. « Droit et société », 5e éd., 2017.

⁵⁷ M. GARCIA VILLEGAS, « Champ juridique et sciences sociales en France et aux États-Unis », in *L'année sociologique*, 2009/1, vol. 59, p. 29-62, spéc. p. 55.

⁵⁸ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, FUSL, coll. « Droit », 2010.

⁵⁹ Voir N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS, *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, 2011.

⁶⁰ J. CHEVALLIER, *L'État post moderne*, *op. cit.*

⁶¹ Voir C. AUBRY DE MAROMONT, « C'est quoi, au juste, faire de la recherche juridique ? Controverses sur la méthode », in C. AUBRY DE MAROMONT (dir.) et F. ROUVIÈRE (Resp.), *Cahiers de méthodologie* n° 33, *op. cit.*, p. 1297-1322.

contemporain devrait plutôt être pensé comme étant produit par des acteurs que posé par des institutions⁶².

Ce tournant contextuel de la discipline s'observe dans la production scientifique caractérisée par une volonté de retourner la pensée vers les faits. Les importants travaux menés, notamment, par les écoles de norme sur la transformation des sources du droit⁶³, sur le droit souple⁶⁴, le droit global⁶⁵, le droit vivant⁶⁶, mais aussi l'interactionnisme⁶⁷, en sont le reflet le plus significatif. Ces recherches invitent à basculer vers une étude d'un « droit en train de se faire », d'un « droit en action »⁶⁸ d'un « droit des acteurs »⁶⁹, que l'analyse pragmatique du droit permet de réaliser. Il s'agit notamment de se reconnecter aux faits sociaux par une ouverture de la discipline aux sciences sociales, par une étude plus fine de la pratique du droit et par une décentration du regard occidental centré du droit.

Si l'ouverture du champ juridique aux sciences sociales n'est pas nouvelle, des étapes supplémentaires ont été franchies ces dernières années dans la mesure où des juristes sautent le pas de l'interdisciplinarité pour emprunter les méthodes des sciences sociales. Un renouvellement dans la production du savoir juridique s'observe par une ouverture au pragmatisme scientifique⁷⁰. La praxéologie, également appelée ethnométhodologie, qui s'intéresse aux conditions de déploiement du raisonnement pratique⁷¹, nous semblent constituer le démarche la plus aboutie vers l'ouverture car elle invite à un véritable croisement de la pensée technicienne

⁶² C. SINTEZ, *op. cit.*

⁶³ Voir la publication la plus récente : C. THIBIERGE *et alii*, *La garantie normative. Exploration d'une notion-fonction*, Mare&Martin, 2021 ; Voir également N. MARTIAL-BRAZ, J.-F. RIFFARD, M. BEHAR-TOUCHAIS, *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, 2011.

⁶⁴ Voir notamment C. THIBIERGE, « Le droit souple, réflexion sur les textures du droit », *RTD civ.* 2003, p. 599.

⁶⁵ Voir notamment B. FRYDMAN, *Comment penser le droit global?, Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit*, 2012/01, <http://www.philodroit.be>.

⁶⁶ Voir notamment P. DEUMIER, *Le droit spontané*, préf. J.-M. Jacquet, *Économica*, coll. « Recherches Juridiques », 2002.

⁶⁷ E. JEULAND et E. PICAVET, *Interactionnisme et norme. Approche transdisciplinaire*, IRJS éditions, Coll. Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc, T. 68, 2016.

⁶⁸ B. LATOUR, *La science en action, Introduction à la sociologie des sciences*, La découverte, Folio, 1989 (*Science in Action – How to Follow Scientists and Engineers through Society*, Cambridge and London, Harvard UP, 1987).

⁶⁹ Voir C. SINTEZ, *op. cit.*

⁷⁰ Voir notamment les travaux de l'École de Bruxelles (*op. cit.* note 36) Voir également quelques travaux récents fondés sur la sociologie pragmatique : VOIR CHAMPEIL-DESPLATS, J. PORTA et L. THÉVENOT, « Introduction : une expérience de recherche coopérative et transverse entre droit et sciences sociales », *Revue des droits de l'homme*, 11, 2019 ; Voir A. CHAPPE, R. JUSTON MORIVAL, O. LECLERC (dir.), « Le travail de la preuve », Dossier dans *Droit et Société* 2022/1, n° 10, p. 7-105.

⁷¹ B. DUPRET, *Droit et sciences sociales*, Paris, Armand Colin, 2006, p. 173 et s. ; « Droit et sciences sociales. Pour une spécification praxéologique », *Droit et Société*, 75, 2010, p. 315.

du droit et contextuelle des sciences sociales⁷². Au-delà de l'émergence d'un droit « *bottom up* » invitant à changer le paradigme d'analyse du droit, tout un ensemble de raisons expliquent ce franchissement. D'abord, les méthodes et le cadre théorique des sciences sociales sont aujourd'hui bien mieux balisés qu'ils ne l'étaient il y a quelques années⁷³. Ensuite, les juristes s'inspirent d'autres manières d'étudier le droit⁷⁴ car les juristes voyagent et que leurs savoirs circulent⁷⁵. Par ailleurs, des instruments de financement de la recherche publique tels que le GIP justice se déploient pour encourager ces approches pragmatiques dans le domaine juridique⁷⁶. En outre, des institutions telles que le Centre National de Recherche Scientifique ou encore l'École des Hautes Études en Sciences Sociales favorisent ces approches pragmatiques d'étude du droit.

Dans ce contexte d'ouverture de la science juridique au pragmatisme scientifique, l'on comprend bien l'intérêt renouvelé pour les rapports entre les faits et le droit sous l'angle méthodologique. La récurrence de l'approche thématique s'explique aussi par la forme de la production scientifique de la discipline juridique qui demande à se renouveler autour de nouveaux paradigmes. Or, la production des connaissances juridiques repose encore essentiellement sur une logique d'accumulation des savoirs déclinés en spécialités et non sur une logique de renouvellement des savoirs par controverses scientifiques.

II. Le manque de capitalisation de la recherche juridique

La capitalisation de la recherche, nommée également capitalisation des connaissances⁷⁷, peut être définie comme l'action, pour un chercheur, de prendre en compte les savoirs scientifiques accumulés sur un objet de recherche — le plus souvent en effectuant un état de la littérature le plus exhaustif possible — afin de se positionner par rapport à ce savoir et d'identifier des controverses scientifiques

⁷² Voir M. TRAVERS et J. MANZO (eds.), *Law in Action: Ethnomethodological and Conversation Analytic Approaches to Law*, Aldershot, Ashgate, 1997; T. SCHEFFER, K. HANNKEN-ILLJES et A. KOZIN, *Criminal Defence and Procedure. Comparative Ethnographies in the United Kingdom, Germany, and the United States*, Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2010; B. DUPRET, J. COLEMANS et M. TRAVERS (eds.), *Legal Rules in Practice. In the Midst of Law's Life*, Abingdon, Routledge, 2021.

⁷³ Voir par exemple M. GRAWITZ, *Méthodes des sciences sociales*, Paris, Dalloz, 11^e éd., 2001.

⁷⁴ Sur l'influence du réalisme américain voir les travaux cités plus hauts en note 39.

⁷⁵ Sur « Le juriste en voyageur » voir F. AUDREN, A.-S. CHAMBOST et J.-L. HALPÉRIN, *Histoires contemporaines du droit*, op. cit., p. 267.

⁷⁶ Voir C. AUBRY DE MAROMONT, O. PROVINI et C. NOÛS, « Quand les instruments de financement de la recherche redessinent les pratiques et les représentations des chercheurs.se.s. Étude sur les effets du GIP justice dans le champ juridique », à paraître.

⁷⁷ Avant d'être utilisé dans le champ scientifique, le concept de capitalisation des connaissances a émergé dans les organisations et les entreprises pour favoriser l'innovation. La capitalisation se déploie comme instrument gestion des connaissances assimilées à des « valeurs » produites dont il convient de rentabiliser l'usage. Voir N. IKUJIRO, « The knowledge-Creating Company », *Harvard Business Review*, vol. 85, n^o 7-8, 2007.

existantes⁷⁸. L'enjeu est alors de produire de nouvelles connaissances et d'éviter, grâce à la capitalisation, de générer des connaissances *a priori* nouvelles mais qui, dans les faits, ne le sont aucunement. Si on ne capitalise pas sur l'existant, on se destine à retraiter les mêmes sujets. Sans porter de jugement de valeur sur cette non capitalisation, il est possible de chercher à l'expliquer. D'abord, l'on observera que la non capitalisation est un écueil du champ scientifique dans son ensemble (A), avant de démontrer que cet écueil est nettement accentué dans le domaine juridique pour des raisons inhérentes aux modes de production des connaissances dans le champ (B).

A. La non capitalisation des connaissances caractéristique de la production scientifique

La non capitalisation des connaissances n'est pas propre au champ juridique mais caractérise la production scientifique dans son ensemble. Trois constats peuvent être formulés à ce propos. En premier lieu, l'accumulation des connaissances est inhérente à la production scientifique qui se caractérise par un effort constant d'approfondissement sur des sujets ou selon des paradigmes qui resteront longtemps à l'abri des controverses. L'exploration de certaines grandes thématiques sur le temps long, par des intérêts scientifiques répétés, est un phénomène classique de la production scientifique. C'est ce que Thomas Kuhn appelle la science normale qui se développe au cours de longues périodes de stabilité. Émergent, dans ces périodes, « un ensemble d'illustrations répétées et presque standardisées »⁷⁹. En sciences sociales ce phénomène est étudié depuis quelques années sous l'angle de la « cumulativité des savoirs »⁸⁰.

Ensuite, ce phénomène est accentué par les logiques de recherche en silo par discipline et par spécialité. Des recherches sont menées sur des sujets similaires avec des méthodes et des points de vue différents souvent parce que la science s'est hyperspécialisée, hypercompartimentée et que l'on ignore précisément ce qui est exploité dans les autres spécialités et les autres disciplines. C'est ce que le

⁷⁸ La capitalisation des connaissances se distingue de la cumulativité du savoir qui renvoie en l'étude de l'accumulation des connaissances inhérente à la production scientifique: B. WALLISER (dir.), *La cumulativité du savoirs en sciences sociales*, EHESS, Paris, 2009, open édition 2020 <https://books.openedition.org/editionsehess/20527>. Voir également D. PUMAIN (dir.), « La cumulativité des savoirs en sciences sociales », X^e colloque annuel du Groupe d'Études « Raison et rationalités », *Revue européenne des sciences sociales*, XLIII-131, 2005, en ligne <<https://journals.openedition.org/ress/353>>.

⁷⁹ Ces états de l'art existent dans la mesure où la science procède par renouvellement de paradigmes. Dans la logique de la découverte scientifique Karl Popper aborde ainsi les théories comme des constructions de l'esprit dont les postulats peuvent être infirmés dès lors qu'apparaissent des éléments de connaissance nouveaux. Par ailleurs, dans son ouvrage *La structure des révolutions scientifiques*, Thomas Kuhn soulève qu'une théorie ne devient véritablement scientifique qu'à compter du moment où elle peut être remise en cause: T. KUHN, *op. cit.*, p. 118.

⁸⁰ Voir D. PUMAIN (dir.), *op. cit.* ; B. WALLISER, *op. cit.*

philosophe Edgar Morin nomme « connaissance aveugle » liée à l'hyperspécialisation qui déchire et morcelle « le tissu complexe des réalités » étudiées⁸¹. Des sujets similaires sont traités dans différentes disciplines ou spécialités avec des angles de vue différents mais complémentaires dont il n'est pas nécessairement tenu compte.

Enfin, la non capitalisation aussi accentuée par les réformes néolibérales de la recherche ces dernières années. Ces réformes incitent à la mise en place de stratégies de publication en masse et à des logiques de distinction pour marquer sa spécificité de chercheur, notamment dans la perspective de capter des ressources (financement de recherche, poste, etc.). Depuis quelques années, l'activité de recherche est orientée vers une logique quantitative de production mesurée par *impact factor*. La bibliométrie s'est développée dans ce contexte pour mesurer le niveau de production scientifique et son impact⁸². Le « *publish or perish* » est devenu le mot d'ordre invitant à moins capitaliser sur l'existant et plutôt à multiplier les publications sur des sujets déjà traités avec des angles différenciés. Dans ce contexte, chaque chercheur veut tracer son sillage et imprégner sa marque de recherche afin de se distinguer. Les traits d'une pensée originale sont donc parfois forcés par des stratégies d'autonomisation de la production scientifique proposée, alors que la recherche porte sur des sujets déjà traités autrement par d'autres méthodes ou d'autres cadres théoriques.

B. La non capitalisation des connaissances accentuée dans le champ juridique

Si la non capitalisation des connaissances caractérise la production scientifique dans son ensemble, cet écueil est nettement accentué dans le champ juridique⁸³. La recherche juridique tient une place relativement singulière dans le champ scientifique⁸⁴ car elle repose sur une logique de production des connaissances en flux et par spécialité plus que sur une logique de renouvellement du savoir par controverses scientifiques⁸⁵. Cet écueil s'explique en raison du positionnement très ambigu du juriste qui ne produit pas des connaissances pour participer aux controverses scientifiques du champ en apportant des savoirs novateurs⁸⁶

⁸¹ E. MORIN, *Introduction à la pensée complexe*, Seuil, coll. « Essais », 1990, p. 15.

⁸² Voir G. FILLIATREAU, « Bibliométrie et évaluation en sciences humaines et sociales : une brève introduction », *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, 2008/5, n° 55-4 bis, p. 61-66.

⁸³ Voir G. SAMUEL, *Is legal knowledge cumulative?*, Cambridge university press, 2022.

⁸⁴ Voir notamment C. GRZEGORCZYK, « Statut et fonction de la théorie dans la science du droit (remarques méthodologiques) », *APD*, T. 22, La responsabilité, 1977, p. 177 et s. ; O. JOUANJAN, « De la vocation de notre temps pour la science du droit : modèles scientifiques et preuve de la validité des énoncés juridiques », *Revue européenne des sciences sociales*, T. XLI, 2003, n° 128, p. 129 et s.

⁸⁵ En ce sens « l'accumulation des "savoirs" est consubstantielle au droit » : P. MOORE, « Savoirs juridiques et savoirs sur le droit », in D. PUMAIN (dir.), *op. cit.* p. 13-22.

⁸⁶ Voir notamment K. BERTENSTEIN et C. LANDHEER-CIESLAK, « Pour la recherche en droit : quel(s) cadre(s) théorique(s) ? », in T. TANQUEREL et A. FLÜCKIGER, *L'évaluation de la recherche en droit. Enjeux*

mais afin de produire une recherche « utile » pour l'ordre juridique⁸⁷. En France, contrairement aux pays de *common law*, le juriste chercheur et universitaire (*legal academic* ou *legal scholar*) n'est pas distingué du juriste praticien (*lawyer*)⁸⁸. Les juristes français proposent donc une analyse du droit en vigueur avec pour finalité de le rationaliser et, in fine, à l'améliorer. Leur démarche consiste à repérer les incohérences de l'ordre juridique pour les corriger au moyen de la technique juridique⁸⁹. La recherche fondamentale en droit n'est ainsi pas distinguée de la recherche appliquée, ce qui explique ce positionnement ambigu. L'approche a des répercussions sur la production du savoir qui s'ancre ainsi davantage dans une logique de production par accumulation de données plus que par renouvellement, par prescription plus que par description, par commentaire d'actualité plus que par analyse fondamentale⁹⁰. Comme la production du savoir juridique est en outre reliée à la construction de l'ordre social, il est délicat de remettre en cause les grands paradigmes produits qui participent à la solidité de l'édifice.

Ce positionnement épistémologique de la discipline juridique rend plus délicate la capitalisation sur l'existant. Le trait le plus marquant de cette non capitalisation tient dans la place très reculée des états de l'art ou de la littérature dans la discipline juridique. En sciences comme en sciences sociales, des états de l'art et de la littérature précèdent généralement une étude pour s'inscrire en rupture ou en continuité de la production scientifique existante. Par exemple, les introductions de thèses en sciences sociales (science politique, sociologie, et anthropologie par exemple) font des états de la littérature et identifient des controverses scientifiques dans lesquelles les chercheurs doivent se positionner et apporter des résultats innovants par leur étude empirique, leur cas, leurs données et leur approche⁹¹. Dans le domaine juridique, ces états de l'art sont rarement réalisés⁹².

et méthodes, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2015, p. 94 et s., spéc. p. 104.

⁸⁷ Voir J. CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », *op. cit.* p. 105.

⁸⁸ R. ENCINAS DE MUNAGORRI, S. HENNETTE-VAUCHEZ, C.-M. HERRERA et O. LECLERC, *L'analyse juridique de (x). Le droit parmi les sciences sociales*, Kimé, Paris, 2016, p. 21.

⁸⁹ Sur les orientations de la recherche juridique française, voir notamment É. PICARD, « Science du droit ou doctrine juridique », *Mélanges en l'hommage de R. Drago, L'unité du droit*, Economica, 1996, p. 119; J. CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », *op. cit.*; X. BIOY, *op. cit.*, p. 7-15, n° 5.

⁹⁰ « Le droit se déploie lui-même en se connaissant. Il est, sous cet angle, une activité de production de sens qui se caractérise par l'autoréférentialité des connaissances qu'elle produit »: P. MOORE, « Savoirs juridiques et savoirs sur le droit », in D. PUMAIN (dir.), *op. cit.* n° 11.

⁹¹ K. BERTENSTEIN et C. LANDHEER-CIESLAK, « Pour la recherche en droit : quel(s) cadre(s) théorique(s) ? », in T. TANQUEREL et A. FLÜCKIGER, *L'évaluation de la recherche en droit. Enjeux et méthodes*, Bruylant, coll. « Penser le droit », 2015, p. 94 et s., spéc. p. 104.

⁹² Le courant de la recherche sur le droit invite toutefois à capitaliser sur l'existant en faisant des états de l'art. Ce courant s'intéresse d'ailleurs à la production des connaissances juridiques, à la littérature de manuels, à la création des blogs juridiques, à l'activité des professionnels du droit.

Au terme de cette contribution, l'on conclura que l'organisation d'une nouvelle manifestation sur les rapports entre les faits et le droit est un symptôme de la crise épistémologique vécue par la discipline juridique. L'intérêt renouvelé pour la thématique révèle des écueils à la fois substantiels – le manque de pragmatisme – et formels – le manque de capitalisation – de la recherche juridique. C'est le paradigme même de la discipline juridique développée comme science formaliste et rationnelle distancée du monde des faits qui est mise en débat par ce congrès méthodologique. Les différentes contributions se font l'écho, chacune à leur manière, de cette crise disciplinaire. La responsabilité épistémique du juriste l'invite alors à questionner son positionnement dogmatique centré sur le droit positif posé par les institutions dans une société où la norme est coconstruite et où les rapports entre les faits et le droit sont en interaction constante.