

Pour un Développement de L'épistémologie Juridique au Canada ... Comme Ailleurs

MAXIME SAINT-HILAIRE °

Il y a une vingtaine d'années, la recherche juridique au Canada faisait l'objet d'un rapport la considérant somme toute « nettement sous-développée ». ¹ Et on a récemment présenté un bilan plutôt mitigé des suites du Rapport Arthurs. ² Ainsi peut-on se sentir poussé à croire que cette recherche a déjà suffisamment de défis à relever, si bien qu'il faudrait se garder de l'accabler d'un fardeau supplémentaire tel que le développement d'un champ portant un nom aussi peu invitant qu'« épistémologie juridique ».

Dans l'article qui suit, mon propos est de convaincre le lecteur que c'est à tort qu'il adhérerait à une telle croyance. Bien au contraire, il convient d'appeler un développement de l'épistémologie juridique, au Canada comme ailleurs, en tant qu'accompagnement de la recherche juridique fondamentale. Car cette recherche, et notamment les études sociojuridiques ou de type « Droit et Société », font face à des problèmes épistémologiques redoutables à l'heure

° Doctorant à la Faculté de droit de l'Université Laval et au Centre de philosophie juridique et politique de l'Université de Cergy-Pontoise. Communication présentée lors de la quatrième édition du Forum juridique, tenue à la *University of Manitoba*, Winnipeg, le 2 juin 2004. Je tiens à remercier le professeur Hugo Cyr de son excellent travail d'organisation de cette édition du Forum juridique. Mes remerciements vont également aux parraineurs de l'événement, le Conseil des doyens et doyennes des facultés de droit du Canada, l'Association canadienne des professeurs de droit, l'Association canadienne droit et société ainsi que la Commission du droit du Canada. Je ne veux surtout pas oublier de remercier tous les participants, ceux de l'assistance aussi bien que ceux de la tribune. J'aimerais aussi remercier le *Manitoba Law Journal* d'avoir pris l'initiative de publier les communications présentées à cette occasion. Je désire enfin remercier mes codirecteurs de thèse, les professeurs Bjarne Melkevik et Carlos Miguel Herrera, de leurs précieux commentaires sur les divers travaux qui sont à l'origine de l'article qui suit. Pour autant, le contenu du texte qui suit ne saurait engager que son auteur.

¹ Canada, Conseil de recherches en sciences humaines, Groupe consultatif sur la recherche et les études en droit, *Le droit et le savoir*, Ottawa, ministère canadien des Approvisionnements et Services, 1983, p. 79.

² Je renvoie ici au dossier intitulé « Le Rapport Arthurs sur *Le droit et le savoir* 1983–2003 » qui est paru dans la *Revue Canadienne Droit et Société*, vol. 18, n° 1, 2003, ainsi qu'au colloque d'hiver 2003 de l'association du même nom, qui en est à l'origine.

actuelle, problèmes qu'il faudra bien affronter.

Je préciserai d'abord ce que j'entends par « épistémologie juridique ». Je me pencherai ensuite sur la question de l'état de l'accompagnement épistémologique de la recherche juridique au Canada, puis sur celle de l'état de cet accompagnement ailleurs dans le monde, plus précisément aux États-Unis et en Europe. Il s'agira enfin d'indiquer quelques pistes de réflexion concernant l'accompagnement épistémologique de la recherche juridique dans l'avenir.

I. L'ÉPISTÉMOLOGIE JURIDIQUE

Par « épistémologie », je ne veux pas dire ici « *epistemology* ». Dans le monde anglo-américain, le terme renvoie à la théorie de la connaissance, ce champ de la philosophie qui se penche essentiellement sur la question de savoir ce qu'il faut ajouter à un simple énoncé véridique pour en faire un énoncé de connaissance.³ La définition d'« épistémologie juridique » que je retiendrai n'est donc pas celle qu'en donne Jean-François Perrin, à savoir la « théorie de la connaissance du droit » en tant qu'« étude des modalités selon lesquelles les assertions de droit ou portant sur le droit sont fondées et produites ».⁴

Il est vrai que, plus récemment, le vocable a commencé, aussi bien en France qu'ailleurs, à désigner l'étude de l'épistémè, donc de l'ensemble des connaissances réglées, les corps de principes, « les paradigmes » (au sens large), propres à une discipline à une époque donnée⁵. En ce sens, l'épistémologie juridique consisterait en l'étude de l'épistémè des juristes.

En fait, si l'on considère l'ensemble de la littérature en langues française et anglaise indexée au moyen des mots-clés « droit » ou « juridique » et « épistémologie », l'imprécision de la notion d'« épistémologie juridique » ou « du droit » se révèle. Il semble en effet qu'« épistémologie juridique » peut renvoyer, outre ceux que nous venons de voir, aux différents signifiés suivants : théorie, école de pensée en droit ou sur le droit ; le savoir sur le droit lui-même ou encore le savoir des juristes ; l'étude de ce dernier savoir ou de la pensée juridique ; la philosophie du droit en général ; vaguement, les questions relatives à la recherche juridique et à ses méthodes ainsi qu'à l'enseignement du droit ; les questions relatives à la connaissance des « faits » par le droit, par exemple en droit de la preuve. Ceux-ci sont autant de signifiés que j'entends écarter ici.

³ « Epistemology », dans *Routledge Encyclopedia of Philosophy Online*, London, Routledge (mars 2004).

⁴ J.-F. Perrin, « Épistémologie juridique », dans A.-J. Arnaud *et al.* (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993, p. 228 ; J.-F. Perrin, avec la collab. de D. Manai, R. Roth et P. Guibentif, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Droz, 1979.

⁵ H. Barreau, *L'épistémologie*, Paris, Puf, 2002, p. 3-4.

En son sens continental plus traditionnel, que je retiendrai ici, « épistémologie » renvoie plutôt à la philosophie de la science en général, et des différentes sciences en particulier. L'épistémologie a dès lors « pour but de mettre en lumière la signification de l'œuvre scientifique ».⁶ La philosophie a ceci de particulier d'envisager les problèmes sous l'angle de leur degré le plus élevé de généralité ; c'est de cette façon que l'épistémologie envisage les problèmes de la science ou des sciences. Et il vaut d'être souligné que les réflexions épistémologiques les plus éclairantes ne sont pas l'apanage des « épistémologues professionnels », mais viennent souvent des chercheurs eux-mêmes. Car il arrive que, prenant une distance par rapport à sa pratique pour penser à son sens, le scientifique fasse acte de réflexivité, se posant ainsi en épistémologue.

Des exemples de questions qui intéressent l'épistémologue peuvent être trouvés dans les problématiques relatives à l'idéation de l'objet d'étude, au rapport du chercheur à l'objet de sa recherche, à la valeur de la méthode, d'interprétation des résultats, etc. Les épistémologues ne sont pas unanimes en ce qui concerne la totalité des questions que la réflexion épistémologique devrait recouvrir. Par exemple, si l'on a dit de l'épistémologie qu'elle posait au sujet de la connaissance scientifique les trois grandes questions que sont celles de son statut, de ses méthodes et de sa valeur⁷, il s'en trouve pour dire qu'elle ne s'intéresse pas à la méthodologie.⁸ Il n'empêche que, irréductiblement, l'épistémologie au sens continental consiste en « l'étude critique des principes, des hypothèses et des résultats des diverses sciences, destinée à déterminer leur origine logique (non psychologique), leur valeur et leur portée objective ».⁹ Or il importe d'insister sur le fait que le point de départ de l'épistémologie ainsi comprise se situe dans l'idée d'une distinction entre connaissance commune et connaissance scientifique. Chez Karl Popper d'ailleurs, le « critère de démarcation » veut permettre de différencier sciences et pseudo-sciences.¹⁰

La connaissance scientifique se distinguerait essentiellement par sa plus grande rigueur, qu'elle devrait notamment à ses conditions de production. Par exemple, la connaissance scientifique est produite à la faveur d'une mise à distance du « sujet » chercheur par rapport à son « objet » d'étude, une objectivation, c'est-à-dire, pour les sciences empiriques, un processus consistant à « regarder du dehors », comme un objet ou, selon le terme de Durkheim,

⁶ G.G. Granger, « À quoi sert l'épistémologie ? », *Droit et Société*, 1992, n° 20-21, p. 39.

⁷ J.-L. Le Moigne, *Les épistémologies constructivistes*, 2^e éd., Paris, Puf, 1999, p. 3.

⁸ C. Atias, *Épistémologie du droit*, Paris, Puf, 1994, p. 3.

⁹ A. Lalande, « Épistémologie », dans *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, 2^e éd., Paris, Puf, 1992.

¹⁰ K.R. Popper, *La logique de la découverte scientifique*, Paris, Payot, 1988.

comme une chose, ce qu'on entreprend de connaître, « en rompant le lien de complicité tacite » qu'on peut avoir avec lui, de manière à même « rendre visible l'invisible déjà vu ».¹¹ L'objectivation dans les sciences formelles, qui s'édifient sur la base d'axiomes, est quant à elle plus problématique. Mais il s'agit encore là à tout le moins de se mettre à distance de ce qui est immédiat et spontané. Les conditions de possibilité de la connaissance scientifique résident également dans certains principes fondamentaux, tel celui de la non-contradiction. Cette connaissance est aussi le fruit d'une étude s'inscrivant dans une pratique de recherche dont la fin véritable est de connaître, est le « savoir-savoir » ; l'étude scientifique se doit de ne pas viser accessoirement la connaissance dans la poursuite de telle ou telle autre fin principale. Et un énoncé de connaissance scientifique est toujours sujet à examen—qu'on pense à la notion de « testabilité » ou « falsifiabilité » chez Karl Popper, ou encore au principe de la représentation la plus satisfaisante des épistémologies constructivistes, par exemple. Cela suppose d'ailleurs l'existence, au-delà des débats qui font vivre la science, d'un regroupement de chercheurs autour de démonstrations ou d'argumentations considérées exemplaires par leur valeur heuristique, que depuis Kuhn on appelle des « paradigmes » (au sens étroit).¹² Ainsi comprise, la connaissance scientifique apparaît comme connaissance plus rigoureuse se *situant* dans l'espace et dans le temps, plus précisément, nous dit un auteur, entre « sa base, qui est la connaissance commune, et son horizon d'ordre pratique, qui est son environnement social, culturel et éthique ».¹³

En la circonstance, retenir le sens continental d'« épistémologie » suppose donc une distinction entre connaissance juridique « commune » et connaissance juridique « scientifique ». Mais il faut au préalable différencier le droit et la science du droit, la conception du droit comme science et celle du droit comme objet de science et, peut-être, en ce sens, « l'épistémologie du droit et l'épistémologie de la science du droit ».¹⁴ Il y a en effet tout un monde, par exemple, entre le fait de vouloir faire du juge un scientifique et celui de vouloir en faire un objet d'étude scientifique. Par « épistémologie juridique », je désire ici renvoyer à la seconde en tant qu'étude critique des sciences et projets de science prenant le « phénomène juridique » pour objet. C'est donc dire qu'il s'impose également de faire la distinction entre la science utilisée par le droit et celle qui prend ce dernier pour objet, par exemple entre l'utilisation des sciences

¹¹ P. Bourdieu, « À propos de Karl Kraus et du journalisme », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 131–132, 2000, p. 124.

¹² T.S. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1983 (éd. originale : *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago, University of Chicago Press, 1962).

¹³ H. Barreau, *op. cit.*, note 5, p. 5.

¹⁴ M. Troper, « Science du droit », dans D. Alland et S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Puf, 2003, p. 1391, à la page 1392.

sociales dans le processus législatif, réglementaire ou judiciaire,¹⁵ d'une part, et la sociologie juridique ou les projets de fondation d'une science sociale du droit, d'autre part. Aussi, le lecteur aura compris de certaines lignes précédentes que, par « science » ou « connaissance scientifique », je n'entendais pas limiter mon propos aux seules sciences expérimentales ou empiriques, mais l'étendre jusqu'aux sciences formelles ou analytiques, « phénomène » étant ici compris dans son sens large plutôt que kantien.¹⁶ En tant que connaissance portant sur le droit comme phénomène, en effet, toute connaissance juridique se présentant comme « scientifique » veut donc se *distinguer*, par une plus grande rigueur, de la *stricte* connaissance « commune » des juristes plus ancrés dans la pratique, ou de ce que François Ost et Michel Van de Kerchove¹⁷ comme Richard Posner¹⁸ appellent le point de vue « interne » du droit, ou encore de ce que Christian Atias appelle le « savoir des juristes »,¹⁹ mais qui consiste surtout chez lui en leur « savoir-faire », en la pensée juridique.

Parler d'épistémologie juridique en tant qu'étude critique des sciences et projets de science, empiriques comme formels, prenant le phénomène juridique pour objet, c'est parler d'un questionnement philosophique qui n'est pas admis par tous. Car il en est pour qui tout projet ou prétention de connaître scientifiquement quelque objet juridique doit être rejeté a priori. Certes, l'époque où la science prétendait détenir un monopole sur la connaissance est déjà loin. Or certains esprits—ne faisant pas les nuances nécessaires à l'appréhension de sciences réflexives qui, désormais conscientes de leurs limites, n'en continuent pas moins d'exister en tant que pratiques plus rigoureuses de production de savoir—se sont mis, dès lors que la science a revu sa prétention à l'exclusivité de la connaissance et reconsidéré le rapport de la connaissance à la vérité, à récuser toute distinction entre connaissance scientifique et

¹⁵ Voir notamment J. Monahan et L. Walker, *Social Science in Law : Cases and Materials*, 5^e éd., New York, Foundation Press, 2002.

¹⁶ Chez Kant, « phénomène » désigne tout—mais aussi seulement—ce qui est objet d'expérience possible, et donc perceptible par les sens.

¹⁷ Voir notamment F. Ost et M. Van de Kerchove, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit? », dans F. Chazel et J. Comaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, p. 67 ; F. Ost, « Science du droit », dans A.-J. Arnaud et al. (dir.), *op. cit.*, note 4, p. 540.

¹⁸ Voir notamment R.A. Posner, « Symposium : Law, Knowledge, and the Academy : Legal Scholarship Today », 115 *Harvard Law Review* 1314. Une précision s'impose ici : si Richard Posner oppose bien les perspectives interne et externe au droit, il situe leur opposition non pas sur le plan de la rigueur, mais sur celui de la « configuration institutionnelle » (p. 1322).

¹⁹ Voir notamment C. Atias, *Épistémologie juridique*, Paris, Dalloz, 2002 ; *Épistémologie du droit*, Paris, Puf, 1994 ; *Science des légistes, savoir des juristes*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1991 ; *Épistémologie juridique*, Paris, Puf, 1985.

connaissance commune, quand ils ne se sont pas rendus, sous le simple prétexte que l'observateur agit toujours sur le phénomène observé, jusqu'à confondre complètement connaissance et action. Parmi eux, il s'en trouve qui se sont intéressés au droit, la « pensée-action », la culture des juristes devenant chez eux un continuum représentant en dernière analyse le seul lieu du droit.²⁰ À leurs yeux, la problématique de l'épistémologie juridique, du moins au sens retenu ici, est invalide.

On dit parfois de la philosophie qu'elle est en quelque sorte la « conscience de la science ». Pour ma part, je parlerai plutôt de l'épistémologie comme d'un *accompagnement* réflexif nécessaire au projet scientifique. L'épistémologie prend pour objet de réflexion une science ou un projet de science ; sans l'un ou l'autre elle ne saurait exister ; de l'un ou de l'autre elle ne peut être isolée que par abstraction. Un exemple à l'appui de cette assertion se trouve peut-être dans le fait qu'André-Jean Arnaud définit l'épistémologie juridique comme la réflexion visant à la fondation d'une science sociale du droit.²¹ Et c'est pourquoi il ne s'agit pas ici de plaider en faveur de l'édification abstraite d'une épistémologie juridique par un ou une pléiade d'épistémologues professionnels. Partant, il ne s'agira pas plus de préconiser la réalisation, dans la recherche juridique, d'une épistémologie élaborée a priori. Mon propos est plutôt d'appeler un meilleur accompagnement réflexif des projets et pratiques nommément scientifiques du juridique par le développement de l'étude critique de leurs principes, de leurs hypothèses et, le cas échéant, de leurs résultats, et ce dans le but de déterminer leur origine logique, leur valeur et leur portée objective. À cet effet, il convient d'aborder maintenant la question de l'état de l'accompagnement épistémologique de la recherche juridique au Canada.

II. L'ACCOMPAGNEMENT ÉPISTÉMOLOGIQUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE AU CANADA

Afin de traiter de la question de l'état de l'accompagnement épistémologique de la recherche juridique au Canada, il est indiqué de revenir sur le rapport du Groupe consultatif sur la recherche et les études en droit, intitulé *Le droit et le*

²⁰ Voir notamment V. Villa, « La science juridique entre descriptivisme et constructivisme », dans P. Amssek (dir.), *Théorie du droit et science*, Paris, PUF, 1993, p. 281.

²¹ A.-J. Arnaud, « Épistémologie juridique » (sens 8), dans A.-J. Arnaud et al. (dir.), *op. cit.*, note 4, p. 231. Pour en savoir plus sur ce que pense cet auteur d'un tel projet, voir notamment A.-J. Arnaud, « Droit et société : un carrefour interdisciplinaire », (1988) 21 *Revue interdisciplinaire d'études juridiques* 7 ; « De la vanité d'un projet épistémologique dans les sciences juridiques », dans C. Atias et J.-L. Le Moigne (dir.), *Présence de Gaston Bachelard*, Aix-en-Provence, Librairie de l'Université, 1988, p. 59.

savoir.²² Le groupe consultatif en question avait été formé et chargé de ce rapport par le Conseil de recherche en sciences humaines du Canada.

Ainsi que je l'ai rappelé en introduction, le Rapport Arthurs faisait le constat d'une recherche juridique canadienne « nettement sous-développée ». ²³ S'ils ont reconnu que la situation s'était « indiscutablement améliorée depuis la publication des rapports Cohen et Scott sur l'enseignement et la recherche en droit », les auteurs du Rapport Arthurs n'en ont pas moins affirmé qu'elle demeurait « tout à fait inacceptable ». ²⁴ Et ce, à telle enseigne qu'un « bref aperçu de la recherche juridique au Canada donn[ait] à entendre que le terme "recherche" désign[ait] un vaste ensemble d'activités dont certaines [pouvaient] ne pas être considérées comme telles par les spécialistes d'autres disciplines ». ²⁵ Il n'y a donc rien d'étonnant dans le fait que Constance Backhouse ait pu relater un épisode de la réception d'un tel rapport qui n'est pas sans attester quelque émoi. ²⁶

Il n'est pas besoin d'agréer le détail de la typologie de la recherche juridique qu'il a proposée²⁷ pour affirmer de manière plus générale au sujet du Rapport Arthurs qu'il entendait notamment promouvoir le projet de connaître scientifiquement le droit comme « phénomène social », et donc la recherche juridique « fondamentale ». Selon ses propres termes, ce type de recherche recouvrirait « la recherche sur les implications historiques, philosophiques, linguistiques, économiques, sociales ou politiques du droit ». ²⁸

Cela a fait vingt ans, en 2003, que le Groupe consultatif sur la recherche et les études en droit a publié son rapport. Cette année là, l'Association canadienne droit et société consacrait son colloque d'hiver « à la célébration et à la réflexion sur cet anniversaire mémorable ». ²⁹ Des chercheurs canadiens du juridique ont ainsi pu présenter leur bilan des premiers vingt ans de ce rapport.

²² Canada, Conseil de recherches en sciences humaines, Groupe consultatif sur la recherche et les études en droit, *op. cit.*, note 1.

²³ *Supra*, note 1, et le texte correspondant.

²⁴ Canada, Conseil de recherches en sciences humaines, Groupe consultatif sur la recherche et les études en droit, *op. cit.*, note 1, p. 73.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ C. Backhouse, « Revisiting the Arthurs Report Twenty Years Later », Dossier : Le Rapport Arthurs sur *Le droit et le savoir* 1983–2003, *Revue canadienne Droit et Société*, vol. 18, n° 1, 2003, p. 33, à la page 33.

²⁷ *Idem*, p. 74–79.

²⁸ *Idem*, p. 74.

²⁹ R. Murbach, « Éditorial », Dossier : Le Rapport Arthurs sur *Le droit et le savoir* 1983–2003, *Revue canadienne Droit et Société*, vol. 18, n° 1, 2003, p. 2, à la page 2.

La majorité d'entre eux ont accepté de soumettre à la *Revue canadienne Droit et Société* une version écrite plus étoffée de leurs communications, ce qui a permis la publication en ses pages d'un dossier sur le sujet.

Roderick Macdonald a donc profité de l'occasion pour exprimer à ses confrères et consoeurs l'opinion selon laquelle, en dernière analyse et à plusieurs égards, de nombreuses choses étaient demeurées inchangées au cours des deux dernières décennies.³⁰

Afin d'expliquer son sombre bilan, Roderick Macdonald a, entre autres choses, entrepris de retracer la « trajectoire intellectuelle » de Harry Arthurs, qui avait présidé le groupe consultatif. C'est ainsi qu'il a suggéré qu'un tel choix de la recherche juridique fondamentale s'expliquait en partie par des motivations politiques progressistes.³¹ Fidèle à un certain courant de la tradition réaliste, ce choix aurait procédé d'une conception militante ou engagée, et par conséquent « instrumentale » de la recherche et, à un autre niveau, de « l'entreprise » juridiques.³² C'est du reste dans un tel esprit qu'on aurait alors, naïvement et de manière commode, tenu pour acquis que l'obtention, à la faveur des méthodes quantitatives, de plus de données sur ce qu'« est » le droit en tant que phénomène social allait tout naturellement indiquer la voie de ce que « devait être » le droit comme système de normes posées. Force est de rappeler qu'en conclusion les auteurs de *Le droit et le savoir* avaient affirmé que « le droit au Canada [était] fait, appliqué et évalué souvent dans une absence totale de règles scientifiques ».³³ Il semble bien que, de cette façon, Roderick Macdonald exprimait son regret que le Rapport Arthurs n'ait pas pris comme véritable soubassement une motivation orientée principalement vers le « savoir-savoir ».

Ce même auteur rend aussi compte de son bilan par le fait que, depuis, nous n'avons pas assisté à l'émergence d'une communauté de chercheurs de type « Droit et Société » suffisamment développée pour établir des exigences de recherche inattaquables par les chercheurs des autres disciplines.³⁴ Inscrivant à juste titre l'histoire du défunt programme Droit et Société de l'Institut canadien pour la recherche avancée dans celle des suites du Rapport Arthurs, il relate que, durant près d'une décennie, le groupe disparate de chercheurs qui devait

³⁰ R.A. Macdonald, « Still "Law" and Still "Learning"? », Dossier : Le Rapport Arthurs sur *Le droit et le savoir* 1983–2003, *Revue canadienne Droit et Société*, vol. 18, n° 1, 2003, p. 5, à la page 6.

³¹ *Idem*, p. 26.

³² *Idem*, p. 28.

³³ Canada, Conseil de recherches en sciences humaines, Groupe consultatif sur la recherche et les études en droit, *op. cit.*, note 1, p. 79.

³⁴ R.A. Macdonald, *loc. cit.*, note 30, p. 10.

réaliser ce programme fut incapable d'en arriver à un accord aussi bien sur les objectifs et questions de recherche fondamentaux que sur les méthodes.³⁵ Constance Backhouse³⁶ et Andrée Lajoie³⁷ ont certes brossé un portrait plus mitigé de l'état de la recherche juridique au Canada vingt ans après le Rapport Arthurs. Or il demeure que celui qu'en a proposé Roderick Macdonald a ceci d'intéressant qu'il explique en partie les difficultés éprouvées par ceux qui ont voulu exaucer les vœux consignés dans ce rapport ainsi que les problèmes de qualité que rencontrent pour l'heure la recherche et l'enseignement juridiques au Canada par des lacunes dans l'accompagnement épistémologique.

D'un point de vue plus prospectif maintenant, mon propos m'amène à signaler que, selon des auteurs, il ne ferait aucun doute que des problèmes épistémologiques redoutables, qu'il faudra bien affronter, affectent présentement la recherche juridique un peu partout dans le monde.³⁸ Prospectif en effet, car au fur et à mesure qu'elle se développera au Canada, cette recherche ne sera confrontée qu'avec plus d'acuité à ces problèmes.

En raison des limites inhérentes au présent exercice, j'ai dû me restreindre à quelques exemples de constats et de problématiques ; je me suis limité à ceux qui sont récents et qui portent sur les études sociojuridiques ou de type « Droit et Société ». J'aborde donc à l'instant la question de l'accompagnement épistémologique de la recherche juridique ailleurs dans le monde, plus précisément aux États-Unis et en Europe.

III. L'ACCOMPAGNEMENT ÉPISTÉMOLOGIQUE DE RECHERCHE JURIDIQUE AILLEURS DANS LE MONDE

Pour déterminer l'état de l'accompagnement épistémologique de la recherche juridique ailleurs dans le monde, plus précisément aux États-Unis et en Europe, je me propose de me référer aux observations de Richard Posner, de Wanda Cappeller et Jean-Michel Berthelot ainsi que de Reza Banakar et Max Travers.

Selon Richard Posner

En 2002, dans le cadre d'un symposium sur le droit, le savoir et l'université, Richard Posner a eu l'occasion de s'exprimer au sujet de l'état des approches

³⁵ *Idem*, p. 13.

³⁶ C. Backhouse, *loc. cit.*, note 26.

³⁷ A. Lajoie, « Le Rapport Arthurs vingt ans plus tard : "commentaires sur les commentaires" », Dossier : Le Rapport Arthurs sur *Le droit et le savoir 1983-2003*, *Revue canadienne Droit et Société*, vol. 18, n° 1, 2003, p. 45.

³⁸ À ce sujet, voir notamment J.-M. Berthelot, « Réponse à Wanda Capeller », *Droit et Société*, 2003, n° 53, p. 227, à la page 228.

interdisciplinaires du droit aux États-Unis, et notamment des études sociojuridiques.³⁹

Il a alors rappelé que ces approches ont su se ménager un espace respectable dans le monde des facultés de droit américaines depuis les années 1970. Cela se serait produit sous l'impulsion d'un formidable développement des sciences humaines et sociales, à la suite duquel leur potentiel heuristique à l'égard du juridique se serait révélé manifeste.⁴⁰ La floraison de telles approches au sein des facultés de droit aurait en outre été favorisée par l'expansion de l'activité régulatrice de l'État.⁴¹ Et, à un autre niveau, Richard Posner rend aussi compte du phénomène par le double mouvement, annoncé par Max Weber, d'une rationalisation et d'une spécialisation sans cesse grandissantes.⁴²

Mais le propos de cet éminent promoteur de l'analyse économique du droit était essentiellement de présenter certains problèmes fondamentaux avec lesquelles les approches interdisciplinaires du juridique sont aux prises à l'heure actuelle. C'est ainsi qu'il a expliqué que les travaux produits suivant ces approches ne s'adressent pas aux praticiens du droit, et que du reste leurs auteurs ne se sont pas véritablement intégrés au réseau plus vaste des chercheurs sur la personne humaine et le social.⁴³ En fait, ces travaux ne susciteraient pratiquement aucun intérêt ni chez les uns ni chez les autres, échappant ainsi à tout contrôle de qualité qui puisse être satisfaisant.⁴⁴ Tout comme Roderick Macdonald l'a déploré au sujet de la recherche juridique au Canada,⁴⁵ Richard Posner estime en outre que de nombreuses approches interdisciplinaires du droit par des chercheurs américains souffrent d'une politisation excessive.⁴⁶

Selon Wanda Cappeller et Jean-Michel Berthelot

Un symptôme supplémentaire du même malaise peut être relevé dans l'échange ayant eu lieu récemment entre Wanda Cappeller et Jean-Michel Berthelot, grâce à l'intermédiaire de la revue européenne *Droit et Société*.⁴⁷ L'origine de cet

³⁹ R.A. Posner, *loc. cit.*, note 18.

⁴⁰ *Idem*, p. 1317-1319.

⁴¹ *Idem*, p. 1319.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Idem*, p. 1326.

⁴⁴ *Idem*, p. 1323-1324.

⁴⁵ R.A. Macdonald, *loc. cit.*, note 31, p. 11.

⁴⁶ R.A. Posner, *loc. cit.*, note 18, p. 1326.

⁴⁷ W. Capeller, « Chronique bibliographique. À propos de... Berthelot Jean-Michel (sous la

échange se trouve dans la publication—en 2001, sous la direction de Jean-Michel Berthelot—d'un ouvrage sur l'épistémologie des sciences sociales.⁴⁸ Plus précisément dans le fait que le juridique y brille par son absence.

Dans une recension de cet ouvrage, Wanda Cappeller a entrepris de répondre à l'argument de Jean-Michel Berthelot selon lequel les sciences juridiques diffèreraient profondément des sciences sociales en ce que, plutôt que de viser à l'explication des facteurs qui déterminent un univers normatif, elles se concentrent sur le jugement normatif et ses fondements.⁴⁹ Elle a invoqué à cet effet la « double nature, *normative* et *sociale* », de la question épistémologique du droit, qu'elle qualifie de complexe.⁵⁰ Et, partant, elle a invité la recherche juridique à « revisiter les ambiguïtés épistémologiques qui sont au fondement de la distinction entre "sciences juridiques" et droit comme "science du social" ». ⁵¹ L'objectif serait d'en arriver à une épistémologie juridique qui permette de « rendre compte du juridique comme phénomène *socio-normatif* ». ⁵²

Dans sa réponse à Wanda Cappeller, Jean-Michel Berthelot se dit le premier à regretter l'absence du juridique dans l'ouvrage dont il a dirigé la réalisation. Aussi apporte-t-il entre autres les précisions suivantes au sujet des difficultés que cette exclusion a voulu éluder, et qui se rapportent essentiellement au statut épistémologique incertain des sciences juridiques : 1) au sein même de ces sciences « coexistent des disciplines de statut différent, dont certaines, comme l'histoire ou sociologie du droit, relèvent clairement du même registre que leurs disciplines mères (l'histoire et la sociologie), même si, dans la pratique académique, elles en sont parfois isolées » ; 2) « le découpage même, en grands ensembles disciplinaires, [...] est en train de bouger sous nos yeux [...] », si bien que de nouvelles questions « travaillent, souterrainement les ensembles disciplinaires et esquissent, sinon des recompositions, du moins des complexifications » et « posent à l'épistémologie [...] des problèmes redoutables qu'il faudra bien affronter ». ⁵³ Il faut dire que Wanda Cappeller avait bien reconnu que les études sociojuridiques devaient porter une part de responsabilité dans le fait qu'elles aient été ainsi écartées de l'ouvrage. C'est pourquoi elle avait finalement reçu ce dernier comme une exhortation à

dir.), *Épistémologie des sciences sociales*, Paris, Puf, 2001 », *Droit et Société*, 2003, n° 53, p. 215 ; J.-M. Berthelot, *loc. cit.*, note 38.

⁴⁸ J.-M. Berthelot (dir.), *Épistémologie des sciences sociales*, Paris, Puf, 2001.

⁴⁹ *Idem*, p. 12.

⁵⁰ W. Cappeller, *loc. cit.*, note 47, p. 224.

⁵¹ *Idem*, p. 224-225.

⁵² *Idem*, p. 225.

⁵³ J.-M. Berthelot, *loc. cit.*, note 38, p. 228.

l'élucidation des sérieux problèmes épistémologiques qui sapent pour le moment les sciences sociojuridiques.⁵⁴

Selon Reza Banakar et Max Travers

En 2002, Reza Banakar et Max Travers faisaient paraître un ouvrage intitulé *An Introduction to Law and Social Theory*.⁵⁵ Plus que de simplement initier aux rapports entre droit et théorie sociale, le propos des directeurs de l'ouvrage était aussi de démontrer que la sociologie doit être prise au sérieux en tant que discipline à part entière, ce qui implique de prêter une attention particulière à toute une gamme de traditions au sein de cette discipline ainsi qu'à la façon dont elles peuvent être mises à contribution dans l'étude du juridique.⁵⁶ Dans le cours de leur argumentation, ils invoquent notamment des problèmes d'ordre épistémologique. Et il convient à cet égard de les citer :

In British higher education outside the law school, sociology (a scientific discipline concerned with studying society), and social policy (a discipline concerned with policy debates about public sector institutions and services) are viewed as separate disciplines. Within law schools, the two subjects are often confused, or presented together under the umbrella term "socio-legal studies". The same blurring between sociological and policy-oriented work (along with other disciplines) has occurred in the interdisciplinary Law and Society movement in America. A further source of confusion is that critical legal studies, which is taught in some law schools, usually contains some sociology, although this is not taught in relation to empirical research and with a focus on methodological issues.⁵⁷

Reza Banakar et Max Travers font ainsi le constat que le droit et la sociologie demeurent profondément séparés en dépit des efforts qui ont visé à les rapprocher ;⁵⁸ le droit se déroberait toujours en grande partie à l'intelligence scientifique du social. Ces mêmes auteurs expliquent que, à côté des sociologies de l'éducation, de la science et de la médecine, par exemple, la sociologie juridique fait figure de parent pauvre. Cela serait problématique, car, vers la compréhension des rapports entre les juristes et le reste de la société, « sociology of law, particularly if combined with sociologically-based research methods training, offers the most academically rigorous route, and also one that offers more political balance ».⁵⁹ Qu'on soit ou non d'accord avec cette dernière

⁵⁴ W. Cappeller, *loc. cit.*, note 47, p. 226–227.

⁵⁵ R. Banakar et M. Travers (dir.), *An Introduction to Law and Social Theory*, Oxford/Portland (Oregon), Hart, 2002.

⁵⁶ R. Banakar et M. Travers, « Introduction », dans *idem*, p. 1, à la page 2.

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ *Idem*, p. 1.

⁵⁹ R. Banakar et M. Travers, « Conclusion : Law and Sociology », dans R. Banakar et M. Travers (dir.), *op. cit.*, note 55, p. 345, à la page 352.

affirmation, on peut difficilement se désintéresser du questionnement épistémologique dont elle résulte.

Reza Banakar et Max Travers relèvent que, outre des raisons institutionnelles telles que la faible présence des sociologues dans les facultés de droit⁶⁰ ou une dépendance à des pouvoirs publics qui financent de moins en moins ce type de recherche,⁶¹ le développement de la sociologie juridique a souffert du manque de rigueur, même théorique, qu'ont engendré les études sociojuridiques et critiques dans l'approche contextuelle du juridique.⁶² Et ce, comme nous l'avons vu, notamment en entretenant une certaine confusion des registres par le traitement indifférencié du point de vue sociologique et de celui des politiques publiques. Dans leur critique d'un tel manque de rigueur, ils citent d'ailleurs Brian Tamanaha, qui déplore le fait que, alors que les « [s]ocio-legal studies pieces are filled with references to fancy theories and theorists, [these references often] pay insufficient attention to the compatibility of the different theoretical sources identified, or are taken on at the beginning and the end of a study without being well integrated into the study itself ».⁶³

Pour Reza Banakar et Max Travers, davantage de rigueur dans l'appréhension du droit comme phénomène social passe par un meilleur dialogue entre les disciplines. À leur sens en effet, si la sociologie juridique est si peu ou mal développée, c'est aussi parce qu'existe « *very little sustained intellectual contact* » entre le droit et la sociologie.⁶⁴ Mais il semble bien que, justement, ils ne sont pas prêts à couvrir de la même étiquette toute pratique de recherche ; il y a les disciplines et il y a les champs et sous-champs de recherche. Et si, pour leur part, ils estiment que c'est la sociologie juridique qu'il faut privilégier pour l'intelligence du juridique comme phénomène social, c'est en tant que « *sub-field of mainstream sociology* », ⁶⁵ et non comme « *policy science* »⁶⁶ ou comme « *critical theory* ». ⁶⁷ Encore ici, il est indiqué de citer ces auteurs :

More fundamentally, we believe that sociology of law can only develop as an empirical discipline if it engages with theoretical and methodological debates in mainstream sociology, which include theoretically sophisticated attempts to address the relationship

⁶⁰ *Idem*, p. 349.

⁶¹ *Idem*, p. 346 et 351.

⁶² *Idem*, p. 346-347.

⁶³ B.Z. Tamanaha, *Realistic Socio-Legal Theory : Pragmatism and Social Theory of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, p. 18, cité dans *idem*, p. 347, note 7.

⁶⁴ R. Banakar et M. Travers, *loc. cit.*, note 59, p. 349.

⁶⁵ *Idem*, p. 345 et 349.

⁶⁶ *Idem*, p. 346.

⁶⁷ *Idem*, p. 348-349.

between "internal" and "external" perspectives. The best work in the field has resulted from this kind of engagement, through researchers taking up ideas or questions from different sociological traditions and applying these to law. It would be unfortunate if sociology of law became separated from developments in the rest of the social sciences in the name of transcending disciplinary boundaries.

From this perspective, it is important to note that most of the research published in law and society journals is not sufficiently sociological, in the sense that it does not engage with the mainstream discipline.⁶⁸

Qu'elles partagent ou non le point de vue de Reza Banakar et de Max Travers, les études sociojuridiques ne peuvent pas décliner si aisément l'invitation qui leur est ainsi lancée à plus de rigueur et à repenser leur rapport aux ensembles disciplinaires.

Dans la mesure où l'on se fie à ces observations de Richard Posner, de Wanda Capper et Jean-Michel Berthelot ainsi que de Reza Banakar et Max Travers, il est justifié de penser que les défis que la recherche juridique canadienne est appelée à relever ne lui sont en rien propres. Voilà comment la question de l'accompagnement épistémologique de la recherche juridique dans l'avenir, que j'aborde à l'instant, ne saurait s'embarrasser d'une telle distinction géographique.

IV. L'ACCOMPAGNEMENT ÉPISTÉMOLOGIQUE DE LA RECHERCHE JURIDIQUE DANS L'AVENIR

À n'en pas douter, parmi les principaux défis que la recherche juridique fondamentale doit s'attacher à relever, au Canada comme ailleurs, comptent ceux qui se rapportent à la question de l'« articulation des savoirs » ainsi que ceux que représente la révision des principes et hypothèses des « sciences du juridique » ou projets de telles sciences à la lumière de leurs résultats.

Pour traiter de la question, on peut prendre pour point de départ les travaux de François Ost et Michel Van de Kerchove, qui se sont penchés sur la question de l'articulation des savoirs du juridique.⁶⁹ Et ce, car à leur sens :

[s]auf à prétendre que le droit s'explique par lui-même, ce qui ne saurait manquer de conduire à des spéculations pseudo-scientifiques, les hypothèses théoriques mobilisées en vue d'expliquer les phénomènes juridiques doivent nécessairement être empruntées à d'autres champs du savoir : l'histoire, l'économie, la psychologie ou la sociologie, par exemple. Mais comment articuler les discours respectifs de la dogmatique juridique et

⁶⁸ *Idem*, p. 349.

⁶⁹ F. Ost et M. Van de Kerchove, « Towards an Interdisciplinary Theory of Law », dans A. Peczenik *et al.* (dir.), *Theory of Legal Science*, Dordrecht-Boston-Lanaster, 1984, p. 497 ; *loc. cit.*, note 17 ; F. Ost, *loc. cit.*, note 17.

de ces diverses disciplines ?⁷⁰

Ils mentionnent alors trois cas de figure, soit la pluridisciplinarité (ou multidisciplinarité), la transdisciplinarité ainsi que l'interdisciplinarité.

Dans le cas de la pluridisciplinarité, une série de disciplines différentes développant leurs points de vue spécifiques sont simplement *juxtaposées*. Or François Ost et Michel Van de Kerchove expliquent que :

[s]eule une conception magique du travail scientifique peut [...] donner à penser que de la sommation de disciplines peut surgir une problématique commune. En termes de « jeux de langage », on pourrait dire qu'on a affaire, dans ce cas, à une simple coexistence de langages différents, produisant quelque chose comme un Babel scientifique.⁷¹

Dans le cas de la transdisciplinarité, nous disent ces mêmes auteurs :

on tente d'abandonner les points de vue particuliers de chaque discipline pour produire un savoir autonome d'où résultent de nouveaux objets et de nouvelles méthodes. Il s'agit cette fois d'une *intégration* de disciplines. En termes de « jeux de langage », on dira qu'on vise, dans cette hypothèse, la construction d'une langue nouvelle et commune, quelque chose comme un *esperanto* scientifique.⁷²

Et dans le cas de l'interdisciplinarité :

la recherche s'opère à partir du champ théorique d'une des disciplines en présence qui développe des problématiques et des hypothèses qui recoupent partiellement celles qu'élabore, de son côté, l'autre discipline. Il s'agit cette fois d'une *articulation* de savoirs qui entraîne, par des approches successives, comme dans un dialogue, des réorganisations partielles des champs théoriques en présence. C'est ainsi que la dogmatique juridique est susceptible de fournir une définition en extension de l'objet « droit », que d'autres disciplines, telles que la sociologie ou la science politique, sont parfaitement susceptibles à la fois d'interroger de manière critique et d'éclairer en compréhension à partir d'hypothèses explicatives qui leur sont propres. On pourrait dire que, dans ce cas, on procède à la traduction d'un jeu de langage dans un autre, ceci sans nier les difficultés et même les limites inhérentes à ce type d'exercice, notamment la nécessité de respecter le « génie propre » de chaque langage.⁷³

Ainsi qu'ils le résumant eux-mêmes, François Ost et Michel Van de Kerchove défendent « l'idée d'une science critique et interdisciplinaire du droit développant un discours externe explicatif susceptible de rendre compte du point de vue interne des sujets de droit ». ⁷⁴ Et ils ajoutent enfin que :

dans ce modèle complexe de science interdisciplinaire du droit, la théorie du droit est appelée à jouer un rôle déterminant qui consiste à opérer le rapprochement ou la

⁷⁰ F. Ost et M. Van de Kerchove, *loc. cit.*, note 17, p. 77.

⁷¹ *Ibidem.*

⁷² *Ibidem.*

⁷³ F. Ost et M. Van de Kerchove, *loc. cit.*, note 17, p. 77-78.

⁷⁴ *Idem*, p. 68.

traduction des deux jeux de langage en présence : celui de la dogmatique, d'une part, celui des sciences sociales, d'autre part.⁷⁵

Il semble falloir en conclure que le projet est celui d'une science certes « interdisciplinaire », mais plus précisément « sociale » du droit, une science sociale du droit prenant notamment pour objet d'étude la dogmatique ou la pensée juridique.

Lorsqu'ils parlent d'une science critique, ou encore d'interroger de manière critique l'objet « droit », François Ost et Michel Van de Kerchove se réclament de Jürgen Habermas, qui voit trois intérêts différents auxquels peut vouloir répondre la science, soit le technique, le pratique et l'émancipatoire. Le premier viserait à « étendre et à assurer sur le plan informatif notre activité contrôlée par le succès », le deuxième, à la compréhension d'un sens en fonction de la possibilité d'un consensus intersubjectif dans le cadre d'une conception de soi partagée au sein de la tradition, et le dernier, à l'affranchissement, par une auto-réflexion, du sujet « de la dépendance à l'égard de puissances hypostasiées ». ⁷⁶ Et Jürgen Habermas associe ce dernier intérêt, émancipatoire, aux sciences d'orientation critique. Est-il possible que la question de l'« intérêt » de la science relève plus de la philosophie en général et de la politique que de l'épistémologie, et donc, sinon d'acteurs, du moins de protagonistes autres que les membres de la communauté scientifique ? Dans quelle mesure « l'intérêt » qu'on reconnaît à la science doit-il exercer un ascendant sur la pratique scientifique de manière à subordonner le « savoir-savoir » ? Pour ma part, il me semble que, d'elle-même, la science suppose la critique—par cette mise à distance et ce questionnement de ce qui est immédiatement tenu pour acquis—plus qu'elle ne l'implique, sauf à parler d'une critique d'un autre ordre, relevant de la politique qui, elle, se doit de *prendre acte* de la science ; la science n'a pas de dictées auxquelles soumettre la politique.

Un autre élément du projet des François Ost et Michel Van de Kerchove qui doit retenir l'attention est ce « point de vue externe modéré » à partir duquel il s'élabore, en vue du développement d'un « discours externe explicatif susceptible de rendre compte du point de vue interne des sujets de droit ». À l'horizon d'un tel projet se trouve « l'articulation » du discours de la dogmatique juridique et des représentations du juridique qui se veulent scientifiques. Ces auteurs précisent qu'une telle « articulation des points de vue externe et interne s'analyse comme une dialectique entre le paradigme de l'explication et celui de l'interprétation ». ⁷⁷ Un tel impératif d'« articulation » des points de vue scientifique et commun peut de prime abord apparaître comme une pure

⁷⁵ *Idem*, p. 78.

⁷⁶ *Idem*, p. 68 ; J. Habermas, *La technique et la science comme « idéologie »*, Paris, Gallimard, 1973, p. 145, 147, 150 et 199.

⁷⁷ F. Ost et M. Van de Kerchove, *loc. cit.*, note 17, p. 75.

aberration. André-Jean Arnaud a d'ailleurs invoqué à l'encontre d'une telle thèse l'impossibilité de se trouver à la fois « sur la scène et au balcon ». ⁷⁸ Or François Ost et Michel Van de Kerchove expliquent bien qu'il s'agit précisément « de se donner notamment pour *objet d'étude* le "sens interne" ou l'"auto-interprétation" véhiculée et reproduite par les agents juridiques ». ⁷⁹ C'est à mon sens à juste titre que, non seulement François Ost et Michel Van de Kerchove, mais aussi Jacques Lenoble affirment que la dogmatique, la pensée juridique, notamment parce qu'y perdurent depuis des siècles, voire des millénaires, certaines cohérences internes, mérite d'être construite en tant qu'objet d'étude. ⁸⁰ Notamment, cela peut être fait en considérant ce que le droit nous dit au sujet de lui-même et de ce qui lui serait étranger en regard de données rendues possibles par l'objectivation de certains éléments du champ juridique ⁸¹ ainsi que de ce que peuvent nous dire à ces mêmes sujets les sciences sociales. Car prendre la pensée juridique pour objet d'étude, ce n'est pas exactement la même chose que de la prendre pour référence. En somme, bien que « modéré », le point de vue demeure celui que procure la forme de mise à distance en laquelle consiste l'objectivation. Il est du reste peut-être pertinent de signaler que le débat qui entoure la question des points de vue externe et interne sur le juridique n'est pas sans évoquer les points de vue sociologiques divergents de Max Weber et d'Émile Durkheim.

En démystifiant la soi-disant alternative externe/interne—en fonction de laquelle il faudrait absolument ou bien s'inscrire dans une perspective conduisant de manière radicale « à reconstruire entièrement l'objet "droit" à partir des concepts et des hypothèses empruntées à une autre discipline », ⁸² ou bien adopter un point de vue radicalement interne suivant lequel le droit s'explique par lui-même, et notamment par l'« auto-interprétation » de ses agents—, des épistémologues du juridique tels Jacques Lenoble, François Ost et Michel Van de Kerchove démentent les faux débats, aux accents souvent identitaires, qui divisent de nombreuses facultés de droit, y compris canadiennes. Roderick Macdonald a d'ailleurs rendu compte de cette « *psychic*

⁷⁸ A.-J. Arnaud, « La valeur heuristique de la distinction interne/externe comme grande dichotomie pour la connaissance du droit : éléments d'une démystification », *Droit et société*, n° 2, 1986, p. 139, à la page 141.

⁷⁹ F. Ost et M. Van de Kerchove, *loc. cit.*, note 17, p. 75. L'italique est de moi.

⁸⁰ Voir notamment F. Ost et M. Van de Kerchove, *idem* ; *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, Puf, 1988, plus spécialement p. 26-29 ; J. Lenoble et F. Ost, *Droit, Mythe et Raison*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1980.

⁸¹ Pour un exemple, voir notamment l'article de Thaddeus Hwong, « A Review of Quantitative Studies of Decision Making in the Supreme Court of Canada » (2004) 30(3) *Man L.J.* 353.

⁸² F. Ost et M. Van de Kerchove, *loc. cit.*, note 17, p. 73.

uncertainty that accompanies being a law professor ». ⁸³ Il convient ici de le laisser préciser son propos :

Let me phrase the uncertainty in two different ways : (1) do we consider ourselves to be lawyers who have chosen to practice our profession by teaching law ? or do we consider ourselves to be university professors who happen to have chosen, as an intellectual endeavour, teaching and research in law ? (2) do we consider ourselves to be lawyers who have chosen to practice our profession by teaching law ? or do we consider ourselves in some measure to be anti-lawyers or "lawyers-in-exile" who critique the traditional legal profession while still adhering to the professional label ?⁸⁴

On voit ainsi qu'à l'antinomie—le terme pouvant désigner, rappelons-le, une contradiction aussi bien apparente que réelle—épistémologique/juridique entre les points de vue externe et interne correspond, au sein de nombreuses facultés de droit, une opposition, pouvant prendre de multiples formes, entre le « tout fondamental » et le « tout dogmatique », entre le « tout docte » et le « tout professionnel », entre le point de vue de « l'antiavocat » et celui de l'avocat ou encore entre le « tout faculté de droit universitaire » et le « tout école professionnelle de droit », et peut-être même entre le « tout novateur » et le « tout traditionnel ». On voit aussi comment des problématiques épistémologiques peuvent avoir des implications concrètes assez directes allant au-delà de la recherche juridique pour s'étendre jusqu'à l'enseignement du droit.

Outre qu'il transcende la spéieuse alternative externe/interne, le projet épistémologique des François Ost et Michel Van de Kerchove est plein d'intérêt en ce qu'il soulève la question de l'articulation—c'est-à-dire de l'organisation en éléments distincts contribuant au fonctionnement d'un ensemble—des savoirs du juridique. Et de cette façon ces auteurs se sont certes refusés à prêcher quelque « œcuménisme flou », pour importer depuis l'épistémologie des sciences sociales le terme de Jean-Michel Berthelot,⁸⁵ en faisant appel à un fusionnement de disciplines, à un « esperanto scientifique ». Il demeure en revanche que ce projet est bien de fonder une « science [sociale] critique et interdisciplinaire du droit ». En ce sens, il représente un autre « grand projet épistémologique » pour le juridique, comme on en a connu plus d'un au cours des XIX^e et XX^e siècles.

Or, si, historiquement, le droit a précédé bien des disciplines dans les universités, si la réflexion à son sujet n'est d'ailleurs pas sans en avoir préfiguré quelques-unes et si l'on peut dire aujourd'hui de certaines sciences relativement jeunes, telle la sociologie, qu'elles sont reconnues comme sciences à part entière, force est de constater que ces divers efforts, tant ceux qui ont cherché à

⁸³ R.A. Macdonald, *loc. cit.*, note 30, p. 23.

⁸⁴ *Idem*, p. 23–24.

⁸⁵ J.-M. Berthelot, « Les sciences du social », dans J.-M. Berthelot (dir.), *op. cit.*, note 48, p. 206, à la page 260.

faire du droit une science que ceux qui ont voulu constituer le juridique en objet de science, n'ont permis d'en dire autant au sujet d'aucune « science du droit ». Il est pourtant manifeste que, plus que d'avoir simplement ouvert sur lui de nouveaux horizons, ces grands projets, ou du moins certains d'entre eux, ont eu pour suites des travaux féconds. Ce qui conviendrait donc, c'est d'en revoir les principes et les hypothèses à la lumière des résultats. Et il est possible que ce soit la valeur de tout projet visant à fonder « la » science du droit, celle qui sera appelée à assurer l'intelligence autant parfaite que complète de ce que nous nommons le « juridique » par l'étude de l'objet « droit », qui doit être reconsidérée.

Du point de vue de la philosophie du droit en effet, la question qui risque de se poser est non seulement celle du partage articulé—entre les soi-disant « sciences du juridique », d'une part, et entre ces dernières et les sciences connexes, d'autre part—d'un espace épistémologique, mais aussi celle d'un continuum juridique, dont les dimensions peuvent être constituées en objet de science, celles pouvant l'être autrement en objet de connaissance, ainsi que les autres qui pourraient n'être distinguées que par abstraction. L'hypothèse est ici celle de la complexité, voire de la nature exceptionnelle, du champ juridique, à telle enseigne qu'il est vraisemblable que ce soient également le point de vue du juridique comme objet de science et sa conception intersubjective qui doivent être articulés.

Même si l'on se propose de prendre, entre autres, pour *objet d'étude* le « point de vue des sujets de droit » ou encore celui de la « dogmatique juridique », le scientisme tous azimuts demeure un écueil potentiel. La science s'attache à découvrir des lois, des principes, des structures, des logiques, des tendances, etc. Il est fort possible, voire plausible, qu'au sein de la teneur précise des notions, des normes, des institutions, des arguments et des décisions juridiques se trouve toujours un élément irréductible qui se dérobe à de telles découvertes. Rappelons-nous d'ailleurs de la distinction que fait Jean-Michel Berthelot entre les facteurs qui déterminent un univers normatif, d'une part, et le jugement normatif et ses fondements, d'autre part.⁸⁶

Je ne souhaite évidemment pas me perdre ici en conjectures concernant l'avenir du projet épistémologique des François Ost et Michel Van de Kerchove. Je me contenterai plutôt d'exprimer ma crainte que, pour le moment, tout « grand projet épistémologique » pour le juridique ne constitue une démarche risquée. S'il fallait ordonner les types de réflexion épistémologique sur le juridique en fonction du niveau d'interpénétration de disciplines qu'elles considèrent, de la pluridisciplinarité à la transdisciplinarité en passant par l'interdisciplinarité, celui que j'aimerais maintenant, plus modestement et plus concrètement, favoriser se situerait vraisemblablement entre la première et la

⁸⁶ *Supra*, note 49, et le texte correspondant.

deuxième, du moins telles que les conçoivent François Ost et Michel Van de Kerchove. À coup sûr, la réflexion à laquelle je veux convier n'est pas du même type que celles visant à fonder quelque, à fonder « la » science du droit.

Bien qu'on en dise souvent qu'elle n'est pas suffisamment développée, la recherche juridique « fondamentale », au sens où l'entend le Rapport Arthurs, a eu pour résultat de proposer une pléthore théories sur le juridique, pris tant dans son ensemble que dans ses parties. Si l'on se limite en l'occurrence au strict cadre du Forum juridique 2004, on dispose déjà de quelques représentations du phénomène de la décision de justice. Du texte de Kimberley White, par exemple, se dégage à mon sens l'existence de trois grandes conception du processus menant à la décision judiciaire, soit celle que porte la pensée juridique, celle résultant de la prise en considération des « subtiler social-cultural, moral and political shadings »⁸⁷ et celle que sont en train d'insinuer les technologies de l'information. Quant à l'article de Thaddeus Hwong, il fait état de la présence, au sein de l'analyse quantitative de ce même processus, de cinq différents modèles. Il explique alors que :

[t]he five models are the legal model, the attitudinal model, the personal attributes model, the institutional model and the strategic model. [...] Under the legal model, judges are seen to be making decisions based on the law and the rule of precedent. Under the attitudinal model, judges are seen to be making decisions based on their personal policy preferences and ideologies. Under the personal attributes model, judges are seen to be making decisions in line with their socio-economic backgrounds. Under the institutional model, judges are seen to be making decisions in line with the environment of the courts as well as their policies and procedures. Under the strategic models, judges are seen to be making decisions in light of possible reactions of other judges, the legislators, journalists and citizens.⁸⁸

Ces diverses représentations d'un même phénomène se veulent parfois exhaustives, parfois non. Thaddeus Hwong prend d'ailleurs le soin de préciser que « [t]he five models do overlap and interact with each other ».⁸⁹ Or il serait exagéré de prétendre au sujet de ces différentes représentations qu'elles ont été articulées ; dire de la décision judiciaire qu'elle est chaque fois conditionnée par une présence plus ou moins importante de la totalité ou d'une partie d'un ensemble de facteurs, ce n'est certes pas en offrir une représentation satisfaisante sur le plan épistémologique.

En fait, maintes attitudes peuvent être adoptées à l'égard du « grand œuvre » que compose l'ensemble des travaux de la recherche juridique fondamentale. Je me propose d'en énumérer ici quelques unes, parmi lesquelles une seule me paraît devoir être privilégiée, en l'occurrence la dernière.

⁸⁷ Kimberley White, « From Knowing to Legal Knowledge : Using Early Murder Trials to Critique Contemporary Legal Knowledge Engineering » (2004) 30(3) Man. L.J. 517.

⁸⁸ T. Hwong, *loc. cit.*, note 81, p. 357 (version préliminaire).

⁸⁹ *Ibidem*.

Une première attitude consiste, dans un esprit de découragement face à l'ampleur des problèmes épistémologiques que rencontre la recherche juridique, et notamment l'existence en son sein d'une foule de travaux paraissant inconciliables, à se dire qu'au final celle-ci ne nous a à toutes fins utiles rien appris du juridique.

Une deuxième, qui semble pouvoir se conjuguer à la pluridisciplinarité selon François Ost et Michel Van de Kerchove, se résume au contraire à présumer de l'avancement des connaissances et à tenir pour acquise la compatibilité de la quasi-totalité des travaux de la recherche juridique, qu'on sait provenir de plusieurs disciplines.

Une troisième consiste à se sentir obligé, du fait des problèmes épistémologiques que je viens de mentionner, de déterminer laquelle parmi les différentes théories recèle toute la vérité sur le juridique.⁹⁰

Espèce d'entre-deux de la première et de la troisième attitudes, une quatrième participe d'une conception instrumentale et militante, voire relativiste, de la recherche juridique⁹¹ et considère l'ensemble de sa production tel un « hypermarché », où l'on « magasine » pour se procurer le vernis intellectuel dont on pourra revêtir ses arguments à l'appui de la cause qu'on se propose de soutenir personnellement, par quelque engagement politique.

Une cinquième attitude est celle de celui qui, à défaut de saisir la nuance entre les nécessaires débats scientifiques et l'éminemment problématique absence de fondements épistémologiques partagés au sein d'une communauté scientifique, entreprendrait de prendre part à un travail de « grande synthèse compréhensive » des théories du juridique. Il s'agit d'ailleurs ici de convier à une réflexion de type épistémologique. Justement, l'épistémologie ne porte pas sur la synthèse des lois scientifiques.⁹²

Une sixième attitude correspond à celle qu'adoptent les François Ost et Michel Van de Kerchove qui, en guise de solution aux problèmes épistémologiques avec lesquels la recherche juridique est aux prises, proposent un énième projet visant à fonder « la » science du juridique.

Enfin, une septième attitude consiste à favoriser la discussion, au sein des diverses communautés de chercheurs du juridique et entre elles—car on ne peut parler pour le moment d'une telle communauté—autour de quelques thèmes épistémologiques fondamentaux. Il convient notamment d'engager la discussion sur le problème du statut épistémologique incertain des études

⁹⁰ Dans les faits, ainsi qu'il y en eut qui ont cru que cette vérité se trouvait dans son entier chez Karl Marx ou encore dans le juspositivisme—suivant lequel le droit n'est en dernière analyse que la résultante d'un ensemble d'actes de volonté—, il est aujourd'hui des juristes qui, par exemple, croient l'avoir trouvée dans la théorie autopoïétique du juridique.

⁹¹ Voir notamment *supra*, note 32, et le texte correspondant.

⁹² C. Atias, *op. cit.*, note 8, p. 3.

sociojuridiques et de reconsidérer leur rapport à leur disciplines mères. Le défi est entre autres celui du partage articulé d'un espace épistémologique. Or cela exige une réflexion commune visant notamment à soupeser les différentes approches du juridique. Il importe donc de se demander lesquelles, jusqu'à maintenant, se sont révélées les plus fécondes, et lesquelles les moins. Il est temps de se demander sérieusement quels peuvent être nos paradigmes (au sens étroit), et quelles questions sur le (quelles dimensions du) juridique n'ont toujours pas trouvé de réponse (de représentation) satisfaisante. Et, sur un terrain se situant nécessairement à mi-chemin entre l'épistémologie juridique et le reste de la philosophie du droit, il s'impose que nous nous penchions, en revoyant les principes et les hypothèses des « sciences du juridique » à la lumière de leurs résultats, sur la question, non seulement du partage d'un espace épistémologique dans lequel se situerait l'objet « droit », mais aussi de la confrontation des modèles objectif et intersubjectif du juridique. À ceux qui pourront trouver ces observations par trop générales, il est possible de répondre que l'épistémologie n'est pas une science, mais un champ de la réflexion philosophique. Aussi, elle est irréductible à un ensemble de formules ou de « recettes ».

Il est possible, ainsi que je l'ai fait ici, de retenir comme définition de l'épistémologie celle qui la désigne en tant qu'étude critique des principes, des hypothèses et des résultats des diverses sciences, destinée à déterminer leur origine logique (non psychologique), leur valeur et leur portée objective, dans le but ultime de mettre en lumière la signification de l'œuvre scientifique. De cette façon, on s'aperçoit que nombre de commentaires sur la recherche juridique « fondamentale » au Canada, dont ceux consignés dans le Rapport Arthurs et ceux sur ses premiers vingt ans, peuvent être interprétés comme témoignant du fait qu'elle rencontre certains problèmes épistémologiques. Or il est de bonnes raisons de croire que, au fur et à mesure qu'elle se développera au Canada, cette recherche ne sera confrontée qu'avec plus d'acuité à de redoutables problèmes du même ordre. En fait, les problèmes épistémologiques avec lesquels est aux prises la recherche juridique canadienne ne lui sont en rien propres. Partant, il convient de se demander sérieusement si la recherche juridique, au Canada comme ailleurs, pourra se permettre de ne pas mieux s'accompagner d'une réflexion épistémologique.

Je n'ai rapporté ici que quelques constats qui touchent l'état des études sociojuridiques au Canada, aux États-Unis et en Europe. Ces constats convergent pour parler d'études sociojuridiques qui manquent de rigueur, qui sont privées d'une base épistémologique commune—notamment en ce qui concerne les paradigmes au sens étroit—, qui entretiennent un rapport obscur à leurs disciplines mères, au statut épistémologique incertain et qui confondent

trop souvent les registres—militantismes, réflexions concernant les politiques publiques ou sciences sociales du juridique?

Dans de telles circonstances, l'avenir des approches du juridique se voulant scientifiques passe notamment par une réflexion sur l'articulation des « savoirs » du juridique ou, plus précisément, sur le partage articulé d'un champ épistémologique du juridique. Quelque part entre le cynisme, l'« œcuménisme flou », la naïveté, le relativisme, le dogmatisme et l'excès de scientisme s'accompagnant souvent d'un penchant pour les « grands projets épistémologiques », l'attitude à privilégier me paraît être une disposition à la discussion sur les thèmes épistémologiques fondamentaux. Et cette discussion ne pourra avoir pour point de départ que la reconsidération des principes et des hypothèses des « sciences du juridique » et des projets de telles sciences à la lumière de leurs résultats. Il s'agit là d'un point de discussion aussi inévitable qu'irréductible.

Aleksander Peczenik propose une « révolution copernicienne » par laquelle la philosophie du droit, plutôt que de l'inféoder, serait ajustée à la doctrine juridique.⁹³ De manière analogue, Bjarne Melkevik confère à la philosophie du droit un rôle d'accompagnatrice du projet juridique moderne.⁹⁴ À mon tour, je suis tenté d'inviter l'épistémologie juridique à accompagner les « sciences du juridique ». C'est peut-être ainsi, par le truchement de l'épistémologie et de la philosophie du droit que, pour l'intelligence du juridique, doit être maintenu le dialogue entre les « sciences du droit » et le projet juridique.

Dans le cours de mon argumentation, j'ai souligné au passage que les problématiques de l'épistémologie juridique ne sont pas sans avoir d'implications concrètes assez directes sur l'enseignement du droit. Dennis Alland et Stéphane Rials écrivent qu'il ne fait aucun doute « qu'une meilleure formation des juristes, impliquant la possibilité d'une compréhension approfondie de leurs objets les plus ordinaires, pourrait bien passer [...] par l'élargissement de la dimension philosophique et théorique du cursus universitaire ».⁹⁵ Or, à cet égard, je suis de ceux qui préconisent la prudence. Il me semble préférable d'au moins attendre d'avoir de bonnes raisons de croire que certains défis épistémologiques ont été relevés avant d'entreprendre quelque révision de fond en comble des cursus juridiques de premier cycle.

⁹³ Voir notamment A. Peczenik, « *Can Philosophy Help Legal Doctrine?* », *Ratio Juris*, vol. 17, n° 1, mars 2004, p. 106.

⁹⁴ B. Melkevik, *Réflexions sur la philosophie du droit*, Paris/Québec, L'Harmattan/Presses de l'Université Laval, 2000, p. 10-12 ; *Horizons de la philosophie du droit*, Paris/Québec, L'Harmattan/Presses de l'Université Laval, 1998, p. 13-25.

⁹⁵ D. Alland et S. Rials, « Avant-propos », dans D. Alland et S. Rials (dir.), *op. cit.*, note 14, p. xi, à la page xii.

