

CHAPITRE 5

Qu'est-ce qu'une recherche juridique ?

FRÉDÉRIC ROUVIÈRE

*Professeur, Laboratoire de Théorie du Droit, Faculté de Droit,
Université d'Aix-Marseille*

Aussi incroyable que cela puisse paraître, les juristes ne savent pas répondre à une question aussi simple que celle de savoir ce qu'est une recherche *juridique*. Pourtant, il paraît difficile de prétendre évaluer la recherche juridique si l'on ne sait d'abord dire quelle recherche mérite cette épithète. Par tradition, les juristes perpétuent l'idée que le cœur de leur recherche consiste en une interprétation des textes sans pour autant fournir un critère qui permette de distinguer l'interprétation juridique d'autres formes d'interprétations¹. Bien au contraire, le droit ne cesse d'être rapproché ou confondu avec d'autres domaines voisins. Parce que le droit est implicitement défini comme un ensemble de règles, il devient difficile de le distinguer de la morale. Parce que le droit est présenté comme une interprétation de textes, il devient également difficile de le distinguer de l'exégèse religieuse ou de l'interprétation littéraire. Encore, parce que le droit s'exprime au moyen d'un langage, il est tentant de le ramener à une forme de linguistique ou de philosophie du langage. En définitive, la recherche en droit perd toute spécificité, tout caractère propre.

Un signe significatif de la perte de spécificité du juridique est que les non-juristes s'étonnent même de ce que la recherche en droit puisse exister alors que peu de personnes doutent par exemple

1. PH. JESTAZ et CH. JAMIN, *La doctrine*, Paris, Dalloz, Méthodes du droit, 2004, p. 140.

du fait que les sociologues font ou produisent une recherche. Cette lacune dans la théorisation de la juridicité de la recherche est particulièrement grave : aucun critère sûr n'existe pour savoir ce qui relève d'une recherche juridique ou ce qui relève d'un autre champ du savoir. L'évaluation des thèses de doctorat, des articles ou d'autres contributions repose largement sur une appréhension intuitive. Une définition de la recherche juridique doit donc permettre très concrètement d'argumenter l'exclusion ou l'admission de travaux qui se présentent comme juridiques. Les instances d'évaluation, quelles qu'elles soient, devraient être en mesure de dire pourquoi la recherche ne relève pas de leur champ disciplinaire. Cette exigence de rigueur paraît minimale. Pourtant, c'est bien l'inverse qui se produit pour l'instant. En effet, c'est sans justification explicite que certains travaux de recherche sont pris comme des exemples ou des modèles de référence qui permettent de désigner ce qu'il faut entendre par une recherche juridique². Cette absence de critère sûr de délimitation entre ce qui est juridique et ce qui ne l'est pas conduit à un certain relativisme dans la détermination du savoir juridique. Même si en France les études empiriques de l'activité des tribunaux ne sont pas considérées comme un travail de recherche véritablement juridique³, on ne sait dire exactement pour quelle raison il faudrait les écarter du savoir juridique. Les études du droit positif sont considérées comme plus juridiques que d'autres mais la seule raison qui est avancée tient à la théorie des sources du droit. Pourtant, cette théorie désigne un champ d'investigation (loi et jurisprudence) sans dire quelles méthodes exactes il faudrait utiliser pour étudier ce champ.

Bien que l'ouverture disciplinaire soit excellente pour fertiliser la recherche, il ne faut pas non plus négliger le risque inverse. À force de s'ouvrir vers d'autres disciplines sans s'être d'abord interrogé sur ce qu'elle est, la recherche juridique court tout simplement le risque de la dissolution. Trop souvent présentée comme le carrefour d'un ensemble de disciplines, la recherche en droit ne paraît se définir qu'en référence à d'autres disciplines. Contre ce risque

2. À la façon dont Kuhn décrit le fonctionnement du paradigme dans la science normale : T. KUHN, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, Champs, 2008, p. 71 : « un ensemble d'illustrations répétées et presque standardisées ».

3. P. ANCEL, « Le droit *in vivo* ou le plaidoyer d'un membre de la "doctrine" pour la recherche juridique empirique », *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz. Livres propos sur les sources du droit*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 15-16.

QU'EST-CE QU'UNE RECHERCHE JURIDIQUE ?

de dissolution, il faut tenter d'identifier les critères du juridique. Qu'est-ce qui justifie qu'une recherche soit appelée « juridique » ?

Cette question de la spécificité du juridique est un vieux cheval de bataille de la communauté universitaire qui lui permet de résister à l'assimilation du droit à d'autres sciences humaines. Mais, pour l'heure, cette spécificité est plus affirmée que démontrée. Elle n'est pas explicitée, elle n'est pas théoriquement fondée. La raison de cette absence de statut théorique de la recherche ne tient pas seulement à un relatif désintérêt des chercheurs pour cette question. En réalité, c'est que le problème semble se confondre avec celui de savoir ce qu'est le droit lui-même. En effet, la question de la recherche juridique est constamment ramenée à la question de savoir ce qu'est le droit⁴. Une recherche sera ainsi juridique si elle porte sur un objet juridique. Or il n'est guère besoin d'insister sur les difficultés à définir ce qu'est le droit ni sur le caractère philosophique ou métaphysique d'une telle démarche. Et c'est bien là que se noue la difficulté : fonder un savoir sur une réflexion métaphysique préalable conduit à des discussions d'une telle amplitude et d'une telle profondeur théorique que le gain espéré (dire ce qu'est une recherche juridique) devient bien mince au regard des efforts déployés.

Aussi, toutes les démarches qui visent à dire ce qu'est le droit peuvent être qualifiées d'ontologiques car elles portent sur l'être du droit, ce qu'il est. Or ce sont précisément ces démarches qui nous paraissent receler un piège en ce qu'elles enferment le droit dans une métaphysique préalable. Pour le dire autrement, une véritable recherche juridique pourrait être reconnue comme telle indépendamment des options métaphysiques des chercheurs. La comparaison avec la science physique est éclairante : les résultats de tous les physiciens sont appréciés par la communauté scientifique indépendamment du fait de savoir si le chercheur pense que l'on peut connaître le fond du réel ou bien qu'il pense que notre connaissance se réduit à notre propre représentation. Bref, ses options métaphysiques profondes ne l'empêchent pas d'être reconnu comme physicien. De la même façon, il est possible de faire des mathématiques en pensant que les nombres existent indépendamment de la pensée du mathématicien ou que les nombres ne sont que sa propre construction. Ces options ontologiques orientent certes la façon de chercher, mais elles

4. I. DE LAMBERTIE, « Réflexions sur la recherche en sciences du droit », *Droits*, n° 20, 1994, p. 159.

ne déterminent pas la qualité « physique » ou « mathématique » de la recherche. Ainsi, pour que la recherche juridique puisse être identifiée indépendamment du droit, il faudrait la définir indépendamment de toute ontologie. Autrement dit, ce qu'il nous faut est, non pas une théorie du droit, mais bien une théorie de la connaissance juridique, une épistémologie juridique. Ce qu'il faut isoler est la spécificité d'une connaissance et non la spécificité d'une entité ontologiquement appréhendée comme du droit.

Le problème à affronter est alors le suivant : comment définir ce qu'est une recherche juridique sans pour autant définir ce qu'est le droit ? Toute définition du juridique n'est-elle pas nécessairement prise de position sur ce qu'est le droit ? Pour répondre à ces questions, la thèse qui sera soutenue est la suivante : la recherche juridique se définit par sa forme et cette forme est le traitement semblable des cas identiques (I). Bien entendu, la portée de cette position devra être précisée (II).

I. La règle de justice comme forme de la connaissance juridique

A. Une épistémologie fondée sur la forme, indépendamment de l'ontologie

La forme de la recherche juridique se distingue bien de la forme ou du contenu du droit lui-même. Cette distinction marque la différence entre la question épistémologique (qu'est-ce que la connaissance juridique ?) et la question ontologique (qu'est-ce que le droit ?).

Se demander quelle est la forme ou le contenu du droit revient bien à définir le droit lui-même. C'est une entreprise ontologique, métaphysique, voire spéculative. Contre l'approche ontologique, il est possible d'insister sur la seule forme de la recherche juridique. Autrement dit, il s'agit de définir la connaissance juridique (et donc la recherche juridique) par la *forme* qu'elle revêt.

Mais est-il possible de définir une connaissance sur le droit si l'on ne sait d'abord quel est l'objet à étudier, c'est-à-dire ce qu'est le droit ? Cette objection est classique et compréhensible. Elle revient à poser le primat de l'objet sur la méthode en soutenant qu'il faut d'abord définir un objet pour ensuite l'étudier. Mais cette objection n'a pas lieu d'être retenue, car c'est n'est pas l'objet de la recherche que nous voulons délimiter. Au contraire, il s'agit d'explicitier la *forme* de la connaissance juridique elle-même, indépendamment des

QU'EST-CE QU'UNE RECHERCHE JURIDIQUE ?

objets auxquels elle s'applique. Il s'agit de montrer qu'il existe une constante épistémologique dans la connaissance juridique, un invariant qui la définit comme telle. La juridicité de la connaissance ne provient donc pas du fait qu'elle traiterait d'objets juridiques, mais bien du fait qu'elle a une forme irréductible à d'autres formes cognitives.

Seule une analyse formelle peut être réellement universelle, car tout critère substantiel de la connaissance juridique revient en réalité à postuler une certaine essence du juridique qu'il s'agirait de traiter. Parmi les ontologies les plus répandues, le droit est défini comme ensemble de normes (par ex. Kelsen) ou comme recherche du juste (par ex. Aristote). Contre ces approches ontologiques, il s'agit ici de définir la recherche juridique et donc la connaissance juridique par sa structure propre. Autrement dit, nous soutenons qu'il n'est pas souhaitable de fonder la connaissance juridique sur une ontologie *préalable*. Procéder de la sorte, c'est vouloir résoudre la question de la connaissance en droit par la question de l'essence du droit. En posant le primat de l'ontologie sur l'épistémologie, l'analyse verse inévitablement dans la philosophie et la métaphysique.

Pour identifier la forme de la connaissance juridique, il faut expliquer en quoi cette connaissance se distingue d'autres connaissances. Or le critère de différenciation n'est pas dans l'objet mais dans la façon de chercher et d'investiguer. En effet, vouloir différencier des objets n'est pas une démarche pertinente en ce qu'elle demeure tributaire d'une détermination ontologique d'un objet qui serait juridique. En revanche, expliciter la forme de la connaissance juridique revient à expliquer ce qu'il y a de commun dans toutes les recherches dites « juridiques ».

B. La justice formelle comme forme du connaître juridique

« Traiter les cas semblables de façon identique » est une définition formelle de la justice⁵. Elle constitue la forme de la recherche juridique dans le sens premier du terme. Sans cette forme, il n'y aurait à proprement aucune recherche qui pourrait être appelée « juridique ». Autrement dit, cette définition formelle de la justice

5. F. ROUVIÈRE, « Traiter les cas semblables de façon identique : un aspect méthodologique de l'idée de justice », *Jurisprudence. Revue critique*, Paris, Lextenso, 2012, pp. 89-100.

est la forme même de la recherche juridique. Il faut bien distinguer cette définition formelle de la justice de la définition de la justice comme valeur. Il ne s'agit pas de dire que traiter les cas semblables de façon identique conduit à être juste mais que la justice ne peut être pensée sans ce cadre théorique. Bref, cette définition permet de comprendre en quoi la recherche est « juridique » au sens épistémologique du terme.

Il est extrêmement banal de définir le droit à partir de la justice, mais il est moins banal de faire de la justice la forme de la connaissance en droit. Les leçons de l'étymologie sont d'ailleurs éclairantes pour le problème qui nous occupe : *iustitia* (justice) a pour racine *ius* (droit) et a donné en français l'adjectif « juridique », construit sur ce même radical. De la même façon, le terme juridiction (*iurisdictio*) signifie « qui dit le droit » et le terme judiciaire signifie « ce qui se rapporte à la justice (comme institution) ». En revanche, le mot français « droit » provient quant à lui du mot latin *directum* dont les dérivés sont « direction » ou « directive ». Cette même idée se retrouve dans le mot latin *regula*, car la règle est ce qui dirige, donne une direction et permet, matériellement parlant, de tirer des traits droits. Ainsi, dire que la recherche est *juridique* en raison de sa forme consiste à prendre au sérieux l'adjectif « juridique » dans son étymologie latine. Le « juridique » c'est la justice : la recherche juridique est donc bien celle dont la forme même est celle de la justice. C'est bien cet aspect-là qui n'est jamais relevé : c'est la justice, au sens formel, qui structure la connaissance juridique.

Contre l'idée que la forme du connaître juridique est la justice au sens formel, la justice est souvent entendue comme la finalité du droit⁶, comme une façon de le définir ontologiquement. Par exemple, le droit serait la nécessité de « rendre à chacun le sien » selon la célèbre formule employée par Aristote ou Thomas d'Aquin. Mais procéder de cette façon c'est énoncer l'essence du juridique et se placer dans une démarche ontologique. Parce que le droit est défini comme justice, sa connaissance sera connaissance de la justice. Or cette façon de raisonner n'oblige pas seulement à définir la justice, mais aussi à la reconnaître comme fin ou fondement du droit lui-même. Dire que le droit est recherche de la justice relève bien d'une approche ontologique. Même si l'ontologie proposée est formelle, cela ne l'empêche pas d'être une ontologie.

6. M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 2001, p. 39.

QU'EST-CE QU'UNE RECHERCHE JURIDIQUE ?

Il y a ainsi une double distinction à opérer. D'une part, entre la forme et le contenu et, d'autre part, entre l'ontologie et l'épistémologie.

En effet, on ne saurait confondre l'objet de la recherche (contenu) avec son moyen (forme). La recherche juridique porte sur le droit, mais elle ne sait pas par hypothèse ce qu'il est. Si elle le savait, la recherche n'aurait tout simplement pas lieu d'être. Tel est l'enseignement du paradoxe du *Ménon* de Platon selon lequel la recherche est soit inutile soit impossible. En effet, selon Platon⁷, ou bien le chercheur sait déjà ce qu'il cherche et sa recherche est inutile ; ou bien le chercheur ne sait pas ce qu'il cherche et sa recherche est impossible, faute de savoir exactement ce qu'il cherche. En maintenant une séparation entre l'ontologie (l'être) et l'épistémologie (le connaître), il est possible de définir une connaissance sans définir son objet. Son objet reste alors à découvrir, autrement dit à chercher. En ce sens, le droit est une quête mais cette quête est structurée par une idée formelle de justice : traiter les cas semblables de façon identique.

Cette façon de raisonner permet d'expliquer l'indépendance de la forme du connaître juridique au regard d'une analyse morale, matérielle ou substantielle de la justice.

Comprendre la justice en un sens moral, c'est définir la justice comme ce qu'il est juste de faire, la façon dont il faudrait se conduire, les mœurs qu'il faudrait adopter. Si la justice est effectivement comprise en un tel sens, la recherche en droit ne serait que le long développement systématique de prescriptions initiales sans même prendre en compte d'autres données du réel. L'essentiel de la recherche serait déjà contenu dans le point de départ comme le lapin dans le chapeau du prestidigitateur : il ne suffirait plus que d'extraire ce qu'on a déjà mis soi-même à l'intérieur.

De même, comprendre la justice en un sens matériel, c'est l'analyser comme une institution, c'est donc dès le départ se condamner à demeurer dans une perspective très floue pour ne pas dire ambiguë. En effet, si l'étude de l'institution judiciaire est ce qui constitue le propre d'une recherche juridique, on sera ensuite bien en peine de séparer au sein du fonctionnement de l'institution ce qui relève de l'administratif, du politique, du moral, du psychologique, de l'économique, du social et enfin du juridique. Désigner

7. *Ménon*, 80d-80e.

une institution comme objet d'étude ne règle certainement pas la question de savoir ce qui est pertinent pour l'analyse sauf à mélanger tous les aspects précités et à appeler cela « du droit ». Cette façon de faire ne serait en définitive qu'une addition de différentes perspectives d'analyses relevant chaque fois de champs disciplinaires distincts.

Comprendre enfin la justice en un sens substantiel serait se heurter à la pluralité des conceptions du juste. La forte charge philosophique de la question ruine toute possibilité d'accord et colore toute la recherche ultérieure par des prises de position philosophiques ou, dans le pire des cas, idéologiques. Définir la justice par son contenu est pertinent dans une démarche métaphysique ou ontologique, mais pas dans une démarche épistémologique. Voilà pourquoi la justice doit être définie par sa forme, indépendamment des contenus substantiels qu'elle peut avoir.

La définition formelle de la justice possède une signification épistémologique propre. Traiter les cas semblables de façon identique est la signature de la *spécificité* de la recherche juridique. Le corollaire de la spécificité est bien entendu l'autonomie disciplinaire et cognitive du droit. Cette autonomie doit être comprise au sens propre du terme comme le fait d'avoir sa propre norme (*auto-nomos*). Cette norme est précisément la justice formelle qui prescrit de traiter les cas semblables de façon identique. Cette règle formelle de justice indique si l'on est en présence d'une recherche juridique au sens propre du terme c'est-à-dire qui se propose de savoir si les cas semblables sont bien traités de façon identique.

C. Le statut théorique de la règle de justice

Le premier auteur à user explicitement de l'expression « règle de justice » est Chaïm Perelman. Toutefois, il ne lui accorde pas une portée aussi éminente que celle que nous lui accordons. Selon lui, il s'agit d'un argument parmi d'autres qui exige que « les êtres d'une même catégorie essentielle soit traités de la même façon »⁸. Cette règle doit être modérée par l'équité qui conduit à « ne pas traiter de façon trop inégale les êtres faisant partie d'une même catégorie

8. CH. PERELMAN, *Éthique et droit*, Bruxelles, Éditions de l'université de Bruxelles, 1990, p. 30.

essentielle »⁹. Prenant un exemple pittoresque, l'auteur explique la politique douanière d'un État consistant à interdire l'importation de lait de vache produit à plus de 1000 mètres d'altitude. Cette mesure permet de discriminer implicitement certains pays dont les pâturages se trouvent à cette hauteur. Ainsi, la règle serait formellement juste, mais substantiellement injuste, car les vaches restent des vaches au-delà et en-deçà de 1000 mètres : elles relèvent alors d'une même catégorie essentielle et l'équité commanderait de ne pas leur appliquer un traitement discriminant.

Si nous sommes bien entendu parfaitement en accord avec Chaïm Perelman pour définir la justice comme une règle formelle indépendante d'une conception substantielle ou concrète de la justice, en revanche nous divergeons à propos de sa volonté de rectifier la règle de justice par l'équité. Cette introduction de l'équité dans le raisonnement témoigne du fait que l'auteur cherche encore à définir substantiellement ce qui est juste. Il lui apparaît en effet par exemple choquant de dire que la différence de couleur de peau puisse justifier l'esclavage. C'est pour cette raison qu'il insiste sur le fait que l'appartenance à une même catégorie essentielle (celle d'être humain) interdit un traitement inégal. Cette façon de raisonner mélange à notre sens la question de la forme du connaître juridique avec la question du contenu de ce même connaître.

En effet, il ne s'agit certainement pas de soutenir que l'application de la règle de justice rend le droit juste. Penser de la sorte serait interpréter la règle de justice dans un sens ontologique en lui permettant de légitimer tous les contenus. Il est effectivement bien évident que l'analyse de l'esclavage à partir de la règle de justice ne le rend ni meilleur ni plus acceptable. En revanche, il est très intéressant de relever que la question de la justification de l'esclavage se pose bien à partir de la règle de justice. La distinction effectuée entre les choses et les personnes pour justifier l'application de la propriété sur un homme pose une double question : cette différence est-elle pertinente et les conséquences qui en sont tirées le sont-elles aussi ?

Ainsi, la critique se trompe de cible en reprochant à la règle de justice de n'être que formelle et de ne pas nous dire en l'espèce ce qui est juste. En effet, la règle de justice est la condition de possibilité de l'interrogation sur le juste. Dès lors, sans trop exagérer la comparaison avec Emmanuel Kant, on pourrait présenter la règle de

9. CH. PERELMAN, *op. cit.*, p. 50.

justice comme la forme *a priori* de la connaissance juridique¹⁰. La règle de justice conditionne l'interrogation sur ce qui est juste en particulier. Toute interrogation sur la justice est configurée par cette règle. C'est bien pourquoi on ne peut exiger de la règle de justice de nous fournir un critère de la justice. C'est précisément le rôle d'une recherche juridique de produire de tels critères. Ce que cherche le juriste est justement où se situent les différences essentielles ou accessoires (par exemple entre les choses et les personnes) et si les conséquences tirées de ces différences sont conformes à la nature des objets étudiés. Il faut donc dénoncer comme un fantasme l'idée de déduire un contenu à partir d'une forme pure. En tant que forme, la règle de justice n'échappe pas à ce constat : la forme ne détermine pas le fond comme le contenant ne détermine pas le contenu.

Il faut donc conserver la règle de justice à l'état pur, c'est-à-dire sans la mélanger à telle ou telle conception substantielle de la justice. La règle de justice ne dit pas que l'objet étudié est juste, mais elle détermine que l'investigation menée sur cet objet est *juridique*. Il s'agit donc bien de deux problèmes tout à fait différents. Se demander si telle ou telle distinction est juste contraint à substantialiser la règle de justice et donc à lui donner un contenu pour apprécier de façon critique si la différence de traitement est concrètement *justifiée*. En revanche, se demander si l'on mène une recherche juridique, politique, économique ou sociologique est un problème que la règle formelle de justice permet de résoudre en identifiant comme juridique toute recherche prenant pour forme le traitement identique des cas semblables. Le problème du choix d'une théorie substantielle de la justice relève d'un jugement de valeur, mais le problème de la juridicité relève d'une appréciation épistémologique.

La confusion de ces deux problèmes a sans doute conduit à reléguer la règle de justice au rang d'une évidence ou d'une trivialité sans portée théorique fondamentale. Rawls fait d'ailleurs la même remarque que Perelman : la règle de justice n'apporte pas « une garantie de justice réelle »¹¹. Kelsen formule une critique semblable en faisant remarquer que « ce principe est trop vide pour pouvoir

10. De la même façon que Kant présente l'espace et le temps comme les formes *a priori* de la sensibilité dans la *Critique de la raison pure* (1787, 2nd éd.), AK III, 52-65.

11. J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Paris, Points, 2009, p. 89.

déterminer la forme du contenu d'un ordre juridique »¹² et Hart reprend exactement la même critique : c'est « une formule vide »¹³. Toutes ces critiques analysent pourtant la règle de justice d'un point de vue ontologique. Autrement dit, les auteurs reprochent à la règle de justice d'être seulement formelle et de ne pas nous révéler un critère substantiel du juste. Mais, par définition, une règle formelle n'a pas pour rôle de fixer un contenu. L'aspect évident de la règle masque en réalité son caractère fondamental puisqu'elle est la façon même de penser les problèmes juridiques. La règle de justice est le fondement de toute épistémologie juridique au sens propre du terme. *La règle de justice est la forme du connaître juridique.*

C'est bien parce qu'elle ne présuppose aucune théorie substantielle de la justice que la règle de justice peut conduire vers n'importe laquelle d'entre elles. La règle de justice explique ainsi le désaccord sur ce qui est juste à partir de la forme même de l'interrogation. Ce que les opposants et les contradicteurs d'un même problème juridique ont en commun est cette forme même. Même lorsque les juristes sont en désaccord, ils le sont parce qu'ils se sont d'abord accordés sur cette règle ou du moins ils la présupposent. Sans cette règle, le désaccord sur les questions concrètes du droit ne serait même pas pensable. C'est dire tout l'intérêt qui s'attache à une analyse minutieuse de cette règle.

D. La règle de justice comme rapport d'égalité

La règle de justice est une forme d'égalité. Les cas différents doivent être traités de façon différente et réciproquement les cas identiques doivent être traités de façon identique. Depuis Aristote, il est commun de ramener la justice à l'égalité¹⁴. Mais l'égalité de la justice ne se réduit pas à une simple comparaison entre deux éléments sinon il n'y aurait aucune différence entre justice et égalité. La justice formelle est une égalité de rapports, une égalité de nature proportionnelle. Le modèle de ce rapport sont les fractions mathématiques, par exemple l'égalité selon laquelle « $1/2 = 3/6$ ». Dans la perspective aristotélicienne, la justice doit donc être proportionnelle

12. H. KELSEN, *Qu'est-ce que la justice ?* Paris, Markus Haller, Inférences, 2012, p. 68.

13. H. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Faculté universitaire de Saint-Louis, 2^e éd., 2005, p. 177.

14. *Éthique à Nicomaque*, V, 6.

pour donner à chacun ce qui lui revient. La justice est le règne d'une certaine égalité et toute la difficulté est de savoir quels critères sont pertinents pour décider de l'égalité. L'exemple que prend Aristote est parlant : bien que l'architecte et l'ouvrier aient tous les deux contribué à l'édification d'une maison, ils ne peuvent prendre part à la même rémunération. Leurs mérites et leurs parts respectives doivent donc être établis pour parvenir à une répartition calculée à partir d'une égalité de rapports.

L'idée de justice formelle permet ainsi de déterminer ce qui fait qu'une proposition est juridique. Une proposition est juridique lorsqu'elle différencie deux cas (ou situations de fait) en attribuant des conséquences différentes en raison de cette différence elle-même. C'est bien pour cette raison que tous les systèmes juridiques regorgent de distinctions et, parmi les plus répandues, celle des choses et des personnes, des actes et des faits juridiques, des majeurs et des mineurs, des contrats et des actes unilatéraux etc. Ces distinctions sont des façons de justifier les différentes solutions procédurales et substantielles qui seront appliquées : compétence des tribunaux, indemnisation, règles de preuve, nature des droits attribués, etc.

Ainsi, la règle de justice n'est pas seulement une façon d'appliquer le droit : c'est une façon de le penser. Lorsque le législateur fait une différence entre les couples et les célibataires pour imposer le revenu ou considère que tel type de litige devra être soumis à telle juridiction spécialisée, il institue des différences considérées comme pertinentes pour fixer des solutions différentes. Autrement dit, si son jugement peut être analysé comme un jugement de valeur, en revanche, la forme de cette connaissance est la règle de justice elle-même. Le juge qui doit appliquer le droit est alors censé se fonder sur les différences instituées par le législateur ou respecter les différences instituées par les juges qui l'ont précédé. Mais que l'on soit dans un système de tradition romano-germanique ou de *common law*, que la production du droit soit centralisée ou déconcentrée, la nature du problème ne change pas. Il faut toujours se prononcer sur ce qui fait la différence des cas traités et ainsi sur ce qui permet de justifier les solutions qui leurs sont appliquées. Les critères juridiques sont autant de théories de la justice. La connaissance juridique est justification, c'est-à-dire explicitation des différences pertinentes entre les situations traitées. Selon la nature du contrat, la nature des relations entre individus, la nature des droits reconnus, les conséquences tirées seront forcément différentes.

QU'EST-CE QU'UNE RECHERCHE JURIDIQUE ?

Pour résumer, la règle de justice suppose de mettre en œuvre une théorie de l'identité et de la différence, de dire ce qui est semblable et ce qui ne l'est pas. Ce sont les critères dégagés qui permettront précisément d'isoler la spécificité de chaque cas. Cette façon de penser permet alors de se prononcer sur ce qu'est une recherche juridique : c'est une recherche qui tente de penser le droit en vigueur sous la forme de la règle de justice, c'est-à-dire en regroupant entre eux les cas semblables, en les ramenant aux mêmes catégories, pour leur appliquer une solution identique. Comme Rawls l'avait pressenti, la règle de justice consiste à suivre une directive de cohérence¹⁵ et c'est pour cette raison qu'elle joue un rôle important dans la justification des solutions juridiques.

II. Portée de la règle de justice en tant que forme de la connaissance juridique

A. Les cas semblables comme contraintes

En regroupant les cas identiques en catégories homogènes ou en imposant de prononcer les mêmes solutions en présence de cas similaires, la règle de justice joue le rôle d'une contrainte de justification. La connaissance juridique est une forme spécifique de cohérence que la recherche a justement pour objectif de découvrir. Elle ne se donne pas spontanément, mais résulte bien d'une élaboration intellectuelle. Cette élaboration peut provenir du législateur, du juge, voire des auteurs qui analysent et synthétisent le droit en vigueur. À défaut de savoir ce qui est juste de façon idéale ou absolue, il peut être posé en principe que le juge doit au moins respecter le droit en vigueur. Or le droit en vigueur se donne sous la forme de la règle de justice car il discrimine des séries de cas. Prenons l'exemple de la nullité du contrat pour vice du consentement. Le juge devra respecter les séries de cas qui sont classées selon les hypothèses reconnues en droit français, par exemple, l'erreur, le dol et la violence. Chacune de ces hypothèses obéit à des conditions précises qu'il s'agira de respecter. Synthétiser et expliciter ces critères d'application est précisément la mission d'une recherche juridique. De cette façon, l'application du droit ne peut verser dans l'arbitraire car le juge est tenu de décider en fonction des cas semblables déjà reconnus.

15. J. RAWLS, *op. cit.*, p. 274.

On trouve ici le cœur même de l'argument juridique qui consiste à justifier la solution à partir de la règle de justice. Cet argument juridique dispose de références propres et autonomes qui sont principalement fournies par ce que le juge a déjà décidé ou ce que le législateur a décidé. Cette façon autonome de raisonner est précisément l'évènement qui a permis l'émergence du droit romain. Les juriconsultes avaient pour fonction de justifier l'extension des actions existantes à de nouveaux cas ou de se prononcer sur l'application des précédents à la situation litigieuse¹⁶. Il s'agissait alors de traiter les cas semblables de façon identique en accordant ou non une action pour agir. L'originalité est que les références utilisées s'émanciperont progressivement des textes sacrés pour ne plus faire référence qu'aux décisions déjà prises par les tribunaux¹⁷.

Bien entendu, rien n'oblige le juge à suivre les cas institués et à respecter les précédents. Toutefois, s'il ne le fait pas il s'expose à la critique et c'est pour cette raison que la plupart des systèmes juridiques instituent des juridictions supérieures ayant pour rôle de fixer les identités et les différences à respecter. La motivation d'une décision de justice repose sur la justification de la similarité du cas avec d'autres cas déjà envisagés par le législateur ou les juges. Il suffit par exemple de considérer la façon dont la Cour européenne des droits de l'homme motive ses décisions en référence à ses propres précédents pour illustrer de façon éclatante ce qui vient d'être dit.

Une nouvelle fois, on retrouve la proximité étymologique entre le juridique, la justice et la justification dont la racine commune est « *ius* ». La justification est bien œuvre de justice puisqu'elle suppose d'expliquer les différences instituées. La justice et l'arbitraire sont donc incompatibles. De même, le jugement suppose des critères de distinction. Si l'on en croit l'étymologie grecque, le critère (*kriterion*) provient de « *krinein* » qui veut dire juger. Le critère est donc la base du jugement en ce qu'il suppose la justice comme justification en discernant les cas qui sont semblables ou différents.

Il est désormais possible d'éclairer ce qui peut souvent être ressenti comme un paradoxe. Alors que le droit et la justice sont intuitivement associés, les études juridiques n'enseignent pas l'argument de justice et les juges ne peuvent pas en droit français motiver leur

16. J. GAUDEMET, *Les naissances du droit*, Paris, Montchrestien, Domat droit public, 4^e éd., 2006, p. 84.

17. A. SCHIAVONE, *IUS. L'invention du droit en occident*, Paris, Belin, 2008, p. 51.

décision en référence à la justice ou l'équité sans subir la censure de la Cour de cassation. La raison doit être trouvée dans le fait que tous les arguments juridiques sont des arguments de justice du moment qu'ils respectent la règle de justice. L'argument qui se contente de crier à l'injustice est alors vide, car il se contente de dire que la solution n'est pas satisfaisante sans expliquer pourquoi. Tout argument de justice a une forme mais encore un contenu qui permet de dire si le cas à considérer est identique ou différent d'autres cas déjà jugés. Ainsi, en dépit de l'apparence, il n'y a pas de déclin de l'argument de justice¹⁸. Tous les arguments utilisés par les juristes sont des arguments de justice puisqu'ils se fondent sur les identités et les différences reconnues.

Une recherche juridique a alors pour tâche d'explicitier les critères pertinents qui serviront de fondement aux jugements juridiques, c'est-à-dire aux jugements fondés sur la règle de justice. L'objet de la recherche juridique consiste à déterminer les cas qui peuvent être considérés comme semblables en raison de points communs à expliciter.

B. Les cas ontologiquement semblables : la philosophie du droit

La portée de la recherche juridique va dépendre de son champ de référence. Si elle ne vise que le droit en vigueur, elle tentera d'exprimer la justice relative d'un système juridique à un moment donné. Mais ce droit positif peut lui-même être critiqué dans une perspective ontologique. Les cas semblables peuvent être analysés ontologiquement, c'est-à-dire dans leur être même. Il ne s'agira alors plus de savoir si le jugement respecte les différences en vigueur mais bien plutôt si les différences en vigueur sont conformes à l'être des choses. C'est dire que la philosophie du droit peut elle-même faire l'objet d'une recherche proprement juridique sans se réduire à une vague spéculation sur ce qu'est le droit en général et dans l'abstrait. Au contraire, c'est à partir d'une réflexion sur des distinctions positives que le juriste peut s'élever vers la critique philosophique en décidant que les critères utilisés sont inappropriés. On retrouve alors le débat sur l'esclavage et sur la pertinence de distinguer deux sortes de personnes alors qu'il s'agit toujours essentiellement d'êtres

18. CH. ATIAS, « Le déclin de l'argument de justice », *Jurisprudence. Revue critique*, Paris, Lextenso, 2012, p. 27.

humains. Pour citer un autre exemple difficile, la question de l'avortement dépend aussi d'une ontologie. Comment définir et traiter l'embryon et le fœtus ? Si l'on en croit l'ontologie biologique, l'être existe dès le début de la conception : quel est alors le critère qui justifie l'autorisation de la mère d'avorter ? On le voit, le droit peut disposer d'une ontologie propre, partiellement indépendante de l'ontologie biologique et qui explique bien l'existence d'une recherche juridique indépendante et spécifique. Il serait alors possible, à travers une méditation suffisamment exhaustive des solutions d'un système juridique donné, d'entrevoir l'ontologie qui découle des distinctions qu'il opère.

Une autre direction pour la philosophie du droit est de questionner le rapport entre la nature du cas et son traitement. Ce lien effectué entre la nature des choses et le traitement à leur réserver relève également d'une philosophie du droit en ce qu'elle suppose de comparer et de hiérarchiser les situations de fait. Ainsi, si la personne prévaut sur les choses, le meurtre sera considéré comme plus grave que le vol. L'équilibre à respecter entre la nature du cas et la solution à appliquer dépend encore d'une ontologie juridique qui prend pour point de départ une réflexion sur les distinctions positivement instituées.

C. L'inutile définition inaugurale du droit

La réflexion sur la règle de justice permet alors de comprendre l'inutilité de définir le droit pour disposer d'un critère de la recherche juridique. En fondant la juridicité de la recherche sur un objet (et non sur une forme), on enracine la théorie de la connaissance dans une ontologie qui clôt d'emblée le débat métaphysique. Au contraire, en fondant la connaissance juridique sur sa forme, le débat sur le contenu du droit demeure ouvert. La connaissance conduit vers l'interrogation ontologique ou métaphysique et non l'inverse. La définition inaugurale du droit, en ce qu'elle institue une ontologie métaphysiquement orientée, doit donc être évitée sous peine de réduire la recherche juridique au développement d'une métaphysique.

En dépit de l'opposition traditionnelle entre les courants positivistes et les courants jus-naturalistes, ces deux écoles de pensée se rejoignent sur leur impossibilité de penser une théorie de la connaissance sans faire en même temps une ontologie du droit. De cette façon, ces écoles de pensée font dépendre la recherche juridique

d'une prise de position métaphysique et réduisent la recherche en droit au développement d'un choix métaphysique préalable. Aussi, il est bien évident qu'il est impossible d'évaluer dans ces circonstances une recherche juridique menée à partir de positions métaphysiques non explicitées. Pour le dire plus directement, l'appréciation de la recherche tend à verser dans l'idéologie puisque le débat métaphysique est rarement explicité dans les recherches de doctorat ou les articles.

Ainsi, il importe peu que le droit soit défini comme un ensemble de normes ou comme un ensemble de règles et de principes ou comme la volonté de rendre à chacun le sien. Dans toutes ces hypothèses, la recherche ne pourra être dite juridique que si l'évaluateur acquiesce à la position métaphysique développée.

On objectera sans doute qu'échapper au débat métaphysique est vain car toute réflexion relève en dernière instance d'une réflexion métaphysique. À cet égard, il faut reconnaître que la théorie de la connaissance juridique ne peut échapper aux considérations métaphysiques. Mais l'enjeu est ici de concevoir une théorie de la connaissance dont le contenu et les modalités seraient indifférentes à l'égard de la métaphysique adoptée. Ainsi, nous ne soutenons pas que la recherche juridique pourrait être indépendante de toute métaphysique mais bien qu'elle n'a pas besoin d'être *préalablement* fondée sur elle. Cette distinction est plus qu'une nuance, car l'intérêt de la règle de justice est de pouvoir distinguer ce qui relève du juridique en opérant une distinction entre l'ontologie et l'épistémologie.

D. Séparation entre ontologie et épistémologie

Rappelons que par épistémologie, nous n'entendons rien de plus que « théorie de la connaissance ». Dès lors, séparer l'ontologie et l'épistémologie consiste à proposer une théorie de la connaissance qui ne postule rien sur l'être du droit. En effet, si cette séparation entre ontologie et épistémologie n'est pas respectée, toute approche ontologique va absorber le droit dans un autre champ disciplinaire. Par exemple, si le droit est ontologiquement défini comme étant un langage, alors le droit sera ramené à de la linguistique. De même, si le droit est ontologiquement défini comme un élément naturel, en ce cas la théorie de la connaissance qui en découle sera ouvertement un choix de nature métaphysique et le droit sera la mise en œuvre d'une philosophie. Dans chacune de ces situations, la difficulté commune

tient à l'existence d'une ontologie préalable du droit. Cette ontologie est le support d'une théorie de la connaissance : soit elle procède d'une façon semblable à la métaphysique pré-kantienne (c'est le cas du droit naturel classique) ; soit elle découle de la connaissance positive des choses et le droit s'y trouve réduit (c'est le cas du positivisme moderne).

Le fait de relier ontologie et épistémologie conduit inévitablement à colorer métaphysiquement le débat sur la connaissance du droit. Pire, elle laisse croire qu'une définition du droit est nécessaire pour étudier le droit en tant qu'objet à connaître. Pourtant, une théorie de la recherche en droit devrait être ouverte sur toutes les formes d'ontologie possibles. Pour cela, l'objet à étudier doit être cerné en ne prenant en compte que la stricte exigence de la constitution d'une connaissance et rien d'autre. Postuler que cet objet est « le droit » ou « du droit », c'est déjà faire une postulation ontologique qui pré-orienté un choix de nature métaphysique. En effet, même le positivisme qui se présente comme « non métaphysique » repose sur le choix métaphysique de renier une connaissance qui ne serait pas fondée sur des éléments observables. Ce choix est métaphysique, car aucun élément observable ne permet de décider de façon décisive qu'il faut se fonder uniquement sur des éléments observables. À ce titre, le positivisme, comme le jus-naturalisme, sont des choix de nature métaphysique qui induisent par la suite un choix de nature épistémologique.

Dire qu'il faille séparer ontologie et épistémologie, ce n'est toutefois pas soutenir que l'ontologie soit inutile. C'est seulement renvoyer l'ontologie à son origine philosophique. Dès lors, selon la célèbre métaphore du philosophe Hegel, à l'instar de la chouette de Minerve, le questionnement ontologique ne peut s'élever qu'au crépuscule. Il faudra d'abord disposer d'une théorie de la connaissance qui se dit « juridique » pour ensuite se questionner ontologiquement sur l'essence de ce que nous avons tenté de connaître. Certains verront peut-être dans cette attitude une prudence excessive, voire de la timidité théorique en refusant d'affronter l'obstacle d'une appréhension ontologique du droit. Cependant, cette critique est assez mal fondée pour peu qu'on se remémore que l'étude vise à expliciter ce qu'est une recherche juridique d'un strict point de vue épistémologique.

Le problème est bien de savoir si la pratique du droit n'est qu'une pure rhétorique voire une politique inavouée ou bien si elle peut

contenir un substrat qui relève d'un savoir justiciable d'une théorisation. Dans cette voie, toute ontologie fautive d'emblée le traitement du problème. En avançant que le droit est norme, langage, justice, principes, etc., on répond déjà à la question posée, à savoir celle de la connaissance recherchée. Le plus simple serait sans doute de dire que la pratique des juristes est « du droit », mais par ce procédé nous ne faisons qu'épouser une hypothèse ontologique supplémentaire. En effet, si le droit des juristes est tissé de références normatives pourquoi ne pas dire que le droit est dans les normes ? Et si ces normes sont produites par un État, pourquoi tout le droit ne serait pas étatique ? De même, si les juristes parlent de justice pourquoi ne pas dire que telle est la définition de ce droit ? Bref, on l'aura compris, même en ayant une approche purement pragmatique de l'ontologie on ne peut échapper à la question ontologique elle-même.

Prendre parti pour une ontologie du droit permet de prendre parti pour une certaine théorie de la connaissance, pour une certaine épistémologie. L'ontologie positiviste va affirmer que c'est la connaissance qui détermine l'être et l'ontologie naturaliste va soutenir le contraire, à savoir que c'est l'être d'une chose qui détermine sa connaissance. Dans les deux cas, la théorie de la connaissance est conçue en lien étroit avec l'ontologie. Cette immixtion de l'ontologie souligne l'inévitable choix métaphysique qui doit être fait en dernière instance. L'exigence exprimée ici consiste alors à ne pas faire dépendre la théorie de la connaissance d'un choix métaphysique mais à permettre une interprétation métaphysique (ou philosophique au sens large) d'une théorie de la connaissance. La différence entre ces deux possibilités est de taille car, dans la position que nous défendons, la théorie de la connaissance juridique sera indépendante de la philosophie tant pour son contenu que ses questionnements. Ainsi, si l'on veut éviter un débat métaphysique préalable sur le choix de la meilleure ontologie possible (avec comme enjeu le choix corrélatif d'une épistémologie), il faut se résoudre à distinguer nettement la théorie de la connaissance et l'ontologie.

Conclusion

La recherche en droit est certes connaissance. Mais ce qui caractérise cette recherche comme *juridique* est sa forme, plus précisément le fait qu'elle tente de connaître son objet en traitant les cas semblables de façon identique. Notre thèse peut donc être résumée

de la façon suivante : *la règle de justice est la forme du connaître juridique*. Il est bien évident qu'elle ne suffit pas à doter la recherche juridique d'un statut théorique complet. Il faudrait encore s'interroger notamment sur l'objet de la recherche (loi, coutume, jurisprudence, etc.), sur ses modèles théoriques, les concepts qu'elle produit, ses méthodes d'investigation ou de rationalisation.

Toutefois, le fait de placer la juridicité de la recherche dans la forme du connaître a pour immense avantage de comprendre que le juriste ne peut être un sociologue ni faire de la science politique. Le juriste ne s'intéresse pas à la justice sociale ou à la justice économique mais à une justice conçue et comprise à partir d'un champ propre de références comme la loi ou la jurisprudence. Le juriste s'intéresse moins à des comportements qu'à des justifications, des arguments et des façons d'inscrire les solutions dans une cohérence particulière. Cette cohérence, c'est la règle de justice elle-même. Du moment que l'argumentation s'échappe de cette règle, on peut alors à *bon droit* lui refuser le qualificatif de juridique.

Pour autant, il ne faudrait pas tirer des conséquences excessives de ce qui vient d'être dit. Cela ne veut certainement pas dire que l'étude économique, sociologique ou politique des activités législatives ou judiciaires soit sans intérêt. Mais il faut simplement se rappeler que ces études ne sont pas épistémologiquement juridiques (si l'on s'en tient au critère de la règle de justice). Ontologiquement parlant, il se pourrait que le droit soit en définitive un ensemble de normes ou de comportements. Mais cette prise de position sur l'ontologie du droit ne doit pas troubler l'épistémologie et la recherche juridique. Le discours des juristes est *formé* (au sens propre du terme) par la règle de justice. Tout leur discours tend à faire respecter cette règle en produisant des critères spécifiques de différenciation. Bref, les juristes produisent des critères de distinction propres, irréductibles à une autre discipline. On ne saurait mieux accrédi-ter l'existence d'un savoir juridique sans pour autant enfermer le droit dans une tour d'ivoire qui le rendrait imperméable à tout autre type d'analyse.

Ainsi, le gain théorique qu'apporte la règle de justice nous semble réel. Elle permet d'expliquer l'existence d'un savoir juridique propre. Elle permet de rendre compte de la pratique du discours juridique. Elle permet de différencier le juriste du sociologue ou de l'économiste. Enfin, elle permet de doter le droit d'une épistémologie qui ouvre sur une ontologie et donc de faire de la définition du droit un horizon et non un point de départ. Pour toutes ces raisons, la

QU'EST-CE QU'UNE RECHERCHE JURIDIQUE ?

règle de justice en tant que forme du connaître juridique nous paraît mériter une attention particulière. Elle pourrait constituer une première pierre dans l'édifice encore à construire d'un statut théorique de la recherche juridique. C'est ainsi que, sommés de dire ce qu'ils cherchent, les juristes ne resteraient plus muets. Ils pourraient dire que leur quête n'a guère varié depuis des années : ils s'enquièreent toujours, encore, et à chaque instant de justice.