

La construction du savoir juridique à l'épreuve de l'objectivité : scholactivism et a priori

Roïla Mavrouli

▶ **To cite this version:**

Roïla Mavrouli. La construction du savoir juridique à l'épreuve de l'objectivité : scholactivism et a priori. Revue Lexsociété, 2023, Journées d'étude pluridisciplinaire de la jeune recherche. hal-03983973

HAL Id: hal-03983973
https://hal.science/hal-03983973

Submitted on 11 Feb 2023

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

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



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License



La construction du savoir juridique à l'épreuve de l'objectivité : *scholactivism* et *a priori*

in J.-S. BERGE ET H. KASSOUL (dir.), « Questionner nos objets de recherche par nos *a priori* », *Journées d'étude pluridisciplinaire de la jeune recherche,* 23 et 24 mai 2022, Nice, Programme de recherche avancée IDEX UCAjedi Projet « ANTÉCÉDENT », Université Côte d'Azur.

ROÏLA MAVROULI
PostDoc Research Fellow CNRS (GREGHEC)

Résumé : Si la société se structure autour du langage, il serait faux de dire que le langage reproduit le réel. Il en est de même pour le droit qui est un exemple de langage façonnant le réel social. Or, l'idée que le langage « décrit la réalité » est un postulat courant. Pourtant, le droit en tant que phénomène linguistique ne renvoie pas à une réalité objective, mais il s'agit d'une réalité créée par le langage. Le droit en tant que système de communication produit la réalité. Ainsi l'objet-droit sur lequel travaille le juriste diffère de la réalité qui l'entoure. Le débat courant sur la distinction entre droit et science du droit et sur la possibilité d'un discours savant objectif de la part du juriste-chercheur semble avoir subi un renouvellement à travers le phénomène de « *scholactivism* » ou activité militante de l'enseignant-chercheur. Celui-ci connaissant une actualité sans précédent interroge de nouveau le rôle du juriste-chercheur vis-à-vis des normes, mais aussi vis-à-vis de la société. Serait-il temps de *rompre* avec le besoin de description afin d'*agir* sur la réalité ?

Mots-clés : positivisme – discours savant – a priori – scholactivism

« L'idéalisme philosophique a toujours été fondé sur la conviction que nous étions capable de connaître le bien. Or, ça dépend de ce qu'on entend par connaître et savoir »[1]

***

Introduction

Contrairement au principe de la vérité scientifique attachée à une communauté en particulier, le registre de la vérité dans l'espace social ne fait pas l'objet d'un monopole : elle fait l'objet d'une forme de concurrence permanente en apparaissant comme un trophée que ses concurrents se disputent afin d'en révéler ou d'en dévoiler la vérité[2]. Lauréline Fontaine a écrit il y a peu un texte sur la vérité en démocratie. Plus précisément, elle y analyse le terreau concurrentiel du registre de la vérité[3] où (dans le cas d'une enquête d'opinion « sérieuse ») celle-ci est déterminée à partir des critères d'une communauté. A proprement parler, elle n'est pas la communauté tout entière, et peut même préférer lire ou penser que 34 % des Français pensent effectivement ceci ou cela[4]. Si cette forme de concurrence permanente est omniprésente dans l'espace public, social et politique, elle l'est moins dans le système juridique. Même si le droit est typiquement le lieu de l'affrontement des vérités, tant en matière civile que de manière plus générale en matière de controverses doctrinales, il est censé produire un savoir qui ne peut être contesté qu'à l'intérieur du système du Droit. La quête de la connaissance dans le système du Droit est intégrée dans un travail théorique de systématisation établissant les critères de l'accès à la connaissance. Si la concurrence permanente est moins présente dans le système du Droit, cela s'explique par l'utilisation d'une méthode visant à reconstituer la connaissance, notamment la méthode

---

[1] J. HABERMAS, *Vérité et Justification*, Gallimard, coll. nrf essais, 2001.

[2] Ici la vérité renvoie à ce à quoi s'essaient les philosophes depuis toujours de définir, à savoir le « vrai ». L. FONTAINE, « Vérité, politique et démocratie. Petits arrangements », septembre 2021, disponible sur : https://www.ledroitdelafontaine.fr/verite-politique-et-democratie-petits-arrangements/

[3] Le lieu où se posent différents points de vue sur la recherche de la vérité.

[4] *Idem*.

positiviste. Celle-ci réduit les conflits à une sorte de description des propositions juridiques.

Pourtant, ladite description des propositions a déjà été critiquée entre autres pour l'absence de transposition des sciences de la nature à la discipline du Droit[5]. Elle a été critiquée par ailleurs, en raison d'une confusion entre connaissance et savoir juridique[6]. Désormais, le débat de la doctrine anglo-saxonne sur le « *scholactivism* »[7] — ou activité militante du milieu des enseignants-chercheurs — ainsi que le débat de la doctrine française pour militer ou ne pas militer pour les Droits de l'homme[8] fait ressurgir la question des *a priori* dans la construction de l'objet d'étude de l'enseignant-chercheur.

Il est question ici d'interroger la façon dont le chercheur construit son objet — l'objet-droit ici — et comment les *a priori* l'influencent dans cette entreprise « scientifique ». Nous proposons ainsi de creuser la réflexion sur les liens entre connaissance, vérité et droit. Tout d'abord, nous examinerons l'impossible objectivation dans la construction de l'objet-droit (**I**) avant de tâcher de nous intéresser au renouvellement de cette problématique lors de la revendication juridique d'une réalité politique à travers le « *scholactivism* » ou l'activité militante de l'enseignant-chercheur (**II**).

---

[5] P. AMSELEK, « La part de la science dans les activités des juristes », Recueil Dalloz, Chronique, 1997 ; B. BARRAUD, *La recherche juridique – Sciences et pensées du droit*, L'Harmattan, 2016, coll. Logiques juridiques ; B. BARRAUD, *Qu'est-ce que le droit ? – Théorie syncrétique et échelle de juridicité*, L'Harmattan, 2017.

[6] Y.-CH. ZARKA, « Un pouvoir supposé savoir », *Cités*, 2009, vol. 37, p. 119 ; F. OST ET M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses de l'Université Saint-Louis, 2010; J.-L. PECCHIOLI, « La circulation du savoir juridique. Compte rendu d'une recherche », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2001, vol. 47, n° 2, p. 23-72.

[7] T. KHAITAN, « Editorial: On Scholactivism in Constitutional Studies: Skeptical Thoughts », *International Journal of Constitutional Law*, 2022; A. ALEMANNO, « Knowledge comes with responsibility : Why academic ivory towerism can't be the answer to legal scholactivism », *International Journal of Constitutional Law*, 2022.

[8] C. ROULHAC, « La doctrine et les droits de l'homme : penser et/ou militer ? », Appartient au dossier : "Le droit des libertés en question(s) - Colloque n°2 de la RDLF", *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2019 chron., n° 25, disponible sur : http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/la-doctrine-et-les-droits-de-lhomme-penser-et-ou-militer/

***

I. Les *a priori* dans la construction de l'objet-droit : une impossible objectivation

Le sujet de la journée d'étude portant sur la formation des *a priori* contribuant à la précompréhension et à la manière dont on saisit nos objets permettrait de mener une réflexion sur les liens entre connaissance, objet de cette connaissance et vérité. Questionner les *a priori* qui ont formé le savoir juridique revient à questionner l'idée de la connaissance par rapport à notre objet d'étude, à savoir l'objet-droit. Ainsi, nous nous attacherons à préciser dans un premier temps le débat, déjà connu en théorie du droit, entre science du droit et dogmatique juridique tout en analysant la méthode utilisée par les juristes afin d'approcher leur objet d'étude, l'objet-droit sur la base du positivisme (**A**). Nous nous pencherons dans un deuxième temps sur l'ancienne problématique de l'objectivité en tant que correspondance ponctuelle entre discours savant et donnée observationnelle (**B**).

A. Droit et objet-droit en débat : pour une vérité juridique scientifique

Le débat en théorie du droit se pose déjà dans le cadre de la distinction entre connaissance du droit et vérité juridique, entre science du droit et dogmatique juridique, entre droit et son objet-droit[9]. La question de la formation des *a priori* est inextricablement liée à celle de vérité en tant que connaissance. Pourtant, cette connaissance repose sur la production du droit

[9] Pour une recherche approfondie voir B. BARRAUD, « La science du droit positif », *in La recherche juridique (les branches de la recherche juridique*), L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2016, p. 65 s. ; A. GESLIN, « L'importance de l'épistémologie pour la recherche en droit », in (dir.) Sergues Bertrand, *La recherche juridique vue par ses propres acteurs*, LGDJ, Lextenso éditions ; Presses de l'université Toulouse 1 Capitole ; Institut Fédératif de Recherche "Mutation des normes juridiques" - Université Toulouse I, 2016, p. 79-130 ; B. BARRAUD, *La recherche juridique – Sciences et pensées du droit*, L'Harmattan, 2016, coll. Logiques juridiques ; B. BARRAUD, *Qu'est-ce que le droit ? – Théorie syncrétique et échelle de juridicité*, L'Harmattan, 2017.

par des acteurs tels que le législateur, le juge et, pour certains, la doctrine en tant que source complémentaire du droit en dialogue constant avec le juge[10]. Cependant, produire du droit équivaut-il à connaître le droit ? L'éternel débat renvoyant à la distinction entre science du droit et dogmatique juridique guiderait les juristes à s'apercevoir que seule la première donne accès à la connaissance, tandis que la deuxième ne s'intéresse qu'à l'« objet-droit », c'est-à-dire à l'objet de la science du droit[11].

Le positivisme méthodologique qui consiste en l'approche envisagée et adoptée par le chercheur en droit a engendré une pléthore de débats portant sur la différence entre vérité et savoir juridique. Le savoir juridique ne serait pas une représentation ou une description de la réalité et ne donnerait pas accès à la connaissance en tant que telle. Nous pensons par exemple à l'importance de la littérature doctrinale comme source de savoir juridique au sein de la culture juridique française et l'absence de cette importance au sein de la culture anglo-saxonne. La doctrine française constitue un discours savant, tandis que dans le système juridique anglais la doctrine s'efface derrière le juge, de telle manière que ce sont les juges et les avocats qui jouent le rôle principal dans la construction du droit savant[12].

---

[10] Voir B. BARRAUD, « Les nouveaux défis de la recherche sur les sources du droit », *Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif,* 2017, vol. 164, p.1499-1535

[11] Ronald Dworkin, par exemple, se réclame de l'absence de distinction entre science du droit et dogmatique juridique car il vise à critiquer le *concept de droit* de H. Hart qui a voulu développer une théorie du droit à la fois neutre et philosophique, ce qui est inenvisageable à son sens. Le représentant du réalisme français Michel Troper ne peut pas accepter ce postulat d'absence de distinction entre science du droit et dogmatique juridique et défend le caractère descriptif de la science du droit et le caractère normatif-prescriptif de la dogmatique juridique. Par ailleurs, comme réponse à M. Troper, D. Lochak rejoindrait a mis en avant les « mésaventures du positivisme » sous le régime Vichy à travers l'expression quasi-schizophrénique des juristes qui passeraient facilement d'une doctrine de *lege lata* à une doctrine de *lege ferenda* et que dans la réalité, les valeurs sont inhérentes au droit et donc à la science qui le choisit pour objet.

[12] A cet égard, voir E. DUNN, « Point de vue sur la spécificité des universitaires dans les Facultés de droit : comparaisons franco-anglaises », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques,* vol. 62, no. 1, 2009, p. 33-90 ; P. ATIYAH, Pragmatism and Theory in English Law, Stevens & Sons, 1987, p. 38. Dans les pays de *common law*, « *le professeur s'efface derrière le juge* », de telle manière que ce sont les juges et les avocats qui jouent le rôle principal dans la construction du droit savant. PH. JESTAZ ET CH. JAMIN, *La doctrine,* Dalloz, 2004, p. 11.

Le système du Droit a été critiquée par ailleurs par Pierre Bourdieu qui insistait sur le fait que la cumulativité n'était pas celle de la science. La création du savoir juridique n'est que le résultat du sens de l'illusion des juristes[13]. Cette science du droit, produit du positivisme juridique, a été critiquée par ailleurs pour avoir cédé au piège du « descriptivisme ». Michel van de Kerchove et François Ost analysent ce piège qui enfermerait une triple illusion. Ils notent que la première de ces illusions est qu'il est possible de décrire une règle du droit, une institution ou un caractère du phénomène juridique de la même façon qu'on décrit un objet matériel ou sensible. Or, la description du droit ne peut se faire « directement », mais seulement « *au prix d'une interprétation* »[14]. Selon les auteurs, la deuxième illusion consiste à présenter une description, élaborée à partir de certains postulats apparemment scientifiques, comme nécessairement plus « objective » et plus fidèle à la réalité juridique[15]. Enfin, la troisième illusion consiste en la croyance que la seule description d'un objet permet d'en fournir une connaissance scientifique satisfaisante[16]. Comme le note Paul Amselek, « *dans l'attitude de technique, l'objectivité de l'instrument juridique paraît s'absorber dans la subjectivité de l'artisan : l'instrument n'est jamais que ce que l'artisan va en faire* »[17].

Or, comment sortir d'une tendance quasi schizophrénique d'un juriste théoricien formant des propositions de droit et d'un juriste doctrinaire dont les propositions de droit ne donneraient pas accès à la connaissance ? Il semble bien évident que la finalité même de cette distinction entre science du droit et dogmatique juridique – ou doctrine – sert à clarifier le langage doctrinal, tout en comprenant une dimension épistémologique qui décide de la nature scientifique ou non du langage ainsi qu'une dimension conceptuelle fournissant les outils intellectuels nécessaires à ce langage pour permettre la

---

[13] P. BOURDIEU, « Les juristes gardiens de l'hypocrisie collective », in (dir.) F. Chazel et J. Commaille, *Normes juridiques et régulation sociale*, L.G.D.J., Droit et Société, 1991, p. 95-99 ; du même auteur, *Homo academicus*, Minuit, 1984.

[14] M. VAN DE KERCHOVE ET FRANÇOIS OST, « Possibilité et limites d'une science du droit », *op. cit*., p. 1-39.

[15] *Idem.*

[16] *Idem.*

[17] P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, 1964, p. 372.

connaissance[18]. Si cette distinction est encline à produire des pièges[19], la vision positiviste d'une science du droit ayant comme objet le droit lui-même, s'apparentant au modèle des sciences de la nature, est censée donner accès à la connaissance selon une méthode déterminée. Ainsi, pour le juriste-positiviste, décrire l'objet-droit devient un discours sur le droit, qui peut être celui de l'exclusive connaissance[20]. Pourtant, plusieurs définitions de la doctrine ou dogmatique juridique ont été formulées sans qu'elles puissent offrir un terrain clair, ni réussir à se passer complètement de la distinction entre science du droit et dogmatique juridique[21].

La tradition du positivisme juridique et de son épistémologie solide traite souvent du droit comme s'il s'agissait d'un objet observable, en reprenant à son compte les méthodes des sciences expérimentales. La vocation de la

[18]Voir E. MILLARD, *Théorie générale du droit*, Dalloz, 2006, p. 2. Elle est générale car, d'un côté, elle ne concerne pas le langage portant sur tel système juridique déterminé, et de l'autre, elle ne s'intéresse pas aux théories concernant une question particulière du droit.

[19] D. LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP, PUF, 1989, p. 255 ; M. TROPER, « Entre science et dogmatique, la voie de la neutralité », in (dir.) Paul Amselek, *Théorie du droit et science*, P.U.F., coll. Léviathan, 1994, p. 310.

[20] Olivier Cayla souligne à propos de la norme fondamentale de Kelsen en quoi elle sert d'outil pour faire connaître scientifiquement l'objet-droit. Elle n'est nullement destinée à procurer au citoyen, sujet de l'ordre normatif, les moyens de comprendre la juridicité des normes qui s'adressent à lui, afin de le convaincre qu'il est tenu d'y obéir.

[21] Pour Jacques Chevallier par exemple alors que la doctrine juridique est une connaissance « intéressée » qui apporte une contribution au fonctionnement de l'ordre juridique et de la normativité, la science du droit est une connaissance « désintéressée » qui se limite à l'analyse du phénomène juridique. J. CHEVALLIER, *Doctrine juridique et science juridique. Droit et Société,* Librairie générale de droit et de jurisprudence, Lextenso éditions/L.G.D.J., 2002, p. 104. Pour Michel Troper la science du droit est une activité cognitive, neutre et objective visant la connaissance, alors que la dogmatique juridique consiste en une activité normative prescriptive, ayant une fonction normative, de source complémentaire du droit cherchant à établir quelles sont les normes applicables, se livrant à un travail d'évaluation des normes qui ne sont pas encore appliquées. Pour François Ost et Michel van de Kerchove, la doctrine s'inscrit indissociablement dans l'ordre de la connaissance et de l'action. Voir F. OST ET M. VAN DE KERCHOVE, « La doctrine entre "faire savoir" et "savoir-faire" », in (dir.) Isabelle Hachez, Yves Cartuyvels, Hugues Dumont, et al., vol. 3, *Les sources du droit revisitées*, Presses de l'Université de Saint-Louis, p. 17-43.

science du droit serait donc la « description » empirique du droit[22]. Or, pour plusieurs auteurs, dont Niklas Luhmann, le droit ne serait pas un objet d'expérience sensible, mais un objet d'interprétation, une herméneutique. Plusieurs auteurs ont déjà mis en avant le rôle du positivisme dans la distinction entre science du droit et dogmatique juridique – doctrine – tels que Jacques Chevallier, Michel Troper, Michel Miaille, sans même parler du théoricien par excellence Hans Kelsen à qui nous devons cette querelle sempiternelle. En effet, Hans Kelsen a - à tort ? - cru pouvoir élaborer lui-même une théorie « pure » de toute idéologie par la simple épuration de son objet de tout élément autre que formel. Or, comme Michel van de Kerchove et François Ost le remarquent bien, « *en prétendant assigner un caractère d'universalité à sa théorie, Kelsen n'a[it] pas pris conscience de ce qu'il décrivait - sous une forme partiellement idéalisée - un système juridique aux contours historiques précis, le Rechtsstaat, et que le formalisme caractéristique de celui-ci n'est pas idéologiquement neutre, mais répond comme l'a montré Max Weber, à un certain type de rationalité économique* »[23].

La question de connaissance comme vérité se trouve dans le postulat « logiciste » que l'on trouve chez H. Kelsen qui insiste sur le fait que « *la connaissance de droit cherche - comme toute connaissance - à concevoir son objet comme un tout pleinement intelligible, et à le décrire en propositions non contradictoires* »[24]. Or, selon plusieurs auteurs ce postulat est idéalisé et surtout crée une confusion entre la cohérence nécessaire de la théorie scientifique avec celle de son objet[25]. Certes, il existe plusieurs positivismes, tels qu'un

---

[22] Une telle approche est rejetée par Niklas Luhmann par exemple. La théorie juridique de Niklas Luhmann : le droit comme sémantique », (recension de Thomas Huber, Systemtheorie des rechts. Die rechtstheorie Niklas Luhmanns, *Théorie systémique du droit. La théorie juridique de Niklas Luhhmann*, Baden-Baden, Nomos, 2007), in (dir.) Hugues Rabault *Le monde sans réalité ? En compagnie de Niklas Luhmann : epistémologie, politique et droit*, coll. Diké, PUL, p. 394.

[23] M. VAN DE KERCHOVE ET FRANÇOIS OST, « Possibilité et limites d'une science du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 1, n° 1, 1978, p. 1-39.

[24] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2e éd., Ch. Eisenmann (trad.) 1962, rééd. 1999, Paris, LGDJ, p. 274.

[25] P. AMSELEK, *Méthode phénoménologique et théorie du droit*, Paris, 1964, p. 187 ; M. VAN DE KERCHOVE ET F. OST, « Possibilité et limites d'une science du droit », op. cit., p. 1-39.

positivisme substantiel et théorique[26] et un positivisme méthodologique qui assigne à la philosophie du droit une tâche descriptive et/ou conceptuelle[27]. Tous les positivistes n'adhèrent pas à la thèse méthodologique[28], mais les doutes sur la valeur descriptive de la théorie du droit ont généralement été articulés dans le cadre d'une attaque contre le positivisme en général.

Traiter les *a priori* dans la construction de l'objet-droit relève à la fois du positionnement théoricien-juriste ou doctrinaire-juriste, en ce que le premier décrit seulement le droit tel qu'il est, alors que le second émet des propositions prescriptives, à savoir le droit tel qu'il doit être[29]. Ainsi, dans le cadre du positivisme méthodologique, il n'y aurait pas de sens de parler des *a priori* quand on se trouve dans le cadre de la science du droit, puisqu'un regard externe est donné par le juriste sur son objet d'étude, le droit. Le juriste-théoricien est censé donc radier tout *a priori* et jugement de valeur puisqu'il décrit uniquement le droit. Cette idée repose notamment sur les travaux de Hans Kelsen à propos d'une science pure du droit. En ce sens, la description est neutre laissant disparaître la question des *a priori*. Or, la question des *a priori* revient lorsque le juriste-doctrinaire émet des propositions prescriptives ou normatives. Dans ce second cas, la formation de l'objet-droit est entremêlée avec les *a priori* qui ont été présents lors de la formation de l'objet d'étude du juriste.

La distinction entre science du droit et doctrine ou dogmatique juridique créant une tendance quasi-schizophrénique de l'enseignant-chercheur a conduit à une critique du positivisme. Celui-ci imprégné des idées de Hans Kelsen d'une science pure du droit, impliquerait une objectivité

---

[26] J. GARDNER, « Legal Positivism : 5 ½ Myths », *The American Journal of Jurisprudence*, 46, 2001.

[27] M. CARPENTIER, « Controverses sur la "nature" du droit. Enjeux théoriques et méthodologiques, disponible sur :
https://publications.ut-capitole.fr/id/eprint/31840/1/Carpentier%20Raz%20def.pdf

[28] Tel est le cas du positivisme normatif, qui est étudié en détail dans M. CARPENTIER, « Positivisme analytique et positivisme normatif », *Droit & Philosophie*, vol. 6, 2014, disponible sur : http://www.droitphilosophie.com/article/lecture/positivisme-analytique-et-positivisme-normatif-dans-law-liberty-and-morality-136, auquel on renvoie pour de plus amples références bibliographiques.

[29] E. MILLARD, *Théorie générale du droit*, *op. cit*., p. 2 s. ; M. TROPER, « Science du droit et dogmatique juridique », in *La théorie du Droit, le Droit, l'État*, PUF, 2001, p. 3-18.

inatteignable. Il aboutirait par ailleurs à une séparation impossible entre le théoricien du droit et le doctrinaire. Néanmoins, le piège du « descriptivisme » conduit aujourd'hui à l'abandon de l'idée selon laquelle une description, élaborée à partir de certains postulats apparemment scientifiques, est nécessairement plus « objective » et plus fidèle à la réalité juridique[30]. Ainsi, l'objectivité ne serait pas le résultat d'un savoir juridique qui découle d'une observation d'une norme mais d'un idéal inatteignable.

B. Le dépassement de l'ancienne problématique de l'objectivité en tant que correspondance ponctuelle entre discours savant et donnée observationnelle

L'abandon de l'objectivité comme conséquence d'une observation est étroitement lié au travail de l'enseignant-chercheur et à la construction de son objet de recherche. La question des *a priori* dans la construction de l'objet de recherche du juriste revient aisément à parler d'objectivité et de son lien avec la vérité. Selon le dictionnaire Le Petit Robert, la vérité a deux sens. Un premier sens de la vérité correspond à « *ce à quoi l'esprit peut et doit donner son assentiment (par suite d'un rapport de conformité avec l'objet de pensée, d'une cohérence interne de la pensée) et est opposé à erreur ou l'illusion* ». Un deuxième sens fait de la vérité la « *connaissance conforme au réel opposé à l'erreur, l'ignorance ou au mensonge* ». Transposant cette définition à l'activité du juriste-chercheur positiviste, ce dernier est censé décrire le droit tel qu'il est sans émettre des jugements de valeur, tout en adoptant une méthode solide de systématisation et de codification. Pourtant, est-ce que le travail de systématisation mené par le juriste aboutit à un discours savant inextricablement lié à l'observation empirique du phénomène juridique, c'est-à-dire l'observation des normes ?

L'ancienne problématique de l'objectivité rattachée à la correspondance ponctuelle entre discours savant et donnée observationnelle semble être dépassée[31]. Plusieurs auteurs, dont des juristes, se sont essayés à la

[30] *Idem.*

[31] M. VAN DE KERCHOVE ET FRANÇOIS OST, « Possibilité et limites d'une science du droit », *op. cit.*, p. 1-39.

science du droit – polarisés par l'image des sciences exactes qui nécessitent la vérification de propositions théoriques par des expériences irréfutables – et ont fini par se démarquer de cet « *idéal inaccessible* »[32]. Ils ont insisté sur le caractère pratique ou normatif de leur objet d'étude, ce qui, selon eux, devrait entraîner une spécificité de leur propos.

Pourtant, l'idée encore très largement répandue d'un travail scientifique strictement empiriste et inductionniste ferait du savant un observateur attentif de la réalité, naturelle ou sociale, « *dont il dégagerait patiemment les lignes de force, les "lois" qui, s'ajoutant les unes aux autres, constitueraient finalement une théorie, tableau fidèle de cette réalité* »[33]. Néanmoins, plusieurs positions philosophiques - et plus spécialement la philosophie du langage - n'ont pas manqué d'éclairer les liens entre langage – dont langage du droit - et réalité. Notamment la vision de John Austin s'inscrit dans une aspiration à être réaliste au sens ordinaire, c'est-à-dire à reconnaître ce qui est devant nous sans la capacité de rechercher un idéal ou un fondement à travers l'analyse du langage ordinaire[34]. Sauf que la question du compte-rendu du réel dans le langage s'articule centralement avec celle de la vérité ; autrement dit, la vérité est « *celle qui veut en faire une relation de correspondance entre le monde et les mots – idée qui dérive directement de la conception représentationnaliste du langage développée par les positivistes logiques* »[35]. Or, la conception représentationnaliste[36] de la vérité comme correspondance stricte

---

[32] *Idem*.

[33] *Idem*.

[34] La position philosophique *réaliste* d'un accrochage rationnel, extérieur, d'un langage vu « par le côté » hors de ses conditions d'émergence est critiqué par John Austin comme un risque qui nous éloigne du *réel*. J. L. AUSTIN, *Sense et Sensibilia*, OUP USA, 1979, « *Je ne soutiendrai pas que nous devons être "réalistes", c'est-à-dire adopter la doctrine selon laquelle nous percevons vraiment les choses (ou objets) matériels. Cette doctrine ne serait pas moins scolastique et erronée que son antithèse* » cité par Bruno Ambroise et Sandra Laugier, *Philosophie du langage. Signification, vérité et réalité*, Vrin, 2009, p. 23.

[35] *Idem*.

[36] Le représentationnalisme qui est beaucoup plus ancien que la philosophie analytique, mais il a été explicité, de manières diverses, à partir de Frege, de Russell et du premier Wittgenstein, puis dans les œuvres du cercle de Vienne. C'est la mise en forme (l'analyse) logique de dire si une proposition est pourvue de sens, et en ce cas seulement, si elle est vraie ou fausse, c'est-à-dire si elle dépeint ou non la réalité. Voir une telle conception dans Tractatus logicophilosophicus de Wittgenstein.

entre les mots (ou la signification) et l'état du monde ne satisfait pas une correspondance absolue avec ce qui se passe ; la correspondance est relative à une perspective prise sur le monde, assez restreinte de ce que les mots peuvent engager avec le monde[37].

Ce que John Austin montre est que le langage possède de multiples dimensions d'évaluation dans son rapport avec le monde, selon les usages qui en sont faits[38]. À cet égard, et si nous le suivons, le droit fait état d'un certain usage de la notion de vérité qui n'est utilisée que pour spécifier un certain rapport au monde. Le sujet d'énonciation entend parler du monde d'une certaine manière, pour le qualifier d'une certaine manière dans un certain contexte. John Austin, en tant qu'inventeur de la théorie des actes de langage, a en même temps construit une théorie de la vérité, de la signification et de ce que c'est que dire quelque chose : une théorie de ce qui est dit (*what is said*). Cependant l'interrogation sur *what is said* est inévitablement une interrogation sur l'articulation de l'acte de langage et de l'état de choses. L'invention des performatifs permet de mettre en cause, pour l'ensemble de nos énoncés, l'idée d'un rapport univoque entre les mots et le monde[39]. Surtout, ce qui est intéressant en droit est la théorie des *speech acts* de John Austin en collaboration avec Herbert Hart en s'opposant à la conception philosophico-logique alors dominante en matière de langage qui attribue aux énoncés une fonction essentiellement descriptive. En effet, avant John Austin, le représentationnalisme en matière d'énoncés consiste à isoler comme leur fonction essentielle la représentation des états de choses : ont un sens les énoncés qui, décrivant des états de choses, ont une valeur de vérité déterminée et déterminable par l'expérience[40].

Austin veut rompre avec l'idée, qu'il nomme « *illusion descriptive* », à savoir que la fonction première du langage serait la dépiction, c'est-à-dire la description des états de choses. Un grand nombre d'expressions linguistiques sont utilisées à d'autres fins que de décrire la réalité, et seule la prégnance du modèle représentationaliste a fait négliger ce fait. Pour John Austin, les énoncés

---

[37] *Idem*.

[38] *Idem*. A ce sujet voir J. L. AUSTIN, *Quand dire, c'est faire*, Points, essais, 1991, p. 37.

[39] S. LAUGIER, « Performativité, normativité et droit », *Archives de Philosophie*, vol. 67, n° 4, 2004, p. 607-62.

[40] *Idem*.

ne *représentent* pas. Selon Paul Amselek la théorie des actes de langage permet d'échapper aux impasses des analyses classiques mais simplistes des théoriciens du droit : elle livre une clef, une méthode d'approche appropriée des choses. Elle nous rappelle opportunément que les énoncés de règles juridiques ne sont pas une réalité complète et indépendante que l'on pourrait étudier en elle-même et pour elle-même. Ces dires juridiques ne sont qu'un fragment d'une réalité plus vaste d'actes de parole, d'actes accomplis à l'aide de paroles par les *jurisdiseurs* dans certaines conditions sociohistoriques[41]. Par ailleurs, Pierre Bourdieu disait que le droit est la forme par excellence du discours agissant par sa vertu propre de produire des effets, et le droit fait le monde social, mais à condition de ne pas oublier qu'il est fait par lui[42].

Le positionnement de John Austin, essayant de rompre avec l'illusion descriptive et la philosophie positive-logique, pourrait être mis en parallèle avec la prétention à l'observation descriptive du travail scientifique du juriste. Ainsi, la finalité du positivisme logique est de ne considérer comme scientifique que ce qui peut être objet de vérification. Selon le positivisme logique, la vérité des propositions devient le postulat suprême de la science[43]. Il s'agit de ce même postulat qui a inspiré Kelsen, considérant que toute thèse métaphysique est dénuée de sens puisqu'elle ne peut pas être vérifiée empiriquement ou formellement. Comme le remarquent François Ost et Michel van de Kerchove en procédant par des descriptions de plus en plus larges et de plus en plus compréhensives, le travail scientifique serait à l'abri de l'erreur; il ne ferait qu'ajouter du vrai au vrai; il serait selon l'image de Poincaré «*comme une bibliothèque en extension constante*»[44]. Pourtant, l'exemple flagrant d'un énoncé sans référent dans le système juridique ne relèverait pas du travail scientifique, car il n'est pas observable ni ne peut être vérifié comme vrai ou faux. Ainsi, pour François Ost et Michel van de Kerchove, la science «*apparaît*

---

[41] P. AMSELEK, « Le locutoire et l'illocutoire dans les énonciations relatives aux normes juridiques », *Revue de métaphysique et de morale*, 1990, n° 3, p. 396.

[42] P. BOURDIEU, *La force du droit : éléments pour une sociologie du champ*, 1986, rééd., préf. de L. Israël, Editions de la Sorbonne, 2017, p. 13.

[43] V. PETEV, « Hans Kelsen et le Cercle de Vienne », in (dir.) Paul Amselek, *Théorie du droit et science*, P.U.F., coll. Léviathan, 1994, p. 234.

[44] M. VAN DE KERCHOVE ET FRANÇOIS OST. « Possibilité et limites d'une science du droit », *op. cit.*, p. 1-39.

d'abord comme le produit, non pas de la perception immédiate du réel, mais de l'anticipation, de l'invention, de l'imagination. Si l'on peut dire d'une théorie scientifique qu'elle fournit une certaine représentation ou une certaine "image du monde", ce n'est plus, comme on a pu le suggérer dans le passé, dans le sens d'une imitation de celui-ci, mais plutôt dans le sens d'une "mise en scène de la réalité", d'une "interprétation des faits", faisant du savant, moins un "spectateur" qu'un "acteur" à part entière »[45].

Si toute science procède de l'observation et de la collection des données d'expérience donnant lieu à de constantes dont le bien-fondé peut être démontré par un retour à l'expérience, le cas particulier de la science juridique tombe dans ce qu'on appelle « cercle herméneutique » sans pouvoir rompre entièrement. Selon Michel van de Kerchove et François Ost « *il semble que l'on ne puisse "tendre" vers l'objectivité que moyennant l'élucidation la plus complète possible par le sujet connaissant des présupposés théoriques qu'il met en œuvre dans l'interprétation et l'explication de la réalité juridique* »[46].

Les auteurs invitent à rompre avec cette représentation naïve de l'élaboration scientifique qui se limiterait à l'observation empirique de l'état de choses et insistent sur le moment théorique de l'épistémologie moderne. Dans cette optique, « *l'observation et la vérification ne se comprennent qu'en référence à la construction conceptuelle qu'est la théorie. Dès lors, la science n'est pas tant un tableau de la réalité qu'un travail en voie d'élaboration, qu'une production en forme de question* »[47].

Néanmoins, rompre avec le vieil idéal de la connaissance scientifique commune de l'*épistémè*[48], idéal d'une connaissance absolument certaine et

---

[45] M. VAN DE KERCHOVE ET FRANÇOIS OST, « Science et droit : les paradoxes de la création », in (dir.) Boris Libois et Alain Strowel, *Profils de la création*, Publications de l'Université Saint Louis, p. 31-46.

[46] M. VAN DE KERCHOVE ET FRANÇOIS OST, « Possibilité et limites d'une science du droit », *op. cit.,* p. 1-39.

[47] *Idem*. Voir G. BACHELARD, L'activité rationaliste de la physique contemporaine, Paris, PUF, 1965, col. Bibliothèque de philosophie contemporaine.

[48] Épistémè est un concept philosophique d'origine grecque (en grec ancien : ἐπιστήμη), qui signifie la science (au double sens de savoir constitué, et de vertu qui consiste à « être savant en acte »), par exemple dans le livre VI de l'*Éthique à Nicomaque* d'Aristote.

démontrable dont Karl Popper a écrit « *qu'il s'est révélé être une idole* »[49], engendre un certain nombre de conséquences pour le domaine de la science du droit. Nous pensons notamment à la récente crise sanitaire ainsi qu'au droit de l'environnement qui ont fait basculer toutes les vérités certaines et bien établies scientifiquement ne pouvant pas donner lieu à l'erreur. D'une certaine manière, la science se détache du réel ambiant. Ainsi, l'idée d'une *épistémè* comme un système d'énoncés certains ou bien établis, ou d'un système progressant régulièrement vers un état final est critiquée par Karl Popper[50]. L'*épistémè* ou science serait pour lui « *un ensemble d'anticipations téméraires et prématurées* »[51]. Une transposition de cette idée au domaine du droit revient à interroger le droit comme science ainsi que le rejet des certitudes aveugles de la perception et de l'idéologie. Pourtant, le « savant » a droit à l'erreur, ce qui ne lui enlèverait pas le statut de « savant ». Son rôle ne serait pas de démontrer, vérifier, observer immanquablement la vérité ou la réalité ; sa fonction serait de se départir d'un réseau de conceptualisations naïves. En effet, il n'y a pas de langage observationnel pur, mais toute donnée d'expérience est préstructurée par un réseau de conceptualisations[52].

De la sorte, si l'ancienne problématique de l'objectivité en tant que correspondance ponctuelle entre discours savant et donnée observationnelle est abandonnée, il revient au chercheur de construire son objet plutôt que le recueillir[53]. Il y a plusieurs façons de réaliser cette construction. Le chercheur peut avoir recours à la sémantique, l'accompagner d'une méthode solide et d'une pratique opératoire et potentiellement. C'est ce que nous disent Michel van de Kerchove et François Ost, en invitant à cesser « *de décrire le réel, pour l'interroger, le provoquer* »[54]. De manière similaire, comme l'expérience scientifique est une production entièrement théorique à propos de la nature, le

---

[49] K. POPPER, La logique de la découverte scientifique, tr. N. Thyssen-Rutten et P. Devaux, 1973, rééed. Payot, 2017.
[50] Ibid, p. 284.
[51] *Idem*.
[52] M. VAN DE KERCHOVE ET FRANÇOIS OST, « Possibilités et limites d'une science du droit », *op. cit*.
[53] *Idem*.
[54] *Idem.*

travail du juriste est aussi dynamisé par la fécondité interne de la théorie, par la recherche qui aménage le réel.

En d'autres termes, suivant ce dépassement de l'objectivité comme correspondance ponctuelle entre discours savant et donnée observationnelle, la théorie n'est pas directement le produit de l'induction menée à partir des faits, mais elle est plutôt le résultat d'un « *double mouvement de formalisation et d'axiomatisation* »[55] qui n'est pas étranger à la science juridique qui consiste en vrai au rôle de la doctrine ou dogmatique juridique. La construction théorique du système du Droit est l'outil conceptuel pour que le discours savant corresponde à son propre fondement juridique. Ainsi, le discours savant ne traduit pas l'observation d'une norme, mais s'offre à l'interprétation d'une norme selon les différentes théories juridiques. Nous trouvons la même ligne d'idées dans la théorie de la psychanalyse de Freud qui propose une interprétation des rêves, mais ne suit-il pas le récit onirique à la lettre. Au contraire, il en propose un découpage, en livre un sens et rapporte le récit onirique aux propositions de la théorie psychanalytique opérant comme grille d'interprétation[56]. Cette grille d'interprétation très chère aux juristes suit les théories auxquelles le juriste se rattache dans sa recherche. Son discours savant est conditionné à la méthode poursuivie et son ontologie du droit.

Autrement dit, l'abandon de la description comme condition d'objectivité devrait amener l'enseignant-chercheur à se passer de la distinction entre science droit et dogmatique juridique. Il s'agit d'assumer l'avènement de l'impossible objectivation de son objet de recherche et de construire le savoir juridique de façons différentes telles que la sémantique et l'interprétation d'une norme selon les différentes théories juridiques. Ainsi, les *a priori* dans la construction de son objet ne poseraient pas d'obstacle, étant donné qu'il n'existe pas de discours savant ou de savoir juridique traduisant l'observation d'une norme. Comme nous le dit Paul Amselek, la part de la science dans l'activité des juristes est controversée, car des confusions ont été produites à l'égard de la science : elles sont dues au fait que ce terme de science est un terme

---

[55] *Idem.*

[56] J. LADRIERE, « Le rôle de l'interprétation en science, en philosophie et en théologie », *Science, philosophie*, foi, 1974, p. 221.

polysémique[57]. Celui-ci peut être employé comme synonyme de connaissance, de savoir[58] physique ou de biologie. Nous pouvons relever qu'il désigne un certain type spécifique d'activité, productrice certes d'un savoir, mais pas de n'importe quel savoir ; c'est-à-dire un savoir d'une nature bien déterminée et sujette à des *a priori* et à l'interprétation. En abandonnant la posture dichotomique d'un enseignant-chercheur à la fois théoricien et doctrinaire, celui-ci est conscient des limites de sa contribution scientifique et de son objet de recherche. Ces limites ne remettent pas en cause la valeur de sa contribution. Néanmoins, un renouvèlement de l'ancienne problématique de l'objectivité de l'enseignant-chercheur semble perturber ce discours savant lorsque l'enseignant-chercheur défend une cause particulière. La défense d'une cause en droit serait considérée comme un *a priori* à éviter.

***

II. Les a priori dans la défense d'une cause : le « scholactivism » savant

Le juriste conditionné à ce discours savant, rattaché à une méthode solide et à une ontologie du droit, saurait contribuer avec sa recherche à l'épistémè juridique. Pourtant les *a priori* de cette *épistémè* ressurgissent lorsqu'un quelconque « militantisme » semble l'emporter dans la discipline juridique (**A**). La revendication juridique d'une réalité politique protectrice des Droits de l'homme ou de l'État de droit est sans doute d'actualité lorsque l'enseignant-chercheur se livre dans un travail de construction juridique de son objet tout en connaissant les limites de son « épistémè » (**B**).

[57] P. AMSELEK, « La part de la science dans les activités des juristes », *Recueil Dalloz,* Chronique, 1997, p. 341.

[58] Vocabulaire de la Philosophie d'André Lalande : celui qui sait des choses, qui a des connaissances, du savoir, est couramment qualifié de « savant ».

A. Le droit pour défendre une cause

La problématique de l'objectivité de l'enseignant-chercheur a fait récemment l'objet d'un renouvellement, d'un côté, vis-à-vis du débat anglo-saxon sur le « *scholactivism* »[59] — ou l'activité militante de l'enseignant-chercheur— et du débat français sur le « *militantisme des Droits de l'homme* »[60], de l'autre. Les deux débats ont pourtant un élément en commun, y compris la question de l'objectivité de l'enseignant-chercheur et de son rôle dans la production du savoir juridique[61].

Tout d'abord, le « *scholactivism* » ou l'activité militante de l'enseignant-chercheur a subi un retour de l'actualité lors de la récente crise de l'État de droit menant des professeurs de droit[62] à prendre position sur sa définition, sur l'interprétation de l'article 2 du Traité sur l'Union européenne, sur les régimes politiques polonais et hongrois ainsi que sur le rôle des institutions européennes vis-à-vis de la régression démocratique. Le mot anglais « *scholactivism* » renvoie à la conjonction de deux mots, à savoir « *scholar* » et « *activist* », ce qui brouillerait les limites entre un juriste-théoricien, supposé neutre et objectif dans la construction de son objet de recherche, et d'un enseignant-chercheur

---

[59] Pour une analyse approfondie du « scholactivism » voir J. RAMSEY, « Introducing Scholactivism: Reflections on Transforming Praxis in and Beyond the Classroom », *Workplace. A journal for aczademic labor*, 2018, n° 30, p. 1-37.

[60] C. ROULHAC, « La doctrine et les droits de l'homme : penser et/ou militer ? », Appartient au dossier : "Le droit des libertés en question(s) - Colloque n°2 de la RDLF", *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2019 chron., n° 25, disponible sur : http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/la-doctrine-et-les-droits-de-lhomme-penser-et-ou-militer/

[61] Outre le « *scholactivism* », il est connu de nombreux penseurs, dans le débat français sur les Droits de l'homme, que ceux-ci seraient caractérisés par un flou non seulement en tant que produits d'une philosophie jusnaturaliste ou d'une idéologie, mais aussi en tant que prétentions intégrées à la structure des ordres juridiques par les Déclarations de droits. Pour une analyse minutieuse voir X. DUPRE DE BOULOIS, « La critique doctrinale des droits de l'homme », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2020 chron., n° 38, disponible sur : http://www.revuedlf.com/droit-fondamentaux/la-critique-doctrinale-des-droits-de-lhomme/ ; Voir aussi C. ROULHAC, « La doctrine et les droits de l'homme : penser et/ou militer ? », *op. cit.*

[62] Ici nous faisons référence spécifiquement au professeur Wojciech Sadurski et de sa critique publique du parti polonais Droit et Justice, pour laquelle il a été poursuivi en justice à plusieurs reprises.

qui militerait pour une certaine cause politique et/ou juridique. L'idée maîtresse du « *scholactivism* » est que les créateurs de connaissances peuvent faire en sorte que l'impact de leurs connaissances soit « positif » et transformateur. Les « *scholactivistes* »[63] acceptent intentionnellement la réalité que leur travail peut conduire à un changement social tout en orientant délibérément leur travail vers certains objectifs.

Pourtant, certains enseignants-chercheurs ont accusé cette prise de position « *scholactiviste* » de prise de partie « subjective » et « non axiologique », rôle qui n'est pas réservé au juriste, chercheur, académique, professeur[64], mais au citoyen militant[65]. Nous trouvons également dans la culture juridique française la figure du « juriste engagé » qui est perçue dans le milieu universitaire comme une figure repoussoir[66]. Selon Jacques Chevallier, l'expression même aurait tout d'un oxymore, en associant « *l'éthique du juriste [qui] lui imposerait en effet de faire abstraction des convictions philosophiques ou politiques qu'il peut avoir en tant que citoyen et de faire en sorte que ses engagements personnels n'interfèrent pas avec le travail qui lui incombe en tant que professionnel du droit* »[67]. Pourtant, ces deux éléments, à savoir l'éthique du juriste et ses convictions philosophiques ou politiques sont à première vue contradictoires, car le juriste universitaire serait tenu de maintenir une stricte démarcation entre son implication dans la vie de la cité et son activité professionnelle dans l'analyse du droit en vigueur et dans son enseignement qui ne sauraient être parasités par un engagement personnel, qui conduirait à transgresser les normes qui commandent le travail de l'enseignant-chercheur et conditionnent son autorité professionnelle.

Cette vision pour le moins dominante dans la communauté des juristes comporte selon Jacques Chevallier une large part d'artifice, car elle conçoit le

---

[63] Wojciech Sadurski, juriste et professeur de droit. Nous pouvons également faire référence aux enseignants-chercheurs qui défendent le « scholactivism » tels que Alberto Alemanno, professeur de droit.

[64] T. KHAITAN, « On scholactivism in constitutional studies: Skeptical thoughts », *International Journal of Constitutional Law*, 2022.

[65] Pour une défense du « scholactivism » voir A. STONE : *A Defence of Scholactivism, VerfBlog,* 2022/8/22, disponible sur : https://verfassungsblog.de/a-defence-of-scholactivism/

[66] J. CHEVALLIER, « Juriste engagé(e) ? », in *Frontière du droit, critique des droits*, LGDJ, 2007, p. 305-310.

[67] *Idem*.

droit — c'est-à-dire le droit comme produit des institutions politiques — comme un monde clos, qu'il serait possible de connaître « objectivement », alors qu'il est, en tant que produit social et politique, un enjeu de luttes permanentes, dans lesquelles les juristes sont directement impliqués[68]. Ainsi, cet engagement ou plutôt positionnement existe, quelle que soit la posture que l'intéressé adopte par rapport à la norme. La posture doctrinale, dans le cadre de l'activisme académique et contrairement à la méthodologie positiviste, implique de fait un engagement, car le juriste qui y participe se considère comme partie prenante du processus de production de la norme. Le « *scholactivism* » cumule l'activité professionnelle de juriste avec un engagement dans des causes. Or, il ne s'agit pas d'une simple activité parallèle en tant que citoyen. Au contraire, c'est en qualité d'enseignant-chercheur que la personne s'engage, en mettant sa compétence juridique au service de l'action militante[69].

Le débat sur l'objectivité tant de l'enseignant-chercheur qui se contente de penser le droit et de produire un savoir juridique que de l'enseignant-chercheur « militant » ou « engagé », a donné lieu au fameux dialogue entre Danièle Lochak et Michel Troper sur les mésaventures du positivisme en ce que « *celui qui présente ses productions comme neutres se bercerait d'illusions en occultant le fait qu'elles peuvent exercer une influence sur le droit* »[70]. Ainsi, les mêmes critiques, qui ont su apparaître lors du débat sur la doctrine de Vichy à l'égard du positivisme juridique, peuvent être de nouveau appliquées ici, à savoir la portée naturalisante et légitimante du discours descriptif[71]. Nous pensons notamment au fameux dialogue entre les auteurs précités[72] sur l'idée que la doctrine juridique n'est pas neutre et n'est donc pas scientifique parce qu'elle produit un certain nombre d'effets sociaux. Ainsi, elle n'est pas une

---

[68] *Idem*.

[69] *Idem.*

[70] *Idem*.

[71] D. LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme » in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 106-116. Voir les objections de Michel Troper en défense du positivisme juridique, « La doctrine et le positivisme », in *Les usages sociaux du droit, Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 286-292.

[72] Pour D. Lochak il ne s'agissait pas d'une attaque contre le positivisme en tant que tel mais d'une critique de la posture positiviste.

vérité absolue, mais une vérité produite par le droit. Michel Troper a rétorqué que les juristes de la période Vichy n'étaient pas des positivistes. Or, Danièle Lochak les a critiqués en ce qu'ils produisaient des propositions de droit prétendument neutres et prétendument savantes. Pour elle, le rôle du juriste savant face à des lois non simplement critiquables, mais moralement inacceptables, comme les lois raciales, consiste non seulement à produire un savoir juridique par rapport à cette politique, mais aussi à maîtriser ce savoir juridique[73]. Comme le disent Philippe Jestaz et Christophe Jamin, la fonction de légitimation est un phénomène général qui se constate bien au-delà des périodes exceptionnelles, puisque « *la doctrine ne peut commenter une loi sans lui donner au moins une apparence de quitus moral et politique* »[74].

Le débat sur le « *scholactivism* » est significatif d'une activité du juriste qui ne vise pas la connaissance mais l'action, ce qui pourrait la rapprocher de la philosophie de Hannah Arendt[75], mais aussi de la philosophie de Karl Marx et de son *leitmotiv* : « *Les philosophes n'ont fait qu'interpréter le monde; il faut désormais le transformer* »[76]. Il va sans dire que les spécialités du droit les plus affectées par le « *scholactivism* » reflètent la protection de l'environnement, la défense des immigrés ou encore la promotion des Droits de l'homme.

Pourtant, si les « *scholactivistes* » ou les juristes engagés ont été critiqués d'avoir adopté un point de vue axiologique et, par conséquent, non neutre, est-ce que le seul fait qu'un point de vue soit adopté aurait une influence sur leur discours de « savant », voire sur la production de la vérité juridique ? Il nous semble qu'une réponse négative peut être avancée. La critique effectuée à leur égard tient également au fait que la science du droit ne peut pas succomber à des jugements de valeur et à des points de vue subjectifs.

L'activité des enseignants-chercheurs, productrice d'un savoir d'une nature bien déterminée[77], consiste, plus précisément, à construire des lois ou règles théoriques établissant un rapport entre l'apparition d'un type de phénomènes et la vérification de ceux-ci selon un principe logique de leur

---

[73] D. LOCHAK, « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme, in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP, PUF, 1989, p. 255.

[74] PH. JESTAZ ET CH. JAMIN, *La doctrine*, *op. cit*., p. 250.

[75] H. ARENDT, *Condition de l'homme moderne,* Pocket, 2002.

[76] G. LABICA, *Karl Marx : Les Thèses sur Feuerbach*, PUF, 1987.

[77] P. AMSELEK, « La part de la science dans les activités des juristes », *op. cit.*

articulation. Contrairement à la vision simpliste de la philosophie analytique dans l'inspiration du cercle de Vienne et du positivisme logique, la science n'est pas une production d'énoncés présentant certaines caractéristiques, et notamment des caractéristiques formelles – des énoncés ayant une prétendue « *forme nomique* » comme l'a soutenu par exemple Rudolf Carnap[78]. La science est classiquement associée et réduite à l'idée de spéculation au sens étymologique du terme, comme si le savant n'était qu'un miroir sur lequel les choses du monde venaient se refléter, un observateur contemplant le monde et se contentant de le décrire, de relater ses observations[79].

Ainsi, la production des règles juridiques théoriques reste coincée dans une prétendue représentation objective du monde réel. Cet élément génère une confusion du rôle de l'enseignant-chercheur qui doit concilier son éthique professionnelle et scientifique – et donc sa prétendue objectivité - avec ses convictions philosophiques ou politiques. Pourtant, dans le cadre du « *scholactivism* » l'enseignant-chercheur ne sacrifie pas son éthique professionnelle et scientifique au profit de ses convictions philosophiques. Au contraire, il propose son interprétation par rapport à un sujet juridique controversé. Nous rejetons donc les critiques visant les « *scholactivistes* » reposant sur une prise de partie « subjective » et « non axiologique », rôle qui n'est pas réservé à l'enseignant-chercheur[80], mais au citoyen militant. L'enseignant-chercheur même lorsqu'il défend une cause, il la défend en droit.

B. Un conditionnement externe de la recherche scientifique

Dans le débat anglo-saxon sur le « *scholactivism* », Tarunabh Khaitan définit l'activisme universitaire comme étant « *intrinsèquement contraire* » aux obligations du rôle d'un universitaire et par conséquent de sa science, car ce rôle est constitué de deux objectifs, à savoir la découverte de la vérité et la diffusion

[78] R. CARNAP, Les Fondements philosophiques de la physique, trad. J.M. Luccioni et A. Soulez, A. Colin, Paris, 1973, p. 203.

[79] P. AMSELEK, « La part de la science dans les activités des juristes », *op. cit.*

[80] T. KHAITAN, « On scholactivism in constitutional studies: Skeptical thoughts », *International Journal of Constitutional Law*, 2022.

de la connaissance. Or, ce premier objectif serait orienté vers des « *résultats matériels spécifiques* »[81]. Tarunabh Khaitan pense que nous pouvons distinguer un universitaire d'un activiste académique par le motif, présent chez l'activiste, « *de poursuivre un résultat direct, non discursif, dans un cas proche* ». Pourtant, selon Thomas Bustamante, le problème du test de Tarunabh Khaitan est qu'il recourt à un élément psychologique, alors que le problème de l'activisme académique est seulement qu'il affecte les circonstances d'une évaluation objective d'une hypothèse scientifique.

Si le problème de l'activisme académique est le manque de fiabilité des connaissances censées être produites par un universitaire, un test pour évaluer la violation d'une obligation de rôle devrait recourir à des considérations indépendantes de l'esprit déterminant dans quelle mesure l'objectivité épistémique est minée par l'objectif politique d'une personne. Le point crucial est d'ordre méthodologique et non psychologique, puisque la norme de succès d'un argument scientifique est l'acceptabilité rationnelle de sa revendication[82]. Ainsi, il donne comme exemple son article coécrit avec Emilio Meyer intitulé « *Pourquoi Bolsonaro doit être destitué* »[83]. Il note qu'il n'a violé aucune obligation professionnelle ni scientifique de son travail. Le motif n'est pas pertinent, puisque la norme pour répondre à cette question est sa prétention à l'objectivité épistémique, c'est-à-dire un article avec une longue liste de faits et des dispositions statutaires qui caractérisent les délits de mise en accusation en droit brésilien. Il note que la seule question que l'on peut se poser est si les faits peuvent être classés de manière appropriée dans ces dispositions. Ainsi, une fois

[81] T. KHAITAN, « On scholactivism in constitutional studies: Skeptical thoughts », *op. cit*. Pour Jan Komarek il est important de réfléchir aux engagements normatifs lorsque les chercheurs mènent des recherches et d'être conscient que leurs résultats ne seront jamais exempts de valeurs. Dans certains domaines, comme la théorie critique, cette réflexion fait partie de la poursuite même de la connaissance. Voir J. KOMÁREK, « Scholarship is about knowledge, not justice », *International Journal of Constitutional Law*, 2022.

[82] T. BUSTAMANTE, « Reflecting on the ethical commitments of our role », *International Journal of Constitutional Law*, 2022.

[83] E. PELUSO NEDER MEYER AND T. BUSTAMANTE, « Why Bolsonaro Needs to Be Impeached », *VerfBlog*, 18/3/2020, disponible sur : https://verfassungsblog.de/why-bolsonaro-needs-to-be-impeached.

le sujet du chercheur choisi, celui-ci prend le relais, en formulant la question, en déterminant la méthode appropriée, ainsi que l'étude de la littérature[84].

Poursuivant le même débat, dans un article[85], Jan Komarek présente son point de vue sur ce que les spécialistes du droit constitutionnel européen *font* et *devraient* faire. Selon l'auteur, ce qu'ils *font* est mauvais et dangereux pour la profession, car ils sapent l'idée même d'intégrité académique, mettant ainsi en péril la liberté académique, en abusant de leur pouvoir académique. Il donne l'exemple de l'universitaire Wojciech Sadurski et de sa critique publique du parti polonais au pouvoir Droit et Justice, pour laquelle il a été poursuivi en justice à plusieurs reprises. Ce que ces spécialistes *devraient* faire, pour Jan Komárek, c'est se limiter à leur seule « tâche académique », y compris la poursuite de la connaissance ou la « *découverte de vérités* »[86]. C'est la seule façon, selon Jan Komárek, de protéger « *l'intégrité académique* » et « *la confiance dans l'expertise scientifique* ». La réponse sceptique à Jan Komarek vient de Paolo Sandro qui critique Jan Komárek d'adopter une conception étroite non seulement de ce qui constitue la tâche académique appropriée - la poursuite de la connaissance -, mais aussi de ce que cela signifie spécifiquement dans le domaine juridique[87]. Il illustre comme exemple l'enseignement d'un spécialiste du droit constitutionnel américain qui discute avec ses étudiants de la manière dont le système de justice pénale américain est institutionnellement raciste, tout en se demandant si cette discussion se situe dans les limites de la « connaissance juridique » et si cela ferait une différence si ces propos étaient tenus en dehors de la classe, par exemple lors d'un rassemblement du mouvement Black Lives

[84] T. BUSTAMANTE, « Reflecting on the ethical commitments of our role », *International Journal of Constitutional Law*, 2022 .

[85] Voir J. KOMÁREK, « Freedom and Power of European Constitutional Scholarship», *European Constitutional Law Review*, 2021, vol. 17, n° 422.

[86] S. FISH, *Versions of Academic Freedom. From Professionalism to Revolution*, The Rice University Campbell Lectures, The university of Chicago Press, 2014 ; P. SANDRO, « Constitutional Democracy and The Sound of (Academic) Silence: An Initial Reply to Jan Komárek », *VerfBlog,* 21/12/2021, disponible sur : https://verfassungsblog.de/constitutional-democracy-and-the-sound-of-academic-silence/

[87] *Idem*.

Matter[88]. Il note par ailleurs que la connaissance juridique n'est pas en soi une notion fixe[89].

Tout le débat mentionné ci-dessus fait implicitement référence à Hans Kelsen et son objectif qui était de « purifier » la recherche juridique des idéologies politiques – et, pour ce faire, la science juridique doit se concentrer sur la connaissance du droit, et uniquement sur la connaissance du droit. Or, comme le dit Paolo Sandro, l'idée que la vérité scientifique - du moins dans les sciences sociales - puisse être établie « *objectivement* », et indépendamment des choix évaluatifs, a été complètement démystifiée[90]. Il donne l'exemple du chercheur en droit constitutionnel : si la violation des normes et des principes constitutionnels par le gouvernement en place est simplement un « *fait* » neutre à noter dans ses cours, sans le dénoncer explicitement pour ce qu'il est - un comportement illégal -, alors quel est l'intérêt d'avoir une Constitution stricte en premier lieu ? Pour un spécialiste du droit constitutionnel, il n'est pas seulement possible, mais même obligatoire, de dénoncer les violations - par qui que ce soit - des normes et principes constitutionnels en tant que tels. Il ne s'agit pas d'une question de politique, comme le pense Jan Komárek, mais de droit. La législation peut faire l'objet d'une critique juridique si elle est effectivement adoptée en violation des normes formelles ou substantielles relatives à sa production telles qu'établies par la Constitution[91]. En d'autres termes, la violation des normes et principes constitutionnels n'est pas un fait politique, mais juridique et, en tant que tel, fait partie de toute compréhension minimale de la « science juridique » dans les démocraties constitutionnelles[92].

Dans le même ordre d'idées, comme le soutiennent les partisans du « *scholactivism* » - qui n'acceptent pourtant pas ce terme -, dénoncer les violations de l'État de droit ne relève pas du « *scholactivism* »[93]. Au contraire, ne pas les dénoncer relèverait de la « tour d'ivoire académique », expression avec

---

[88] *Idem.*

[89] *Idem.*

[90] *Idem.*

[91] *Idem*.

[92] *Idem*. Voir aussi P. SANDRO, *The Making of Constitutional Democracy. From Creation to Application of Law*, Blumsburry, law and practical reason, 2022.

[93] A. ALEMANNO, « Knowledge comes with responsibility: Why academic ivory towerism can't be the answer to legal scholactivism », *International Journal of Constitutional Law*, 2022.

laquelle Alberto Alemanno qualifie la prétendument mission impossible d'une activité de recherche d'un universitaire concerné par le fait de contribuer à notre monde par ses travaux, tout en restant indépendant sur le plan académique, rigoureux sur le plan méthodologique et conforme aux normes professionnelles du monde universitaire[94]. Pour Alberto Alemanno, la question à se poser n'est pas de savoir si les universitaires doivent rechercher des résultats matériels par le biais de leurs travaux, mais comment ils peuvent le faire tout en restant conformes à leurs obligations universitaires et éthiques[95].

Pour rappel, nombre de constitutions modernes, dont les valeurs libérales qui les imprègnent, constituent une réaction aux atrocités de masse commises par les autocrates dans la première moitié du XX^e^ siècle, souvent en dépit du silence des universitaires. Par conséquent, un spécialiste du droit constitutionnel qui ne dénonce pas les tentatives de subversion de l'ordre constitutionnel en tant que tel sacrifie en réalité la poursuite de la connaissance juridique sur l'autel d'une tentative de « neutralité » malavisée - et historiquement condamnée[96]. Ainsi, qu'il le veuille ou non, l'enseignant-chercheur est impliqué lui-même dans ce processus de déchiffrement, « *il est lui-même sujet historique, sujet immergé dans un champ affectif, de telle sorte que la connaissance qu'il acquiert de ses objets est tributaire de sa grille de précompréhension, tandis qu'à son tour cette grille de lecture est "travaillée" par*

[94] Il s'agit de l'approche adoptée par T. Khaitan qui défend l'idée qu'une activité de recherche d'un universitaire concerné à contribuer à notre monde, par ses travaux tout en restant indépendant sur le plan académique, rigoureux sur le plan méthodologique et conforme aux normes professionnelles du monde universitaire est une mission impossible en raison de l'inexactitude discursive inhérente à tout effort de recherche motivé par la poursuite d'un résultat matériel. T. KHAITAN, « On scholactivism in constitutional studies: Skeptical thoughts », *International Journal of Constitutional Law*, 2022; Voir la réponse d'A. Alemanno ici : A. ALEMANNO, « Knowledge comes with responsibility: Why academic ivory towerism can't be the answer to legal scholactivism », *International Journal of Constitutional Law*, 2022; Il note que de nombreux « scholactivistes » agissent dans ces limites en soumettant leur travail à une évaluation par les pairs et en reconnaissant publiquement leur autorité de commande.

[95] *Idem.*

[96] P. SANDRO, « Constitutional Democracy and The Sound of (Academic) Silence: An Initial Reply to Jan Komárek », *op. cit.*

la situation étudiée »[97]. Ce phénomène d'imbrication de la pensée scientifique dans l'ensemble du dispositif social révèle une vérité qui n'aurait jamais dû être occultée, « *c'est que la science participe de l'histoire et des luttes, théoriques et pratiques, qui s'y déroulent* »[98].

Par conséquent, comme le notent François Ost et Michel van de Kerchove, « *sans pouvoir entièrement vaincre ces obstacles ni abolir sa dépendance par rapport à l'idéologie inhérente au système auquel il appartient, le juriste ne peut faire œuvre de science qu'en prenant toujours plus lucidement conscience de ces limites* »[99]. Dans le milieu universitaire, les deux – doctrine et science du droit – sont indissociables, car ni sur le plan épistémologique ni au niveau didactique la distinction n'est opérée[100]. Ceci dit, les a priori ne jouent aucun rôle tant que le juriste-chercheur a conscience que son épistémè est à la fois savante, technique et limitée. Pourtant, à l'aube d'une crise – autoritaire, illibérale ou autre -, le son du silence académique face à la régression constitutionnelle peut être assourdissant[101], et ce d'autant plus que les enseignants-chercheurs sont dépositaires d'un savoir[102].

Ainsi, si l'activité militante du « *scholactivist* » était à considérer comme un *a priori* dans la construction de son objet de recherche, nous avançons que celui-ci se livre dans un travail de construction de son objet, tout en connaissant les limites de son discours. Celui-ci reste savant et technique tout en défendant une cause. Tant que le « *scholactivist* » poursuit sa recherche dans le cadre

---

[97] M. VAN DE KERCHOVE ET FRANÇOIS OST, « Possibilité et limites d'une science du droit », *op. cit.,* p. 1-39.
[98] *Idem*.
[99] *Idem*.
[100] J. CHEVALLIER, « Doctrine juridique et science juridique », *Droit et Société*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Lextenso éditions/LGDJ, 2002, p. 103-119. Il dit : « *faire œuvre de doctrine, c'est apporter du même coup une contribution à la science juridique et l'analyse scientifique du phénomène juridique conduit à la formulation de "théories" qui prendront le nom de "doctrines"* ».
[101] P. SANDRO, « Constitutional Democracy and The Sound of (Academic) Silence: An Initial Reply to Jan Komárek », *op. cit.*
[102] *Idem*.

d'une épistémologie et selon les codes de déontologie, nous ne pouvons pas lui reprocher d'être uniquement un citoyen militant. Rattaché à une méthode épistémologique solide et à une ontologie du droit, il peut être neutre et objectif lorsqu'il défend la violation de la Constitution ou bien quand il critique l'idéologie des droits de l'homme. Le « *scholactivism* » réapparu à la suite de la montée des régimes illibéraux en Hongrie et en Pologne consiste en une critique juridique de la manipulation de la Constitution par ces régimes et rappelle l'importance du discours savant de l'enseignant-chercheur. En ce sens, la défense de la démocratie libérale n'est pas un *a priori* philosophique ou politique mais un processus juridique technique.